

N. 02631/2023REG.PROV.COLL.

N. 03613/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 3613 del 2017, proposto da Aniello Sannino Marrone, rappresentato e difeso dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio eletto presso lo studio Leopoldo Di Bonito in Roma, piazza dei Martiri di Belfiore n. 2;

contro

Comune di Melito di Napoli, in persona del Sindaco *pro tempore* non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 05022/2016, resa tra le parti, concernente l'annullamento dell'ordinanza n. 26/06 del Responsabile del Settore Urbanistica del Comune di Melito di Napoli.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 19 dicembre 2022 il Cons. Annamaria Fasano e preso atto che nessuno è comparso per le parti costituite in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "*Microsoft Teams*";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Aniello Sannino Marrone proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania avverso l'ordinanza n. 26/06 del 16 ottobre 2006, con cui il Settore Urbanistico del Comune di Melito di Napoli aveva ingiunto la demolizione di opere di ampliamento realizzate abusivamente sul terrazzo posto al primo piano del fabbricato sito in via degli Oleandri s.n.c., consistenti in un manufatto coperto di m. 12,00 x m.4,00 per una volumetria di circa mc. 150, intimando, altresì, la rimessione in pristino dello stato dei luoghi.

Il ricorrente impugnava, con motivi aggiunti, anche il successivo verbale di accertamento d'inottemperanza all'ordine di demolizione.

In vista dell'udienza di discussione, il signor Sannino Marrone produceva una copia di una domanda di condono edilizio presentata il 10 dicembre 2004, prot. n. 21688, dal padre defunto.

2. Con l'impugnazione, non veniva contestata l'avvenuta realizzazione del nuovo volume edilizio senza permesso di costruire, ma si sosteneva che la demolizione dell'ampliamento arrecava pregiudizio al preesistente fabbricato regolarmente edificato, pertanto, il Comune avrebbe dovuto irrogare una sanzione pecuniaria, anziché ingiungere la demolizione. Il ricorrente deduceva, altresì, che il provvedimento impugnato era viziato da carenza di istruttoria, non potendosi sanzionare con la demolizione una costruzione realizzata *sine titulo*, laddove la

stessa risultava conforme alla disciplina urbanistica. Infine, sosteneva l'illegittimità del provvedimento perché adottato nonostante la pendenza di una domanda di sanatoria, che non era stata ancora esitata.

3. Il Tribunale amministrativo adito, con sentenza n. 5022 del 2016, respingeva il ricorso principale e dichiarava l'inammissibilità dei motivi aggiunti. Il Collegio precisava che incombeva all'interessato chiedere all'Amministrazione l'applicazione in proprio favore dell'art. 34, comma 2, del d.P.R. n. 380/01, fornendo al riguardo una seria e idonea dimostrazione del paventato pregiudizio per la struttura e l'utilizzazione del bene residuo, in quanto era proprio la parte privata, quale autrice dell'opera e del progetto, ad essere a conoscenza di come quest'ultimo era stato eseguito e dei relativi danni che sarebbero potuti derivare dalla demolizione. Il Collegio riteneva infondate anche le altre censure, in quanto incombeva all'interessato l'onere di richiedere il rilascio, in quanto possibile, del permesso di costruire in sanatoria per accertamento di conformità. Il ricorrente, inoltre, risultava sprovvisto di qualsivoglia principio di prova dell'asserita pendenza di una domanda di sanatoria, non ancora esitata al momento dell'adozione dell'ordinanza di demolizione.

4. Con atto di appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, Aniello Sannino Marrone ha impugnato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, e denunciando: *“1. Error in iudicando – violazione e falsa applicazione art. 31 d.P.R. 380/01 – eccesso di potere – difetto di motivazione; 2. Error in iudicando – violazione art. 31 d.P.R. 380/01; 3. Errore in iudicando ed in procedendo – violazione art. 64 c.p.a. “.*

5. Il Comune di Melito di Napoli, benchè evocato in giudizio, non ha svolto difese.

6. All'udienza straordinaria del 19 dicembre 2022, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

7. Con il primo motivo, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto la natura vincolata e doverosa del provvedimento repressivo, rilevando, invece, la sussistenza di un onere motivazionale a carico del Comune, come stabilito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato in fattispecie analoga.

8. Con il secondo mezzo, si deduce l'erroneità del rigetto del primo motivo di ricorso introduttivo, atteso che sarebbe stato onere dell'Amministrazione comunale valutare preventivamente l'applicabilità di una sanzione pecuniaria.

9. Con il terzo motivo, si censura la sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto sufficiente, ai fini della prova della domanda di condono ex l. 326/03 presentata dal padre defunto in data 10.12.2004, prot. 21688, il documento depositato in giudizio in data 6.9.2016. Il T.A.R. avrebbe dovuto, ai sensi e per gli effetti dell'art. 64 del c.p.a., ritenere la suddetta domanda un sufficiente principio di prova, al fine di disporre un accertamento, in via istruttoria, presso il Comune di Melito di Napoli.

10. Le suddette censure possono essere esaminate congiuntamente, in quanto inerenti a profili logicamente connessi.

10.1. Risulta dai fatti di causa che, con l'ordinanza n. 26/06 del 16 ottobre 2006, il Comune di Melito di Napoli ha ingiunto ad Aniello Sannino Marrone la demolizione di opere di ampliamento realizzate abusivamente sul terrazzo posto al primo piano del fabbricato, consistenti in un manufatto coperto di m. 12,00 x m. 4,00, per una volumetria di circa mc. 150.

Come precisato dal giudice di prima istanza, il ricorrente non ha contestato l'avvenuta realizzazione del nuovo volume edilizio senza permesso di costruire, ma ha escluso la natura vincolata e doverosa dell'ordinanza di demolizione n. 26/06 del 16.10.2006, ritenendo sussistere anche un obbligo motivazionale da parte dell'Amministrazione.

10.2. Le critiche non sono fondate.

Secondo l'indirizzo unanime della giurisprudenza amministrativa, nello schema giuridico delineato dall'art. 31 d.P.R. n. 380 del 2001, non vi è spazio per apprezzamenti discrezionali, atteso che l'esercizio repressivo di un abuso edilizio consistente nell'esecuzione di un'opera in assenza del titolo abilitativo costituisce atto dovuto, per il quale è *in re ipsa* l'interesse pubblico alla rimozione. L'ordine di demolizione è un atto doveroso, pertanto non è richiesto nessun onere motivazionale, né una specifica valutazione delle ragioni dell'interesse pubblico alla rimozione dell'abuso (Cons. Stato, n. 2781 del 2011), mentre la valutazione di non procedere alla rimozione delle parti abusive, qualora questa sia pregiudizievole per le parti legittime, è soltanto una fase eventuale della fase esecutiva, che impone all'interessato l'onere di chiedere all'amministrazione l'applicazione in proprio favore dell'art. 34, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, fornendo adeguata dimostrazione del paventato pregiudizio per la struttura e l'utilizzazione del bene residuo (Cons. Stato, n. 4982 del 2011; Cons. Stato n. 2747 del 2016). Inoltre, come correttamente precisato dal T.A.R., l'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001 trova applicazione soltanto nelle ipotesi di interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, ma non è esercitabile in caso di sopraelevazione abusiva eseguita in totale difformità dal titolo o, come nella specie, in assenza del medesimo. Il concetto di parziale difformità implica la sussistenza di un titolo abilitativo descrittivo di uno specifico intervento costruttivo, cui si pervenga all'esito della fase realizzativa seppure secondo caratteristiche in parte diverse da quelle fissate a livello progettuale (Cass. n. 5372 del 2018; Cass. n. 40541 del 2014), ossia quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si basino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera; mentre si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, quando i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per

conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione (Cons. Stato, n. 5267 del 2021).

Ne deriva che la norma si applica soltanto ai casi di difformità parziale tra l'oggetto del titolo edilizio e quanto, invece, concretamente realizzato, e non anche per gli interventi realizzati in assenza di permesso (Cons. Stato n. 1924 del 2018), come quello per cui si procede.

10.3. Va, infine, respinto anche il terzo mezzo, atteso che l'appellante non ha provato l'asserita pendenza della domanda di sanatoria, non ancora esitata al momento dell'adozione dell'ordinanza di demolizione. Il documento versato in primo grado non contiene alcun elemento per ritenere che l'istanza di condono del padre defunto, recante la data del 10.12.2004, sia riconducibile all'abuso per cui è causa. Né può predicarsi, come sostiene l'appellante, che sussista un onere del T.A.R., ai sensi dell'art. 64 c.p.a., di disporre un accertamento istruttorio presso il Comune di Melito di Napoli. Ciò in quanto, tenuto conto del potere dispositivo che informa il sistema processuale, il potere acquisitivo del giudice amministrativo è, comunque, condizionato dal 'principio di prova', riaffermato nel primo comma dell'art. 64 c.p.a. - consistente nell'onere di allegazione di elementi circostanziati riferibili alla prova che si intende fornire - nella specie non garantito, atteso che, come precisato dal giudice di prime cure, il documento versato in atti è consistito in una *'istanza di condono edilizio genericamente riferita ad un abuso, non meglio precisato, in località Giardini del Comune di Melito di Napoli, la quale non presenta alcun elemento che possa costituire anche solo un indizio della sua riferibilità alla costruzione per cui è causa'*.

11. In definitiva, l'appello va respinto.

12. Nulla va disposto per le spese di lite, in mancanza di attività difensiva della parte intimata.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2022, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9.6.2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6.8.2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Massimiliano Tarantino, Presidente FF

Dario Simeoli, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Luigi Massimiliano Tarantino

IL SEGRETARIO