

N. 08440/2023REG.PROV.COLL.

N. 02316/2020 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 2316 del 2020, proposto da Antonio Donatiello e Alessandro Donatiello, rappresentati e difesi dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Casalnuovo di Napoli, in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Luisa Errichiello, Luigi Schiavone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 06159/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Casalnuovo di Napoli;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 18 settembre 2023 il Cons. Oreste Mario Caputo;

nessuno è comparso per le parti costituite in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams".

Viste le conclusioni delle parti come da verbale.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È appellata la sentenza del T.a.r. Campania, Napoli, Sez. II, 27 dicembre 2019, n. 6159, di reiezione del ricorso e motivi aggiunti proposti dai sig.ri Antonio Donatiello e Alessandro Donatiello avverso il diniego del Comune di Casalnuovo di Napoli (prot. n. 30702 del 10 luglio 2012) opposto all'istanza di condono edilizio per la sanatoria d'appartamento per civile abitazione posto al secondo piano del fabbricato sito nel territorio comunale alla Via Mazzini n. 11; di ogni altro atto alla stessa preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo; nonché avverso l'ordinanza dirigenziale del Comune di Casalnuovo di Napoli n. 76 del 26 giugno 2014, con la quale è stata ingiunta al sig. Alessandro Donatiello, in qualità di proprietario, la demolizione del suddetto appartamento a seguito del diniego di condono edilizio; di ogni altro atto alla stessa preordinato, presupposto, connesso e conseguente, parimenti lesivo; e per l'accertamento dell'avvenuta formazione del silenzio assenso in ordine alla succitata istanza di condono edilizio.

2.1 L'amministrazione ha respinto l'istanza di condono in ragione della seguente motivazione *“dalla Ripresa Aereofotogrammetrica del Territorio Comunale effettuata dalla*

società “Nuova Avioriprese s.r.l. in data 12/05/2003 non si riscontra la presenza del piano secondo con solaio di copertura a falde inclinate, pertanto l’opera non è stata ultimata entro il 31/03/2003”.

2.2 Le censure formulate in primo grado avverso il diniego di condono possono sintetizzarsi come segue:

- a) il diniego non reca, in allegato, il rilievo aerofotogrammetrico sulla cui base è stato emanato, con conseguente violazione dell’art. 3 della legge n. 241/1990 in tema di disponibilità degli atti richiamati nel corpo motivazionale del provvedimento;
- b) il rilievo aerofotogrammetrico costituisce un elemento probatorio in sé inattendibile, “perché proveniente da un soggetto privato privo di specifica abilitazione e non dall’Istituto Geografico Militare di Firenze, che è l’unico soggetto istituzionale qualificato come Ente Cartografico dello Stato ai sensi della l. 68/1960”;
- c) il rilievo aerofotogrammetrico non assume comunque valenza probatoria decisiva, non trovando riscontro nell’autodichiarazione del privato, secondo la quale l’appartamento in questione sarebbe stato realizzato in data antecedente al 31 marzo 2003, e non essendo corroborato da altri documenti formati da pubblici ufficiali, quali le relazioni dell’ufficio tecnico comunale o i verbali di sopralluogo degli agenti di polizia municipale;
- d) il rilievo aerofotogrammetrico reca l’ombra del torrino scale (poi demolito per non appesantire la struttura del fabbricato), il quale è indicativo del fatto che a maggio del 2003 il secondo piano era stato già edificato;

e) la riproduzione fotografica effettuata nella specie, attenendo ad una sopraelevazione, si presenta fuorviante, giacché “non consente di accertare con sufficiente chiarezza l’esistenza o meno del secondo livello; ciò, invero, è possibile solo con una riproduzione tridimensionale laddove l’effetto “schiacciamento” dalla ripresa aerea permette unicamente di valutare se l’area in questione è libera ovvero occupata da un corpo di fabbricato”;

f) il diniego è impropriamente intervenuto, in violazione delle regole che disciplinano il potere di autotutela, quando ormai si era consolidato il silenzio assenso sull’istanza di condono e si era consumato il potere di provvedere, essendo decorsi i 24 mesi previsti dalla relativa normativa di semplificazione (art. 32, comma 37, del decreto legge n. 269/2003) per emettere una pronuncia espressa, a fronte della completezza documentale della pratica e dell’emissione del preavviso di diniego già dal 29 dicembre 2009.

3. Il TAR ha respinto il ricorso principale, come integrato da motivi aggiunti.

3.1 Il Giudice di prime cure ha respinto il motivo denunciante la mancata disponibilità, sotto forma di allegazione, del rilievo aerofotogrammetrico posto a base del diniego di condono ed affermato la valenza probatoria del rilievo aerofotogrammetrico per il controllo dell’attività edilizia sul territorio.

Valenza, aggiunge il TAR, implicitamente attestata dallo stesso legislatore, il quale, all’art. 23, comma 1, della legge n. 47/1985 così dispone: “Le regioni stabiliscono, con proprie leggi, quali aree del territorio debbano essere assoggettate a particolare controllo periodico dell’attività urbanistica ed edilizia anche mediante rilevamenti aerofotogrammetrici, ed il conseguente aggiornamento delle scritture catastali.”.

Né il valore probatorio del rilievo aerofotogrammetrico utilizzato dall’amministrazione nemmeno è messo in dubbio dalla dichiarazione sostitutiva di

atto notorio sulla data di ultimazione del manufatto (anno 2002), resa nell'istanza di condono.

Sul punto nella pronuncia si legge che “è principio ormai consolidato che la prova sulla realizzazione delle opere abusive entro la data del 31 marzo 2003 grava sull'interessato alla sanatoria, che può avvalersi, se non vi è contestazione, della dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ma a fronte di elementi di prova a disposizione dell'autorità comunale che attestino il contrario, quali il rilievo aerofotogrammetrico, il richiedente il condono è gravato dell'onere di provare, mediante elementi certi, quali fotografie aeree, fatture, sopralluoghi e così via, l'effettiva ultimazione delle opere entro il termine previsto dalla legge per poter usufruire del beneficio, non potendo limitarsi a contestare i dati in possesso dell'amministrazione senza fornire alcun elemento di prova a corredo della propria tesi”.

3.3 Infine per TAR ha negato l'efficacia della sanatoria edilizia per *silentium* dedotta dai ricorrenti sul rilievo che, ai sensi dell'art. 35 della legge n. 47/1985 e dell'analoga disposizione contenuta art. 32, comma 37, del decreto legge n. 269/2003, il silenzio assenso previsto in tema di condono edilizio non si forma in virtù del solo decorso del termine prefissato per la pronuncia espressa dell'amministrazione comunale essendo necessario l'adempimento degli oneri documentali ed economici preordinati ex lege all'accoglimento della domanda.

Occorre, ai sensi delle richiamate norme, altresì, la prova della ricorrenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi ai quali è subordinata l'ammissibilità del condono, tra i quali rientra, dal punto di vista oggettivo per il condono del 2003, il fatto che si tratti di manufatto ultimato entro il 31 marzo 2003.

4. Appellano la sentenza i sig.ri Antonio Donatiello e Alessandro Donatiello. Resiste il Comune di Casalnuovo di Napoli.

5. All'udienza telematica da remoto del 18 settembre 2023 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

6. Con il primo motivo d'appello gli appellanti lamentano l'illegittimità della pronuncia nella parte in cui ritiene provata l'inammissibilità della domanda di condono perché l'opera sarebbe stata realizzata dopo il marzo 2003.

In particolar modo censurano il fatto che ai fini della datazione dell'abuso sia l'Amministrazione che il Giudice di prime cure si siano basati su un rilievo aerofotogrammetrico del 12 maggio 2003.

Per gli appellanti a fronte della presentazione di una dichiarazione sostitutiva e di una deduzione logica (la presenza di un torrino sovrastante il secondo livello che presupporrebbe l'esistenza di una costruzione sottostante), integranti entrambe quanto meno un principio di prova, il Comune avrebbe avuto l'onere di fornire almeno l'indizio che la sopraelevazione non fosse stata realizzata.

6.1 Il motivo è infondato.

Va ribadito che, a fronte dei rilievi acquisiti dal Comune, i ricorrenti non hanno prodotto validi ed efficaci elementi contrari di prova.

L'inesistenza dell'appartamento da condonare al 12 maggio 2003 e, prim'ancora, al precedente 31 marzo emerge dal rilievo dell'aerofotogrammetria, ossia dall'attività ricognitiva svolta dal Comune la cui attendibilità scaturisce dall'assenza di concorrenti elementi di prova di segno avverso.

Va ribadito che il rilievo aerofotogrammetrico non ha il valore dell'incontrovertibilità proprio di una piena prova, essendo in genere formato non da un pubblico ufficiale ma da un operatore privato (la ditta di ricognizioni aeree), e

la sua attendibilità può essere condizionata da una molteplicità di fattori (tecnologici, come la maggiore o minore risoluzione, ambientali, come fenomeni di rifrazione, la presenza di vegetazione che può schermare le costruzioni, etc.).

Sicché è certamente ammessa la prova contraria.

Nondimeno, la prova deve essere concreta e rilevante, senza che possa ritenersi sufficiente, per contrastarne le risultanze, il mero disconoscimento delle stesse (cfr., Cons.Stato, sez. IV, 11 dicembre 2017 n. 5787).

Del resto, in forza dell'orientamento giurisprudenziale consolidato, in materia di condono edilizio l'onere nella prova di dimostrare il ricorrere delle circostanze previste dalla legge per l'accoglibilità dell'istanza di sanatoria verte in capo al richiedente (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2021, n. 7583).

Il principio è confermato da granitica giurisprudenza per quanto riguarda specificamente la prova della data di realizzazione degli abusi al fine dell'applicabilità del regime di sanatoria, sia esso quello inerente all'"ordinario" accertamento di conformità ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001, già art. 13 l. 47/1985, sia esso quello delle "sanatorie eccezionali" disposte con apposite legge di c.d. condono edilizio.

L'onere di provare la data di realizzazione dell'abuso al fine di verificare la sussistenza dei presupposti per la sanatoria grava, infatti, su chi lo ha richiesto, atteso che solo il privato può fornire, in quanto ordinariamente ne dispone, inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto. Di converso, l'amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno del suo territorio (ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2021, n. 3214; Id., sez. VI, 9 aprile 2021, n. 2895; Id., sez. VI, 30 luglio 2020, n. 4860).

Nel caso in esame i ricorrenti non hanno fornito alcuna prova oggettiva in grado di smentire gli accertamenti effettuati dal Comune.

7. Venendo al motivo d'appello sul capo di sentenza di reiezione sull'avvenuta formazione del condono per silenzio, va precisato che l'operatività dell'istituto del silenzio-assenso ex art. 35, comma 12, l. 47 del 1985 è subordinato all'allegazione alla domanda di tutta la documentazione necessaria per il suo esame, prescritta dal comma 3 della stessa disposizione (cfr., Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2019, n. 3241; Id., sez. VI, 5 dicembre 2018, n. 6899; Id., sez. VI, 6 febbraio 2018, n. 753; Id., sez. IV, s18 gennaio 2017, n. 187).

Diversamente, il silenzio non è significativo poiché è pienamente giustificato dalla impossibilità, per l'amministrazione, di pronunciarsi, a causa della mancanza dei necessari elementi documentali di valutazione.

Nel caso di specie è incontrovertibile che il condono edilizio richiesto non sia perfezionato per silenzio accoglimento, ostandovi l'accertata inesistenza dell'appartamento da sanare, e quindi nella non avvenuta ultimazione dell'opera, alla data del 31 marzo 2003.

8. Né sussiste la violazione dell'art. 3 l. n. 241/90, di cui al motivo d'appello.

La disponibilità dell'atto istruttorio menzionato per relationem non implica che esso debba essere materialmente incorporato nel provvedimento conclusivo del procedimento bensì che l'atto sia disponibile ed ostensibile a richiesta della parte interessata.

9. Infine, la reiezione delle censure suesposte determina la legittimità dell'ingiunzione a demolire n. 76/2014.

Va pure considerato che le violazioni procedurali denunciate non potrebbero determinare l'annullamento dell'ordinanza impugnata, in quanto il dispositivo della

sanzione ripristinatoria dovuta ex lege «non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato», ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

9. Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

10. Le spese del grado di giudizio, come liquidate 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 i sig.ri Antonio Donatiello e Alessandro Donatiello, in solido ed in parti uguali, al pagamento delle spese del grado di giudizio in favore del Comune di Casalnuovo di Napoli liquidate in 3000,00 (tremila) euro, oltre diritti ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Oreste Mario Caputo, Presidente FF, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Oreste Mario Caputo

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI