

Publicato il 26/06/2019

N. 04397/2019REG.PROV.COLL.
N. 02917/2013 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 2917 del 2013, proposto da Societa' Alfa 91 S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Sarro, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via della Scrofa n.14;

contro

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Dardo, Anna Ivana Furnari, con domicilio eletto presso lo studio E Associati Srl Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

Comune di Napoli in persona del Legale Rapp.Te pro tempore, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola, Fabio Maria Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 03680/2012, resa tra le parti, concernente demolizione opere abusive

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Napoli e di Comune di Napoli in persona del Legale Rapp. Te pro tempore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2019 il Cons. Davide Ponte e uditi per le parti gli avvocati Francesco Mangazzo in delega dell'avv. Carlo Sarro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con l'appello in esame la società odierna appellante impugnava la sentenza n. 3680 del 2012 del Tar Napoli, nella parte in cui non ha accolto l'originario gravame. Quest'ultimo era stato proposto dalla medesima società al fine di ottenere l'annullamento dell'ordinanza n. 354 del 29\9\2011, con la quale era stata ordinata alla ricorrente la demolizione delle opere abusive poste in essere alla via Camaldoli n. 15-25. All'esito del giudizio di prime cure, accolto il ricorso in parte qua, il Tar respingeva le censure concernenti una delle tre opere in contestazione, il manufatto realizzato in luogo del patio.

Nel ricostruire in fatto e nei documenti la vicenda, avverso il capo negativo della sentenza di primo grado parte appellante formulava i seguenti motivi di appello:

- error in iudicando, violazione di legge ed eccesso di potere per difetto dei presupposti, risultando provato che la società non ha alcuna relazione con l'abuso, avendo alienato da tempo l'immobile;
- analoghi vizi per difetto di motivazione sui manufatti in contestazione;
- analoghi vizi per difetto di istruttoria, risultando ancora pendente domanda di condono sul manufatto in contestazione;

- analoghi vizi per aver il Tar valutato nel merito la domanda di condono;
- analoghi vizi per applicabilità della sanzione pecuniaria;
- analoghi vizi per mancata indicazione dell'area di sedime nell'ordine di demolizione.

La parte appellata si costituiva in giudizio chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla pubblica udienza del 20\6\2019 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto l'ordine di demolizione di cui alla narrativa in fatto, nella parte residua all'esito del giudizio di prime cure.
2. Dall'esame degli atti di causa emerge la seguente ricostruzione, necessaria ai fini del corretto inquadramento delle questioni dedotte.

La società odierna appellante, in qualità di originaria proprietaria di un appezzamento di terreno di 40.000 mq in Napoli, via Pigna, con sovrastante immobile, otteneva nel 1998, l'autorizzazione alla realizzazione di lavori di restauro e risanamento del fabbricato rurale preesistente, con formazione di tre unità abitative autonome. Successivamente le unità immobiliari venivano alienate; i nuovi proprietari, essendo stati realizzati lavori in parziale difformità dalla predetta concessione edilizia, presentavano due istanze di condono ai sensi della legge n. 326 del 2003 (c.d. terzo condono).

Successivamente, pendenti tali istanze di condono, la p.a. adottava l'ordine di demolizione in contestazione, relativamente alle seguenti opere, consistenti nella realizzazione, in aderenza ad un preesistente corpo di fabbrica, di quanto segue: 1) chiusura con muratura perimetrale completo di copertura di un pergolato di mq 28,50 per 2,55 di altezza; 2) in sostituzione di un patio scoperto, manufatto di solo piano terra di mq 118 x 2,75 di altezza media; 3) manufatto di solo piano terra di mq 40 x 2,30 di altezza, previo sbancamento dell'area scoperta compresa tra il fabbricato preesistente ed il muro di contenimento).

3. Se in relazione al punto 3 risulta essere stato rilasciato il condono ed in relazione al punto 1 risulta presentata domanda di sanatoria ordinaria, con le

conseguenti conclusioni del giudizio di prime cure favorevoli alla parte istante, non contestate in questa sede e, quindi, al di fuori del perimetro della presente controversia, i vizi dedotti concernono il residuo abuso in contestazione, di cui al predetto punto 2.

Al riguardo, la sentenza di prime cure ha concluso negativamente, in ordine alla specifica valutazione della contestazione in parte qua, in quanto, a fronte dell'accertato abuso consistente nella realizzazione - in sostituzione di un patio scoperto - di un manufatto di solo piano terra di mq 118 x 2,75 di altezza media, l'istanza di condono invocata si riferiva ad un abuso diverso, concernente una superficie di mq 22,29.

4.1 Se in linea di diritto è pacifico il principio, oltre a quello della responsabilità del proprietario e di colui che ha realizzato l'abuso, a mente del quale in pendenza dell'istanza di condono è precluso all'interessato modificare nella sostanza l'assetto del bene (cfr. ad es. Consiglio di Stato , sez. VI, 21/12/2018 , n. 6239), in linea di fatto parte appellante ha fornito documentazione attestante la consistenza dell'immobile all'epoca della vendita, confermata da quella posta a fondamento delle domande di condono. Da tali atti emergono elementi di prova circa il fatto che l'opera in contestazione sia stata realizzata in epoca successiva alla vendita del 2001; né in senso contrario parte appellata ha svolto alcun contrario approfondimento o fornito la relativa prova.

In proposito, va fatta applicazione del principio a mente del quale, se in generale spetta al responsabile l'onere di provare la data di realizzazione e la consistenza originaria dell'immobile abusivo, in quanto solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che possano radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto, nel caso in cui, come nella specie, il diretto interessato fornisca elementi di prova in tal senso, l'onere della prova contraria viene trasferito in capo all'amministrazione (cfr. ad es. Consiglio di Stato , sez. VI , 19 ottobre 2018, n. 5984 e 20 febbraio 2019 n. 1190).

4.2 In linea generale, il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino non è l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, bensì l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia: sicché sia il soggetto che abbia la titolarità a eseguire l'ordine ripristinatorio – ossia in virtù del diritto dominicale il proprietario – che il responsabile dell'abuso sono destinatari della sanzione reale del ripristino dei luoghi e, quindi, legittimati attivi all'impugnazione della sanzione. D'altra parte, l'acquirente dell'immobile abusivo o del sedime su cui è stato realizzato succede in tutti i rapporti giuridici attivi e passivi relativi al bene ceduto facenti capo al precedente proprietario, ivi compresa l'abusiva trasformazione, subendo gli effetti sia del diniego di sanatoria, sia dell'ingiunzione di demolizione successivamente impartita, pur essendo l'abuso commesso prima del passaggio di proprietà.

4.3 Nel caso di specie è stata fornita la prova, non specificamente contestata dalla p.a., dell'epoca di trasformazione del patio in data successiva all'intervenuta alienazione, con conseguente venir meno del nesso presupposto di responsabilità.

In proposito, in contrario rispetto a quanto dedotto dalla parte appellata, a fronte della piena efficacia e lesività del provvedimento sanzionatorio adottato nei confronti della società odierna appellante, anche in relazione alle conseguenti responsabilità in caso di inottemperanza, residua all'evidenza un interesse concreto alla decisione.

In termini di indicata prova, in linea di fatto assumono rilievo preminente i seguenti elementi: l'atto pubblico di vendita del 26\10\2001, di alienazione dell'appartamento posto al piano terra, con annesso patio (interessato all'abuso) e giardino ai sig.ri Maurizio Faccioli e Lucia Polidoro che a loro volta cedettero poi al sig. Gagliardi; la domanda di condono presentata in data 29 novembre 2004 a firma del neo proprietario Gagliardi (appunto avente causa dei sigg. Faccioli e Polidoro) nella sua duplice veste di proprietario dell'immobile e di dichiarato autore dell'abuso; la dichiarazione sostitutiva di

notorietà del 20/11/2004 in cui, sempre il Gagliardi, dopo aver descritto le opere abusivamente edificate – “chiusura perimetrale del patio esistente di pertinenza dell’appartamento e copertura con tetto a falde in legno” – espressamente dichiara che le suddette opere sono state ultimate in data 31/12/2002.

Al contrario, l’accertamento comunale, posto a base del provvedimento impugnato, si basa sulla mera presunzione di responsabilità derivante dalla pregressa titolarità, senza alcun elemento istruttorio specifico ed in assenza della necessaria contraria valutazione degli elementi di prova forniti. Né la maggior ampiezza può giustificare la conclusione della realizzazione dell’estensione in epoca anteriore dell’abuso, in quanto è pienamente logico che, al contrario, l’ulteriore ampliamento sia stato realizzato in epoca ulteriormente successiva all’alienazione.

In definitiva, è da ritenersi fondato e quindi da accogliere, il primo motivo proposto, con il quale si deduce la estraneità dell’odierna appellante quale destinataria del provvedimento sanzionatorio in contestazione; ciò in specie a fronte degli elementi prodotti in ordine alla realizzazione dell’abuso in parte qua in epoca successiva all’alienazione da parte della stessa appellante.

5. Pur dinanzi al carattere assorbente del profilo predetto, per ragioni di completezza occorre affrontare le restanti censure le quali, peraltro, risultano prima facie destituite di fondamento.

5.1 In linea generale, rispetto al dedotto difetto di motivazione, va ribadito che l’atto che ordina l’eliminazione delle opere realizzate, oltre a sanzionare l’abuso contestato, può ritenersi sufficientemente motivato per effetto della stessa descrizione dell’abuso accertato, presupposto giustificativo necessario e sufficiente a fondare l’emanazione della misura sanzionatoria della demolizione, atteso che l’esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi mediante applicazione della misura ripristinatoria costituisce atto dovuto, per il quale è in re ipsa l’interesse pubblico alla sua rimozione.

5.2 Con particolare riferimento alla invocata domanda di sanatoria speciale, va ribadito che in pendenza di un procedimento di condono edilizio, possono essere al più effettuati interventi finalizzati a garantire la conservazione del manufatto, purché gli stessi non modificano le caratteristiche essenziali e la destinazione d'uso dell'immobile, come avvenuto nella specie con palese ampliamento del manufatto in contestazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 6 settembre 2018, n. 5248).

5.3 In ordine all'invocata diversa sanzione, va ribadito che l'amministrazione valuta la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria durante fase esecutiva del procedimento, dunque in un momento successivo ed autonomo rispetto all'ordine di demolizione (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 7 settembre 2018, n. 5271).

5.4 Infine, in merito all'ultimo ordine di motivi, deve ribadirsi che l'individuazione dell'area di sedime, da acquisire al patrimonio comunale, non deve necessariamente farsi nel provvedimento che impartisce l'ordine, ben potendo essere effettuata successivamente mediante il provvedimento in cui viene accertata l'inottemperanza all'ordine impartito (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 gennaio 2019, n. 339).

6. Alla luce delle considerazioni che precedono l'appello va accolto sotto l'unico assorbente profilo indicato e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, va accolto l'originario ricorso in parte qua.

Sussistono giunti motivi per procedere alla compensazione delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte qua e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado in relazione al profilo indicato.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2019 con
l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Francesco Mele, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Davide Ponte

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO