

Pubblicato il 25/05/2022

N. 04171/2022REG.PROV.COLL.

N. 05449/2021 REG.RIC.

N. 05450/2021 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 5449 del 2021, proposto da
Aniello Antonio Di Scala, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Di Meglio, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

contro

Comune di Barano D'Ischia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

nei confronti

Massimiliano Impagliazzo, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Bruno Antonio Molinaro, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;
Regione Campania, Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e Ministero dell'Interno, in persona dei rispettivi rappresentanti legali *pro tempore*, non costituiti in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 5450 del 2021, proposto da
Giorgio Di Scala, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Di Meglio, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

contro

Comune di Barano D'Ischia, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituito in giudizio;

nei confronti

Massimiliano Impagliazzo, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Bruno Antonio Molinaro, con domicilio digitale di pec come da registri di giustizia;

Regione Campania, Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo e Ministero dell'Interno, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto a entrambe i ricorsi:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania - Napoli (sezione Sesta), n. 00630/2021, resa tra le parti, concernente un'ordinanza di demolizione.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio in entrambi i ricorsi di Massimiliano Impagliazzo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 maggio 2022 il Cons. Alessandro Maggio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ordinanza n. 27/11/2014, n. 65, il Comune di Barano d'Ischia ha ingiunto ai sig.ri Giorgio Di Scala, Aniello Antonio Di Scala, e Benedetto Di Scala la demolizione delle seguenti opere: 1) torrino scala di circa mq 14.80, alto, pressappoco, metri 2.60, precedentemente demolito su ordine della Soprintendenza e successivamente ricostruito in assenza di titoli; 2) tettoia a sbalzo di circa mq 2.25 posta sull'ingresso principale e modifica dei prospetti, sul lato sud, con traslazioni di finestre e trasformazione di un vano finestra in vano porta; 3) manufatto, utilizzato come deposito attrezzi e legnaia, avente una superficie di circa mq 14 e altezza di circa mt 2,15 nel terreno posto di fronte al fabbricato adiacente, con muratura in celloblok e copertura in tubolari metallici e lamiere coibentate e zincate; 4) frazionamento in due abitazioni di un piano terra originariamente costituente un'unica unità immobiliare; 5) balcone in c.a. di circa mq 10 sul lato ovest a servizio del piano primo, non previsto nei grafici allegati alla licenza edilizia 16/3/1968, n. 658, né nella successiva variante.

Nella medesima ordinanza si afferma, inoltre, che *“per quanto concerne il piano terra rilevato dal T.C. in data 29.08.1968 ma non presenti nei grafici allegati alla licenza edilizia ed alla successiva variante non vi sono agli atti d'ufficio titoli relativi alla realizzazione dello stesso, né stanze di sanatoria”*.

Ritenendo l'ordinanza illegittima, i sig.ri Di Scala l'hanno impugnata davanti al T.A.R. Campania – Napoli, con ricorso n. 795/2015.

Poiché il detto provvedimento ripristinatorio non era stato sospeso il sig. Antonio Impagliazzo, nella qualità di proprietario di un immobile confinante, ha chiesto al comune che vi desse immediata esecuzione e, non avendo ottenuto riscontro, ha proposto, di fronte al medesimo Tribunale, il ricorso n. 1373/2018 con cui ha domandato che venisse accertata l'illegittimità del silenzio inadempiuto formatosi sulla sua istanza.

L'adito Tribunale, previa riunione, ha definito i due gravami con sentenza 29/1/2021, n. 630, con la quale, ha respinto il ricorso n. 795/2015 e ha accolto quello n. 1373/2018.

Avverso la sentenza i sig.ri Aniello Antonio Di Scala e Giorgio Di Scala, hanno interposto appello proponendo al riguardo due distinti, ma pressoché identici, ricorsi, rispettivamente il n. 5449/2021 e il n. 5450/2021.

Per resistere alle impugnazioni si è costituito, in entrambi i giudizi, il sig. Massimiliano Impagliazzo, subentrato al genitore Antonio Impagliazzo deceduto nel corso del processo di primo grado.

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

Alla pubblica udienza del 12/5/2021 le cause sono passate in decisione.

Per evidenti ragioni di connessione i due ricorsi devono essere riuniti onde definirli con unica sentenza.

Occorre premettere che essendo le censure prospettate con i due appelli sostanzialmente identiche, verranno trattate in maniera unitaria, dando conto, all'occorrenza, delle eventuali difformità.

Col primo mezzo di gravame gli appellanti lamentano che il Tribunale non abbia esaminato il nono motivo di ricorso con cui era stata dedotta l'assoluta indeterminatezza del provvedimento impugnato, che elencherebbe svariate irregolarità dell'edificio, senza identificarle specificatamente, in quanto non individuerrebbe a quale delle sei unità immobiliari in cui il fabbricato è suddiviso, afferisca ciascun abuso.

L'ordinanza non identificherebbe, inoltre, il proprietario del locale adibito a legnaia ancorché dagli atti emergesse che il medesimo appartenerrebbe al sig. Aniello Antonio Di Scala.

L'amministrazione, del resto, non potrebbe porre, indistintamente, a carico di tutti i proprietari le sanzioni ripristinatorie ed economiche previste dalla normativa urbanistica.

La doglianza non merita condivisione.

Occorre premettere che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, l'omesso esame di uno o più motivi di ricorso resta assorbito dall'effetto devolutivo dell'appello, che consente al giudice di secondo grado di correggere e integrare eventuali *deficit* motivazionali od omissioni della sentenza gravata (*ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 23/11/2021, n. 7840; 3/11/2021, n. 7345).

Per il resto la censura è infondata nel merito.

E invero, l'ordinanza di demolizione, quale atto di natura doverosa e vincolata, è sufficientemente motivata con la specifica individuazione degli abusi edilizi rilevati (fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 8/4/2019, n. 2292; 6/2/2019, n. 903).

Nel caso di specie, l'impugnato provvedimento repressivo descrive dettagliatamente tutti gli interventi contestati e in relazione a quelli di cui ai numeri 1, 2, 3 e 5 (tra cui il locale adibito a legnaia) individua, anche, il proprietario del bene.

Col secondo motivo si denuncia l'errore commesso dal giudice di prime cure nel ritenere che l'edificio di proprietà degli appellanti, dopo l'esecuzione dei lavori assentiti con la licenza edilizia n. 658/1968, abbia

formato oggetto di un intervento di "trasformazione", che avrebbe giustificato il provvedimento sanzionatorio.

L'affermazione sarebbe, però, frutto di un travisamento dei dati di fatto e del mancato esame della relazione del 3/10/2014, i cui contenuti risulterebbero ribaditi nei chiarimenti del giorno 8/6/2020, da cui si ricaverebbe che le opere appaiono di "*vecchia realizzazione*". Esse, infatti, risalirebbero tutte al 1968, come si ricaverebbe dalla licenza di abitabilità rilasciata in data 31/3/1971.

L'errore in cui sarebbe incorso il Tribunale avrebbe, poi, pregiudicato l'accoglimento dei motivi con cui era stato dedotta: la carenza d'interesse all'adozione dell'atto repressivo, la sua tardiva emanazione e l'inopportunità della scelta compiuta.

La gravata sentenza sarebbe ulteriormente viziata nella parte in cui, pur riconoscendo che il torrino scala fosse stato condonato, non ha accolto, *in parte qua*, il ricorso.

Peraltro, rispetto a tale opera il provvedimento repressivo non avrebbe potuto essere adottato, essendo pendente il procedimento per ottenere il condono edilizio, poi effettivamente rilasciato con atto 21/12/2020, n. 32.

Col terzo motivo si deduce che il Tribunale avrebbe errato a ritenere che incombesse sugli appellanti l'onere di provare la data di realizzazione del seminterrato, mentre invece, tale onere incomberebbe in capo all'amministrazione, la quale sarebbe tenuta, anche, a motivare adeguatamente i propri provvedimenti.

Nel caso di specie, il seminterrato sarebbe necessariamente esistito prima del restante edificio visto che sorregge i due livelli sovrastanti.

La sua esistenza risulterebbe, inoltre, dimostrata:

a) dalla foto che raffigura il detto locale "*sul lato ovest del preesistente edificio, acquistato con l'atto per Notar Rodriguez del 16.10.1958*".

b) dallo stesso contratto d'acquisto del 1958 dove si menzionano gli "*accessori al piano terraneo*";

c) dalla relazione del 1968, da cui risulterebbe che "*al di sotto della linea di terra vi sono vecchie fabbriche che sono state riattate*".

d) dalla donazione datata 7/12/1990, dove si dà atto della legittimità del piano seminterrato.

Il comune non potrebbe, comunque, sanzionare la detta opera a distanza di cinquantadue anni dalla sua realizzazione e senza alcuna motivazione.

Col quarto motivo si censura l'impugnata sentenza nella parte in cui ha respinto la doglianza con cui era stato dedotto che la demolizione del seminterrato non sarebbe potuta avvenire senza pregiudizio delle parti legittime dell'edificio, quali sarebbero i livelli sovrastanti.

Infatti, sarebbe stata ben nota al comune l'impossibilità di procedere al ripristino senza pregiudicare le parti del fabbricato legittimamente eseguite, avendo compiuto un'ampia istruttoria.

La motivazione dell'atto sarebbe, quindi, illogica, e l'adozione del provvedimento sanzionatorio non sarebbe sorretta da un pubblico interesse.

Nella vigenza della L. 6/8/1967 n. 765, inoltre, l'incremento planivolumetrico rispetto a quanto assentito avrebbe potuto essere sanzionato solo con una sanzione pecuniaria.

Col quinto motivo di lamenta che il Tribunale avrebbe erroneamente respinto il settimo e ottavo motivo di ricorso con cui era stato dedotto che il comune sarebbe stato a conoscenza delle opere realizzate da lunghissimo tempo e che le stesse sarebbero state eseguite nella vigenza dell'art. 32 della L. 17/8/1942, n. 1150, il quale, applicabile in virtù del principio *tempus regit actum*, avrebbe previsto, per gli abusi di che trattasi, l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

Inoltre, dopo un lasso di tempo significativamente lungo, come nella fattispecie, la demolizione avrebbe potuto essere disposta solo in presenza di un prevalente interesse pubblico da esplicitare attraverso una congrua motivazione.

In ogni caso, le opere realizzate non avrebbero creato ulteriore carico urbanistico, dato che il seminterrato sarebbe esistito già nel 1958 e la sua esistenza risulterebbe dalla relazione tecnica depositata in giudizio, il torrino scala sarebbe stato oggetto di condono edilizio, l'esecuzione della tettoia sarebbe consentita, dal regolamento edilizio (art. 10), sulla base di una mera DIA, la cui mancanza sarebbe punibile solo con una sanzione pecuniaria.

Nell'ambito del quinto motivo del ricorso n. 5449/2021 si deduce, inoltre, che l'esistenza della legnaia si ricaverebbe dalla DIA, non inibita, presentata per l'esecuzione di lavori di manutenzione della stessa.

Pertanto le opere eseguite sarebbero conformi alla normativa urbanistica che disciplina il centro abitato di Barano d'Ischia.

Il comportamento inerte dell'amministrazione comunale risulterebbe, infine, contraddittorio e avrebbe ingenerato nell'interessato un legittimo affidamento sulla legittimità dell'opera.

I quattro mezzi di gravame si prestano ad una trattazione congiunta.

Tutte le doglianze con essi proposte, fatta eccezione, come più sotto verrà precisato, per quella riguardante il torrino scala, risultano infondate.

Come emerge dalla documentazione agli atti, le opere diverse dal detto torrino scala non sono riconducibili alla licenza edilizia n. 658/1968, con la conseguenza che, risultando sfornite di titolo abilitativo, devono ritenersi abusive.

Gli appellanti sostengono che le stesse sarebbero preesistenti ai lavori assentiti con la detta licenza, ma di ciò non forniscono alcuna dimostrazione, così contravvenendo a un proprio onere probatorio (sul principio per cui incombe sull'interessato l'onere di dimostrare la data di realizzazione delle opere abusive cfr, fra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 20/1/2022, n. 358; 12/10/2020, n. 6112; 24/1/2020, n. 588; Sez. II, 5/2/2021, n. 1109 alle cui motivazioni può farsi rinvio).

Non è al riguardo dirimente l'invocata relazione del 3/10/2014, riportata nella successiva nota comunale prot. 3112 del 9/6/2020, la quale, per quanto qui rileva, si limita genericamente ad affermare, che le opere all'epoca riscontrate, fatta eccezione per il manufatto adibito a legnaia, risultavano di "*vecchia realizzazione*", senza ulteriori specificazioni in ordine alla data della loro esecuzione.

Sotto il profilo probatorio devono ritenersi altrettanto irrilevanti:

- a) la licenza di abitabilità rilasciata in data 31/3/1971, dato che in essa non si fa alcun cenno alle opere oggetto dell'impugnata ordinanza di demolizione;
- b) la relazione del tecnico comunale del 29/8/1968, dalla quale emerge come il piano terra o seminterrato fosse già esistente a tale data, atteso che, non risultando provato che esso preesistesse alla data del primo settembre 1967, per la sua legittima realizzazione sarebbe, comunque, occorso un idoneo titolo edilizio, necessario anche per la semplice modifica della destinazione d'uso di un volume, in ipotesi, già esistente;
- c) per identiche ragioni, l'ordinanza sindacale n. 86 del 6/11/1973, che si limita a richiamare la citata relazione del tecnico comunale del 29/8/1968;
- d) l'autorizzazione paesaggistica del 29/12/1967, nella quale non sono descritte le opere realizzate e assentite;
- e) la foto del fabbricato risalente, secondo quanto affermano gli interessati, al 1958, dato che non vi è alcuna certezza dell'epoca in cui la stessa è stata scattata;
- f) il contratto d'acquisto del 1958 nel quale si parla, genericamente, di accessori al piano terreno senza ulteriori specificazioni;
- g) la donazione del 7/12/1990, essendo del tutto irrilevante che nella stessa si dia atto della legittimità del piano seminterrato, dovendo quest'ultima essere vagliata alla luce della normativa urbanistico – edilizia di riferimento;
- h) la non meglio precisata "relazione tecnica" depositata in giudizio, trattandosi di un atto di parte, come tale inidoneo a fornire la prova di quanto in esso dichiarato;
- i) la DIA presentata per lavori di manutenzione della legnaia, atteso che la stessa non è idonea a comprovare in maniera certa e oggettiva la data in cui la stessa è stata realizzata, e del resto i titoli abilitativi concernenti lavori di manutenzione di un immobile abusivo non valgono a sanare gli illeciti che lo riguardano.

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, 19/10/1995, n. 1162; Sez. II, 27/4/2020, n. 2670).

Stante la descritta natura dell'avversato provvedimento demolitorio, non sono configurabili nei suoi confronti, né il lamentato di difetto di motivazione, atteso che il medesimo è 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), né i vizi concernenti l'asserita carenza di interesse alla sua adozione e l'inopportunità della stessa.

Peraltro, occorre rilevare che, per consolidato orientamento giurisprudenziale, l'interesse pubblico alla rimozione delle opere abusive è sempre *in re ipsa*, per cui sul punto non occorre specifica motivazione.

Risultano, infine, inammissibili le censure con cui, nell'ambito del quinto motivo d'appello, è stato dedotto che: i) sarebbe stato violato l'art. 32 della L. 1150/1942; ii) l'esecuzione della tettoia sarebbe consentita dall'art. 10 del regolamento edilizio e, in ogni caso, trattandosi di opera eseguibile mediante semplice DIA non potrebbe essere oggetto di un ordine di demolizione.

E invero, dall'esame dei motivi sette e otto del ricorso di primo grado, non risulta la prospettazione delle suddette doglianze.

Per identiche ragioni risulta inammissibile la censura con cui è stata dedotta la violazione della citata L. n. 765/1967, anch'essa non prospettata in primo grado.

In ogni caso il vizio è insussistente, sia perché quando l'ordinanza di demolizione è stata adottata, la detta legge non era più vigente, essendo, ormai, la materia disciplinata dal D.P.R. n. 380/2001, sia perché, anche nel vigore della legge in parola, gli interventi abusivi, come quello di specie, comportanti incrementi volumetrici, erano sanzionati, *ex art.* 32 della L. 17/8/1942, n. 1150, con la demolizione.

E', infine, priva di pregio la censura con cui si assume che l'amministrazione, avrebbe dovuto applicare la sanzione pecuniaria in luogo della demolizione.

Il potere di disporre la c.d. fiscalizzazione degli abusi è disciplinato dall'art. 34 del D.P.R. 6/6/2001, n. 380, applicabile *ratione temporis*, tenuto conto che gli illeciti edilizi hanno natura permanente e che la norma di riferimento è quella vigente al momento in cui la potestà viene esercitata.

Tale disposizione ha valore eccezionale e derogatorio e dev'essere intesa nel senso che non compete all'amministrazione precedente valutare, prima dell'emissione dell'ordine di demolizione dell'abuso, se la misura possa essere applicata, incombendo, piuttosto, sul privato interessato, la dimostrazione, in modo rigoroso e nella fase esecutiva, della obiettiva impossibilità di ottemperare all'ordine stesso senza pregiudizio per la parte conforme (Cons. Stato, Sez. VI, 3/1/2022, n. 1; 1/3/2021, n. 1743).

Come più sopra anticipato la doglianza è, invece, fondata limitatamente al torrino scala.

Per tale intervento, come si ricava dalla documentazione agli atti, era stata presentata, in data 28/3/1986 (prot. n. 1709), istanza di condono edilizio ai sensi della L. 28/2/1985, n. 47, per cui, sino alla definizione del relativo procedimento, poi conclusosi col rilascio del permesso di costruire in sanatoria 21/12/2020, n. 32, non poteva essere adottato, in virtù dell'art. 44 della citata L. n. 47/1985, alcun provvedimento repressivo (Cons. Stato, Sez. VI, 15/1/2021, n. 488; Sez. IV, 21/5/2021, n. 3949).

Col sesto motivo si denuncia l'errore commesso dal Tribunale nell'accogliere il ricorso proposto dal sig. Impagliazzo, atteso che l'interesse ad agire sarebbe stato riconosciuto sulla base della mera "vicinitas", senza che il ricorrente allegasse e provasse alcuno specifico pregiudizio.

La doglianza non merita accoglimento.

E invero, il sig. Impagliazzo aveva presentato al comune un'apposita istanza per chiedere che si desse esecuzione al provvedimento demolitorio, e ciò è sufficiente a radicare, a un tempo, legittimazione e interesse a ottenere una risposta.

Gli appelli vanno, in definitiva, accolti limitatamente al capo di sentenza relativo al torrino scala, mentre devono essere respinti per il resto.

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.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l'integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li riunisce e li accoglie in parte, secondo quanto specificato in motivazione, e, per l'effetto, in parziale riforma della gravata sentenza, accoglie il ricorso di primo grado n. 795/2015, limitatamente all'impugnazione della parte dell'ordinanza di demolizione relativa al torrino scala.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO