

Pubblicato il 22/09/2023

N. 08469/2023REG.PROV.COLL.

N. 04469/2017 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 4469 del 2017, proposto da GAETANO DE ROSA, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Parisi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n. 11;

***contro***

COMUNE DI ARZANO, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Erik Furno, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Enrico Califano in Roma, piazza dei Consoli, n. 11;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 5838 del 2016;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, del c.p.a.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 10 luglio 2023 il Cons. Dario Simeoli;

Nessuno è comparso per le parti costituite;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.– I fatti principali, utili ai fini del decidere, sono così riassumibili:

- il signor Gaetano De Rosa è proprietario dell'immobile sito nel Comune di Arzano, in via V Traversa Lunga, n. 17, catastalmente distinto al foglio 3, particella 456;
- a seguito del sopralluogo effettuato l'11 marzo 1999, la Polizia municipale riscontrava l'abusiva sopraelevazione dell'ultimo piano del fabbricato, mediante realizzazione di una struttura metallica, con lastre coibentate e copertura a doppia falda, per una superficie totale di 148,5 mq ed un volume pari a 407 mc;
- con verbale del 12 marzo 1999, l'immobile veniva sottoposto a sequestro, con apposizione dei sigilli;
- in data 31 marzo 2004, il signor De Rosa presentava domanda di condono prot. n. 9419, ai sensi della legge 24 novembre 2003, n. 326, per l'appartamento con destinazione d'uso residenziale, realizzato al secondo piano dello stabile, in difetto di titolo edilizio;
- con nota prot. n. 25271 del 5 ottobre 2004, il proprietario comunicava all'Amministrazione comunale l'intenzione di intraprendere, sotto la propria responsabilità, i lavori per il completamento delle opere oggetto dell'istanza di sanatoria ai sensi dell'art. 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, a tal fine allegando la perizia redatta dal tecnico all'uopo incaricato;

- seguiva la nota prot. n. 27433 del 25 ottobre 2004, con cui il Comune respingeva la richiesta, diffidando dall'inizio dei lavori, «tenuto conto di quanto modificato e disposto con D.L. n° 168 del 12/07/04, accertato che la Regione Campania non ha ancora formalizzato normativa specifica al riguardo»;
- in data 15 novembre 2004, la Polizia municipale disponeva il dissequestro del cantiere, in ottemperanza al provvedimento reso l'8 novembre 2004 dalla Corte d'appello di Napoli, Seconda Sezione Penale;
- il successivo 18 novembre 2004, l'interessato chiedeva il riesame della pratica di completamento delle opere edilizie presentata in data 5 ottobre 2004, attesa la sopravvenuta emanazione della legge della Regione Campania n. 10 del 2004, quale normativa regionale di riferimento;
- in data 27 maggio 2005, il Comune dava riscontro a detta richiesta, ravvisando la necessità di una integrazione documentale, cui il richiedente provvedeva con nota prot. n. 15077 del 20 giugno 2005 e con nota prot. n. 16328 del 4 luglio 2005;
- in data 12 luglio 2005, la Polizia municipale si recava presso la proprietà dell'istante, unitamente al tecnico comunale incaricato, e constatava l'esistenza di opere di completamento dell'immobile oggetto di sanatoria;
- in particolare, all'esito del sopralluogo, gli agenti evidenziavano che: a) «non tutte le pareti erano in sito, infatti, erano accatastati in loco i blocchi di laterizio da mettere in opera, ma mancavano le pareti a chiusura del fronte nord ed est dell'immobile e le ulteriori tompagnature risultavano appoggiate e mancanti di malta cementizia»; b) «la struttura esistente, nonché i lavori in esecuzione risultano non congrui a quanto dichiarato e documentato nella perizia tecnica allegata alla pratica di cui all'art. 35 della L.47/85, in quanto nella stessa si evince che le opere da realizzarsi consistevano nel completamento di un appartamento, in parte già realizzato e di fatto inesistente»;
- con verbale del 13 luglio 2005, la Polizia municipale disponeva nuovamente il sequestro del cantiere, «atteso che si tratta di opere eseguite in assenza di permesso

a costruire ed in zona E (Verde Agricolo) ai sensi del vigente piano di fabbricazione e in zona B1 secondo l'adottato P.R.G.»;

- faceva seguito l'ordinanza n. 12 del 3 ottobre 2006, con cui il Responsabile del Settore Urbanistica del Comune di Arzano accertava la difformità dell'intervento posto in essere rispetto a quello oggetto della richiesta di completamento del 5 ottobre 2004, e contestualmente ordinava al signor De Rosa, ai sensi dell'art. 31, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, la demolizione delle opere abusivamente realizzate, e segnatamente «una copertura, sull'appartamento al 2° piano, costituita da due falde inclinate, aventi altezza al colmo di m 3,06 ed in gronda di m 2,80, poggianti su elementi in ferro verticali con sovrapposte lamiere coibentate»;

- ritenendo tuttavia illegittimo il predetto provvedimento demolitorio, il signor De Rosa proponeva ricorso dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, ponendo a fondamento dell'impugnativa le seguenti censure:

i) violazione di legge in relazione all'art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, agli artt. 31, 32 e 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, all'art. 32 della legge n. 326 del 2003, nonché violazione dell'art. 7 della legge della Regione Campania 18 novembre 2004, n. 10, in ordine all'iter procedimentale e alla definizione dell'istanza di condono;

ii) eccesso di potere per irragionevolezza, carenza di istruttoria e difetto di motivazione;

iii) violazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, sul procedimento sanzionatorio.

2.– Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, con sentenza n. 5838 del 2016, respingeva il ricorso

3.– Avverso la predetta sentenza ha dunque proposto appello il signor De Rosa, riproponendo nella sostanza i motivi di impugnazione sollevati in primo grado, sia pure adattati all'impianto motivazionale della sentenza gravata, e segnatamente deducendo in sintesi che:

a) il primo giudice non avrebbe adeguatamente prestato considerazione al fatto che il Comune avrebbe emanato il provvedimento demolitorio prima ancora di pronunciarsi sulla pendente domanda di condono; a ben vedere, il giudice di prime cure si sarebbe erroneamente soffermato sulla richiesta di completamento dei lavori datata 5 ottobre 2004, viceversa non avvedendosi dell'illegittimità dell'ordinanza di demolizione, adottata in violazione sia dei canoni normativi generali che della disciplina di settore in materia di condono; infatti, il Comune prima e il Tribunale, da un lato, avrebbero trascurato la sussistenza dell'obbligo di concludere il procedimento di condono, avviato su istanza di parte, mediante un provvedimento espresso ai sensi dell'art. 2 della legge n. 241 del 1990, dall'altro, non avrebbero neppure rilevato l'avvenuta elusione delle fasi procedurali per la concessione in sanatoria fissate dalla legge n. 47 del 1985, come modificata dalla legge n. 326 del 2003; secondo il granitico orientamento giurisprudenziale sul punto, la proposizione dell'istanza di condono sospenderebbe l'efficacia dell'esercizio della potestà sanzionatoria dell'Amministrazione comunale, con la conseguenza che la definizione del procedimento di sanatoria assumerebbe carattere pregiudiziale rispetto all'eventuale misura demolitoria, azionabile quindi nella sola ipotesi di reiezione della domanda di condono; né l'adozione dell'ordinanza di demolizione potrebbe equivalere a implicito diniego di sanatoria, richiedendosi a definizione del procedimento di condono un provvedimento distinto, espresso e motivato, in applicazione dei principi di buon andamento e trasparenza dell'attività amministrativa;

b) il giudice di primo grado si sarebbe indebitamente espresso nel merito, valutando la non condonabilità delle opere in contestazione, pur in assenza di un espresso provvedimento di rigetto da parte del Comune;

c) il Tribunale non si sarebbe avveduto del fatto che l'ordinanza impugnata avrebbe meramente recepito in maniera acritica la 'formula descrittiva' contenuta nel verbale

di sequestro del 12 luglio 2005, senza tenere conto di quanto diversamente riportato nella perizia asseverata sullo stato delle opere a firma del geometra Francesco Marino; più in dettaglio, la relazione allegata agli atti di causa, lungi dal riferirsi ad un appartamento in parte già realizzato, avrebbe rappresentato l'immobile come finito allo stato di rustico, ovvero completo nelle parti strutturali, peraltro specificamente indicando gli interventi necessari ai fini dell'ultimazione del manufatto, e richiamando tra essi il completamento delle tompagnature; pertanto, a fronte di un'opera strutturalmente completa non sarebbe certamente giustificabile l'adozione del provvedimento demolitorio; né in ogni caso sarebbe dato comprendere come l'odierno appellante avrebbe potuto completare le tompagnature medesime – sia pure in massima parte realizzate – entro il termine fissato dalla legge al 31 marzo 2003, atteso il sequestro del cantiere dall'11 marzo 1999 al 15 novembre 2004, circostanza questa del tutto obliterata tanto dall'Amministrazione comunale quanto dal primo giudice.

4.– Si è costituito in giudizio il Comune di Arzano, insistendo per il rigetto del gravame. Con memoria del 5 giugno 2023, l'Amministrazione comunale ha ribadito le proprie conclusioni

5.– All'odierna udienza del 10 luglio 2023, la causa è stata trattenuta in decisione.

6.– L'appello non può essere accolto per i motivi che seguono.

7.– In termini generali, deve osservarsi che è tassativamente impedita la modificazione delle opere oggetto della domanda di condono, se non con l'osservanza delle cautele previste dall'art. 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, il quale disciplina le modalità e le condizioni in base alle quali è consentito al presentatore dell'istanza di sanatoria di completare, sotto la propria responsabilità e a proprio rischio, i manufatti abusivi (la disposizione prevede che, «decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda e, comunque, dopo il versamento della seconda rata dell'oblazione, il presentatore dell'istanza di

concessione o autorizzazione in sanatoria può completare sotto la propria responsabilità» le opere oggetto della domanda; a tal fine, «l'interessato notifica al Comune il proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed inizia i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione»).

Al di fuori della predetta ipotesi resta fermo che, in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (pur se riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, della ristrutturazione o della costruzione di opere costituenti pertinenze urbanistiche), ripetono le caratteristiche d'illiceità dell'opera abusiva cui ineriscono strutturalmente.

Qualora il soggetto che ha presentato la domanda di condono abbia realizzato opere non di rifinitura ma nuovi e diversi rispetto a quelli oggetto della richiesta di sanatoria, le stesse andranno considerate, ai fini sanzionatori, come 'autonomamente' abusive.

La realizzazione di interventi ulteriori non giustifica, di per sé, il diniego del condono, a meno che, avendo inciso in modo radicale sullo stato dei luoghi, rendano impossibile all'Amministrazione di valutare la consistenza delle opere abusive originarie.

8.– Su queste basi, il presupposto logico-necessario per l'accoglimento dell'istanza di completamento delle opere abusive da condonare, è che queste ultime siano state ultimate, altrimenti si consentirebbe (con la stratificazione dell'intervento successivo e l'occultamento dell'illecito preesistente) la surrettizia elusione della barriera temporale per l'applicazione della sanatoria straordinaria.

Nel caso di specie, la polizia municipale, all'esito del sopralluogo, ha accertato che i lavori eseguiti dall'istante non risultavano congrui rispetto a quanto dichiarato (nella richiesta di completamento del 5 ottobre 2004) e documentato nella perizia tecnica allegata alla pratica, «in quanto nella stessa si evince che le opere da realizzarsi

consistevano nel completamento di un appartamento, in parte già realizzato e di fatto inesistente». Nel dettaglio, gli agenti accertatori hanno rilevato l'esistenza di «una copertura, sull'appartamento al 2° piano, costituita da due falde inclinate, aventi altezza al colmo di m 3,06 ed in gronda di m 2,80, poggianti su elementi in ferro verticali con sovrapposte lamiere coibentate».

In sostanza, i pretesi lavori di completamento, tali non erano, perché il manufatto abusivo non era stato neppure ultimato, trattandosi di una struttura in cemento armato senza tamponatura.

Il legislatore (cfr. l'art. 39, comma 1, della legge n. 724 del 1994 in combinato disposto con l'art. 31 della legge n. 47 del 1985) prevede due criteri alternativi per la verifica del requisito dell'ultimazione, rilevante ai fini del rilascio del condono: si tratta del criterio «strutturale», che vale nei casi di nuova costruzione; e del criterio «funzionale», che opera, invece, nei casi di opere interne di edifici già esistenti oppure di manufatti con destinazione diversa da quella residenziale.

Quanto al criterio strutturale del completamento del rustico, per edifici «ultimati», si intendono quelli completi almeno al «rustico», espressione con la quale si intende un'opera mancante solo delle finiture (infissi, pavimentazione, tramezzature interne), ma necessariamente comprensiva delle tamponature esterne, che realizzano in concreto i volumi, rendendoli individuabili e esattamente calcolabili (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 130).

La nozione di completamento funzionale implica, invece, uno stato di avanzamento nella realizzazione tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini l'organismo edilizio, non soltanto deve aver assunto una sua forma stabile nella consistenza planivolumetrica (come per gli edifici, per i quali è richiesta la c.d. ultimazione "al rustico", ossia intelaiatura, copertura e muri di tamponamento), ma anche una sua riconoscibile e inequivoca identità funzionale che ne connota con assoluta chiarezza la destinazione d'uso.



9.– Ricade in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) l'onere di provare la data di ultimazione delle opere edilizie, dal momento che solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto.

Nel nuovo codice del processo amministrativo, per quanto permanga un assai ampio potere di intervento del giudice sul materiale di fatto introdotto dalle parti nel processo, la formula del metodo acquisitivo nella formazione del materiale probatorio risulta declinato in termini più rigorosi.

All'onere dell'introduzione della parte non consegue automaticamente (come postulava il metodo acquisitivo nella sua classica formulazione), il dovere di acquisizione del giudice semplicemente perché ne è stato offerto un principio di prova. Il principio dispositivo è mitigato dal metodo acquisitivo soltanto in relazione all'effettiva indisponibilità dei mezzi di prova (articoli 63, comma 1, e 64, comma 1, del c.p.a.), al fine di evitare la meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova e di equilibrare in tal modo la posizione della parte privata.

Nel presente giudizio l'appellante non ha assolto all'onere probatorio su di lui gravante.

10.– Neppure può essere invocata l'impossibilità giuridica (dovuta al sequestro del cantiere dall'11 marzo 1999 al 15 novembre 2004) di ultimare le opere nel termine di legge.

L'art. 43, comma 5, primo periodo della legge n. 47 del 1985, prevede che: «Possono ottenere la sanatoria le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità. Il tempo di commissione dell'abuso e di riferimento per la determinazione dell'oblazione sarà individuato nella data del primo provvedimento amministrativo o giurisdizionale».

Tale deroga – dettata in favore di quei contravventori che avendo prestato ossequio ai provvedimenti amministrativi o giurisdizionali che inibivano la prosecuzione dei lavori abusivi, non sono stati posti in grado di ultimare o completare le opere entro il termine ultimo previsto dalla legge – va interpretata in termini strettamente circostanziati.

Sebbene la disposizione utilizzi la più elastica nozione di ultimazione delle «strutture realizzate» – e non quella di un manufatto completo almeno al rustico e privo soltanto delle finiture (come invece l'art. 31, comma 2, della legge n. 47 del 1985) – la stessa non consente certo il completamento delle strutture in qualsiasi stato si trovino realizzate.

Se non si vuole stravolgere il fondamento dell'istituto e la forza prescrittiva dell'attività di repressione degli abusi edilizi (ad opera dell'autorità giudiziaria), il grado di completamento dell'opera abusiva deve essere tale da consentire di percepire la concreta fisionomia e destinazione dell'opera da sanare e da completare. La norma in questione, in altre parole, può essere invocata soltanto per eseguire interventi funzionali e accessori a quanto già costruito, mentre deve ritenersi preclusa la possibilità di sanatoria per opere il cui grado, appena iniziale, di realizzazione non consenta di riconoscerne la funzione e la configurazione generale. Deve quindi concludersi che i locali abusivi in costruzione non avevano raggiunto un sufficiente grado di ultimazione plano-volumetrica, per entrare nel campo applicativo dell'art. 43, comma 5, primo periodo della legge n. 47 del 1985.

11.– Dal momento che, come si è spiegato, la presente fattispecie attiene ai lavori di completamento, non coglie nel segno il richiamo alla giurisprudenza sulla sospensione del procedimento sanzionatorio in conseguenza della pendenza di una pratica di condono (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2022 n. 2596).

12.– In ragione dell'acclarata abusività del manufatto abusivo, l'ordine di demolizione era atto dovuto e vincolato e non necessitava di motivazione aggiuntiva

rispetto all'indicazione dei presupposti di fatto e all'individuazione e qualificazione degli abusi edilizi, dovendosi escludere l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto illecita, che il tempo non può legittimare.

13.– L'appello, pertanto, deve essere respinto.

La particolarità della fattispecie e degli interessi coinvolti giustifica la compensazione delle spese del secondo grado di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, così dispone:

- respinge l'appello n. 4469 del 2017, come in epigrafe proposto;
- compensa le spese di lite del secondo grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Massimiliano Tarantino, Presidente FF

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Dario Simeoli**

**IL PRESIDENTE**  
**Luigi Massimiliano Tarantino**

IL SEGRETARIO