

Pubblicato il 20/03/2017

Sent. n. 1539/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6191 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
GIUSEPPE BALSAMO e TERESA MOCCIA, rappresentati e difesi dagli Avv.ti Carmine Di Mauro e Mario Reffo, con i quali sono elettivamente domiciliati in Napoli alla Via Generale Orsini n. 40 presso lo studio dell'ultimo difensore;

contro

COMUNE DI AFRAGOLA, rappresentato e difeso dall'Avv. Rosa Balsamo dell'Avvocatura Municipale in sostituzione dell'Avv. Alessandra Iroso, e domiciliato per legge presso la Segreteria di questo Tribunale in mancanza di domicilio eletto in Napoli;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo:

a) della disposizione dirigenziale del Comune di Afragola prot. n. 3283/A.T. dell'8 settembre 2011, con la quale sono stati annullati in autotutela i provvedimenti di condono edilizio nn. 370 e 371 del 26 marzo 2004, rilasciati in favore dei ricorrenti per le due unità immobiliari per civili abitazioni al primo piano del fabbricato sito alla VI Traversa Cinquevie n. 11, nonché della relativa comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 2826/A.T. del 25 luglio 2011;

b) di ogni altro eventuale atto preordinato, connesso e consequenziale a quelli impugnati in via principale;

quanto al primo ricorso per motivi aggiunti:

c) dell'ordinanza dirigenziale del Comune di Afragola n. 104/11 del 23 novembre 2011, con la quale è stata ingiunta ai ricorrenti la demolizione di opere abusive a seguito dell'annullamento dei suddetti provvedimenti di condono edilizio;

d) di ogni altro eventuale atto preordinato, connesso e consequenziale a quelli impugnati in via principale;

quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti:

e) dell'ordinanza dirigenziale del Comune di Afragola n. 50/2012 del 16 aprile 2012, recante la declaratoria di acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive e della relativa area di sedime a seguito dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 104/11 del 23 novembre 2011;

f) di ogni altro eventuale atto preordinato, connesso e consequenziale a quelli impugnati in via principale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2017 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il gravame in trattazione, come integrato dai motivi aggiunti, i ricorrenti espongono di essere proprietari di un fabbricato sito in Afragola alla VI Traversa Cinquevie n. 11, le cui due unità immobiliari poste al primo piano sono state oggetto dei provvedimenti comunali di condono edilizio nn. 370 e 371 del 26 marzo 2004.

I medesimi impugnano gli atti indicati in epigrafe deducendo una serie di vizi attinenti alla violazione della normativa nazionale in materia di edilizia e di condono edilizio, alla violazione della legge sul procedimento amministrativo, all'invalidità derivata, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Il Comune di Afragola conclude nei suoi scritti difensivi per la reiezione del ricorso.

I ricorrenti insistono nelle proprie tesi con ulteriore memoria difensiva.

Le istanze cautelari proposte nel corso del giudizio sono state respinte con ordinanze n. 326 del 2 marzo 2012 e n. 967 del 5 luglio 2012.

All'udienza pubblica del 7 febbraio 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia, come arricchita dai motivi aggiunti, si incentra sulla contestazione dei seguenti atti del Comune di Afragola tesi a reprimere condotte illecite in materia edilizia: 1) la disposizione dirigenziale prot. n. 3283/A.T. dell'8 settembre 2011, con la quale sono stati annullati in autotutela i provvedimenti di condono edilizio nn. 370 e 371 del 26 marzo 2004, rilasciati in favore dei ricorrenti, ai sensi della legge n.724/1994, per le due unità immobiliari per civili abitazioni al primo piano del fabbricato sito alla VI Traversa Cinquevie n. 11, unitamente alla relativa comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 2826/A.T. del 25 luglio 2011; 2) l'ordinanza dirigenziale n. 104/11 del 23 novembre 2011, con la quale è stata ingiunta ai ricorrenti la demolizione di opere abusive a seguito dell'annullamento dei suddetti provvedimenti di condono edilizio; 3) l'ordinanza dirigenziale n. 50/2012 del 16 aprile 2012, recante la declaratoria di acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive e della relativa area di sedime a seguito dell'inottemperanza all'ordinanza di demolizione n. 104/11 del 23 novembre 2011.

2. Si premette, in punto di fatto, che con la contestata disposizione dirigenziale di annullamento dei provvedimenti di condono edilizio trae linfa dai seguenti motivi: i) dall'analisi degli atti allegati ai provvedimenti di condono, quali le dichiarazioni e le perizie giurate di parte, nonché la documentazione fotografica posta a corredo delle domande, è risultato che l'intero primo piano oggetto di sanatoria non poteva considerarsi ultimato al 31 dicembre 1993, essendo a quella data privo delle tamponature perimetrali;

ii) al momento dell'emissione dei provvedimenti di condono continuava a sussistere l'efficacia dell'ordinanza di demolizione n. 592/90 del 23 maggio 1990, tesa a colpire la realizzazione del piano terra del fabbricato, con la conseguenza che non poteva essere concesso il beneficio della sanatoria limitatamente al primo piano, perché in tal modo si sarebbe creata "la paradossale situazione in cui l'Ente ingiunge la demolizione di un piano (piano terra) legittimando e sanando il piano sovrastante (piano primo)";

iii) come emerge dalla relazione di sopralluogo del 28 marzo 2007, i provvedimenti di condono sono stati emanati sulla base di una non fedele rappresentazione dello stato di fatto del fabbricato, il quale, a differenza di quanto esposto e documentato nelle istanze di condono, risulta al piano terra completato nelle murature perimetrali e suddiviso in due unità immobiliari (mentre in tali istanze si dava conto che il piano terra era adibito a porticato libero), nonché dotato al primo piano di due ampi

terrazzi a livello che “determinano un incremento di superficie non residenziale non annoverata nei grafici dei provvedimenti rilasciati e realizzati senza titoli abilitativi”.

3. Ciò premesso, le censure complessivamente articolate avverso gli atti impugnati sono così compendiabili:

a) la disposizione dirigenziale di annullamento in autotutela è fondata sull'erroneo presupposto che le istanze di condono non avessero rappresentato fedelmente il piano terra del fabbricato nel suo effettivo stato, mentre è da precisare che la trasformazione del piano terra da locale aperto in locale chiuso ripartito in due unità immobiliari distinte, è avvenuta successivamente alla presentazione (in data 23 febbraio 1995) delle domande di condono e comunque entro il 31 marzo 2003;

b) essendo l'annullamento in autotutela intervenuto dopo 7 anni dal rilascio dei provvedimenti di condono ed alla chiusura di un iter procedimentale durato complessivamente 16 anni, l'amministrazione comunale, prima di rimuovere i titoli in sanatoria, avrebbe dovuto riesaminare d'ufficio le domande di condono presentate nel 1995 alla luce della normativa sopravvenuta sul condono del 2003 (art. 32 del decreto legge n. 269/2003, convertito nella legge n. 326/2003), e ciò in ossequio ai fondamentali principi di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa;

c) l'amministrazione comunale non ha dato conto, nel corredo motivazionale dell'atto di autotutela, dell'interesse pubblico specifico alla rimozione dei titoli edificatori, ritenuto prevalente sui contrapposti interessi privati: tale onere motivazionale doveva essere assolto in maniera particolarmente puntuale atteso il considerevole lasso di tempo trascorso dall'intervenuta sanatoria;

d) l'ordine di demolizione si pone in contrasto con l'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, poiché è privo di ogni valutazione circa il pregiudizio che potrebbe derivare alla parte di fabbricato eseguita in conformità ai titoli edilizi, con conseguente eventuale maggior appropriatezza della sanzione sostitutiva di tipo pecuniario;

e) “l'ordinanza di acquisizione è priva di qualsiasi precisazione immobiliare tale da consentire un'esatta individuazione delle porzioni immobiliari di proprietà della ricorrente che il Comune ha inteso acquisire al patrimonio comunale”, in violazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001;

f) sempre in violazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, “l'amministrazione non ha affatto motivato in ordine alla necessità di acquisire, oltre l'area dove insiste l'opera abusiva anche l'intera particella catastale, di estensione significativamente maggiore. Ne consegue l'illegittimità del provvedimento impugnato nella parte in cui prevede l'acquisizione dell'intera particella catastale, anziché della sola area su cui insistono i manufatti oggetto del procedimento sanzionatorio azionato”;

g) l'ordinanza di demolizione e quella di acquisizione gratuita sono affette dall'invalidità derivata discendente dai provvedimenti che le precedono.

Tutte le prefate censure non meritano condivisione per le ragioni di seguito esplicitate.

4. Parte ricorrente non adduce alcun elemento di prova da cui poter arguire che la chiusura del fabbricato al piano terra sia avvenuta successivamente alla presentazione delle istanze di condono e non sia piuttosto il risultato, come ritenuto dall'amministrazione, di una non fedele rappresentazione dello stato dei luoghi contenuta nelle istanze stesse.

Si precisa, al riguardo, che l'onere della prova in ordine alla data di ultimazione delle opere grava sul richiedente il condono, in quanto, mentre l'amministrazione comunale non è, normalmente, in grado di accertare la situazione edilizia di tutto il proprio territorio ad una determinata data, l'interessato può fornire atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza in merito all'epoca di realizzazione del manufatto; pertanto, non può ritenersi sufficiente la sola dichiarazione di parte (anche sostitutiva di atto di notorietà), la quale deve essere supportata da ulteriori riscontri documentali, eventualmente indiziari, purché altamente probanti (quali, ad esempio, le fatture e le ricevute relative all'esecuzione dei lavori o all'acquisto dei materiali, i rilievi aerofotogrammetrici, etc.), insussistenti nella specie (orientamento consolidato: cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. VI, 27 luglio 2015 n. 3666; Consiglio di Stato, Sez. IV, 7 luglio 2014 n. 3414 e 27 novembre 2010 n. 8298; TAR Sardegna, Sez. II, 24 marzo 2016 n. 277; TAR Campania Napoli, Sez. VI, 17 dicembre 2015 n. 5782).

5. Non si ravvisa alcuna lesione dei canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, giacché tutte le normative sul condono edilizio succedutesi nel tempo (quelle del 1985, del 1994 e, da ultimo, del 2003) sono ispirate al fondamentale principio della necessaria attivazione della procedura di sanatoria su impulso di parte, con ciò escludendo che l'amministrazione possa valorizzare d'ufficio la condonabilità di determinati immobili, quand'anche tale condonabilità sia praticabile alla luce di una normativa sopravvenuta ed in forza di una domanda di condono presentata sotto l'egida della normativa pregressa. Osta a tale possibilità non solo il chiaro dettato della legge, che richiede sempre un'istanza di parte da presentare nell'intervallo tra l'entrata in vigore della normativa condonistica ed una precisa data di scadenza, ma anche l'assorbente considerazione della diversità dei presupposti normativi inerenti a ciascuno dei condoni edilizi che si sono succeduti negli ultimi decenni, diversità che implica l'assolvimento di oneri dichiarativi e documentali eterogenei che possono ragionevolmente essere espletati solo dalla parte interessata e giammai dalla stessa amministrazione procedente (cfr. in tal senso Consiglio di Stato, Sez. IV, 28 novembre 2013 n. 5704).

5.1 Peraltro, proprio in ossequio ad esigenze minime di correttezza nelle relazioni procedimentali, bene avrebbero fatto i ricorrenti, alla luce della riscontrata non veridicità dello stato dei luoghi rappresentato nelle istanze di condono del 1995, a ripresentare le proprie richieste di sanatoria ai sensi della normativa sopravvenuta del 2003, proprio per evitare che l'amministrazione incorresse una seconda volta nell'errore di condonare manufatti non corrispondenti alla loro reale consistenza.

5.2 Le suesposte notazioni sono da ritenere comunque preferibili, per evidenti esigenze di certezza delle situazioni giuridiche e di contrasto ai comportamenti fraudolenti, ai diversi orientamenti citati dalla difesa attorea, tesi a sostenere la praticabilità dell'esame ufficioso delle domande di condono edilizio a seguito delle sopravvenienze normative.

6. Inoltre, se è vero, secondo un diffuso e condivisibile orientamento (cfr. per tutte Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 dicembre 2015 n. 5830; Consiglio di Stato, Sez. VI, 30 settembre 2015 n. 4552), che anche in materia edilizia i presupposti del potere di annullamento d'ufficio sono costituiti dall'illegittimità originaria del provvedimento e dall'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione (diverso dal mero ripristino della legalità), tenuto conto anche delle contrapposte posizioni giuridiche soggettive consolidate nel tempo in capo ai privati, è altrettanto vero che tale principio soffre un'eccezione nel caso in cui l'operato dell'amministrazione sia stato fuorviato dall'erronea o falsa rappresentazione dello stato di fatto posta in essere dal privato al momento della richiesta del titolo edilizio; invero, in tale ipotesi non occorre una particolare motivazione sull'interesse pubblico specifico perseguito in sede di autotutela, di per sé coincidente con l'implicita esigenza di ripristinare la legalità urbanistico-edilizia fraudolentemente compromessa, così come perde meritevolezza l'affidamento (non incolpevole) del privato circa il mantenimento della situazione abusiva, affidamento da considerare di per sé recessivo di fronte all'interesse pubblico alla ricostituzione della cornice di rispetto della disciplina urbanistica violata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 novembre 2012 n. 5691 e 3 agosto 2012 n. 4440; TAR Toscana, Sez. III, 27 maggio 2015 n. 825).

6.1 Ebbene, il caso concreto rientra senza dubbio nell'esposta ipotesi eccezionale, se solo si pone mente alla (ormai) pacifica circostanza, esplicitata nella parte motiva del gravato permesso di costruire e rimarcata dalla difesa comunale, che i precedenti titoli edilizi oggetto di annullamento erano stati rilasciati sulla base di una non fedele rappresentazione dello stato di fatto contenuta nelle istanze di condono, in relazione alla situazione edificatoria del piano terra e del primo piano (rispettivamente, chiusura perimetrale e terrazzi a livello).

7. Si palesa inconferente il dedotto contrasto dell'ordine di demolizione con l'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, poiché tale disposizione si attaglia alle ipotesi degli interventi di ristrutturazione edilizia eseguiti in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire, mentre il caso di specie riguarda un fenomeno di nuova costruzione (non essendo rinvenibile un fabbricato preesistente da ristrutturare) in assenza del permesso di costruire, con conseguente applicabilità del più severo corredo sanzionatorio contemplato dall'art. 31 del decreto citato.

8. Risulta che l'ordinanza di acquisizione reca l'esatta individuazione delle porzioni immobiliari oggetto di acquisizione gratuita, effettuata mediante l'indicazione delle porzioni stesse (unità immobiliari poste al piano terra ed al primo piano, nonché relativa area di sedime) e dei corrispondenti estremi catastali (foglio n. 5, particella 1375, subalterni da 1 a 5), con la conseguenza che non può imputarsi a tale ordinanza alcuna omissione di informazioni richieste dalla legge ai fini della valida acquisizione di diritto al patrimonio comunale (cfr. TAR Campania Napoli, Sez. II, 2 maggio 2012 n. 1968).

9. Infine, è sconfessato in fatto (cfr. al riguardo parte dispositiva del provvedimento) che l'ordinanza di acquisizione includa, oltre alle suddette unità immobiliari e alla relativa area di sedime, anche l'intera particella catastale di insidenza dei manufatti, con conseguente inconferenza dell'ultima doglianza di violazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001.

10. Quanto sopra esposto rende, evidentemente, prive di consistenza le rimanenti censure di invalidità derivata mosse avverso l'ordinanza di demolizione e quella di acquisizione gratuita.

11. In conclusione, resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, il ricorso, come integrato dai motivi aggiunti, deve essere respinto siccome infondato.

Sussistono nondimeno giusti e particolari motivi, attesa la relativa complessità della vicenda contenziosa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Rovis, Presidente

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

Brunella Bruno, Primo Referendario

L'ESTENSORE

Carlo Dell'Olio

IL PRESIDENTE

Claudio Rovis

IL SEGRETARIO