

N. 08504/2023REG.PROV.COLL.

N. 07322/2017 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 7322 del 2017, proposto da Giovanna Delfino, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Agliata, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Mangazzo in Roma, via G. G. Belli n. 39;

contro

Comune di Barano d'Ischia, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 03350/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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 10 luglio 2023 il Cons. Annamaria Fasano e preso atto che nessuno è comparso per le parti costituite in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "*Microsoft Teams*";

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Giovanna Delfino, quale proprietaria di un immobile sito in Barano d'Ischia alla via Angelo Migliaccio n. 145, sito in complesso oggetto di licenza edilizia, proponeva ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Campania, impugnando l'ordinanza di demolizione n. 51 del 13.02.2012, con la quale il Comune aveva ordinato la demolizione di una tettoia costituita da montanti in legno verticali, e copertura in cotto, delle dimensioni di metri 5,10 x 3,30 e metri 2,20 x 1,80, preesistente all'acquisto e successivamente riattata, in ragione del vincolo paesistico insistente sul territorio dell'Isola d'Ischia, giusta d.m. 19.06.1958 e del P.T.P. approvato con d.m. 8.02.1999.

2. Con il ricorso, la signora Delfino riferiva che, in data 16.04.1986, aveva proposto istanza di condono n. 0234379701, prot. n. 2329 ed era stata autorizzata dal Comune, con provvedimento prot. n. 560 del 03.02.1986, ad eseguire lavori di manutenzione straordinaria, poi terminati il 19.03.2007, giusta comunicazione di fine lavori prot. 3222 del 19.03.2007. A seguito della notifica dell'ordinanza di demolizione, in data 12.03.2012, aveva chiesto all'Ente municipale di revocare e/o annullare e/o sospendere il provvedimento, stante la pendenza dell'istanza di condono *ex lege* 47/85; ma a tale richiesta il Comune non dava alcun riscontro.

Pertanto, lamentava l'omessa valutazione dell'istanza di condono, essendo la tettoia preesistente e soltanto riattata in costanza dei lavori di manutenzione autorizzati dall'Amministrazione, pendendo altresì sulla stessa domanda di accertamento di conformità *ex* d.P.R. n. 380/01. Eccepiva la natura pertinenziale della tettoia oggetto di demolizione, in quanto attaccata all'unità abitativa principale, di modesta entità e completamente asservita all'immobile, che ne impediva l'assoggettabilità al regime delle nuove opere di cui all'art. 10 del d.P.R. 380/01. Secondo l'esponente, oltre al difetto di motivazione dell'atto impugnato, era stato travisato il P.T.P. del Comune di Ischia, approvato con d.m. 08.02.1999, il quale non imponeva un vincolo di inedificabilità assoluta rispetto ad ogni intervento realizzato sull'Isola, richiedendo invece una valutazione di compatibilità paesaggistica connotata da un elevato grado di discrezionalità tecnica. L'Amministrazione, inoltre, aveva omesso di notificare la comunicazione di avvio del procedimento, stante l'inapplicabilità dell'art. 21-*octies* L. 241/1990, in ragione della discrezionalità della valutazione di compatibilità paesaggistica.

3. Il T.A.R. per la Campania, con sentenza n. 3350/2017, respingeva il ricorso, assumendo che la sospensione dei procedimenti sanzionatori edilizi, in pendenza dell'istanza di condono, presupponeva l'effettiva coincidenza tra l'oggetto della domanda di condono e le opere in contestazione. La relativa prova gravava sulla ricorrente, la quale non aveva allegato agli atti una copia dell'istanza di condono. In ogni caso, l'abuso non risultava condonabile, in quanto l'ordinanza impugnata riteneva accertato che le opere contestate erano state realizzate dopo il 31.03.2003. Tale profilo non era stato specificamente contestato dalla ricorrente che si era limitata a dichiarare, senza però dimostrare, che la tettoia in questione fosse preesistente all'istanza di condono del 16.04.1986. Il Collegio evidenziava

l'irrilevanza della pretesa natura pertinenziale dell'opera, ai fini del rilascio del permesso di costruire, nella misura in cui la stessa realizzava una trasformazione urbanistica edilizia del territorio, con perdurante modifica dello stato dei luoghi e con dimensioni tali da non potersi ritenere più assorbite, o ricomprese in quanto accessorie, nell'edificio principale.

In ogni caso, le opere edilizie abusive realizzate in zona sottoposta a vincolo paesistico si consideravano eseguite in totale difformità dal titolo, anche laddove costituenti pertinenze o volumi tecnici, sicché la demolizione era, comunque, doverosa ove non fosse stata ottenuta alcuna previa autorizzazione paesistica. Il Giudice di prima istanza, oltre a ritenere insussistenti i denunciati vizi di motivazione, considerava infondate le censure relative alla violazione delle garanzie partecipative, stante l'ineluttabilità della sanzione repressiva, anche a causa dell'assenza di specifici e rilevanti profili di contestazione in ordine ai presupposti di fatto e di diritto che ne costituiscono il fondamento giustificativo.

4. Con ricorso in appello, notificato nei termini e nelle forme di rito, Giovanna Delfino ha impugnato la suddetta pronuncia, chiedendone l'integrale riforma, denunciando: “ *Error in procedendo – Error in iudicando – omessa pronuncia – difetto di motivazione – extra – ultra petizione violazione della legge 241/1990 – violazione del d.P.R. 380/2001 – d.lg. 42/2004 – legge 1497/1937 – D.M. 08/02/1999 – Eccesso di potere per travisamento dei fatti – Eccesso di potere per difetto di motivazione – Eccesso di potere per violazione del principio del giusto procedimento – sviamento della funzione istituzionale – Difetto di interesse pubblico – Eccesso di potere per omessa istruttoria*”.

5. Il Comune di Barano d'Ischia, benchè ritualmente evocato, non si è costituito in giudizio.

6. All'udienza straordinaria del 10.07.2023, la causa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

7. Con un unico articolato motivo, Giovanna Delfino ha censurato la sentenza impugnata sotto vari profili. In primo luogo, l'appellante rileva di avere denunciato, nel ricorso introduttivo, che l'ordinanza di demolizione era stata emessa in pendenza della istanza di condono edilizio, presentata in data 16.4.1986, che il Comune di Barano d'Ischia aveva omesso di valutare. Inoltre, la tettoia, preesistente all'istanza di condono, era stata solo riattata, in costanza dei lavori di manutenzione straordinaria, eseguiti giusta autorizzazione dell'Ente municipale n. 560 del 3.2.1986. Il T.A.R. avrebbe erroneamente respinto la censura non perché fosse stata contestata l'istanza di condono, ma per mancata dimostrazione della *'identità tra l'abuso oggetto di richiesta di condono e quello sanzionato con il provvedimento di demolizione impugnato'*. Pertanto, la sentenza sarebbe contraddittoria perché, pur affermando l'esistenza dell'istanza di condono, non ne ha riconosciuto le relative conseguenze. Sarebbe stato violato anche l'art. 2697 c.c., posto che la ricorrente nel corso del giudizio avrebbe comunque allegato un principio di prova, mentre l'Amministrazione, rimanendo contumace, non avrebbe fornito la prova contraria. L'appellante deduce la natura pertinenziale della tettoia, attaccata all'unità abitativa e a totale asservimento dell'immobile, per la quale non sarebbe necessario il rilascio di una concessione edilizia (oggi permesso di costruire) ma la presentazione di una D.I.A., in assenza della quale sarebbe irrogabile la sola sanzione pecuniaria. Si eccipisce, altresì, il vizio di ultra petizione in cui sarebbe in corso il T.A.R. adito, laddove si è pronunciato sulla non condonabilità del manufatto per accertata realizzazione dopo il 31.03.2003, posto che la valutazione del merito dell'istanza di condono (non evasa dall'Amministrazione) sarebbe estranea all'oggetto del giudizio.

In virtù dell'effetto devolutivo dell'appello, l'appellante reitera le censure già portate all'attenzione del giudice di primo grado e relative al travisamento dei presupposti di diritto rappresentati dal P.T.P del Comune d'Ischia, approvato con D.M. 08.02.1999, alla violazione delle garanzie partecipative, nonché al difetto di istruttoria, al travisamento dei fatti ed al difetto di motivazione dell'ordinanza gravata.

8. Le esposte censure, da esaminarsi congiuntamente, in quanto attinenti a profili connessi, sono infondate.

9. Secondo l'indirizzo condiviso della giurisprudenza in materia, perché si possa produrre la sospensione dell'effetto dell'ordinanza di demolizione, è necessario presentare una formale istanza di condono o di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 (Cons. Stato, sez. VI, n. 5746 del 2022), ma nel caso di specie non è stato provato che detta istanza sia stata presentata. Né può trasferirsi l'onere della prova in capo all'Amministrazione procedente, sostenendo, come fa l'odierna appellante, che avrebbe dovuto approfondire l'istruttoria su tale profilo prima di adottare il provvedimento demolitorio (Cons. Stato, sez. VI, n. 1661 del 2023).

Tale onere discende, infatti, *'in linea di principio, dagli artt. 63, comma 1, e 64, comma 1, c.p.a. in forza dei quali spetta al ricorrente l'onere della prova in ordine a circostanze che rientrano nella sua disponibilità'* (Cons. Stato, sez. II, n. 1109 del 2021; Cons. Stato, sez. II, n. 80 del 2021).

Come, correttamente, precisato dal Giudice di prima istanza, nella specie, deve essere ravvisata l'assorbente causa ostativa alla valorizzazione della domanda della ricorrente la circostanza che l'omessa allegazione agli atti di copia della predetta

istanza non ha consentito al giudicante di valutare l'identità tra abuso oggetto di richiesta di condono e quello sanzionato con il provvedimento di demolizione impugnato'.

Un'ulteriore circostanza esclude la fondatezza delle censure.

L'ordinanza di demolizione contiene la valutazione di non condonabilità del manufatto, nella parte in cui ritiene accertato che le opere in contestazione sono state realizzate dopo il 31.3.2003, pertanto fuori dai limiti temporali di utilizzo per l'ammissione alla sanatoria delle leggi n. 47 del 1985, n. 724 del 1996 e n. 326 del 2003.

Diversamente da quanto sostiene l'appellante, tale aspetto rientra nella cognizione del Collegio di prima istanza, posto che con il ricorso introduttivo si è denunciata l'illegittimità dell'ordinanza impugnata, in ragione del difetto di motivazione e dell'insussistenza dei presupposti per l'emissione.

Questa Sezione rileva come questo specifico profilo non sia stato adeguatamente confutato dalla ricorrente, la quale si è limitata a denunciare un inesistente vizio di ultra petizione della sentenza impugnata, laddove, al contrario, secondo il consolidato orientamento di questo Consiglio *'in tema di abusi edilizi, l'onere di provare l'ultimazione del manufatto alla data utile per beneficiare del condono spetta all'interessato, poiché il periodo di realizzazione delle opere costituisce elemento fattuale che rientra nella disponibilità della parte che invoca la sussistenza del presupposto temporale per usufruirne'* (Cons. Stato, sez. II, n. 5972 del 2020). Infatti, di regola, è il richiedente il titolo in sanatoria *'il soggetto avente disponibilità di documenti e di elementi di prova, in grado di dimostrare con ragionevole certezza l'epoca di realizzazione del manufatto'* (Cons. Stato, sez. VI, n. 1890 del 2020). Tale onere probatorio non può dirsi adempiuto nel caso di specie.

Un ulteriore argomento depone nel senso dell'infondatezza del gravame.

L'ordinanza impugnata è stata adottata ai sensi dell'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, in ragione del vincolo paesistico insistente sul territorio dell'Isola di Ischia, giusta d.m. 19.6.1958 e del P.T.P. approvato con D.M. 8.2.1999, ed è riferito ad una tettoia costituita con montanti in legno verticali, dogata in legno e con copertura in cotto, delle dimensioni di metri 5,10x3,30 e 2,20x1,80 ed una superficie di mq. 20,79 attaccata all'unità abitativa, come risulta dal rapporto della Polizia Municipale del 7.7.2010.

Orbene, nessun difetto di motivazione del provvedimento impugnato può essere denunciato, posto che chiaramente viene precisato che *'la realizzazione di una tettoia, indipendentemente dalla sua eventuale natura pertinenziale, è configurabile come intervento di ristrutturazione edilizia ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera d), del d.P.R. n. 380/01, nella misura in cui realizza l'inserimento di nuovi elementi ed impianti ed quindi subordinata al regime del permesso a costruire, ai sensi dell'art. 10, comma primo, lettera c), dello stesso d.P.R. laddove comporti una modifica della sagoma o del prospetto del fabbricato cui inerisce'*.

Né può essere ravvisato un travisamento del P.T.P. approvato con D.M. 8.2.1999. L'Amministrazione ha, invero, legittimamente operato, considerato che la realizzazione della tettoia, in disparte la natura di intervento di ristrutturazione edilizia, per le dimensioni (mq. 20,79) e il posizionamento, esclude che possa assumere caratteristiche di pertinenzialità. Le caratteristiche strutturali del manufatto non consentono di ritenere che la tettoia possa essere considerata una pertinenza, posto che, secondo la costante giurisprudenza del Consiglio di Stato, la nozione di pertinenza, sul piano urbanistico ed edilizio, è limitata ai soli interventi accessori di modesta entità e privi di autonomia funzionale (Cons. Stato, sez. IV, n. 5926 del 2022).

Nel caso di specie, il rilevante aumento di superficie di copertura e l'oggettiva possibilità, considerate le dimensioni, di sfruttamento autonomo del manufatto impediscono di considerarlo pertinenza in senso urbanistico – edilizio. Del resto, in fattispecie analoghe a quelle per cui si procede, questo Consiglio ha avuto occasione di precisare che *‘non sussiste la natura pertinenziale nel caso in cui sia realizzato un nuovo volume, su un'area diversa ed ulteriore rispetto a quella già occupata dal precedente edificio, ovvero sia realizzata un'opera qualsiasi, quale può essere ad esempio una tettoia, che ne alteri la sagoma’* (Cons. Stato, sez. VI, n. 5153 del 2022; Cons. Stato, sez. VI, n. 72 del 2018). È stato, altresì, chiarito, che *‘la realizzazione di una tettoia va configurata sotto il profilo urbanistico come intervento di nuova costruzione, richiedendo quindi il permesso di costruire, allorchè difetti dei requisiti richiesti per le pertinenze e per gli interventi precari’* (Cons. Stato, sez. VI, n. 72 del 2018 cit.).

Da siffatti rilievi consegue che le critiche proposte dall'appellante non hanno pregio, dovendosi rammentare che l'opera insiste su una zona sottoposta a vincolo paesistico, sicché, in disparte la natura pertinenziale, non è suscettibile di autorizzazione in luogo della concessione.

In ragione della pacifica riconducibilità agli interventi di ‘nuova costruzione’ ai sensi dell'art. 3, comma e) del D.P.R. n. 380 del 2001 dell'abuso contestato, deve quindi essere esclusa la diversa ipotesi della manutenzione straordinaria prospettata dall'appellante, sulla base della quale si contestano i presupposti della sanzione demolitoria. L'operato del Comune di Barano d'Ischia è infatti incensurabile sul punto, a fronte delle caratteristiche e della consistenza della tettoia, per giunta realizzata in area sottoposta a vincolo paesaggistico, tale per cui *‘è vietato qualsiasi intervento che comporti un incremento dei volumi esistenti’*, ai sensi del vigente strumento pianificatorio di settore, come parimenti specificato nel provvedimento impugnato.

Secondo la consolidata giurisprudenza, a fronte di opere abusive, l'ordine di demolizione è un atto dovuto e vincolato e non necessita di motivazione aggiuntiva rispetto all'indicazione dei presupposti di fatto e all'individuazione e qualificazione degli abusi edilizi (Cons. Stato, sez. VI, n. 8750 del 2022; Cons. Stato, sez. VI, n. 8238 del 2022). Né sussiste un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il mero decorso del tempo non sana.

Va anche respinto il motivo incentrato sulla violazione dell'art. 7 della l. n. 241 del 1990, posto che le censure relative al contraddittorio non possono comunque determinare l'annullamento dell'ordinanza impugnata, in quanto il dispositivo di quest'ultima *'non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato'*, ai sensi dell'art. 21 *octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, come correttamente precisato dal giudice di prima istanza.

10. In definitiva, l'appello va respinto, ed ogni altra questione dedotta deve ritenersi assorbita, atteso che l'eventuale esame della stessa non determinerebbe una soluzione di segno contrario.

11. Nulla va disposto per le spese di lite, in mancanza di attività difensiva della parte intimata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Nulla per le spese di lite del grado.

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

Così deciso, in Roma, nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2023 tenuta da remoto, ai sensi dell'art. 17, comma 6, d.l. n. 80 del 2021, convertito con modificazioni dalla legge 6.8.2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Luigi Massimiliano Tarantino, Presidente FF

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Annamaria Fasano

IL PRESIDENTE
Luigi Massimiliano Tarantino

IL SEGRETARIO