

Penale Sent. Sez. 4 Num. 15413 Anno 2024

Presidente: DOVERE SALVATORE

Relatore: ESPOSITO ALDO

Data Udiienza: 21/02/2024

SENTENZA

sul ricorso proposto da:

FERRARO MADDALENA nato a NAPOLI il 23/06/1949

avverso l'ordinanza del 20/09/2023 del TRIBUNALE di NAPOLI

udita la relazione svolta dal Consigliere ALDO ESPOSITO;

lette le conclusioni del PG LUCIA ODELLO, che ha chiesto il rigetto del ricorso;



RITENUTO IN FATTO

1. Con l'ordinanza in epigrafe, il G.I.P. del Tribunale di Napoli, in funzione di giudice dell'esecuzione, in sede di giudizio di rinvio, ha rigettato l'istanza, proposta da Ferraro Maddalena, di revoca o sospensione dell'ordine di demolizione disposto dal P.M. presso il Tribunale di Napoli in data 10 gennaio 2011.

1.1. Il P.M. emetteva ingiunzione a demolire delle opere abusive realizzate in Melito di Napoli, v. S. Francesco n. 43, in esecuzione della sentenza del Tribunale di Napoli, Sezione distaccata di Marano del 2 ottobre 2006, divenuta irrevocabile in data 15 dicembre 2008, nei confronti di Ferraro Maddalena, condannata per reati edilizi alla pena di mesi nove, giorni quindici di reclusione ed euro seicentocinquanta di multa e alla demolizione dei manufatti abusivi.

Il 4 luglio 2019, Ferraro Maddalena proponeva incidente di esecuzione avverso l'ingiunzione di demolizione emessa dalla Procura della Repubblica di Napoli il 10 gennaio 2011 in esecuzione dell'ordine di demolizione disposto con sentenza emessa dal Tribunale di Napoli, chiedendo la revoca o la sospensione dell'ordine di demolizione in quanto in possesso di titolo abilitativo (condono n. 172/2014 rilasciato dal Comune di Melito).

Con ordinanza del 25 luglio 2022, il Tribunale di Napoli, in funzione di giudice dell'esecuzione, accoglieva la richiesta difensiva e revocava dell'ordine di demolizione.

Il P.M. ricorreva per Cassazione avverso tale provvedimento, lamentando il difetto di motivazione della stessa essendo il Giudice pervenuto alla sua decisione senza effettuare le doverose verifiche di legittimità sull'amministrativo. In particolare, il P.M. censurava il *modus operandi* del Giudice dell'esecuzione per aver omesso qualsivoglia attività istruttoria in ordine alla verifica della ultimazione delle opere entro il 31 marzo 2003, del requisito volumetrico e del vincolo di inedificabilità assoluta.

Con sentenza n. 23531 del 30 gennaio 2013 la Terza Sezione penale della Corte di Cassazione annullava l'ordinanza impugnata dal P.M. e rinviava per nuovo esame al Tribunale di Napoli.

1.2. Il G.I.P., in sede di giudizio di rinvio, ha rilevato che, in data 15 settembre 2014, il Comune di Melito aveva emesso provvedimento dirigenziale n. 172/14, avente valore di condono edilizio, rilasciato con procedura semplificata sulla scorta delle autocertificazioni di parte, per la realizzazione di un appartamento al secondo piano dell'immobile di proprietà della committente, sito in Melito di Napoli, v. S. Francesco n. 43.

Nell'ambito di tale procedimento, la difesa illustrava l'iter del condono edilizio e le fasi della successiva vicenda giurisdizionale in sede amministrativa:

a) il 9 dicembre 2004, la Ferraro presentava domanda di condono edilizio ex l. n. 326 del 2003 per le opere oggetto di demolizione;

b) con provvedimento del 15 settembre 2014, il Comune di Melito rilasciava provvedimento dirigenziale n. 172/2014 avente valore di condono edilizio;

c) l'11 aprile 2019, l'autorità comunale emetteva provvedimento di diniego definitivo n. 75458 del condono precedentemente rilasciato, constatando la mancanza, a seguito di un controllo sulle dichiarazioni della parte, dei presupposti per il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria;

d) la difesa impugnava detto provvedimento di diniego dinanzi al TAR;

e) con sentenza n. 3472 del 3 agosto 2020, il TAR annullava il provvedimento di diniego definitivo e la successiva ordinanza di demolizione n. 17 del 12 aprile 2019, con conseguente reviviscenza del titolo edilizio n. 172/14.

Il difensore della Ferraro, pertanto, insisteva nell'accoglimento dell'originaria istanza di revoca dell'ordine di demolizione, ritenendo che con provvedimento di concessione in sanatoria del 2014 le opere edilizie fossero state assentite.

Il G.I.P. ha rilevato che il TAR aveva annullato la disposizione dirigenziale per ragioni esclusivamente formali e procedurali e, cioè, per la violazione dell'art. 21 nonies l. n. 241 del 1990, omettendo qualsiasi valutazione di merito in ordine alla data di ultimazione dell'immobile e alla sussistenza di altre ragioni ostative alla possibilità di accedere al condono.

Nell'ordinanza impugnata si è precisato che il giudice dell'esecuzione è tenuto ad operare tali valutazioni, in quanto, ai fini della revoca dell'ordine di demolizione di un immobile oggetto di condono edilizio, deve verificare la legittimità del sopravvenuto atto concessorio sotto il profilo della sussistenza dei presupposti per la sua emanazione e, in particolare, la normativa applicabile, la legittimazione di colui che abbia ottenuto il titolo in sanatoria, la tempestività della domanda, il rispetto dei requisiti strutturali e temporali per la sanabilità dell'opera e, ove l'immobile edificato ricada in zona vincolata, il tipo di vincolo esistente nonché la sussistenza dei requisiti volumetrici o di destinazione assentibili.

Il giudice dell'esecuzione, a cui sia richiesto di revocare l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo in ragione di sopravvenuto provvedimento di condono, è tenuto a sindacare detto atto concessorio, disapplicandolo ove lo stesso sia stato emesso in assenza delle condizioni formali e sostanziali di legge previste per la sua esistenza.

Il G.I.P. ha rilevato che l'autorità comunale non aveva validamente emesso il provvedimento del 15 settembre 2014, in quanto le opere non erano condonabili per le seguenti ragioni:

1) l'immobile non era stato completato entro il termine per accedere al condono del 31 marzo 2003, bensì il 30 settembre 2004;

2) non risultava rispettato il criterio volumetrico, che, nei casi di ampliamento, non poteva superare il 30% della volumetria legittima preesistente;

3) la parte non aveva informato nell'istanza di condono dell'esistenza di un vincolo di inedificabilità assoluta, sorto prima della realizzazione delle opere.

Alla luce di tali considerazioni, il G.I.P. ha ritenuto che, in assenza di un valido e legittimo provvedimento di condono delle opere abusive, l'ingiunzione a demolire non potesse essere revocata o sospesa.

2. Ferraro Maddalena ricorre per Cassazione avverso l'ordinanza del G.I.P. per vizio di motivazione.

Si deduce che il G.I.P., in sede di giudizio di rinvio, pur pervenendo a conclusioni diametralmente opposte rispetto al primo Giudice dell'esecuzione investito della questione, è incorso nel medesimo errore, omettendo qualsivoglia accertamento in ordine alla legittimità del titolo abilitativo in questione.

Infatti, pur richiamando la consolidata giurisprudenza di legittimità che impone al giudice penale, chiamato a decidere sulla revoca dell'ordine di demolizione, di verificare la legittimità del sopravvenuto titolo concessorio ha accolto pedissequamente la prospettazione del P.M., senza verificare concretamente la sussistenza o meno dei requisiti di sanabilità dell'opera. Stante la peculiarità della vicenda in esame, tale verifica sarebbe dovuta essere ancor più rigorosa.

La vicenda in esame era stata caratterizzata da un macchinoso iter amministrativo caratterizzato dal susseguirsi di provvedimenti tra loro contrastanti e conclusosi con la declaratoria di validità dell'originario titolo abilitativo. Il Giudice, per assolvere al suo dovere di accertare la legittimità del titolo edilizio, avrebbe dovuto disporre una perizia - tra l'altro sollecitata dalla difesa - in modo da verificare la sussistenza o meno delle circostanze segnalate dal P.M. nel ricorso e richiamate dalla Corte di cassazione.

Al contrario, il giudice del rinvio è pervenuto alle sue conclusioni ritenendo, in maniera assolutamente apodittica, fondati i rilievi mossi dal P.M. costituiti dalle dette mere presunzioni prive di qualsivoglia riscontro.

Anche nell'impugnata ordinanza, infatti, alla stregua di quella pronunciata dal Giudice che revocava l'ordine di demolizione, non emergeva quell'attività istruttoria lamentata dal P.M. nel ricorso proposto avverso detta ordinanza (omissione che ne determinava l'annullamento) finalizzata alla verifica della sussistenza dei presupposti di fatto e di diritto che legittimano il provvedimento di sanatoria e pertanto, anche l'impugnata ordinanza deve essere annullata.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è fondato.

In linea generale va premesso che, salvo che non sia diversamente stabilito, colui che intende avvalersi di una facoltà o di un beneficio previsti dalla legge deve fornire la prova della sussistenza del presupposto su cui si fonda la sua domanda, non potendo detta prova, in assenza di una norma che lo preveda espressamente, essere posta a carico del giudice, tanto più ove essa si fondi su un atto che non si trovi presso l'ufficio del giudice competente, ma presso un diverso ufficio (Sez. 3, n. 2230 del 17/12/2021, dep. 2022, Favasuli, Rv. 282692, in fattispecie relativa al rigetto, da parte del giudice dell'esecuzione, di un'istanza di sospensione dell'ordine di demolizione di opere abusive, fondata sulla mancata allegazione della documentazione attestante l'effettivo deposito della domanda di condono).

In tema di esecuzione penale, ^{tuttavia} ~~infatti~~, non sussiste un onere probatorio a carico del soggetto che invochi un provvedimento giurisdizionale favorevole, ma solo un onere di allegazione, cioè un dovere di prospettare e di indicare (specificamente) al giudice i fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombando poi alla autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti (Sez. 5, n. 4692 del 14/11/2000, Sciuto, Rv. 219253).

Anche in relazione allo specifico tema in oggetto si è affermato che, in tema di reati edilizi, non sussiste un onere probatorio a carico del soggetto che invochi in sede esecutiva la sospensione o la revoca dell'ordine di demolizione, ma solo un onere di allegazione, relativo, cioè, alla prospettazione ed all'indicazione al giudice dei fatti sui quali la sua richiesta si basa, incombando poi all'autorità giudiziaria il compito di procedere ai relativi accertamenti (Sez. 3, n. 31031 del 20/05/2016, Giordano, Rv. 267413).

2. Nella fattispecie in esame, la difesa ha adempiuto all'onere di allegazione, depositando la sentenza n. 3472 del 3 agosto 2020, con cui il TAR annullava - sia pur per ragioni meramente formali - il provvedimento di diniego definitivo del condono e la successiva ordinanza di demolizione n. 17 del 12 aprile 2019, a dimostrazione della reviviscenza del titolo edilizio n. 172/14.

Inoltre, la difesa ha specificamente contestato la tesi accusatoria, secondo la quale non sussistevano i presupposti per ottenere il condono, evidenziando i seguenti specifici elementi a sostegno della propria tesi:

A) L'erroneità dell'assunto della mancanza del requisito temporale, per essere le opere state completate in data 30 settembre 2004 e non entro il 31 marzo 2003.

Si è evidenziata l'inesattezza del presupposto su cui il P.M. prima e il G.E poi avevano fondato l'insussistenza di tale requisito, laddove si riferiscono alla mancata

ultimazione ~~de~~ delle opere nel termine previsto e non al completamento della tompagnatura del manufatto come prescritto dalla l. n. 326 del 2009, rappresentandosi che non si era tenuto conto del precedente sequestro concernente il medesimo immobile effettuato in data 10 marzo 2003 dalla Polizia Municipale di Melito che in quella data constatava la parziale tompagnatura del manufatto. In particolare, il 30 settembre 2004, era effettuato un secondo sopralluogo a seguito del quale si constava la prosecuzione delle opere (consistite nel completamento della tompagnatura) in violazione dei sigilli apposti il 10 marzo 2003.

Orbene, avendo la Ferraro avanzato domanda di condono ex art. 32 d.l. n. 269 del 2003 convertito in l. n. 376 del 2003, deve verosimilmente ritenersi, in considerazione del principio del *favor rei* e in assenza di prova contraria, che il completamento della tompagnatura sia avvenuto subito dopo il primo sequestro e pertanto in epoca pienamente compatibile con il termine del 31 marzo 2003 indicato dalla citata norma. Del resto, tale circostanza non era mai stata messa in discussione neanche dall'Ente che aveva rilasciato il permesso di costruire in sanatoria, ^{quale} se ~~non~~ dopo ben 15 anni con il provvedimento n. 7458 dell'11 aprile 2019, ~~con il quale~~ si annullava in autotutela il titolo abilitativo in sanatoria ~~solo~~ a seguito di sollecitazione della Procura della Repubblica. Tale provvedimento di autotutela era stato impugnato e definitivamente annullato con sentenza del TAR Campania n. 347 del 2020, confermando la piena legittimità ed efficacia del permesso di costruire in sanatoria precedentemente rilasciato.

B) La ritenuta insussistenza del requisito volumetrico (limite dei 30% della parte condonata rispetto all'esistente assentito) da parte del P.M. non basata su dati concreti né concretamente verificata dal Giudice dell'Esecuzione.

Si assume che il riferimento al limite volumetrico costituiva un generico richiamo al dato normativo che aveva introdotto questo particolare "condono edilizio", verificatosi in sede di rilascio del permesso in sanatoria poi annullato, non essendo stati mossi rilievi al riguardo in sede di diniego del condono.

C) La mancanza di un vincolo di inedificabilità assoluta, contrariamente a quanto prospettato nel provvedimento impugnato.

Si è specificato che il "presunto" mancato rispetto della distanza dell'edificio, rispetto alla Strada Statale n. 162 sarebbe stato ricavato dal provvedimento di diniego del Comune di Melito di Napoli n. 7458 dell'11 aprile 2019, laddove si rileva che: "le osservazioni del tecnico di parte che determina la distanza dell'edificio dalla predetta Strada Statale in m. 28 sarebbe del tutto irrilevante giacché nel caso di specie la strada in questione sarebbe da considerarsi "strada di tipo extraurbano (ovvero strada di tipo B)", per la quale è richiesta una distanza minima di m. 40 (affermazione resa senza indicazione della normativa di riferimento).

Ebbene, nella nota prot. n. 879 del 15 gennaio 2019, il Comune chiedeva alla ricorrente di acquisire il parere favorevole dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo. Nel procedimento di sanatoria degli abusi edilizi, tuttavia, l'allegazione del parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo (cfr. anche Circolare Ministero LL.PP. 3357/25 del 30 luglio 1985) non costituisce onere di colui il quale richiede la concessione in sanatoria, ma l'acquisizione dello stesso deve avvenire ad iniziativa del Comune. Ne consegue che, prima di adottare il provvedimento di autotutela, il Comune avrebbe dovuto consultare l'autorità competente.

Peraltro, il tecnico di parte dimostrava che tra l'edificio e la strada v'era una distanza di m. 28. Nel caso di specie non trova applicazione l'art. 26, comma 2, Reg. att. C.d.S. (cui verosimilmente si riferisce il Comune), bensì il comma 3, che fissa in m. 20 la distanza dalle strade di tipo B "fuori dai centri abitati, come delimitati ai sensi dell'art. 4 del Codice, ma all'interno delle zone previste come edificabili o trasformabili dallo strumento urbanistico generale, nel caso che detto strumento sia suscettibile di attuazione diretta, ovvero se per tali zone siano già esecutivi gli strumenti urbanistici attuativi". Infatti, l'immobile della ricorrente ricade in zona C (Territoriale Omogenea) del P.R.G. del Comune di Melito di Napoli, ove sono possibili edificazioni e trasformazioni senza la necessità dei preventivi strumenti attuativi, tant'è che alla ricorrente fu rilasciata la concessione edilizia n. 138/02 per la realizzazione del sottotetto. Inoltre, *in loco* ci sono già altri immobili a distanza inferiore a m. 40.

3. Ebbene, in base ai principi giurisprudenziali sopra riportati, deve escludersi che la Procura abbia assolto l'onere probatorio che su di essa incombe in ordine all'esistenza dei presupposti per emanare l'ordine di demolizione e che la motivazione del provvedimento impugnato sia logica ed esauriente.

Il G.I.P., infatti, si è limitato a riprodurre pedissequamente le argomentazioni prospettate dall'organo inquirente, ma non ha fornito indicazioni in ordine alla fonte degli elementi probatori evidenziati, che avrebbero giustificato l'emissione dell'ordine di demolizione, e, soprattutto, non ha risposto ai plurimi e dettagliati rilievi formulati dalla difesa al riguardo.

4. Per tali ragioni, alla luce dei plurimi vizi motivazionali riscontrati, l'ordinanza impugnata va annullata con rinvio al Tribunale di Napoli per nuovo esame.

P. Q. M.

Annulla il provvedimento impugnato con rinvio per nuovo esame al Tribunale di Napoli.

Così deciso in Roma il 21 febbraio 2024.