

**Illegittimità dell'ordinanza di demolizione avente ad oggetto opere realizzate in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, oggetto di domanda di condono non esitata
(T.A.R. Campania - Napoli, sez. VI, sent. 27 gennaio 2020, n. 379)**

Nell'ambito di un ricorso proposto avverso l'ordinanza di demolizione - avente ad oggetto opere edilizie realizzate *ex novo*, in assenza di titolo abilitativo, ma parzialmente oggetto di istanza di condono edilizio non ancora esitata - in forza del disposto dell'articolo 38 e 44 della legge n. 47, il G.A. ha ritenuto che il Comune, prima di poter attivare (eventuali) procedimenti sanzionatori ha l'obbligo di definire la procedura di condono. L'argomento per il quale il condono edilizio non possa essere concesso dato che nelle aree paesaggisticamente vincolate il condono edilizio del 2003 si applica ai soli abusi minori - laddove nella fattispecie si tratta di una nuova costruzione, cioè di un abuso rientrante nella categoria n. 1) realizzato in epoca anteriore alla imposizione del vincolo - non è applicabile al caso di specie, poiché implicherebbe una inammissibile statuizione da parte del giudice su un potere amministrativo ancora non esercitato con violazione 34, comma 2, c.p.a..

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5907 del 2014, proposto da - OMISSIS -, rappresentato e difeso dagli avvocati Emilio Ruotolo, Adelaide Ruotolo, con domicilio digitale come da P.E.C. da registri di Giustizia;

contro

Comune di Capri in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione n.88 del 2014 del comune di Capri notificata il 22.7.14.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2019 il dott. Davide Soricelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il provvedimento impugnato, comunicato il 22 luglio 2014, il Responsabile del settore VI urbanistica e edilizia privata ha ingiunto al ricorrente, nell'esercizio del potere previsto dall'articolo 31 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, la demolizione delle seguenti opere edilizie in quanto eseguite in difetto di permesso di costruire in via Truglio n. 19/C: *a) unità abitativa di mq. 38,50 circa (5,50 * 7,00 * 2,55 h), composta da cucina ambiente salone-letto e servizio wc e completa di infissi, porte-finestre, impianti servizi e sottoservizi, costruita con strutture orizzontali e verticali in cemento armato ai cui lati è stata ricavata una vanella di 14 mq. coperta con strato plastificato del tipo plexiglass; b) ampliamento di circa mq. 8 formato da copertura in plastica poggiata su pergolato in legno lamellare a forma quadrata il tutto disposto su pilastri in mattoni a forma quadrata 45 * 45".*

Con il ricorso all'esame, notificato in data 4 novembre 2014 e depositato il successivo 27 novembre 2014, il ricorrente denuncia che il provvedimento è illegittimo in quanto:

- 1) relativamente alla unità abitativa di cui al punto a) del provvedimento, egli ha presentato istanza di sanatoria in base all'articolo 32 d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito in legge con modificazioni dalla legge 24 novembre 2003, n. 326, sicchè l'ordine di demolizione viola gli articoli 38 e 44 della legge 28 febbraio 1985, n. 47 i quali dispongono la sospensione dei procedimenti sanzionatori nelle more della definizione del procedimento di sanatoria;
- 2) relativamente alle restanti opere, si tratta di opere minori a carattere pertinenziale, la cui esecuzione non sarebbe soggetta a permesso di costruire ma a d.i.a. con conseguente impossibilità di sanzionarle *ex* articolo 31 con la demolizione; la tesi del ricorrente è che al massimo sarebbe stata applicabile la sanzione pecuniaria prevista dall'articolo 37 D.P.R. n. 380 citato;
- 3) il comune ha illegittimamente omesso l'avviso di procedimento;
- 4) difetta adeguata motivazione con conseguente violazione dell'articolo 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Il comune di Capri non si è costituito in giudizio.

Il ricorso è in parte fondato.

In particolare è fondato il primo motivo dato che il ricorrente ha documentalmente provato che relativamente alla unità abitativa di mq. 38,50 circa, egli ha chiesto il condono edilizio nel 2004; di conseguenza effettivamente in forza del disposto dell'articolo 38 e 44 della legge n. 47 il comune, prima di poter attivare (eventuali) procedimenti sanzionatori avrebbe dovuto definire la procedura di condono.

Potrebbe in contrario sostenersi che nella fattispecie è evidente che il condono edilizio non possa essere concesso dato che nelle aree paesaggisticamente vincolate (e l'intera isola di Capri è notoriamente soggetta a vincolo paesaggistico e del resto lo stesso provvedimento reca un richiamo alla parte terza, titolo primo, del d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42) il condono edilizio del 2003 si applica ai soli abusi minori (abusi rientranti nelle categorie 4, 5 e 6 della tabella allegata al d.l. n. 269), laddove nella fattispecie si tratta di un nuova costruzione, cioè di un abuso rientrante nella categoria n. 1) realizzato in epoca anteriore alla imposizione del vincolo (Consiglio di Stato sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7103, sez. IV, 27/04/2017, n.1935).

Si potrebbe quindi ritenere che si rientri nell'applicazione dell'articolo 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 nel senso che, poiché il condono non potrebbe essere assentito, l'ordine di demolizione non sarebbe annullabile in quanto inevitabile e vincolata conseguenza della doverosa negazione del condono.

Questo argomentare però non sarebbe corretto perché implicherebbe una inammissibile statuizione da parte del giudice su un potere amministrativo ancora non esercitato con violazione 34, comma 2, c.p.a..

Il primo motivo è dunque fondato.

La "sospensione" dei procedimenti sanzionatori prevista dagli articoli 38 e 44 citati non è però invocabile per le ulteriori opere sanzionate, di cui il ricorrente sostiene il carattere pertinenziale e la sottoposizione al regime della d.i.a. (ora s.c.i.a) con conseguente sanzionabilità solo *ex* articolo 37 D.P.R. n. 380 e non *ex* articolo 31 senza però fornire alcun elemento di prova a sostegno di tale

assunto, dato che egli si è limitato ad allegare al ricorso (pendente ormai da cinque anni) il solo atto impugnato e l'istanza di condono senza fornire quindi alcun elemento in ordine ai caratteri di queste ulteriori opere (vanella e ampliamento) idoneo a smentire l'assunto del comune secondo cui si tratterebbe di opere soggette a permesso di costruire.

Quanto precede implica la reiezione del secondo motivo.

La omissione dell'avviso di procedimento (terzo motivo) non può giustificare l'annullamento del provvedimento venendo in rilievo un atto di natura vincolata e trovando quindi applicazione il principio dell'articolo 21-*octies* della legge 7 agosto 1990, n. 241 che esclude l'annullamento di atti vincolati sostanzialmente legittimi per vizi di forma e di procedimento.

Quanto infine alla dedotta insufficienza della motivazione, il relativo motivo (il quarto) è infondato dato che i provvedimenti di repressione di abusi edilizi, per la loro natura dovuta e vincolata richiedono semplicemente la descrizione delle opere abusive e la constatazione della loro abusività (Consiglio di Stato, sez. II, 21 ottobre 2019, n. 7094).

Conclusivamente il ricorso è in parte fondato con conseguente annullamento dell'atto impugnato nella parte in cui dispone la demolizione delle opere per le quali pende il condono edilizio richiesto dal ricorrente.

Le spese di giudizio possono essere dichiarate irripetibili data la soccombenza solo parziale dell'amministrazione.

P.Q.M.

Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, sede di Napoli, sezione VI, definitivamente pronunciandosi sul ricorso, lo accoglie in parte, come da motivazione.

Spese irripetibili.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Davide Soricelli, Consigliere, Estensore

Carlo Buonauro, Consigliere