

Publicato il 23/07/2018

N. 04467/2018REG.PROV.COLL.

N. 01804/2015 REG.RIC.



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**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 1804 del 2015, proposto da:  
Salvatore D'Esposito e Giuseppe D'Esposito, rappresentati e difesi dall'avvocato  
Francesco Saverio Esposito, con domicilio eletto presso lo studio Massimo Lauro  
in Roma, via Ludovisi, 35;

***contro***

Comune di Piano di Sorrento, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dagli avvocati Ernesto Furno ed Erik Furno, con domicilio  
eletto presso lo studio Ugo Guerriero in Roma, viale dei Colli Portuensi 187;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, Sezione II, n. 3519 del  
26 giugno 2014, resa tra le parti, concernente diniego di condono edilizio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Piano di Sorrento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Francesco Mele e uditi per le parti gli avvocati Francesco Saverio Esposito;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Il signor Pasquale D'Esposito ha presentato, in data 28 febbraio 1995, domanda di condono edilizio, ai sensi dell'art. 39 della legge n. 724 del 1994, per un immobile su due livelli, di complessivi mq. 124, realizzato, in assenza di titoli abilitativi, nel Comune di Piano di Sorrento in via Sant'Agostino n. 40.

Il Comune, all'esito di sopralluogo effettuato il 20 aprile 1995 dall'Ufficio Tecnico, ha respinto, in data 4 maggio 1995, la domanda di condono edilizio ed ha ordinato la demolizione delle opere abusive.

L'ente locale ha, infatti, rilevato che una parte dell'immobile oggetto di condono (il piano seminterrato di mq. 62) non risultava realizzato, e l'altra parte (di 62 mq.) risultava di recente edificazione e non emergeva nella rilevazione aerea dei luoghi effettuata il 20 ottobre 1994.

Tali atti sono stati impugnati davanti al TAR per la Campania, con distinti ricorsi.

Successivamente il Comune di Piano di Sorrento, con provvedimento n. 17037 del 16 ottobre 1997, ha ancora rigettato l'istanza di condono edilizio n. 368 del 28 febbraio 1995.

Il signor D'Esposito ha impugnato anche tale provvedimento dinanzi al TAR Campania sostenendo che, contrariamente a quanto ritenuto dal Comune, l'immobile era stato realizzato in data antecedente al 31 dicembre 1993.

Il Tribunale Amministrativo, con sentenza n. 3519 del 26 giugno 2014 ha respinto il ricorso.

Il giudice di primo grado, dopo aver ricordato che, per consolidata giurisprudenza, l'onere di provare l'esistenza di un manufatto oggetto di abuso, alla data ultima per

beneficiare del condono, spetta all'interessato, poiché il periodo di realizzazione delle opere costituisce elemento fattuale rientrante nella disponibilità della parte che invoca la sussistenza del presupposto temporale per usufruire del condono edilizio mentre l'amministrazione non è in grado di verificare la data di realizzazione sul proprio territorio di tutti gli immobili, ha sostenuto che l'interessato non aveva fornito la prova del completamento dell'opera entro la data utile del 31-12-1993, fissata dalla legge per beneficiare del condono edilizio.

Avverso la prefata sentenza di rigetto i signori Salvatore D'Esposito e Giuseppe D'Esposito, quali eredi del signor Pasquale D'Esposito, hanno proposto appello, deducendone l'erroneità e chiedendone l'integrale riforma, con il conseguente accoglimento del ricorso di primo grado.

Hanno, in proposito, dedotto: 1) Error in procedendo et in iudicando – illogicità ed errata valutazione del materiale probatorio depositato dai ricorrenti – carenza di motivazione in ordine al rigetto delle istanze istruttorie formulate dal ricorrente – violazione dell'art. 2697 c.c. – violazione e falsa applicazione degli artt. 63, 64 e 65 del c.p.a.; 2) Error in procedendo et in iudicando – violazione e falsa applicazione degli artt. 63 e segg. c.p.a. – illogicità ed erroneità della motivazione – mancata assunzione di prove decisive; 3) Error in procedendo et in iudicando – violazione di legge.

Si è costituito in giudizio il Comune di Piano di Sorrento, rilevando l'infondatezza dell'appello e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 3531/16 del 4-8-2016 la Sezione, a seguito di documentati rilievi degli appellanti, ha disposto l'acquisizione di documentazione nonché verifica, onerando all'uopo il Provveditore alle Opere Pubbliche della Campania.

In corso di giudizio le parti hanno depositato memorie e documentazione.

La causa è stata discussa e trattenuta per la decisione all'udienza del 17-5-2018.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello i signori Salvatore e Giuseppe D'Esposito lamentano: *Error in procedendo et in iudicando*– illogicità ed errata valutazione del materiale probatorio depositato dai ricorrenti – carenza di motivazione in ordine al rigetto delle istanze istruttorie formulate dal ricorrente – violazione e falsa applicazione dell'art. 2697 c.c. – violazione e falsa applicazione degli artt. 63, 64, 65 e 66 del d.lvo n. 104/2010.

Essi deducono che le valutazioni compiute dal Tribunale in ordine alla irrilevanza delle prove fornite dai ricorrenti non sono condivisibili.

Evidenziano che il giudice di prime cure si è limitato ad affermare che gli elementi probatori prodotti non sarebbero sufficienti a far ritenere “*con certezza*” quanto posto a fondamento delle censure.

Orbene, di fronte a tali incertezze, il Tribunale avrebbe dovuto procedere ad effettuare una verifica ovvero una Consulenza di Ufficio e lo stesso non ha addotto alcuna motivazione a suffragio del mancato ricorso a tali mezzi istruttori.

Aggiungono che essi avevano fornito un inizio di prova in ordine alla data di ultimazione del manufatto, mediante l'esibizione di bollette per forniture idriche negli anni 1989 e 1992, da cui poteva desumersi che il manufatto preesisteva alla data del 31-12-1993.

Non costituiva, invero, elemento dirimente a negare tale inizio di prova la circostanza che sulle bollette di fornitura vi fosse l'indicazione del numero civico 25, in luogo del civico 27 indicato sulla domanda di condono.

In presenza di tale documentazione avrebbe dovuto essere il Comune a provare che l'utenza non atteneva al manufatto oggetto di condono.

Lamentano ancora che il provvedimento di diniego si fondava esclusivamente sulla relazione elaborata dall'Ufficio Tecnico Comunale, il quale aveva datato l'edificazione del manufatto oltre il 31-12-1993 sulla scorta del rilievo

aereofotogrammetrico eseguito da Comune in data 20 ottobre del 1994, dal quale – a dire dell’Ufficio – il manufatto non era rilevabile.

Deducono, peraltro, che il Comune aveva erroneamente individuato, nel predetto rilievo, l’area di insistenza del manufatto, la quale corrispondeva ad un’area libera.

Tuttavia, l’area indicata dal Comune non era quella sulla quale era stato realizzato il manufatto oggetto di condono edilizio.

Invero, a seguito di aggiornamento catastale eseguito nel novembre 2014, era emerso che l’area indicata dal Comune non era quella di insistenza del manufatto.

Tale area risultava, infatti, libera anche nell’attualità, mentre il manufatto insisteva su di una zona contigua, sulla quale esso risultava presente anche nell’aereofotogrammetria del 1994.

L’amministrazione, dunque, sarebbe incorsa in un errore di fatto e lo stesso si sarebbe riverberato nella decisione di rigetto del giudice di primo grado.

Evidenziano, poi, che la esatta collocazione del manufatto era ben evincibile anche dalle fotografie allegate all’istanza di condono ed al verbale di sopralluogo dei vigili urbani del 1995.

Con il secondo motivo di appello i signori D’Esposito lamentano: Error in procedendo et in iudicando – violazione e falsa applicazione degli artt. 63, 64, 66 e 67 del c.p.a. – carenza di motivazione – illogicità della motivazione – mancata assunzione di prove decisive.

Deducono che è vero che l’onere della prova circa l’epoca di completamento dell’immobile spetta al privato.

Evidenziano, peraltro, che tale onere era stato adempiuto mediante la produzione delle bollette idriche e la dichiarazione sostitutiva dell’atto di notorietà.

In presenza di tali elementi il Tribunale ben avrebbe potuto esercitare i propri poteri istruttori, richiedendo all’azienda erogatrice del servizio idrico se la fornitura si

riferisse effettivamente al manufatto oggetto di condono e disporre una verifica o una CTU.

Con il terzo motivo gli appellanti lamentano error in procedendo et in iudicando, nonché violazione di legge, atteso che il Tribunale erroneamente aveva ritenuto non necessaria l'acquisizione del parere della C.E.I., dovuto, invece, in relazione alla peculiarità del caso concreto ed all'esigenza di una istruttoria più rigorosa.

I tre motivi di appello possono essere congiuntamente esaminati.

L'appello, a giudizio della Sezione, risulta parzialmente fondato, nei sensi e nei limiti che di seguito si espongono.

Il diniego di condono edilizio è stato rigettato in quanto le opere sarebbero state realizzate dopo il termine ultimo del 31-12-1993, previsto dall'art. 39 della legge n. 724/1994.

Invero, nella nota di comunicazione della reiezione prot. n. 7324 del 4-5-1995 si legge quanto segue: *“In riferimento alla istanza presentata dal signor D'Esposito Pasquale in data 28-2-1995, prot. n. 7324 per l'ottenimento di concessione edilizia in sanatoria ai sensi dell'art. 31 della legge n. 47/85 integrata e modificata dall'art. 39 della legge n. 724/1994 COMUNICASI che la stessa è stata rigettata in quanto dagli atti di ufficio emerge che le opere di cui è istanza sono state realizzate dopo il termine ultimo del 31-12-1993”*.

Nel provvedimento di rigetto oggetto di impugnativa, prot. n. 17037 del 16-10-1997 è affermato che *“In riferimento all'istanza di condono edilizio presentata in data 28-2-1995 prot. n. 7324, ai sensi della legge n. 724/1994, art. 39 per abusi commessi nella vs. proprietà, sita in questo Comune alla via S. Agostino n. 40, a seguito di esame istruttorio e da accertamenti effettuati in data 20-4-1995 dal Comando di Polizia Municipale e dall'Ufficio Tecnico Comunale, è emerso che l'abuso è stato commesso in epoca successiva al 31-12-1993. Pertanto l'istanza di condono edilizio, risultando carente del requisito essenziale per l'ammissibilità (ultimazione entro il 31-12-1993) è respinta”*.

Orbene, risulta che il signor D'Esposito, oltre alla dichiarazione sostitutiva contenuta nella domanda di condono, aveva prodotto bollette di fornitura idrica relative agli anni tra il 1989 ed il 1993.

Il Tribunale aveva ritenuto le stesse insufficienti a dimostrare l'epoca di realizzazione del manufatto, atteso che in esse non era indicato il numero civico cui si riferiva l'utenza idrica (via S.Agostino n. 27) e che risultavano indirizzate al signor D'Esposito Salvatore, via S.Agostino n. 25.

Ritiene, peraltro, il Collegio che tali emergenze avrebbero dovuto indurre il Tribunale ad approfondimenti istruttori, rilevandosi che le suddette bollette si riferivano comunque ad un immobile sito alla via Sant'Agostino e che non poteva essere escluso che, trattandosi all'epoca di immobile abusivo, nelle stesse non fosse indicato il manufatto oggetto della fornitura, ma piuttosto l'indirizzo del soggetto titolare dell'attività artigianale che all'interno dell'edificio si svolgeva.

Orbene, sulla scorta di tali elementi e sulla documentazione catastale successivamente acquisita dai signori D'Esposito, con allegata perizia tecnica dell'ing. Annalisa Iaccarino, questa Sezione ha ritenuto di dovere disporre una verifica al fine di acclarare l'esattezza del motivo ostativo opposto all'accoglimento della domanda di condono da parte del Comune.

Invero, il rinvio agli atti di ufficio, contenuto nel richiamato provvedimento reiettivo oggetto di impugnazione, si riferisce espressamente agli esiti degli accertamenti istruttori eseguiti in data 20-4-1995.

Nel relativo verbale di sopralluogo, prot. n. 11183, datato 26 aprile 1995, a firma dell'ing. Elefante, si afferma che *“dall'esame della documentazione fotografica aerea, fatta eseguire dal Comune in data 20-10-1994, non appare alcuna traccia della costruzione in esame, né appaiono elementi tali da far pensare ad un eventuale mascheramento e mimetizzazione (alberi, reti ombreggianti, pagliarelle ecc.)”*.

Dunque, la mancata ultimazione delle opere alla data prevista dalla legge è stata in primo luogo ricavata dalla assenza del manufatto nella foto aerea del 1994.

Tale conclusione risulta, però, smentita dalle risultanze della verifica disposta dalla Sezione.

Con l'ordinanza n. 353/2016 del 4-8-2016 sono stati proposti all'organo ausiliario due quesiti e, nello specifico, chiarire: a) se l'area presa in considerazione dal Comune nella foto aerea del 20 ottobre 1994, ai fini del diniego di sanatoria (sulla quale non insiste alcun fabbricato), effettivamente non corrisponde all'area sulla quale è stato realizzato l'immobile oggetto della domanda di condono edilizio; b) se dalla predetta foto aerea si rileva, comunque, nell'area indicata dagli appellanti ed attigua a quella indicata dal Comune, la presenza dell'immobile oggetto di sanatoria la cui consistenza, in superficie e volumi, è stata accertata dall'Ufficio Tecnico comunale con sopralluogo in data 26 aprile (oggetto di rilievo fotografico allegato alla relazione dello stesso Ufficio).

Orbene, quanto al quesito sub a) il verificatore, attraverso un esame analitico della foto aerea del 1994, ha rilevato che l'area indicata dall'UTC quale sedime del fabbricato, non corrisponde a quella effettiva, risultando dalla stessa foto aerea l'esistenza del fabbricato posizionato più a valle.

Tale conclusione risulta essere avvalorata dal rilievo attuale fotografico dell'area (Google map), il quale evidenzia che il manufatto oggetto di condono edilizio è situato nello stesso posto in cui dalla foto aerea del 1994 era ricavabile la presenza di un manufatto nonché la circostanza che nell'area indicata dal Comune quale sedime del manufatto ancora oggi non esistono costruzioni.

Dalle suddette verifiche è, dunque, emerso l'errore dell'ente locale nel ritenere non esistente il manufatto alla data del 31-12-1993.



Quanto al quesito sub b) il verificatore ha concluso che *“Dalla predetta foto aerea si rileva, nell’area indicata dagli appellanti, la presenza dell’immobile oggetto della domanda di sanatoria”*.

Gli esiti della disposta verifica inducono, pertanto, a ritenere erronea la verifica istruttoria del Comune, la quale ha portato a ritenere inesistente il fabbricato alla data del 31-12-1993.

Il fabbricato risulta, invece, esistente a tale data, onde il provvedimento comunale che dispone il rigetto della domanda di condono per carenza del necessario presupposto temporale di ultimazione delle opere deve ritenersi illegittimo.

Ciò posto, deve peraltro, alla luce dei contenuti del predetto verbale di accertamento dell’aprile 1995, essere delimitato e precisato l’ambito di illegittimità del diniego di condono con riferimento alla consistenza dell’opera oggetto di sanatoria.

Va, infatti, precisato che se è vero che, all’esito della disposta verifica, l’illegittimità del diniego risulta sussistente per il piano terra del manufatto, altrettanto non può dirsi per il locale seminterrato, pure indicato nell’istanza di condono per una superficie di mq. 65.

Al riguardo, il citato verbale di accertamento precisa, in relazione al sopralluogo effettuato il 20-4-1995, che *“... al piano seminterrato si dovrebbe accedere mediante una saracinesca la quale, in realtà non rappresenta la chiusura di un vano vero e proprio, giacchè alle spalle esiste ancora l’intero terrapieno di sostegno del piano terra. In realtà, il piano indicato come esistente non rappresenta altro che le future intenzioni del sig. D’Esposito, giacchè per potersi definire un locale e quindi una superficie ed un volume è necessario che si sbanchi tutto il terrapieno esistente tutt’oggi alle spalle del muro di contenimento”*.

Osserva il Collegio che dalla piana lettura del suddetto accertamento e dall’esame del corredo fotografico ad esso allegato risulta che il locale seminterrato alla data del 20-4-1995 (quindi ben oltre il termine ultimo previsto dall’art. 39 della legge n. 724/1994) non esisteva come unità immobiliare (o parte di essa) *“ultimata”*.

L'articolo 31 della legge n. 47/1985 dispone che *“si intendono ultimati gli edifici nei quali sia stato eseguito il rustico e completata la copertura”*, chiarendo la giurisprudenza che l'esecuzione del cd. rustico è riferita al completamento di tutte le strutture essenziali, tra le quali vanno annoverate le tamponature esterne, che configurano l'opera nella sua fondamentale volumetria (cfr., *ex multis*, Cons. stato, V, 2-10-2000 n. 5216).

Con riferimento alla legge n. 724 del 1994, poi, è stato precisato che la possibilità di rilascio della concessione edilizia in sanatoria deve intendersi limitata alle opere abusive che risultino ultimate entro il 31-12-1993, data nella quale deve essere avvenuto il completamento funzionale della struttura, per esso intendendosi uno stato di avanzamento, nella sua realizzazione, tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini, l'immobile condonabile deve consistere in un organismo edilizio con una sua configurata stabilità e adeguata consistenza planovolumetrica per il quale sia intervenuto alla predetta data l'ultimazione al rustico e cioè la intelaiatura, la copertura ed i muri di tamponamento (cfr., Cons. Stato, IV, 17-11-2016, n. 4766).

Va, inoltre, evidenziato che, in relazione alla “ultimazione” del piano seminterrato, i signori D'Esposito non hanno adempiuto all'onere probatorio sugli stessi gravante attraverso la piena dimostrazione della già avvenuta ultimazione di tale parte del manufatto, essendosi limitati ad affermare nella memoria conclusionale, con valenza non dirimente, che *“Né aggiunge nulla la circostanza che il piano seminterrato, pur individuato nel suo sviluppo planovolumetrico, non fosse stato svuotato del tutto del terreno. Volume e superficie dello stesso erano già tamponati all'esterno e sostenevano il piano terra già in uso già in uso da ben prima del 31-12-1993, come provano le bollette per le forniture di energia elettrica ed idriche degli anni 89-90 prodotte in giudizio già in primo grado”*.

Va, invero considerato che il citato accertamento tecnico del 1995, avvalorato dal corredo fotografico allegato, rileva unicamente la presenza di un muro di sostegno ad un terrapieno e la presenza di tale terrapieno alle spalle del muro medesimo. I

signori D'Esposito non hanno affatto dimostrato che vi fosse un locale completo, interamente definito e compagnato, in disparte la circostanza che la presenza del terrapieno esclude che vi fosse a tale data volumetria e superfici utili a configurare un manufatto edilizio in termini di "piano seminterrato" "ultimato".

Sulla base delle considerazioni sopra svolte, pertanto, deve ritenersi che il diniego di condono risulta illegittimo per il locale piano terra, in quanto esistente ed "ultimato" alla data stabilita dalla norma, mentre risulta legittimo per il locale seminterrato perché non ultimato alla data del 31-12-1993, essendosi rilevata, al 20-4-1995, unicamente la presenza di un muro di contenimento di un retrostante terrapieno.

Quanto a tale parte del diniego ritenuta legittima, non risultano fondati i motivi di appello proposti, considerandosi:

- che il provvedimento di diniego risulta basato su sufficienti emergenze istruttorie, comprovanti la mancata ultimazione dell'opera, onde non risultavano necessari ulteriori approfondimenti istruttori da parte del Tribunale, risultando *ex actis* la prova della mancata ultimazione del locale seminterrato ( e tanto in disparte dalla considerazione del mancato assolvimento dell'onere probatorio gravante sul privato);
- che la mancata ultimazione del seminterrato risulta sufficientemente motivata *per relationem* attraverso il rinvio al prefato verbale di accertamento prot. n.11183 del 26-4-1995;
- che la chiara evidenza della mancata "ultimazione" dello stesso non esigeva affatto il previo parere della Commissione edilizia, trattandosi di situazione *ictu oculi* rilevabile senza necessità di particolari approfondimenti o di valutazioni tecniche, necessitanti l'intervento della Commissione edilizia.

In conclusione, dunque, deve ritenersi che l'appello risulti solo parzialmente fondato (con riferimento al diniego di condono edilizio relativo al piano terra del manufatto),

mentre è da respingersi con riferimento al diniego pronunciato per il locale seminterrato.

Va comunque evidenziato che la ritenuta condonabilità del piano terra non può condurre alla demolizione della parte ad esso sottostante (in relazione alla quale è stata ritenuta la legittimità dell'opposto diniego), in quanto tale demolizione priverebbe di appoggio il piano terra dell'edificio, vanificando gli effetti della ritenuta sanabilità.

L'ente locale dovrà, pertanto, assumere determinazioni volte al ripristino dell'equilibrio urbanistico violato, ricorrendo a soluzioni che garantiscano comunque la stabilità e la permanenza del piano terra.

Sono, pertanto, a tale fine fatte salve le ulteriori determinazioni dell'amministrazione.

In conclusione, dunque, l'appello va accolto nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania n. 3519/2014 del 26-6-2014, il ricorso di primo grado va accolto in parte con conseguente annullamento del diniego di condono impugnato limitatamente al piano terra del manufatto.

Per il resto la pronuncia reiettiva del giudice di primo grado deve essere confermata. Le spese di verifica, liquidate complessivamente nella misura di euro 3.921,80 (comprehensive dell'acconto già liquidato), vanno poste a carico di entrambe le parti, ciascuna per la metà.

Per il resto, le spese del doppio grado del giudizio, in considerazione della sostanziale reciproca soccombenza delle parti, vanno integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza del

Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania n. 3519/2014 del 26-6-2014, accoglie in parte il ricorso di primo grado ed annulla l'impugnato diniego di condono prot. n. 17037 del 16-10-2007 limitatamente al piano terra del manufatto.

Pone le spese di verificaione, liquidate nel complessivo importo di euro 3921,80 in favore dell'architetto Silvio Russo, a carico di entrambe le parti, ciascuna per la metà.

Compensa, per il resto, tra le parti costituite le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Francesco Mele, Consigliere, Estensore

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Oswald Leitner, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco Mele**

**IL PRESIDENTE**  
**Luigi Carbone**

IL SEGRETARIO