

**N. 00350/2021REG.PROV.COLL. N. 00455/2014 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 455 del 2014, proposto dal Comune di Mariglianella, in persona del Sindaco in carica pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Romano, elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avvocato Angelo Caliendo in Roma, via Orazio, n. 31, contro la società GE.CO.EDIL S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituitasi in giudizio, per la riforma della sentenza del T.a.r. per la Campania, sede di Napoli (Sezione II), n.4590 del 13 novembre 2012, resa inter partes, concernente una sanzione pecuniaria per l'esecuzione di opere in difformità a un titolo edilizio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa

il consigliere Giovanni Sabato (l'udienza si svolge ai sensi dell'art. 4, comma 1, decreto legge 28 del 30 aprile 2020 e dell'art. 25, comma 2, del decreto legge 137 del 28 ottobre 2020 attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa);

Rilevato che l'avvocato Giuseppe Romano ha chiesto il passaggio in decisione ai sensi dell'art. 4 d.l. 28/20 e dell'art. 25, comma 2, d.l. 137/20;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 7438 del 2007 proposto innanzi al T.a.r. per la Campania, sede di Napoli, la società GE.CO.EDIL S.r.l. (di seguito la società) aveva chiesto l'annullamento dell'ordinanza del 13 settembre 2007, con la quale il Comune di Mariglianella le aveva irrogato una **sanzione pecuniaria in relazione ad opere eseguite in parziale difformità dal titolo edilizio** (concessione edilizia n. 8/2002) rilasciato per l'edificazione di un complesso residenziale.

2. A sostegno dell'impugnativa, la società aveva dedotto la mancata comunicazione dell'avviso di avvio del procedimento, la mancanza della previa ordinanza di demolizione, essendo questa stata annullata dal T.a.r. con la sentenza n. 712 del 2007, l'insussistenza di difformità sanzionabili, per essere prive di ricaduta volumetrica, ed il difetto di motivazione.

3. Il Tribunale (Sezione II), dopo aver respinto la domanda cautelare (ordinanza n. 205 del 17 gennaio 2008), ha così deciso il gravame al suo esame:

- ha accolto il ricorso reputando fondata la censura del difetto di motivazione;
- ha dichiarato assorbite le altre censure;
- ha conclusivamente annullato il provvedimento impugnato con espressa salvezza degli ulteriori provvedimenti;
- ha compensato le spese di lite.

4. In particolare, il Tribunale ha rilevato che l'Amministrazione si è limitata a descrivere le opere senza operare alcun raffronto con gli edifici assentiti, in maniera da cogliere l'incremento volumetrico conseguito per effetto delle difformità realizzate, circostanza questa contestata da parte ricorrente, tanto che la volumetria di mc. 3.453,57 risulta addirittura lievemente inferiore a quella autorizzata.

5. Avverso tale pronuncia il Comune di Mariglianella ha interposto appello, notificato il 24 dicembre 2013 e depositato il 20 gennaio 2014, lamentando, attraverso due motivi di gravame (pagine 7-14), quanto di seguito sintetizzato:

I) il T.a.r. avrebbe erroneamente accolto la censura del difetto motivazionale, non essendosi avveduto che l'ordinanza impugnata in prime cure, che peraltro è priva di natura discrezionale, presenta la precisa elencazione delle difformità riscontrate e della loro incidenza volumetrica;

II) il T.a.r. non avrebbe altresì considerato che, nell'adottare l'atto gravato, si sono rappresentate espressamente le modalità ed i criteri di calcolo utilizzati per l'adozione della sanzione la quale, per sua natura, trae origine da un giudizio sintetico - valutativo, di stampo discrezionale, circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria.

6. L'appellante ha concluso chiedendo, in accoglimento dell'appello, la riforma dell'impugnata sentenza.

7. Parte appellata, sebbene ritualmente intimata, non si è costituita in giudizio.

8. In vista della trattazione nel merito, parte appellante ha depositato note d'udienza, chiedendo il passaggio in decisione della causa.

9. La causa, chiamata per la discussione alla udienza pubblica, svoltasi con modalità telematica, del 27 novembre 2020, è stata ivi trattenuta in decisione.

10. L'appello è fondato.

10.1 Preliminarmente, occorre disporre lo stralcio della relazione del 26 novembre 2013, allegata al ricorso in appello, in quanto prodotta in violazione dell'art. 104 c.p.a., a mente del quale, come precisato di recente da questo Consiglio (sentenza, sez. IV, 1° aprile 2019, n. 2111), "non possono essere utilizzati documenti non prodotti nel giudizio di prime cure. Infatti il divieto di ammissione di nuovi mezzi di prova in appello riguarda anche le prove c.d. precostituite, quali i documenti, la cui produzione è subordinata al pari delle prove c.d. costituende, alla verifica della sussistenza di una causa non imputabile, che abbia impedito alla parte di esibirli in primo grado ovvero alla valutazione della loro indispensabilità". Peraltro, in ordine a tale possibilità di deroga del divieto di legge, ritiene il Collegio che non ricorra l'esigenza di implementare la documentazione agli atti del giudizio di primo grado, in quanto senz'altro idonea a ricostruire i passaggi essenziali della vicenda.

10.2 Come esposto in narrativa, le deduzioni sollevate dal Comune appellante con i due motivi di gravame – suscettibili, per il loro tenore, di trattazione congiunta – avversano la statuizione di accoglimento del ricorso di primo grado recata dall'impugnata sentenza, con la quale il T.a.r. ha ravvisato il difetto motivazionale lamentato dalla società ed ha pertanto annullato il provvedimento impugnato con espressa salvezza delle ulteriori doverose determinazioni dell'amministrazione. Le censure formulate con l'appello in esame - pertanto concentrato sulla sola questione del confezionamento lessicale dell'atto impugnato in prime cure, nella mancata riproposizione delle ulteriori censure, dichiarate assorbite, sollevate dal ricorrente originario, non costituitosi nel presente giudizio - vanno affrontate prendendo atto, preliminarmente, della peculiare natura del potere sanzionatorio esercitato dal Comune, ponendosi questo non solo in termini doverosi sull'*an*, ma anche eterodeterminato sul *quantum*, imponendosi l'applicazione di criteri legali precostituiti. Fatta questa necessaria premessa, che consente di escludere in radice ogni apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione e che pertanto far degradare la motivazione, nel caso di specie, a mera ostensione dei

presupposti di fatto e dei criteri di calcolo utilizzati, emerge, dalla disamina dello stesso atto impugnato in prime cure, che questo presenta una descrizione, sia pure sommaria, dei criteri atti alla sua quantificazione invece che, contrariamente a quanto opinato dal T.a.r., il mero riferimento alle opere difformi contestate. Dalla disamina dell'atto, infatti, è dato agevolmente evincere che l'Amministrazione ha provveduto alla quantificazione della sanzione prendendo preliminarmente atto della ricaduta delle difformità realizzate sull'assetto planimetrico dell'immobile, precisando quindi che ne è scaturita "una superficie equivalente di mq. 45,56, data da mc.123,00/2,70, oltre balcone per una superficie complessiva di mq. 46,31".

Di seguito, l'Amministrazione ha proceduto alla quantificazione della sanzione, moltiplicando la superficie addizionale derivante dalle difformità "per il costo base a mq. pari a € 116,20 x aggiornamento ISTAT del 317,725 % da il costo unitario di produzione pari a € 369,20 x mq. 46,31".

È di tutta evidenza che pertanto l'amministrazione è correttamente pervenuta alla quantificazione della sanzione nell'importo di € 17.097,65 ( $\times 2 = € 34.195,30$ ) moltiplicando il costo unitario di produzione, aggiornato secondo i parametri ISTAT per la superficie conseguente alle difformità realizzate, così fornendo un quadro, sia pure sintetico, dei criteri di calcolo utilizzati che consente di escludere il difetto motivazionale erroneamente riscontrato dal T.a.r.

11. In conclusione, l'appello è fondato e deve essere accolto cosicché, in riforma dell'impugnata sentenza, il ricorso di primo grado deve essere respinto.

12. Sussistono nondimeno giusti motivi, attesa l'assoluta particolarità della vicenda, per compensare le spese del doppio grado di giudizio. P.Q.M. Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 455/2014), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado n. 7438 del 2007.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso dalla Sesta Sezione del Consiglio di Stato, con sede in Roma, nella Camera di Consiglio del giorno 27 novembre 2020, convocata con modalità da remoto e con la contemporanea e continuativa presenza dei magistrati: Luigi Maruotti, Presidente Oreste Mario Caputo, Consigliere Francesco Gambato Spisani, Consigliere Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE Luigi Maruotti