



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 200 del 2001, proposto da: Mangiapia Anna in proprio e quale genitore di Varchetta Giorgio e di Varchetta Giuseppe, rappresentata e difesa dagli avv. Felice Laudadio, Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv. Bruno Ricci, Edoardo Barone, Giuseppe Tarallo, Anna Pulcini, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE IV n. 00194/2000, resa tra le parti, concernente SOSPENSIONE DI OPERE PREORDINATE A LOTTIZZAZIONE ABUSIVA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2011 il Cons. Raffaele Prospero e uditi per le parti gli avvocati Laudadio e Tarallo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ordinanza n. 1531/UOA del 5 novembre 1998 il Sindaco di Napoli ingiungeva a Filippo Varchetta, defunto marito dell'odierna appellante, la sospensione di opere ritenute preordinate alla lottizzazione abusiva di terreni siti in contrada Monteoliveto, terreni cedutigli dopo una lunga gestione a titolo di affitto agrario.

In breve, il giudice per le indagini preliminari presso la pretura circondariale di Napoli, ritenendo l'avvio di una lottizzazione abusiva da parte del precedente proprietario del terreno di una estesa area agricola tramite vendite frazionate, aveva perciò disposto il sequestro preventivo dell'intera area e sulla scorta di tale atto era intervenuta l'ordinanza sopra citata, impugnata dal Varchetta al TAR della Campania. Sennonché il Tribunale ha respinto il ricorso, ritenendo infondate le censure di incompetenza dei firmatari dell'ordinanza, di assenza di una reale autonoma valutazione comunale aggiuntiva a quella del giudice penale, di assenza della comunicazione di avvio del procedimento e di mancanza di prove dell'effettiva esistenza della lottizzazione, data l'inesistenza di opere edilizie sui terreni.

Con appello del 1° dicembre 2000 Anna Mangiapia, vedova del Varchetta, in proprio e quale genitore esercente la patria potestà sui minori Giorgio e Giuseppe Varchetta sollevava le seguenti censure:

1. *Error in iudicando e in procedendo*. Violazione e falsa applicazione art. 51 L. 142/90. L'ordinanza doveva essere sottoscritta dal Sindaco, poiché le norme di cui alla L. 142/90 ed al D. Lgs. 29/93 avevano un'autonoma ed immediata applicazione solo per i Comuni di piccole dimensioni, mentre i grandi Comuni come Napoli la loro applicazione era subordinata a modifiche dei locali statuti e regolamenti.

2. *Error in iudicando e in procedendo*. Omessa valutazione, violazione del giusto procedimento, inesistenza dei presupposti, eccesso di potere, violazione art. 18 L. 47/85. La lottizzazione abusiva viene individuata con l'inizio di opere di trasformazione del terreno oppure allorché tra il frazionamento e la vendita in lotti, i quali per il loro numero, l'ubicazione o previsione di opere denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio. L'insussistenza di opere sul luogo esclude la prima ipotesi. La seconda ipotesi doveva essere frutto di rigorosi accertamenti amministrativi e non era sufficiente la semplice adesione ai provvedimenti del giudice penale, sfociati solo in fase di indagine e ciò in base ai principi di autonomia del procedimento amministrativo e la piena osservanza di tutti i suoi momenti istruttori e valutativi; detta condotta ha portato gli uffici comunali a tralasciare una serie di circostanze che avrebbero dimostrato la concreta destinazione agricola di terreni acquistati e gestiti da Filippo Varchetta.

3. *Error in iudicando e in procedendo*. Omessa valutazione, violazione art. 7 L. 241/90. La comunicazione di avvio del procedimento avrebbe consentito all'interessato di intervenire utilmente nel procedimento e di dimostrare la realtà dei fatti. Né può essere richiamata l'assenza di discrezionalità in capo all'amministrazione, poiché il passaggio in questione avrebbe permesso l'acclaramento dei presupposti di fatto, necessari per permettere o meno il concreto esplicarsi del potere esercitato.

L'appellante concludeva per l'accoglimento del ricorso con vittoria di spese.

Il Comune di Napoli si è costituito in giudizio, sostenendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Si deve dapprima sgombrare il campo dal primo motivo, con il quale la ricorrente sostiene che l'ordinanza impugnata dovesse essere emanata dal Sindaco e non dal dirigente, in quanto le norme di cui alla L. 142/90 in materia di competenze rispettivamente dei vertici politici e dei dirigenti non avevano ricevuto ancora la necessaria attuazione nell'ambito del Comune di Napoli.

Al di là dell'asserita intermediazione di atti di normativa secondaria per l'applicazione della L. 142/90, ora D. Lgs. 267/00, nei grandi Comuni, si deve rilevare che l'art. 48 co. 2 dello statuto comunale di Napoli pubblicato sul bollettino ufficiale della Regione Campania il 25 settembre 1991 ha stabilito la competenza dei dirigenti comunali nell'emanazione dei provvedimenti di autorizzazione, licenze, concessioni e simili e comunque di tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno.

Deve poi essere esaminato il secondo motivo di appello, con cui la parte sostiene che il Comune di Napoli non abbia svolto alcuna istruttoria, né conseguentemente abbia operato valutazioni autonome sull'esistenza della lottizzazione abusiva e soprattutto sulla sussistenza di quegli indizi rivelatori che costituiscono prova della cosiddetta lottizzazione negoziale, adeguandosi supinamente al provvedimento del giudice penale

Il motivo è fondato.

E' stato affermato in giurisprudenza che il bene giuridico protetto dall'art. 18 L. 47/85, descrittivo delle caratteristiche della lottizzazione abusiva, non è tanto o solo quello del rispetto della pianificazione urbanistica, ma soprattutto quello relativo al controllo effettivo del territorio da parte del soggetto pianificatore - gli organi comunali - tenuto a reprimere qualsiasi intervento lottizzatorio che non sia stato previamente assentito: al riguardo si è precisato che è ravvisabile l'ipotesi di

lottizzazione abusiva solamente quando sussistono elementi precisi ed univoci da cui possa ricavarsi oggettivamente l'intento di asservire all'edificazione un'area non urbanizzata (Cons. Stato, IV, 11 ottobre 2006 n. 6060; id., V, 13 settembre 1991 n. 1157).

Ne consegue che l'accertamento del presupposto di cui all'art. 18 L. 47/85 non può essere affidato al mero riscontro del frazionamento di un terreno collegato a plurime vendite di tale terreno, ma che vi è anche la necessità di costruire un quadro indiziario dal quale sia possibile desumere in maniera non equivoca "la destinazione a scopo edificatorio" degli atti posti in essere dalle parti (Cons. Stato, V, 20 ottobre 2004 n. 6810), giustificandosi l'adozione del provvedimento repressivo anche a fronte della dimostrazione della sussistenza di almeno uno degli elementi precisi e univoci sopradetti (Cons. Stato, V, 14 maggio 2004 n. 3136).

La cosiddetta lottizzazione negoziale, ossia il tipo di lottizzazione corrente nel caso di specie e derivante non tanto dalla realizzazione di alcune opere, ma dal frazionamento contrattuale di un vasto terreno con la creazione di lotti sufficienti per la costruzione di un singolo edificio, può concretizzare in astratto già di per sé il fenomeno della lottizzazione abusiva, purché si possa desumere in modo non equivoco dalle dimensioni e dal numero dei lotti, dalla natura del terreno, dall'eventuale revisione di opere di urbanizzazione, la loro destinazione a scopo edificatorio (Con. Stato, IV, 11 settembre 2006 n. 6060).

Nel caso di specie manca qualsiasi autonoma valutazione svolta dagli uffici comunali, il provvedimento nulla descrive circa la consistenza dei lotti e lo stato dei terreni, né riferisce alcunché circa la creazione di opere di urbanizzazione e solo la memoria difensiva dell'Amministrazione depositata nell'imminenza dell'odierna udienza di trattazione riferisce genericamente dell'attuale esistenza di recinzioni dei lotti, elemento oggettivamente del tutto insufficiente, e dell'esistenza

di una strada di collegamento tra questi, mentre non è contestato il fatto che tuttora il terreno sia adibito a frutteto e vigneto.

In conclusione si deve affermare che il Comune di Napoli non ha correttamente espresso i suoi poteri conformemente a quanto prescritto dall'art. 18 c. 7 L. 47/85, così come all'epoca vigente.

Altrettanto fondato è il terzo motivo, in cui si sostiene l'illegittima mancata applicazione dell'art. 7 L. 241/90.

Come si è ora avuto modo di affermare, l'individuazione della lottizzazione abusiva presuppone l'accertamento di una serie di elementi, accertamento che implica indagini complesse che impongono la necessaria partecipazione dei soggetti interessati al relativo procedimento, per cui deve essere consentita la proposizione delle proprie osservazioni e deduzioni (Cons. Stato, V, 11 maggio 2004 n. 2953; id., 29 gennaio 2004 n. 296; id., 23 febbraio 2000 n. 948): ciò anche se il provvedimento di cui all'art. 18 L. 47/85 ha un'indubbia natura vincolata, visto che lo stesso deve essere preceduto dall'accertamento della realtà materiale ed è destinato ad incidere, con funzioni di qualificazione giuridica di tale realtà materiale che potranno poi portare a successivi provvedimenti di acquisizione delle aree lottizzate.

In ogni caso non sussisteva poi palesemente quell'esigenza indifferibile ed urgente che poteva giustificare l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento.

Per le considerazioni suesposte l'appello deve essere accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento del ricorso in primo grado.

Le spese di giudizio possono essere compensate tra le parti, vista la particolare complessità dei fatti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento con esso impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccarini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Roberto Chieppa, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/11/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)