



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 201 del 2001, proposto da Zeconi Rosa, rappresentata e difesa dagli avv. Felice Laudadio e Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

***contro***

Comune di Napoli, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dagli avv. Fabio Maria Ferrari, Giuseppe Dardo, Anna Pulcini e Giuseppe Tarallo, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE IV, n. 3259/1999, resa tra le parti, concernente sospensione opere preordinate a lottizzazione abusiva;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 luglio 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Felice Laudadio e Giuseppe Dardo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

Con ordinanza n. 1531/UOA del 5 novembre 1998 il Sindaco di Napoli ingiungeva all'attuale appellante, unitamente ad altri soggetti, la sospensione di opere ritenute preordinate alla lottizzazione abusiva di terreni siti in località Pianura alla Contrada Monteoliveto, con contestuale divieto di trasferimento del bene per atto tra vivi, ai sensi dell'art. 18 della legge n. 47 del 1985.

Nell'area era avvenuto che, in relazione alle controversie insorte sulle affittanze agrarie intercorse tra il sig. Mario Di Somma ed il suo affittuario sig. Filippo Varchetta, in sede di transazione il primo aveva alienato al secondo un terreno, in cambio dell'anticipato rilascio della parte residua del fondo. A sua volta il Varchetta, con atto del 18 marzo 1997, aveva alienato alla sig.ra Rosa Zecconi, propria nipote, una parte del detto appezzamento.

L'ordinanza comunale sopra citata era stata assunta a seguito del sequestro preventivo dell'intera area da parte del Giudice per le indagini preliminari presso la Pretura circondariale di Napoli, che nella vicenda aveva ravvisato l'avvio di una lottizzazione abusiva, da parte del precedente proprietario del terreno, tramite vendite frazionate.

Tale ordinanza era stata impugnata dall'attuale appellante presso il T.A.R. per la Campania, che respingeva però il ricorso con la sentenza in epigrafe, disattendendone le censure di incompetenza dei firmatari del provvedimento, di assenza di una valutazione comunale autonoma da quella del Giudice penale, di

carenza della comunicazione di avvio del procedimento, di mancanza di prove dell'effettiva esistenza della lottizzazione (data l'inesistenza di opere edilizie sui terreni), di mancata considerazione del decorso del tempo, e, infine, di omessa indicazione di un interesse pubblico attuale e concreto all'adozione del provvedimento.

Con l'appello in esame l'interessata ha chiesto la riforma di detta sentenza reiettiva, svolgendo le seguenti doglianze.

1. *Error in iudicando e in procedendo*. Violazione e falsa applicazione dell'art. 51 della legge n. 142/1990. L'ordinanza avrebbe dovuto essere effettivamente sottoscritta dal Sindaco, poiché le norme di cui alla legge n. 142/1990 e al d. lgs. n. 29/1993 avevano un'autonoma ed immediata applicazione solo per i Comuni di piccole dimensioni, mentre nei grandi Comuni, come quello di Napoli, la loro applicazione era subordinata alle preventive modifiche dei locali statuti e regolamenti.

2. *Error in iudicando ed in procedendo*. Omessa valutazione, violazione del giusto procedimento, inesistenza dei presupposti, eccesso di potere e violazione dell'art. 18 della l. n. 47/12985.

Una lottizzazione abusiva viene individuata con l'inizio di opere di trasformazione del terreno, o con la semplice predisposizione di tale trasformazione mediante il frazionamento e la vendita in lotti che, per numero, ubicazione o previsione di opere, denunciino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio. La sussistenza della prima ipotesi, però, nel caso concreto era esclusa dalla inesistenza di opere sul luogo, mentre quella della seconda avrebbe potuto essere affermata solo a valle di rigorosi accertamenti amministrativi. Non era invece sufficiente la mera adesione del Comune ai provvedimenti del Giudice penale, peraltro ancora nella fase delle indagini preliminari, perché il procedimento amministrativo, per le sue caratteristiche di doverosa autonomia, avrebbe dovuto essere condotto nella piena osservanza di tutti i momenti istruttori e valutativi suoi propri. Laddove

L'omissione di questi ultimi aveva portato gli Uffici comunali a tralasciare una serie di circostanze, quali quella della destinazione agricola dei terreni in questione, che, ove rilevate, avrebbero fatto emergere l'insussistenza di elementi certi, precisi ed univoci che potessero denotare l'intento di porre in essere una lottizzazione.

3.- *Error in iudicando e in procedendo*. Omessa valutazione e violazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990. La comunicazione di avvio del procedimento avrebbe consentito all'interessata di intervenire utilmente e rappresentarvi la realtà dei fatti. Né poteva essere richiamata l'assenza di discrezionalità in capo all'Amministrazione, poiché la partecipazione procedimentale avrebbe comunque potuto permettere l'acclaramento dei presupposti di fatto necessari a verificare la possibilità di esplicitare il potere esercitato. Errato sarebbe stato poi anche l'assunto dei primi giudici secondo cui un atto preliminare del giudizio penale avrebbe potuto tener luogo della comunicazione dell'avvio del procedimento.

Il Comune di Napoli, costituitosi in giudizio, argomentava per la reiezione del gravame e la conferma della decisione impugnata.

L'appellante, dal canto suo, all'esito, con la sua memoria conclusiva, oltre a rappresentare che con la sentenza n. 50 del 2007 lo stesso T.A.R. Campania aveva finito con l'accogliere analoghi ricorsi proposti da altri destinatari del provvedimento impugnato, richiamava le recenti sentenze con le quali questa Sezione aveva accolto appelli simili al presente, ed insisteva per l'accoglimento della corrente impugnativa.

Alla pubblica udienza del 3 luglio 2012 l'appello è stato trattenuto in decisione.

L'appello è fondato.

Questa Sezione, infatti, nel pronunciarsi proprio in tal senso su casi del tutto analoghi, con precedenti che sono stati puntualmente invocati dall'appellante (decisioni nn. 6128 del 21 novembre 2011 e 1374 del 12 marzo 2012), ha avuto

modo di svolgere le seguenti considerazioni, che non possono che essere qui ribadite (il testo è tratto dalla pronuncia più recente):

*“1.- Il giudizio in esame verte sulla richiesta, formulata dagli appellanti, di annullamento della sentenza del T.A.R. in epigrafe specificata, con la quale è stato respinto il ricorso da essi proposto per l’annullamento della ordinanza n. 1531/UOA del 5.11.1998 del Sindaco di Napoli, con la quale era stata ingiunta la immediata sospensione di opere ritenute preordinate alla lottizzazione abusiva di terreni di proprietà.*

*2.- La Sezione premette che è indivisibile il primo motivo di gravame, con il quale le parti ricorrenti sostengono che l’ordinanza impugnata in primo grado avrebbe dovuto essere emanata dal Sindaco e non dal Dirigente, in quanto le norme di cui alla l. n. 142/1990 in materia di competenze, rispettivamente, dei vertici politici e dei dirigenti non avevano ricevuto ancora la necessaria attuazione nell’ambito di un Comune di elevate dimensioni, come quello di Napoli.*

*Osserva in proposito il Collegio (al di là dell’asserita intermediazione di atti di normativa secondaria per l’applicazione della l. n. 142/1990, ora d. lgs. n. 267/2000, nei grandi Comuni) che l’art. 48, comma 2, dello statuto comunale di Napoli (pubblicato sul bollettino ufficiale della Regione Campania il 25 settembre 1991) ha stabilito la competenza dei dirigenti comunali all’emanazione dei provvedimenti di autorizzazione, licenze, concessioni e simili e comunque di tutti gli atti che impegnano l’Amministrazione verso l’esterno.*

*Aggiungasi che il provvedimento impugnato è stato adottato in data 5.11.1998, dopo la entrata in vigore della l. n. 191/1998, il cui art. 2, al comma 12, ha trasferito ai Dirigenti la competenza ad adottare i provvedimenti repressivi in materia di abusivismo edilizio di competenza del Sindaco.*

*3.- Con il secondo motivo di appello le parti appellanti lamentano sostanzialmente che il Comune di Napoli non abbia svolto alcuna istruttoria, e, conseguentemente, che non 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.*

*Rileva al riguardo la Sezione che, secondo la condivisibile giurisprudenza formatasi in materia, il bene giuridico protetto dall'art. 18 della l. n. 47/1985, descrittiva delle caratteristiche della lottizzazione abusiva, non è tanto o solo la tutela dell'interesse al rispetto della pianificazione urbanistica, quanto, invece, la tutela dell'interesse all'effettività del controllo del territorio da parte del soggetto pianificatore (cioè gli organi comunali) tenuto a reprimere qualsiasi intervento lottizzatorio che non sia stato previamente assentito.*

*In proposito è stato 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 (Consiglio di Stato, Sezione IV, 11 ottobre 2006 n. 6060 e Sezione V, 13 settembre 1991 n. 1157).*

*Pertanto, ai fini dell'accertamento della sussistenza del presupposto di cui all'art. 18 della l. n. 47/1985 non è sufficiente il mero riscontro del frazionamento di un terreno collegato a plurime vendite, ma sussiste anche la necessità di acquisire un sufficiente quadro indiziario dal quale sia possibile desumere in maniera non equivoca la destinazione a scopo edificatorio degli atti posti in essere dalle parti (Consiglio Stato, Sezione 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 (Consiglio Stato, Sezione V, 14 maggio 2004, n. 3136).*

*In particolare la cosiddetta lottizzazione negoziale, ossia il tipo di lottizzazione che il Comune ha ritenuto sussistente nel caso di specie sulla base non tanto della realizzazione di alcune opere, quanto del 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 e dalla loro destinazione a scopo edificatorio (Consiglio Stato, Sezione IV, 11 settembre 2006, n. 6060).*

*Nel caso di specie è mancata qualsiasi autonoma valutazione riguardo alla sussistenza di dette circostanze da parte degli uffici comunali; infatti nel provvedimento impugnato non è contenuta alcuna considerazione 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 strade, recinzioni dei lotti e, genericamente, edificazioni, elementi oggettivamente del tutto insufficienti, mentre non è contestato il fatto che tuttora il terreno non sia adibito a scopo edificatorio.*

*In conclusione si deve affermare che il Comune di Napoli non ha correttamente espresso i suoi poteri conformemente a quanto prescritto dall'art. 18, comma 7, della l. n. 47/1985, così come all'epoca vigente.*

*4.- Anche il terzo motivo di appello, con il quale è stata dedotta la illegittima mancata applicazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990, è da ritenere fondato.*

*Rileva in proposito la Sezione che, come in precedenza già evidenziato, 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 ad essi la proposizione delle rispettive osservazioni e deduzioni (Consiglio Stato, Sezione V, 11 maggio 2004 n. 2953, 29 gennaio 2004 n. 296 e 23 febbraio 2000 n. 948): ciò anche se al provvedimento di cui all'art. 18 della l. n. 47/1985 deve comunque riconoscersi una indubbia natura vincolata, atteso che lo stesso deve essere preceduto dall'accertamento della realtà materiale ed è destinato ad incidere, con funzioni di qualificazione giuridica, su di essa con provvedimenti che potranno poi comportare l'adozione di successivi provvedimenti di acquisizione delle aree lottizzate.*

*In ogni caso non sussistevano palesemente le esigenze di indifferibilità ed urgenza che avrebbero potuto giustificare l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento.*

*5.- Per le considerazioni suesposte l'appello deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza impugnata, accoglimento del ricorso in primo grado e annullamento del provvedimento in*

*quella sede impugnato, salva la rinnovazione procedimentale, come da motivazione” (V, 1374 del 12 marzo 2012).*

Negli stessi termini deve essere dunque accolto anche il presente appello, che riguarda una fattispecie esattamente sovrapponibile a quelle già decise nei modi testé riportati.

Anche in questo caso deve essere disposta la compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento con esso impugnato.

Compensa tra le parti 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 3 luglio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/08/2012

IL SEGRETARIO

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



