

Pubblicato il 03/01/2017

Sent. n. 60/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2745 del 2016, proposto da:

Mario Picano, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Di Matteo, C.F. DMTGLC75B16D708S, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giacomo De Vito in Napoli, via Manzoni, n. 202/8;

contro

Comune di Sessa Aurunca, in persona del Sindaco, legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Massimo Iodice, C.F. DCIMSM74L25F839W, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Rosario Rusciano in Napoli, Riviera di Chiaia, n. 215;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

della determina dirigenziale prot. n. 12 del 16 febbraio 2016 (notificata il 3 maggio 2016) del Comune di Sessa Aurunca (CE) di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 2 del 13 gennaio 2005 rilasciato al ricorrente in variante alla concessione edilizia n. 320 del 16 ottobre 1992 e dell'ordinanza di demolizione n. 16 del 17 marzo 2016 (notificata il 18 marzo 2016) delle opere oggetto del permesso di costruire n. 2 del 13 gennaio 2005 e di altre opere ritenute abusive perché in difformità rispetto al permesso di costruire n. 115/2008 o prive di titoli abilitativi.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Sessa Aurunca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 novembre 2016 la dott.ssa Rosalba Giansante 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 presente ricorso, ritualmente notificato il 16 maggio 2016 e depositato il 15 giugno 2016, Mario Picano ha chiesto l'annullamento della determina dirigenziale prot. n. 12 del 16 febbraio 2016, notificata il 3 maggio 2016, con la quale il Comune di Sessa Aurunca (CE) ha annullato in autotutela il permesso di costruire n. 2 del 13 gennaio 2005, rilasciato in variante alla concessione edilizia n. 320 del 16 ottobre 1992, per violazione delle distanze previste dall'art. 9 del D.M. 2 aprile 1968 n. 1444 e dall'art. 907 c.c. e per essere stato rilasciato sulla scorta della documentazione tecnica presentata dall'odierno ricorrente che non rappresentava la distanza tra la finestra di proprietà del sig. Simoniello e gli edifici di progetto, inducendo pertanto in errore la P.A..

Il Picano ha chiesto altresì l'annullamento dell'ordinanza di demolizione n. 16 del 17 marzo 2016, notificata il 18 marzo 2016, relativa alle opere oggetto del permesso di costruire n. 2 del 13 gennaio 2005 e ad altre opere ritenute abusive perché in difformità rispetto al permesso di costruire n. 115/2008 (*“Apertura di vano finestra al piano terra avente dimensioni di circa mt. 4.00 x mt. 2.00; cambio di destinazione d'uso del locale garage al piano terra per circa mq. 6,62; terrazzo di copertura del vano scala per una superficie di mq. 9,00”*) nonché ad ulteriori opere ritenute prive di titoli abilitativi (*“Realizzazione di una scala a chiocciola in ferro con una ampiezza di circa 120 cm.; parapetto perimetrale a terrazzo a copertura del locale soggiorno; apertura su prospetto laterale del vano scala, per luce ingrediente, dalle dimensioni di circa cm. 30 x 40 come modifica prospettica; parete realizzata con blocchi di cemento precompresso, lato giardino”*).

A sostegno del gravame, con due motivi di ricorso, sono state dedotte le seguenti censure: 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, incongruità e difetto di motivazione, in quanto nei provvedimenti impugnati non risulterebbero le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, né le disposizioni legislative o regolamentari che si assumono violate rispetto alla ritenuta mancanza di un esplicito motivato interesse pubblico prevalente rispetto a quello del privato, atteso che la p.a. aveva rilasciato il permesso di costruire in variante n. 2/2005 e poi il successivo permesso n. 115/2008 rinnovato nel 2012, senza aver mai supposto l'illegittimità per ragioni di distanza tra fabbricati inferiori a 10 m.; mentre esisterebbe di contro l'interesse prevalente, anche economico, di egli ricorrente alla conservazione delle opere realizzate in virtù di permessi di costruire che sarebbero stati rilasciati legittimamente dallo stesso Comune di Sessa Aurunca, necessarie per la fruibilità dell'edificio stesso in cui risiede con il proprio nucleo familiare.

2) Eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto e per sviamento o violazione di legge, carenza di uniformità di giudizio e contraddittorietà degli atti del procedimento amministrativo, violazione degli artt. 21 quinquies e nonies, comma 1, della legge n. 241/1990, incongruità e difetto assoluto della motivazione.

Parte ricorrente lamenta innanzitutto l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione per essere stata emessa senza aver prima notificato ad egli ricorrente la determina dirigenziale prot. n. 12 del 16 febbraio 2016, con cui era stato revocato in autotutela il permesso di costruire n. 2 del 2005, in quanto notificata il 3 maggio 2016.

Sostiene che l'atto di autotutela sarebbe illegittimo ed immotivato.

Infatti dall'analisi della documentazione inerente il permesso di costruire in sanatoria n. 02/2005, variante alla concessione edilizia n. 320/92, e il successivo permesso in variante n. 115/08, sarebbero emerse circostanze del tutto diverse rispetto alle argomentazioni e valutazioni effettuate in sede di annullamento in autotutela del permesso a costruire n. 02/2005 ed alla conseguente ordinanza di demolizione.

Ad avviso di parte ricorrente la distanza tra la parete finestrata a chiusura del vano scala del suo fabbricato e la finestra del piano primo del fabbricato del Simoniello sarebbe rimasta sostanzialmente invariata (si sarebbe aggiunto lo spessore della parete di chiusura) rispetto alla distanza che già c'era tra la scala esistente da anni ed il fabbricato del Simoniello. Stessa cosa, trattandosi della stessa copertura del vano scala, per la distanza tra la parete del torrino a chiusura del vano scala di egli ricorrente e la finestra del Simoniello.

Aggiunge che il suo fabbricato sarebbe stato ristrutturato e ampliato a seguito di C.E. n. 320/92, la scala già esisteva e con il permesso di costruire a sanatoria in variante n. 02/2005 sarebbe stata assentita la copertura e chiusura con parete finestrata della scala esistente che porta al primo piano e che era stata realizzata in adiacenza alla vecchia parete esterna del suo fabbricato che sarebbe di molto antecedente al 1967. Perciò non sarebbe di molto variata la distanza rispetto a quando la scala era aperta e che poteva essere di poco superiore a metri 3,00 rispetto agli attuali metri 2,45, ma di certo sempre inferiore a 10,00 metri, come sempre inferiore a 10,00 metri sarebbe stata la distanza tra le pareti principali dei due corpi di fabbrica.

Per quanto poi concerne il piano di calpestio del terrazzo del ricorrente su cui a 114 cm. (meno dei mt. 3,00 previsti dal codice civile) affaccia la finestra del Simoniello sita al secondo piano, terrazzo realizzato con la modifica della copertura della scala da inclinata a falda a copertura piana (terrazzo) con relativo parapetto, il tutto meglio specificato nella relazione integrativa alla richiesta di permesso di costruire n. 115/08, rinnovato in data 08.09.2012, sarebbe evidente che detta modifica della copertura sarebbe stata assentita con il permesso a costruire n. 115/08 e non con il permesso a costruire n. 02/2005 revocato.

Perciò a nulla rileverebbe, né sarebbe veritiero, quanto riportato nella determina n. 12 del 16.02.2016 impugnata dove è rappresentato che il permesso a costruire n. 02/2015 del 13.01.15 è stato rilasciato sulla base di documentazione tecnica presentata dalla parte nella quale non veniva rappresentata la distanza tra la finestra di proprietà del Simoniello e gli edifici di progetto inducendo in errore la P.A. Tale circostanza sarebbe assolutamente errata, in quanto nei grafici di progetto allegati al permesso di costruire n. 02/2005, con cui si autorizzava la realizzazione di una struttura in muratura per la copertura della scala, la finestra di proprietà del Simoniello al primo piano sarebbe riportata nella tavola 1 sia nella rappresentazione del prospetto che della sezione A-A, entrambi i grafici sono scala 1/100 e quindi sarebbe facilmente ricavabile la distanza, mentre per il secondo piano la finestra del vicino non viene indicata in quanto la rappresentazione grafica dell'immobile sarebbe delimitata con un tratteggio che indica il limite di proprietà alla sola parte di proprietà del Picano. Ma la distanza sarebbe ricavabile, come detto, dai grafici relativi al piano primo e le finestre del Simoniello sarebbero esistenti sin dall'epoca di costruzione dell'immobile di egli ricorrente che sarebbe di data antecedente al 1967.

La determina dirigenziale n. 16 del 16 febbraio 2016 e gli atti ad essa conseguenti o connessi, e quindi sicuramente l'ordinanza di demolizione n. 16 del 17 marzo 2016, sarebbe in ogni caso viziata da una palese carenza motivazionale circa la prevalenza dell'interesse pubblico al ritiro dei titoli abilitativi edilizi annullati rispetto all'affidamento del privato nella loro conservazione, consolidatosi nell'arco temporale trascorso tra il loro rilascio e la loro rimozione in autotutela.

Ad avviso di parte ricorrente non ricorrerebbero né i presupposti previsti dall'art. 21 quinquies che disciplina il provvedimento di revoca, né quelli previsti dall'art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241/1990.

Non sussisterebbero i presupposti richiesti dall'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990, ed in particolare i sopravvenuti motivi di interesse pubblico o il mutamento della situazione di fatto previsti dalla suddetta disposizione normativa; né, ad avviso di parte ricorrente, lo strumento utilizzato dall'amministrazione resistente potrebbe essere qualificato di revoca in quanto nel provvedimento di autotutela il Comune avrebbe dovuto prevedere un equo indennizzo, come disposto dallo stesso art. 21 quinquies.

D'altro canto non sussisterebbero neppure i presupposti richiesti dall'art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241/1990 in quanto l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio presuppone, unitamente al riscontro dell'originaria legittimità dell'atto, la valutazione della rispondenza della sua rimozione ad un interesse pubblico non solo attuale concreto, ma anche prevalente rispetto all'interesse del privato che ha riposto affidamento nella legittimità e stabilità del titolo medesimo, tanto più quando un simile affidamento si sia consolidato per effetto del decorso di un rilevante arco temporale.

Nel caso di specie sarebbe stato adottato un provvedimento di annullamento in autotutela dopo ben 11 anni (nonostante un ulteriore permesso di costruire in variante rilasciato nel 2008 e rinnovato nel 2012), senza indicare o motivare quale sia l'interesse pubblico specifico e senza minimamente tenere in considerazione l'affidamento del privato alla conservazione del titolo abilitativo, consolidatosi nell'arco temporale cospicuo trascorso tra il rilascio e l'annullamento; conseguentemente, con l'ordinanza di demolizione oggetto di impugnazione, sarebbe stata ordinata illegittimamente la demolizione delle opere realizzate.

Quanto poi alla predetta ordinanza di demolizione, il Picano ha in primo luogo evidenziato che essa, oltre alle opere di cui al permesso di costruire n. 02/2005, oggetto di annullamento d'ufficio, ha

riguardato anche altre opere ritenute abusive perché in difformità rispetto al permesso di costruire n. 115/2008, e cioè l'apertura vano finestra al piano terra di mt. 4,00 x 2,00, il cambio destinazione d'uso del locale garage al piano terra per mq. 6,62, terrazzo copertura vano scala per una superficie di mq. 9,00, e opere ritenute prive di titoli abilitativi quali la scala a chiocciola in ferro parapetto perimetrale terrazzo, apertura sul prospetto vano scala per luce ingrediente cm 30x40.

Ebbene, parte ricorrente lamenta che, a prescindere che non potrebbe essere considerata opera edilizia una scala a chiocciola in ferro che dal piano del giardino raggiunge il parapetto del terrazzo cui è bullonata, né l'apertura di una piccola luce ingrediente che affaccia nella proprietà del ricorrente stesso, non si comprenderebbe come e perché si ritenga mutata la destinazione d'uso del garage a piano terra di 6,62 mq., mentre per le altre contestate difformità non vi sarebbe stata un'attenta disamina dei titoli in suo possesso da parte della P.A. prima dell'emissione dell'ordinanza di demolizione.

Infine le opere previste dal permesso di costruire n. 115 del 2008 in variante alla concessione n. 320 del 1992 ed al permesso a costruire n. 02/2005, non comportando alcuna variazione sostanziale rispetto al permesso di costruire n. 02/2005, non necessiterebbero di ulteriore autorizzazione sismica. Con ordinanza n. 1133 dell'11 luglio 2016 questa Sezione *“Atteso che sussiste il requisito del periculum in mora, in quanto la demolizione delle opere in questione comporterebbe per il ricorrente un danno grave ed irreparabile e la decisione del ricorso necessita di approfondimenti incompatibili con la fase cautelare;*

Considerato che, prima facie e allo stato degli atti, non appare insussistente il requisito del fumus boni iuris in relazione alle condizioni per disporre l'annullamento del permesso di costruire;

Ritenuto, quindi, necessario sospendere il provvedimento recante l'ordine di demolizione impugnato, al fine della conservazione della res integra sino alla definizione del giudizio nel merito;”ha accolto l'istanza cautelare ed ha fissato, per la prosecuzione, l'udienza pubblica del 16 novembre 2016.

Parte ricorrente ha prodotto documentazione.

Si è costituito a resistere in giudizio il Comune di Sessa Aurunca, deducendo l'infondatezza del ricorso e chiedendone, pertanto, il rigetto.

All'udienza pubblica del 16 novembre 2016 il ricorso è stato chiamato e assunto in decisione.

Il ricorso è fondato e, in quanto tale, va accolto.

Il Collegio deve innanzitutto qualificare la determina dirigenziale prot. n. 12 del 16 febbraio 2016, oggetto di impugnazione, con la quale il Comune di Sessa Aurunca ha annullato in autotutela il permesso di costruire n. 2 del 13 gennaio 2005, rilasciato in variante alla concessione edilizia n. 320 del 16 ottobre 1992, in quanto il Comune resistente, nell'oggetto del provvedimento stesso, dopo averlo qualificato *“revoca in autotutela”* ha rappresentato espressamente di averlo adottato *“ai sensi dell'art. 21 nonies della L. 241/90”*, che disciplina l'annullamento d'ufficio, e, nella parte dispositiva del provvedimento, ha disposto *“l'annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 2 del 13/01/2005”*.

E' infatti pacifico in giurisprudenza il principio, condiviso dal Collegio, secondo il quale gli atti amministrativi vanno interpretati non solo in base al tenore letterale, ma anche risalendo alla effettiva volontà dell'amministrazione ed al potere concretamente esercitato, cosicché occorre prescindere dal *nomen iuris* ad essi attribuito al momento della adozione (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 giugno 2015, n. 2836, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 giugno 2004, n. 4756, 15 ottobre 2003, n. 6316, Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, 23 gennaio 2003, n. 3, T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, 18 settembre 2013, n. 2170).

Nella fattispecie oggetto di gravame deve ritenersi che il provvedimento sia stato effettivamente adottato ai sensi dell'art. 21 nonies della L. 241/90, che disciplina l'annullamento d'ufficio, in quanto risulta annullato per violazione delle distanze previste dall'art. 9 del D.M. 2 aprile 1968 n. 1444 e dall'art. 907 c.c. e per essere stato rilasciato sulla scorta della documentazione tecnica presentata dall'odierno ricorrente che non rappresentava la distanza tra la finestra di proprietà del sig. Simoniello e gli edifici di progetto, inducendo pertanto in errore la P.A., e, quindi, dopo aver riscontrato un vizio

di legittimità del permesso di costruire oggetto di autotutela, circostanza risolutiva ai fini della qualificazione del provvedimento quale annullamento d'ufficio.

Premesso quanto sopra, nel merito si ritiene di confermare quanto già sostenuto da questa Sezione nell'ordinanza cautelare di accoglimento n. 1133 dell'11 luglio 2016 in relazione alla mancanza delle condizioni per disporre l'annullamento del permesso di costruire.

Colgono infatti nel segno le censure di cui al secondo motivo di ricorso con le quali parte ricorrente lamenta la violazione dell'art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241/1990 per insussistenza dei presupposti richiesti dalla suddetta disposizione normativa.

Ad avviso di parte ricorrente l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio presuppone, unitamente al riscontro dell'originaria illegittimità dell'atto, la valutazione della rispondenza della sua rimozione ad un interesse pubblico non solo attuale e concreto, ma anche prevalente rispetto all'interesse del privato che ha riposto affidamento nella legittimità e stabilità del titolo medesimo, tanto più quando un simile affidamento si sia consolidato per effetto del decorso di un rilevante arco temporale.

Nel caso di specie sarebbe stato adottato un provvedimento di annullamento in autotutela dopo ben 11 anni (nonostante un ulteriore permesso di costruire in variante rilasciato nel 2008 e rinnovato nel 2012), senza indicare o motivare quale sia l'interesse pubblico specifico e senza minimamente tenere in considerazione l'affidamento del privato nella conservazione del titolo abilitativo, consolidatosi nell'arco temporale cospicuo trascorso tra il rilascio e l'annullamento e, conseguentemente, con l'ordinanza di demolizione oggetto di impugnazione, sarebbe stata ordinata illegittimamente la demolizione delle opere realizzate.

In punto di diritto l'art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241/1990 nel testo attualmente in vigore (comma così modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-quater), nn. 1) e 2), D.L. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164, e, successivamente, dall'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1), L. 7 agosto 2015, n. 124) ed applicabile *ratione temporis* alla fattispecie per cui è causa, dispone: *“1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo”*.

Il ricorso all'autotutela (mediante annullamento d'ufficio) può avvenire solamente ricorrendo le condizioni di cui all'art. 21 nonies della L. n. 241 del 1990, ovvero sussistendo le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Peraltro, alla luce della novella di cui all'art. 6 della legge 7 agosto 2015, n. 124, sussiste ora uno sbarramento temporale all'esercizio del potere di autotutela, fissato in *“diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2016, n. 3762, 10 dicembre 2015, n. 5625).

Nel caso di specie l'annullamento d'ufficio è intervenuto il 16 febbraio 2016 e, quindi, ben oltre il termine dei diciotto mesi dal rilascio, il 13 gennaio 2005, indicato dal citato art. 21 nonies della legge n. 241/1990, così come modificato dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, quale limite per procedere all'annullamento in autotutela dei titoli autorizzativi, senza che sia stata dimostrata la sussistenza delle circostanze di cui al comma 2-bis del medesimo articolo, che prevedono la possibilità di procedere ugualmente all'annullamento *ex officio*.

Al riguardo il Collegio ritiene che la norma introdotta dalla legge n. 7 agosto 2015, n. 124 sia applicabile in ogni caso in cui il provvedimento di autotutela sia intervenuto successivamente alla novella legislativa, ancorché riguardi un titolo abilitativo rilasciato sotto il regime precedente (T.A.R.

Puglia Bari, Sez. III, 17 marzo 2016, n. 351, T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 22 settembre 2016, n. 4373).

Inoltre l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire richiede necessariamente un'espressa motivazione in ordine all'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino dello *status quo ante*, ai sensi dell'art. 21 nonies della L. n. 241/1990, preminente su quello privato alla conservazione del provvedimento, che giustifichi il ricorso al potere di autotutela della P.A., entro un termine ragionevole, non essendo, pure nella materia edilizia, sufficiente l'intento di operare un mero astratto ripristino della legalità violata (T.A.R. Puglia Lecce Sez. III, 20 ottobre 2016, n. 1602; T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 24 febbraio 2016, n. 446).

Nel caso in esame, al contrario, il Comune resistente non ha fornito alcuna ragione, per quanto succinta, di interesse pubblico in base alla quale giustificare l'esercizio del potere di autotutela, né ha valutato il grado di incisione del suddetto potere sugli interessi dei suddetti ricorrenti, in bilanciamento con quelli pubblici.

Nella specie manca il requisito rappresentato dalla valutazione motivata della posizione dei soggetti destinatari del provvedimento. Inoltre, come condivisibilmente prospettato da parte ricorrente, il suo affidamento era particolarmente qualificato in ragione del lungo tempo trascorso dall'adozione del permesso di costruire annullato, risultando trascorsi undici anni dal rilascio del titolo edilizio oggetto di annullamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 31 agosto 2016, n. 3762, 10 dicembre 2015, n. 5625 cit., T.A.R. Lombardia Brescia Sez. II, 9 maggio 2016, n. 634).

Alla luce di quanto sopra esposto, il Collegio ritiene che i su illustrati profili di illegittimità abbiano una indubbia valenza assorbente rispetto agli altri motivi di gravame, sicché la fondatezza delle dedotte censure comporta l'accoglimento del ricorso relativamente alla domanda demolitoria della determina dirigenziale del 16 febbraio 2016, di annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 2 del 13 gennaio 2005, con l'assorbimento degli ulteriori motivi d'impugnazione.

Il ricorso deve altresì essere accolto relativamente alla domanda di annullamento dell'ordinanza di demolizione n. 16 del 17 marzo 2016, pure oggetto di impugnazione.

Più specificatamente la suddetta ordinanza di demolizione deve ritenersi illegittima e, conseguentemente, da annullare *in parte qua* per illegittimità derivata in riferimento alle opere oggetto del permesso di costruire n. 2 del 13 gennaio 2005, a seguito dell'annullamento giudiziale della determina dirigenziale del 16 febbraio 2016, di annullamento in autotutela del citato permesso di costruire.

Quanto alle ulteriori opere contemplate nella medesima ordinanza di demolizione, in quanto ritenute abusive perché in difformità rispetto al permesso di costruire n. 115/2008 (*“Apertura di vano finestra al piano terra avente dimensioni di circa mt. 4.00 x mt. 2.00; cambio di destinazione d'uso del locale garage al piano terra per circa mq. 6,62; terrazzo di copertura del vano scala per una superficie di mq. 9,00”*) nonché ritenute prive di titoli abilitativi (*“Realizzazione di una scala a chiocciola in ferro con una ampiezza di circa 120 cm.; parapetto perimetrale a terrazzo a copertura del locale soggiorno; apertura su prospetto laterale del vano scala, per luce ingrediente, dalle dimensioni di circa cm. 30 x 40 come modifica prospettica; parete realizzata con blocchi di cemento precompresso, lato giardino”*), parte ricorrente lamenta che, a prescindere che non potrebbe essere considerata opera edilizia una scala a chiocciola in ferro che dal piano del giardino raggiunge il parapetto del terrazzo cui è bullonata, né l'apertura di una piccola luce ingrediente che affaccia nella proprietà del ricorrente stesso, non si comprenderebbe come e perché si ritenga mutata la destinazione d'uso del garage a piano terra di 6,62 mq., mentre per le altre contestate difformità non vi sarebbe stata un'attenta disamina dei titoli in suo possesso da parte della P.A. prima dell'emissione dell'ordinanza di demolizione.

In particolare parte ricorrente sostiene che il terrazzo di copertura realizzato con la modifica della copertura della scala, da inclinata a falda, a copertura piana, sarebbe contemplato dal permesso di costruire in variante n. 115/2008, mentre, per quanto concerne il relativo parapetto e la scala a chiocciola in ferro che partendo dal terreno del giardino vi è appoggiata e l'apertura per luce ingrediente sul prospetto vano scala che affaccia nella sua proprietà, tali opere sarebbero oggetto di

S.C.I.A. presentata il 22 gennaio 2015; in riferimento alla predetta S.C.I.A. il Comune di Sessa Aurunca avrebbe richiesto integrazioni, prontamente prodotte dal ricorrente, come meglio specificato nella relazione integrativa depositata, ma su di essa l'Amministrazione non aveva ancora provveduto. Inoltre le opere previste dal permesso di costruire n. 115 del 2008, in variante alla concessione n. 320 del 1992 ed al permesso a costruire n. 02/2005, riguarderebbero solo spostamenti di tompagnature esterne e raddrizzamento di un muro di modeste dimensioni rispetto all'inclinazione originaria, la modifica della copertura della scala da inclinata a falda, a copertura piana (terrazzo) con relativo parapetto, come specificato nella relazione integrativa alla richiesta di rinnovo del permesso di costruire n. 115/2008, rinnovato in data 8 settembre 2012.

Le opere realizzate con detta variante, non comportando alcuna variazione sostanziale rispetto al permesso di costruire n. 02/2005, non necessiterebbero di ulteriore autorizzazione sismica in conformità a quanto previsto dall'art. 5, comma 7, del "Regolamento per l'espletamento delle attività di autorizzazione deposito progetti ai fini della prevenzione del rischio sismico in Campania" emanato dalla Giunta Regionale Campania in data 11 febbraio 2010 che esclude l'obbligo di acquisire nuova autorizzazione sismica per le varianti non sostanziali.

Ciò in quanto la copertura del vano scala sarebbe già inserita nei depositi al Genio Civile n. 80870 del 24 febbraio 2003 e n. 86804 del 4 giugno 2004 relativi al permesso di costruire n. 02/2005 con cui sarebbe stata autorizzata, la parete realizzata al lato giardino non avrebbe funzioni portanti ma solo di tompagno, il cambio destinazione d'uso da garage a civile abitazione riguarderebbe il piano terra (il fabbricato per questa parte è composto solo da piano terra) e, quindi, non comporterebbe variazione dei carichi agenti sulla struttura, l'apertura del vano finestra sarebbe ricavata all'interno di tompagnatura esterna di una struttura in cemento armato e non comporterebbe modifiche ad elementi strutturali.

In riferimento alle suddette censure il Collegio ritiene che la loro fondatezza deve evincersi dal comportamento processuale del Comune di Sessa Aurunca, che non ha controdedotto alcunché in riferimento a quanto sostenuto da parte ricorrente, nè ha prodotto documentazione, come era sua onere; in particolare, parte resistente non ha depositato la nota prot. n. 2113/A.T. del 23 giugno 2015 del Settore Assetto del Territorio inerente il verbale di accertamento edilizio, esperito da personale tecnico e dalla Polizia Municipale del Comune stesso, relativo ai tre sopralluoghi effettuati in data 29 luglio 2014, 18 febbraio 2015 e 23 giugno 2015, in riferimento alle opere ritenute abusive nell'ordinanza di demolizione e sopra richiamate, ma si è limitata ad asserire apoditticamente che esso Comune aveva effettuato una istruttoria più che adeguata, avendo effettuato i suddetti sopralluoghi, e che le risultanze dell'istruttoria stessa non potevano che portare all'adozione degli atti impugnati.

Pertanto deve ritenersi provato quanto dedotto da parte ricorrente e non oggetto di contestazione da parte del Comune costituito, in merito agli ulteriori interventi edilizi (rispetto a quelli di cui al provvedimento di autotutela annullato) oggetto dell'ordinanza di demolizione.

Ed invero, in riferimento allo stato dei luoghi, il Tribunale ben può porre a base della decisione i fatti non specificatamente contestati dalle resistenti amministrazione costituite, ai sensi dell'art. 64, comma 2, c.p.a. (che al riguardo risulta conforme al disposto dell'art. 115 c.p.c., quale risultante dalla modifica introdotta dalla legge n. 69 del 2009), senza necessità di ricorso a verifica o c.t.u..

Detto disposto normativo, al pari dell'omologo disposto del codice di procedura civile, codifica un principio già emerso in via pretoria, circa la non necessità di prova dei fatti non contestati (cfr. Cass. Civ., Sez. III, 5 marzo 2009, n. 5356, secondo cui "L'art. 167 c.p.c., imponendo al convenuto l'onere di prendere posizione sui fatti costitutivi del diritto preteso dalla controparte, considera la non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, in quanto l'atteggiamento difensivo delle parti espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti." Cass. Sentenza n. 10031 del 25/05/2004; cfr. anche Cass. Sentenza n. 13079 del 21/05/2008; e Cass. Sentenza n. 5191 del 27/02/2008; circa l'applicabilità del principio di non contestazione, quale codificato dall'art. 115

c.p.c., a seguito della novella di cui alla l. n. 69/2009, al processo amministrativo, ancora prima dell'introduzione del codice del processo amministrativo, TAR Piemonte, Sez. I. 29 gennaio 2010, n. 454).

In forza del disposto di cui all'art. 64, comma 2, c.p.a., come evidenziato anche da attenta dottrina, i fatti non contestati devono essere posti a fondamento della decisione, senza che residui alcuna discrezionalità per il giudice, cosa che invece è consentita solo dall'ultimo comma dell'art. 64, secondo cui "il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento e può desumere argomenti di prova dal comportamento tenuto dalle parti nel corso del processo".

Peraltro la collocazione topografica del disposto dell'art. 64 comma 2 deve portare a ritenere che nell'ambito del processo amministrativo i fatti non contestati confluiscono nel concetto di prova, menzionato nel comma 1 dell'art. 64, con la conseguenza che una volta che la parte abbia adempiuto al suo onere di allegazione, la non contestazione della resistente amministrazione costituita fa assurgere a prova piena quanto dedotto dalla parte ricorrente, senza che al giudice sia consentito di fare ricorso ai suoi poteri acquisitivi per accertare quanto non oggetto di contestazione (cfr. TAR Napoli, Sez. VII, 6 settembre 2012, n. 3761, 22 marzo 2012, n. 1444).

Conclusivamente, per i suesposti motivi, il ricorso deve essere accolto.

Le spese, secondo la regola della soccombenza, devono porsi a carico di parte resistente, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.

Condanna parte resistente al pagamento di complessivi €. 1.500,00 (euro millecinquecento/00) in favore di parte ricorrente, a titolo di spese, diritti e onorari di causa, oltre accessori di legge e rifusione contributo unificato, qualora dovuto e versato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere

Rosalba Giansante, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rosalba Giansante

IL PRESIDENTE

Italo Caso

IL SEGRETARIO