

Pubblicato il 03/05/2017

**Sent. n. 2381/2017**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5189 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Primo Iodice, rappresentato e difeso dagli avvocati Raimondo Nocerino e Antonietta Garzia, con cui elettivamente domicilia in Napoli, alla via Guglielmo Sanfelice, n. 33;

contro

Comune di Ercolano, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Mainelli, con domicilio per legge in Napoli, presso la Segreteria del T.A.R. Campania;

per l'annullamento

dell'ordinanza n. 52 prot.n. 25368/U del 30/05/2011, notificata il 31/05/2011, emessa dal Dirigente del Settore Pianificazione Urbanistica del Comune di Ercolano, con la quale si ordina la demolizione delle opere edili realizzate senza titolo abilitativo alla via Cegnacolo n. 21 scala B int. 3, nel comune di Ercolano; nonché degli atti connessi;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

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

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2017 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso introduttivo, notificato il 26/7/2011 e depositato il 10/10/2011, il sig. Primo Iodice impugnava l'ordinanza in oggetto individuata con la quale il Comune di Ercolano ingiungeva, ai sensi dell'art. 33 del d.P.R. n. 380 del 2001, la demolizione delle seguenti opere realizzate in zona vincolata senza autorizzazione paesaggistica e senza permesso di costruire: «veranda in vetro alluminio avente una superficie di mq. 4,00 ed un'altezza di circa mt. 3,00. La stessa viene utilizzata ad angolo cottura e disimpegno cucina».

In data 19/10/2011, il ricorrente depositava motivi aggiunti notificati il 12/10/2011.

In data 29/10/2011, si costituiva in giudizio il Comune di Ercolano resistendo all'impugnativa.

Con ordinanza n. 1756 del 3/11/2011, veniva respinta l'istanza cautelare.

Trattandosi di ricorso ultraquinquennale la cui udienza è stata fissata ai sensi dell'art. 82, co. 2, c.p.a., il difensore del ricorrente ha dichiarato l'interesse alla definizione nel merito della controversia e la causa veniva, pertanto, trattenuta in decisione.

## DIRITTO

1. Preliminarmente, va rilevato che il ricorrente preannuncia già nel ricorso introduttivo di aver «in corso di presentazione apposita istanza di accertamento di conformità: il che, secondo pacifica giurisprudenza, rende improcedibile il presente ricorso ...».

Successivamente, con motivi nuovi del 19/10/2011, il ricorrente, nel depositare l'istanza di accertamento di conformità (prot. 0043361) presentata in data 7/10/2011, evidenzia «che vale comunque a superare il provvedimento sanzionatorio, oggetto del ricorso».

Al riguardo, per costante giurisprudenza anche di questa Sezione, da cui il Collegio non ritiene di doversi discostare, la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità dopo l'adozione dell'ordinanza demolitoria non incide sulla legittimità della predetta ordinanza, che va valutata sulla base dei presupposti di fatto e di diritto esistenti al momento dell'emanazione dell'atto impugnato.

La presentazione di un'istanza di sanatoria neppure determina la definitiva inefficacia della suddetta ordinanza, producendo unicamente la sospensione temporanea degli effetti dell'ingiunzione per lo stretto periodo di tempo necessario fino alla definizione, espressa o tacita, dell'istanza medesima (*ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 22/8/2016, n. 4088; Cons. St., sez. VI, 2/2/2015, n. 466), non essendo applicabili estensivamente alla sanatoria ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 le disposizioni specifiche che prevedono la sospensione delle procedure sanzionatorie in pendenza dei procedimenti di condono.

Infatti, va disattesa una diversa soluzione interpretativa che comporterebbe per il soggetto destinatario del provvedimento la possibilità di paralizzare *ad libitum* la potestà amministrativa, determinando la definitiva inefficacia di un provvedimento autoritativo, ogni qual volta sia adottato, mediante la mera presentazione di una istanza (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 27/2/2017, n. 1169).

Ne consegue che, stante la mera temporanea sospensione degli effetti degli atti impugnati, la presentazione di un'istanza di accertamento non comporta, di per sé sola, sul piano processuale, la sopravvenuta carenza di interesse rispetto all'impugnazione dell'ordine di demolizione e, pertanto, non rende l'originario ricorso proposto improcedibile.

Non può, infatti, sostenersi l'improcedibilità dell'originario ricorso se non all'esito del procedimento in caso di accoglimento dell'accertamento di conformità (cfr. Cons. St., sez. IV, 26/9/2013, n. 4818). Peraltro, il ricorrente si limita a depositare l'istanza, senza dimostrare la conclusione del procedimento e senza neppure impugnare l'eventuale provvedimento di reiezione o il silenzio-rigetto, per cui i motivi aggiunti vanno disattesi.

2. Nel merito, con il ricorso introduttivo, il ricorrente censura l'illegittimità del provvedimento demolitorio con una pluralità di motivi, singolarmente rubricati, che ruotano attorno alle seguenti censure:

- la consistenza delle opere dimostrerebbe la natura di «pertinenza e/o volumetria tecnica» e, dunque, la loro assoggettabilità a D.I.A.; per tali opere sarebbe applicabile, in caso di esecuzione in assenza o difformità dalla D.I.A., la sanzione pecuniaria, così come previsto dall'art. 37 del d.P.R. n. 380 del 2001;

- l'assenza dei presupposti per la demolizione sarebbe sintomatica di una «istruttoria assolutamente carente e di una motivazione altrettanto apparente»;

- essendo l'esercizio del potere basato sull'art. 33 del d.P.R. 380 del 2001, mancherebbe qualsiasi valutazione intorno all'entità degli abusi realizzati ed alla possibile sostituzione della demolizione con la sanzione pecuniaria;

- nella specie non si sarebbe al cospetto di alcun intervento qualificabile come «ristrutturazione», per cui non sarebbe applicabile la sanzione di cui al menzionato art. 33;

- mancherebbe una valutazione sull'interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi a fronte del lungo lasso di tempo trascorso dalla realizzazione del manufatto abusivo.

2.1. Innanzitutto, va esclusa la natura pertinenziale del manufatto.

La nozione generale di «pertinenza» è contenuta nell'art. 817 del codice civile (cose destinate, in modo durevole, a servizio o ad ornamento di un'altra cosa), tuttavia la nozione urbanistico-edilizia

assume delle peculiarità, data la specificità della materia e la differente finalità pubblica posta a base della relativa normativa.

Il concetto di pertinenza urbanistica è ritenuto dalla giurisprudenza amministrativa meno ampio di quello definito dall'art. 817 c.c., tale da non poter consentire la realizzazione di opere soltanto perché destinate al servizio di un bene qualificato come principale (cfr. Cons. St., sez. IV, 17/5/2010, n. 3127).

La pertinenza urbanistica è, dunque, configurabile quando vi sia un oggettivo nesso funzionale e strumentale tra la cosa accessoria e quella principale, cioè un nesso che non consenta altro che la destinazione della bene accessorio ad un uso pertinenziale durevole, sempreché l'opera secondaria non comporti alcun maggiore carico urbanistico (cfr. Cons. St., sez. VI, 29/1/2015, n. 406; Cons. St., sez. VI, 5/1/2015, n. 13).

Ebbene, nel caso di specie, sulla base dei documenti versati in atti nonché del rilievo fotografico dello stato dei luoghi depositato dal ricorrente stesso, si evince l'installazione di un veranda chiusa è senza dubbio una trasformazione edilizia produttiva che aggrava il carico urbanistico, con una modificazione altresì della sagoma e del prospetto dell'edificio, in zona vincolata, comportante, con tutta evidenza, degli aumenti di volumetria non irrilevanti che, oltre ad escludere il rapporto pertinenziale, risultano ostativi al rilascio in via postuma della compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art. 167, co. 4, e dell'art. 146, co. 4, del d. lgs. n. 42 del 2004.

Infatti, per costante e pacifica giurisprudenza, non costituisce pertinenza un manufatto costituito da una struttura chiusa a forma di veranda, posto a ridosso del fabbricato principale, nella misura in cui essa ne modifica l'aspetto esterno e la preesistente volumetria, onde è assoggettata allo stesso regime abilitativo vigente per l'edificio nel suo complesso (cfr. Cons. St., sez. VI, 27/1/2003, n. 419; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19/1/2016, n. 243; Cass. pen., sez. III, 8/10/2015, n. 48221).

E' appena il caso di aggiungere infine che un vano adibito a cucina certamente non può essere fatto rientrare tra i volumi tecnici.

Ne consegue che la trasformazione di un balcone in una veranda, anche di modesta superficie, costituisce un intervento soggetto a permesso di costruire, portando ad un organismo edilizio in parte diverso e modificandone la volumetria e la sagoma, così incidendo in modo permanente e non precario sull'assetto edilizio del territorio, con conseguente assoggettamento alla sanzione di tipo demolitorio e non meramente pecuniario, giusta la previsione di cui all'art. 33, d.P.R. n. 380 del 2001.

2.2. Si aggiunga, inoltre, che la formale qualificazione dell'intervento come "ristrutturazione edilizia" operata dal Comune è sostanzialmente favorevole al ricorrente rispetto alla sanzione prevista dall'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 per gli interventi di nuova costruzione, tra i quali è da comprendere l'ampliamento di manufatti edilizi esistenti all'esterno della loro sagoma, di cui all'art. 3, co. 1, lett. e), del citato d.P.R. n. 380.

In ogni caso giova rammentare che, pur nel quadro dell'art. 33, la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi sono imposti per gli interventi realizzati senza autorizzazione paesaggistica in zona vincolata.

Peraltro la possibilità di sostituire la sanzione pecuniaria alla demolizione può assumere rilevanza soltanto in un secondo momento, successivo alla diffida a demolire, quando l'interessato non abbia ottemperato all'ingiunzione, qualora l'amministrazione - che dovrebbe procedere all'esecuzione della demolizione in danno del responsabile - accerti che il ripristino dello stato dei luoghi non è possibile. Pertanto è da escludere che, anticipando tale accertamento, l'infrazione di una sanzione pecuniaria possa sostituire l'ordine di demolizione da indirizzare al soggetto che ha la disponibilità e la responsabilità delle opere abusive e che è tenuto innanzi tutto al ripristino dello stato dei luoghi (cfr. Cons. St., sez. VI, 21/11/2016, n. 4855).

2.3. E' da osservare che i provvedimenti di repressione degli abusi edilizi sono atti dovuti con carattere essenzialmente vincolato e privi di margini discrezionali.

Pertanto, ai fini dell'adozione dell'ordine di demolizione è sufficiente la mera enunciazione dei presupposti di fatto e di diritto che consentono l'individuazione della fattispecie di illecito e

dell'applicazione della corrispondente misura sanzionatoria prevista dalla legge (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. III, 22/8/2016, n. 4088).

L'effettuazione di una adeguata istruttoria a sostegno del provvedimento emerge dalla relazione tecnica di sopralluogo richiamata a sostegno dell'ordinanza impugnata.

Il carattere vincolato della determinazione sanzionatoria, dipendente unicamente dall'accertamento dell'abuso compiuto, esclude altresì la necessità di una specifica valutazione delle ragioni d'interesse pubblico concreto ed attuale o di una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, in quanto non è configurabile alcun affidamento giuridicamente tutelabile alla conservazione di una situazione di illecito permanente che non può di norma essere sanata dal mero trascorrere del tempo (cfr. Cons. St., sez. IV, 29/4/2014, n. 2228).

3. In conclusione, l'impugnativa in esame va quindi respinta.

Le spese seguono, come di norma, la soccombenza.

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna Primo Iodice al pagamento, in favore del Comune di Ercolano, delle spese, dei diritti e degli onorari di lite che si liquidano complessivamente in euro 2.500,00 (duemilacinquecento) oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente, Estensore

Vincenzo Cernese, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

Fabio Donadono

**IL SEGRETARIO**