

Pubblicato il 21/06/2018

Sent. n. 382/2018

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 78 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da Manuelita Miele, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Tornitore, Franca Femiano, con domicilio eletto presso lo studio Michele Coromano in Campobasso, via XXIV Maggio n. 137;

contro

Comune di Carpinone in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Di Nezza, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, corso Umberto I, 43; Regione Molise in persona del Presidente p. t, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale,

a) dell'ordinanza di demolizione opere edili n. 4 del 4.12.2014 emessa dal Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Carpinone e notificata alla ricorrente in data 12.12.2014;

b) di tutti gli atti preordinati, connessi e consequenziali tra i quali:

1) dell'ordinanza di sospensione lavori edili n. 3 del 30.9.2014 emessa dal Responsabile del Settore Tecnico del Comune di Carpinone, notificata il 17.10.2014

2) della relazione di sopralluogo del 29.9.2014;

3) della comunicazione di avvio del procedimento prot. n. 2466 del 13.8.2014 emessa dal Responsabile dell'Ufficio Tecnico del Comune di Carpinone avente ad oggetto accertamenti in merito alla regolarità dei lavori al fabbricato in Via Occidentale.

b) di tutti gli atti preordinati, connessi e consequenziali.

Quanto ai motivi aggiunti,

per l'annullamento del silenzio serbato dal Comune sulla istanza di permesso di costruire in sanatoria presentata in data 20 febbraio 2015 ex art. 36 D.P.R. n. 380/01 nonché per la declaratoria di inefficacia della ordinanza di demolizione n. 4/14 a seguito della presentazione della suddetta istanza di sanatoria.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Carpinone in persona del Sindaco pro tempore;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2018 la dott.ssa Rita Luce e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il Comune di Carpinone rilasciava in favore della signora Palladino Luciana, madre della odierna ricorrente, il permesso di costruire n. 4/2002 per la realizzazione di lavori di adeguamento igienico-sanitario e ristrutturazione di un fabbricato sito alla via Occidentale che, successivamente, veniva donato alla ricorrente con atto notarile del 3 luglio 2013.

A seguito di sopralluogo tecnico eseguito in data 29.09.2014 dal Responsabile dell'Ufficio tecnico del Comune di Carpinone e da personale dei VV. FF, veniva accertata la realizzazione di manufatti abusivi in adiacenza al fabbricato consistenti in un "vano accessorio sul lato sud del fabbricato principale realizzato in difformità della originaria concessione edilizia n. 4/2002 e in un vano accessorio, sul lato ovest del fabbricato, realizzato in assenza del Permesso di Costruire e di autorizzazione paesaggistica nonché in assenza degli adempimenti previsti per le costruzioni in zona sismica".

Il Comune ne ordinava la demolizione con ingiunzione n. 4 del 4.12.2014.

La ricorrente presentava, quindi, istanza di sanatoria ai sensi dell'art. 36 D.P.R. n. 380/01.

Faceva seguito la richiesta di chiarimenti istruttori avvenuta con nota del 25.02.2015, che la ricorrente riscontrava con memoria del 21.04.2015 e la comunicazione del preavviso di diniego da parte del Comune.

La ricorrente ha impugnato l'ordinanza n. 4/2014 denunciandone l'illegittimità alla luce dei seguenti motivi:

- il fabbricato era stato ricevuto in donazione dal nonno materno solo in data 30 luglio 2013 allorquando i presunti lavori abusivi erano stati già realizzati; l'ingiunzione di demolizione, quindi, avrebbe dovuto essere notificata all'effettivo responsabile degli abusi, come correttamente individuato con riferimento al tempo della loro realizzazione e non alla attuale proprietaria che ne era del tutto estranea;

-l'ingiunzione impugnata non era sorretta da una congrua motivazione che ne spiegasse le ragioni anche in considerazione del fatto che era intervenuta dopo un lungo lasso di tempo dalla realizzazione dei presunti abusi;

-il Comune, prima di ingiungere la demolizione delle opere in contestazione, avrebbe dovuto effettuare una indagine di tipo tecnico al fine di verificare la possibilità concreta di eseguire la demolizione senza pregiudizio delle parti dell'immobile eseguite in modo legittimo;

-l'ordinanza non forniva alcuna indicazione delle opere abusive;

-si trattava, nella specie, di opere di modesta entità che non modificavano la destinazione urbanistica dell'immobile e non apportavano modifiche incisive né all'assetto urbanistico-edilizio esistente né al paesaggio circostante; tali opere, quindi, non necessitavano né di permesso di costruire né di autorizzazione paesaggistica ma dovevano correttamente inquadrarsi nella categoria della manutenzione straordinaria, assentibili mediante Dia e quindi sanzionabili solo in via pecuniaria;

-si trattava, ad ogni modo, di opere meramente pertinenziali ed accessorie rispetto al manufatto principale;

-le opere di che trattasi erano state, comunque, realizzate prima della apposizione del vincolo paesaggistico e si trovavano in una zona del territorio comunale che aveva perso le sue originarie caratteristiche di pregio paesaggistico.

Con successivi motivi aggiunti parte ricorrente ha, invece, contestato l'operato del Comune deducendo che l'amministrazione comunale avrebbe dovuto concludere il procedimento di sanatoria con un provvedimento espresso e motivato: dopo che il Comune aveva formalmente preannunciato l'adozione di un provvedimento, seppur negativo, infatti, la ricorrente aveva presentato una dettagliata relazione nella quale illustrava diffusamente le ragioni poste a sostegno della istanza di sanatoria.

Quand'anche si fosse ritenuto formato il diniego *per silentium*, poi, ugualmente si sarebbe trattato di un diniego illegittimo sussistendo, nel caso di specie, i presupposti per la sanatoria del manufatto.

In particolare, le opere oggetto di istanza di sanatoria non avevano modificato le distanze con gli edifici preesistenti ed il manufatto contestato costituiva una semplice tettoia e non un volume chiuso;

nell'atto di preavviso di diniego n. 1223, poi, il Comune non aveva sufficientemente spiegato le ragioni poste alla base del rigetto della istanza di sanatoria.

Si costituiva in giudizio il Comune di Carpinone deducendo l'inammissibilità del ricorso principale per omessa notifica alla Regione presso l'Avvocatura dello Stato e l'infondatezza, nel merito, delle censure *ex adverso* proposte.

La ricorrente depositava ulteriore memoria nella quale insisteva per l'accoglimento del ricorso principale e dei motivi aggiunti.

All'udienza pubblica del 23 maggio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso è parzialmente fondato nei termini che seguono.

In primo luogo, quanto alla eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dal Comune resistente, il Collegio è dell'avvio che la circostanza che né il ricorso principale e né i motivi aggiunti siano stati notificati presso l'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Campobasso - pur avendo la Regione Molise deciso, con delibera GR pubblicata in G U il 30.10.1999, di avvalersi del patrocinio della Avvocatura dello Stato - non influisca sulla loro ammissibilità in quanto il presente gravame risulta diretto avverso atti e comportamenti di esclusiva competenza del Comune, cui sia il ricorso principale che i motivi aggiunti risultano correttamente notificati.

Nel merito, si osserva quanto segue.

Con riferimento al primo motivo di censura, con il quale parte ricorrente deduce di essere estranea all'abuso per non averlo commesso, il Collegio ritiene che, nella specie, la demolizione sia stata, legittimamente ingiunta alla ricorrente in quanto attuale proprietaria dei manufatti atteso che sia il responsabile dell'abuso edilizio che il proprietario della res (qualora le due qualità non si identifichino nella stessa persona) possono divenire destinatari della sanzione reale contemplata dall'art. 31, co. 2, D.P.R. 380/2001.

Affinchè il proprietario di una costruzione abusiva possa essere destinatario dell'ordinanza di demolizione, infatti, non occorre stabilire se egli sia o meno responsabile dell'abuso e ciò in quanto la stessa disposizione si limita a prevedere la sua legittimazione passiva, senza richiedere l'effettivo accertamento di una qualche sua responsabilità.

Il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di ripristino, quindi, non è l'accertamento di responsabilità storiche nella commissione dell'illecito, ma l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella codificata nella normativa urbanistica ed edilizia e l'individuazione di un soggetto che abbia la titolarità ad eseguire l'ordine ripristinatorio e, quindi, il proprietario in virtù del suo diritto dominicale (T A.R. Firenze, sez. III, 28/02/2017, n. 313; T.A.R., Salerno, sez. I, 05/01/2017, n. 29).

Con il secondo motivo di ricorso è dedotta la violazione dell'art. 33 del D.P.R. n. 380 del 2001 poiché l'amministrazione non avrebbe valutato adeguatamente l'eseguibilità della demolizione, senza pregiudizio per la parte conforme.

Il Tribunale osserva, sul punto, che "il privato sanzionato con l'ordine di demolizione per la costruzione di un'opera edilizia abusiva, non può invocare l'applicazione a suo favore dell' art. 12 comma 2, della l. n. 47/1985 (oggi: art. 34, comma 2, D.P.R. n. 380 del 2001), che comporta l'applicazione della sola sanzione pecuniaria nel caso in cui l'ingiunta demolizione non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, se non fornisce seria ed idonea dimostrazione del pregiudizio stesso sulla struttura e sull'utilizzazione del bene residuo, a nulla valendo che la demolizione implicherebbe una notevole spesa e potrebbe incidere sulla funzionalità del manufatto, perché per impedire l'applicazione della sanzione demolitoria occorre un effettivo pregiudizio alla restante parte dell'edificio, consistente in una menomazione della intera stabilità del manufatto" (così Cons. Stato, sez. V, n. 4982 del 2011).

In altri termini, la demolizione costituisce il contenuto che, in via ordinaria, è tenuto ad assumere l'atto repressivo dell'illecito mentre l'applicazione della sanzione pecuniaria ha carattere del tutto residuale (in termini, Cons. Stato, sez. VI, n. 1793 del 2012), e viene innescata non già da una verifica tecnica di cui la parte pubblica non può venire ragionevolmente gravata, ma da una apposita e circostanziata istanza presentata dalla parte privata ad essa interessata.

L'amministrazione è tenuta al solo accertamento che l'opera sia abusiva, posto che ulteriori adempimenti, relativi all'eseguibilità dell'ordine "senza pregiudizio per la parte conforme", richiederebbero sopralluoghi ed accertamenti incompatibili con il breve termine di 45 giorni concesso dalla legge ai fini della sospensione dei lavori in corso (art. 27, comma 3, D.P.R. n. 380 del 2001).

Ne segue l'impercorribilità di un processo interpretativo che oneri la parte pubblica ad eseguire verifiche tecniche, anche complesse, in una fase anteriore all'emissione dell'ordine di demolizione, a rischio di compromettere gli effetti della ordinanza sospensiva dei lavori, e dunque di tollerare una ulteriore compromissione dell'assetto urbanistico-edilizio; del resto, è proprio la parte privata, autrice dell'opera e del progetto, ad essere a conoscenza di come esso è stato eseguito, e di quali danni potrebbero prodursi, a seguito di demolizione, in pregiudizio della parte conforme.

Si deve perciò ritenere che l'ordine di demolizione vada adottato anche in assenza di una verifica di tale profilo, la cui rilevanza va invece segnalata, e comprovata, dalla parte che vi abbia interesse durante la fase esecutiva (TAR Lazio, sez. I quater, 27 maggio 2013 n. 5277).

Nel caso di specie, del resto, la censura sollevata dalla ricorrente circa la presunta inesequibilità della demolizione deve ritenersi infondata per la sua genericità e per il fatto che la ricorrente neppure comprova il pregiudizio paventato.

Passando, quindi, all'esame dell'ulteriore ordine di doglianze con le quali parte ricorrente contesta l'ordinanza di demolizione per difetto di motivazione, di istruttoria e per genericità del suo contenuto, il Collegio è dell'avviso che il provvedimento impugnato sia stato compiutamente motivato avendo esso fatto riferimento ai presupposti in fatto ed alle ragioni in diritto della disposta sanzione ed avendo riportato la analitica descrizione dei manufatti abusivi, anche mediante il riferimento alle risultanze del sopralluogo tecnico del 29.09.2014.

E' noto, del resto, che in materia edilizia il carattere vincolato della determinazione sanzionatoria, dipendente unicamente dall'accertamento dell'abuso compiuto, esclude 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; T.A.R. Napoli, sez. IV, n. 03614/2016; T.A.R. Salerno, sez. II, 13 dicembre 2013, n. 2480; T.A.R. Basilicata, sez. I, 6 dicembre 2013, n. 770).

Peraltro, confutandosi così anche la censura sul difetto di motivazione, secondo condivisa giurisprudenza, l'esercizio del potere repressivo delle opere edilizie realizzate in assenza del titolo edilizio mediante l'applicazione della misura ripristinatoria costituisce atto dovuto e tale atto può ritenersi sufficientemente motivato per effetto della stessa descrizione dell'abuso accertato, presupposto giustificativo necessario e sufficiente a fondare la spedizione della misura sanzionatoria. (Cfr. T.A.R. Napoli, sez. VI, 03/08/2016, n. 4017 e C. di S., sez. V, 11 giugno 2013, n. 3235).

Ciò rende, altresì, irrilevante la considerazione del decorso del tempo tra la commissione dell'abuso e la sua repressione ed impedisce di considerare qualsivoglia affidamento del privato come meritevole di tutela al mantenimento della costruzione abusiva (TAR Milano, sez II, 8 novembre 2007 n. 6200), a maggior ragione nelle ipotesi come quella in esame in cui la ricorrente si sia limitata ad invocare, genericamente, il tempo intercorso tra la costruzione del manufatto e l'intervento repressivo, senza provare quando le opere sarebbero state eseguite.

Quanto, infine, alla presunta irrilevanza e natura meramente pertinenziale dei manufatti abusivi, le deduzioni sollevate in ricorso risultano generiche e non suffragate da alcun elemento di ordine probatorio, oltre che smentite dai risultati del verbale di sopralluogo sopra citato e recepito dal provvedimento impugnato; analogamente è a dirsi per la presunta irrilevanza del manufatto ai fini paesaggistici e del nulla osta paesaggistico atteso che non è stata data prova della risalenza degli abusi rispetto alla apposizione del vincolo.

Da ultimo, anche il riferimento alle disposizioni di favore contenute nella legge regionale Molise n. 30/2009 appare generico ed indimostrato non avendo la ricorrente dato prova della sussistenza di tutte

le condizioni che consentirebbero l'ampliamento volumetrico del 20% previsto dall'art. 2 della citata legge regionale e non avendo, comunque, presentato alcuna istanza di sanatoria in tal senso.

Venendo, ora, ad esaminare le doglianze proposte con motivi aggiunti, con i quali la ricorrente ha chiesto dichiararsi l'inefficacia della ordinanza di demolizione n. 4/2014 per effetto della presentazione della istanza di sanatoria del 14.02.2015, il Collegio è dell'avviso che la domanda non meriti accoglimento in quanto la presentazione di istanza di accertamento di conformità ex art 36 D.P.R 380/01 non inficia la validità e/o efficacia dell'ordinanza di demolizione, ma la pone in uno stato di mera temporanea quiescenza, destinato a venir meno per effetto della successiva determina dell'Amministrazione (T.A.R. Napoli, sez. III, 30 maggio 2017 n. 2877).

La presentazione di una istanza ex art. 36 D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, più nel dettaglio, non rende inefficace il pregresso provvedimento sanzionatorio e, quindi, non determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, dell'impugnazione proposta avverso l'ordinanza di demolizione, ma comporta, tutt'al più, un arresto temporaneo dell'efficacia della misura repressiva che riacquista la sua efficacia nel caso di rigetto espresso o tacito della domanda di sanatoria. "Sostenere che, nell'ipotesi di rigetto, esplicito o implicito, dell'istanza di accertamento di conformità, l'Amministrazione debba riadottare l'ordinanza di demolizione, equivarrebbe a riconoscere in capo a un soggetto privato, destinatario di un provvedimento sanzionatorio, il potere di paralizzare, attraverso un sostanziale annullamento, quel medesimo provvedimento" (Cons. di Stato, sez. VI, 4 aprile 2017 n.1565).

Ciò detto, osserva, tuttavia, il Collegio che, nel caso di specie, il Comune resistente avrebbe dovuto pronunciarsi espressamente sulla istanza di conformità presentata dalla ricorrente in data 14.2.2015 e che il silenzio serbato su di essa sia, pertanto, illegittimo.

Se, infatti, può ritenersi pacifico che l'art. 36 d.p.r. 380/2001 configuri un'ipotesi di silenzio-rigetto tale conclusione va, tuttavia, verificata nel caso in cui la p.a. non resti del tutto silente, ma emetta un provvedimento che lascia presumere la conclusione del procedimento in modo espresso.

In tali ipotesi, infatti, ritiene il Collegio che l'istituto del silenzio rigetto, che presenta pur sempre carattere derogatorio rispetto all'obbligo generale di conclusione del procedimento con provvedimento espresso e motivato sancito dall'art 2 della legge n. 241/90, non possa operare, riespandendosi i principi generali delineati dalla citata legge generale sul procedimento amministrativo.

Ed invero, nel caso in esame, il Comune ha richiesto chiarimenti istruttori alla ricorrente ed emesso un preavviso di diniego con cui ha evidenziato le ragioni per cui l'istanza di sanatoria sarebbe stata respinta; la ricorrente ha, dal suo canto, controdedotto al preavviso di diniego con apposita relazione nella quale ha confutato le ragioni ostative opposte dal Comune.

Deve, quindi, ritenersi che il comportamento positivo della p.a. abbia neutralizzato l'applicazione dell'art. 36 e la formazione del silenzio rigetto, imponendo al Comune di emettere un provvedimento espresso.

In questo senso depone, peraltro, anche l'affidamento legittimo maturato dal privato a fronte del comportamento della p.a. che, avendo dato seguito alla sua istanza, ha indotto il suo ragionevole affidamento circa la conclusione del procedimento con un provvedimento espresso.

Ne deriva, pertanto, che, nel caso in esame, non si è formato alcun silenzio rigetto sulla istanza di sanatoria presentata dalla ricorrente e che, pertanto, persiste l'obbligo del Comune resistente di esitare siffatta istanza con un provvedimento espresso e motivato: i motivi aggiunti vanno, in tal senso, accolti.

Per l'effetto, deve condannarsi il Comune di Carpinone a concludere il procedimento avviato dalla ricorrente con istanza del 14 02.2015 con un provvedimento espresso e motivato, non potendo questo giudice condannare l'amministrazione a rilasciare la sanatoria richiesta ed essendo all'uopo necessari ulteriori adempimenti istruttori da parte della stessa amministrazione.

Quanto alle spese di lite, infine, se ne dispone la compensazione visto il parziale accoglimento della domanda.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale, accoglie i motivi aggiunti nei sensi di cui in motivazione.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere

Rita Luce, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Rita Luce

IL PRESIDENTE

Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO