

Pubblicato il 02/01/2019

Sent. n. 9/2019

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 749 del 2014, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dagli avvocati Maria Carolina Amatucci e Oronzo Caputo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Napoli, via Cervantes, 64;

per l'annullamento:

- a) dell'ordinanza n. 602/1 del 13.11.2013 con la quale il Dirigente *ad interim* del Servizio Antiabusivismo del Comune di Napoli ha ingiunto al ricorrente, ai sensi dell'art. 33 del T.U. 380/01, la riduzione in pristino di opere edilizie abusive realizzate alla Via Sartania, n. 20 e consistenti in una "muratura costituita da tufo e pilastri in c.a. di circa mt. 18x3 di altezza con sovrastante rete metallica sorretta da ritti in ferro";
- b) di ogni altro atto preordinato, connesso, consequenziale, comunque lesivo del diritto del ricorrente, ivi incluse, ove possa occorrere, le risultanze dell'istruttoria tecnica di cui è menzione nel provvedimento impugnato sub a) che precede.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2018 la dott.ssa Maria Barbara Cavallo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato il 17 gennaio 2014, [omissis] ha impugnato il provvedimento indicato in epigrafe con il quale il Comune di Napoli ha ordinato il ripristino dello stato dei luoghi in relazione alla muratura costruita senza titolo su un suolo di circa mq. 3000, costituita da tufo e pilastri in c.a. di circa m. 18x3,00 di altezza, con sovrastante rete metallica sorretta da ritti in ferro.

Sostiene che il terreno in questione è costituito da una serie di terrazzamenti soggetti a smussamenti, e di essere stato costretto sostituire il muro di contenimento preesistente con una nuova struttura, identica per forme e dimensioni al muro collassato, a causa di lesioni provocate dall'assenza di un adeguato sistema di drenaggio dell'acqua piovana.

Pertanto, contesta la qualificazione di "ristrutturazione edilizia" data dal Comune all'intervento eseguito *sine titulo*.

2. Il ricorso è stato affidato ai seguenti motivi:

I) *Violazione ed omessa applicazione dell'art. 7 della l. 7.8.90 n. 241. Difetto di istruttoria. Violazione del giusto procedimento*, perché l'Amministrazione intimata non ha comunicato al ricorrente l'avvio del procedimento sanzionatorio conclusosi con l'adozione dell'ordinanza di ripristino impugnata.

II) *Violazione ed omessa applicazione dell'art. 37 del d.p.r. 06.06.2001 n. 380, dell'art. 31 del d.p.r. 380/01. Erroneità dell'istruttoria e della motivazione.*

Il Comune di Napoli avrebbe erroneamente applicato alla fattispecie per cui è causa il procedimento sanzionatorio previsto e disciplinato dall'art. 33 del T.U. 380/01, laddove si sarebbe dovuto applicare l'art. 37 il quale ha previsto, per le ipotesi di interventi ex art. 22 realizzati in assenza di D.I.A., l'irrogazione (non della demolizione ma) della più blanda sanzione pecuniaria pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile.

III) *Ulteriore violazione della normativa di cui ai motivi che precedono. Violazione ed omessa applicazione dell'art. 33 del d.p.r. 06.06.2001 n. 380. Violazione del giusto procedimento. Difetto assoluto dei presupposti. Erroneità dell'istruttoria e della motivazione, perché nella denegata ipotesi che le opere edificate da [omissis] siano da qualificarsi come lavori di ristrutturazione sottoposti a permesso a costruire, la demolizione non può essere irrogata qualora, come nella fattispecie per cui è causa, "il ripristino dello stato dei luoghi non sia possibile" senza pregiudizio per la parte del fabbricato legittimamente edificata e deve, comunque, essere congruamente motivata con l'indicazione dei "criteri e modalità diretti a ricostruire l'originario organismo edilizio".*

IV) *Violazione ed erronea applicazione dell'art. 27 d.p.r. 06.06.2001 n. 380. Difetto di istruttoria. Violazione del giusto procedimento, perché, in ogni caso, il provvedimento impugnato risulta adottato in assenza di un'adeguata istruttoria, ed, in particolare, in mancanza di qualsiasi indagine tesa a stabilire l'eventuale sanabilità dell'opera.*

V) *Falsa applicazione del d.l.vo 22.01.04 n. 42. Difetto di istruttoria. Violazione del giusto procedimento. Carenza di motivazione, perché, in presenza di opere che si sono assunte edificate in zona sottoposta al vincolo ex D.L.vo n. 42/04, l'Autorità competente non ha compiuto alcuna istruttoria preordinata alla scelta della sanzione da applicarsi.*

3. Il Comune di Napoli si è costituito e ha chiesto il rigetto del ricorso.

4. All'udienza pubblica del 18 luglio 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Le diverse e molteplici censure possono ricevere trattazione unitaria, in considerazione dell'omogeneità e del sostanziale carattere ripetitivo dei relativi contenuti.

Il fulcro dei motivi di doglianza di parte ricorrente, infatti, rimarca in più punti il carattere lieve dell'abuso commesso, a fronte del quale l'amministrazione comunale disporrebbe, al più, del più mite potere sanzionatorio pecuniario, in applicazione dell'art. 37 d.p.r. 380/2001.

5.1. A parere del Collegio, tale prospettazione è basata su presupposti non veritieri

La difesa del Comune ha prodotto in atti la nota del Settore Antiabusivismo Edilizio del 9 aprile 2014 con i relativi allegati, ed in particolare i verbali di sopralluogo, dai quali emerge che il ricorrente, lungi dal realizzare un semplice contenimento per mettere in sicurezza l'area di sua proprietà, ha dapprima consentito che il locatario del terreno, [omissis], senza essere in possesso di alcun titolo autorizzativo, realizzasse una rampa di collegamento tra un suolo agricolo e una zona sottostante abitata, nonché un livellamento dell'area di mq. 300, dopo di che ha fatto seguire la costruzione del muro oggetto del provvedimento.

Le dimensioni del muro (metri 18 di lunghezza, per 3 di altezza) sono tali da poterlo annoverare non solo tra le opere di "ristrutturazione" ma persino tra gli "interventi di nuova costruzione" di cui all'art. 3, comma 1, lett. e) d.p.r. 380/2001, interventi tutti che necessitano del permesso di costruire allorquando, avuto riguardo alla sua struttura e all'estensione dell'area relativa, siano tali da modificare l'assetto urbanistico del territorio (cfr. Cass. Pen., sez. III, 6 ottobre 2016, n. 8693; T.a.r. Veneto, sez. II, 21 giugno 2018, n. 663; e recentissima Cons. St., sez. VI, 09 luglio 2018, n. 4169, secondo il quale "si deve qualificare l'intervento edilizio quale nuova costruzione quante volte abbia l'effettiva idoneità di determinare significative trasformazioni urbanistiche e edilizie. Sulla base di tale approccio, la realizzazione di muri di cinta di modesto corpo e altezza è generalmente assoggettabile al solo regime della denuncia di inizio di attività. Per converso, il muro di contenimento che crei un nuovo dislivello o aumenti quello esistente costituisce una nuova costruzione, soggetta al rilascio del permesso di costruire, allorquando, avuto riguardo alla sua struttura e all'estensione dell'area relativa, lo stesso sia tale da modificare l'assetto urbanistico del territorio, così rientrando

nel novero degli interventi di “nuova costruzione”. Quest'ultimo concetto è infatti comprensivo di qualunque manufatto autonomo ovvero modificativo di altro preesistente, che sia stabilmente infisso al suolo o ai muri di quello preesistente, ma comunque capace di trasformare in modo durevole l'area coperta, ovvero ancora le opere di qualsiasi genere con cui si operi nel suolo e sul suolo, se idonee a modificare lo stato dei luoghi”.

In sostanza, la giurisprudenza amministrativa è concorde nel ritenere che per apprezzare se un abuso edilizio necessiti o meno di permesso di costruire, occorre operare una valutazione complessiva e d'insieme dell'alterazione urbanistica ed edilizia del territorio con esso prodottasi, non essendo consentito operare una valutazione atomistica dei singoli interventi al fine di stabilire se gli stessi siano o meno assoggettati a permesso di costruire per avere determinato tangibile trasformazione urbanistico – edilizia del territorio, incremento di carico urbanistico e se rivestano natura pertinenziale.

Molti abusi edilizi, infatti, necessitano di permesso di costruire sia isolatamente considerati, “sia valutando, come si deve, gli interventi nel loro complesso”.

5.1.1. Emerge chiaramente dai verbali di sopralluogo che il muro tirato su da [omissis] si inserisce in una complessiva trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio ed alterazione dei luoghi, iniziata da [omissis], che avrebbe necessitato di previa acquisizione del titolo edilizio e del presupposto atto di assenso dell'autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico gravante sull'area.

6. A ciò va aggiunta l'ulteriore, dirimente, considerazione che non è controverso che l'opera insista in zona sottoposta a vincolo paesistico (v. provvedimento impugnato) ed è evidente che l'entità dell'intervento comporti un considerevole mutamento dello stato dei luoghi (il muro è lungo 18 m e alto 3 metri). Non si può, quindi, dubitare che le opere fossero bisognevoli del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica.

Come è stato affermato più volte dalla giurisprudenza, in mancanza del titolo edilizio e dell'autorizzazione paesistica, l'applicazione della sanzione demolitoria è sempre doverosa, essendo incontestato che gli interventi sopra descritti siano stati effettuati senza aver ottenuto alcuna autorizzazione paesaggistica (vedi Tar Campania Napoli, sez. III, 31 gennaio 2017, n. 675).

Si osserva, in proposito, che l'articolo 27 co. 2 del T.U. edilizia neppure distingue tra opere per cui è necessario il permesso di costruire (senz'altro necessario nel caso di specie) e quelle per cui sarebbe necessaria la semplice D.I.A. (ora S.C.I.A.) in quanto impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico (cfr., *ex multis*, T.A.R. Campania, VI sezione n. 3965/2014 e id., IV sezione n. 2223/2015).

6.1. Inoltre, le censure in cui si lamenta il difetto di istruttoria in rapporto alla minimalità dell'opera sono destituite di fondamento, trattandosi di un intervento senz'altro tale da determinare un'evidente mutazione dello stato dei luoghi, in una zona sottoposta a vincolo paesaggistico, con conseguente necessità di munirsi di permesso di costruire e di autorizzazione paesistica.

Sotto questo aspetto, la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria, attiene alla fase dell'esecuzione dell'ordine di ripristino e presuppone, da parte del destinatario, la prova dell'impossibilità di demolire senza nocumento per la parte (legittima) dell'immobile.

Sul punto, va ribadito che, mentre l'ingiunzione di demolizione costituisce la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo, in quanto ha natura di diffida e presuppone solo un giudizio di tipo analitico- ricognitivo dell'abuso commesso, il giudizio sintetico-valutativo, di natura discrezionale, circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria (v. ad es., l'art. 33 co. 2 TUED) può essere effettuato soltanto in un secondo momento, cioè quando il soggetto privato non ha ottemperato spontaneamente alla demolizione e l'organo competente emana l'ordine (indirizzato ai competenti uffici dell'Amministrazione) di esecuzione in danno delle ristrutturazioni realizzate in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire o delle opere edili costruite in parziale difformità dallo stesso; soltanto nella predetta seconda fase non può ritenersi legittima l'ingiunzione a demolire sprovvista di qualsiasi valutazione intorno all'entità degli abusi commessi e alla possibile sostituzione della demolizione con la sanzione pecuniaria, sempre se vi sia

stata la richiesta dell'interessato in tal senso (*ex multis*, v. T.A.R. Campania Napoli, sez. IV, n. 03120/2015, cit., nonché id, sez. VII, 14 giugno 2010 n. 14156).

Infatti, l'applicabilità della sanzione pecuniaria prevista dal menzionato art. 33, in deroga alla regola generale della demolizione, presuppone la dimostrazione circa l'oggettiva impossibilità di abbattere le parti abusive senza incidere, sul piano delle conseguenze materiali, sulla stabilità dell'intero edificio, il che nella specie non risulta provato; né emerge in altro modo che il ricorrente abbia sul punto formulato istanza in tal senso al comune.

In ogni caso, l'amministrazione può esaminare la possibilità di applicare la sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico (Cons. Stato, VI, 21 novembre 2016, n.4855), con la conseguenza che la mancata valutazione di siffatta possibilità non costituisce un vizio dell'ingiunzione a demolire ma, semmai, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento alla predetta ingiunzione e la verifica degli effetti dell'attività ripristinatoria sulle parti non abusive del manufatto interessato (*ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1940).

7. Infine, con riguardo alla prima censura, relativa alla violazione dell'art. 7 della l. 241/90, diversamente da quanto affermato dal ricorrente, la giurisprudenza amministrativa è stabilmente concorde nel ritenere che l'ordine di demolizione di un'opera abusiva non deve essere necessariamente preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, trattandosi di atto dovuto e rigorosamente vincolato, con riferimento al quale non sono richiesti apporti partecipativi del destinatario ed il cui presupposto è costituito unicamente dalla constatata esecuzione dell'opera in totale difformità o in assenza del titolo abilitativo." (per tutti si veda il recente precedente di questa Sezione, 2 luglio 2018, n. 4375, per cui "non sussiste la necessità di comunicare l'avvio del procedimento volto all'adozione dell'ordine di demolizione di un abuso edilizio, stante il carattere vincolato della relativa azione amministrativa").

Del resto, le norme in materia di partecipazione procedimentale non sono suscettibili di applicazione formalistica e acritica; pertanto, l'omessa comunicazione di avvio del procedimento non determina di per sé l'illegittimità del provvedimento finale laddove ci si trovi di fronte ad un procedimento di carattere vincolato, nel quale l'intervento dell'interessato non avrebbe alcuna concreta incidenza, soprattutto qualora - come nel caso di specie - i presupposti di fatto sono ben chiari all'Amministrazione, senza che residuino margini di incertezza in ordine alle norme da applicare (*ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 26 agosto 2014 n. 4279; id., 7 luglio 2014 n. 3438; id., 20 maggio 2014 n. 2568; id., 9 maggio 2014 n. 2380; TAR Campania, Napoli, sez. IV, 6 ottobre 2016 n. 4574; id. sez. IV, 16 maggio 2014 n. 2718; id., sez. II, 15 maggio 2014 n. 2713; id., sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5967; 3 maggio 2018, n.2989).

8. Il ricorso va quindi respinto.

Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna [omissis] al pagamento delle spese processuali in favore del comune di Napoli, che liquida in complessivi euro 3000,00 oltre accessori di legge, IVA e CAP.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Ida Raiola, Consigliere

Maria Barbara Cavallo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Maria Barbara Cavallo

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO