

Pubblicato il 06/04/2020

Sen. n. 1330/2020

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 824 del 2016, proposto da: [omissis], rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Fiorillo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Ercolano, in persona del legale rappresentante Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Mainelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luigi Rispoli in Napoli alla Piazza Trieste e Trento n. 48 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia; per l'annullamento

dell'ordinanza n. [omissis] del Dirigente del Settore Pianificazione Urbanistica - Ufficio Pianificazione e Abusivismo, con cui è stata ingiunta la demolizione delle opere realizzate in assenza di titolo alla Via [omissis]; della richiamata comunicazione prot. n. [omissis], del Comando di Polizia Locale; della comunicazione di avvio del procedimento prot. n. [omissis]; di qualsiasi atto che sia o possa considerarsi presupposto o comunque conseguenza degli atti impugnati o che con gli stessi sia posto in rapporto di correlazione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore per l'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2020 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

È impugnata la suindicata ordinanza di demolizione, relativa alla realizzazione in assenza di titolo di un manufatto in muratura di circa mq. 60, funzionalmente adibito a residenza, nonché di un vano caldaia-ripostiglio avente accesso esterno e chiuso da cancello in ferro.

Con tre motivi sono dedotti la violazione del T.U.E.L. e dello Statuto comunale, l'incompetenza, la violazione della richiamata normativa urbanistica e paesaggistica, nonché della legge n. 241/90, dell'art. 97 Cost. e del diritto di difesa, oltre all'eccesso di potere per plurimi profili.

È formulata un'istanza di assunzione di prova testimoniale e di nomina di consulente tecnico d'ufficio.

Il Comune si è costituito in giudizio e ha in seguito depositato memoria.

La ricorrente ha replicato con scritto difensivo.

All'udienza pubblica dell'11 febbraio 2020 il ricorso è stato assegnato in decisione.

DIRITTO

1. - Con l'impugnato provvedimento è stata ordinata alla ricorrente, in qualità di proprietaria e committente dei lavori, la demolizione di un manufatto in muratura di ca. mq. 60, con altezza di ca. mt. 3 (composto da 4 vani finestra con infissi e grate e un vano ingresso con infissi e cancelletto, suddiviso internamente con tramezzature, intonacato e pavimentato, con rivestimenti dell'angolo cottura e del vano bagno, dotato di impianti e con copertura in lamiera coibentate), oltre ad un vano caldaia-ripostiglio con accesso esterno, chiuso da cancello in ferro.

Con il primo motivo è dedotto il vizio di incompetenza, affermando che l'emissione delle ordinanze di demolizione spetta al Sindaco e che lo Statuto comunale non attribuisce ai Dirigenti la relativa competenza.

Nel secondo e terzo motivo sono accomunate una serie di contestazioni all'operato dell'Amministrazione, classificabili nella denuncia di vizi formali e in rilievi critici sull'iter seguito e sul contenuto del provvedimento.

1.1. È insussistente il vizio di incompetenza denunciato con il primo motivo, avendo la giurisprudenza ripetutamente chiarito che spettano al Dirigente i compiti di vigilanza e controllo e il potere di sanzionare gli abusi edilizi (cfr., per tutte, la sentenza della sez. VI di questo TAR del 3/5/2019 n. 2377, con ampia ricostruzione delle norme succedutesi: *“ogni competenza del Sindaco, in merito ai provvedimenti ascrivibili alla mera attività di gestione amministrativa in materia edilizia, deve essere ritenuta abrogata in virtù delle disposizioni legislative che hanno inteso separare, anche negli enti locali, la funzione di indirizzo politico da quella, appunto, di gestione amministrativa”*; cfr., altresì, sez. IV, 4/7/2019 n. 3700: *“l'adozione dell'ordinanza di demolizione di opere sine titolo rientra nella competenza del dirigente comunale ovvero, nei Comuni sprovvisti della qualifica, in quella dei responsabili degli uffici e dei servizi, dovendo ritenersi implicitamente abrogata ogni disposizione che faccia riferimento alla competenza del Sindaco in materia (TAR Napoli, sez. VII, 15/03/2019 n. 1447”*; conf., da ultimo, la sentenza di questa Sezione del 23/3/2020 n. 1213: *“il d.p.r. 380/2001 ... affida in maniera chiara alle amministrazioni comunali, ed in particolare al dirigente o al responsabile di settore, la competenza in materia di controllo sul territorio e di assunzione delle iniziative di contrasto e degli atti amministrativi sanzionatori degli abusi edilizi”*).

1.2. Sono prive di pregio le censure con cui si denuncia la violazione del diritto di difesa, in particolare appuntandosi sulle garanzie procedurali ed invocando gli artt. 7 ss. e 10-bis ss. della legge n. 241/90.

Va innanzitutto rilevata l'infondatezza in fatto delle doglianze, considerato che la ricorrente è stata posta in grado di partecipare al procedimento, il cui avvio le è stato comunicato con la richiamata nota prot. n. [omissis].

Giova comunque riferirsi al costante indirizzo della giurisprudenza che, attesa la natura vincolata del provvedimento, esclude la necessità stessa della previa comunicazione di avvio del procedimento, aggiungendo che in ogni caso alcun apporto partecipativo condurrebbe ad un esito diverso, facendosi pertanto applicazione della regola codificata dall'art. 21-octies, co. 2, della legge n. 241/90 (cfr., tra le innumerevoli pronunce, la sentenza di questa Sezione del 7/1/2020 n. 78).

Errato è poi il richiamo al preavviso di diniego ex art. 10-bis cit., riguardante i "procedimenti ad istanza di parte" e che è evidentemente inapplicabile all'attività repressiva dell'attività edilizia abusiva, sicché è destituita di fondamento la pretesa della ricorrente (destinataria della comunicazione di avvio del procedimento) di conoscere anticipatamente l'intenzione del Comune di procedere alla demolizione.

1.3. Per ciò che attiene all'iter seguito, va escluso che l'ingiunzione di demolire le opere abusive dovesse essere preceduta dall'ordine di sospensione dei lavori, che costituisce una misura provvisoria ed eventuale, nell'ipotesi in cui sia necessario paralizzare l'esecuzione di lavori in corso (cfr. la sentenza di questa Sezione del 6/3/2019 n. 1288: *“Come confermato anche di recente dalla giurisprudenza anche di questo TAR l'ordine di immediata sospensione dei lavori costituisce misura*

interinale che trova presupposto nel fatto che i lavori medesimi non siano stati ancora ultimati, come invece nel caso di specie, e la sua mancanza, diversamente da quanto ritiene parte ricorrente, non inibisce l'adozione dei provvedimenti repressivi definitivi, alla cui adozione, anzi, sono destinati a cessare gli effetti della sospensione stessa (cfr. da ultimo TAR Campania, sez. III, 6266/2018). Si tratta quindi di due diversi rimedi apprestati dall'ordinamento collegati, il primo, ad un'attività edilizia abusiva ancora in itinere previsto per evitare che essa sia portata ad ulteriori conseguenze e, il secondo, costituente espressione di un potere sanzionatorio/ripristinatore di carattere del tutto diverso, volto a dare concreta attuazione alle previsioni della normativa urbanistica violata con l'attività edilizia abusiva").

1.4. Relativamente al contenuto del provvedimento, vanno disattese tutte le censure.

1.4.1. La motivazione del provvedimento in questione risiede nell'esigenza di ripristino della legalità violata ed è sufficiente la constatazione dell'abusività dell'opera (rilevata nella specie facendo riferimento all'assenza del permesso di costruire e all'esistenza di vincoli paesaggistici).

Pertanto, l'ordine di demolizione non abbisogna di alcuna altra specificazione (cfr. la sentenza della Sezione del 7/1/2020 n. 43: "*i provvedimenti repressivi di abusi edilizi non abbisognano di una specifica e diffusa motivazione, bastando al riguardo un ampio riferimento alle norme violate, nonché un adeguato e analitico richiamo di tutti i vincoli, paesaggistico - ambientali e di rischio sismico, nonché del fondamentale e corretto assunto circa l'insussistenza di un permesso di costruire (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 22/10/2015, n. 4968)*"; conf., 7/1/2020 n. 78 e, da ultimo, 5/3/2020 n. 1017, 9/3/2020 n. 1035, 20/3/2020 n. 1204, 23/3/2020 n. 1213 e 30/3/2020 n. 1296).

1.4.2. Non rileva il preteso affidamento del privato (non essendo tutelabile una situazione *contra ius*, indifferentemente dal tempo trascorso), come a più riprese affermato nella giurisprudenza di questa Sezione (cfr., per tutte, la sentenza del 3/1/2020 n. 34, con richiamo alla decisione dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017: "*l'ordinanza di demolizione di un manufatto abusivo è legittimamente adottata senza alcuna particolare motivazione (se non quella relativa all'accertata abusività dell'opera) indipendentemente dal lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso, dovendosi escludere in radice ogni legittimo affidamento in capo al responsabile dell'abuso*").

Nemmeno la ricorrente può ritenere di aver confidato nella legittimità del suo operato, cosicché non può utilmente invocare la marginale giurisprudenza (cfr. la memoria finale) che, in via assolutamente eccezionale, esige che la P.A. si dia carico dell'interesse pubblico, solamente allorquando essa stessa abbia concorso, con i propri atti, a produrre un incolpevole affidamento nel privato.

1.4.3. Sempre in ordine alla motivazione, va detto che l'Amministrazione non deve valutare la sanabilità dell'opera, sicché non rileva che l'interessata si proponesse di presentare un accertamento di conformità e di compatibilità paesaggistica (cfr., tra le molteplici, da ultimo la sentenza della Sezione del 3/2/2020 n. 483: "*prima di emanare un provvedimento di demolizione di un'opera abusiva realizzata senza il previo titolo abilitativo edilizio l'Amministrazione comunale non ha alcun obbligo di accertare d'ufficio la conformità urbanistica dell'intervento, ai fini dell'astratta sanabilità dell'opera*"; conf., 5/3/2020 n. 1017: "*come chiarito da costante e condivisa giurisprudenza in materia di abusi edilizi, l'autorità comunale non è tenuta a verificare la legittimità o la sanabilità delle opere contestate essendo sufficiente, nella fase immediata di contrasto dell'abuso, rilevare l'assenza di titolo edilizio a supporto delle opere stesse*").

1.4.4. Va inoltre escluso che il Comune dovesse motivare sul ricorso all'art. 33 del D.P.R. n. 380/01, essendo sufficiente il riferimento ad esso e denotandosi con ciò l'applicazione della sanzione per l'intervento di ristrutturazione edilizia privo di titolo (che la stessa ricorrente designa in tali termini; cfr. pag. 6 del ricorso: "ci si ritrova innanzi ad opere che costituiscono un ampliamento, un annesso intervento di ristrutturazione edilizia, di *commodi rurali*").

In presenza di abusi di tale natura, si mostra doverosa la sanzione demolitoria e non può essere apprezzata la censura secondo cui occorre valutare la possibilità di irrogare la sanzione pecuniaria, in base alla previsione del secondo comma, che si pone quale mera eventualità, rilevabile in fase esecutiva, che non vizia l'ordine di demolizione (cfr., specificamente, la sentenza della Sezione del 21/9/2019 n. 4529: "*Giova ricordare, tra l'altro, che, secondo costante e condivisa giurisprudenza*

(cfr. ex multis, questa Sezione, 14 marzo 2018, n. 1613), l'ingiunzione a demolire costituisce, anche rispetto alla fattispecie di cui all'art. 33 d.p.r. 380/2001, la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo. La norma in argomento individua, infatti, come prima soluzione sanzionatoria, proprio quella dell'abbattimento e del ripristino, a conferma della gravità dell'abuso e della previa necessità del titolo autorizzatorio al quale lo stesso è subordinato. La stessa prevede, al più, la possibilità di irrogare la sanzione pecuniaria, solo qualora emergano difficoltà tecniche in sede di esecuzione della demolizione. Questa evenienza incide, tuttavia, non nella fase interdittiva e dispositiva ma solo in quella esecutiva, sicché la sua mancata previsione nell'ordinanza di demolizione - al pari dell'eventuale presenza circa gli impedimenti tecnici a demolire - non costituisce vizio dell'ordinanza medesima (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1063; Id., 10 novembre 2017, n. 5180; sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4855)".

1.4.5. Va poi considerato che l'ordine di demolizione poggia sul difetto del prescritto titolo edilizio, la cui mancanza legittima il potere sanzionatorio.

Ciò a prescindere dall'esistenza di vincoli paesaggistici sull'area, la cui menzione nel provvedimento concorre a connotare l'abusività delle opere (per la cui esecuzione sarebbe stato necessario acquisire preventivamente il parere paesaggistico), senza tuttavia comportare che avrebbe dovuto essere acquisito il parere vincolante dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo, come preteso dalla ricorrente.

1.4.6. Parimenti infondate sono le censure in ordine al termine assegnato per la demolizione (inferiore a 90 giorni) e all'individuazione delle opere abusive.

Sotto il primo aspetto, va osservato che l'art. 33 citato prevede che la demolizione sia ingiunta entro un "congruo termine" (stabilito in questo caso in 60 giorni), cosicché non può trovare ingresso la deduzione della ricorrente.

È poi ininfluyente che il provvedimento (presumibilmente per un refuso) abbia indicato che le opere abusive sono state realizzate al civico numero [omissis]; trattasi di un errore irrilevante, poiché la ricorrente risiede al civico numero [omissis] e non può fondatamente ignorare a quali abusi, compiutamente descritti, si riferisca l'ordinanza.

1.4.7. Vanno ancora disattese le argomentazioni con cui la ricorrente sostiene la natura pertinenziale delle opere, ovvero ammissibili nei limiti dell'incremento volumetrico del 20%, per le quali sarebbe richiesta la d.i.a. e che andrebbero assoggettate alla sola sanzione pecuniaria.

L'accertamento compiuto mostra l'avvenuta realizzazione di un appartamento, funzionalmente adibito allo scopo residenziale e completo in tutte le sue parti, sicché è indubitabile la sua riconducibilità al novero degli interventi edilizi che, comportando una trasformazione edilizia e urbanistica del territorio, necessitano di permesso di costruire.

1.5. Da ultimo, alcun rilievo può assumere l'addotta disparità di trattamento rispetto a presunte costruzioni non sanzionate, dal momento che il vizio non è configurabile per conservare una posizione illegittima (cfr. la sentenza della Sezione del 17/11/2016 n. 5318: *"gli atti o comportamenti vincolati dell'amministrazione, nell'ambito dell'attività di conformazione urbanistica e paesaggistica del territorio - anche per l'impossibilità di operare un confronto fra i vari interventi in ogni caso da considerare sempre diversi l'uno dall'altro per destinazione, tipologia e forma (architettonica) - non possono censurarsi sotto il profilo dell'eccesso di potere per disparità di trattamento, in quanto ciò che rileva è unicamente la loro conformità all'ordinamento generale ed alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie di settore, senza che, al riguardo, possa sorgere questione circa una loro conformità o meno a casi analoghi o presunti tali (Cfr. C. di S., Sez. IV, 9 dicembre 1980, n. 1159; C. di S., Sez. V, 25 gennaio 1980, n. 76)"*; cfr., altresì, 15/2/2019 n. 886: *"La circostanza che l'area sia già stata interessata dal fenomeno diffuso dell'abusivismo edilizio non può di per sé legittimare ulteriori e successivi abusi, come quello in contestazione. Al contrario, l'esigenza di una corretta gestione del territorio e quella di preservare e tutelare il paesaggio, per il quale sussiste apposito vincolo, impone all'amministrazione di non arretrare e di esercitare comunque il potere di contrasto alle irregolarità edilizie anche allo scopo di evitare l'aggravarsi di una condizione di degrado"*).

1.6. Quanto sin qui detto evidenza l'insussistenza di alcuna esigenza di accertamento dei fatti, cosicché vanno respinte le istanze istruttorie per l'assunzione di prova testimoniale e la nomina di un consulente tecnico d'ufficio.

2. - Per le motivazioni che precedono il ricorso va dunque respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata nel dispositivo, con distrazione in favore del difensore dell'Ente dichiaratosi antistatario.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente al pagamento in favore del Comune resistente delle spese di giudizio, liquidate in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, con attribuzione all'avvocato Nicola Mainelli, antistatario.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Giuseppe Esposito, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Giuseppe Esposito

IL PRESIDENTE

Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO