



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9678 del 2019, proposto da ANNAMARIA PINTO, rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Maria Iaccarino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Vaiano Cataldo in Roma, Lgt. Marzio, n. 3;

contro

COMUNE DI NAPOLI in persona del Sindaco pro tempore, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Antonio Andreottola, Fabio Maria Ferrari, Andrea Camarda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Luca Leone in Roma, via Appennini, n. 46;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania n. 2932 del 2019;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 maggio 2021 il Cons. Dario Simeoli;

L'udienza si svolge ai sensi degli articoli 4, comma 1 del decreto-legge n. 28 del 30 aprile 2020 e 25 del decreto-legge n. 137 del 28 ottobre 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- I fatti principali, utili ai fini del decidere, possono essere così riassunti:

- il Comune di Napoli, con disposizione dirigenziale n. 120 del 15 dicembre 2016, ordinava alla parte appellante, in qualità di proprietaria e responsabile, la demolizione di opere abusive consistenti in un manufatto in muratura-PVC di circa 16 mq, con copertura in lamiera coibentate adibito a cucinotto, realizzate nel giardino sito in Napoli, via Fiorelli n. 1;

- con ricorso straordinario al Capo dello Stato, poi trasposto in sede giurisdizionale, l'interessata chiedeva l'annullamento del predetto provvedimento demolitorio sulla scorta delle seguenti censure:

i) violazione dell'art. 33, del d.P.R. n. 380 del 2001, in considerazione dell'esiguità dell'intervento, consistente nella mera sostituzione di elementi preesistenti (dunque riconducibile alla manutenzione ordinaria o straordinaria leggera), e carattere risalente della struttura;

ii) la mancanza richiesta, sia del rilascio del previo parere vincolante dell'Amministrazione competente in materia di tutela dei beni ambientali e culturali, per gli immobili ricadenti nelle zone omogenee A;

iii) la mancata valutazione e irrogazione della alternativa sanzione pecuniaria (dati i pregiudizi funzionali e statici che ne deriverebbero per le parti legittime dello stesso immobile);

iv) l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento;

v) il difetto di motivazione ed istruttoria, in ragione della mancata analisi delle caratteristiche oggettive dell'opera contestata.

- il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, con sentenza n. 2932 del 2019, rigettava il ricorso, condannando parte ricorrente al pagamento delle spese processuali.

2.– Avverso la predetta sentenza la signora Annamaria Pinto ha quindi proposto appello, riproponendo le censure già sollevate in primo grado, sia pure adattate all'impianto motivazionale della sentenza di primo grado.

3.– Si è costituita l'Amministrazione comunale, insistendo per il rigetto del gravame.

4.– Con ordinanza n. 82 del 17 gennaio 2020, la Sezione – *«Rilevato che: le questioni di fatto implicate nella presente controversia (soprattutto quella relativa alla preesistenza del manufatto contestato, nell'attuale forma, dimensioni e destinazione) necessitano di approfondimenti istruttori incompatibili con il carattere sommario tipico della presente fase cautelare e che occorre definire celermente la questione nel merito; nel bilanciamento tra i contrapposti interessi, è opportuno, nelle more della udienza pubblica, sospendere gli atti impugnati, al fine di consentire la definizione del giudizio di merito re adhuc integra»* – ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata e dell'ordine di demolizione impugnato in primo grado.

4.1.– Con ordinanza n. 4897 del 3 agosto 2020, la stessa Sezione ha disposto una verifica, incaricando il Direttore della Direzione del Territorio della Regione Campania, con facoltà di delega, di rispondere al seguente quesito *«Accerti il*

verificatore, in relazione al manufatto per cui è causa, realizzato nel giardino sito in Napoli, via Fiorelli n. 1, l'epoca originaria di realizzazione, l'attuale forma, dimensioni e destinazione».

4.2.– Con ulteriore ordinanza n. 8165 del 18 dicembre 2020, il Collegio ha accolto l'istanza di proroga del termine per il deposito della relazione conclusiva giustificata dal verificatore in ragione del perdurare dello stato di “Emergenza CoVid-19”.

5.– All'odierna udienza del giorno 13 maggio 2021, la causa è stata discussa e trattenuta in decisione.

6.– La sentenza appellata va confermata integralmente.

7.– L'opera abusiva contestata dall'Amministrazione ha per oggetto la realizzazione sulla proprietà dell'appellante (Napoli, via Fiorelli n. 1), senza alcun titolo edilizio, di un manufatto di 16 mq, ad uso abitativo.

7.1.– Le censure relative all'esiguità dell'intervento e alla pre-esistenza della struttura di base, non colgono nel segno.

Sono dirimenti gli esiti della perizia disposta dal Collegio per appurare, in relazione al manufatto per cui è causa (ricadente nel foglio mappale n. 197 particella n.210), l'epoca originaria di realizzazione, l'attuale forma, dimensioni e destinazione.

7.2.– Quanto alla consistenza, il verificatore ha appurato che:

«Trattasi di un vano adibito a cucina che si sviluppa al piano terra sul terrazzino adiacente al fabbricato, realizzato in struttura leggera composta da infissi in alluminio e da una copertura ondulata di materiale metallico.

Il manufatto in questione [...] occupa una parte della superficie del terrazzino preesistente, adiacente al lato retrostante al fabbricato, che si collega al giardino, tramite 4 scalini, in quanto la quota di calpestio di quest'ultimo sale di circa 0,65 mt, rispetto alla quota del terrazzino. Questa differenza di quota giustifica la presenza di un muretto di altezza di 1,00 mt e largo 0,27 mt, che emerge per 0,30 mt rispetto alla quota di terreno, che funge da terrapieno. Su tale muretto, che rappresenta il lato lungo del perimetro del vano-cucina, poggiano gli infissi in

alluminio e vetro, ancorati su pietra di basaltino sovrapposta al muro, mentre sui lati minori, che misurano 2,15 mt, gli infissi poggiano da un lato su un muretto di spessore 0,10 mt e alto 1,00 mt e dal lato opposto sulla pedata dell'ultimo scalino, che corrisponde alla quota di calpestio del giardino.

Il manufatto in questione prende forma, utilizzando alcuni elementi preesistenti dello stato dei luoghi, come il muretto in tufo di contenimento del terreno del giardino, gli scalini che dal terrazzino portano al giardino, parte del pavimento del terrazzino, rivestito di lastroni in basaltino e parte del muro perimetrale del fabbricato su cui si attacca la copertura. Questi quattro elementi costruttivi utilizzati fanno parte integrante del manufatto, essi hanno facilitato la costruzione del vano cucina. L'aver utilizzato questi elementi preesistenti ha ridotto in parte sia l'altezza del manufatto, che emerge solo per 1,60 mt, rispetto alla quota del giardino, in quanto la restante altezza di 1,00 mt è da considerarsi un ambiente seminterrato [...].

Il manufatto è composto da una pianta rettangolare composta da un lato maggiore che misura 7,50 ml e da un lato minore che misura 2,15 ml, per una superficie complessiva di mq. 16,12 (le misure sono state prese esternamente al vano cucina) e presenta un'altezza a sezione variabile, in quanto la copertura è leggermente inclinata, e più precisamente presenta un'altezza maggiore in corrispondenza del lato del fabbricato che misura 2,94m, mentre l'altezza sul lato opposto confinante con il giardino misura 2,54 m. per una cubatura di circa mc 45 (vedi pianta e sezione)».

In ordine alla destinazione, il verificatore dichiara che:

«Il manufatto in questione è adibito ad angolo cottura completo di fuochi, incassati nel mobile, di ripiano con sedie sul lato giardino, di lavello incassato nel mobile, di frigo, pensili con ante scorrevoli, posizionati in alto sul lato del muro perimetrale del fabbricato, (vedi foto n.9,12)».

Con riguardo poi all'epoca di realizzazione, viene precisato che:

«[...] la metodologia applicata per risalire all'epoca originaria della realizzazione del manufatto è consistita in una attenta analisi dei documenti reperiti all'ufficio antiabusivismo del Comune di Napoli, dal rilievo del manufatto, dalla descrizione dello stato dei luoghi e in particolare dallo

studio di alcuni dettagli della struttura, nonché dalla lettura sequenziale delle ortofoto relative agli anni 2017, 2014, 2011, 2008. L'insieme di questi aspetti hanno consentito di risalire all'epoca della realizzazione della struttura del manufatto [...]. In conclusione, si può affermare che trattasi di un manufatto che presenta alcuni elementi strutturali, inglobati nell'attuale costruzione, presenti fin dall'anno 1995, a differenza invece dei materiali di rivestimento, che nel corso del tempo sono stati sostituiti».

7.3.— Sulla scorta dell'elaborato peritale, risulta acclarato quanto segue:

- i) il manufatto nella sua complessità integra una «nuova costruzione» con creazione di nuovo volume, realizzata senza di titolo edilizio, in quanto riconducibile alle previsioni di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e.5), del d.P.R. n. 380 del 2001 (a tenore del quale sono comunque da considerarsi nuove costruzioni le installazioni di manufatti leggeri, anche prefabbricati, e di strutture di qualsiasi genere che siano usati come abitazioni, ambienti di lavoro, oppure come depositi, magazzini e simili, «ad eccezione di quelli siano diretti a soddisfare esigenze meramente temporanee»);
- ii) la sostituzione più recente di alcuni elementi è circostanza del tutto irrilevante, in quanto ogni intervento edilizio ripete le medesime caratteristiche di abusività del manufatto cui accede;
- iii) non è assistita da prova la tesi secondo cui l'opera sarebbe stata realizzata in epoca risalente ad un periodo in cui non era prescritto il previo rilascio di titolo edilizio, in quanto risulta soltanto che alcuni elementi strutturali del manufatto, inglobati nell'attuale costruzione, erano presenti fin dall'anno 1995.

7.4.— A quest'ultimo riguardo, va richiamato il principio consolidato secondo cui l'onere di provare la data di realizzazione dell'immobile abusivo spetta a colui che ha commesso l'abuso e che solo la deduzione, da parte di quest'ultimo, di concreti elementi – i quali non possono limitarsi a sole allegazioni documentali a sostegno delle proprie affermazioni – trasferisce il suddetto onere di prova contraria in capo all'amministrazione; solo l'interessato infatti può fornire inconfutabili atti,

documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto e, in difetto di tali prove, resta integro il potere dell'Amministrazione di negare la sanatoria dell'abuso e il suo dovere di irrogare la sanzione demolitoria.

7.5.– È infondato anche il motivo di impugnazione, con il quale si deduce che le opere oggetto della domanda di sanatoria sarebbero in ogni caso sottratte alla necessità di permesso di costruire, in quanto qualificabili come “pertinenze”.

Le caratteristiche strutturali e funzionali impediscono di attribuire alle opere per cui è causa la qualifica di “pertinenze”, non essendo certo ‘coessenziali’ al bene principale.

La qualifica di pertinenza urbanistica è infatti applicabile soltanto ad opere di modesta entità e accessorie rispetto ad un'opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici et similia, ma non anche opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotano per una propria autonomia rispetto all'opera cosiddetta principale e non siano coessenziali alla stessa, tale, cioè, che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 gennaio 2016, n. 19; Sez. VI, 24 luglio 2014, n. 3952; Sez. V, 12 febbraio 2013, n. 817; Sez. IV, 2 febbraio 2012, n. 615).

7.6.– Al fine di escludere l'abusività dell'immobile, neppure vale invocare l'astratta amovibilità delle strutture laterali, la quale non ne muta la qualificazione edilizia, in quanto non esclude la destinazione del manufatto al soddisfacimento di esigenze non eccezionali e contingenti, ma permanenti nel tempo.

I manufatti non precari, ma funzionali a soddisfare esigenze permanenti, vanno considerati come idonei ad alterare lo stato dei luoghi, con un sicuro incremento del carico urbanistico, a nulla rilevando la precarietà strutturale del manufatto, la rimovibilità della struttura e l'assenza di opere murarie, posto che il manufatto non

precario non è deputato ad un suo uso per fini contingenti, ma è destinato ad un utilizzo destinato ad essere reiterato nel tempo in quanto stagionale (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 giugno 2014, n. 2842).

8.– Va respinto anche il motivo di ricorso incentrato sul difetto di motivazione.

8.1.– In ragione della conclamata abusività del manufatto, l'ordine di demolizione è atto dovuto e vincolato e non necessita di motivazione aggiuntiva rispetto all'indicazione dei presupposti di fatto e all'individuazione e qualificazione degli abusi edilizi (e neppure deve contemplare una previa valutazione circa l'astratta "proponibilità" di una istanza di sanatoria).

8.2.– Non può poi aver rilievo, ai fini della validità dell'ordine di demolizione, il tempo trascorso tra la realizzazione dell'opera abusiva e la conclusione dell'iter sanzionatorio.

La mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione sine titolo) è sin dall'origine illegittimo.

Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere 'legittimo' in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata.

Non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria. Non è in alcun modo concepibile l'idea stessa di connettere al decorso del tempo e all'inerzia dell'amministrazione la sostanziale perdita del potere di contrastare l'abusivismo edilizio, ovvero di legittimare in qualche misura l'edificazione avvenuta senza titolo, non emergendo oltretutto alcuna possibile giustificazione normativa a una siffatta – e inammissibile – forma di sanatoria automatica;

Se pertanto il decorso del tempo non può incidere sull'ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, deve conseguentemente essere escluso che l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo debba essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata. In tal caso, è del tutto congruo che l'ordine di demolizione sia adeguatamente motivato mercé il richiamo al comprovato carattere abusivo dell'intervento, senza che si impongano sul punto ulteriori oneri motivazionali, applicabili nel diverso ambito dell'autotutela decisoria.

Il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento.

Anche nel caso in cui l'attuale proprietario dell'immobile non sia responsabile dell'abuso e non risulti che la cessione sia stata effettuata con intenti elusivi, le conclusioni sono le stesse (così la sentenza dell'Adunanza plenaria n. 9 del 2017).

9.– Neppure è utilmente invocato l'art. 33, commi 2 e 4, del d.P.R. n. 380 del 2001. In primo luogo, la norma deve essere interpretata – in conformità alla natura di illecito posto in essere e alla sua valenza derogatoria rispetto alla regola generale posta dal comma 1 del medesimo articolo – nel senso che si applica la sanzione pecuniaria soltanto nel caso in cui sia oggettivamente impossibile procedere alla demolizione. Deve, pertanto, risultare in maniera inequivoca che la demolizione, per le sue conseguenze materiali, inciderebbe sulla stabilità dell'edificio nel suo complesso.

Sotto altro profilo, l'eventuale possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria va valutata dall'Amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione.

Nel caso in esame, peraltro, non si comprendono le speciali ed eccezionali circostanze che dovrebbero rendere impossibile la sostituzione del materiale usato per la copertura della serra e la rimozione dell'impianto di condizionamento.

9.1.– Per gli stessi motivi, va respinta la censura di violazione afferente la mancata richiesta del previo parere vincolante dell'amministrazione competente alla tutela dei beni culturali ed ambientali circa la restituzione in pristino o la irrogazione della sanzione pecuniaria, prescritto qualora le opere siano state eseguite su immobili, anche se non vincolati, compresi nelle zone omogenee A.

Anche in questo caso, va ribadito che la possibilità di dar corso alla sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva all'ingiunzione a demolire, con la conseguenza che l'omessa acquisizione del predetto parere non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive.

10.– Da ultimo, l'omesso avviso di avvio del procedimento non può comportare l'annullamento dell'atto impugnato, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, secondo periodo, della legge 7 agosto 1990, n. 241, in quanto – per le ragioni anzidette – è palese che il provvedimento non poteva avere un contenuto dispositivo. L'appellante, peraltro, non ha adempiuto l'onere di indicare quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l'Amministrazione verso una determinazione diversa da quella assunta (Consiglio di Stato, sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257);

11.– In definitiva, la sentenza di primo grado va confermata.

11.1.– Le spese di lite del secondo grado di lite seguono la regola generale della soccombenza.

11.2.– Anche le spese di verifica vanno poste a carico dell'appellante soccombente.

Per quantificare l'onorario del verificatore, vanno applicati i criteri normativi che riguardano i compensi spettanti a periti e consulenti di cui al d.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002 e al decreto ministeriale del 30 maggio 2002.

In relazione a precedenti liquidazioni di questo Consiglio di Stato, alla natura e valore della controversia, all'impegno professionale richiesto e alla complessità dell'attività espletata, risulta congruo liquidare al verificatore la somma di € 2.800,00, al lordo delle ritenute.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe n. 9678 del 2019, lo respinge. Condanna l'appellante al pagamento delle spese di lite del secondo grado di giudizio in favore dell'Amministrazione comunale, che si liquidano in € 3.000,00, oltre accessori di legge.

Pone le spese di verifica, come liquidate in motivazione, a carico di entrambe le parti, in solido tra loro nei rapporti esterni, ed in parti uguali nei rapporti interni; Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Diego Sabatino, Presidente FF

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore

Stefano Toschei, Consigliere

L'ESTENSORE
Dario Simeoli

IL PRESIDENTE
Diego Sabatino

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI