

N. 00286/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01942/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1942 del 2020, proposto da Antonio Merone, Raffaella Viola, rappresentati e difesi dall'avvocato Amerigo Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Giugliano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Pizzuto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

1. Ordinanza di demolizione n. 2 del 21.02.2020 del Dirigente del Settore Assetto del Territorio ed Attività Produttive – Servizio Antiabusivismo del Comune di Giugliano notificata in data 25.02.2020 2. Di ogni altro atto, connesso, preordinato, conseguente e comunque collegato ed in particolare del verbale di sequestro del

Comando di Polizia Municipale di Giugliano prot. n. 3847/P.V. 52/S/19 del 28.11.2019

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 21 dicembre 2023 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Gli odierni ricorrenti hanno impugnato l'ordinanza n. 2 del 21.02.2020, con la quale il Dirigente del Settore Assetto del Territorio del Comune di Giugliano in Campania ha ingiunto la demolizione di un corpo di fabbrica presso l'immobile ubicato alla via Grotta dell'Olmo n. 33, in Giugliano in Campania, distinto in catasto al foglio 82, particella 1207 ex art. 31 del d.P.R. 380/2001.

2. Il provvedimento è stato adottato sulla base del verbale di sequestro redatto dal Comando di Polizia Municipale prot. n. 3847/P.G./2019 P.V.52/S/19 del 28/11/2019 nel quale l'intervento viene dettagliatamente descritto come *“una struttura in muratura di circa 80 mq, poggiate su una pedana in c.a. con altezza di circa 0,50 cm ed una superficie di circa 200 mq, ...provvista di una porta in ferro, n. 3 finestre ed una finestra, l'interno è composto da un unico ambiente allo stato grezzo”*.

3. Si tratterebbe, come rappresentato nel provvedimento qui impugnato, di interventi volti alla realizzazione di un organismo edilizio nuovo e con specifica e autonoma rilevanza e destinazione, eseguiti, tuttavia, in assenza di titolo abilitativi.

4. Parte ricorrente contesta l'illegittimità e chiede, quindi, l'annullamento del provvedimento gravato alla luce dei seguenti motivi così riportati:

4.1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 – 33 del dpr 380/01 - eccesso di potere per omessa istruttoria – per omessa motivazione – per omessa ponderazione della situazione contemplata – violazione e falsa applicazione dell'art. 10 del d.p.r. 06.06.2001 n. 380 in relazione agli artt. 3, 6, 10, 22 33, 34, 36 e 37 del medesimo t.u. - eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto - violazione del giusto procedimento – eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione – violazione del principio di proporzionalità e ragionevolezza nell'agire della p.a. – eccesso di potere per travisamento dei fatti e per indeterminatezza dell'oggetto.

In primo luogo, gli odierni ricorrenti contestano una palese violazione delle regole sul procedimento amministrativo, con conseguente eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione. Asserita la preesistenza da tempo immemore del corpo di fabbrica in questione, il Comune avrebbe illegittimamente ingiunto la demolizione dell'intero manufatto, e non solo delle eventuali opere eseguite in difformità dalla preesistente edilizia legittima, in spregio ai principi di ragionevolezza e proporzionalità, considerata la smisurata azione repressiva posta in essere. A questo sarebbe da aggiungere la indeterminatezza dell'oggetto, per travisamento dei fatti e omessa istruttoria, data la mancata puntuale indicazione delle singole opere abusive di cui si ordina la rimozione.

Sollevando altra censura, parte ricorrente deduce inoltre l'eccesso di potere per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, nella misura in cui lo stato delle opere in esame è sussumibile nella fattispecie della ristrutturazione edilizia in assenza di

permesso di costruire o in difformità al titolo abilitativo, con conseguente applicazione dell'art. 33, d.p.r. 380/2001 e non certo della più afflittiva sanzione demolitoria ai sensi dell'art. 31, d.p.r. cit. e delle ulteriori eventuali misure - pur paventate nel provvedimento impugnato- dell'acquisizione al patrimonio comunale e della sanzione pecuniaria. Secondo la ricostruzione in parte ricorrente, il manufatto sanzionato non può essere considerato come "nuova costruzione", ma di ristrutturazione di una preesistenza edilizia.

4.2. Violazione e falsa applicazione art. 3 l. 07.08.1990 n. 241 - eccesso di potere per violazione del giusto procedimento - difetto assoluto di motivazione - violazione e falsa applicazione dell'articolo 7 della l. 7 agosto 1990 n. 241 - violazione del principio dell'affidamento del privato cittadino - eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Parte ricorrente lamenta, con il secondo articolato motivo, l'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento, ex art. 7 della l. 241/1990, risultando così del tutto eluse le finalità partecipative e di trasparenza dell'azione amministrativa, non essendo stati posti i destinatari del provvedimento repressivo in condizione di poter partecipare al procedimento amministrativo sin dal momento del suo concreto avvio o, quanto meno, di inserirvisi in una fase non avanzata, e di esporre in tali sedi le proprie ragioni.

Inoltre deduce la violazione dell'obbligo di motivazione, in quanto il Comune non avrebbe adeguatamente e puntualmente motivato l'impugnato provvedimento, limitandosi a porre a fondamento dell'ordinanza demolitoria la mera e generica carenza di un titolo abilitativo, senza considerare tra l'altro la preesistenza legittima. Aggiunge infine che, nel caso di specie, l'indicazione dell'interesse pubblico preminente atto a giustificare la rimozione del corpo di fabbrica non può rinvenirsi nel mero e generico ripristino della legalità, soprattutto in considerazione del lasso

di tempo trascorso tra la costruzione dell'opera e l'attivazione del potere repressivo, e dunque del legittimo affidamento maturato in capo agli attuali ricorrenti in ordine alla conformità urbanistico-edilizia del manufatto. Tale posizione di incolpevole affidamento, ingenerata dal protrarsi dell'inerzia del Comune, avrebbe imposto alla P.A. di motivare congruamente il provvedimento sanzionatorio, avuto riguardo anche all'entità ed alla tipologia dell'abuso e sulla sussistenza di un pubblico interesse specifico ed ulteriore rispetto al puro ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato.

4.3. Violazione di legge – violazione dell'art. 3, 7, 8, 9, 10, e 21 octies della l. 7/8/1990 n. 241 – violazione del giusto procedimento – eccesso di potere – perplessità - manifesta ingiustizia.

Riproducendo in parte quanto dedotto con la precedente censura, viene ribadita la omessa ed illegittima comunicazione di inizio del procedimento - con conseguente pregiudizio della facoltà di intervenire e di presentare memorie, anche a tutela e garanzia dell'imparzialità e trasparenza dell'azione della P.A. – secondo quanto stabilito dall'art. 7, l. 241/1990 letta in combinato disposto con l'art. 21-octies della cit. l.241/90 che si asserisce essere violato.

Ad avviso del ricorrente, la partecipazione avrebbe potuto offrire alla conoscenza dell'amministrazione elementi utili ed idonei a paralizzare l'adozione del provvedimento sanzionatorio, sebbene di natura vincolata

4.4. Violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell'art. 10 della l. 6 agosto 1967, n. 765 che ha modificato l'art. 31 della l. 17 agosto 1942 n. 1150 – eccesso di potere per difetto di istruttoria e per omessa ponderazione della situazione contemplata.

Con il quarto motivo di ricorso, si eccepisce la palese illegittimità del provvedimento impugnato in quanto fondato su una circostanza di fatto assolutamente erronea, ossia che la struttura sia di nuova e recente edificazione, laddove invece gli istanti

avrebbero dimostrato per tabulas la legittimità e la preesistenza di parte dell'immobile di cui, tuttavia, il Comune ha indebitamente ingiunto la rimozione nella sua interezza.

Si sostiene, infatti, che l'obbligo di munirsi di licenza edilizia è stato introdotto - com'è noto - dalla L. 765/1967 e che la successiva L. 47/1985 ha altresì previsto la possibilità di formulare richiesta di condono anche di immobili eseguiti in data anteriore al 1° settembre 1967 per i quali era richiesta dai programmi di fabbricazione la licenza di costruzione (ipotesi che non ricorre nella specie).

Ne consegue l'evidente difetto di istruttoria che ha precluso all'Amministrazione di verificare le effettive circostanze di fatto, adottando così un provvedimento sulla base di un presupposto solo presunto, quale l'abusività dell'intero corpo di fabbrica.

4.5. Violazione di legge - violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del. D.p.r. 380/2001 - violazione degli artt. 36 e 37 del. D.p.r. 380/2001 in relazione all'art. 31 s.l. - violazione del giusto procedimento - eccesso di potere per omessa ponderazione della situazione contemplata - eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione - manifesta ingiustizia - violazione e falsa applicazione dell'art. 43 della legge della regione campania n 16 del 22 dicembre 2004.

Con ultimo motivo di ricorso, gli attuali ricorrenti lamentano la violazione sia degli artt. 36 e 37, T.U. edil. sia dell'art. 43, L. Reg. 16/2004 nella misura in cui essi hanno manifestato all'Ente il proprio proposito di presentare istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 e/o 37 del cit. T.U. diretta a sanare ex post le opere eseguite.

A fronte di detta istanza, il Dirigente comunale, che ha adottato l'ordinanza di demolizione, avrebbe dovuto sospendere il provvedimento sanzionatorio, fino all'esito dell'istanza medesima.

5. Il Comune di Giugliano in Campania si è costituito in giudizio in data 07.08.2020 eccependo l'inammissibilità, improponibilità ed infondatezza del ricorso.

Con successiva memoria difensiva depositata il 30.10.2020 l'Ente, contestando la fondatezza delle censure di controparte, ha più dettagliatamente esposto le seguenti ragioni a sostegno della legittima adozione dell'ordine demolitorio:

6. All'udienza di smaltimento del 21 dicembre 2023, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Il ricorso è infondato.

8. Possono essere unitariamente trattate le censure di merito, che contestano la corretta qualificazione giuridica dell'intervento realizzato senza titolo ai sensi dei procedimenti sanzionatori di cui al d.P.R. 380/2001 (primo e quarto motivo).

9. Dagli atti istruttori emerge una chiara descrizione del fabbricato, costituito da un edificio ad un solo piano di circa 80 mq, dotato anche di aperture laterali (sia di porta che di finestre) e realizzato su una piattaforma in cemento armato. Non è peraltro in contestazione che per la sua realizzazione non sia stato chiesto alcun permesso di costruire.

Non vi è pertanto dubbio che tale intervento edilizio rientri nella fattispecie delineata dal legislatore quale "nuova costruzione" ai sensi dell'art. 10 comma 1 lett. a) del d.P.R. 380/2001 (*"Per nuova costruzione si intende qualsiasi intervento che consista in una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, attuata attraverso opere di rimodellamento della morfologia del terreno, ovvero costruzioni latu sensu intese, che, indipendentemente dai materiali utilizzati e dal grado di amovibilità, presentino un simultaneo carattere di stabilità fisica e di permanenza temporale, dovendosi con ciò intendere qualunque manufatto che sia fisicamente ancorato al suolo"*) T.A.R. Campania Salerno, Sez. II, 12/04/2023, n. 8199.

Quanto alla sua epoca di realizzazione, a fronte dell'onere probatorio imposto al privato che ha la disponibilità dell'immobile e quindi la conoscenza dei fatti anche storici che lo riguardano, l'amministrazione ha fornito documentata prova contraria, poiché dalle immagini tratte dall'applicazione "Google Earth" del 2016 (documento allegato al verbale di sequestro) emerge che a tale data l'immobile come configurato nel verbale di accertamento non sussisteva.

Peraltro, sul criterio discrezionale tra l'intervento di demolizione e ricostruzione e la nuova costruzione, soccorre l'orientamento consolidato secondo cui ricorre la prima ipotesi, dalla assenza di variazioni del volume, dell'altezza o della sagoma dell'edificio, per cui, in assenza di tali indefettibili e precise condizioni si deve parlare di intervento equiparabile a nuova costruzione, da assoggettarsi alle regole proprie della corrispondente attività edilizia, sia quanto a regime autorizzatorio che ad eventuale sanzione (T.A.R. Napoli, sez. II, 21 giugno 2022, n.4223; *"in ambito edilizio, anche se l'art. 10, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 380/2001 consente di qualificare come interventi di ristrutturazione edilizia anche le attività finalizzate a realizzare un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, che implicano modifiche della volumetria complessiva, della sagoma o dei prospetti, tuttavia è necessario conservare sempre una linea distintiva tra le nozioni di ristrutturazione edilizia e di nuova costruzione, potendo configurarsi la prima solo quando le modifiche volumetriche e di sagoma abbiano una portata limitata e siano in ogni caso riconducibili all'organismo preesistente"* (T.A.R. Napoli, sez. VI, 2 marzo 2023, n. 1344).

Nel caso di specie non vi è dubbio che si tratti di una unità nuova, realizzata su fondamento di cemento armato, dotata di finestre perimetrali, autonomamente utilizzabile, non essendo stato neanche provato l'impatto effettivo dell'intervento su un presunto preesistente organismo edilizio.

La mancanza del permesso di costruire che avrebbe dovuto essere rilasciato prima della costruzione dell'immobile giustifica pertanto l'adozione dell'ordinanza di demolizione ex art. 31 del d.P.R. 380/2001 citato.

10. Quanto alla presunta violazione dell'art. 7, L. 241/90, secondo un consolidato orientamento *“considerato che l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce, notoriamente, manifestazione di attività amministrativa doverosa, non risultano rilevanti le supposte violazioni procedurali che avrebbero precluso un effettiva partecipazione degli interessati al procedimento, dovendosi ribadire anche a questo proposito che l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce attività vincolata della pubblica amministrazione, con la conseguenza che, ai fini dell'adozione dell'ordinanza di demolizione, non è necessario l'invio della comunicazione di avvio del procedimento, non potendosi in ogni caso pervenire all'annullamento dell'atto alla stregua dell'art. 21-octies, L. 7 agosto 1990, n. 241 (cfr., da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 7 novembre 2022 n. 9715)”* (Cons. Stato, sez. VII, 27 febbraio 2023, n.1958).

11. Analogamente, l'ordinanza di demolizione non deve essere sorretta da alcuna specifica motivazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico a disporre la sanzione, poiché *“l'abuso, anche se risalente nel tempo, non può giustificare alcun legittimo affidamento del contravventore a vedere conservata una situazione di fatto che il semplice trascorrere del tempo non può legittimare e, di conseguenza, l'ordinanza di demolizione, in quanto atto vincolato, non richiede in nessun caso una specifica motivazione su puntuali ragioni di interesse pubblico o sulla comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti?”* (Cons. Stato Sez. VI, 27 febbraio 2020, n. 1427).

12. Infine, rispetto alla preannunciata presentazione di un'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 e/o 37, d.p.r. 380/01, il Comune sottolinea che non è rinvenibile alcuna disposizione normativa né arresti giurisprudenziali da cui evincere che il deposito, intenzionale o anche effettivo, della predetta domanda in sanatoria

determini l'illegittimità del provvedimento demolitorio, che, pertanto, sarà solo sospeso nella sua efficacia. Ed in effetti, parte ricorrente non ha dimostrato l'inoltro dell'istanza ex art. 36 del d.P.R. 380/2001 che in ogni caso avvia un procedimento che si conclude, in caso di mancato riscontro espresso, con il "silenzio-rifiuto" ex art. 36 comma 3.

13. In conclusione, il ricorso va rigettato.

14. La regolazione delle spese segue il principio di soccombenza, con liquidazione contenuta nel dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 3000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge, in favore del Comune costituitosi.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Maria Laura Maddalena, Presidente

Germana Lo Sapia, Consigliere, Estensore

Caterina Luperto, Referendario

L'ESTENSORE
Germana Lo Sapia

IL PRESIDENTE
Maria Laura Maddalena

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI