

Pubblicato il 02/09/2024

N. 04790/2024 REG.PROV.COLL.

N. 01021/2021 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1021 del 2021, proposto da Fabio Testa, rappresentato e difeso dall'avv. Ferdinando Striano, con domicilio fisico eletto presso lo studio degli avv. ti Ciro Sito ed Alfonso Capotorto in Napoli, Centro Direzionale Isola E2, Scala A, e con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Trecase - non costituito in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia

“- dell'Ordinanza n. 10 per la demolizione di opere edilizie abusive del 30.11.2020, notificata in data 15.12.2020, realizzate presso il fondo agricolo di sua proprietà sito in Trecase alla via Portone Chiesa n. 44, identificato in catasto al foglio 8 particella 379;

- nonché di ogni altro atto preordinato, connesso, presupposto, non conosciuto e consequenziale, se ed in quanto lesivo per la ricorrente.”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2024 la dott.ssa Rosalba Giansante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente ricorso, notificato il 10 febbraio 2021 e depositato l'11 marzo 2021, Fabio Testa ha chiesto l'annullamento dell'ordinanza n. 10/2020 del 30 novembre 2020, notificata in data 15 dicembre 2020, con la quale il Comune di Trecase disposto nei suoi confronti la demolizione di opere edilizie abusive realizzate presso il fondo agricolo di sua proprietà sito in Trecase alla via Portone Chiesa n. 44, identificato in catasto al foglio 8 particella 379.

A sostegno del gravame sono state dedotte censure di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Alla camera di consiglio del 23 marzo 2021 il Presidente, vista l'istanza di abbinamento al merito depositata da parte ricorrente il 19 marzo 2021, ha disposto la cancellazione della causa dal ruolo cautelare.

Il Comune di Trecase, benché ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio. All'udienza pubblica del 28 maggio 2024 la causa è stata chiamata e assunta in decisione.

Il ricorso è infondato e, pertanto, va respinto.

A sostegno del ricorso sono state dedotte le seguenti censure: I Violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss. nonché dell'art. 21 octies della L. n. 241/1990 e s.m.i.,

violazione del giusto procedimento, violazione e falsa applicazione artt. 97, 2 e 3 della Costituzione, motivazione illogica, erronea ed apparente, violazione del diritto di difesa, violazione del dovere di trasparenza e del dovere di lealtà, illogicità manifesta.

Parte ricorrente lamenta il mancato invio della comunicazione di avvio del procedimento prevista dall'art. 7 della L. n. 241/1990. Sostiene che il rispetto di tale garanzia procedimentale avrebbe consentito di spiegare che gli interventi rinvenuti dal Comune intimato rientravano nel novero delle opere di manutenzione ordinaria su un fabbricato preesistente, per il quale non era necessario ottenere il permesso di costruire.

Il motivo è infondato in quanto, secondo il condivisibile consolidato orientamento giurisprudenziale, l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce manifestazione di attività amministrativa doverosa, con la conseguenza che i relativi provvedimenti integrano atti vincolati per la cui adozione non è necessario l'invio della comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto (T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 9 agosto 2021, n. 5474, 29 aprile 2021, n. 2834, 10 dicembre 2020, n. 6025 e 18 maggio 2020, n. 1824).

Al riguardo occorre precisare che, quanto al rapporto tra natura vincolata del provvedimento e garanzie partecipative, la condivisibile giurisprudenza ha precisato che deve ritenersi illegittima la mancata comunicazione di avvio del procedimento che porta all'adozione di un atto di natura vincolata ove la situazione sottesa si dimostri particolarmente complessa (Consiglio di Stato, Sez. III, 14 settembre 2021, n. 6288), circostanza tuttavia non ravvisabile nel caso di specie.

Inoltre è stato condivisibilmente ritenuto che "È illegittimo il provvedimento vincolato emesso senza che sia stata offerta al destinatario dello stesso provvedimento la preventiva "comunicazione di avvio del procedimento" ex art. 7

l. n. 241/1990, ove dal giudizio emerge che l'omessa comunicazione del procedimento avrebbe consentito al privato di dedurre le proprie argomentazioni, idonee a determinare l'emanazione di un provvedimento con contenuto diverso” (cfr. Cons. Giust. Amm. Sicilia Sez. Giurisd., 26 agosto 2020, n. 750, T.A.R. Campania Napoli Sez. III, 27 settembre 2023, n. 5254, 12 gennaio 2023, n. 277 cit. e 3 ottobre 2022, n. 6045), ma neppure tale circostanza è ravvisabile nella fattispecie per cui è causa alla luce di quanto di seguito esposto, per non avere parte ricorrente provato la legittima realizzazione sotto il profilo edilizio delle opere oggetto di contestazione, in quanto realizzate in mancanza del necessario permesso di costruire.

II Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 10 del d.P.R. n. 380/2001, violazione e falsa applicazione artt. 3, 10 e 22 del d.P.R. n. 380/2001, eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, per motivazione erronea ed illogica, per difetto ed errore sul presupposto, per illogicità manifesta anche sotto il profilo della sproporzione.

Parte ricorrente sostiene che il Comune di Trecase avrebbe disposto la demolizione in riferimento alla realizzazione di opere di edificazione *ex novo* in assenza di permesso di costruire senza aver verificato che le opere contestate sarebbero in realtà meri interventi di manutenzione ordinaria su un preesistente manufatto, esistente dagli anni 60' del secolo scorso, come accertato dalla relazione tecnica di parte. In particolare rappresenta che il tecnico incaricato ha effettuato dei rilievi aerofotogrammetrici sulla porzione del territorio comunale interessato dai quali si evincerebbe che già nel 1960 esisteva il piccolo fabbricato *de quo*.

Pertanto l'epoca di realizzazione del fabbricato sarebbe anteriore alla c.d. “legge ponte” n. 761/1967, che ha imposto l'obbligo generalizzato di previa licenza edilizia per i manufatti edificati al di fuori del perimetro del centro urbano. Ad avviso di

parte ricorrente il Comune di Trecase, considerata la risalenza nel tempo del manufatto, avrebbe avuto l'onere di provare la propria pretesa demolitoria.

Il motivo è infondato.

Occorre innanzitutto rilevare che l'ordinanza di demolizione impugnata dà atto di essere stata adottata alla luce della *“C.N.R. Verbale n. 5 prot.4938/20 redatta dal Comando di Polizia Locale in data 23/07/2020 a carico del sig.: Testa Fabio, nato a, in qualità di committente dei lavori edili abusivi realizzati presso il fondo agricolo di sua proprietà sito in località via Portone Chiesa n.44 identificato in Catasto Terreni al foglio 8 particella n. 379;”* nonché della *“relazione tecnica redatta dall'U.T.C. in data 23/07/2020 prot.n.4932 a seguito sopralluogo eseguito il 22/07/2020 in presenza di personale del suddetto Comando di Polizia Locale, dalla quale si evince, che, sono state realizzate opere abusive presso il fondo di terreno sopra identificato, consistenti in:*

Corpo di fabbrica in piano terra avente superficie di ingombro di circa 60 mq. ed altezza circa mt. 3,30 composto da intelaiatura in ferro e muratura perimetrale in blocchi di lapilcimento con copertura in lamiera coibentate; il tutto elevato su platea in calcestruzzo armato;”.

Dopo aver dato atto altresì *“che, a seguito di un approfondito esame della pratica, è emerso che si tratta effettivamente di opere abusive in quanto: Prive di permesso di costruire;”* e dell'esistenza di una serie di vincoli: ambientale e paesistico, sismico e vincolo *“Zona Rossa”* - ad alto rischio vulcanico, sull'area in cui insiste la suddetta struttura, ha disposto la demolizione ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, espressamente richiamato nel provvedimento stesso.

Sul punto la giurisprudenza pone in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) assoggettato a ingiunzione di demolizione l'onere di provare il carattere risalente del manufatto della cui demolizione si tratta.

Come condivisibilmente già chiarito anche da questa Sezione tale indirizzo giurisprudenziale si è consolidato non solo per l'ipotesi in cui si chiede di fruire del beneficio del condono edilizio, ma anche - in generale - per potere escludere la

necessità del previo rilascio del titolo abilitativo, ove si faccia questione, appunto, di opera risalente ad epoca anteriore all'introduzione del regime amministrativo autorizzatorio dello *ius aedificandi* (Cons. Stato, Sez. II, 17 gennaio 2023, n. 606, T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 12 aprile 2023, n. 2247 cit.).

Esso trova fondamento nella evidenza che solo il privato può fornire (in quanto ordinariamente ne dispone e dunque in applicazione del principio di vicinanza della prova) inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto; mentre l'Amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno dell'intero suo territorio (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 903).

Vero è che “Si ammette un temperamento di tale regola nel caso in cui il privato porti a sostegno della propria tesi sulla realizzazione dell'intervento prima di una certa data elementi rilevanti, seppure non univocamente probanti (ad esempio, aerofotogrammetrie, dichiarazioni sostitutive di edificazione o altre certificazioni attestanti fatti o circostanze rilevanti)” (Cons. di St., sez. VI, 16/03/2020, n. 1890).”.

“A tal fine è necessaria la produzione di documentazione oggettivamente comprovante l'epoca di realizzazione del manufatto (T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. I, 11 dicembre 2020, n. 3362, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 3 luglio 2019, n. 8708; Cons. Stato n. 2960/14; Cons. Stato n. 3067/01; TAR Lazio - Roma n. 10882/14)” - TAR Napoli, Sezione III, 13 aprile 2022, n. 2530 e 11 ottobre 2021, n. 6391.

Al riguardo il comma 1-*bis* dell'articolo 9 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, di cui al d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (comma 1-*bis* aggiunto dall'art. 10 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120), che ha positivizzato sostanzialmente le conclusioni a cui era giunta la giurisprudenza amministrativa, per quello che in questa sede interessa, prevede: “...Per gli immobili realizzati in un'epoca

nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto, o da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Le disposizioni di cui al secondo periodo si applicano altresì nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia”.

Passando ad esaminare la fattispecie per cui è causa alla luce della sopra richiamata disposizione normativa e della giurisprudenza, occorre rilevare che, nonostante nel ricorso parte ricorrente faccia riferimento ad una relazione tecnica e alla circostanza che il tecnico incaricato avrebbe effettuato dei rilievi aerofotogrammetrici che dimostrerebbero che il manufatto è esistente dagli anni 60', né la relazione tecnica e né i citati rilievi aerofotogrammetrici risultano depositati in giudizio, né peraltro sono richiamati nel foliaro. Pertanto, non avendo parte ricorrente prodotto alcuna prova in giudizio di quanto solo asseritamente affermato in ordine alla circostanza che il manufatto fosse esistente dagli anni 60', deve ritenersi che il Comune abbia legittimamente contestato che si tratti di opere abusive, in quanto prive del permesso di costruire.

Peraltro, anche a voler accogliere la tesi di parte ricorrente che si tratterebbe di interventi di manutenzione ordinaria su un preesistente manufatto, l'ordinanza di demolizione deve ritenersi legittimamente adottata.

Ed invero non essendo oggetto di contestazione che sull'area su cui insiste il corpo di fabbrica oggetto di contestazione sussiste il vincolo paesistico, come espressamente rappresentato nel provvedimento impugnato, nella fattispecie oggetto di gravame l'applicazione della sanzione demolitoria deve ritenersi doverosa, ai sensi dell'art. 31, del d.P.R. n. 380/2001, applicato dal Comune intimato con il

provvedimento impugnato, in quanto, come disposto dall'art. 32, comma 3, del medesimo citato d.P.R., qualunque intervento effettuato su immobili sottoposti a vincolo paesistico è da qualificarsi almeno come “variazione essenziale” e, in quanto tale, è suscettibile di esser demolito ai sensi del suddetto art. 31, comma 1 (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 29 gennaio 2024, n. 742, 30 giugno 2023, n. 3956, 19 maggio 2022, n. 3433, Sez. VIII, 25 luglio 2017, n. 3941 e Sez. IV, 9 gennaio 2014, n. 96).

L'art. 32, comma 3, nel testo attuale e applicabile anche *ratione temporis* alla fattispecie per cui è causa, dispone: “3. *Gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico, ambientale e idrogeologico, nonché su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali.*”.

Al riguardo anche la Corte di Cassazione Penale ha affermato il principio secondo il quale “in tema di reati edilizi, si considerano in ogni caso eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire gli interventi che ricadono in zona paesaggisticamente vincolata (Sez. 3[^], n. 1486 del 03/12/2013, dep. 15/01/2014, P.M. in proc. Aragosa ed altri, Rv. 258297), tanto perché, in presenza di interventi edilizi in siffatte zone, è indifferente, ai fini della loro qualificazione giuridica e dell'individuazione della sanzione penale applicabile, la distinzione tra interventi eseguiti in difformità totale o parziale ovvero in variazione essenziale, in quanto il D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, art. 32, comma 3, prevede espressamente che tutti gli interventi realizzati in zona sottoposta a vincolo paesaggistico eseguiti in difformità dal titolo abilitativo, inclusi quelli eseguiti in parziale difformità, si considerano come variazioni essenziali e, quindi, quali difformità totali (Sez. 3[^], n. 16392 del 17/02/2010, Santo nicola ed altro, Rv. 246960).” - Cassazione Penale, Sez. III, 6 maggio 2014, n. 37169.

Con il terzo motivo di ricorso sono state dedotte le seguenti ulteriori censure: III Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, carenza assoluta di motivazione in relazione all'interesse pubblico perseguito, eccesso di potere per difetto di istruttoria, violazione del principio di affidamento, illogicità manifesta. Parte ricorrente, pur richiamando la giurisprudenza alla luce della quale l'ordinanza di demolizione non necessaria di una specifica valutazione delle ragioni di pubblico interesse in una comparazione di quest'ultimo con interessi privati coinvolti, rappresenta che in alcuni casi la valutazione dell'interesse pubblico alla demolizione dell'opera si renderebbe necessaria doverosa. Tali casi sarebbero in via di estrema sintesi la risalente nel tempo delle stesse e l'affidamento ingenerato in capo al privato in merito ad esse, anche per l'effetto dell'inerzia della pubblica amministrazione. Nel caso di specie sostiene che l'ordinanza di demolizione adottata dal Comune di Trecase non vada esente da un più approfondito penetrante iter motivazionale, idoneo a dare contezza della peculiarità del fatto, dell'interesse pubblico sotteso all'attivazione dei poteri sanzionatori. Sarebbe incomprensibile il percorso logico che ha condotto l'amministrazione intimata ad adottare il provvedimento impugnato, proprio in quanto non avrebbe tenuto conto del risalente nel tempo dell'area oggetto poi dei lavori di manutenzione.

Il motivo è infondato.

Per costante condivisibile giurisprudenza, anche di questa Sezione, i provvedimenti di repressione degli abusi edilizi sono atti dovuti con carattere vincolato e privi di margini discrezionali. Pertanto, ai fini dell'adozione dell'ordine di demolizione è sufficiente la mera enunciazione dei presupposti di fatto e di diritto che consentono l'individuazione della fattispecie di illecito e dell'applicazione della corrispondente misura sanzionatoria prevista dalla legge (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 22 agosto 2016, n. 4088).

In proposito l'esercizio del potere repressivo delle opere edilizie realizzate in assenza del titolo edilizio mediante l'applicazione della misura ripristinatoria può ritenersi sufficientemente motivato (oltre che con l'indicazione del referente normativo a fondamento del potere esercitato), per effetto della stessa descrizione dell'abuso (T.A.R. Napoli, Sez. VI, 3 agosto 2016, n. 4017), esplicitante in dettaglio la natura e consistenza delle opere abusive riscontrate, presupposto giustificativo necessario e sufficiente a fondare la spedizione della misura sanzionatoria (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 7 maggio 2021, n. 3073), elementi questi di cui non difetta l'impugnata ordinanza.

Deve pertanto ritenersi che il provvedimento impugnato indichi in modo chiaro i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'Amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, come prescrive l'art. 3 della L. n. 241/1990.

Quanto alla ritenuta illegittimità del provvedimento impugnato perché privo di adeguata motivazione in ragione della risalenza, deve riassuntivamente considerarsi che, per principio consolidato, non è *“configurabile alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di illecito permanente che il tempo non può legittimare in via di fatto”* (sentenza della Sezione del 18/5/2020 n. 1826, tra le molteplici dello stesso tenore; da ultimo si è ribadito, con riferimento alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato del 17/10/2017 n. 9, che *“l'illecito edilizio ha carattere permanente, che si protrae e che conserva nel tempo la sua natura, e l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso è in re ipsa. Non sussiste alcuna necessità di motivare in modo particolare un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione di demolizione, poiché l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore contra legem (Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2017 n. 908)”* – *ex multis* sentenze della Sezione 2

marzo 2023, n. 1353, 19 maggio 2022, n. 3431 cit., 29 aprile 2021, n. 2833 e 7 aprile 2021 n. 2305.

Conclusivamente, per i suesposti motivi, il ricorso deve essere respinto.

Non essendosi costituito il Comune di Trecase nulla deve essere statuito in ordine al regolamento delle spese di lite.

P.Q.M.

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

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Maria Barbara Cavallo, Consigliere

Rosalba Giansante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Rosalba Giansante

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO