

**Pubblicato il 30/06/2022**

**Sent. n. 4405/2022**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1993 del 2017, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Enrico Maria Iossa, Emanuela Cosentino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Qualiano, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuliano Agliata, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione n-OMISSIS-, notificata in data -OMISSIS-, con la quale il Dirigente incaricato dell'Ufficio Tecnico del Comune di Qualiano (NA) ordina al ricorrente di demolire entro novanta giorni le opere presuntivamente abusive realizzate in Qualiano (NA) alla -OMISSIS-;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 24 maggio 2022 la dott.ssa Anna Saporito 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 atto notificato il 18 aprile 2017 e depositato il successivo 18 maggio, il sig. -OMISSIS-, proprietario di un immobile sito nel Comune di Qualiano alla Via -OMISSIS-, ha impugnato, chiedendone l'annullamento, l'ordinanza di demolizione n. -OMISSIS-, notificata in data -OMISSIS-, con la quale il Comune di Qualiano ha ordinato la demolizione delle opere ivi realizzate in assenza di permesso di costruire.

2. A sostegno del gravame il ricorrente ha articolato i seguenti motivi:

1) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE D.P.R N. 380/2001 – VIOLAZIONE ART. 3 DELLA LEGGE N. 241/1990 – ECCESSO DI POTERE – ILLOGICITÀ MANIFESTA – INESISTENZA DEI PRESUPPOSTI – CARENZA DI ISTRUTTORIA - DIFETTO DI MOTIVAZIONE*: il provvedimento è stato irrogato senza la preventiva indagine, da parte dell'Amministrazione precedente, circa l'effettiva sussistenza di un insanabile contrasto con la normativa urbanistica vigente, nel caso di specie non riscontrabile;

2) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 36 TESTO UNICO SULL'EDILIZIA – VIOLAZIONE ART. 3 L. 241/90 - ECCESSO DI POTERE – DIFETTO DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA*: in relazione all'intervento edilizio contestato il ricorrente ha presentato, a mezzo di

tecnico abilitato, richiesta di permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001, cosicché il procedimento repressivo doveva ritenersi sospeso in attesa della definizione esplicita dell'accertamento di conformità;

3) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 34, COMMA 2, D.P.R. 380/2001 – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA*: il provvedimento è altresì illegittimo poiché l'amministrazione ha disposto direttamente la demolizione (in luogo della sanzione pecuniaria) senza valutare se la demolizione stessa possa compromettere la parte dell'immobile assentita con la concessione edilizia, circostanza che si verificherebbe nel caso di specie;

4) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 7 L. 241/1990 – VIOLAZIONE ART. 97 COST. - VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO - ECCESSO DI POTERE*: è stata illegittimamente omessa la comunicazione di avvio del procedimento;

5) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE L. N. 241/1990 ED IN PARTICOLARE ART. 3 E 6 L. 241/1990 – VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE – ILLOGICITA' MANIFESTA – TRAVISAMENTO – ECCESSO DI POTERE*: il provvedimento è affetto da difetto di istruttoria e di motivazione non emergendo le ragioni per le quali il Comune di Qualiano si è determinato ad irrogare la sanzione demolitoria;

6) *VIOLAZIONE ART. 27 T.U. N. 380/2001 – ECCESSO DI POTERE – ERRONEITA' – INESISTENZA DEI PRESUPPOSTI – TRAVISAMENTO – SPROPORZIONE*: difettano i presupposti dell'applicazione della sanzione demolitoria in quanto le opere *de quibus* sono ultimate ed in uso;

7) *VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE D.P.R. N. 380/2001 - VIOLAZIONE L. 07/08/1990 N. 241 - ECCESSO DI POTERE - ERRONEA VALUTAZIONE DEI PRESUPPOSTI IN FATTO ED IN DIRITTO - CARENZA ASSOLUTA DI MOTIVAZIONE*: il provvedimento è affetto da difetto assoluto di motivazione;

8) *ECCESSO DI POTERE-DIFETTO DI MOTIVAZIONE*: il Comune ha completamente omesso di verificare la rispondenza al pubblico interesse della demolizione del manufatto nonché di comparare tale interesse con quello del privato.

3. In data 26 maggio 2017 si è costituito il Comune di Qualiano con memoria di stile.

4. Il ricorrente ha depositato memoria in data 22 aprile 2022, insistendo per l'accoglimento del ricorso.

5. Con memoria del 3 maggio 2022 il Comune di Qualiano ha eccepito la sopravvenuta improcedibilità del ricorso non avendo il ricorrente notificato motivi aggiunti avverso il silenzio rigetto formatosi sull'istanza di accertamento di conformità; ha in ogni caso insistito per il rigetto del ricorso siccome infondato.

6. All'udienza di merito straordinaria del 24 maggio 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

7. Il Collegio ritiene di prescindere dall'esame dell'eccezione di improcedibilità formulata dal Comune resistente risultando il ricorso infondato nel merito, per quanto appresso si dirà.

8. Con il primo motivo il ricorrente lamenta che il provvedimento è stato irrogato senza la preventiva indagine, da parte dell'Amministrazione procedente, circa l'effettiva sussistenza di un insanabile contrasto sostanziale con la normativa urbanistica vigente, nel caso di specie non riscontrabile in quanto l'area interessata ricade in zona E3 (zona omogenea agricola semplice) senza vincolo del vigente P.R.G. del Comune di Qualiano, ove è consentito l'intervento realizzato; tanto è vero che il ricorrente, stante la piena conformità delle opere realizzate alla disciplina urbanistica-edilizia e paesistica vigente, ha presentato istanza di accertamento di conformità ex art. 36 D.P.R. n. 380/01.

8.1. Le censure sono destituite di fondamento.

8.2. Nell'ordinanza gravata viene rilevato che, con riguardo al piano seminterrato, "*i mq 75,00 del locale garage sono stati trasformati nell'abitazione in questione in assenza di permesso di costruire... mq 50,00 del locale garage sono stati trasformati nell'abitazione in questione in assenza di permesso di costruire, mentre i restanti mq 15,00 sono in ampliamento al preesistente fabbricato in assenza di permesso di costruire*"; con riferimento al piano rialzato "*si evidenzia sul lato est sovrastante i mq 15,00, sopra menzionati, in assenza di idoneo titolo abilitativo edilizio, un ampliamento del balcone,*

*non ancora ultimato, con parapetto perimetrale in blocchi di lapil cemento spessore cm 15 e di altezza mt 1. la cui superficie di camminamento è ancora in guaina bituminosa”.*

Tanto premesso, non può trovare condivisione la prospettazione del ricorrente secondo la quale in zona agricola il cambio di destinazione d'uso e l'ampiamiento volumetrico rientrerebbero tra gli interventi sottratti al previo rilascio di titolo abilitativo.

Quanto al cambio di destinazione d'uso, su un piano generale in giurisprudenza si è affermato che << *Il cambio di destinazione d'uso da cantina-garage a civile abitazione, in quanto comporta il passaggio da una categoria urbanistica ad un'altra, rientra tra gli interventi edilizi per i quali è necessario il rilascio del permesso di costruire* >> (da ultimo cfr. T.A.R. Lazio n. 331/2022; T.A.R. Liguria, sez. I, 26 luglio 2017, n. 682); anche la Cassazione penale ha stabilito che per il mutamento di destinazione d'uso da cantina ad abitazione è necessario il permesso di costruire: << *In tema di reati edilizi, il mutamento di destinazione d'uso senza opere è assoggettato a D.I.A. (ora SCIA), purché intervenga nell'ambito della stessa categoria urbanistica, mentre è richiesto il permesso di costruire per le modifiche di destinazione che comportino il passaggio di categoria o, se il cambio d'uso sia eseguito nei centri storici, anche all'interno di una stessa categoria omogenea*>> (Cassazione penale, sez. III, 5 aprile 2016, n. 26455).

Nel caso di specie la necessità del titolo abilitativo discende poi direttamente dalla disciplina regionale di riferimento, tenuto conto che l'art. 2, comma 8, della l.r. della Campania 28.11.2001, n. 19, prevede espressamente che “*il mutamento di destinazione d'uso nelle zone agricole - zona E - è sempre soggetto a permesso di costruire*”.

Quanto all'ampiamiento volumetrico, si osserva che “*la realizzazione di un intervento di ampiamiento di un balcone ed il congiungimento di due sporti preesistenti per la realizzazione di un unico e più ampio balcone costituiscono opere di ristrutturazione edilizia ai sensi degli artt. 3 e 10, d.P.R. n. 380 del 2001, dal momento che realizzano un'oggettiva trasformazione della facciata del palazzo, comportante modifica della sagoma, dei prospetti e delle superfici. Il titolo edilizio per la realizzazione di tale intervento risulta, quindi, essere il permesso di costruire e la sanzione per la sua assenza è il ripristino dello stato dei luoghi ex art. 33, d.P.R. n. 380 del 2001*” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 14 aprile 2022, n. 2597).

8.3. Inoltre, diversamente da quando argomentato da parte ricorrente, non è ravvisabile un obbligo dell'autorità comunale di verificare la sanabilità dell'abuso anteriormente all'emanazione dell'ordinanza di demolizione. Al riguardo è stato infatti precisato che “*in presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, D.P.R. n. 380 del 2001 e tanto si evince chiaramente dagli artt. 27 e 31, del medesimo d.P.R. n. 380, cit. che obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dallo stesso art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica ivi disciplinato*” (Consiglio di Stato sez. VI, 20 luglio 2021, n. 5457).

9. Con il secondo motivo il ricorrente deduce che - avendo presentato, a mezzo di tecnico abilitato, richiesta di permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001 in relazione all'intervento edilizio contestato - il procedimento repressivo doveva ritenersi sospeso in attesa della definizione esplicita dell'accertamento di conformità, essendo la misura sanzionatoria destinata ad essere superata dalle nuove determinazioni che l'amministrazione è tenuta ad adottare a seguito della richiesta di sanatoria.

9.1. La doglianza non coglie nel segno.

9.2. Va infatti considerato che l'istanza di accertamento di conformità non incide sulla legittimità della previa ordinanza di demolizione, pregiudicandone definitivamente l'efficacia, ma ne sospende soltanto gli effetti fino alla definizione, espressa o tacita, dell'istanza stessa, con il risultato che essa potrà essere portata ad esecuzione se l'istanza è rigettata decorrendo il relativo termine di adempimento dalla conoscenza del diniego. In argomento la giurisprudenza ha condivisibilmente affermato che “*la presentazione di una nuova istanza ex art. 36, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante*

*il "Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia", non rende inefficace il provvedimento sanzionatorio pregresso e, quindi, non determina l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, dell'impugnazione proposta avverso l'ordinanza di demolizione, ma comporta, tutt'al più, un arresto temporaneo dell'efficacia della misura repressiva che riacquista la sua efficacia nel caso di rigetto della domanda di sanatoria... sostenere che la sola presentazione della domanda di accertamento di conformità determina il superamento del provvedimento sanzionatorio innescherebbe un procedimento ricorsivo senza fine perché il soggetto sanzionato potrebbe rinnovare (senza limitazioni di alcun genere) la domanda a seguito della riadozione di quel provvedimento. E ciò in contrasto con i principi dell'ordinamento che impongono l'accertamento delle situazioni giuridiche in via definitiva"* (Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 1432).

10. Con il terzo motivo il ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento in quanto l'amministrazione ha disposto direttamente la demolizione (in luogo della sanzione pecuniaria) senza valutare se ciò possa compromettere la parte dell'immobile assentita con la concessione edilizia n. 78 del 26.04.1982, ciò che si verificherebbe nel caso di specie atteso che la demolizione delle opere presuntivamente abusive pregiudicherebbe la staticità del fabbricato nel suo complesso.

10.1. Il motivo non ha pregio.

10.2. La sanzione pecuniaria per interventi realizzati in parziale difformità del permesso di costruire è una misura eccezionale, alternativa alla demolizione solo ove risulti l'impossibilità del ripristino, che può essere rilevata d'ufficio o fatta valere dall'interessato in sede di esecuzione dell'eventuale ordine di demolizione, non in sede di adozione dello stesso, con la conseguenza che la sussistenza di un eventuale pregiudizio non rileva ai fini della legittimità dell'ordine demolitorio: *"la valutazione della sussistenza delle condizioni per la c.d. fiscalizzazione dell'abuso non costituisce condizione di legittimità dell'ordinanza di demolizione: la valutazione circa la possibilità di dare corso all'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva all'ingiunzione a demolire. Da ciò consegue che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva 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 la verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive. Tale eventuale verifica va compiuta su segnalazione della parte privata durante la fase esecutiva e non d'ufficio dall'Amministrazione procedente all'atto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio"* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 5 maggio 2022, n. 3070).

11. Con il quarto motivo il ricorrente si duole dell'illegittima omissione della comunicazione di avvio del procedimento.

11.1. La doglianza è infondata, considerato che, invero, per orientamento ormai costante, l'ordine di demolizione, in quanto atto dovuto e dal contenuto rigidamente vincolato, presupponente un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere realizzate e sul carattere non assentito delle medesime, non richiede la previa comunicazione di avvio del procedimento (*"l'attività di repressione degli abusi edilizi tramite l'emissione dell'ordine di demolizione di cui all'art. 31 del d.P.R. 380 del 2001 costituisce attività di natura vincolata e che, pertanto, la stessa non è assistita da particolari garanzie partecipative, tanto da non ritenersi necessaria - per l'appunto - la previa comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 e ss. della l. 241 del 1990 agli interessati"*), Consiglio di Stato sez. VI, 18 gennaio 2022, n. 310).

12. Con il quinto, il settimo e l'ottavo motivo, che possono essere congiuntamente esaminati per la stretta connessione fra gli stessi sussistente, il ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento in quanto affetto da difetto di istruttoria e di motivazione (non emergendo le ragioni per le quali il Comune di Qualiano si è determinato ad irrogare la sanzione demolitoria) nonché in considerazione della circostanza che il Comune ha completamente omesso di verificare la rispondenza al pubblico interesse della devoluzione del manufatto e di comparare tale interesse con quello del privato.

12.1. I motivi non possono essere accolti.

12.2. L'attività sanzionatoria della P.A. concernente l'attività edilizia abusiva è connotata dal carattere vincolato e non discrezionale: il giudizio di difformità dell'intervento edilizio rispetto al titolo abilitativo rilasciato, che costituisce il presupposto dell'irrogazione delle sanzioni, non è connotato da discrezionalità tecnica, ma integra un mero accertamento di fatto e, pertanto, l'ordine di demolizione di opere abusive non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, *“non potendo ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può mai legittimare”* (Consiglio di Stato sez. VI, 6 settembre 2017, n. 4243).

In altri termini, nel modello legale di riferimento non vi è spazio per apprezzamenti discrezionali, atteso che l'esercizio del potere repressivo mediante applicazione della misura ripristinatoria costituisce atto dovuto. L'atto può ritenersi sufficientemente motivato per effetto della stessa descrizione dell'abuso accertato, presupposto giustificativo necessario e sufficiente a fondare l'adozione della misura sanzionatoria: *“il provvedimento di repressione degli abusi edilizi (ordine di demolizione e ogni altro provvedimento sanzionatorio) costituisce atto dovuto della p.a., riconducibile ad esercizio di potere vincolato, in mera dipendenza dall'accertamento dell'abuso e della riconducibilità del medesimo ad una delle fattispecie di illecito previste dalla legge; ciò comporta che il provvedimento sanzionatorio non richiede una particolare motivazione, essendo sufficiente la mera descrizione e rappresentazione del carattere illecito dell'opera realizzata, né è necessaria una previa comparazione dell'interesse pubblico alla repressione dell'abuso, che è in re ipsa, con l'interesse del privato proprietario del manufatto; e ciò anche se l'intervento repressivo avvenga a distanza di tempo dalla commissione dell'abuso, ove il medesimo non sia stato oggetto di sanatoria in base agli interventi legislativi succedutisi nel tempo”* (T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 7 aprile 2022, n. 2375).

13. Con il sesto motivo il ricorrente deduce il difetto dei presupposti della sanzione demolitoria in quanto le opere *de quibus* sono ultimate ed in uso, mentre l'art. 27, comma 2, T.U. n. 380/2001 consente l'applicazione di tale sanzione, del tutto eccezionale nel sistema, soltanto ove si verifichi la concorrente sussistenza delle due condizioni dell'inizio di opere eseguite senza titolo e della sussistenza di un vincolo di inedificabilità sull'area interessata dall'intervento.

13.1. La censura non merita accoglimento.

13.2. Il Testo Unico dell'edilizia sanziona, sul piano amministrativo, la realizzazione di abusi edilizi in una pluralità di disposizioni (articoli 27, comma 2, 30, commi 7 e 8, 31, commi 2 e 3, 33, commi 1-4, 34, comma 1, 35, comma 1, e 37, commi 1 e 2), ciascuna delle quali corrispondente ad un'autonoma fattispecie di illecito, e prevede, in relazione alla gravità dell'abuso, tre tipi diversi di sanzione - la demolizione d'ufficio, l'ordine di demolizione, la sanzione pecuniaria e l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale - tendenzialmente applicabili in via alternativa ovvero consequenziale.

In particolare, l'art. 27 T.U. n. 380/2001 disciplina - come reso evidente dalla rubrica *“Vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia”* - i poteri di vigilanza o esercitati dal dirigente o dal responsabile del competente ufficio comunale *“sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi”*.

Il secondo comma del citato articolo, nella sua prima parte, invocata da parte ricorrente, prevede che *“il dirigente o il responsabile, quando accerti l'inizio o l'esecuzione di opere eseguite senza titolo su aree assoggettate, da leggi statali, regionali o da altre norme urbanistiche vigenti o adottate, a vincolo di inedificabilità, o destinate ad opere e spazi pubblici ovvero ad interventi di edilizia residenziale pubblica di cui alla legge 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni ed integrazioni, nonché in tutti i casi di difformità dalle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, provvede alla demolizione e al ripristino dello stato dei luoghi”*.

La richiamata disposizione disciplina la demolizione d'ufficio *“prevista dal legislatore per consentire l'immediata rimozione di abusi edilizi che si configurino come vulnus di particolare gravità, in*

*rapporto ad equilibri urbanistici rilevanti e protetti dalla normativa vigente*” (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II Stralcio, 10 maggio 2021, n. 5400) mediante l’attribuzione, al responsabile dell’ufficio tecnico ed agli altri soggetti indicati, della possibilità di disporre in via diretta la demolizione dei manufatti abusivi.

Così ricostruita la disciplina di cui all’art. 27, essa risulta inconferente nel caso di specie, atteso che l’amministrazione comunale ha adottato un’ordinanza di demolizione nell’esercizio dei poteri repressivi di cui all’art. 31 T.U. n. 380/2001 (che delinea una diversa e più articolata procedura, che si snoda attraverso la sequenza ordine di demolizione, accertamento dell’inottemperanza, acquisizione gratuita dell’area e delle opere).

14. In conclusione il ricorso è infondato e deve essere respinto.

14.1. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

### **P.Q.M.**

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

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese di lite in favore del Comune resistente, che liquida in euro 1.500,00 oltre spese generali nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Domenico De Falco, Presidente

Pierangelo Sorrentino, Primo Referendario

Anna Saporito, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Anna Saporito

IL PRESIDENTE

Domenico De Falco

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.