

Pubblicato il 26/06/2017

Sent. n. 614/2017

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

Sezione Staccata di Reggio Calabria

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 693 del 2016 proposto da:

Michele Gerace, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Giovinazzo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Vincenzo Accardo, in Reggio Calabria, via S. Anna, Il Tronco, n. 18/I;

contro

Comune di Molochio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Gaetano Callipo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Reggio Calabria, via Palamolla n. 31;

nei confronti di

Rosa Maria Gerace, rappresentata e difesa dall'avv. Antonino Parisi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Anna Lucia Lucisano, in Reggio Calabria, via 2 Settembre n. 47;

Maria Zaffiro, non costituita;

Anna Gerace, non costituita;

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione n. 7, adottata dal Comune di Molochio in data 21 giugno 2016 e notificata in pari data;

di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Molochio e di Rosa Maria Gerace;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 maggio 2017 la dott. Donatella Testini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Espone il ricorrente di essere proprietario pieno ed esclusivo del fondo rustico denominato "Jonà", sito in agro del Comune di Molochio e censito in catasto al foglio di mappa 7, particelle 32, 34, 35 e 28 (*ex* particella 11/b), di qualità uliveto, della superficie di ettari 17.16.30; ed alla particella 22, di qualità seminativo irriguo, dell'estensione di ettari 17.90, quest'ultima alluvionata.

E', altresì, comproprietario, in ragione della metà indivisa, del terreno posto a valle (identificato al foglio di mappa 7, particelle 17, 19, 20, 21, 24 e 13, sub 1 e 2), della superficie di ettari 1.26.50.

La restante parte è di proprietà delle odierne controinteressate, nei confronti delle quali pende un giudizio di scioglimento della comunione.

All'esito dei due sopralluoghi del 27 gennaio e del 15 giugno 2016, il Comune in epigrafe ha ordinato al ricorrente ed alle controinteressate la demolizione di un'opera realizzata sul predetto terreno a valle e, segnatamente, nell'area di cui alla particella 20.

Trattasi di "un manufatto in calcestruzzo armato di forma regolare con dimensioni pari a mt. 6.80 da un lato e mt. 6.30 dall'altro e di mt. 2.65 lungo il lato corrispondente alla larghezza ed un lato resta libero per le operazioni di carico, le pareti sono alte mt. 1.85 con uno spessore pari a cm. 27.00... utilizzato per le operazioni di carico dei prodotti agricoli" (cfr. ordinanza di demolizione).

Il Comune ha accertato che il predetto manufatto è stato costruito in assenza di autorizzazioni ed a circa 30 metri dall'argine della fiumara "Cerasia", in area vincolata ai sensi dell'art. 142, I comma, lett. c), del d.lgs. n. 142/04; per tali ragioni, ne ha ingiunto la demolizione.

2.1. Avverso il predetto atto insorge parte ricorrente, deducendone l'illegittimità per eccesso di potere e violazione di legge.

Queste le doglianze articolate con il mezzo di tutela all'esame.

I) *Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento di fatto. Errata qualificazione della natura del manufatto oggetto dell'ordinanza.*

Deduce parte ricorrente che il manufatto rientra fra le opere di sistemazione idraulica realizzate a seguito delle alluvioni degli scorsi decenni (calamità dell'anno 1972 e seguenti).

Il manufatto, più precisamente, sarebbe il completamento finale di un complesso di opere (briglie in cemento e muri di pietrame a secco) destinate a "contenere", o limitare, lo smottamento dei costoni soprastanti.

Nell'osservare che sia le briglie che il manufatto per cui è causa sarebbero stati realizzati beneficiando dei contributi erogati dall'Assessorato all'Agricoltura della Regione Calabria, in funzione di ripristino delle strutture fondiarie danneggiate dall'alluvione del dicembre 1972 – gennaio 1973, all'esito del procedimento conclusosi con il provvedimento prot. n. 1402 del 31 dicembre 1974 (all. n. 7 del relativo fascicolo), stigmatizza il ricorrente il travisamento dei fatti in cui sarebbe incorso il Comune nel ritenere, invece, l'opera destinata alle operazioni di carico dei prodotti agricoli.

Si tratterebbe, infatti, di un contrafforte di tenuta e sostegno per l'accumulo delle acque in piena, con evidente funzione di difesa dell'assetto idrogeologico, come rappresentato, peraltro, nella relazione di parte versata in atti.

L'opera, peraltro, sarebbe stata realizzata in calcestruzzo semplice e non in cemento armato, come ritenuto dal Comune.

A prescindere dalla intervenuta autorizzazione, peraltro, sostiene il ricorrente che, trattandosi di un muro di contenimento della scarpata naturale, non possa "considerarsi costruzione in quanto adempie alla sua funzione specifica di impedire lo smottamento del terreno naturalmente in declivio, non dando vita a nuovi volumi e non incidendo sul carico insediativo".

Il titolo abilitativo richiesto, pertanto, sarebbe la semplice d.i.a. (ora s.c.i.a.), con conseguente applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, ai sensi dell'art. 37 del T.U.Ed.

II) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 27 e 31 del d.P.R. n. 380/01. Violazione e falsa applicazione dell'art. 142, I comma, lett. c), del d.lgs. n. 42/2004. Difetto dei presupposti – Carenza assoluta di istruttoria.*

Deduce il ricorrente l'assenza dei presupposti di cui all'art. 31 del T.U.Ed., attesa l'intervenuta autorizzazione dell'intervento in ragione dell'approvazione del progetto di sistemazione idraulica finanziato dalla Regione.

Rileva, infine, quanto all'asserita violazione della normativa a tutela del paesaggio, che non solo, all'epoca di realizzazione dell'opera, il d.lgs. n. 42/04 non era ancora entrato in vigore; ma, soprattutto, che, non essendovi stata creazione di nuovi volumi, si sarebbe dovuto individuare il concreto pregiudizio arrecato all'assetto urbano.

III) *Violazione dell'art. 3 della l. n. 241/90.*

Rileva, infine, parte ricorrente la mancata esplicitazione di ragioni idonee a giustificare la demolizione di un'opera che, per più di quarant'anni, avrebbe egregiamente svolto la sua funzione di tenuta idrogeologica di un'area soggetta ad alluvioni e smottamenti.

Conclude per l'annullamento dell'ordinanza gravata.

2.2. La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente, è stata accolta dalla sezione con ordinanza n. 194, pronunciata alla Camera di Consiglio del 27 ottobre 2016.

In vista della trattazione del merito, si sono costituiti in giudizio il Comune intimato e la controinteressata Rosa Maria Gerace, eccependo l'infondatezza del gravame ed invocandone la reiezione.

La causa viene ritenuta per la decisione alla pubblica udienza del 10 maggio 2017.

3. Il ricorso è infondato.

3.1. Le censure articolate con il presente mezzo di tutela sono *in primis* riconducibili all'asserita circostanza (indicata nella relazione tecnica di parte versta in atti dal ricorrente) secondo cui la struttura per cui è causa farebbe parte di un complesso di opere idrauliche (briglie in cemento e muri di pietrame a secco) destinate a contenere o limitare lo smottamento dei costoni soprastante, realizzata dal ricorrente medesimo con il beneficio di contributi erogati dall'Assessorato all'Agricoltura della Regione Calabria, giusta determina n.701 del 31 dicembre 1974 di ammissione a contributo dell'opera in funzione di ripristino delle strutture fondiarie danneggiate dall'alluvione del dicembre 1972 - gennaio 1973.

Tale circostanza è smentita dagli atti relativi al predetto procedimento di concessione del contributo *ex art. 4, I comma, della l. n. 364/1970.*

Parte ricorrente ha versato in atti una relazione tecnica alla quale sono allegati il progetto, il computo metrico estimativo e la contabilità dei lavori: in essi non si fa menzione del manufatto per cui è causa. Come correttamente rilavato dalla difesa della controinteressata, peraltro, il manufatto abusivo insiste sulla particella catastale n. 20 del foglio di mappa n. 7, mentre le opere idrauliche comprese nel progetto finanziato dalla Regione Calabria hanno interessato ed insistono esclusivamente sulla particella catastale 35 (*ex* particella 11), come indicato nella determina Assessorato Regionale n.701 del 31 dicembre 1974.

Tale conclusione è vieppiù confermata dalla tipologia del manufatto (effettivamente, per allegazione concorde, realizzata in calcestruzzo semplice e non armato) che è diversa da quella prevista nel progetto finanziato, il quale fa riferimento a briglie in cemento e muri di pietrame a secco che si sviluppano in lunghezza con alla base un canale di raccolta e smaltimento dell'acqua, canale mancante nel manufatto abusivo.

Ritiene, pertanto, il Collegio, mutando l'orientamento espresso nella fase di cognizione sommaria, che l'opera non fa parte del complesso all'epoca finanziato dalla Regione in funzione di tutela idrogeologica.

Conseguentemente, il manufatto è stato realizzato in assenza di titolo abilitativo.

3.2. A riprova di quanto fin qui esposto, non può omettere il Collegio di rilevare che, in sede di dichiarazioni rese a verbale in occasione del sopralluogo del 27 gennaio 2016, lo stesso ricorrente, diversamente da quanto sostenuto in questa sede, ha testualmente dichiarato di non aver realizzato il manufatto *“poiché venuto a conoscenza della sua esistenza quando è emerso dai detriti alluvionali, in occasione delle operazioni di movimentazione del materiale franoso giacente nella proprietà portato all'epoca degli eventi alluvionali del 1972 che ha ritenuto di spianare con mezzo meccanico utilizzandoli per il ripristino della stradella che conduce alla parte alta della proprietà.*

Lo stesso fa notare che parte di tali detriti sono ancora in loco ed a monte del manufatto avendo provveduto solamente a creare uno spazio di manovra alla sommità dello stesso una volta resosi conto che poteva essere utilizzato dai mezzi agricoli per operazioni di carico e scarico”.

Quand'anche volesse ritenersi, per mera ipotesi, che, come sostenuto dal ricorrente, l'opera svolga effettivamente (ed anche) una funzione di contenimento, nondimeno essa necessiterebbe del

permesso di costruire, ragion per cui si ritiene superfluo disporre la consulenza tecnica d'ufficio richiesta dalla controinteressata.

Con sentenza n. 518 del 5 giugno 2016, la Sezione ha già chiarito che per la realizzazione di muro di contenimento, è necessario il permesso di costruire, in quanto si tratta di un manufatto destinato a trasformare durevolmente l'area impegnata, come tale qualificabile "intervento di nuova costruzione" ai sensi degli articoli 3, comma 1, lettera e) e 10 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

La giurisprudenza penale ha ritenuto che tale principio debba applicarsi ai muri di contenimento, in considerazione delle rilevanti dimensioni che l'opera in genere assume ed alla modificazione permanente del territorio che essa determina (Cass. pen., Sez. III, 14 novembre 2011, n. 41425).

Nel caso di specie, l'opera realizzata è senz'altro di rilevanti dimensioni, trattandosi di una struttura ad "U" di dimensioni pari a mt. 6.80 da un lato e mt. 6.30 dall'altro e di mt. 2.65 lungo il lato corrispondente alla larghezza, con pareti alte mt. 1.85.

E' opportuno, inoltre, rammentare, che la giurisprudenza ha affermato quanto segue: mentre per "muro di cinta" devono intendersi quelle opere di recinzione, non suscettibili di modificare o alterare sostanzialmente la conformazione del terreno, che assumono natura pertinenziale in quanto hanno esclusivamente la funzione di delimitare, proteggere o eventualmente abbellire la proprietà, *"ben diversa è la consistenza e la funzione dei cc.dd. "muri di contenimento", i quali si differenziano sostanzialmente dalle mere recinzioni non solo per la funzione, ma anche, perché servono a sostenere il terreno al fine di evitare movimenti franosi dello stesso.*

Per assolvere a tale funzione, i muri di contenimento devono presentare necessariamente una struttura a ciò idonea per consistenza e modalità costruttive.

Il muro di contenimento... è sotto il profilo edilizio un'opera ben più consistente di una recinzione proprio in quanto non esclusivamente preordinata a recingere la proprietà e, soprattutto, è dotata di propria specificità ed autonomia, in relazione alla sua funzione principale dianzi illustrata: il che pertanto esclude la sua riconducibilità al concetto di pertinenza, conseguendone, data la rilevanza delle modifiche che esso produce, sia la necessità del suo assoggettamento al regime concessorio all'epoca vigente..." (Consiglio di Stato, Sez. V, 8 aprile 2014, n. 1651).

3.3 Da ultimo, si osserva che:

- l'area interessata dall'intervento è senz'altro vincolata ai sensi dell'art. 142, I comma, lett. c), del d.lgs. n. 42/04, essendo posta ad una distanza di circa 30 metri dall'argine della fiumara "Cerasia";
- la censura relativa all'assenza di motivazione è evidentemente infondata, stante il carattere abusivo dell'opera.

4. Il ricorso, in conclusione, è infondato e va respinto.

5. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria - Sezione Staccata di Reggio Calabria, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente alle refusione delle spese di giudizio in favore del Comune di Molochio e di Rosa Maria Gerace, nella misura di euro 1.000,00 (mille/00), oltre accessori di legge, in favore di ciascuno di essi.

Nulla per le spese nei confronti delle altre parti, in assenza di attività difensiva.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Angela Fontana, Referendario

Donatella Testini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Donatella Testini

IL PRESIDENTE
Roberto Politi

IL SEGRETARIO