

**Pubblicato il 28/08/2017**

**Sent. n. 4143/2017**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3884 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Ambrosio Osvaldo, rappresentato e difeso dall'avv. Francesca Ambrosio, con la quale elegge domicilio, in Napoli, via Chiatamone, presso lo studio dell'avv. Andrea Molisso, con i seguenti recapiti, per le comunicazioni, ai sensi dell'art. 136 c.p.a.:  
fax 081.5291731, PEC: francesca.ambrosio75@pecavvocatinola.it;

contro

Comune di San Giuseppe Vesuviano (NA) in persona del sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Renzulli, con domicilio eletto in Napoli, piazza Sannazaro n. 71, presso lo studio dell'avv. V. Barone, PEC: maurizio.renzulli@pecavvocatinola.it;

per l'annullamento:

A) Quanto al ricorso introduttivo, notificato il 15 giugno 2009 e depositato il successivo 10:

A.1.) dell'ordinanza prot. n. 0012483 del 15 aprile 2009, emessa dal Servizio Urbanistica del Comune di San Giuseppe Vesuviano, notificata al ricorrente il successivo 16,

A.2) di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso o consequenziale, ed in particolare per quanto occorra, dei verbali di accertamento del Comando di Polizia Municipale e della relazione tecnica prot. n. 11818 dell'8 aprile 2009;

B) Quanto al ricorso per motivi aggiunti, notificato il 17 agosto 2009 e depositato il successivo 16 settembre:

B.1.) dell'ordinanza n. 180 del 26 giugno 2009, prot./UGT 3566 del 30 giugno 2009, notificato al ricorrente il successivo 3 luglio;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giuseppe Vesuviano;

Viste le memorie difensive;

Viste le ordinanze cautelare n. 1915 del 30 luglio 2009 e n. 2285 dell'8 ottobre 2009;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2017 il dott. Gianmario Palliggiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Riferisce il ricorrente di essere proprietario di due appartamenti, ubicati al secondo piano dell'immobile sito alla via XX Settembre n. 23 del comune di San Giuseppe Vesuviano.

Entrambi gli appartamenti sono individuati al NCEU al foglio n. 18, Particella n. 255, sub 13 e sub 14; agli stessi si accede attraverso un terrazzo/balcone sempre di proprietà esclusiva.

In conseguenza di fenomeni di deterioramento, il ricorrente ha fatto svolgere sul predetto balcone lavori di manutenzione straordinaria, risanamento conservativo, consolidamento e messa in sicurezza. A seguito di sopralluogo, il Comando della Polizia locale riscontrava l'esistenza di opere abusive. Dal verbale di sequestro ed apposizione di sigilli, prot. n. 252/P.M.G. del 6 aprile 2009 si precisa: "Secondo piano: ampliamento di un vecchio balcone su un vecchio fabbricato con putrelle e parziale pavimento su una superficie di mt ... x cm. 50".

In conseguenza di quanto sopra, il Responsabile del Servizio urbanistica e gestione del territorio, progettazioni, catasto, con ordinanza prot. n. 12483 del 15 aprile 2009, notificata il 16 successivo, ha ingiunto al ricorrente di sospendere e demolire ad horas la presunta opera abusiva.

Con l'odierno ricorso introduttivo, notificato il 15 giugno 2009 e depositato il successivo 10 luglio, Ambrosio Osvaldo ha impugnato la predetta ordinanza.

Nel frattempo, il ricorrente inoltra DIA in sanatoria prot. n. 5327 del 12 giugno 2009.

In data 29 giugno 2006, il comune, senza fornire ancora riscontro alla predetta DIA in sanatoria, adottava una seconda ordinanza n. 180, Prot./UGT n. 3566, avente ad oggetto i medesimi abusi, impugnata dal ricorrente con ricorso per motivi aggiunti, notificato il 17 agosto 2009 e depositato il 16 settembre successivo.

Con memoria depositata l'8 ottobre 2009, si è costituito in giudizio il comune di San Giuseppe Vesuviano che ha chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanze n. 1915 del 30 luglio 2009 e n. 2285 dell'8 ottobre 2009, rese su istanze cautelari, rispettivamente per il ricorso introduttivo e per quello con motivi aggiunti, la Sezione ha respinto la richiesta di provvedimenti sospensivi urgenti.

In data 1° febbraio 2017, parte ricorrente ha presentato istanza di fissazione d'udienza.

Nelle date del 6 e del 12 aprile 2017, parte ricorrente ha presentato, rispettivamente, documenti e memorie.

La causa è stata quindi inserita nel ruolo dell'udienza pubblica del 16 maggio 2017, data in cui è stata trattenuta per la decisione, previo avviso dato alle parti, ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm., circa gli eventuali profili di improcedibilità del ricorso introduttivo, essendo stato emanato un successivo provvedimento.

## **DIRITTO**

1.- Preliminarmente va esaminato il profilo di improcedibilità del ricorso introduttivo, la cui questione è stata oggetto di avviso alle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, cod. proc. amm.

Col ricorso introduttivo, il ricorrente ha impugnato l'ordinanza n. 12483 del 15 aprile 2009, con la quale l'amministrazione comunale gli aveva ingiunto la demolizione di un'opera abusiva da lui realizzata sull'appartamento di sua proprietà e consistente nell'ampliamento del balcone situato al secondo piano di un fabbricato.

Ha fatto seguito l'ordinanza n. 180 del 29 giugno 2009 con la quale l'amministrazione comunale, preso atto dell'inottemperanza alla prima ordinanza n. 12483/2009 e anche a prescindere dalla presentazione della DIA in sanatoria da parte del ricorrente, ha di nuovo ingiunto la demolizione dell'opera abusiva.

A rigore, pertanto, l'interesse al ricorso si trasferirebbe sul ricorso per motivi aggiunti, posto che la prima ordinanza è superata dalla seconda e, pertanto, solo con l'annullamento di quest'ultima le pretese di parte ricorrente troverebbero soddisfazione sostanziale.

Senonché, nel caso specifico, va considerato che la seconda ordinanza presenta un contenuto dispositivo ed un corredo motivazionale del tutto reiterativi della prima ordinanza, tanto che le censure formulate dal ricorrente col ricorso per motivi aggiunti si limitano a replicare, sintetizzandole, quelle già formulate col ricorso introduttivo.

Per questa ragione, non viene meno la necessità di dovere esaminare comunque il ricorso introduttivo, posto che le presunte illegittimità del relativo provvedimento impugnato, laddove sussistenti, si riverserebbero anche sulla seconda ordinanza oggetto dei motivi aggiunti.

Appare quindi evidente il permanere dell'interesse all'esame del ricorso introduttivo, il cui esito condiziona anche la sorte di quello per motivi aggiunti.

2.- Con il ricorso introduttivo, il ricorrente formula le seguenti censure:

1) Violazione delle regole del giusto procedimento e delle finalità di cui agli artt. 7, 8 e 10 L. n. 241/1990, non avendo l'amministrazione comunale garantito alcuna possibilità di partecipazione del privato al procedimento sanzionatorio; tra l'altro l'ordinanza impugnata non è stata mai preceduta dall'ordinanza di sospensione dei lavori. La descrizione presente nel verbale di accertamento risulterebbe non corrispondente allo stato dei luoghi e l'opera risulterebbe conforme alle prescrizioni urbanistico-edilizie attualmente vigenti nel Comune di San Giuseppe Vesuviano, trattandosi di un mero consolidamento strutturale del balcone dettato da esigenze di mettere in sicurezza e rinforzare la vecchia struttura.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 22, 31, 36 e 37 d.p.r. 380/2001, della legge regionale n. 19/001 e del relativo regolamento di attuazione; violazione del Regolamento urbanistico edilizio del comune (R.U.E.C.) di San Giuseppe Vesuviano, adottato con delibera n. 70 del 10 dicembre 2008 e approvato con deliberazione del Consiglio comunale n. 10 del 22 aprile 2009.

L'amministrazione comunale sarebbe incorsa nell'erroneo presupposto che le opere in questione siano soggette a permesso di costruire, senza considerare che le stesse consisterebbero, a suo avviso, in interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria o al massimo di restauro e di risanamento conservativo, subordinati a denuncia di inizio attività, ai sensi dell'art. 22 d.p.r. 380/2001, e per i quali non troverebbe applicazione il regime sanzionatorio di cui all'art. 31 d.p.r. 380/2001, ma al più quello della sanzione pecuniaria pari al doppio del valore venale dell'immobile.

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 37 d.p.r. n. 380/2001, sotto altro profilo; violazione dell'art. 27 d.p.r. 380/2001; violazione dell'art. 3 L. n. 241/1990; violazione dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, difetto d'istruttoria, inesistenza o erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto; sviamento, difetto di motivazione..

Sostiene il ricorrente che l'ordinanza impugnata sia stata emessa in violazione del principio del giusto procedimento, con omissione in fase istruttoria dell'acquisizione degli interessi coinvolti.

Nel caso in esame, inoltre, sarebbe stata necessaria un'adequata motivazione per il danno derivante al ricorrente dall'esecuzione del provvedimento de quo.

Peraltro, per le opere eseguite, il ricorrente ha presentato denuncia di inizio attività in sanatoria, ai sensi dell'art. 37, comma 4, d.p.r. 380/2001.

4) Violazione dell'art. 27 d.p.r. 380/2001, del d. lgs. 42/2004, della legge 26/1999; della legge regionale n. 21/2003; dell'art. 3 L. n. 241/1990; eccesso di potere per illogicità manifesta, inesistenza dei presupposti, carenza d'istruttoria, difetto di motivazione.

La misura sanzionatoria sarebbe stata irrogata senza la preventiva indagine da parte dell'amministrazione precedente circa l'effettiva compromissione degli interessi urbanistici e paesaggistici alla cui protezione è finalizzata la normativa in epigrafe.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 51, comma 3, L. n. 142/1990, come modificato dalla legge n. 127/1997 e dalla legge n. 191/1998; incompetenza.

In mancanza di un'apposita attribuzione ai Dirigenti dei poteri che la legge attribuisce al Sindaco tra cui quelli repressivi in tema di abusi edilizi, tali poteri non avrebbero potuto essere esercitati da altri soggetti interni all'amministrazione, per il principio secondo cui il trasferimento delle competenze gestionali non opera automaticamente ma solo attraverso il trasferimento delle competenze gestionali.

3.- Il ricorso introduttivo si palesa infondato.

Infondata è la censura relativa alla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento.

Per giurisprudenza ormai costante, condivisa dal Collegio, l'esercizio del potere repressivo degli abusi edilizi costituisce manifestazione di attività amministrativa doverosa, con la conseguenza che i relativi provvedimenti, quali fra tutti l'ordinanza di rimozione e rimessa in pristino, costituiscono atti

vincolati per la cui adozione non è necessario dare notizia dell'avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto.

In ogni caso, attesa la natura vincolata del provvedimento di demolizione, la mancata comunicazione di avvio del procedimento non può avere alcun effetto invalidante sui successivi atti procedurali e sul provvedimento definitivo, atteso che - ai sensi dell'art. 21-octies L. n. 241 del 1990 - quest'ultimo non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso da quello in concreto adottato (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 12 agosto 2016, n. 3620; questa Sezione 31 gennaio 2017, n. 677).

L'attività vincolata esclude la necessità anche di un particolare onere motivazionale da parte dell'amministrazione procedente circa l'interesse pubblico perseguito che, in caso di abusi, è in re ipsa.

Come chiarito da pacifica giurisprudenza amministrativa, l'ordinanza di demolizione di un'opera abusiva, come tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato che 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 neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il tempo in ogni caso non potrebbe giammai legittimare (Tar Campania, Napoli, sez. VI, 3 maggio 2017, n. 2368; Cons. giust. Amm. Sicilia, 27 febbraio 2017, n. 65).

Non rilevante appare altresì la dedotta circostanza che l'ordinanza di demolizione non sia stata preceduta dall'ingiunzione a sospendere i lavori, atteso che quest'ultima risponde al preciso fine di evitare il protrarsi di attività edilizie in corso, non assistite dal previo titolo abilitativo, onde evitare che il danno all'assetto edilizio ed urbanistico possa aggravarsi con effetti anche irreversibili. Nel caso di specie, l'ordinanza di demolizione incorpora anche quella di sospensione, tenuto anche conto del fatto che i lavori erano già stati effettuati.

Né assume rilievo il fatto che il verbale di sequestro e di apposizione dei sigilli, conseguente al sopralluogo effettuato il 6 aprile 2009, indichi in modo non preciso la porzione del balcone interessata dall'allargamento della base da 25 cm a 50 cm, perché ciò che rileva - come emerge dalla stessa relazione tecnica asseverata di parte - è il dato di fatto incontrovertibile e non contestato che il balcone è stato ampliato e che sia stata spostata la preesistente ringhiera dall'interno all'esterno del frontino. E' evidente quindi che l'ordine di demolizione si rivolge propriamente alla sola parte abusiva del preesistente balcone, come peraltro è evidenziato nella seconda ordinanza di demolizione n. 180 del 29 giugno 2009, impugnata con i motivi aggiunti, con la quale è chiarito che il ricorrente "ha eseguito lavori di ampliamento di un vecchio balcone al secondo piano con putrelle in ferro e laterizi lungo mt 20,00 per una lunghezza di ml. 0.50, con relativa posa in opera di correnti di marmo per gocciolatoio, riapposizione della vecchia ringhiera in ferro di protezione nonché parziale posa di pavimenti".

E' evidente che i metri 20 si riferiscono alla lunghezza complessiva del balcone preesistente e ciò che si contesta è l'abusivo allargamento di una porzione della base del balcone da cm 25 a cm 50.

4.- Quanto sopra, induce a considerare infondato anche il secondo motivo di ricorso.

L'opera realizzata dal ricorrente e contestata dal comune ha comportato un arbitrario ampliamento della superficie di un preesistente balcone in assenza di titolo, opera che - contrariamente agli assunti del ricorrente - non può costituire un intervento di semplice manutenzione né intervento di restauro e di risanamento conservativo, quand'anche fosse giustificato da reali esigenze di sicurezza e dal tentativo di ovviare al deterioramento imputabile alla vetustà ed agli agenti atmosferici.

Pertanto non si verifica alcuna violazione delle norme regolamentari di cui agli artt. 46, 47 e 48 RUEC, invocate dal ricorrente.

Come chiarito in un precedente di questo TAR, l'ampliamento di un balcone costituisce opera di ristrutturazione edilizia, ai sensi degli artt. 3 e 10 d.P.R. n. 380 del 2001, dal momento che realizza 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, ai sensi dell'art. 33 d.p.r. n. 380 del 2001 (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 28 ottobre 2011, n. 5052).

5.- Non assume quindi alcun rilievo la circostanza della presentazione della denuncia di inizio attività in sanatoria, ai sensi dell'art. 37 d.p.r. 380/2001, posto che, come sopra illustrato, la presenza dei vincoli paesaggistici ed ambientali sussistenti nel territorio del comune di San Sebastiano rendono la DIA, titolo edilizio non idoneo allo scopo, soprattutto se presentata, com'è nel caso in esame, a sanatoria di un abuso che ha comunque prodotto un aumento di superficie ed un cambio di prospetto. Sul punto si rammenta che, per gli interventi comportanti una trasformazione edilizia e urbanistica del territorio in area assoggettata a vincolo paesaggistico, quand'anche si ritenessero assentibili con mera D.I.A., l'applicazione della sanzione demolitoria è comunque doverosa, ove non sia stata ottenuta alcuna autorizzazione paesistica (cfr. precedente di questo TAR sez. VI, 2 dicembre 2016, n. 5565).

6.- Riguardo al terzo e quarto motivo di ricorso, va ribadito che il carattere vincolato del provvedimento di demolizione comporta che sia superflua e non dovuta una puntuale motivazione sull'interesse pubblico alla demolizione, sull'effettivo danno all'ambiente o al paesaggio (o, ancora, sulla proporzionalità in relazione al sacrificio imposto al privato). In questo caso è, infatti, sufficiente evidenziare la violazione del regime vincolistico e l'avvenuta costruzione in assenza del titolo abilitativo, ciò che nel caso di specie è avvenuto (cfr., ex multis, T.A.R. Campania Napoli, sez. VI, 11 luglio 2013, n. 3588). Anche i due motivi risultano, pertanto, infondati.

Nel caso specifico, il Comune ha correttamente adottato il provvedimento impugnato, ai sensi dell'art. 27 d.p.r. 380 del 2001, posto che l'opera abusiva è stata realizzata in un comune il cui territorio è sottoposto, da anni, ai vincoli paesaggistici di cui al d. lgs. 42 del 2004 (ex r.d. 1497 del 1939), in virtù dei decreti ministeriali 17 agosto 1961 e n. 98 del 26 aprile 1985, nonché della cd. "Zona Rossa" dei comuni vesuviani, di cui alla Legge regionale n. 21 del 2003.

Laddove i lavori eseguiti in assenza di titolo autorizzatorio ricadano in zona assoggettata a vincolo paesaggistico e stante l'alterazione dell'aspetto esteriore dei luoghi stessi, la misura ripristinatoria del Comune costituisce atto dovuto, ai sensi dell'art. 27 d.p.r. n. 380 del 2001. Peraltro, quest'ultima previsione normativa non distingue tra opere per cui è necessario il permesso di costruire e quelle per cui sarebbe necessaria la semplice D.I.A., in quanto impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VI, 26 maggio 2016, n. 2689; Idem, 4 dicembre 2013, n. 5516).

Il richiamo all'art. 31, comma 4, d.p.r. 380 del 2001 ne rappresenta una logica conseguenza posto che, in caso d'inottemperanza, è del tutto evidente che il Comune sia obbligato ad avviare la procedura d'ufficio per la demolizione delle opere abusive riscontrate, con ristoro delle relative spese sostenute a carico del responsabile dell'abuso, tenuto per legge al relativo pagamento.

Meno chiaro – e su questo punto si conviene con il ricorrente – il richiamo contenuto nel provvedimento impugnato, ai commi 2 e 3 del menzionato art. 31 d.p.r. 380 del 2001, atteso che l'intervento abusivo si circoscrive ad un allargamento di una porzione del preesistente balcone e che la lesione ai vincoli paesaggistici trova rimedio, ai sensi del menzionato art. 27, con la demolizione dell'abuso e la riduzione nello stato originario, a spese del responsabile, ove non vi provveda autonomamente; trattandosi di un ampliamento di un'opera preesistente, la rimozione dell'aggiunta abusiva del balcone realizza di per sé l'esigenza di ripristinare la situazione preesistente all'illecito amministrativo, soprattutto ai fini della tutela dei valori paesaggistici ed ambientali.

7.- Infine, infondato si palesa il quinto motivo, col quale parte ricorrente ha censurato l'incompetenza del dirigente ad assumere l'atto impugnato.

Per effetto del rinnovamento normativo in materia di competenze negli anni novanta, ad opera della L. n. 142 del 1990, del d.lgs. n. 29 del 1993 e, infine, della l. n. 127 del 1997, l'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive rientra nella competenza del dirigente comunale ovvero, nei Comuni sprovvisti di tale qualifica, dei responsabili degli uffici e dei servizi e non del Sindaco,

trattandosi di tipico potere gestionale (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 gennaio 2017, n. 416; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 30 aprile 2015, n. 1071).

8.- L'infondatezza del ricorso introduttivo comporta l'infondatezza anche del ricorso per motivi aggiunti, considerato, da un lato, che l'ordinanza con quest'ultimo impugnata ha carattere reiterativo della prima, avendo preso atto il comune della sua mancata ottemperanza e, dall'altro, che parte ricorrente riproduce le censure già formulate col ricorso introduttivo medesimo.

Va solo aggiunto che, come già chiarito relativamente all'esame della censura sull'omessa comunicazione di avvio del procedimento di cui all'art. 7 L. n. 241/1990, che risulta altrettanto infondata anche la censura relativa al mancato obbligo di comunicazione preventiva dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, prevista dal richiamato art. 10-bis L. n. 241/1990, la cui applicazione è disposta unicamente per i procedimenti avviati su istanza di parte, laddove nel caso specifico si verte, all'opposto, in tema di procedimento instaurato d'ufficio, a carattere repressivo e sanzionatorio, per il quale si potrebbe semmai discutere, ma la giurisprudenza lo ha escluso, dell'obbligo di avvio del procedimento di cui all'art. 7 L. n. 241/1990 – la cui violazione è stata parimenti contestata dalla ricorrente col ricorso introduttivo - e, di conseguenza, delle necessità comunque di coinvolgimento e partecipazione dell'interessato.

9.- Per quanto sopra, il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti sono infondati.

Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, rigetta il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti.

Condanna il ricorrente al pagamento, in favore del comune di San Giuseppe Vesuviano, delle spese del presente giudizio che si quantificano in complessivi € 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE

Fabio Donadono

IL SEGRETARIO