

**Pubblicato il 26/02/2018**

**Sent. n. 1273/2018**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**(Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 65 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:  
Roberto Martina, rappresentato e difeso dagli avvocati Benito Aleni, Riccardo Savarese, con domicilio eletto presso lo studio Benito Aleni in Napoli, corso Vittorio Emanuele, n. 115;

contro

Comune di Napoli, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Municipale, domiciliata in Napoli, piazza Municipio palazzo San Giacomo.

per l'annullamento

*con ricorso originario:*

- della disposizione dirigenziale n. 470/1 del 18 settembre 2013 con cui è stata ordinato il ripristino dello stato dei luoghi mediante la demolizione delle opere realizzate in Napoli, via C. Poerio n. 92, IV e V piano – interno 11, consistenti nel recupero abitativo del sottotetto (mediante abbassamento del solaio di copertura) e nella realizzazione di un soppalco di 80 mq, impostato a 2,10 m dalla copertura e 2,80 dal calpestio;

- di ogni altro atto connesso;

*con motivi aggiunti depositati in data 30 aprile 2015:*

- dell'ordinanza dirigenziale emessa dal Comune di Napoli n. 16 del 15 gennaio 2015 di rigetto dell'istanza di sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001;

- di ogni altro atto connesso.

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

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

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2018 il dott. Michele Buonauro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Il ricorrente Roberto Martina, in qualità di proprietario del IV e V piano dell'immobile sito in Napoli, via C. Poerio n. 92, ha impugnato l'ordine ripristinatorio n. 470/1 del 18 settembre 2013 emanato dal dirigente del Comune di Napoli, con il quale si ingiunge di eliminare le opere abusive ivi realizzate (recupero abitativo del sottotetto mediante abbassamento del solaio di copertura e soppalco di 80 mq, impostato a 2,10 m dalla copertura e 2,80 dal calpestio), articolando censure di violazione del

procedimento amministrativo e della normativa edilizia (in tema di irrogazione delle sanzioni alternative), nonché per eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti.

Nel corso del giudizio, parte ricorrente ha presentato una domanda, ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, per la sanatoria delle opere oggetto dell'ordinanza originariamente impugnata.

Avverso la disposizione dirigenziale n. 16 del 15 gennaio 2015 del Comune di Napoli che ha respinto la predetta domanda di sanatoria, il ricorrente ha presentato motivi aggiunti, articolando censure di violazione delle norme edilizie ed urbanistiche, contraddittorietà e carenza della motivazione, violazione del giusto procedimento e del principio di affidamento, illegittimità derivata rispetto alla pregressa misura demolitoria.

L'amministrazione comunale si è costituita in giudizio ed ha chiesto l'improcedibilità del ricorso originario ed il rigetto dei connessi motivi aggiunti per infondatezza.

All'udienza pubblica del 21 febbraio 2018 il ricorso è trattenuto in decisione.

## **DIRITTO**

1. Il ricorso originario è oramai improcedibile.

1.1. Occorre premettere che a seguito di accertamenti da parte dei vigili urbani si è constatato che il ricorrente, senza alcun titolo edilizio, ha proceduto alla realizzazione di una serie di interventi sul IV e V piano dell'immobile sito in Napoli, via C. Poerio n. 62.

A seguito dell'ordine demolitorio, il ricorrente ha presentato istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, espressamente rigettato con rinnovazione dell'ordine demolitorio.

1.2. Giova premettere che il Collegio intende aderire all'orientamento, anche di recente riaffermato dal Consiglio di Stato – decisione n. 4268 del 2017, secondo cui “L'istanza di accertamento di conformità (c.d. sanatoria) non incide sulla legittimità della previa ordinanza di demolizione pregiudicandone definitivamente l'efficacia ma soltanto sospendendone gli effetti fino alla definizione, espressa o tacita, dell'istanza, 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” (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 466).

Tuttavia nel caso di specie, come questa Sezione ha già affermato, il rigetto espresso di un'istanza di accertamento di conformità ha effetto di superamento della pregressa ordinanza di demolizione, rendendola inefficace, poiché il riesame dell'abusività dell'opera, provocato dall'istanza, ha comportato la formazione di un nuovo provvedimento di demolizione.

1.3. Ne consegue l'improcedibilità del ricorso originario, spostandosi la controversia sulla legittimità del provvedimento gravato con motivi aggiunti, di diniego della conformità dell'opera e rinnovo dell'ordine demolitorio.

2. Le censure prospettate nei motivi aggiunti meritano positivo apprezzamento solo con i limiti e nei sensi di seguito precisati.

2.1. Il diniego di conformità delle opere di recupero del sottotetto (da deposito ad abitazione), mediante traslazione della quota del solaio e bucatore, tramezzature e la scala di collegamento, si fonda unicamente sulla circostanza che l'istante non avrebbe provato la legittimità del pregresso stato dei luoghi, ed in particolare della legittimità edilizia degli abbaini.

Tuttavia la medesima amministrazione, nel corpo del provvedimento, attesta che a seguito delle osservazioni presentate dalla parte il 23 luglio 2014 “si ritengono superati le obiezioni in merito agli abbaini”.

2.2. Su queste premesse è palesemente fondato l'evocato difetto di motivazione, avendo l'amministrazione enucleato due argomentazioni tra loro confliggenti, rispetto alle quali la decisione finale si palesa del tutto incongruente, poiché l'unico elemento ritenuto inizialmente ostativo è stato ritenuto superato grazie alle osservazioni rese dalla parte. Ciò nonostante, l'esito finale del procedimento prescinde completamente da questo sopravvenuto e decisivo elemento.

2.3. Ne consegue, assorbite le altre censure, l'accoglimento dei motivi aggiunti nella parte in cui deducono l'illegittimità del diniego di conformità edilizia, ed il conseguente ordine di riduzione in pristino, in relazione al recupero abitativo del sottotetto, ferme le ulteriori valutazioni demandate all'amministrazione comunale in ordine alla sussistenza degli altri requisiti per accordare la conformità edilizia dell'intervento.

3. Con altro ordine di censure il ricorrente si duole della mancata sanatoria del soppalco.

3.1. Su tale aspetto il responsabile del Servizio Antiabusivismo, sul presupposto della esistenza di una superficie di rilevantissima dimensione (descritti in circa 80 mq), ne ha ordinato la demolizione, avendo valutato l'intervento quale realizzazione di una nuova superficie abitativa priva dei requisiti di abitabilità.

3.2. Giova osservare, in linea generale, che la realizzazione di un soppalco non rientra nell'ambito degli interventi di restauro o risanamento conservativo, ma nel novero degli interventi di ristrutturazione edilizia, qualora determini una modifica della superficie utile dell'appartamento, con conseguente aggravio del carico urbanistico (T.A.R. Sardegna Cagliari Sez. II, 23-09-2011, n. 952; T.A.R. Lombardia Milano Sez. II, 11-07-2011, n. 1863; T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 21-03-2011, n. 1586; T.A.R. Campania Napoli Sez. IV Sent., 29-07-2008, n. 9518).

3.3. Osserva il Collegio che la realizzazione di un soppalco può ritenersi rientrare nel concetto di restauro o risanamento conservativo quando per le sue limitate caratteristiche di estensione e per le modeste dimensioni sia tale da escludere la possibilità di creare un ambiente abitativo e, quindi, di incrementare le superfici o il carico urbanistico.

Al riguardo la giurisprudenza, condivisa dal Collegio, ritiene ad esempio che la costruzione di un soppalco di modeste dimensioni ad uso deposito o ripostiglio, all'interno di un locale per ottenere la duplice utilizzazione di un vano, è, di regola, opera che, non comportando aumento di volume, né aumento della superficie utile, né modifica della destinazione d'uso dell'immobile, non è riconducibile alla categoria della ristrutturazione edilizia, ricorrendo in tale ipotesi una fattispecie di restauro e risanamento conservativo in quanto si rivela rispettoso delle caratteristiche tipologiche, formali e strutturali dell'edificio e non comporta una destinazione d'uso con esse incompatibile.

3.4. In particolare nel caso in esame la peculiare conformazione strutturale del soppalco e la realizzazione di una superficie comunque rilevante della sopraelevazione (circa 80 mq complessivi) costituiscono elementi che denotano l'astratta vocazione abitativa del soppalco, con la conseguenza che l'opera non può essere considerata una superficie di servizio.

Nel caso di specie si è in presenza di una chiara creazione di ulteriore superficie utile, con la conseguenza che, a differenza di quanto sostenuto da quest'ultima, per l'esecuzione dei predetti interventi sarebbe stato sicuramente necessario il previo rilascio del permesso di costruire, trattandosi di opere idonee a incidere sulle superfici.

3.5. Deve, sul punto, essere evidenziato che gli interventi oggetto di causa sono stati realizzati prima della normativa che ha portato alla graduale liberalizzazione delle opere interne (cfr. art. 3 t.u. n. 380 del 2001 come modificato dall'art. 17, comma 1, lett. a), nn. 1) e 2), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 novembre 2014, n. 164), nella specie comunque non applicabile in ragione del principio tempus regit actum. Solo a seguito dell'entrata in vigore del citato art. 17 sono da considerarsi interventi di manutenzione straordinaria, ai sensi della novellata lett. b), dell'art. 3, comma 1, del d.p.r. 380/2001, anche quelli che, come nella specie, consistono "nel frazionamento o accorpamento delle unità immobiliari con esecuzione di opere anche se comportanti la variazione delle superfici delle singole unità immobiliari nonché del carico urbanistico purché non sia modificata la volumetria complessiva degli edifici e si mantenga l'originaria destinazione di uso".

3.6. Ciò premesso, l'amministrazione ha contestato una insuperabile ragione di contrasto del soppalco con le norme edilizie, consistente nella violazione delle altezze minime stabilite come richieste dal d.m. 5 luglio 1975 (come modificato dal d.M. 9.6.1999) e dall'art. 43, comma 2, della legge n. 457 del 1978, e cioè metri 2,70 tra pavimento e soffitto, per gli ambienti abitativi, e metri 2,40 per i vani accessori.

Tale riferimento normativo è esattamente quello richiamato nel regolamento edilizio del Comune di Napoli, il quale ammette una deroga per i soppalchi destinati a deposito (art. 15 co. 4) in relazione all'altezza massima della parte soppalcata (metri 1,80) ma rimanendo invariata quella del locale sottostante al soppalco.

Ne discende che le opere in contestazione, non rispettando i rapporti di altezza dei locali sottostanti al soppalco (come emerge dai verbali di sopralluogo in atti) sono comunque non legittime e non regolarizzabili.

4. Vanno poi disattese le residue censure che impingono in violazioni ordine procedimentale (violazione delle garanzie di partecipazione al procedimento, omessa comunicazione del nominativo del responsabile del procedimento, violazione dei termini del procedimento autorizzatorio) che dequotano a mera irregolarità non invalidanti secondo lo schema di cui all'articolo 21 octies della legge n. 241/1990.

5. Né coglie nel segno l'evocato difetto di istruttoria relativamente al raffronto tra l'entità dell'abuso realizzato e la normativa urbanistica vigente, poiché, all'epoca dell'emanazione dell'atto gravato, doveva ritenersi necessario il permesso di costruire quando il soppalco, come nella specie, fosse di dimensioni non modeste e comportasse una sostanziale ristrutturazione dell'immobile preesistente, ai sensi dell'art. 3 comma 1 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, mediante un incremento delle superfici dell'immobile e quindi anche un ulteriore possibile carico urbanistico (cfr. T.A.R. Campania, sez. IV, 10 dicembre 2007, n. 15871 e 27 giugno 2005, n. 8681).

5.1. In particolare si censura l'omissione di qualsiasi valutazione e motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico attuale alla demolizione.

Ciò anche e soprattutto in relazione al significativo lasso di tempo trascorso dalla realizzazione del presunto abuso sino al suo accertamento (a seguito della presentazione e poi del rigetto dell'istanza di condono edilizio), e successivamente sino all'adozione dell'ordine di demolizione, anche in considerazione del legittimo affidamento che tale situazione avrebbe ingenerato nella società ricorrente.

Le censure sono infondate, sia in relazione al generale tema dell'influenza del passaggio del tempo sul contenuto dell'obbligo di motivazione delle sanzioni demolitorie, sia, e a maggior ragione, con riferimento all'esistenza della peculiare circostanza che le opere abusive insistono su zona paesaggisticamente vincolata.

5.1.1. In materia di misure demolitorie il principio generale è che non sia necessaria alcuna specifica motivazione sull'esistenza di un interesse pubblico in quanto è pacificamente riconosciuto che l'abusività di un'opera edilizia, costituisce già di per sé presupposto per l'applicazione della prescritta sanzione demolitoria.

Per costante giurisprudenza, infatti, la diffida a demolire manufatti abusivi è atto vincolato (ex multis Cons. Stato, VI, 28 giugno 2004, n. 4743; Cons. Stato, sez. V, 10 luglio 2003, n. 4107; T.A.R. Campania Napoli, Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 617; 15 luglio 2003, n. 8246) e come tale non necessita di una puntuale valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né di un bilanciamento di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né di una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione (Cons. Stato Sez. VI, 28 gennaio 2013, n. 496; Cons. Stato Sez. IV, 28 dicembre 2012, n. 6702).

Stante questo principio generale, è stata in giurisprudenza dibattuta la particolare ipotesi in cui sia trascorso un notevole lasso di tempo tra la commissione dell'abuso, il suo accertamento e l'adozione della misura sanzionatoria, in quanto alcune pronunce hanno ritenuto di poter fare una eccezione al suindicato principio generale richiedendo, a tutela dell'affidamento del privato, una specifica motivazione sulla sussistenza ragioni di interesse pubblico che giustificano la misura demolitoria, tanto che il provvedimento che non specifichi tali ragioni risulta affetto dal vizio di difetto di motivazione.

5.1.2. Il Consiglio di Stato, con decisione resa in Adunanza plenaria (n. 9 del 2017) ha definitivamente chiarito che il decorso del tempo non può incidere sull'ineludibile doverosità degli atti volti a perseguire l'illecito attraverso l'adozione della relativa sanzione, con la conseguenza che l'ordinanza

di demolizione di immobile abusivo (pur se tardivamente adottata) non deve essere motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata.

Il provvedimento di demolizione di una costruzione abusiva, al pari di 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, ancora, alcuna motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare.

In particolare, nel caso di abusi edilizi vi è un soggetto che pone in essere un comportamento contrastante con le prescrizioni dell'ordinamento, che confida nell'omissione dei controlli o comunque nella persistente inerzia dell'amministrazione nell'esercizio del potere di vigilanza.

In queste ipotesi il fattore tempo non agisce in sinergia con l'apparente legittimità dell'azione amministrativa favorevole, a tutela di un'aspettativa conforme alle statuizioni amministrative pregresse. Al riguardo, il Collegio rileva come di affidamento meritevole di tutela si possa parlare solo ove il privato, il quale abbia correttamente ed in senso compiuto reso nota la propria posizione all'Amministrazione, venga indotto da un provvedimento della stessa Amministrazione a ritenere come legittimo il suo operato non già nel caso, come quello di specie, in cui si commetta un illecito a tutta insaputa della stessa (Cons. Stato, Sez. IV, 15 settembre 2009, n. 5509).

Inoltre, l'abuso edilizio rappresenta un illecito permanente integrato dalla violazione dell'obbligo, perdurante nel tempo, di ripristinare in conformità a diritto lo stato dei luoghi, di talché ogni provvedimento repressivo dell'Amministrazione non è emanato a distanza di tempo da un illecito ormai esaurito, bensì interviene su una situazione antigiuridica che perdura sino a quel momento (T.A.R. Brescia, Sez. I, 22 febbraio 2010, n. 860).

Per quanto indicato la censura è già per un profilo generale da rigettare, senza contare che l'asserita vetustà dell'opera non è stata affatto dimostrata.

6. Anche la denunciata sproporzione fra la sanzione demolitoria in luogo della sanzione pecuniaria, per la mancata valutazione della "possibilità" della demolizione senza pregiudizio per le parti legittime, non merita seguito.

Invero l'ordine demolitorio costituisce un doveroso passaggio del procedimento repressivo, mentre il giudizio circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria - in applicazione dell'art. 33 comma 2, DPR n. 380/2001 - può essere effettuato solo in una seconda fase, allorquando il destinatario dell'ingiunzione a demolire non vi abbia spontaneamente adempiuto.

7. In forza delle considerazioni svolte, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato improcedibile, mentre i connessi motivi aggiunti vanno accolti in relazione all'intervento di recupero del sottotetto e respinti in relazione alla realizzazione del soppalco; le spese di giudizio seguono la reciproca soccombenza e sono integralmente compensate.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciandosi sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile. Accoglie in parte i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla l'ordinanza n. 16 del 15 gennaio 2015 in relazione all'intervento di recupero del sottotetto e li respinge in relazione alla realizzazione del soppalco. Compensa le spese di giudizio, mentre il contributo unificato resta a carico della parte che lo ha anticipato.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Maiello, Presidente FF

Michele Buonauro, Consigliere, Estensore

Luca Cestaro, Consigliere

L'ESTENSORE  
Michele Buonauro

IL PRESIDENTE  
Umberto Maiello

IL SEGRETARIO