

Publicato il 03/01/2020

**N. 00034/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 04649/2016 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**

AUTIERO LUIGI e FUSCO GENNARO, rappresentati e difesi dall'Avv. Edoardo Borrelli con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, alla Via Volpicelli, n. 372 e domicilio digitale, come da p.e.c.: edoardoangeloborrelli@avvocatinapoli.legamail.it ;

***contro***

COMUNE DI SAN SEBASTIANO AL VESUVIO, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Valerio Barone, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, alla P. zza Sannazzaro, n. 71 e domicilio digitale, come da p.e.c.: valerioarone@avvocatinapoli.legalmail.it ;

***per l'annullamento***

dell'ordinanza n. 23 del 20.06.2016, notificata il 28.07.2016, a firma del Responsabile del Settore Edilizia e Territorio del Comune di San Sebastiano al Vesuvio, con la quale viene ordinata ai ricorrenti la demolizione di un

manufatto sito in San Sebastiano al Vesuvio in via G. Tuoro delle dimensioni mt. 7,00 x 6,40 x 3,20 h.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'intimato Comune;

Viste le produzioni delle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Uditi - Relatore alla pubblica udienza del 3 dicembre 2019 il dott. Vincenzo Cernese - i difensori delle parti come da verbale di udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ricorso, notificato il 13.10.2016 e depositato il giorno 31 successivo, Autiero Luigi - che, nel corso dell'anno 2009 aveva realizzato, su un fondo di proprietà Fusco Gennaro e da questi cedutogli in affitto, un manufatto di circa 45 mq., adibito a residenza del custode dell'area, con opere tutte da tempo ultimate e per le quali il ricorrente ha presentato richiesta di accertamento di conformità della compatibilità paesaggistica - ha impugnato, innanzi a questo Tribunale, l'ordinanza n. 23 del 20.06.2016 in epigrafe con cui il Responsabile del Settore Edilizia e Territorio del Comune di San Sebastiano al Vesuvio, letto il verbale di violazione n. 05/16 redatto dal Comando di Polizia Municipale, a seguito di sopralluogo effettuato in data 10.05.2016, a carico di Autiero Luigi, locatario, e Fusco Gennaro, proprietario, considerato che le opere ivi descritte risultavano essere prive di legittimità urbanistica, ordinava la demolizione delle opere abusivamente realizzate ed il ripristino entro 90 giorni dalla notifica dell'ordinanza dello stato dei luoghi, avvertendo per il caso di non

ottemperanza dall'avverarsi delle conseguenze previste dall'art. 31, co. 3, del d.P.R. 380/2001.

Si è costituito in giudizio l'intimato Comune, chiedendo il rigetto del ricorso, sì come improponibile, inammissibile e, comunque, infondato.

Alla pubblica udienza del 3 dicembre 2019 il ricorso è stato ritenuto in decisione.

Preliminarmente il difensore dei ricorrenti ha dichiarato la persistenza dell'interesse dei propri assistiti alla decisione.

Ciò posto con la prima censura si deduce l'illegittimità o l'inefficacia dell'impugnata ordinanza di demolizione stante l'intervenuta proposizione nei termini di legge dell'istanza di accertamento ex art. 167, D.L. vo 42/2004, con sospensione del procedimento amministrativo sanzionatorio fino alla decisione dell'istanza in sanatoria, al riguardo rilevandosi che, per costante orientamento della giurisprudenza amministrativa, la proposizione nei termini della richiesta ex art. 36 D.P.R. 380/01 come anche quella di quella ex art. 167 su citato, hanno come conseguenza giuridica implicita, di spostare l'interesse del soggetto colpito da ordinanza di demolizione, dal provvedimento stesso alla decisione della P.A. sull'istanza avanzata. Secondo parte ricorrente, corollario di tale condivisibile assunto è che viene fatto carico alla P.A., dopo l'eventuale diniego di sanatoria, di procedere nuovamente all'irrogazione della primigenia sanzione, onde consentire alla parte di ottemperare all'ingiunzione senza incorrere nell'acquisizione. Nella specie, essendo intervenuta nei termini un'istanza di accertamento, l'ordine di demolizione irrogato con il provvedimento impugnato, dovrebbe essere considerato sospeso di diritto fino alla decisione del Comune sull'istanza avanzata dalla parte, e comunque sarebbe divenuto inefficace.

La censura è priva di fondatezza.

Al riguardo, in disparte che non risulta provata da parti ricorrenti la presentazione e la pendenza dell'istanza di sanatoria ex art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001, l'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 167, D.L. vo 42/2004 allegata al ricorso, quanto alle conseguenze della mancata emanazione di un provvedimento espresso nei termini normativamente previsti è assoggettata al medesimo regime dell'istanza ex art. 36 citato: in entrambi i casi, la validità e l'efficacia dell'ordine di demolizione non risultano pregiudicate dalla successiva presentazione di un'istanza di accertamento di conformità, posto che nell'impianto normativo non è rinvenibile una previsione dalla quale possa desumersi un tale effetto.

Anche questa Sezione con indirizzo ormai consolidatosi ritiene che la presentazione della domanda di permesso in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001 - a differenza di quanto avviene per la domanda di condono in senso stretto - non influisce sul provvedimento emanato, né (essendo successiva allo stesso) determina l'improduttività di effetti di quest'ultimo per un periodo di tempo di 60 giorni, in quanto, decorso siffatto termine, la legge espressamente vi riconnette la formazione del provvedimento di rigetto, che è onere della parte tempestivamente impugnare, senza, quindi, poter addurre che dalla mera presentazione dell'istanza discenda la paralisi degli effetti del provvedimento sanzionatorio (la cui esecuzione resta solo temporaneamente sospesa, sino alla scadenza del termine suddetto); per un'applicazione si segnala la sentenza di questa Sezione, 03.10.2011, n.4608, con la quale si rileva che: << Ai sensi dell'art. 167, d.lg. n. 42 del 2004 è comunque precluso l'accertamento di compatibilità paesaggistica ex post ma, considerato lo spirare del termine di sessanta giorni previsto dall'art. 36 comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 per la formazione del silenzio - rigetto, l'istanza di sanatoria

proposta dal ricorrente deve ritenersi comunque respinta >>.

In tema, considerati ormai superati gli indirizzi giurisprudenziali richiamati in gravame, pertinente ed attuale è il richiamo alle sentenze per le quali << L'art. 36 comma 3, d.P.R. n. 380 del 2001 (già art. 13, l. n. 47 del 1985) configura a tutti gli effetti un'ipotesi di tipizzazione legale del silenzio serbato dall'Amministrazione. Pertanto, una volta decorsi inutilmente i richiamati sessanta giorni, sulla domanda di accertamento di conformità si forma a tutti gli effetti un atto tacito di diniego, con conseguente onere a carico dell'interessato di impugnarlo, nel termine processuale di legge, anch'esso pari a sessanta giorni, decorrente dalla data di formazione dell'atto negativo tacito, con la conseguenza che la presentazione della domanda di accertamento di conformità, successiva all'ordine di demolire gli abusi, non paralizza la prosecuzione dell'attività sanzionatoria del Comune, preposto alla tutela del governo del territorio. In sostanza, la domanda non determina altresì alcuna inefficacia sopravvenuta o caducazione ovvero invalidità dell'ingiunzione di demolire ma provoca esclusivamente uno stato di quiescenza e di temporanea non esecutività del provvedimento, finché perduri il termine di decisione previsto dalla legge e non si sia formato l'eventuale atto tacito di diniego. Pertanto, una volta decorso tale termine e in mancanza di impugnazione giurisdizionale tempestiva del diniego tacito, l'ingiunzione di demolizione riprende ipso facto vigore e non occorre in nessun caso una riedizione del potere sanzionatorio da parte dell'Amministrazione procedente >> (T.A.R. Napoli sez. III, 02/04/2015, n. 1982 e T.A.R. Napoli sez. III, 02/12/2014, n. 6302).

In ogni caso - contrariamente a quanto sostenuto da parte ricorrente che, in proposito, invoca l'emanazione di un provvedimento espresso, unitamente

alla rinnovazione dell'ordine di demolizione - decorsi sessanta giorni dalla presentazione dell'istanza di sanatoria senza l'emanazione di alcun provvedimento espresso, si forma senz'altro il silenzio rifiuto, senza che, però risulti impugnato, con la conseguenza che l'impugnata ordinanza di demolizione si consolida riprendendo piena efficacia (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16/04/2014, n. 1951).

Infine la giurisprudenza richiamata dalla ricorrente, relativamente al superamento dei pregressi provvedimenti sanzionatori, ritiene che ciò consegue unicamente alla presentazione di un'istanza di condono (c.d. sanatoria straordinaria in senso stretto), la cui presentazione comporta effettivamente ed ogni caso l'adozione di nuovi provvedimenti sanzionatori.

Con la seconda censura si deduce la nullità dell'ordinanza di ripristino per eccesso di potere (per erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, carente istruttoria, sproporzione della sanzione), sulla base della relazione tecnica allegata al ricorso, evidenziandosi la compatibilità dell'opera edile con il P.T.P. vigente, in virtù della destinazione dell'area su cui la stessa sorge e della sua compatibile destinazione d'uso rispetto al predetto strumento urbanistico, territoriale, atteso che:

- come si ben espone nell'istanza ex art. 167, sono assentibili in zona F2 e RUA, su cui insiste il manufatto, costruzioni a servizio dell'area da attrezzare, destinate a residenza dei custodi;
- inoltre la sanzione comminata appare del tutto sproporzionata, sia in considerazione delle modestissime dimensioni dell'abuso, sia della palese natura pertinenziale dello stesso, incidendo l'opera non incide su aspetti ambientali e paesaggistici di considerevole importanza e non rivestendo che una modesta rilevanza urbanistica;

- si evidenzia, quindi, la sussistenza del dedotto vizio dell'atto impugnato costituito da carenza di istruttoria anche in relazione alla sanzione del ripristino, in quanto, ad un più attento esame, l'Ente intimato avrebbe potuto irrogare la sanzione pecuniaria, più adeguata alla natura ed alle dimensioni dell'abuso.

La prospettazione di parte ricorrente non è condivisibile.

Orbene, in disparte i profili di inammissibilità della censura che appare più propriamente da riferire al silenzio-rifiuto formatosi sulle istanze di accertamento di compatibilità paesaggistica e di conformità urbanistica, silenzio tuttavia rimasto inoppugnato, decisivo è il rilievo che parte ricorrente non ha offerto adeguata prova (come era suo onere) della c.d. doppia conformità urbanistica, sia al momento della realizzazione dello stesso, che al momento della presentazione dell'istanza per la sua sanatoria, (non avendo, certo, l'Autorità urbanistica alcun obbligo di verificare d'ufficio l'astratta sanabilità dell'opera abusiva, prima di ingiungerne la demolizione), né la natura pertinenziale dell'intervento realizzato (abitazione del custode), dovendo, senz'altro, escludersi a priori che nel nostro ordinamento positivo vi sia posto per un c.d. abuso di necessità.

Trattasi, all'evidenza, di intervento di nuova costruzione ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. e), d.P.R. 380/2001, realizzato in assenza di permesso di costruire previsto dall'art. 22, da sanzionarsi unicamente con la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi ai sensi del successivo art. 31.

Inoltre le argomentazioni dei ricorrenti non tengono conto che essi hanno realizzato una nuova opera (“manufatto in muratura delle dimensioni di circa m. 7 x mt. 6,40 ed altezza variabile da mt. 3,20 a mt. 2,85 (.....)”, completo di intonaci, infissi ed impianti), in assenza di qualsivoglia titolo abilitativo sotto il profilo paesaggistico, in zona interessata da una pluralità

d vincoli puntualmente elencati nell'ordinanza impugnata alla quale si rinvia, sul punto richiamandosi la giurisprudenza di questa Sezione per la quale; << I provvedimenti repressivi di abusi edilizi non abbisognano di una specifica e diffusa motivazione, bastando al riguardo un ampio riferimento alle norme violate, nonché un adeguato e analitico richiamo di tutti i vincoli, paesaggistico - ambientali e di rischio sismico, nonché del fondamentale e corretto assunto circa l'insussistenza di un permesso di costruire >> (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 22/10/2015, n. 4968).

Con la terza censura si deduce l'eccesso di potere (per erroneità del presupposto di fatto determinato da insufficiente istruttoria e difetto di motivazione) in quanto la circostanza per la quale l'opera in oggetto esiste da circa dieci anni rende applicabile il cd. principio di affidamento del privato, in base al quale, il decorso di un lungo periodo di tempo dalla realizzazione dell'opera, legittima i ricorrenti a ritenere di vantare un diritto assoluto alla detenzione dello stesso, per modo che il Comune potrebbe disporre la demolizione di dette opere solo in caso di prevalenza dell'interesse pubblico sull'interesse privato, tale da rendere necessario un tale provvedimento. Con l'ausilio della giurisprudenza richiamata i ricorrenti sostengono che, nel caso in cui, dato il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso e per il protrarsi dell'inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento del privato, sussisterebbe a carico della P.A: un onere di congrua e puntuale motivazione che indichi, avuto riguardo anche alla vetustà, all'entità ed alla tipologia dell'abuso, il pubblico interesse idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato.

La censura non coglie nel segno.

Posto che l'abuso in discussione circa l'epoca di sua realizzazione risulta



non databile, nulla al riguardo, i ricorrenti avendo provato, decisivo è il rilievo che, in materia di abusi edilizi l'ordine di demolizione è e resta comunque un atto vincolato il quale non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né tantomeno una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non essendo configurabile alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di illecito permanente che il tempo non può legittimare in via di fatto (Cfr. ex multis, T.A.R. Napoli Campania, sez. IV, n. 03614/2016; T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13 dicembre 2013, n. 2480; T.A.R. Basilicata, sez. I, 6 dicembre 2013, n. 770).

In argomento, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato è intervenuta di recente a rilevare che il decorso del tempo dalla commissione dell'abuso non priva la P.A. del potere di adottare l'ordinanza di demolizione, in quanto: << L'art. 31, comma 4-bis, d.p.r. n. 380 del 2001 (introdotto dal comma 1, lettera q-bis) dell'art. 17 d.l. 12 settembre 2014 n. 133), chiarisce che il decorso del tempo dal momento del commesso abuso non priva giammai l'Amministrazione del potere di adottare l'ordine di demolizione, configurando piuttosto specifiche - e diverse - conseguenze in termini di responsabilità in capo al dirigente o al funzionario responsabili dell'omissione o del ritardo nell'adozione di un atto che è e resta doveroso nonostante il decorso del tempo. >> (Consiglio di Stato ad. plen., 17/10/2017, n.9).

In sostanza, la decisione della Plenaria superando l'orientamento giurisprudenziale che richiedeva un onere motivazionale particolarmente rafforzato nel caso di esercizio del potere sanzionatorio di un abuso edilizio a distanza di tempo dalla sua realizzazione ritiene che l'ordinanza di

demolizione di un manufatto abusivo è legittimamente adottata senza alcuna particolare motivazione (se non quella relativa all'accertata abusività dell'opera) indipendentemente dal lasso temporale intercorso dalla commissione dell'abuso, dovendosi escludere in radice ogni legittimo affidamento in capo al responsabile dell'abuso. Successivamente all'emanazione della citata sentenza dell'Adunanza Plenaria l'orientamento è stato ribadito da Cons. Stato, IV, 28 febbraio 2017 n. 908, evidenziando che: << La repressione degli abusi edilizi è espressione di attività strettamente vincolata e non soggetta a termini di decadenza o di prescrizione, potendo la misura repressiva intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall'epoca della commissione dell'abuso. Invero, 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. L'interesse del privato al mantenimento dell'opera abusiva è necessariamente recessivo rispetto all'interesse pubblico all'osservanza della normativa urbanistico-edilizia e al corretto governo del territorio >>.

In definitiva, il ricorso si appalesa infondato e va, quindi, respinto.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- a) lo respinge;
- b) condanna i ricorrenti al pagamento in favore della resistente amministrazione comunale, delle spese di lite complessivamente

quantificate in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri accessori, come per legge.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2019

con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Vincenzo Cernese, Consigliere, Estensore

Giuseppe Esposito, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Vincenzo Cernese**

**IL PRESIDENTE**  
**Anna Pappalardo**

**IL SEGRETARIO**