

Pubblicato il 25/03/2024

N. 01995/2024 REG.PROV.COLL.

N. 04949/2020 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4949 del 2020, proposto da
OMISSIS;

contro

Comune di Pozzuoli, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso
dall'avvocato Luca Zanchini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di
Giustizia;

per l'annullamento

dell'ordinanza del 5.10.2020 del Comune di Pozzuoli, notificata in data 12.10.2020,
avente ad oggetto ingiunzione di demolizione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2024 il dott. Rocco Vampa e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente è proprietaria di un immobile sito in Pozzuoli, alla via OMISSIS.

1.1. Con la ordinanza impugnata, del 5 ottobre 2020, il Comune di Pozzuoli ingiungeva la demolizione delle opere abusive ivi acclamate con relazione tecnica dell'11 luglio 2020, consistenti nella realizzazione di una piscina con i conseguenti volumi interrati, in difetto di titolo edilizio.

1.2. Avverso detto provvedimento insorgeva parte ricorrente avanti questo TAR, a mezzi di gravame essenzialmente deducendo:

- incompetenza – violazione dell'art. 6, comma 2, della l. 15.05.1997, n. 127 – dell'art. 107 e 109 del d.l.vo, n. 267/2000 – eccesso di potere, stante la incompetenza del dirigente alla adozione della gravata ordinanza, che per contro avrebbe dovuto essere emanata dal Sindaco in conformità delle previsioni statutarie; all'uopo non rileverebbero le previsioni dell'art. 107 TUEL, non operanti in mancanza delle necessarie disposizioni attuative di matrice statutaria;

- violazione e falsa applicazione del d.p.r. 6.6.2001 n. 380 – eccesso di potere per carenza assoluta dei presupposti di fatto e di diritto – illogicità – contraddittorietà – perplessità' – carenza di pubblico interesse, vertendosi in tema di opere da sempre esistenti, che sarebbero state soltanto risistemate, con trasformazione in piscina pertinenziale al fabbricato rurale di antica costruzione, senza alcuna alterazione dei volumi; di qui la possibilità di realizzarla senza permesso di costruire e la assoggettabilità, al più, alla sanzione pecuniaria *“pari al doppio dell'aumento del valore venale dell'immobile conseguente alla realizzazione delle opere stesse”*;

- violazione e falsa applicazione degli artt. 31, e 33 del d.p.r. 380/2001 – artt. 31 e 48 della l. n. 457/78 come sostituito dall’art. 3 del d.p.r. 380/2001 – violazione art 4 l. 04.12.1993, n. 493, come modificato dall’art. 2, comma 60, l. n. 662/96 – artt. 22, 23 e 137 del d.p.r. 380/2001 – eccesso di potere; in ogni caso, trattandosi “tutt’al più di una “ristrutturazione” (relativa a parte minima) della preesistente vasca irrigua, per motivi strettamente conservativi”, la Amministrazione avrebbe omesso di valutare la possibilità di “ridurre l’immobile in pristino stato” e, in caso di impossibilità, di applicare la sanzione pecuniaria; né sarebbero individuate le opere abusive rispetto a quelle preesistenti;

- violazione di legge – violazione e falsa applicazione dell’art. 31 del d.p.r. 380/2001 sotto altro profilo – violazione degli artt. 24, 31 e 113 Cost., stante la mancata, puntuale, indicazione dell’area di sedime oggetto di acquisizione in caso di inottemperanza; in via subordinata, di poi, si prospetta la questione di costituzionalità della norma *in parte qua*, determinando “*effetti espropriativi, al di fuori ed al di là di quelli tipici della sanzione amministrativa*”;

- violazione di legge (artt. 3, 7 e 13 l. 07.08.90, n. 241) – violazione del giusto procedimento – eccesso di potere – difetto assoluto di istruttoria; stante la pretermissione delle guarentigie procedurali spettanti alla ricorrente;

- difetto di motivazione – eccesso di potere – travisamento dei fatti – sviamento – illogicità – contraddittorietà – ingiustizia manifesta; l’atto sarebbe, ancora, afflitto da difetto di motivazione e di istruttoria, non avendo minimamente dato conto della valutazione delle opere nuove eseguite rispetto alla preesistente struttura né della data di loro realizzazione.

1.3. Si costituiva la intimata Amministrazione civica, instando per la reiezione del gravame e la causa, al fine, veniva introitata per la decisione all’esito della udienza pubblica del 7 febbraio 2024.

2. Il ricorso non è fondato.

2.1. Va in primo luogo scrutinato il primo mezzo che, in ossequio all'indefettibile *ordo quaestionum* (CdS, a.p. 5/15) che connota il processo amministrativo ed a prescindere da una eventuale volontà di graduazione della parte ricorrente (volontà peraltro, nella fattispecie, non mai disvelatasi), assume carattere preliminare, ponendo questioni di incompetenza e di mancato esercizio del potere da parte dell'organo competente a rendere un parere, che nel caso che ne occupa dovrebbe individuarsi nella commissione edilizia.

2.1.1. Il mezzo non è fondato.

2.1.2. E, invero, costituisce dato affatto ricevuto quello in virtù del quale *“L'adozione dell'ordinanza di demolizione di opere sine titulo rientra nella competenza del dirigente comunale ovvero, nei Comuni sprovvisti della qualifica, in quella dei responsabili degli uffici e servizi, dovendo ritenersi implicitamente abrogata ogni disposizione che faccia riferimento alla competenza del Sindaco in materia”*, a nulla potendo per certo rilevare la assenza di disposizioni attuative in tal senso dello statuto comunale ovvero di matrice regolamentare, discendendo tale attribuzione direttamente dalla legge, e ciò già con l'art. 2, comma 12, l. 16 giugno 1998 n. 191 (TAR Campania, IV, 4 luglio 2019, n. 3700; Id. VI, 1 febbraio 2019, n. 537; Id., id., 6 marzo 2018, n. 1416).

2.2. Il secondo e il terzo mezzo, ben suscettibili di congiunto scrutinio, non sono fondati.

2.2.1. Non si rinvencono ragioni, invero, per deflettere dall'orientamento già assunto in sede cautelare, per cui la *“la realizzazione di un piscina non può essere intesa sotto il profilo urbanistico-edilizio come pertinenza dando luogo a una durevole trasformazione del territorio (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. III 3 febbraio 2020, n. 483) e non è stato fornito neppure un principio di prova che la struttura fosse preesistente e che quindi sia stato eseguito un intervento di manutenzione o di restauro e risanamento conservativo di strutture già esistenti”*.

2.2.2. Di nessuna pertinenza –rientrante nell'alveo dell'art. 6 del D.P.R. 380/01 che enuclea gli interventi che costituiscono la c.d. “attività edilizia libera” e tra di essi,

alla lettera e), “*gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici*”- è a parlarsi nella fattispecie.

2.2.3. Orbene, al fine di stabilire se la piscina realizzata dalla ricorrente sia (o meno) un elemento di arredo “pertinenziale” (da ciò dipendendo la sua riconducibilità o meno all’alveo dell’edilizia libera), occorre richiamare il concetto di pertinenza rilevante ai fini urbanistici.

2.2.4. Secondo giurisprudenza pacifica, l’accezione civilistica di pertinenza è più ampia di quella applicata nella materia urbanistico-edilizia.

2.2.5. In particolare, si è affermato che: “*i) "la pertinenza urbanistico-edilizia è configurabile allorquando sussista un oggettivo nesso che non consenta altro che la destinazione della cosa ad un uso servente durevole e sussista una dimensione ridotta e modesta del manufatto rispetto alla cosa a cui esso inerisce"; ii) "a differenza della nozione di pertinenza di derivazione civilistica, ai fini edilizi il manufatto può essere considerato una pertinenza quando è non solo preordinato ad un’oggettiva esigenza dell’edificio principale ed è funzionalmente inserito al suo servizio, ma anche allorquando è sfornito di un autonomo valore di mercato e non comporta un cosiddetto "carico urbanistico" proprio in quanto esauriscono la loro finalità nel rapporto funzionale con l’edificio principale"*» (CdS, VI, 26 aprile 2021, n. 3318; TAR Lazio, II, 19 novembre 2021, n. 11976).

Nello stesso senso è stato condivisibilmente affermato che «*la nozione di pertinenza urbanistica ha peculiarità sue proprie, che la differenziano da quella civilistica dal momento che il manufatto deve essere non solo preordinato ad una oggettiva esigenza dell’edificio principale e funzionalmente inserito al suo servizio, ma deve essere anche sfornito di autonomo valore di mercato e dotato comunque di un volume modesto rispetto all’edificio principale, in modo da evitare il c.d. carico urbanistico (cfr., ex multis, T.A.R. Catania n. 4564/2010), sicché gli interventi che, pur essendo accessori a quello principale, incidono con tutta evidenza sull’assetto edilizio preesistente, determinando un aumento del carico urbanistico, devono ritenersi sottoposti a permesso di costruire (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 10 maggio 2018, n. 3115); tale criterio è stato applicato*

anche con specifico riguardo alla realizzazione di una piscina nell'area adiacente all'abitazione, la quale, in ragione della funzione autonoma che è in grado di svolgere rispetto a quella propria dell'edificio al quale accede, non è pertanto qualificabile come pertinenza in senso urbanistico (T.A.R. Campania, Napoli sez. III, 30 marzo 2018 n. 2033; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 11 gennaio 2018, n. 194; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 16 marzo 2017, n. 1503)» (TAR Campania, II, 30.05.2018, n. 3569).

2.2.6. Con specifico riguardo, poi, alla fattispecie della piscina, questo TAR ha ancora di recente chiarito (TAR Campania, VI, 7 gennaio 2022, n. 105) che *“in particolare, quanto alla piscina, non appare ultroneo specificare che, secondo condivisa giurisprudenza: a) "tutti gli elementi strutturali concorrono al computo della volumetria del manufatto, siano essi interrati o meno, e fra di essi deve intendersi ricompresa anche la piscina, in quanto non qualificabile come pertinenza in senso urbanistico in ragione della funzione autonoma che è in grado di svolgere rispetto a quella propria dell'edificio al quale accede" (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, VII, n. 3358/2018); b) pertanto, “la realizzazione di una piscina è configurabile come intervento di ristrutturazione edilizia ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. d), d.P.R. n. 380 del 2001, nella misura in cui realizza l'inserimento di nuovi elementi ed impianti, ed è quindi subordinata al regime del permesso di costruire, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. c), dello stesso d.P.R., in quanto comporta una durevole trasformazione del territorio” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. IV, 14/11/2011, n. 5316)”*.

2.2.7. In ossequio ai superiori principi, pertanto, ben può dirsi che l'opera abusiva contestata nel caso di specie (*id est* la realizzazione di una piscina adiacente all'edificio di proprietà della ricorrente) – lungi dal costituire una mera pertinenza urbanistica – rientra certamente nella categoria della ristrutturazione edilizia, tenuto conto della sua autonoma funzionalità, nonché del suo autonomo valore di mercato e della sua intrinseca attitudine a trasformare in modo durevole il territorio.

2.2.8. Né può rilevare la labiale allegazione di parte ricorrente circa la mera “risistemazione” di manufatti preesistenti.

2.2.9. Ora, costituisce dato pacifico quello in forza del quale, l'onere della prova circa la effettiva natura ed entità dei lavori, nonché circa la effettiva natura e dimensione delle preesistenti opere su cui i nuovi interventi impattano, grava in capo al soggetto che allega di avere realizzato essi lavori e allega le ridette preesistenze; trattandosi di soggetto nella cui sfera di signoria, quale responsabile dell'abuso o proprietario, ricade la condotta e il bene immobile su cui insiste (TAR Campania, VI, 26 giugno 2020, n. 2680; CdS, II, 30 aprile 2020, n. 276; CdS, VI, 24 gennaio 2020, n. 588).

2.2.10. E ciò anche in ossequio al cd. *“principio di vicinanza della prova”*, in forza del quale è ragionevolmente *esigibile* da chi ha posto in essere le opere la produzione di evidenze documentali atte a comprovare la natura di esse opere, anche attraverso riferimenti alla effettiva consistenza dell'immobile, sia *ex ante* che *ex post* (TAR Campania, VI, 28 maggio 2020, n. 2043; TAR Lombardia, I, 26 settembre 2018, n. 2143) e la epoca di realizzazione.

2.2.11. Si è all'uopo rimarcato, con statuizioni rese in tema di condono edilizio ma che ben si attagliano anche alla fattispecie in esame, che *“ai fini della concessione del condono edilizio, l'Amministrazione, pur dovendo sempre espletare un'istruttoria adeguata anche relativamente all'epoca della edificazione (onde individuare il regime giuridico di riferimento), non deve fornire, quale condizione di legittimità per l'irrogazione della sanzione, (anche) prova certa dell'epoca di realizzazione dell'abuso. Ricade, infatti, in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) l'onere di provare la data di ultimazione (con difforme destinazione d'uso) delle opere edilizie, dal momento che solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto. In difetto di tali prove, resta integro il potere dell'Amministrazione di negare la sanatoria dell'abuso e il suo dovere di irrogare la sanzione demolitoria (ex plurimis Consiglio di Stato, sez. IV, 03/02/2017, n. 463; Consiglio di Stato, sez. IV, 15/06/2016, n. 2626; Consiglio di Stato, sez. VI, 27/07/2015, n. 3666)”* (CdS, VI, 27 marzo 2018, n. 1927).

Nella fattispecie nessun principio di prova è stato fornito dalla parte ricorrente, tale da incrinare gli acclaramenti operati dagli uffici comunali.

2.2.12. Quanto alla censura concernente la mancata applicazione della sanzione pecuniaria, va quivi richiamato quanto costantemente affermato *in subiecta materia*, per cui:

- *“l'applicabilità della sanzione pecuniaria, in deroga alla regola generale della demolizione, propria degli illeciti edilizi, presuppone la dimostrazione della oggettiva impossibilità di procedere alla demolizione delle parti difformi senza incidere, sul piano delle conseguenze materiali, sulla stabilità dell'intero edificio. Inoltre, l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico”* (CdS, VI, 10 gennaio 2020, n. 254);

- *“la valutazione circa la possibilità di dare corso alla applicazione della sanzione pecuniaria a fronte di una opera abusiva in luogo di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire, con la conseguenza 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 della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive, dimodoché la verifica di cui all'art. 33, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 va compiuta su segnalazione della parte privata durante la fase esecutiva e non dall'Amministrazione procedente all'atto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio”* (CdS, II, 24 marzo 2021, n. 2493; Id., VI, 13 maggio 2021, n. 3783);

- *“le disposizioni dell'art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001 devono essere interpretate nel senso che la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria debba essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione”* (TAR Campania, II, 6 febbraio 2023, n. 833).

2.3. Anche il quarto mezzo non è fondato.

2.3.1. L'omessa o imprecisa indicazione di un'area che verrà acquisita di diritto al patrimonio pubblico non costituisce motivo di illegittimità dell'ordinanza di demolizione, giusta l'inveterato insegnamento per cui l'omessa, puntuale, indicazione dell'area suscettibile di essere acquisita gratuitamente al patrimonio del Comune in caso di inottemperanza all'ordine di demolizione, non mai vale a minare la validità ed efficacia dell'ordine di demolizione (*e pluribus*, Tar Campania, VI, 2 febbraio 2021, n. 697; TAR Lombardia, II, 3 gennaio 2023, n. 54).

2.3.2. La ingiunzione a demolire -indirizzata al trasgressore, ovvero al proprietario dell'area- è direttamente finalizzata al ripristino dello stato dei luoghi nel termine di 90 giorni.

2.3.3. La acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere, della relativa area di sedime e dell'area di pertinenza urbanistica, costituisce –invero- una conseguenza discendente *ex lege ed ex post* dalla inottemperanza all'ordine impartito; la puntuale individuazione e delimitazione della effettiva latitudine di tale effetto legale di ablazione, indi, ben può essere oggetto di successive certazioni ad opera della Autorità (TAR Campania, VI, 18 luglio 2023, n. 4380).

2.3.4. Tutt'affatto irrilevanti, di poi, si appalesano gli adombrati dubbi di costituzionalità della norma che ne occupa, di poi, giusta la pluriennale giurisprudenza formatasi *in subiecta materia*.

2.4. Anche il quinto mezzo, con cui si veicolano censure afferenti alla asserita violazione delle prerogative di partecipazione procedimentale spettanti alla ricorrenti, non è fondato, atteso che, siccome si è avuto modo di illustrare *supra* in sede di negativo scrutinio dei motivi “afferenti al merito”, il contenuto dispositivo dell'impugnato provvedimento non avrebbe potuto essere diverso.

2.4.1. La certazione giudiziale della legittimità della azione provvedimentale quivi censurata rende irrilevante la (asserita) pretermissione procedimentale, attesa la inidoneità di un qualsiasi apporto collaborativo a determinare una differente

conclusione della vicenda (TAR Campania, VI, 20 luglio 2020, n. 3210; TAR Lombardia, I, 26 settembre 2018, n. 2145).

2.4.2. La ricaduta patologica di tale lamentata violazione “formale e/o procedimentale” è quindi sterilizzata dall’applicazione dell’art. 21-*octies* della legge 241/90, norma che ben si attaglia anche alla omessa comunicazione di avvio del procedimento finalizzato alla adozione della ingiunzione a demolire.

2.4.3. D’altra parte, costituisce dato pacifico quello in forza del quale ai fini dell’adozione di provvedimenti sanzionatori di abusi edilizi, stante la natura vincolata degli stessi, non è necessaria la preventiva comunicazione dell’avvio del procedimento (TAR Campania, VI, 10 agosto 2020, n. 3560; CdS, VI, 12 maggio 2020, n. 2980; CdS, VI, 11 marzo 2019, n. 1621).

2.5. Quanto alla ultima censura di carenza motivazionale, è sufficiente il rilevare, sul punto, che nessun vizio di natura motivazionale *stricto sensu* intesa può affliggere il gravato provvedimento di ingiunzione a demolire trattandosi di atto che - certando la esistenza di un illecito edilizio, ed irrogando la relativa sanzione - necessita di *giustificazione*, più che di motivazione (TAR Campania, VI, 31 maggio 2023, n. 3329) consistente:

- nell’*acclaramento* dei fatti, *id est* della realizzazione delle opere e degli interventi edilizi;
- nella *sussumibilità* di tali interventi nel novero di quelli necessitanti di un titolo abilitativo;
- nella certazione della loro realizzazione, di contro, *in assenza* del prescritto provvedimento abilitante (TAR Campania, VI, 18 luglio 2023, n. 4380).

2.5.1. Di qui il consolidato insegnamento a mente del quale i provvedimenti repressivi di abusi edilizi, in quanto espressione di *actio* vincolata nel contenuto, non abbisognano di specifica motivazione - intesa come estrinsecazione della scelta della preminenza dell’interesse pubblico al ripristino dell’ordine giuridico infranto, all’esito di una ponderazione dei contrapposti interessi in giuoco - bensì di un

supporto giustificativo, *id est* della certazione della esistenza di attività edilizia realizzata in dispregio delle regole (TAR Campania, VI, 10 agosto 2020, n. 3560, cit.; Id., id., 22 maggio 2020, n. 1939).

3. Infine, non si rinvengono ragioni per deflettere dalla regola generale in forza della quale le spese seguono la soccombenza, nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di lite, che si liquidano in € 4.000,00, 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 7 febbraio 2024 con l'intervento dei signori magistrati:

Santino Scudeller, Presidente

Rocco Vampa, Primo Referendario, Estensore

Mara Spatuzzi, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Rocco Vampa

IL PRESIDENTE
Santino Scudeller

IL SEGRETARIO