

Pubblicato il 03/01/2024

N. 00137/2024REG.PROV.COLL.

N. 02224/2017 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2224 del 2017, proposto da
OMISSIS;

contro

Comune di Pollena Trocchia, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione
Terza) n. 4086/2016, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 13
novembre 2023 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino. Nessuno è comparso per le

parti costituite in collegamento da remoto attraverso videoconferenza, con l'utilizzo della piattaforma "Microsoft Teams".

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR Campania gli odierni appellanti invocavano l'annullamento:

a) dell'ordinanza di demolizione n. OMISSIS/E.P. del 29 aprile 2010;

b) di ogni altro atto preordinato, presupposto, connesso, collegato e conseguente, ivi compresa la Nota informativa n. OMISSIS/P.M. del 29 marzo 2010.

2. In fatto i ricorrenti esponevano:

- di essere proprietari dell'immobile sito in nel Comune di Pollena Trocchia alla Via OMISSIS e di ivi svolgervi un'attività di agriturismo;

- di aver ottenuto in data 28 settembre 1999 l'autorizzazione comunale (n. 43) per eseguire lavori di manutenzione straordinaria e di recupero conservativo, consistenti in: a) consolidamento statico delle fondazioni; b) consolidamento statico delle murature portanti; c) creazione di un vespaio; d) rifacimento intonaci interni ed esterno; e) ripristino tettoia perimetrale al fabbricato; f) consolidamento del solaio di copertura; g) opere interne;

- di aver eseguito alcune modifiche non autorizzate, relativamente alle quali avevano presentato istanza di condono edilizio in data 26 aprile 2004 con correlata istanza di compatibilità paesaggistica (datata 31 gennaio 2005);

- di aver ricevuto in data 29 aprile 2020 un provvedimento con cui il Comune di Pollena Trocchia ordinava la demolizione delle seguenti opere edilizie: a) chiusura con elementi in legno, ferro e vetri delle tettoie esistenti e ampliamento delle stesse di m. 3,50 su di un lato e m. 2,00 su un altro lato, determinando una maggiore

superficie di ingombro, nonché un aumento di altezza di circa cm. 80 al colmo della falda, ottenendo un ambiente con all'interno tavoli e sedie; b) trasformazione di una stalla in un manufatto di m. 25,00 di lunghezza e m. 6,80 di larghezza, con copertura ad unica falda di altezza alla gronda di m. 3,30 e m. 4,80 al colmo, composto da un ambiente con all'interno depositati attrezzi per il vino e da 4 miniappartamenti, con soppalco in legno e servizio igienico, allo stato incompleti, mancanti delle attintura, infissi interni ed esterni, impianti quasi ultimati, con porta d'ingresso; c) realizzazione di una tettoia per ricovero di animali, in prosieguo del predetto manufatto, di m. 10,30 x 6,80 m., di altezza m. 2,15. Due pollai in legno, ferro e rete coperti con tegole, di 4,40 x 6,00 di altezza m. 1,90 e di m. 7,00 x 5,00 di altezza m. 2,50; d) realizzazione di un gazebo di mq. 73 circa, con all'interno tavoli e sedie;

- di aver impugnato detto provvedimento dinnanzi al TAR Campania, lamentandone l'illegittimità sotto diversi profili e chiedendone, pertanto, l'annullamento.

2. Il giudice di prime cure respingeva il ricorso.

Preliminarmente, il TAR riteneva che le argomentazioni sviluppate nella memoria conclusionale fossero inammissibili in quanto nuove rispetto a quelle contenute del ricorso introduttivo.

Nel merito, il TAR:

- escludeva l'efficacia del provvedimento di sospensione della demolizione del gazebo, pronunciata dal medesimo Tribunale in altro giudizio con ordinanza della quarta sezione, n. 1212/03, in quanto il detto giudizio risultava estinto per prescrizione;

- accertava che le opere sanzionate con l'ordinanza impugnata, a seguito di accertamenti della Polizia Municipale con atti facenti fede privilegiata, in quanto comportanti la creazione di "nuove opere" e l'inserimento di elementi nuovi nella preesistente struttura, necessitassero del permesso di costruire ai sensi dell'art. 31

DPR n. 380/2001, nonché dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 D.Lgs. n. 42/2004, neppure considerabili “pertinenziali”;

- riteneva infondate le censure aventi ad oggetto la violazione del vincolo sismico di cui alla L. n. 64/1974 e quelle aventi ad oggetto la mancanza di interesse pubblico sotteso all'ordine di demolizione.

3. Avverso la pronuncia indicata in epigrafe propongono appello gli originari ricorrenti che ne chiedono la riforma, lamentandone l'erroneità sotto diversi profili. Con il primo motivo d'appello è censurata l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha dichiarato inammissibili le argomentazioni sviluppate nella memoria conclusionale rispetto ai motivi di gravame, sull'assunto che le stesse apparivano integrare deduzioni ulteriori e diverse, come tali proposte tardivamente e non notificate.

Al contrario, la memoria conclusionale, limitandosi ad offrire un'illustrazione esplicativa dei precedenti motivi di gravame, non avrebbero comportato alcun ampliamento del *thema decidendum*.

Con il secondo motivo è censurata la sentenza nella parte in cui ha escluso l'efficacia dell'ordinanza cautelare di sospensione dell'ordine di demolizione n. 138/2002.

Il Giudice avrebbe dovuto considerare che, al momento dell'adozione del provvedimento demolitorio ad oggetto del presente giudizio (datato 30 aprile 2010), la menzionata ordinanza di sospensione era ancora del tutto valida ed efficace e che la perenzione del precedente giudizio recante – nell'ambito del quale la detta ordinanza di sospensione era stata adottata – era avvenuta solo successivamente, con decreto presidenziale n. 5028 del 21.02.2013.

Gli appellanti eccepiscono poi l'erroneità nella sentenza nella parte in cui ha rigettato la censura avente ad oggetto la carenza di interesse dell'amministrazione alla demolizione in considerazione del fatto che, prima dell'emanazione del provvedimento demolitorio, le ricorrenti avevano comunicato al Comune la propria

volontà di uniformarsi a quanto contestato in sede di avvio del procedimento. Il Tar ha rigettato il motivo ritenendo che la suddetta comunicazione non fosse stata acquisita agli atti del giudizio. Stando agli appellanti, il Collegio sarebbe stato comunque sostanzialmente a conoscenza della comunicazione, poiché il detto documento sarebbe stato depositato in un coevo giudizio intercorrente tra le stesse parti.

Con il terzo motivo d'appello è censurata la sentenza nella parte in cui ha escluso la natura pertinenziale dell'opera realizzata.

L'amministrazione avrebbe dovuto considerare la natura dei luoghi, nonché la tipologia, la natura, la valenza e la funzione degli interventi posti in essere e la normativa di rilievo applicabile.

Contrariamente a quanto statuito, I) il gazebo, aperto sui quattro lati, non avrebbe comportato alcun apprezzabile e significativo incremento volumetrico e II) la tettoia di ricovero, considerata la sua funzione di asservimento alla res principale, avrebbe certa natura pertinenziale. Anche a volerne escludere la natura pertinenziale, la tettoia costituirebbe intervento di ristrutturazione edilizia sottoposto al regime della SCIA.

Con il quarto motivo di d'appello è censurata la sentenza nella parte in cui ha escluso che gli interventi di trasformazione del preesistente manufatto adibito a stalla avessero natura di ristrutturazione edilizia.

L'intervento non avrebbe comportato alcuna modifica della sagoma e/o dei volumi preesistenti, sicché non sarebbe qualificabile quale "nuova costruzione" come erroneamente statuito dal TAR.

Con il quinto motivo d'appello è censurata la sentenza nella parte in cui ha rigettato la censura avente ad oggetto la violazione delle disposizioni in materia antisismica di cui alla L. n. 64/1974, per assenza di alcuna ipotesi di abuso in contrasto sostanziale con la detta normativa, che non prevede la sanzione demolitoria in caso di abusi

solo formali, relativi al mancato rispetto di incombenze meramente procedurali, nonché l'incompetenza dell'amministrazione comunale ad adottare alcun provvedimento in materia, stante la specifica competenza dell'autorità regionale.

Con il sesto motivo d'appello è censurata la sentenza nella parte in cui, facendo leva sul carattere vincolato degli atti sanzionatori in materia edilizia, statuisce che essi non richiedono 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.

Con il settimo ed ultimo motivo d'appello è censurata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che gli interventi realizzati fossero "di nuova costruzione" e pertanto non suscettibili di condono in quanto realizzati in area sottoposta a vincolo ai sensi dell'art. 32, co. 27, lett. d), del D.L. n. 269/2003, ed in quanto eccedenti dalla tipologia di cui ai nn. 4,5 e 6 dell'All. 1 richiamato dall'art. 32, co. 26, lett. a) della detta normativa.

4. L'amministrazione comunale non si è costituita in giudizio.

5. All'udienza pubblica del 13 novembre 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. L'appello è infondato e non merita di essere accolto.

6.1. Con il primo motivo di appello si sostiene che con la memoria conclusionale gli originari ricorrenti si sarebbero limitati ad offrire ulteriore argomentazione delle censure già ritualmente sollevate in sede di gravame originario, sia in ordine alla natura eminentemente pertinenziale delle opere oggetto di contestazione, senza incremento di volumetria e in parte riferite a mero restauro di precedente tettoia di copertura per ricovero di animali, sia con riguardo alla richiamata natura di struttura agrituristica del complesso cui le dette opere rimanevano funzionalmente collegate. La censura è infondata, dal momento che nella citata memoria conclusionale gli originari ricorrenti non si limitano a sviluppare le censure ritualmente introdotte, ma

ne aggiungono di altre com'è è evidente proprio dall'incipit della citata memoria all'interno della quale si lamenta la violazione della legge 96/2006, dell'art. 3, comma 3, della l.r. Campania, n. 15/2008 e dell'art. 2 comma 8, della l.r. Campania n. 19/2021, dalla cui disciplina discenderebbe che il mutamento di destinazione d'uso che avrebbe rappresentato il *proprium* degli interventi sanzionati rientrerebbe nell'ambito della manutenzione straordinaria.

6.2. Gli appellanti con il secondo motivo di appello censurano il mancato rilievo da parte del TAR in ordina il fatto che il Comune avrebbe emesso il provvedimento demolitorio impugnato senza minimamente far riferimento alla compiuta spontanea opera demolitoria, conforme al precetto sindacale, nonché al provvedimento di sospensione della demolizione del gazebo, pronunciata dallo stesso TAR Campania, con ordinanza della quarta sezione, n. 1212/03, emessa nel giudizio recante R.G. 736/2003. Si tratta di conclusioni che non possono essere condivise.

6.2.1. Quanto alla supposta carenza di interesse dell'amministrazione comunale alla disposta demolizione in considerazione che, prima ancora della notifica (30.4.2010) del provvedimento impugnato, in data 28.4.2010 avevano presentato al Comune medesimo un'istanza in cui avrebbe manifestato la propria disponibilità, non rileva in alcun modo che le parti avessero depositato in altro giudizio documentazione comprovante la loro iniziativa, atteso che nel giudizio amministrativo vige in materia probatoria il principio dispositivo con metodo acquisitivo, ma da ciò deriva che il giudice amministrativo può intervenire a favore del ricorrente nell'acquisizione dei soli elementi di prova dei fatti che allega, ma che non sono nella sua disponibilità. Evenienza nella specie non sussistente dal momento che l'istanza in questione era stata formata dagli stessi originari ricorrenti.

6.2.2. La circostanza che non fosse intervenuta la perenzione del giudizio nel quale era stata adottata l'ordinanza cautelare al momento dell'adozione del provvedimento demolitorio ad oggetto del presente giudizio non rileva in alcun modo, dal momento

che l'ordinanza cautelare non esplica alcun effetto una volta che il giudizio nel quale è stata resa risulta concluso, essendo la sua efficacia assorbita dalla pronuncia che conclude il giudizio. Né può attribuirsi una capacità viziante al paventato mancato rispetto dell'ordinanza in questione, dal momento che ciò implicherebbe affermare un'ultrattività degli effetti dell'ordinanza cautelare in contrasto con la disciplina processuale.

6.3. Quanto al terzo motivo di appello con il quale censura con cui gli attuali appellanti lamentano che il TAR non abbia accolto la loro tesi circa la natura pertinenziale delle opere eseguite, come tali non necessitanti di alcun provvedimento concessorio. Non possono non confermarsi le conclusioni raggiunte dal primo giudice in ragione della nozione di pertinenza individuata dalla giurisprudenza di questo Consiglio (da ultimo, Cons. St., Sez. II, 31 luglio 2023, n. 7420), secondo la quale la qualifica di pertinenza è applicabile soltanto ad opere di modesta entità e accessorie rispetto ad un'opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici *et similia*, ma non anche ad opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotino per una propria autonomia rispetto all'opera cosiddetta principale e non siano coesenziali alla stessa, tale, cioè, che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica. In questo senso né la tettoia né il gazebo possono essere qualificati come pertinenze. Né vale indicare l'art. 3, co. 1, lett. d), T.U. n. 380/2001, sostenendo che si tratterebbe di interventi al più semplificato regime della SCIA di cui all'art. 22, atteso che si tratta di opere realizzate in area sottoposta a vincolo, non potendosi argomentare dalla circostanza che il vigente PUT approvato con D.M. del 14/12/1995 vieterebbe esclusivamente gli interventi edilizi che comportino un incremento di volumetria, la possibilità di fare ricorso al detto regime semplificato, poiché quest'ultimo in ogni caso non trova applicazione quando l'area sia sottoposta a vincolo. Pertanto, nella fattispecie la circostanza che si tratti di opere realizzate in area sottoposta a vincolo paesistico

comporta in ogni caso la necessità di previa acquisizione del permesso di costruire ai sensi dell'art. 10, d.P.R. n. 380/2001 e di conseguenza sottoposti al regime di cui all'art. 31 dello stesso d.P.R.

6.4. Infondata del pari è la doglianza con la quale si osserva che il primo giudice avrebbe dovuto accogliere il profilo di censura con cui gli attuali appellanti lamentavano la natura di ristrutturazione edilizia e non già di nuova costruzione degli interventi di trasformazione del preesistente manufatto adibito a stalla con la realizzazione di 4 miniappartamenti. Infatti, secondo la costante giurisprudenza di questo Consiglio (da ultimo, Cos. St., Sez. VI, 5 luglio 2022, n. 5593) sussiste una differenza netta tra mutamento della destinazione d'uso all'interno della stessa categoria funzionale e cambio di destinazione d'uso che operi un passaggio tra diverse categorie funzionali (ad esempio: da rurale a commerciale). Il cambio di destinazione tra diverse categorie, anche se operato in assoluta carenza di opere, è riconducibile alla categoria degli "interventi di nuova costruzione" di cui alla lett. e) dell'art. 3 del D.P.R. n. 380 del 2001 (ovvero "interventi di trasformazione edilizia e urbanistica del territorio non rientranti nelle categorie definite alle lettere precedenti"), con necessario assoggettamento a permesso di costruire ex art. 10, comma 1, lett. a), dello stesso testo unico e al relativo regime contributivo e sanzionatorio.

6.5. Non merita accoglimento il motivo con il quale si lamenta che il TAR Campania ha rigettato il motivo di censura con cui gli attuali appellanti censuravano la violazione delle disposizioni di cui alla L. n. 64/1974. Qui vale l'ovvia considerazione che quello impugnato è un atto plurimotivato, sicché, nonostante le affermazioni di parte appellante secondo le quali non potrebbe dirsi che la denunciata violazione di legge rimanga comunque ininfluenza sull'avversata ordinanza di demolizione, la doglianza proposta risulta del tutto irrilevante, essendo comunque sufficiente a sorreggere l'ordinanza impugnata il restante corredo motivazionale.

6.6. La doglianza con la quale si contesta la mancata comparazione tra interessi pubblici e privati è del tutto infondata. I provvedimenti repressivi degli abusi edilizi - quale l'ordine di demolizione - sono provvedimenti tipizzati e vincolati, che presuppongono un mero accertamento tecnico sulla consistenza delle opere realizzate e sul carattere abusivo delle medesime, con la conseguenza che per la loro adozione non è necessario l'invio della comunicazione di avvio del procedimento, non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto e non essendo richiesta 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 ed attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può giammai legittimare.

6.7. Da ultimo, il TAR ha correttamente rilevato l'impossibilità che le opere in questione possano fruire di condono, dal momento che gli abusi contestati, ricadenti in area sottoposta a vincolo paesaggistico, anche la luce del regime edilizio individuato sono di natura sostanziale e pertanto sono riconducibili alla fattispecie ostativa del condono, di cui alla lettera d) del comma 27 dell'art. 32 del d.l. n. 269 del 2003 (convertito, con modificazioni, dalla legge n. 326 del 2003), oltre che di entità e di natura eccedenti i limiti delle tipologie di cui ai numeri 4, 5 e 6 dell'allegato 1 richiamato dal comma 26, lettera a), del citato art. 32.

7. L'appello in esame deve dunque essere respinto. Non deve farsi luogo alla disciplina sulle spese per la mancata costituzione delle parti intime.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 novembre 2023 con
l'intervento dei magistrati:

Luigi Massimiliano Tarantino, Presidente FF, Estensore

Giordano Lamberti, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Luigi Massimiliano Tarantino

IL SEGRETARIO