

Publicato il 19/10/2018

N. 05984/2018REG.PROV.COLL.

N. 04867/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA
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 4867 del 2012, proposto da:
ERMELINDA CACACE, rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Maffettone,
con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Marco Trevisan in Roma, via
Ludovisi, n. 35;

contro

COMUNE DI MASSA LUBRENSE, REGIONE CAMPANIA, non costituiti in
giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Campania – Napoli – Sez. VII n. 160 del 2012;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 25 settembre 2018 il Cons. Dario
Simeoli e uditi per le parti l'avvocato Luca Leoni, per delega dell'avvocato Andrea
Maffettone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.– Con il ricorso in primo grado, la signora Cacace Ermelinda ha impugnato l'ordinanza n. 66 del 18 febbraio 2010, con il quale il Comune di Massa Lubrense ha ordinato la demolizione di alcune opere realizzate, senza i prescritti titoli abilitativi, in via Grottone, Località Capo D'Arco, nonché di ogni altro atto premesso, connesso e consequenziale (ivi compresi l'ordinanza di sospensione dei lavori n. 21 del 20 gennaio 2010, la comunicazione di avvio del procedimento di cui alla nota n. 1080 in data 14 gennaio 2010 e il verbale della Polizia Municipale in data 31 dicembre 2009).

Il provvedimento sanzionatorio si riferisce ai seguenti interventi: - un «corpo di fabbrica al rustico su due livelli sfalsati tra di loro con muratura portante in pietre calcaree (superficie complessiva 200 mq) parzialmente occultato da rami e rete di plastica appositamente posizionati»; 2) una «pista in terra battuta di circa 70 mt che dalla strada pubblica conduce al fabbricato di cui sopra».

A fondamento della impugnativa, la ricorrente deduceva che: - il fondo acquisito nel 2008 «già comprendeva tre manufatti al rudere e la stradina interpodereale per accedere agli stessi» e la preesistenza dei ruderi, risalenti agli anni cinquanta «è comprovata dall'atto di compravendita, dalla perizia estimativa eseguita in epoca antecedente l'acquisto e dalle relazioni tecniche oggi rese»; - i provvedimenti impugnati sono stati adottati sull'erroneo presupposto che le opere in contestazione siano state realizzate *ex novo*, mentre in realtà è stato posto in essere soltanto un intervento di restauro e risanamento conservativo di preesistenti manufatti; - nessuna delle opere in contestazione rientra tra gli interventi subordinati al preventivo rilascio del permesso di costruire; - infatti, quanto alla «pista in terra battuta», è stato posto in essere soltanto un intervento di decespugliamento, del tutto

irrilevante dal punto di vista urbanistico; - mentre per l'intervento realizzato sui preesistenti ruderi sarebbe stata sufficiente la presentazione di una d.i.a.; - la comunicazione dell'avvio del procedimento è stata effettuata solo dopo che l'amministrazione aveva posto in essere, in assenza di contraddittorio, l'accertamento dello stato dei luoghi e non ha comunque consentito alla ricorrente stessa di tutelare la propria posizione.

1.1.– Con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 24 marzo 2011, veniva gravato anche il provvedimento n. 32752 del 30 dicembre 2010, con il quale era stata dichiarata l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusive oggetto dell'ordinanza di demolizione n. 66 del 18 febbraio 2010. In particolare, il provvedimento di acquisizione gratuita ha ad oggetto «il bene e l'area di sedime, nonché quella necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive».

Secondo la ricorrente: - l'atto di acquisizione è, in primo luogo, illegittimo per gli stessi vizi che inficiano la legittimità del provvedimento impugnato con il ricorso principale; - risulta violato l'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001, perché l'ordine di demolizione «non riporta alcuna avvertenza sulla futura acquisizione in caso di inottemperanza»; - risulta violato anche l'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380/2001, nella parte in cui dispone che «l'area acquisita non può comunque essere superiore a dieci volte la complessiva superficie utile abusivamente costruita», perché l'amministrazione ha genericamente inteso acquisire l'intera proprietà della ricorrente, pari a circa 17.000 mq complessivi; - il provvedimento impugnato è viziato anche per genericità ed indeterminatezza perché non è stata determinata con certezza l'area di sedime acquisita al patrimonio comunale; - l'Amministrazione ha ommesso di considerare che la ricorrente non ha volontariamente ommesso di ottemperare all'ordine di demolizione, non avendo ella la disponibilità dell'immobile in quanto sottoposto a sequestro giudiziario) e comunque aveva ritualmente

impugnato l'ordine di demolizione; - la decisione dell'Amministrazione di acquisire l'intera proprietà della ricorrente è un chiaro sintomo dello sviamento di potere; - non è stata data la comunicazione dell'avvio del procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di acquisizione gratuita.

2.- Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania ha respinto il ricorso principale, promosso avverso l'ordine di demolizione. Ha invece accolto il ricorso per motivi aggiunti, annullando il provvedimento n. 32752 del 30 dicembre 2010 nella parte in cui dispone l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale dell'area, in accoglimento delle censure incentrate sulla mancata esatta individuazione del bene abusivo, della relativa area di sedime, nonché dell'ulteriore area gratuitamente acquisita al patrimonio comunale.

3.- Avverso la predetta sentenza, ha proposto appello la signora Ermelinda Cacace, concentrando le sue censure avverso i capi della sentenza di primo grado che hanno condotto alla reiezione del ricorso principale e, in parte, dei motivi aggiunti.

4.- Il Comune di Massa Lubrense e la Regione Campania non si sono costituiti in giudizio.

5.- All'udienza del 25 settembre 2018, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- Il Tribunale Amministrativo Regionale ha respinto le censure con le quali la ricorrente contestava la qualificazione degli interventi come abusivi, sulla base delle seguenti ragioni:

- la proprietaria non avrebbe dato prova della coincidenza delle dimensioni (volumi e superfici) e delle caratteristiche (sagoma e prospetto) del fabbricato in contestazione con quelle dei ruderi menzionati nell'atto di compravendita allegati al ricorso;

- anzi da tale atto si evincerebbe che «la parte acquirente prende atto delle cattive condizioni di mantenimento e della carenza dei requisiti di agibilità ed abitabilità dei ruderi/comodi rurali ivi esistenti da almeno cinquanta anni, privi allo stato di valore commerciale (delle quali si è tenuto conto nella determinazione del prezzo di vendita)»;

- a diverse conclusioni non potrebbe condurre la perizia tecnica giurata allegata al ricorso, specie perché tale perizia non opererebbero un puntuale raffronto tra le dimensioni e le caratteristiche del fabbricato in contestazione con quelle dei ruderi menzionati nell'atto di compravendita;

- considerazioni analoghe a quelle appena svolte varrebbero per la realizzazione della «pista in terra battuta», poiché la ricorrente non ha dato alcuna prova delle dimensioni e delle caratteristiche della preesistente «stradina interpoderale» di accesso ai ruderi, che non risulterebbe neppure menzionata nel suddetto atto di compravendita;

- nessun rilievo assumerebbe la circostanza che la ricorrente abbia ricevuto la comunicazione dell'avvio del procedimento solo dopo che l'Amministrazione aveva posto in essere, in assenza di contraddittorio, l'accertamento dello stato dei luoghi, perché tale circostanza non avrebbe impedito alla ricorrente di partecipare al procedimento, ed in ogni caso dovrebbe trovare applicazione l'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990.

2.– Ritiene il Collegio che la motivazione della sentenza di primo grado sia erronea e che l'atto impugnato sia affetto da una evidente carenza istruttoria.

2.1.– In termini generali costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia quegli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possano portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. In tale prospettiva, la ristrutturazione – nelle forme dell'intervento “conservativo” o “ricostruttivo” – si pone in continuità con tutti gli altri interventi

edilizi cosiddetti minori (manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria, restauro e risanamento conservativo), che hanno per finalità il recupero del patrimonio edilizio esistente.

Ai sensi dell'art. 10, comma 1, lettera c), del TUE, le opere di ristrutturazione edilizia necessitano di permesso di costruire se consistenti in interventi che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino, modifiche del volume, dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso (ristrutturazione edilizia). In via residuale, la SCIA assiste invece i restanti interventi di ristrutturazione c.d. «leggera» (compresi gli interventi di demolizione e ricostruzione che non rispettino la sagoma dell'edificio preesistente). In relazione, invece, agli immobili sottoposti a vincolo ai sensi del d.lgs. n. 42 del 2004 sono soggetti a SCIA solo gli interventi che non alterano la sagoma dell'edificio.

L'art. 22, comma 3, del TUE prevede tre diverse tipologie di interventi edificatori – di cui la prima è costituita proprio da quelli di ristrutturazione, come individuati dal precedente art. 10, comma 1, lettera c) – sottoposti al regime del permesso di costruire, per i quali, per ragioni di carattere acceleratorio, si consente all'interessato di optare per la presentazione della DIA (c.d. “super DIA”). Tale facoltà di opzione esaurisce i propri effetti sul piano prettamente procedimentale, atteso che su quello sostanziale (dei presupposti), penale e contributivo resta ferma l'applicazione della disciplina dettata per il permesso di costruire.

2.2.– Nel caso di specie, l'autorità amministrativa ha motivato la sanzione ripristinatoria come se i manufatti contestati fossero stati realizzati *ex novo* dalla ricorrente. Sennonché, avendo quest'ultima allegato elementi concreti atti a provare la preesistenza dei manufatti in contestazione (da almeno cinquanta anni) – segnatamente: un atto notarile, una perizia tecnica costruttiva ed un'altra geologica, un contratto di fittanza agraria, l'aerofotogrammetria del 1956 –, l'Amministrazione

avrebbe dovuto svolgere adeguate indagini per verificare l'effettivo stato dei fabbricati rurali nella loro consistenza originaria, onde poter qualificare con cognizione di causa se l'intervento realizzato dall'appellante fosse qualificabile come ristrutturazione leggera o pesante (con tutte le relative implicazioni in punto di regime autorizzatorio e sanzionatorio).

Costituisce infatti principio consolidato che l'onere di provare la data di realizzazione e la consistenza originaria dell'immobile abusivo spetti a colui che ha commesso l'abuso. Solo l'interessato infatti può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto e, 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. Tuttavia, la deduzione, da parte di quest'ultimo, di concreti elementi – come è avvenuto nella specie – trasferisce l'onere della prova contraria in capo all'amministrazione.

2.3.– Occorre altresì rimarcare che, nel processo amministrativo l'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo è ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento – nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta – oppure attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida (art. 21-*nonies*, secondo comma, della legge n. 241 del 1990). È invece inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi. La motivazione costituisce infatti il contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti (*ex plurimis*, Consiglio di

Stato, sezione terza, 7 aprile 2014, n. 1629; Corte Costituzionale, ordinanza n. 92 del 2015).

Su queste basi, è inammissibile, da parte del giudice di primo grado, la formulazione di argomentazioni a sostegno del provvedimento impugnato che ne alterano l'impianto argomentativo, soprattutto quando si tratta di deduzione che implicano accertamenti tecnici riservati – sia pure soltanto in prima battuta – alla funzione di amministrazione attiva (art. 31, comma 3, c.p.a.).

Nel caso in esame, è evidente che mentre il giudice si riferisce ad interventi di ristrutturazione edilizia, il Comune presupponeva la realizzazione di interventi di nuova costruzione.

3.– Per le ragioni che precedono, l'appello risulta fondato e, per l'effetto, l'ordine di demolizione e l'atto consequenziale di acquisizione gratuita vanno annullati.

Resta salva la possibilità per l'amministrazione resistente di determinarsi nuovamente (anche in relazione ai profili paesaggistici che interessano l'area), senza incorrere nel vizio di motivazione sopra accertato.

4.1.– Le spese del doppio grado di lite possono compensarsi, attesa la particolarità della vicenda e il carattere risalente della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 4867 del 2012, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado. Compensa interamente le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere, Estensore
Francesco Gambato Spisani, Consigliere
Davide Ponte, Consigliere

L'ESTENSORE
Dario Simeoli

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO