

Publicato il 25/08/2021

N. 05624/2021 REG.PROV.COLL.
N. 05002/2020 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 Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5002 del 2020, proposto da Maria Antonietta Reggio, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Pascale e Fabio Balsamo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Boscoreale, in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

- dell'ordinanza per la demolizione di opere edilizie abusive” n. 29 del 29.09.2020, prot. n. 23684 e di ripristino dello stato dei luoghi preesistenti l'abuso sul fondo sito in Boscoreale (NA) alla Via Giovanni della Rocca, n. 9, distinto in Catasto al Foglio 22, particella 803, notificata alla sig.ra Reggio Maria Antonietta in data 02.10.2020, a firma del VI Settore “Tecnico-Urbanistica e assetto del territorio” del Comune di Boscoreale, Geom. Luigi Di Martino (Ufficio Antiabusivismo) e Dott. Ing. Vincenzino Scopa (Caposettore Urbanistica), nonché di ogni altro atto precedente, successivo o

comunque connesso a quelli impugnati, se ed in quanto lesivo degli interessi del ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2021 la dott.ssa Gabriella Caprini e trattenuto il ricorso in decisione con le modalità di cui all'art. 25 del D.L. n. 137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall'art. 6, co. 1, lett. e), del D.L. n. 44/2021, e al D.P.C.S. del 28.12.2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Parte ricorrente impugna l'ordinanza per la demolizione delle opere edilizie abusive, riscontrate nel fondo in proprietà, con contestuale ingiunzione al ripristino del preesistente stato dei luoghi, adottata "VISTA la "Relazione di Accertamento Lavori Edili su un fondo", protocollo 5234 del 18/02/2020".

I.1. "Trattasi di costruzione di 2 tronconi di muro realizzati con blocchi di lapilcimento, il primo posto a Sud del fondo per una lunghezza mt 16,45 spesso mt 0.20 e alto di mt 0.40, a termine sul lato Est si ritrova un cancello in ferro largo mt 3.60 ed alto 2.00, in continuazione al cancello sul lato Est del fondo, segue II secondo troncone del muro di mt 17,90, largo mt 0.20 ed alto mt 0.40, a chiusura si ritrova un altro cancello in ferro largo mt 3.00 ed alto mt 2,20; sui muri è stata sovrapposta rete metallica bendata da materiale plastico, sorretto da pali in ferro". Dall'accertamento istruttorio presupposto emerge, in particolare, che le predette opere sono state "realizzate in assenza di: scia/permesso di costruire, autorizzazione paesaggistica prevista dall'art. 146 del d.lgs. 42/2004, autorizzazione sismica".

II. A sostegno del gravame parte ricorrente deduce i seguenti motivi di diritto:
a) violazione di legge, stante la pendenza di S.C.I.A. in sanatoria ex art. 37 del D.P.R. 380/01, presentata in data antecedente (31.01.2020) sia alla "relazione

di accertamento lavori edili sul fondo” (18.02.2020) che alla emanazione e notifica dell’ordinanza di demolizione impugnata (29.09.2020-02.10.2020), violazione dell’art. 7 della Legge 07/08/90 n. 241 ed inapplicabilità dell’art. 21 octies, comma 2, ultima parte, della medesima l. 241/1990, errata interpretazione ed applicazione dell’art. 31, secondo comma, del d.P.R. 380/2001 e mancata applicazione dell’art. 37 d.P.R. 380/2001 nonché violazione dell’art. 97 Cost., del D.P.R. 06.06.2001 n. 380 e della Legge n. 241/1990;

b) eccesso di potere per carenza di potere sanzionatorio dell’Amministrazione, manifesta illogicità e ingiustizia del provvedimento, omessa motivazione, difetto di istruttoria e di motivazione, incertezza nella individuazione delle opere assoggettate a demolizione, provvedimento repressivo emanato dopo un lungo lasso di tempo dalla realizzazione dell’opera e affidamento del privato cittadino, abnormità del provvedimento in considerazione della scarsa entità del presunto abuso, travisamento dei fatti, sviamento di potere, violazione del principio di proporzionalità e adeguatezza.

III. All’udienza pubblica del 22.06.2021, fissata per la trattazione da remoto, la causa è stata introitata per la decisione.

IV. Il ricorso è infondato.

V. Premette in fatto parte ricorrente che:

a) l’appezzamento di terreno, oltre ad accogliere la coltivazione di ortaggi, è piantumato da alberi di agrumi, ed è stato *ad immemorabilia* delimitato da piccoli muretti, di altezza mai superiore a 50 cm e di larghezza non eccedente i 30 cm;

b) in data 31 gennaio 2020 l’arch. Pasquale Nappo, in nome e per conto della odierna ricorrente, depositava apposita SCIA condizionata in sanatoria ai sensi dell’art. 37 del d.P.R. 380/01 (di accertamento di doppia conformità), protocollata dal Comune di Boscoreale in data 03.02.2020 al prot. n. 3315 (cfr. doc. 2), riguardante espressamente i muretti perimetrali posti a delimitazione del confine del fondo di cui alla p.lla 803;

c) il 25 giugno 2020 la sig.ra Reggio, attuale ricorrente, faceva pervenire, sempre per il tramite dell'Arch. Nappo, domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art. 167, comma 4 e 5 del D. Lgs. 42/2004, protocollato dal Comune di Boscoreale in pari data al prot. n. 15252 del 25.06.2020 (cfr. doc. 3);

d) in data 23 settembre 2020, la sig.ra Reggio presentava spontaneamente integrazione della pratica di accertamento di compatibilità paesaggistica (cfr. doc. 4) già depositata e protocollata il precedente 25 giugno 2020. L'integrazione, protocollata al n. 23058, era corredata da una puntuale relazione paesaggistica, in cui con riguardo alla sussistenza di vincoli paesistici, si assumeva che il fondo di cui alla p.lla 803 non era "interessato da vincoli diretti", ma soltanto da "un vincolo indiretto ai sensi *ex lege* 1497 Legge Galasso – Piano Territoriale Paesistico dei comuni vesuviani, Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i, Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 e ricadente all'interno del perimetro del vigente Piano Territoriale Paesistico, redatto ai sensi della legge 431/85 (D.L.vo 490/99 titolo II) approvato con D.M. del 04/07/2002, in zona R.U.A (aree urbanizzate di elevato valore paesistico da sottoporre a recupero urbanistico edilizio e a restauro paesistico ambientale)";

e) in data 23 settembre 2020, la sig.ra Reggio faceva altresì pervenire, a mezzo dell'Arch. Nappo, apposita integrazione della S.C.I.A. già presentata il 31 gennaio 2020 (cfr. doc. 5), protocollata il successivo 24 settembre al prot. n. 23102, corredata da una perizia asseverata, in cui era stato dichiarato dal tecnico che i muretti presenti nella p.lla 803 ricadono nella "Zona VaP – Verde attrezzato di Progetto – del Puc, approvato in data 07.08.2019" e che lo stesso Piano Urbanistico Comunale vigente, all'art. 9, lett. g), annovera espressamente tra gli interventi consentiti in detta zona le "recinzioni in muratura a vista, anche con inserimento di cancellate metalliche, queste ultime della massima trasparenza. In ogni caso l'altezza delle recinzioni, di qualsiasi tipo, non può superare i 2 metri";

f) il Comune adottava, ciononostante, l'ordinanza di demolizione n. 29 del 29.09.2020, prot. n. 23684, notificata alla sig.ra Reggio Maria Antonietta in data 02.10.2020 delle opere, già oggetto della S.C.I.A. in sanatoria ex art. 37 d.P.R. 380/01.

VI. Con il primo motivo di ricorso la parte lamenta l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione stante la pendenza di S.C.I.A. in sanatoria ex art. 37 del D.P.R. 380/01, presentata in data antecedente (31.01.2020) sia alla "relazione di accertamento lavori edili sul fondo" (18.02.2020) che alla emanazione e notifica dell'ordinanza di demolizione impugnata (29.09.2020 - 02.10.2020).

A parere della medesima parte ricorrente, deve considerarsi illegittima l'ordinanza di demolizione emessa e notificata in data successiva alla presentazione di una S.C.I.A. in sanatoria ex art. 37 ancora pendente e non ancora definita con un espresso provvedimento amministrativo di rigetto (dal Tar Lazio, Roma, II sez. quater, 9 aprile 2020, n. 3851). Ed invero, la definizione della procedura di sanatoria non potrebbe prescindere dall'intervento del responsabile del procedimento competente a determinare, in caso di esito favorevole, il *quantum* della somma dovuta sulla base della valutazione dell'aumento di valore dell'immobile compiuta dall'Agenzia del Territorio. L'art. 37 del T.U. Edilizia (d.P.R. 380/2001) non prevedrebbe, infatti, alcun termine (60 gg) decorso il quale la S.C.I.A. ex art. 37 debba intendersi rifiutata in applicazione del principio del cd. silenzio-rifiuto, necessitandosi, al contrario, di uno specifico provvedimento espresso, non sussistente nel caso di specie.

VI.1. Peraltro, il provvedimento demolitivo dovrebbe ritenersi viziato anche per omessa o insufficiente motivazione, atteso che l'Amministrazione avrebbe pretermesso ogni valutazione sia della S.C.I.A., in sanatoria, che dell'istanza di accertamento della compatibilità paesaggistica ex art. 167, comma 4 e 5 del D.Lgs. 42/2004, comprensive delle relative integrazioni.

VI.2. Con il secondo motivo di gravame, la parte si duole della violazione dell'art. 7 Legge 07/08/90 n. 241, deducendo, altresì, l'inapplicabilità dell'art. 21 octies, comma 2, ultima parte, della l. n. 241/1990.

VI.2.1. Il Comune di Boscoreale non le avrebbe mai comunicato l'avvio del procedimento amministrativo definito dall'ordinanza di demolizione impugnata, in spregio all'art. 7 della l. 241/1990. All'esito dell'instaurazione del contraddittorio con l'interessata, sarebbe stato possibile definire con precisione quali erano le parti di muro realizzate in epoca successiva al 1967, come tali sanzionabili in base al T.U. edilizia, distinguendole da quelle, invece, già esistenti alla data del 1942, potendosi poi utilmente procedere alla previa valutazione tanto della S.C.I.A. in sanatoria del 31.01.2020 quanto dell'accertamento di compatibilità paesaggistica del 25.06.2020. Tanto avrebbe necessariamente condotto ad una differente conclusione del procedimento amministrativo *de quo*.

VI.3. Con il terzo motivo di ricorso, la parte lamenta l'errata interpretazione ed applicazione dell'art. 31, secondo comma, e la mancata applicazione dell'art. 37 del medesimo d.P.R. n. 380/2001.

VI.3.1. Il riferimento applicativo all'art. 31, secondo comma, sarebbe erroneo, attenendo esclusivamente ad interventi realizzati in assenza di permesso a costruire. Diversamente "la realizzazione di muri di cinta di modesti corpo e altezza è generalmente assoggettabile al solo regime della denuncia di inizio di attività" (Cons. di St., 4 gennaio 2016, n. 10). Peraltro, l'allegato 1, richiamato dall'art. 12, comma 3 del Regolamento Regionale della Campania n. 4 del 2010, espressamente ricomprenderebbe tra i "lavori minori di modesta rilevanza strutturale" i muri di recinzione, con altezza non superiore ai 3 metri, non aventi funzione di contenimento (cfr. doc. 9).

Sarebbe proprio questa la fattispecie all'esame, avente ad oggetto la realizzazione di una recinzione, suddivisa in due tronconi, costituita da un muretto di dimensioni trascurabilissime (ossia di altezza non superiore a 40 cm e di spessore mai superiore ai 20 cm), non avente alcuna funzione di

contenimento, nonché da materiale plastico sorretto da paletti in ferro a T. Tale opera, sebbene espressamente contestata nell'ordinanza di demolizione impugnata, non richiederebbe il rilascio di permesso di costruire. Tanto inficerebbe integralmente la validità dell'ordinanza di demolizione.

Peraltro, proprio in relazione alle predette recinzioni del fondo *de quo*, la sig.ra Reggio Maria Antonietta, con apposita comunicazione del 23.01.2018, avrebbe notiziato l'Amministrazione dell'esecuzione dei lavori di apposizione di paletti con rete metallica (cfr. doc. 10). Pertanto, l'ordinanza di demolizione travolgerebbe anche opere che erano state oggetto di apposita comunicazione di inizio lavori oltre due anni prima e mai oggetto di espresso diniego da parte del Comune.

VI.3.2. Conseguentemente, il Comune di Boscoreale, anziché ricorrere allo strumento dell'ordinanza, avrebbe dovuto attivare i poteri di cui all'art. 37 d.P.R. 380/2001, secondo cui “per gli interventi realizzati in violazione del regime di denuncia (o segnalazione) di attività, ai sensi dell'art. 37, comma 1, del D.P.R. 380 del 2001, l'amministrazione può comminare unicamente una sanzione pecuniaria e non anche la demolizione delle opere” (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 13.11.2018, n. 1623).

VI.4. Con il quarto motivo di ricorso, parte ricorrente si duole del difetto di istruttoria e di motivazione.

VI.4.1. Del tutto mancante, in spregio al principio di buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost., sarebbe una qualsivoglia attività istruttoria diretta a verificare la preesistenza o meno di parte delle opere contestate quantomeno rispetto al 1° settembre 1967, come risultante dall'atto di compravendita del 12.12.2017: sul fondo di proprietà della sig.ra Reggio insisterebbero, infatti, anche tronconi di muretto certamente preesistenti (lato nord e lato est – vedasi p. 5 del titolo di proprietà).

L'omessa istruttoria da parte dell'Amministrazione avrebbe, in particolare, condotto all'emanazione di un'ordinanza di demolizione viziata da due contraddizioni:

- la prima sarebbe che non è dato comprendere quale porzione del troncone di muro sul lato est sia assoggettata agli effetti dell'ordinanza di demolizione, dal momento che, sul lato est, parrebbe esserci una parte di muretto preesistente ed una di più recente realizzazione;

- la seconda andrebbe individuata nella circostanza che mentre nell'istanza di S.C.I.A. in sanatoria ignorata dall'Amministrazione si farebbe riferimento ad un muretto di altezza massima di 50 cm, di spessore massimo di 30 cm e con lunghezza di mt 17,30 e di mt. 16,20 sui due fronti, nell'ordinanza di demolizione, diversamente, sarebbe stata accertata l'esistenza di un muretto di minore consistenza perché alto al massimo 40 cm. di spessore non superiore ai 20 cm ma di maggiore lunghezza, pari a 17,90 mt e 16,45 mt.

La divergenza nella consistenza delle opere sarebbe tale da indurre a pensare che vi sia stata effettivamente una parziale commistione tra le opere preesistenti e quelle di più recente realizzazione.

VI.4.2. Il lungo lasso di tempo trascorso dalla realizzazione del muro sarebbe stato, inoltre, idoneo a determinare un affidamento nella ricorrente, che avrebbe imposto all'Amministrazione un onere di congrua motivazione che, avuto riguardo anche alla entità e alla tipologia dei presunti abusi, indicasse il pubblico interesse, evidentemente diverso e ulteriore rispetto a quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato (*ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 2512 del 2015).

VI.5. Con il quinto ed ultimo motivo di gravame, la parte lamenta, infine, la violazione del principio di proporzionalità e adeguatezza.

L'ordinanza di demolizione sarebbe stata emessa in relazione ad un'opera di entità assolutamente trascurabile: si tratterebbe di un piccolissimo muretto di altezza variabile e mai eccedente i 40 cm nel suo punto massimo, avente spessore non superiore ai 20 cm e, quindi, non in contrasto con le previsioni urbanistiche e paesaggistiche. Una simile opera sarebbe quindi senz'altro assentibile anche a mezzo di S.C.I.A. in sanatoria, ai sensi dell'art. 37 d.P.R. 380/01.

Conseguentemente sarebbe censurabile come illegittima l'ordinanza di demolizione che abbia a oggetto opere che si traducano in modifiche di lieve entità dello stato dei luoghi, con sostanziale assenza di un pregiudizio all'interesse pubblico urbanistico e, pertanto, in mancanza di «offensività» per l'interesse pubblico tutelato, tale da giustificare l'irrogazione della sanzione edilizia (Consiglio di Stato, VI sez., 11.05.2018, n. 2837). Sarebbe stato più confacente al caso in esame, in luogo dell'abnorme esercizio degli sproporzionati poteri di cui all'art. 31, secondo comma d.P.R. 380/2001, che l'Amministrazione avesse attivato i poteri riconosciuti dall'art. 37, primo comma del d.P.R. 380/2001. In tal senso, la giurisprudenza pretoria ha affermato con chiarezza che “per gli interventi realizzati in violazione del regime di denuncia (o segnalazione) di attività, ai sensi dell'art. 37, comma 1, del D.P.R. 380 del 2001, l'amministrazione può comminare unicamente una sanzione pecuniaria e non anche la demolizione delle opere” (TAR Campania, Salerno, sez. II, 13.11.2018, n. 1623; 19.05.2020, n. 543).

VII. Le censure, che per connessione logico-giuridica possono essere trattate congiuntamente, sono *re melius perpensa* infondate.

VII.1. Con ordinanza n. 98 del 13.01.2021 questa sezione aveva accolto l'istanza di tutela cautelare, considerando, *prima facie*, “illegittima l'ordinanza di demolizione emessa e notificata in data successiva alla presentazione di una S.C.I.A. in sanatoria ex art. 37 ancora pendente e non ancora definita con un espresso provvedimento amministrativo di rigetto atteso che l'art. 37 del D.P.R. n. 380 del 2001, diversamente da quanto disposto dall'art. 36 del D.P.R. n. 380 del 2001, non prevede alcuna fattispecie semplificativa né in termini di silenzio-diniego né di silenzio-assenso, obbligando piuttosto l'amministrazione comunale, in coerenza con i principi generali di cui agli artt. 2 e ss. della L. n. 241 del 1990, a definire il procedimento in modo espresso”.

VII.1.1. Orbene, ad un più approfondito esame, non può non rilevarsi, quanto al primo motivo di ricorso positivamente scrutinato in sede di valutazione preliminare, come le opere abusive per le quali si è chiesta la

sanatoria ricadano in zona sottoposta ai vincoli ex D.Lgs. n. 42/2004, già D.Lgs. n. 490/99, L. n. 1497/39 e L. n. 431/85, con divieto di incremento di superfici e/o di volumi.

Ciò posto, la realizzazione dei citati manufatti, rappresentati anche nel rilievo depositato e per come descritti nell'ordinanza di demolizione, ha comportato una trasformazione dei luoghi urbanisticamente rilevante, indipendentemente della vocazione dell'area in cui insistono. Sono, infatti, evidenti le apprezzabili dimensioni della recinzione e dei cancelli, i quali ultimi, essendo interposti tra i tronconi di muretto, costituiscono un tutt'uno nel riscontrato dell'abuso. Tali opere, abusive in quanto eseguite in assenza di alcun titolo abilitativo, hanno, nella specie, determinato una modifica dell'assetto urbanistico del territorio rientrando negli interventi di nuova costruzione di cui all'art. 3, comma 1, lett. e), del d.P.R. n. 380/2001, come tale, non assentibile *ex post* in quanto eseguita in zona vincolata.

VII.1.2. Ed invero, per quanto concerne la supposta necessaria previa evasione delle istanze di accertamento di conformità, il Collegio non può non osservare che la procedura di accertamento di conformità divisata dall'art. 36 e dall'art. 37 del T.U. sull'edilizia di cui al D.P.R. n. 380 del 2001 è inapplicabile nel caso di opere realizzate in zona sottoposta a vincolo paesistico, secondo quando espressamente previsto dall'art. 146 del D.L.vo n. 42 del 2004: e ciò perché per le opere comportanti interventi di nuova costruzione, l'autorizzazione paesaggistica, la quale ovviamente condiziona l'accertamento, non può essere rilasciata *ex post* dall'autorità preposta alla tutela del vincolo. L'autorizzazione paesaggistica postuma non è, infatti, ammissibile "se non nei limitatissimi e tassativi casi previsti nel medesimo art. 167, che non ricorrono nell'odierna fattispecie" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. VII, 09/04/2010, n. 1855), trattandosi, come visto, di abusi di apprezzabili dimensioni che comportano una trasformazione urbanistico edilizia (recinzione e due cancelli), con creazione di superfici utili.

Ed invero, “Il procedimento disciplinato dall'art. 167, commi 4 e 5, Codice dei beni culturali e del paesaggio concede in via del tutto eccezionale la possibilità di un accertamento (successivo) della compatibilità paesaggistica per gli abusi c.d. minori, cui consegue l'obbligo del pagamento di una somma equivalente al maggior importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione e ciò in deroga all'obbligo di rimessione in pristino a proprie spese, previsto dall'art. 167, comma 1, per il caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della parte terza del Codice medesimo. La natura eccezionale del procedimento *de quo* si desume testualmente anche dall'art. 146 comma 4, d.lgs. n. 42 del 2004, il quale dispone che "l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria, successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi" "fatta eccezione per i casi previsti dall'art. 167, co. 4 e 5". I casi in cui l'autorità competente può accertare la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5 dell'art. 167, sono quelli specificamente indicati al comma 4 del medesimo articolo e segnatamente a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'art. 3 del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380. La *ratio legis* della disposizione sopra riportata è chiara: con il procedimento di cui all'art. 167, commi 4 e 5, possono essere sanati abusi che realizzano un più contenuto impatto paesaggistico, rispetto al quale il legislatore ha ritenuto accettabile ammettere una valutazione di compatibilità paesaggistica postuma mediante una "monetizzazione" del danno dagli stessi determinato. La portata della deroga in esame, proprio per la sua natura, non è tuttavia suscettibile di alcuna interpretazione estensiva né analogica” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 05/01/2021, n.123).

Con l'ulteriore precisazione che “L'impiego, da parte del legislatore, della congiunzione disgiuntiva “o” nel testo dell'art. 167, comma 4, lett. a), del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 e s.m.i. non rappresenta un'endiadi, ma è volto a includere nell'ambito di applicazione della norma anche quegli interventi che, pur senza determinare un aumento di cubatura, determinano comunque un impatto significativo sul territorio attraverso la realizzazione di nuove superfici utili” (T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 16/03/2020, n. 227).

Orbene, “In ambito paesaggistico la nozione di “superficie utile” di cui all'art. 167 d. lgs. n. 42 del 2004 deve essere intesa in senso ampio e finalistico, ossia non limitata agli spazi chiusi o agli interventi capaci di provocare un aggravio del carico urbanistico, quanto piuttosto considerando l'impatto dell'intervento sull'originario assetto del territorio e, quindi, l'idoneità della nuova superficie, qualunque sia la sua destinazione, a modificare stabilmente la vincolata conformazione originaria del territorio, sicché di superficie utile deve parlarsi in presenza di qualsiasi opera edilizia calpestabile o che può essere sfruttata per qualunque uso, atteso che il concetto di utilità ha un significato differente nella normativa in materia di tutela del paesaggio rispetto alla disciplina edilizia” (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 08/05/2019, n.1033).

Pertanto, “In termini generali, i commi 4 e 5 dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004 sanciscono la regola della non sanabilità *ex post* degli abusi, sia sostanziali che formali, aventi rilevanza paesaggistica; la *ratio* è quella di precludere qualsiasi forma di legittimazione del fatto compiuto, in quanto l'esame di compatibilità paesaggistica deve sempre precedere la realizzazione dell'intervento. Il rigore del predetto precetto è ridimensionato da poche eccezioni tassative, tutte relative ad interventi privi di impatto sull'assetto del bene vincolato” (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 05/08/2019, n. 1821; Cons. di St., sez. VI, 06/02/2019, n.895).

“La scelta del legislatore di consentire l'autorizzazione paesaggistica postuma esclusivamente per i c.d. abusi minori è in linea con i principi costituzionali della ragionevolezza e della parità di trattamento oltre che con quelli

dell'ordinamento comunitario poiché si muove su un piano di coerenza con il profilo costituzionale dell'interesse pubblico alla preservazione del paesaggio. La necessità di difendere al massimo livello l'ambiente impone una soluzione legislativa che, nei confronti degli interventi edilizi *sine titulo*, abbia carattere fortemente dissuasivo, se non punitivo – sanzionatorio” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 05/09/2017, n. 4249).

VII.1.3. In conclusione sono allora insuscettibili di accertamento postumo di compatibilità paesaggistica gli interventi accertati con l'ordinanza di demolizione gravata, atteso che l'art. 167, comma 4, del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 e s.m.i. preclude il rilascio dell'autorizzazione in sanatoria ogniqualvolta si sia determinata, con interventi di nuova costruzione, una apprezzabile modifica dell'assetto del territorio con creazione o incremento di superfici utili. La previsione dell'art. 167, d.lgs. n. 42/2004, infatti, in un'ottica di apicale protezione dei valori paesaggistici, esclude dalla compatibilità paesaggistica interventi già realizzati che abbiano comportato una sensibile trasformazione urbanistico edilizia del territorio, “atteso l'impedimento a mantenere nuovi ingombri nelle zone dove è vietata l'edificazione in assenza di autorizzazione paesaggistica (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 15/05/2019, n. 2574).

Con la condivisibile precisazione che “Gli interventi contestati che hanno prodotto un incremento di superficie e, benché ridotto, anche di volume, nonché una modifica del prospetto, non possono rientrare nella nozione di manutenzione edilizia con conseguente preclusione dell'accertamento successivo di compatibilità paesaggistica”. “Di conseguenza, anche la possibilità di una sanatoria postuma, ai sensi dell'art. 36 (*e* 37), d.P.R. n. 380 del 2001, è da escludere a priori con l'ulteriore conseguenza della necessità di rimuovere gli abusi i quali rappresentano una lesione non emendabile dei valori paesaggistici” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 02/10/2019, n. 4706).

VII.1.4. Né va sottaciuto che “Con l'istituto del cd. accertamento di conformità, nella disciplina sia dell'art. 13 della L. n. 47/1985 sia dell'art. 36 (e 37) del D.P.R. n. 380/2001, il Legislatore ha inteso consentire la sanatoria dei soli abusi formali, cioè di quelle opere che, pur difformi dal titolo od eseguite senza alcun titolo, risultino rispettose della disciplina sostanziale sull'utilizzo del territorio, e non solo di quella vigente al momento dell'istanza di sanatoria, ma anche di quella vigente all'epoca della loro realizzazione” (T.A.R. Campania, Napoli sez. II, 20/11/2020, n. 5413).

Non appare, altresì, allora ultroneo rammentare, in un'ottica generale, che “Ai sensi dell'art. 32, comma 27, lett. d), d.l. 20 settembre 2003 n. 269, convertito in l. 24 novembre 2003 n. 326, le opere abusivamente realizzate in aree sottoposte a specifici vincoli, fra cui quello ambientale e paesistico, sono sanabili se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) che si tratti di opere realizzate prima dell'imposizione del vincolo; b) seppure realizzate in assenza o in difformità del titolo edilizio, siano conformi alle prescrizioni urbanistiche; c) siano opere minori senza aumento di superficie (restauro, risanamento conservativo, manutenzione straordinaria); d) vi sia il previo parere dell'Autorità preposta alla tutela del vincolo; in ogni caso, non possono essere sanate le opere che hanno comportato la realizzazione di nuove superfici e nuova volumetria in zona assoggettata a vincolo paesaggistico, sia esso di natura relativa o assoluta, o comunque di inedificabilità, anche relativa” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II , 01/07/2020 , n. 7487; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 12/05/2020, n. 1737).

VII.1.5. Conseguentemente è infondata la censura con cui si deduce l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione stante la pendenza della S.C.I.A. in sanatoria ex art. 37 del D.P.R. 380/01, depositata il 31 gennaio 2017 ed integrata il successivo 23 settembre 2020 nonché della presupposta richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica postumo presentata, ex art. 167, commi 4 e 5 del d.lgs. n. 42/2004, il 25 giugno 2020 e parimenti integrata

il 23 settembre 2020, non sussistendo comunque i presupposti per il relativo rilascio.

VII.2. Sulla base delle medesime argomentazioni è infondato, altresì, il terzo motivo di ricorso, con il quale parte ricorrente deduce, comunque, l'errata applicazione dell'art. 31, secondo comma, del d.P.R. n. 380/2001 sostenendo la non necessità del permesso di costruire, ritenendo le opere realizzate suscettibili di mera denuncia di inizio attività, come tali sanzionabili ex art. 37 del d.P. 380/2001 solo pecuniariamente e non anche con la demolizione.

VII.2.1. Ora, “rispetto ai muri di cinta, effettivamente, il d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 non contiene indicazioni dirimenti, non chiarendo se trattasi di intervento assoggettabile a permesso di costruire quale nuova costruzione (ai sensi degli articoli 3, comma 1, lettera e) e 10 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) ovvero se sia sufficiente la denuncia di inizio di attività di cui all'articolo 22 del medesimo d.P.R. n. 380 del 2001. “In materia, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è nel senso che più che all'astratto *genus* o tipologia di intervento edilizio (sussumibile nella categoria delle opere funzionali a chiudere i confini sui fondi finitimi) occorrere far riferimento all'impatto effettivo che le opere a ciò strumentali generano sul territorio: con la conseguenza che si deve qualificare l'intervento edilizio quale nuova costruzione (con quanto ne consegue ai fini del previo rilascio dei necessari titoli abilitativi) laddove esso si presenti idoneo a determinare significative trasformazioni urbanistiche e edilizie (es. Cons. Stato, VI, 4 luglio 2014 n. 3408). Più in generale la realizzazione di muri di cinta di modesto corpo e altezza è generalmente assoggettabile al solo regime della denuncia di inizio di attività di cui all'articolo 22 e, in seguito, al regime della segnalazione certificata di inizio di attività di cui all'art. 19 della l. n. 241 del 1990 (in tal senso: Cons. Stato, IV, 3 maggio 2011, n. 2621) laddove essi non superino in concreto la soglia della trasformazione urbanistico-edilizia, occorrendo - invece - il permesso di costruire, ove detti interventi superino tale soglia”, così TAR Abruzzo, sez. I, sent. 11/18/2018 n. 8. Ed ancora, la realizzazione di un

muro di recinzione necessita del previo rilascio del permesso a costruire allorquando, avuto riguardo alla sua struttura e all'estensione dell'area relativa, sia tale da modificare l'assetto urbanistico del territorio, così rientrando nel novero degli "interventi di nuova costruzione" di cui all'art. 3, comma 1, lett. e) d.p.r. 380/2001 (cfr. Cassazione penale, sez. III, 6 ottobre 2016, n. 8693; Tar Venezia, sez. II, 21 giugno 2018, n. 663" (TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 28/04/2020, n. 1542).

VII.2.2. Tali conclusioni si attagliano perfettamente al caso di specie, certamente qualificabile come opera muraria che incide in modo permanente e non precario sull'assetto edilizio del territorio. Ed invero, la realizzazione di 2 tronconi di muro realizzati con blocchi di lapilcemento - di cui, il primo, a Sud del fondo, per una lunghezza mt 16,45 spesso mt 0.20 e alto di mt 0.40, al cui termine, sul lato Est, si ritrova un cancello in ferro largo mt 3.60 ed alto 2.00 e, il secondo, di mt 17,90, largo mt 0.20 ed alto mt 0.40, cui è posto, a chiusura, un altro cancello in ferro largo mt 3.00 ed alto mt 2,20 -, entrambi con sovrapposizione di rete metallica bendata da materiale plastico sorretta da pali in ferro di altezza mt 2,00, non è, per le apprezzabili dimensioni e le modalità costruttive, assimilabile, come, invece, sostenuto, ad un mero muro di cinta con modesti corpo ed altezza ovvero a lavori di scarsa rilevanza strutturale.

Anche per tali motivi, il ricorso avverso l'ordinanza di demolizione non può essere accolto.

VII.2.3. Con il quarto e quinto motivo di ricorso, parte ricorrente lamenta, tra l'altro, l'eccesso di potere sostenendo che l'attività amministrativa confluyente nel provvedimento impugnato sarebbe mancante di qualsivoglia attività istruttoria diretta a verificare la preesistenza o meno di parte delle opere contestate quantomeno rispetto al 1° settembre 1967, con parziale commistione tra le opere risalenti e quelle di più recente realizzazione. Ne risulterebbe non solo un palese vizio di motivazione ma anche la violazione

del principio di proporzionalità, risultando la censurata misura demolitorio - ripristinatoria inflitta abnorme in ragione della supposta entità dell'abuso.

VII.2.4. Ora, sulla base delle argomentazioni già svolte, che vengono richiamate a fini motivazionali, anche tali motivi di ricorso sono infondati, non essendo comunque provata la data della realizzazione delle opere più risalenti, se, cioè, antecedente all'imposizione del vincolo paesaggistico richiamato (circostanza che ne legittimerebbe, in parte, la permanenza), richiedendosi, di contro, in considerazione della variazione di volume e superficie non ascrivibile a manutenzione, non solo l'autorizzazione paesaggistica ma anche il rilascio del permesso di costruire, la cui mancanza comporta legittimamente ed appropriatamente l'applicazione dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001 (e non dell'auspicato art. 37, peraltro, richiesto in sanatoria).

VII.3. Nessuna censura è poi formulata quanto alla richiesta autorizzazione sismica, nel caso di specie carente, sebbene l'immobile ricada in zona sismica, con indice $S=9$.

VII.4. Quanto alla omessa comunicazione di avvio del procedimento finalizzato all'adozione dell'ordinanza di ingiunzione gravata, con conseguente dedotta lesione delle garanzie partecipative e difetto motivazionale del provvedimento conclusivo, le relative censure, sollevate con il secondo e, parzialmente, con il quarto motivo di ricorso, sono, infine, parimenti infondate.

VII.4.1. Orbene, costante è la giurisprudenza anche di questa sezione, secondo la quale, in via generale, "L'attività di repressione degli abusi edilizi tramite l'emissione dell'ordinanza di demolizione ha natura vincolata e, pertanto, non è assistita da particolari garanzie partecipative, non essendo dunque necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento di cui all' art. 7 e ss. della L. n. 241/1990" (Cons. di St., sez. II, 13/06/2019, n. 3968).

Si osserva, in particolare, che “L'ordinanza di demolizione di opere abusive non deve essere preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento ai sensi dell' art. 7, l. 7 agosto 1990 n. 241, trattandosi di atto dovuto e rigorosamente vincolato, con riferimento al quale non sono richiesti apporti partecipativi del destinatario né, per lo stesso motivo, si richiede una specifica motivazione che dia conto della valutazione delle ragioni di interesse pubblico alla demolizione o della comparazione di quest'ultimo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, senza che sussista alcuna violazione dell'art. 3 della citata l. n. 241 del 1990, tenendo presente che il presupposto per l'adozione dell'ordine di demolizione è costituito esclusivamente dalla constatata esecuzione dell'opera in totale difformità o in assenza del titolo abilitativo con la conseguenza che il provvedimento, ove ricorrano i predetti requisiti, è sufficientemente motivato con l'affermazione dell'accertata abusività dell'opera, essendo *in re ipsa* l'interesse pubblico alla sua rimozione” (T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 19/10/2020, n. 622).

“Invero, l'ordinanza di demolizione, in quanto atto ad adozione e contenuti vincolati, non abbisogna di una comparazione dell'interesse pubblico al rispetto della disciplina urbanistico - edilizia con l'interesse privato sacrificato, e nemmeno della valutazione di un affidamento alla conservazione della situazione di fatto, che il decorso del tempo non potrebbe mai legittimare” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 04/01/2021, n. 12; T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 1.10.2020 n. 679), “comunque mai per gli immobili abusivi ricadenti in aree soggette a vincolo paesaggistico” (Cons. di St., sez. VI, sent. 21/4/2020 n. 2537). In definitiva, quindi, “Il lungo tempo trascorso dalla realizzazione dell'opera abusiva non è idoneo a radicare in capo al privato interessato alcun legittimo affidamento in ordine alla conservazione di una situazione di fatto illecita” (Cons. di St., sez. V, 26/02/2021, n. 1637).

VII.4.2. “E', pertanto, legittima l'ordinanza di demolizione di un'opera abusiva che non sia stata preceduta dall'avviso di inizio del procedimento di cui all'art. 7, l. n. 241 del 1990, atteso che, da un lato, l'obbligo di comunicazione non è

ravvisabile nelle ipotesi di attività vincolata e che, dall'altro, ai sensi dell'art. 21 octies comma 2, l. n. 241 del 990, l'omissione della comunicazione di avvio del procedimento non comporta conseguenze nel caso in cui il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato” (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 10/01/2015, n. 107), come nel caso all’esame.

VIII. Sulla base delle sovra esposte considerazioni, il ricorso non è meritevole di accoglimento.

IX. Nulla si dispone per le spese, stante la mancata costituzione dell’Amministrazione comunale.

P.Q.M.

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

Nulla spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2021, svoltasi con le modalità di cui all’art. 25 del D.L. n.137/2020 convertito dalla L. n. 176/2020, come modificato dall’art. 6, co. 1, lett. e), del D.L. n. 44/2021, e al D.P.C.S. del 28.12.2020, con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO