



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 400 del 2017, proposto da Luisa Ambrosio, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Urraro, con domicilio digitale francesco.urraro@pecavvocatinola.it e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, corso Vittorio Emanuele n. 670;

contro

Comune di San Giuseppe Vesuviano, in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Andreoli, con domicilio digitale vincenzo.andreoli@legalmail.it;

per l'annullamento

a) del silenzio-rigetto serbato dal Comune di San Giuseppe Vesuviano sull'istanza avanzata dalla ricorrente in data 25.10.2016 assunta al protocollo generale del Comune di San Giuseppe Vesuviano al n. 0040827, di "accertamento di conformità dell'opera" e, quindi, di permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 delle opere realizzate dalla ricorrente in San Giuseppe Vesuviano (NA) alla via Marini, presso

l'appezzamento di terreno riportato in Catasto al Foglio 3 Particelle 2131 e 1175 di proprietà della ricorrente;

b) di ogni altro atto e/o provvedimento sotteso, preordinato, connesso e conseguente, comunque lesivo dei diritti e degli interessi della ricorrente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di San Giuseppe Vesuviano;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le disposizioni straordinarie di cui all'art. 25, co. 1 e 2, del decreto-legge n. 137 del 28.10.2020, convertito con legge n. 176 del 18.12.2020, come modificato con l'art. 1, co. 17, del decreto-legge n. 183 del 31.12.2020, a mente del quale alle udienze pubbliche e alle camere di consiglio che si svolgono dal 9 novembre 2010 al 30 aprile 2021 si applicano le disposizioni dei periodi quarto e seguenti del comma 1 dell'art. 4 del decreto-legge n. 28 del 30.4.2020, convertito in legge n. 70 del 25.6.2020 e, fatta salva la facoltà di chiedere la discussione orale mediante collegamento da remoto o di depositare in alternativa note di udienza, gli affari in trattazione passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 gennaio 2021 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori da remoto e trattenuto il ricorso in decisione ai sensi dell'art. 25 del decreto-legge n. 137 del 28.10.2020, convertito con legge n. 176 del 18.12.2020, come modificato con l'art. 1, co. 17, del decreto-legge n. 183 del 31.12.2020, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Parte ricorrente, proprietaria di un appezzamento di terreno sito in San Giuseppe Vesuviano (NA) alla Via Marini, distinto in catasto al foglio 3 particelle 2131 e 1175 del Comune di San Giuseppe Vesuviano, pertinenziale

ad un immobile di sua proprietà, impugna il silenzio-diniego formatosi sull'istanza di accertamento di conformità, ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001, delle opere eseguite per una migliore sistemazione a giardino dello stesso.

II. A sostegno del gravame deduce i seguenti motivi di ricorso:

a) violazione e falsa applicazione della legge 17.8.1942 n. 1150 come modificata ed integrata dalla legge 6.08.1967 n.765 (spec. artt.1 e segg., 31 e segg.), della legge 28.01.1977 n.10 (spec. artt.1 e segg.), della legge 5.08.1978 n.457 e sue integrazioni e modifiche (spec. artt.27 e segg., 31 e segg., 48 e segg.), del D.L. 23.01.1982 n.9, convertito con legge 25.3.1982 n.94 (spec. artt.7 e segg.), della legge 28.02.1985 n.47 (spec. artt.4 e segg., 24 e segg.), della legge 24.12.1993 n.537 (spec. art.2), della legge 23.12.1996 n.662 (spec. art.2, comma 7, e segg.), della legge 29.06.1939 n.1497, della legge 8.06.1990 n.142 (spec. artt.38 e segg., 51 e segg.), della legge 7.08.1990 n.241 così come modificata dalle leggi 24.12.1993 n.537 e 15.05.1997 n.127 (spec. artt.3 e segg., 19 e segg.) d.lgs. 42/2004, D.P.R. 380/01, artt. 3 e 36 e segg. e delle norme e dei principi generale in materia di obbligo di motivazione degli atti pubblici nonché di snellimento dei procedimenti amministrativi;

b) eccesso di potere per erroneità ed illegittimità dei presupposti, omessa, erronea ed illegittima motivazione, sviamento, ingiustizia ed illogicità manifesta, falso scopo e falsa causa, contraddittorietà, errore in fatto ed in diritto, illegittimità derivata, perplessità, incompetenza e violazione del principio di proporzionalità.

III. Si è costituita l'Amministrazione intimata, concludendo per il rigetto del ricorso.

IV. All'udienza pubblica del 12.01.2021, fissata per la trattazione del ricorso, il procuratore di parte ricorrente, sentito da remoto, si è preliminarmente riportato all'istanza di trattazione congiunta del presente gravame con altro ricorso, RG 4891/2016, fissato per l'udienza straordinaria del 23 marzo 2021, avente ad oggetto la richiamata l'ordinanza di demolizione n. 120 del 14/7/2016. Invitato dal Presidente ad indicare il ricorso pregiudiziale, il

medesimo difensore ha precisato di ritenere il presente gravame condizionante il primo e ne ha chiesto la definizione. La causa è stata quindi introitata per la decisione.

V. Il ricorso è infondato.

V.1. Premette, in fatto, parte ricorrente quanto segue:

a) in occasione di un sopralluogo effettuato dai Vigili Urbani del Comune di San Giuseppe Vesuviano e dall'Ufficio Tecnico del Comune di San Giuseppe Vesuviano e dalla relazione scaturita, prot. 21759 del 10.06.2016, le sono stati contestati la realizzazione di "una strada pavimentata con sampietrini di pietra vesuviana, delimitata da cordoli di pietrame, avente una lunghezza di m. 100 circa e una larghezza di m. 3,50 circa; muretti cementiti e viali pedonali pavimentati con lastre di marmo; una vasca fontana quale ornamento del giardino; alcune colonne ornamentali; tubolari metallici per la realizzazione di pergolati, alcune aiuole, impianti elettrici/idrici"; che avrebbero determinato "un cambio di destinazione d'uso, da nocciolato ad area adibita a percorsi pedonali e veicolari";

b) in forza di tale sopralluogo e della successiva relazione, il Responsabile dell'Area Urbanistica e Edilizia del Comune di San Giuseppe Vesuviano ha emesso il provvedimento n. ord. Reg. Gen. 120 del 14.07.2016, notificato in data 1.08.2016, col quale ha ordinato la demolizione delle suddette "opere abusive" che sarebbero state realizzate dalla ricorrente presso l'appezzamento di terreno in proprietà;

c) avverso quest'ultimo provvedimento, parte ricorrente ha proposto ricorso innanzi al T.A.R., con atto notificato il 27.10.2016, attualmente pendente ed iscritto al n. r.g. 4891/2016;

d) la stessa ha provveduto, per le opere indicate, a richiedere, con domanda del 25.10.2016, assunta al Protocollo generale del Comune di San Giuseppe Vesuviano al n. 0040827, l'accertamento di conformità dell'opera e, quindi, il permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 D.P.R. 380/01;

e) il Comune di San Giuseppe Vesuviano non si è pronunciato sull'istanza e, essendo decorso il termine di sessanta giorni previsto dall'art. 36 Legge 380/01, si è formato il silenzio-rigetto, gravato con il presente ricorso.

V.2. Con i motivi di gravame, parte ricorrente deduce l'illegittimità del provvedimento tacito di rigetto sostenendo che una pronuncia in termini favorevoli sull'istanza di concessione in sanatoria costituirebbe, di contro, un atto dovuto da parte del Comune, sussistendo, nella specie, i presupposti per l'accertamento della doppia conformità dell'intervento realizzato.

Ed invero, "Ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380/2001, ove il Comune non si pronunci espressamente entro il termine di sessanta giorni dal ricevimento dell'istanza di accertamento di conformità, la stessa si intende respinta. Sull'istanza si forma, infatti, una fattispecie tipica, prevista dal legislatore, di silenzio — diniego, il quale va impugnato mediante la proposizione di motivi aggiunti o ricorso autonomo. Il silenzio — diniego può, infatti, essere impugnato dall'interessato in sede giurisdizionale per il tramite dell'azione di annullamento, alla stregua di un provvedimento esplicito, con la differenza però che il diniego, in quanto tacito, non è censurabile per difetto di motivazione, di cui è strutturalmente carente per previsione legislativa, ma solo per il suo contenuto di rigetto" (T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 05/03/2020, n. 1017).

V.3. Orbene, nel caso di specie, le opere eseguite ed oggetto dell'istanza in sanatoria, a parere di parte ricorrente, risulterebbero conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici in vigore ed adottati al momento della loro realizzazione dal Comune di San Giuseppe Vesuviano: l'abuso sarebbe, invero, consistito in un'attività di completamento del giardino ubicato nell'area pertinenziale, antistante il proprio fabbricato, già dotato di un percorso carrabile, pavimentato con sanpietrini di pietra vesuviana e delimitato da cordoli in pietra vesuviana avente una larghezza di circa 3,5 mt..

La ricorrente evidenzia, in particolare, producendo una relazione tecnica di parte, che le caratteristiche delle opere, considerate come un insieme

coordinato di interventi, non determinerebbero superfici di piano né di volume utili, tantomeno di superficie coperta, trattandosi, nella specie, di vasche, piscine private scoperte, fontane, manufatti ed accessori leggeri, arredi da giardino e viali pedonali e carrabili.

Rileverebbe, quindi, la loro perfetta conformità al dettato dell'art. 56 del Regolamento Edilizio del Comune di San Giuseppe Vesuviano, rubricato "Sistemazioni esterne" e delle Norme tecniche di Attuazione del P.U.C. che prevedrebbero, per l'appunto, la possibilità di realizzare tali lavori.

V.4. Quanto all'autorizzazione paesaggistico-ambientale, di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, necessaria in un territorio sottoposto alla citata tutela normativa, come l'intero territorio del Comune di San Giuseppe Vesuviano in virtù del DD.MM. 06/10/61, osserva che la predetta autorizzazione ben potrebbe essere conseguita nell'ambito del procedimento attivato con l'accertamento ex art. 36 del d.P.R. n. 380/2001 di doppia conformità.

La normativa di cui al d.lgs. n. 42/2004, posta a tutela del bene paesaggistico ambientale, oltre ad individuare e definire uno specifico procedimento autorizzatorio di cui all'art. 146, prevedrebbe, al quarto comma, non solo che "l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio" ma anche che esclusivamente "Fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi".

Ora, da tale prescrizione emergerebbe dunque che l'autorizzazione paesaggistica costituirebbe la *condicio sine qua* concernente l'aspetto paesaggistico al fine di ottenere il permesso a costruire eccezionalmente rilasciabile in sanatoria nei casi di cui all'art. 167 del d.lgs 42/2004 a norma del quale, secondo il disposto del quarto comma, per quanto di interesse: "l'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi: "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;” o, ancora “c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380”.

Orbene, i lavori eseguiti dalla ricorrente, non comportando o determinando superfici utili di piano, volumi utili ovvero superficie coperta, costituirebbero un'attività ricompresa ed annoverabile in quelle indicate alla lettera a) dell'art. 167 del d.lgs 42/2004, indi passibile di valutazione postuma e di eventuale autorizzazione paesaggistica in sanatoria.

Mediante la presentazione dell'istanza di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del D.P.R. del 2001, la ricorrente, oltre a richiedere un'inedita valutazione urbanistica, per il tipo di lavori eseguiti, non determinanti, come detto, superfici o volume utile, avrebbe, ai sensi del citato art. 167, 4 comma lettera a), possibilità quindi di accedere anche alla valutazione di stampo paesaggistico-ambientale attraverso il procedimento di cui all'art. 146 del d.lgs 42/2004.

V.5. Il Comune avrebbe, altresì, erroneamente ritenuto che le opere realizzate dalla odierna ricorrente abbiano determinato un cambio di destinazione d'uso, precisamente, da nocciolato ad area adibita a percorsi pedonali e veicolari.

Come emergerebbe dalla perizia di parte, corredata da ampia documentazione fotografica e da precisi elementi iconografici e fotogrammi, trattasi di un'area, lo spazio ove insistono le opere eseguite dalla ricorrente, come detto, pertinenziale all'immobile di proprietà ove è stata eseguita una mera attività di completamento di un percorso rettilineo già tracciato molto tempo addietro, concretantesi in una mera sistemazione del giardino esterno.

In tale area, invero, si rileverebbe la presenza di diversi immobili e di impianti elettrici e fognature: ove mai in passato fosse stata considerabile come agricola e, nella specie, nocciolato, ad oggi sarebbe ormai da reputarsi completamente urbanizzata. Emergerebbe allora il carattere vetusto e ormai

superato delle prescrizioni urbanistiche del Comune di San Giuseppe Vesuviano che trascurano le evoluzioni e la dinamica edilizia e urbanistica che fisiologicamente importa trasformazioni del territorio urbano. La valutazione dovrebbe invece essere compiuta seguendo il criterio del rispetto e della fedele ripresa della vocazione concreta di una specifica area, ravvisandosi una piena corrispondenza tra ciò che è stato realizzato e il parametro urbanistico del territorio.

V.6. Alla luce di quanto rappresentato e data la *fictio* provvedimentale, ascritta nel novero di ipotesi in cui *ex lege* il silenzio della Pubblica Amministrazione assume il significato di provvedimento negativo, sarebbe facilmente intellegibile che la mancata istruttoria, o comunque il difetto di una espressa ed esplicita valutazione urbanistica del Comune di San Giuseppe, sarebbe già *ex se* ed in concreto lesiva della posizione giuridica di cui è titolare parte ricorrente, in spregio a quanto riferito dagli artt. 2 e 3 della legge 241/1990. Le ragioni che sostengono l'interesse della ricorrente all'ottenimento dell'autorizzazione sia urbanistica che paesaggistica, in altri termini, non sarebbero state oggetto di alcun approfondimento istruttorio da parte del Comune di San Giuseppe Vesuviano (NA), nei 60 giorni dalla data di presentazione della domanda di conformità urbanistica, permettendo, così, la formazione e la realizzazione di un'ipotesi silenzio diniego, così come *ex lege* previsto.

VI. Le censure sono prive di pregio.

VI.1. Come condivisibilmente argomentato dall'Amministrazione comunale resistente, non può fondatamente sostenersi che, nel caso *de quo*, le opere eseguite siano valutabili come conformi alle previsioni degli strumenti urbanistici.

VI.1.1. Occorre premettere che, per la realizzazione delle strutture descritte, soprattutto per quanto ne consegue in termini di cambio di destinazione d'uso del fondo (da noccioleto ad area pertinenziale ad un immobile ad uso residenziale, essendo dirimente la qualificazione contenuta nella disciplina

urbanistica in vigore), sarebbe prioritariamente occorso un permesso di costruire.

E' infatti giuridicamente rilevante il mutamento di destinazione d'uso tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico, come nel caso all'esame; diversamente, nell'ambito delle stesse categorie possono aversi mutamenti di fatto ma non diversi regimi urbanistico-contributivi stante le sostanziali equivalenze dei carichi urbanistici nell'ambito della medesima categoria.

Ora, in assenza di diversa determinazione della Regione - cui l'art.10, comma II, del T.U. n. 380/2001 demanda il compito di individuare quali mutamenti dell'uso di immobili o di loro parti siano subordinati a permesso di costruire ovvero a denuncia di inizio di attività - è, quindi, assoggettato a D.I.A. il mutamento di destinazione d'uso senza opere purché nell'ambito della stessa categoria urbanistica, mentre è richiesto il permesso di costruire per le modifiche di destinazione che comportino il passaggio di categoria (TAR Campania, Salerno, sez. I, 16 maggio 2011, n. 949).

Orbene, il cambio di destinazione d'uso che comporta, come nel caso di specie, un aumento di superficie, implicando il predetto passaggio di categoria in conseguenza della trasformazione delle aree da non residenziale a residenziale, è quindi soggetto a permesso di costruire (Cons. di St., sez. VI, 18.04.2013).

Ed invero, tutte le volte che le modificazioni unilateralmente realizzate dal proprietario configurano un mutamento della destinazione d'uso, con appesantimento, rilevabile e documentabile, dei carichi urbanistici o con manifesto contrasto con i vigenti assetti urbanistici di zona, è necessaria l'autorizzazione dell'Ente locale, per l'elementare e basilare esigenza collettiva di consentire allo stesso Ente locale di gestire in modo ordinato, equo e proporzionato, rispetto alla situazione reddituale degli amministrati, i carichi di urbanizzazione complessivamente considerati (Cons. Stato, II sez., n.3546/03).

VI.1.2. Peraltro, per la realizzazione delle opere in questione sarebbe stata necessaria anche la preventiva autorizzazione paesaggistica, non potendosi considerare l'abuso in questione fra quelli che fanno eccezione alla procedura in via *ex ante* dell'assenso paesaggistico indicati all'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004: il cambio di destinazione d'uso comporta, infatti, un aumento di superficie anche in conseguenza della sola trasformazione delle aree da non residenziale a residenziale, rientrando quindi il caso di specie nel generale divieto secondo il quale "l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi" (art. 146, comma 4, del d.lgs. n. 42/2004).

VI.1.3. Ciò posto, il rilascio del necessario titolo abilitativo non sarebbe stato comunque possibile in ragione del vincolo paesistico ambientale di inedificabilità assoluta esistente sull'intero territorio comunale.

La struttura ricade, infatti, in Zona R.U.A. del PTP, nella quale sono previsti unicamente interventi conservativi e rientra anche nella perimetrazione Zona Rossa ... nella quale ai sensi della L.R. Campania n.21/05 è vietato il rilascio di titoli edilizi abilitanti la realizzazione di interventi finalizzati all'incremento dell'edilizia residenziale. Tanto preclude in radice, allo stato, la condonabilità dell'opera. E' infatti consolidato e condiviso l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale: "considerato che il manufatto da condonare si trova in zona di in edificabilità assoluta sotto le falde del Vesuvio; considerato che, anche ad ammettere che il vincolo di inedificabilità assoluta è successivo alla costruzione, nessuna possibilità di ottenere la sanatoria vi sarebbe mai per un abuso commesso in quella zona (anche a voler convertire il vincolo di cui all'art. 33 L. sul condono in vincolo relativo)" (Cons. di St., sez. IV, ord. n. 294/2012).

VII. Sulla base delle sopra esposte considerazioni, in ricorso non è quindi meritevole di accoglimento non ravvisandosi il difetto di istruttoria lamentato.

VIII. Le spese di giudizio seguono la regola della soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna parte ricorrente alla rifusione in favore dell'Amministrazione resistente delle spese di giudizio che liquida in € 3.000,00 oltre C.P.A. ed I.V.A.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2021, mediante collegamento da remoto in videoconferenza con il sistema Microsoft Teams, secondo quanto previsto dall'art. 25, co. 2, del decreto-legge n. 137 del 28.10.2020, convertito con legge n. 176 del 18.12.2020, modificato con l'art. 1, co. 17, del decreto-legge n. 183 del 31.12.2020, con l'intervento dei magistrati:

Anna Pappalardo, Presidente

Giuseppe Esposito, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE
Anna Pappalardo

IL SEGRETARIO