

Pubblicato il 22/09/2017

N. 00317/2017 REG.PROV.COLL.

N. 00001/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1 del 2017, proposto da:

**** S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., e l'ing. **** **** rappresentati e difesi dall'avvocato **** ****, con domicilio eletto presso la Segreteria di questo Tribunale;

contro

Comune, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato **** ****, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato **** **** in Campobasso;

e con l'intervento di

ad opponendum:

**** ****, rappresentato e difeso dagli avvocati **** **** e **** ****, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Campobasso;

per l'annullamento, previa sospensione,

1) della ordinanza dell'ufficio tecnico n. 18 del 28.9.2016, notificata all'ing. **** ****, n.q., di progettista e D.L, in data 5.10.2016, con la quale è stato ingiunto alla soc. **** srl, di demolire – entro novanta giorni –tutte le opere edilizie eseguite in difformità del Permesso di Costruire n. 13/2008 del 17/10/2010, come sopra dettagliatamente descritte.

Nel provvedimento si contesta alla soc. **** srl di aver realizzato abusivamente opere in parziale difformità al Permesso di Costruire n. 13/2008 del 17.10.2010 e successive varianti in corso d'opera, nonché delle autorizzazioni sismiche e paesaggistiche ambientali, che interessano la "costruzione di un complesso edilizio denominato **** con recinzione e sistemazione esterna", ricadente in zona "C2" (residenziale

intensiva) del vigente strumento urbanistico, sul terreno in catasto al foglio 43 particelle 53 e 377, e precisamente:

- a) Muro di contenimento previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a con altezza di metri 1,90 (lunghezza ml. 21,00);
- b) Muro di contenimento previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a. con altezza variabile da metri 1,90 a metri 4.10 (lunghezza ml.3,90);
- c) Muro di contenimento previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a con altezza variabile da metri 4.10 a metri 2.000. (lunghezza ml.27.40). Inoltre tale muro è stato traslato di circa metri 1,25 a ridosso del muro esistente;
- d) Muro di contenimento prospiciente la strada comunale previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,00 a metri 2,00 è stato realizzato in c.a. con altezza variabile da metri 0,50 a metri 3,00 (lunghezza ml.46,60);
- e) Muro di contenimento previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a. con altezza di metri 1,50 (lunghezza ml.12,60);

nonché di ogni altro atto, provvedimento o parere ad essi presupposto, connesso o consequenziale, ed in particolare della relazione tecnica del 22.8.2016.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2017 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso notificato in data 3/5 dicembre 2016 e depositato il 3 gennaio 2017 la società **** s.r.l. e l'ing. **** (direttore dei lavori) hanno impugnato, chiedendone l'annullamento previa sospensione cautelare, l'ordinanza n. 18 del 28.9.2016 con la quale il Comune ha ingiunto alla medesima società, di demolire – entro novanta giorni – le opere edilizie eseguite in difformità del Permesso di Costruire n. 13/2008 del 17/10/2010.

A seguito di un sopralluogo venivano contestate difformità rispetto ai provvedimenti edilizi abilitativi precedentemente adottati e il direttore dei lavori faceva pervenire con atto notificato in data 26 agosto 2016 le proprie osservazioni critiche che, tuttavia, non erano accolte, e veniva così adottato il provvedimento impugnato nel quale erano contestate in particolare le seguenti violazioni insistenti sul terreno in catasto al foglio 43 particelle 53 e 377:

- a) *Muro di contenimento (vedi planimetria di colore giallo) previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a. con altezza di metri 1,90 (lunghezza ml. 21,00);*
- b) *Muro di contenimento (vedi planimetria di colore verde) previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a. con altezza variabile da metri 1,90 a metri 4.10 (lunghezza ml.3,90);*
- c) *Muro di contenimento (vedi planimetria di colore rosso) previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a. con altezza variabile da metri 4.10 a metri 2.000. (lunghezza ml.27.40). Inoltre tale muro è stato traslato di circa metri 1,25 a ridosso del muro esistente (vedi planimetria di colore rosa);*
- d) *Muro di contenimento prospiciente la strada comunale (vedi planimetria di colore azzurro) previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,00 a metri 2,00 è stato realizzato in c.a. con altezza variabile da metri 0,50 a metri 3,00 (lunghezza ml.46,60);*
- e) *Muro di contenimento (vedi planimetria di colore arancione) previsto in c.a. di altezza variabile da m. 1,50 a metri 3,00 è stato realizzato in c.a. con altezza di metri 1,50 (lunghezza ml.12,60)*

La società premette che l'intervento edilizio afferisce ad un complesso edilizio formato da quindici abitazioni che è stato realizzato anche attraverso varianti rispetto ai titoli abilitativi originari e che i muri oggetto del contestato provvedimento fanno parte delle opere di sistemazione esterna del complesso edilizio.

La svolta impugnazione si fonda sui motivi così di seguito rubricati e sintetizzati.

I) *Violazione d.P.R. 6/6/2001 n. 380 eccesso di potere per inesistenza dei presupposti; travisamento dei fatti; sviamento di potere; difetto di istruttoria; inesistenza e/o erroneità dei presupposti; perplessità; contraddittorietà.*

Le difformità relative alle altezze, sarebbero minime, in quanto riguardanti una percentuale assai limitata dei muri e, inoltre, deriverebbero da esigenze sorte nel corso dell'esecuzione dei lavori in relazione allo stato dei terreni; parte ricorrente ha poi negato la sussistenza di alcuna traslazione dei muri.

II) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 comma 2 in relazione agli art. 22, comma 2, art. 31, comma 1 e art. 32 d.P.R. n. 380/2001; violazione e falsa applicazione dell'art. 10 d.P.R. n. 380/2001; eccesso di potere; travisamento dei fatti; difetto di istruttoria e di motivazione; inesistenza e/o erroneità dei presupposti; perplessità; contraddittorietà.*

Le difformità rilevate dovrebbero essere considerate ai sensi dell'art. 22 del d.P.R. n. 380/2001 alla stregua di varianti c.d. minime per cui l'amministrazione non poteva ingiungere la demolizione prevista dall'art. 31 del T.U. edilizio, da comminare per il solo caso di mancanza o difformità del permesso a costruire e/o variazione essenziale.

In ogni caso l'amministrazione non poteva ingiungere la demolizione delle opere, trattandosi di opere pertinenziali, che avevano altresì ricevuto l'assenso paesaggistico, nell'ambito di un progetto già assentito.

III) *Violazione dell'art.97 Costituzione e violazione e falsa applicazione degli artt. 3, 6, 10 della l. 241/90; vizio del procedimento – difetto di motivazione e di istruttoria; eccesso di potere; travisamento dei fatti; inesistenza e/o erroneità dei presupposti.*

Il provvedimento impugnato non menzionerebbe le risultanze dell'istruttoria compiuta, limitandosi a richiamare nel provvedimento gravato il parere dell'UTC ed infine non conterrebbe alcun accenno al motivo per cui le osservazioni del ricorrente non sono state accolte.

Con atto depositato in data 17 febbraio 2017 si è costituito in giudizio il Comune, chiedendo che il ricorso, per quanto riferibile all'ing. **** ***, fosse dichiarato irricevibile per tardività avendo quest'ultimo ricevuto la notifica il 5 ottobre ed avendo notificato il gravame oltre il termine di legge, chiedendo nel merito il rigetto del ricorso.

Con ordinanza dell'8 marzo 2017 questo Tribunale ha accolto l'istanza cautelare e ha sospeso il provvedimento impugnato evidenziando la sussistenza di un pericolo di pregiudicare irreparabilmente l'interesse del ricorrente in caso di esecuzione del provvedimento.

In data 25 maggio 2017 si è costituito con intervento *ad opponendum* il sig. **** ***, proprietario confinante con la proprietà della società ricorrente, chiedendo anch'egli il rigetto del ricorso.

Le parti con gli ulteriori scritti difensivi hanno insistito nelle proprie eccezioni e deduzioni, depositando ulteriori documenti. L'Amministrazione, in particolare, ha rinunciato all'eccezione di tardività del ricorso dell'ing. **** ***, in quanto frutto di un errore, ma ha rilevato la tardività ai sensi dell'art. 73 c.p.a. del deposito di parte ricorrente della memoria e dei documenti.

All'udienza pubblica del 5 luglio 2017, il Comune ha rinunciato all'eccezione di tardività della memoria attorea e, dopo articolata discussione, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è privo di fondamento.

Con il primo motivo parte ricorrente adduce che le rilevate difformità nell'altezza dei muri di contenimento realizzati sarebbero di scarsa entità rispetto all'opera complessivamente intesa; esse sarebbero fisiologiche nell'ambito dell'esecuzione delle opere, in quanto derivanti dalla particolare conformazione del terreno che ha imposto l'innalzamento dell'altezza dei muri progettati.

Il rilievo non merita positiva considerazione.

Deve anzitutto rilevarsi la non contestazione nell'*an* e nel *quantum* delle violazioni rilevate dall'Amministrazione con riferimento alla maggiore altezza dei muri di contenimento rispetto a quella autorizzata nei provvedimenti abilitativi. Deve altresì rilevarsi che la maggiore altezza realizzata non è affatto di trascurabile entità, come pretenderebbe parte ricorrente, incidendo per oltre un metro rispetto a quella assentita (rispettivamente metri 2 e 3), con la conseguenza che anche da un punto di vista paesaggistico, tenuto conto che la zona è sottoposta al relativo vincolo, la variazione non può non avere riflessi apprezzabili, alterando sostanzialmente la configurazione originaria dell'opera assentita. Parte ricorrente nega poi la contestata traslazione di due parti dei muri di contenimento, ma si limita sul punto a sovrapporre la propria diversa valutazione a quella operata dall'Amministrazione.

Sempre in via preliminare deve precisarsi che, come chiarito dall'univoco orientamento della giurisprudenza da cui il Tribunale non ha motivo per discostarsi, i muri di contenimento possiedono una struttura idonea, per consistenza e modalità costruttive, a sorreggere le spinte del terreno medesimo e dunque, pur potendo avere concomitante funzione di confine, quest'ultima è solo accessoria ed eventuale, mentre quella principale ne rappresenta un'utilità specifica per il proprietario, autonomamente valutabile e comunque comportante un'alterazione significativa dello stato dei luoghi, con conseguente soggezione al regime del permesso a costruire (cfr. TAR Calabria, sez. dist. Reggio Calabria, 16 aprile 2014, n. 186; TAR Napoli, sez. IV, 26 ottobre 2012, n. 4275; cfr. anche TAR Piemonte, 18 dicembre 2013, n. 1368; TAR l'Aquila, 14 febbraio 2013, nr. 145; TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 febbraio 2013, nr. 1210; TAR Milano, sez. II, 8 novembre 2012, nr. 2687 ed altre).

Del resto ciò è quanto la stessa parte ricorrente ha mostrato di intendere nel momento in cui ha proposto istanza per il conseguimento del Permesso di costruire e per l'autorizzazione paesaggistica per le opere oggetto di causa.

Ciò posto, le variazioni introdotte rispetto a quanto assentito nei titoli abilitativi non possono imputarsi alle difficoltà riscontrate in sede di esecuzione, come pretenderebbe parte ricorrente, atteso che come rilevato dalla resistente Amministrazione sia l'addotto avvallamento della strada comunale che il palo dell'Enel e la scala dell'abitazione del confinante, erano circostanze in fatto preesistenti, per cui non possono essere valide a legittimare, in via successiva, le difformità contestate con l'ordinanza de qua.

Peraltro, pure a prescindere da siffatta considerazione in fatto, e si viene così allo scrutinio anche del secondo motivo di ricorso, non può ritenersi che l'aumento dell'altezza dei muri di contenimento possa essere considerata alla stregua di una minima variazione (di tipo esecutivo) non incidente sui parametri edilizi e sottoposta pertanto a mera Segnalazione, secondo quanto previsto all'art. 22 del d.P.R.

Deve infatti rammentarsi che l'area sulla quale insistono le opere in questione è soggetta a vincolo paesaggistico, tanto è vero che il progetto originario è stato oggetto del provvedimento abilitativo della relativa Amministrazione, con la conseguenza che ogni variazione di esso avrebbe dovuto essere sottoposta al medesimo iter autorizzativo, come confermato dall'articolo 32, co. 3, del d.P.R. n. 380/2001.

Ne consegue che parte ricorrente, prima di apportare le modifiche rilevate e non contestate, avrebbe dovuto riattivare l'iter autorizzativo e ottenere l'assenso delle autorità competenti, in assenza del quale le modifiche devono ritenersi abusivamente realizzate.

Con il terzo motivo parte ricorrente deduce la violazione dell'obbligo di motivazione in quanto nel provvedimento gravato non si sarebbe tenuto conto del contributo fornito con le deduzioni prodotte in sede contraddittorio procedimentale con le osservazioni proposte dal direttore dei lavori.

Il rilievo non merita positiva considerazione.

Occorre ricordare che la granitica giurisprudenza sul tema afferma che per gli atti sanzionatori di abusi edilizi, qual è l'ordinanza di demolizione, l'Amministrazione non sarebbe nemmeno tenuta a comunicare l'avvio del procedimento, trattandosi di atto vincolato e dovuto (Consiglio di Stato, sez. VI, 4 marzo 2013, n.1268). Ciò nonostante, nel caso di specie, non è contestato che parte ricorrente abbia comunicato scritti difensivi (in data 26 agosto 2016) instaurando un contraddittorio senza contestare il dato fattuale della variazione delle altezze dei muri di contenimento, confermando nella sostanza le violazioni rilevate nell'ordine di demolizione.

In definitiva tutti i motivi sono infondati e il ricorso deve essere respinto con la conseguente condanna della ricorrente al pagamento delle spese processuali come liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna parte ricorrente al pagamento delle spese processuali nei confronti delle resistenti che liquida complessivamente in euro 2.000 (duemila) oltre interessi ed accessori di legge.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Luca Monteferrante, Consigliere

Domenico De Falco, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Domenico De Falco

IL PRESIDENTE
Silvio Ignazio Silvestri

IL SEGRETARIO