

Publicato il 07/08/2020

N. 03543/2020 REG.PROV.COLL.
N. 03955/2016 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 Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3955 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Giovanni Spezzaferri, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabrizio Perla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Napoli, via Santa Brigida n. 39;

contro

Comune di Aversa in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Nerone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso il suo studio in Napoli, via Cesario Console n. 3;

per l'annullamento

(con il ricorso introduttivo)

dell'ordinanza n. 83/2016 a firma del dirigente dell'Ufficio Patrimonio del Comune di Aversa avente ad oggetto il rilascio dell'area pubblica situata in **via** **Riverso**, altezza civico 36;

dell'ordinanza n. 125/2016 a firma del dirigente del Settore Edilizia del Comune di Aversa recante ingiunzione a demolire le opere ritenute abusive realizzate su area di proprietà comunale;

(con il ricorso per motivi aggiunti)

dell'ordinanza prot. n. 42669 del 28.11.2019, notificata il 4.12.2019, con la quale il Dirigente Pianificazione e Gestione del Territorio, assunto quale presupposto l'Ordinanza n. 125 del 17.06.2016, impugnata con il ricorso originario, ha disposto l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale "delle opere abusivamente realizzate ... consistenti nella costruzione di una piscina e di recinzione sulla particella n. 5159 del foglio 5 di proprietà del Comune di Aversa" del terreno distinto in catasto al foglio particella n. Foglio 5 particella n. 5159, ordinando altresì al ricorrente di procedere "allo sgombero da persone e da cose delle opere abusivamente realizzate e del terreno;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Aversa;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 luglio 2020 la dott.ssa Viviana Lenzi e trattenuta la causa in decisione ai sensi dell'art. 84, comma 5, del D.L. 17.3.2020, n.18, conv. in l. 24/4/2020 n. 27, modificato dall'articolo 4, comma 1 del D.L. 30 aprile 2020, n. 28 e del Decreto Presidenziale n. 22/2020/Sede;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 - Con ricorso notificato il 12/7/2016 e depositato il 10/9/2016, Spezzaferri Giovanni ha impugnato congiuntamente l'ordinanza n. 83 del 6/5/2016 recante ordine di rilascio della particella di proprietà comunale n. 5159 (fg. 5 in ct. terreni del Comune di Aversa), occupata per mq. 440 e l'ordinanza n. 125 del 17/6/2016 recante ordine di demolizione delle opere abusive ivi realizzate (piscina e muro di recinzione).

Premesso in fatto che la piscina che il Comune asserisce essere abusiva è stata realizzata previo rilascio del pdc n. 238/2009, il ricorrente ha censurato i gravati provvedimenti deducendo:

A) quanto all'ordinanza n. 83/2016

A1) violazione dell'art. 378 l. 2248/1965 – all. F – incompetenza: l'ordinanza n. 83/2016 (siccome espressione del potere di autotutela possessoria e non di quello di repressione degli abusi edilizi) è stata emessa da soggetto incompetente, rientrando la sua adozione nelle prerogative del Sindaco e non del dirigente ex art. 107 TUEL; difetta, comunque, il presupposto per l'esercizio del potere di autotutela in materia di beni pubblici, essendo da oltre quindici anni l'area in esclusivo possesso del ricorrente.

A2) violazione dell'art. 3 l. 241/90 – eccesso di potere per carenza di istruttoria – erronea motivazione: il Comune di Aversa ha disposto il rilascio dell'area nel breve termine di gg. 30 dopo oltre dieci anni di presunta occupazione abusiva;

B) quanto all'ordinanza n. 125/2016:

B1) violazione dell'art. 3 l. 241/90 – eccesso di potere per carenza di istruttoria – erronea motivazione: la piscina è stata realizzata sulla particella di proprietà privata n. 5259 e non – come supposto dall'Amministrazione – su quella di proprietà comunale n. 5159; di talché, in mancanza della previa rimozione del titolo abilitativo, non poteva essere disposta la demolizione dell'opera, oltretutto in mancanza di specifica motivazione, tenuto conto della consolidata posizione del ricorrente.

2 - Con successivo ricorso per motivi aggiunti, lo Spezzaferri ha poi chiesto annullarsi l'ordinanza prot. n. 42669 del 28/11/2019 che – sul presupposto dell'inottemperanza alla precedente ingiunzione di demolizione - ha disposto l'acquisizione gratuita al patrimonio comunale delle opere abusivamente realizzate, con contestuale ordine di sgombero del suolo interessato.

2.1 - Il ricorrente ha lamentato, in particolare:

- violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge 07/08/90 n. 241 e ss.mm.ii. - violazione e falsa applicazione del d.P.R. 380/2001 - eccesso di potere per difetto di istruttoria – carente ed erronea motivazione - vizio del procedimento - eccesso di potere per sviamento - carenza dei presupposti - illogicità – mancanza di procedimento di secondo grado: l'acquisizione è del tutto illegittima perché muove dal presupposto dell'abusività della piscina e della recinzione, che invece risultano assistite da titolo edilizio.

- in via derivata, poi, l'ordinanza di acquisizione sconta i medesimi vizi già evidenziati con riferimento all'ordinanza n. 125/2016.

3 - Il Comune di Aversa ha resistito ad entrambe le impugnazioni.

4 - Respinta l'istanza cautelare, con ordinanza n. 5380/2019 il Collegio ha disposto una verifica finalizzata ad accertare “l'esatta collocazione spaziale della piscina e della recinzione oggetto dell'ordinanza n. 125 del 17/6/16, specificando se ed in che misura esse insistano sulla part. n. 5159 di proprietà comunale”.

Acquisito l'elaborato peritale, alla pubblica udienza del 22/7/2020 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5 - Muovendo dal ricorso avverso l'ordinanza che ha disposto il rilascio del suolo comunale occupato dal ricorrente, va osservato, innanzi tutto, che sussiste la giurisdizione di questa A.G.

Ed invero, “in giurisprudenza, è pacifica la giurisdizione del giudice ordinario ove il privato contesti l'ordinanza di sgombero eccependone l'illegittimità per l'assenza delle caratteristiche di demanialità rivendicando la proprietà del bene (Cass. Civ., Sez. un., 7 maggio 2014, n. 9827; Cass. Civ., Sez. un., 15 marzo 2012, n. 4127; Cass. Civ., Sez. un., 29 marzo 2011, n. 7097 e Cons. Stato, Sez. V, 20 luglio 2016, n. 3288; Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5741; Cons. giust. amm. Reg. Siciliana, 13 dicembre 2016, n. 461; T.A.R. Lazio Roma Sez. II, Sent. 26-06-2019, n. 8320);

La giurisdizione spetta, invece, al giudice amministrativo ove, in base al criterio del petitum sostanziale, la domanda abbia ad oggetto il provvedimento di autotutela amministrativa adottato ai sensi dell'articolo 823 cod. civ. “(...) in una situazione in cui l'appartenenza del

bene da sgomberare alla cosa pubblica non è in discussione (...); atto la cui illegittimità è denunciata per difetto di una delle condizioni di legge" (Cass. civ., SS.UU., 17 marzo 2017, n. 6964).

Nella fattispecie in esame, dalla piana lettura del ricorso introduttivo emerge che una contestazione sull'effettiva titolarità della particella n. 5159 neppure viene mossa da parte ricorrente.

6 - Tanto premesso, si osserva che il Comune ha attivato il potere di autotutela possessoria in via amministrativa, disciplinato dall'art. 823 c.c., che può essere esercitato anche quando un immobile ha natura di bene patrimoniale indisponibile, oltre che demaniale.

“Detto potere assegna alla P.A. l'azione al mero fine del ripristino della legalità violata, in funzione della tutela del pubblico interesse che deve ispirare l'utilizzazione dei beni pubblici e si pone come rimedio concorrente rispetto a quello discendente dalla proposizione dell'azione giudiziaria, poiché l'art. 823 c.c. appresta entrambi i rimedi, senza alcuna imposizione di preclusione dell'uno rispetto all'altro (cfr. T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. I, 27 marzo 2012, n. 332).

Invero, per giurisprudenza consolidata, quando l'Amministrazione, ai sensi del citato articolo 823, comma 2, c.c., ritenga di esercitare il potere di autotutela possessoria, adottando un'ordinanza di rilascio di un bene demaniale (o patrimoniale indisponibile) occupato, occorre che l'occupazione sia abusiva (Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2017, n. 18; id., sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4554)” – TAR Lazio, Roma, sez. 1quater sent. 13/12/2017 n. 12314/2017.

6.1 – Con riguardo a tale potere, deve ritenersi infondato il vizio di incompetenza dedotto nel primo motivo di ricorso.

L'atto in esame non rientra in alcun modo tra quelli di competenza del Sindaco, non ravvisandosi alcuna delle fattispecie di cui all'art. 50 d. lgs. n. 267/2000 (TUEL) ed essendo acclarata l'insussistenza, nel caso di specie, dei presupposti per l'adozione di un'ordinanza contingibile ed urgente ex articolo 54 del D.lgs. n. 267/2000. Per tali ragioni, trova applicazione la generale previsione normativa di cui all'art. 107 co. 2 TUEL, secondo cui: “Spettano ai

dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108”.

Pertanto, del tutto legittimamente l'atto in esame è stato adottato dal dirigente preposto al settore di competenza, rinvenendo il dirigente la fonte di tale potere nella citata previsione di cui all'art. 107 co. 2 TUEL e considerato che *“l'attività di sgombero di proprietà comunali non ha il minimo contenuto "politico" trattandosi di attività di mera gestione”* (TAR Sardegna, sez. II, sent. 17/6/2019 n. 541/2019).

6.1.1 – Quanto alla dedotta violazione dell'art. 378 della l. 2248/1965, giova rammentare che la norma in esame dispone: “Per le contravvenzioni alla presente legge, che alterano lo stato delle cose, è riservato al prefetto l'ordinare la riduzione al primitivo stato, dopo di aver riconosciuta la regolarità delle denunce, e sentito l'ufficio del Genio civile. Nei casi di urgenza il medesimo fa eseguire immediatamente di ufficio i lavori per il ripristino”.

Tale potere deve ritenersi che sia stato trasferito ai dirigenti (ovvero per gli enti privi di dirigenti agli organi che ne svolgono i compiti) dal d.lgs. n. 267/2000, atteso che l'art. 107, comma 5, del predetto testo normativo fa espressamente salve solo le competenze del Sindaco previste dall'art. 50, comma 3 e dall'art. 54, e cioè le competenze espressamente attribuitegli dalla legge in determinate materie e, specificatamente, in materia di ordine e di sicurezza pubblica (in termini, cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 26 settembre 2013 n. 4778, richiamato da TAR Veneto, sez. II, sent. 9/5/2018 n. 497/2018 e, da ultimo, TAR Campania, Napoli, sez. II, sent. 2/4/2020 n. 404).

6.1.2 - Quanto, poi, alla lamentata carenza motivazionale, è sufficiente osservare che quello attraverso cui si estrinseca l'autotutela è *“un potere autoritativo con cui - anche a distanza di tempo dalla modifica della situazione di fatto - vi è il doveroso ripristino della disponibilità del bene in favore della collettività, poco importando se per trascuratezza o connivenza, o per mera mancata conoscenza delle circostanze di fatto, o per esigenze di approfondimento delle questioni, gli organi pro tempore non abbiano emanato gli atti di autotutela (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2015 n. 2196)”* - Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 26/4/18 n. 2520/2018. Di talché in nessun conto può essere tenuto il tempo trascorso da quando il privato ha fruito in via esclusiva del bene sottraendolo all'uso pubblico, che non può certamente valere ad ingenerare alcun legittimo affidamento sulla conservazione dello status quo.

6.2 - Va respinto il ricorso anche per la parte in cui si appunta avverso l'ordinanza di demolizione n. 125/2016.

6.2.1 - Benché il provvedimento non ne faccia menzione espressa (recando un generico riferimento al d.P.R. n. 380/01) il suo apparato motivazionale consente di qualificarlo come provvedimento ex art. 35 d.P.R. n. 380: il Comune ha, infatti, agito sul presupposto dell'inesistenza in capo al ricorrente di un qualsivoglia titolo giuridico che giustificasse la disponibilità dell'area de qua. Di talché, non giova al ricorrente rimarcare la legittimità della piscina sulla scorta del pdc n. 238/2009, per la fondamentale ragione che il manufatto - da realizzarsi sulla particella in proprietà esclusiva n. 5259 - risulta, invece, collocato su suolo comunale (part. n. 5159), laddove nessun provvedimento autorizzava tale diversa collocazione.

6.2.2 - La circostanza da ultimo rappresentata ha trovato conferma negli esiti della verifica disposta dal Collegio. L'ing. Cesaroni ha accertato che la piscina (unitamente alla copertura) e la recinzione dell'area risultano completamente poste sulla particella n. 5159 di proprietà comunale.

A tale risultato il perito è pervenuto sia utilizzando la metodica del rilievo diretto riferito a punti noti (muovendo dal riferimento sicuro costituito dal

fabbricato assentito con il pdc 22/2002, posizionato alla distanza di mt 5 dal confine della particella n. 5259 di proprietà Spezzaferri), che la metodica della sovrapposizione della planimetria catastale su ortofoto (mediante individuazione di un punto fiduciale sul foglio catastale e sulla mappa di riferimento – ortofoto – quindi sovrapposti).

L'entità dello sconfinamento è stata stimata dal verificatore in circa 550 mq.

6.2.3 - Le conclusioni cui è pervenuto il verificatore non risultano scalfite dalle osservazioni formulate da parte ricorrente, che non solo hanno trovato smentita sotto il profilo tecnico nelle controdeduzioni del verificatore, ma che si rivelano sostanzialmente indifferenti ai fini del decidere, dal momento che il tecnico di parte ricorrente ammette – comunque - uno sconfinamento sulla proprietà comunale per una superficie pari a mq. 350.

6.3 – Va, altresì, respinto il ricorso per motivi aggiunti avverso il consequenziale provvedimento di acquisizione e rilascio, stante l'inconsistenza sia della prima censura (fondata su presupposti fattuali già innanzi confutati), che della seconda (impernata sull'illegittimità derivata dall'ordinanza n. 125/2016).

7 - Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

7.1 - In particolare, le spese di verifica vanno poste in via definitiva a carico di parte ricorrente: esse si liquidano nella complessiva somma di euro 2.207,03 (pari a n. 270 vacanze, come da istanza del verificatore in atti), comprensiva dell'acconto già corrisposto.

Non si ritiene, viceversa, dalla lettura dell'elaborato (e prescindendo dalla mera generica deduzione in termini del verificatore) che la prestazione abbia assunto i connotati della “eccezionale importanza, complessità e difficoltà” tali da giustificare l'aumento degli onorari sino al doppio (ex art. 52 T.U. Spese di Giustizia).

Quanto alla richiesta di rimborso spese, la stessa è accoglibile limitatamente al documentato esborso di euro 30,00 a titolo di diritti di segreteria; nulla può, invece, essere liquidato al verificatore per le spese di viaggio, siccome – ai

sensi dell'art. 56 T.U. Spese di Giustizia – quelle sostenute per l'utilizzo di mezzi straordinari possono essere rimborsate soltanto se preventivamente autorizzate dal magistrato, mezzi straordinari tra cui rientra anche l'utilizzo dell'auto propria da parte dei dipendenti statali (Cass. Civ n. 18070/2012).

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, integrato da motivi aggiunti, lo respinge.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore dell'Amministrazione resistente che liquida in euro 2.000,00 oltre accessori come per legge, oltre spese di verifica liquidate in complessivi euro 2.207,03 (per onorario) oltre accessori di legge ed euro 30,00 per spese.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 luglio 2020 tenutasi mediante collegamento da remoto in videoconferenza tramite Microsoft Teams secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6 del D.L. 17.3.2020, n.18 e dal decreto del Presidente del Tribunale n.22/2020/SEDE con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente

Rosalba Giansante, Consigliere

Viviana Lenzi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Viviana Lenzi

IL PRESIDENTE
Francesco Gaudieri

IL SEGRETARIO

