

RENZO BRIGUGLIO

Avvocato

98028 S. Teresa di Riva (ME) - Via F. Crispi 74 - Tel. e Fax (0942)750702
98124 Messina (r.p.) - C/O Famulari - Salita Contino Lotto E - Tel. (090)2924560
Avv. Michele Cardo

20/11/16
Sett. 4°
Contenuto
ULTIMO GIORNO

On.le TRIBUNALE AMMINISTRATIVO PER LA SICILIA

- Sez. distaccata di Catania

RICORSO

nell'interesse del sig. **FRANCO Salvatore**, nato il 19.11.1963 (FRN SVT 63S19 E014I) a Giardini (ME), ivi residente in via Pancrazio De Pasquale n. 135/A, rappresentato e difeso dall'Avv. Renzo Briguglio (C.F.: BRG RNZ 63S24H418P) - PEC: avv.renzobriguglio@pec.giuffre.it; fax: 0942750702 - come da procura a margine del presente atto e con lui elettivamente domiciliato in via F. Crispi n. 239, Catania, presso lo studio dell'Avv. Augusto Balloni

contro

COMUNE DI GIARDINI NAXOS (C.F.: 00343940839), in persona del Sindaco *pro-tempore*, domiciliato per la carica e la funzione presso la sede municipale in Giardini Naxos (ME), P.zza Abate Cacciola;

dandone notificazione anche

all'**Ufficio dell'Area Tecnica (UTC)** del **Comune di Giardini Naxos**, in persona del Suo responsabile e Dirigente *pro-tempore*, domiciliato presso la sede municipale di Giardini Naxos, P.zza Abate Cacciola;

avverso e per l'annullamento

- dell'**Ordinanza di Demolizione n. 12 del 29.08.2016** adottata dal responsabile dell'Area Tecnica (U.T.C.) del Comune di Giardini Naxos e notificata al sig. Franco Salvatore il 02.09.2016, avente ad oggetto la demolizione di un fabbricato, ricadente in Giardini Naxos (ME) via Pancrazio

Nomine l'Avv. Renzo Briguglio a rappresentarmi e difendermi nel presente giudizio, conferendogli ogni più ampia facoltà di legge compresa quella di proporre eventuali motivi aggiunti. Autorizzo il predetto procuratore al trattamento dei miei dati sensibili. Eleggo con lui domicilio in via F. Crispi, n. 239, Catania, presso lo studio dell'Avv. Augusto Balloni.

Franco Salvatore
Per autentica:
[Signature]

COMUNE DI GIARDINI NAXOS
DATA 10 NOV. 2016
Protocollo N. 19928

COMUNE DI GIARDINI NAXOS
Protocollo Ufficio Contenzioso
Prot. N. 803
del 10/11/2016

19/11/16
17 OTT. 2016

De Pasquale n. 135/A, e la messa in pristino dello stato originario dei luoghi .

- ove occorra, della **Deliberazione di Consiglio Comunale n. 155 del 30.11.1981**, con la quale il Comune di Giardini Naxos delimitava la fascia di rispetto cimiteriale, determinando la distanza minima dal muro di cinta cimiteriale.

- di ogni altro atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale.

Fatto

Il sig. Franco Salvatore possiede da tempo risalente un terreno ubicato nel comune di Giardini Naxos, in via Pancrazio De Pasquale (precedentemente denominata via San Pietro e prima ancora via Don Bosco), censito in catasto al fg. 4, porzioni delle particelle n. 106 e 1782.

Giova precisare che, benché il terreno in questione risulti intestato (come evidenziato in ordinanza) ai sig. De Vita Egisto e Zuccaro Erminia (per la part.lla n. 106 parziale) e Buda Maria Luisa (part.lla 1782 parziale), sul detto fondo il sig. Franco Salvatore ha condotto, *uti dominus*, un possesso ultra ventennale per il quale, infatti, pende giudizio di usucapione dinanzi al Tribunale di Messina (iscritto al n. 90000239/2011 R.G., tra Franco Salvatore e Veroux Antonio, Veroux Alberto Maria, Veroux Andrea, Veroux Lucia, Veroux Cristina Maria, Veroux Alessandro Maria e Veroux Gabriella Maria - tutti rimasti contumaci, tranne il primo, laddove l'istruttoria ha pienamente confermato l'intervenuta usucapione, la cui udienza di discussione e decisione è fissata per il prossimo 15.02.2017 - **All. 1**).

Orbene, sul detto terreno insiste un fabbricato realizzato dal ricorrente che, per la sua maggior consistenza, ricade su una porzione della part.lla n. 106 e per la minor parte su porzione della part.lla 1782 (dell'anzidetto fg. 4 di mappa), confinando, per due lati, con la via pubblica,

da cui ha accesso sia pedonale che carrabile, nonché con terrapieno retrostante e con terreno di altra ditta (Galeano Salvatore).

L'immobile è costituito da un piano terra, a livello della via Pancrazio De Pasquale, ove risulta ubicato un garage con annesso deposito-magazzino, e da un piano primo, nel quale è stato realizzato un appartamento per civile abitazione (dove risiede il ricorrente), composto da tre vani oltre servizi igienici, ripostiglio, soggiorno con angolo cottura, lavanderia- dispensa, nonché veranda e cantinetta.

Espletato accertamento sul predetto immobile, l'UTC del Comune di Giardini emetteva l'impugnata ordinanza, ingiungendo a Franco Salvatore la demolizione dell'immobile sull'asserito presupposto che esso ricadrebbe all'interno del vincolo cimiteriale; contestando, altresì, la difformità dell'opera rispetto ai titoli agli atti del Comune, nonché l'assenza di concessione edilizia e/o titoli autorizzativi del Genio Civile di Messina.

L'ordinanza è illegittima e, pertanto, va annullata per i seguenti

motivi

- Violazione di legge sul procedimento amministrativo ed in particolare dei principi in materia di buon andamento e correttezza amministrativa. Difetto di motivazione. Eccesso di potere per erroneità e/o contraddittorietà dei presupposti. Carenza di istruttoria. Illogicità manifesta. Violazione del giusto procedimento e della fase partecipativa di cui all'art. 7 della L. n. 241/1990.

Uno dei presupposti da cui muove il provvedimento repressivo è che il fabbricato si porrebbe in contrasto con il PRG, approvato con D.A. n. 152/1985, in quanto ricadrebbe entro il limite di rispetto cimiteriale, come asseritamente delimitato con la deliberazione di consiglio comunale n. 155/1981.

V'è da premettere, anzitutto, che l'ordinanza non richiama la specifica disposizione normativa asseritamente violata, né precisa quale sarebbe la delimitazione della c.d. fascia di rispetto cimiteriale operata dalla

richiamata deliberazione comunale. Elementi, questi, certamente indispensabili per consentire al destinatario dell'atto amministrativo di cogliere appieno, dal provvedimento medesimo, dove ricada il vincolo e quale sia la sua portata, al fine di comprendere compiutamente le ragioni del provvedimento emesso.

Il che integra, evidentemente, violazione dei principi di buon andamento e corretta amministrazione, nonché carenza motivazionale del provvedimento posto che, com'è noto, ai sensi dell'art. 3, legge n. 241 del 07.08.1990, *“La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le **ragioni giuridiche** che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”*.

*

L'impugnata ordinanza si palesa, comunque, illegittima per assoluta erroneità e contraddittorietà dei presupposti evocati.

Com'è noto l'art. 338 del R.D. n. 1265 del 27.07.1934 – T.U. in materia di leggi sanitarie – prevede al primo comma che *“I cimiteri devono essere collocati alla distanza minima di almeno 200 metri dal centro abitato. È vietato costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici entro il raggio di 200 metri dal perimetro dell'impianto cimiteriale, quale risultante dagli strumenti urbanistici vigenti nel comune o, in difetto di essi, comunque quale esistente in fatto, salve le deroghe ed eccezioni previste dalla legge.....”*.

La norma, dunque, pone un vincolo all'edificazione nella c.d. fascia di rispetto, individuata nella distanza minima prevista dalla legge summenzionata.

Nel caso di specie, tuttavia, l'ingiunzione a demolire non può prescindere da un'attenta valutazione dello stato dei luoghi, con particolare riguardo all'area in cui ricade l'immobile del ricorrente, la cui intensa urbanizzazione infrange l'esistenza e, comunque, la concreta operatività del vincolo contestato.

Giova, infatti, evidenziare che l'area in questione, situata a valle del cimitero e dunque verso mare, è stata da sempre, prima ancora dell'approvazione del PRG, interessata da insediamenti urbanistici e nel tempo si è ulteriormente urbanizzata ed antropizzata. Come, infatti, conferma la documentazione fotografica in atti, detta area risulta interessata da numerosi immobili, residenziali e non residenziali, tutti regolarmente identificati con apposizione dei numeri civici, asserviti di forniture e reti pertinenti (luce, acqua, fognatura), nonché dotati di strada pubblica (con tanto di denominazione toponomastica: la strada attualmente è denominata via Pancrazio de Pasquale), la quale non serve solo il cimitero ma collega l'intera area con il resto dell'abitato che si sviluppa a valle.

Anche l'immobile del ricorrente è regolarmente allacciato alla rete idrica ed elettrica, fruendo dunque dei servizi e delle opere di urbanizzazione per i quali il sig. Franco versa le relative tasse al Comune (in ordine al consumo di acqua, tarsu e quanto altro – **All. 2**).

Tale situazione trova agevole spiegazione, se si considera lo strumento urbanistico generale dell'ente e la logica pianificatoria che lo assiste.

Ed infatti, nel PRG del Comune di Giardini Naxos, approvato con D.A. n. 152/1985, la fascia di rispetto c.d. cimiteriale è di ml 200, individuata secondo una rappresentazione grafica SEMICIRCOLARE di delimitazione del vincolo avente il fulcro nel cimitero (contrassegnata dalle croci che sulla planimetria formano, appunto, una sorta di semicirconferenza – **All. 3**), la quale risulta chiaramente proiettata verso monte e ciò, evidentemente, considerata l'impossibilità di una diversa espansione in quanto, come si dà atto nella planimetria del PRG, l'antropizzazione ed urbanizzazione dell'area avevano già a quel tempo intensamente interessato la zona a valle, tant'è che nel **PRG questa viene identificata come zona B0.**

Appare, dunque, evidente che nelle previsioni di Piano Regolatore la possibilità di espansione del cimitero non avrebbe potuto che avvenire a

Vero è che il 4° comma dell'art. 338 del R.G. n. 1265/1934 prevede che *“Il consiglio comunale può approvare, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la costruzione di nuovi cimiteri o l'ampliamento di quelli già esistenti ad una distanza inferiore a 200 metri dal centro abitato, purchè non oltre il limite di 50 metri,”*.

Non può, però, sfuggire che nella specie la deliberazione di consiglio comunale del 1981 include nella fascia di vincolo una porzione della zona che, invece, il PRG prevede come B0.

Detta delibera, dunque, non si limita a ridurre la fascia di rispetto – così come prescrive il dettato normativo - ma intacca una zona avente, per PRG, destinazione edificatoria, atteggiandosi come una sorta di variante al piano regolatore, mai intervenuta.

Orbene, essendo la citata deliberazione intervenuta dopo l'adozione del PRG (del 1979) e prima della sua approvazione (nel 1985), essa avrebbe dovuto essere valutata durante la fase approvativa dello strumento urbanistico, in sede regionale, cosicchè le sue determinazioni e i relativi rilievi grafici avrebbero dovuto essere recepiti dallo strumento urbanistico, dalle relative norme di attuazione e formalmente inclusi nelle tavole del PRG, conformemente alle previsioni di cui alla Legge Regionale Sicilia n. 71, del 27.12.1978, in materia di formazione ed approvazione del piano regolatore generale.

Da qui l'illegittimità, l'invalidità e/o inefficacia della delibera comunale n. 155 del 1981 di delimitazione del vincolo che, in quanto atto presupposto, determina in via derivata l'illegittimità dell'impugnata ordinanza.

Ulteriore elemento della dedotta erroneità e contraddittorietà provvedimento si ricava, altresì, dall'autorizzazione in sanatoria - n. 7005 del 15.03.2006 - con la quale il ricorrente otteneva titolo abilitativo per realizzare, sul terreno in cui insiste l'attuale fabbricato, opere di sostegno mediante muri in cemento armato ed annessa tettoia **(All. 5)**. Non v'è

dubbio, pertanto, che ove l'area fosse stata assoggettata a vincolo di inedificabilità assoluta, in ragione del c.d. limite di rispetto, non avrebbe certamente potuto essere rilasciata alcun tipo di autorizzazione ad edificare.

Né a detta deliberazione comunale di delimitazione del vincolo si è mai fatto riferimento nella precedente ordinanza di demolizione (n. 3 del 09.03.2006 - **All. 6**), laddove mai la P.A. ha censurato la violazione del vincolo cimiteriale limitandosi a contestare esclusivamente la carenza di valido titolo autorizzativo, successivamente revocata (vedasi nota del 17.03.2006 n. 7783 - **All. 6a**) giacché superata con la succitata autorizzazione in sanatoria n. 7005 del 15.03.2006.

Questi elementi avrebbero potuto condurre a soluzione diversa ove fosse stata avviata la fase partecipativa, il che rende ulteriormente illegittimo l'impugnato provvedimento per violazione dell'art. 7 della L. n. 241/1990.

Sebbene, infatti, l'ordine ripristinatorio può in linea di principio valutarsi alla stregua di atto vincolato, tuttavia in questo caso la partecipazione dell'interessato avrebbe potuto mutare la conclusione del provvedimento finale e così evitare il provvedimento restrittivo della sfera giuridica del privato, onde ineludibile appare l'avviso partecipativo ai sensi dell'art. 7 L. n. 241/1990.

Non può, pertanto, revocarsi in dubbio l'illegittimità, sotto i vari profili evidenziati, dell'azione autoritativo-prevvedimentale, condotta nel caso di specie secondo valutazioni tra loro evidentemente incompatibili e la cui confliggente diversità non appare giustificabile in base al principio della coerenza logica, ciò viziando irrimediabilmente il provvedimento demolitivo adottato che, pertanto, va dichiarato illegittimo, invalido e/o inefficace .

- Violazione e falsa applicazione della legge in materia di vincolo cimiteriale. Eccesso di potere sotto il profilo della erroneità dei presupposti e del difetto di istruttoria. Violazione del principio sul

legittimo affidamento e carenza di motivazione in ordine all'inerzia della P.A. Manifesta ingiustizia. Disparità di trattamento.

Senza recedere dalle superiori argomentazioni, l'illegittimità dell'ordinanza rileva sotto l'ulteriore profilo della carenza dei presupposti di legge che informano il distacco cimiteriale; mancando, altresì, in seno al provvedimento, qualsivoglia valutazione in ordine alla violazione o meno degli interessi di vincolo, con evidente difetto di istruttoria della P.A. procedente e carenza motivazionale.

Indubbiamente la *ratio* sottesa al vincolo cimiteriale, come prescritto dall'art. 338 del R.D. n. 1265 del 27.07.1934, risponde ad una molteplicità di interessi: la tutela delle esigenze igienico-sanitarie, la sacralità del luogo e la preordinazione dell'area alla possibile espansione del plesso cimiteriale onde garantirne l'eventuale necessario ampliamento.

Ebbene, detti presupposti non sono violati dalla costruzione del ricorrente.

L'immobile, infatti, confina con terrapieno retrostante di contenimento allo stacco di terreno interposto tra lo stesso fabbricato ed il muro cimiteriale, ed è isolato dal terrapieno anzidetto (come si dà atto nella perizia di parte in atti - **All. 7**), risultando, così, immune da eventuali infiltrazioni provenienti dal fondo interposto col cimitero. Il che scongiura il rischio di eventuali situazioni che possano inficiare la salubrità dello stesso manufatto.

La tipologia di fabbricato realizzato dal ricorrente non è incompatibile, altresì, con il presupposto della sacralità del luogo, trattandosi di un immobile residenziale per civile abitazione (non anche destinato ad altro uso); esiste, poi, come anzidetto, anche una strada (la via Pancrazio De Pasquale) che serve l'area in cui ricade l'immobile del ricorrente, la quale costituisce di per sé espressione di una volontà urbanizzativa ritenuta certamente compatibile con la zona cimiteriale soprastante, essendo stata peraltro realizzata dalla P.A. comunale.

Né, tantomeno, l'immobile del ricorrente potrebbe, di per sé, ragionevolmente costituire ostacolo all'eventuale ampliamento del cimitero posto che, come si è diffusamente evidenziato, lo stato dei luoghi esistente intorno all'impianto cimiteriale e la progressiva urbanizzazione a valle (vedasi rappresentazioni grafiche del PRG e documentazione fotografica in atti) ne consentono l'eventuale espansione solo verso monte, non anche a valle dove ricade l'immobile del sig. Franco.

In tale contesto valutativo non può, poi, non considerarsi la risalenza dell'asserito abuso, in ragione del notevole lasso di tempo trascorso dalla realizzazione dell'immobile, certamente rilevante ai fini del legittimo affidamento ingeneratosi nel privato e del relativo interesse consolidato al mantenimento dell'opera.

Trattasi, infatti, di una **costruzione ultra decennale**, come dimostrano i documenti in atti (l'istanza di fornitura per energia elettrica, il certificato storico di residenza del ricorrente e la succitata autorizzazione in sanatoria del 2006 - **Art. 8**), ben nota alla P.A. che, come detto, vi ha assegnato il numero civico (135/A ex n. 3), cambiando per tre volte la toponomastica della strada e garantendone i relativi servizi urbani (come la fornitura idrica e l'allaccio fognario).

Sul punto la giurisprudenza, anche quella maggiormente rigorosa nell'affermare che l'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive è sufficientemente motivata con riferimento all'oggettivo riscontro dell'abusività delle opere, fa presente che tale obbligo motivazionale sussiste nel caso di un lungo lasso di tempo trascorso dalla conoscenza della commissione dell'abuso edilizio ed il protrarsi dell'inerzia dell'amministrazione preposta alla vigilanza, tali da evidenziare la sussistenza di una posizione di legittimo affidamento del privato. Condividendo detto approdo il Consiglio di Stato ha affermato che *"l'ingiunzione di demolizione, in quanto atto dovuto in presenza della*

constatata realizzazione dell'opera edilizia senza titolo abilitativo o in totale difformità da esso, è in linea di principio sufficientemente motivata con l'affermazione dell'accertata abusività dell'opera; ma deve intendersi fatta salva l'ipotesi in cui, per il lungo lasso di tempo trascorso dalla commissione dell'abuso ed il protrarsi dell'inerzia dell'Amministrazione preposta alla vigilanza, si sia ingenerata una posizione di affidamento nel privato; ipotesi questa in relazione alla quale si ravvisa un onere di congrua motivazione che indichi, avuto riguardo anche all'entità della tipologia dell'abuso, il pubblico interesse, evidentemente diverso da quello al ripristino della legalità, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse privato" (C. di S. Sez. V 15.07.2013, n. 3847).

Il provvedimento, pertanto, si appalesa illegittimo laddove non fornisce alcuna adeguata motivazione sull'esigenza della demolizione nonostante il tempo trascorso ed il conseguente affidamento ingeneratosi in capo al privato (sul punto Cfr. Consiglio di Stato, sez. V 18.05.2015 n. 2512).

Ciò vale anche per il caso di specie, laddove, indubbiamente pure la succitata autorizzazione in sanatoria ha ingenerato una situazione di legittimo affidamento, consolidando, unitamente al tempo trascorso, l'interesse del ricorrente al mantenimento dell'opera.

L'ordinanza, dunque, non motiva adeguatamente le ragioni di pubblico interesse idonee a giustificare, oggi, a fronte dell'inerzia usata e degli autorizzativi emessi, il sacrificio del contrapposto interesse privato al mantenimento dell'opera che, peraltro, calata com'è in un tessuto altamente urbanizzato, non appare di per sé ostativa ai presupposti di legge né viola quelle ragioni di pubblico interesse notoriamente sottese: *ratio* ispiratrice della norma sul vincolo cimiteriale, come sopra evidenziata. Alla luce delle superiori circostanze, che certamente disvelano una situazione sintomatica di evidente **affievolimento** del vincolo contestato

l'intimata demolizione concretizza altresì un'ingiustizia manifesta per violazione dei criteri di equilibrata e ragionevole proporzione nella scelta degli interessi da far valere con l'azione amministrativa, determinando grave iniquità e disparità di trattamento rispetto ai titolari degli immobili vicini, che, nonostante versino in situazione analoga a quella del ricorrente, non vengono minimamente sfiorati dall'azione repressiva della P.A..

Ove, poi, si riconducesse l'abuso alla mera edificazione nella c.d. fascia di rispetto, avulso rimanendo ogni riferimento allo stato di intensa urbanizzazione dell'area in questione, considerando, ai fini della dedotta violazione, semplicemente l'insistenza dell'opera all'interno della fascia asseritamente vincolata, l'ordinanza sarebbe comunque errata posto che: *"La fascia di rispetto cimiteriale non comporta ex se un'inedificabilità assoluta ma è l'Autorità preposta alla tutela del vincolo che, in sede di formulazione del parere, deve specificare i motivi ostativi alla realizzazione del singolo manufatto e ciò in quanto la presenza di alcuni edifici all'interno della zona di rispetto cimiteriale non concreta di per sé una violazione della distanza minima, posto che questa è fissata dall'art. 338 del T.U. 27 luglio 1934 n. 1265, in relazione ai centri abitati, e non ai fabbricati sparsi che non possono ricondursi ai primi"* (così TAR Trentino Alto-Adige – Trento, sent. n. 64 del 2 aprile 1997; in termini: C.dS., sez. IV sent. n. 775 del 16 settembre 1993; TAR Trentino Alto Adige-Trento, sent. n. 336 del 1 agosto 1994. Nel senso che la distanza minima, oltre la quale deve essere collocato il cimitero, fissata dall'art. 338 delle legge citata, si riferisce ai centri abitati e che, pertanto, la presenza di alcuni edifici all'interno della zona di rispetto non concreta di per sé una violazione di tale distaza, cfr. oltre alla sent. n. 775/93 del CdS già citata, anche TAR Emilia-Romagna-Bologna, I sez. 27 settembre 1997, n. 622; Tar Marche 12 agosto 1997, n. 677; Tar Campania-Napoli, 9 giugno 1997, n. 1503).

Anche per tale motivo l'impugnata ordinanza va annullata.

- Violazione ed errata applicazione dell'art. 31 del T.U.E. di cui al D.P.R. 6 Giugno 2001, n. 380. Eccesso di potere per travisamento dei fatti ed erroneità dei presupposti in ordine alla dedotta carenza di titoli autorizzativi. Violazione e disapplicazione dell'art. 34 T.U.E. n. 380/2001. Difetto di istruttoria e ingiustizia manifesta.

Ulteriore presupposto dell'intimata demolizione è la contestata assenza di titolo edilizio.

Orbene, occorre subito evidenziare che l'opera non è totalmente sprovvista di titolo abilitativo posto che, come già sopra accennato, con nota del 15.03.2006, prot. n. 7005 (già all. 5), il ricorrente otteneva dalla P.A. autorizzazione in sanatoria per la realizzazione di opere di sostegno e contenimento (muri c.a.), recinzione ed annessa tettoia precaria e smontabile, il tutto in terreno sito in via Don Bosco (oggi via Pancrazio de Pasquale).

A seguito della predetta autorizzazione l'ente, con successiva ordinanza n. 5 del 17.03.2006 revocava quella precedente di demolizione emessa per le stesse opere, come confermato dalla P.A. nel provvedimento qui opposto.

Non si tratta, quindi, di un'opera totalmente carente di titolo ma, al più, difforme al titolo edilizio in precedenza rilasciato. Il che rende certamente censurabile l'intimata demolizione per violazione dell'art. 34 del TU n. 380/2001, nonché per difetto di motivazione e/o istruttoria in ordine alla mancata preventiva valutazione del pregiudizio oggettivo che la demolizione arrecherebbe al manufatto precedentemente assentito.

Com'è noto, infatti, ai sensi dell'art. 34 TU n. 380/2001, quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, è prevista l'applicazione di una sanzione di carattere pecuniario.

L'ordinanza, dunque, si palesa oltre che illegittima - perché dispone la demolizione integrale della costruzione, involgendo anche le parti assentite

in sanatoria - concretamente ineseguibile, essa arrecando pregiudizio alla parte preesistente già autorizzata dal Comune con provvedimento in sanatoria del 15.03.2006, prot. 7005.

Il che rende l'ingiunzione ulteriormente censurabile per difetto di istruttoria, vizio questo di assoluto rilievo quando la demolizione può coinvolgere, come nella specie, parti di un manufatto assentite.

Invero, l'applicazione della previsione demolitoria presuppone indefettibilmente il preventivo accertamento in merito alla possibilità/impossibilità della demolizione (Cfr. *TAR Lazio, II bis, 08.02.2008, n. 998*).

Ove all'esito di questo preliminare ed immancabile momento di valutazione tecnico-discrezionale risulti che la demolizione possa avvenire senza pregiudizio della parte conforme, si potrà procedere con i provvedimenti conseguenti, dovendosi altrimenti disporre l'applicazione in via sussidiaria della sanzione pecuniaria (*TAR Marche, I, 12.10.2006, n. 824; TAR Piemonte, I, 10.05.2006, n. 2026; TAR Catanzaro, II, 10.12.2002, n. 3207*).

Va a tal proposito richiamato quel principio, più volte ribadito dalla giurisprudenza, secondo cui la P.A. è chiamata ad effettuare una scelta tra l'applicazione della sanzione demolitoria o pecuniaria, attraverso una valutazione preventiva della possibilità che la demolizione della parte abusiva non arrechi pregiudizio a quella eseguita in conformità. Per cui si è ritenuto illegittimo il provvedimento con cui l'amministrazione, omessa tale valutazione, dispone direttamente la demolizione sebbene la difformità non possa essere eliminata senza determinare una compromissione dell'intera struttura (Cfr. *Cons. di Stato, sez. VI, 28.02.2000, 1055; TAR Marche, 12.10.2006, n. 824; TAR Liguria 10.01.2002, n. 12; Tar Abruzzo, L'Aquila 22.03.2002, n. 119*).

Parimenti illegittimo è un provvedimento di demolizione privo di una specifica motivazione in ordine alla insussistenza di un pregiudizio per le

opere realizzate in conformità. La scelta della irrogazione della suddetta sanzione, anche se prevista dalla legge in via normale, presuppone invero la già avvenuta valutazione, al riguardo, dell'organo comunale competente e, pertanto, può avvenire solo dopo che sia stata effettuata la valutazione della possibilità di procedere senza pregiudizio per la parte conforme dell'edificio (*TAR Campania, sez. IV, 18.05.2005, 6497; TAR Piemonte, I, 18.11.1988, 515; TAR Lombardia, II, 27.11.1986, n. 347*).

Ebbene, nella specie siffatta valutazione tecnica non è stata operata dall'amministrazione che, invece, ha ingiunto direttamente la demolizione, anticipando così la scelta tra detta misura e la sanzione pecuniaria, senza però valutare se la demolizione di quanto ritenuto abusivo potesse compromettere la parte della struttura preesistente già autorizzata.

D'altra parte nelle ipotesi di specie, anche per ragioni di opportunità pratica, non può essere direttamente e senz'altro disposta la demolizione, in quanto il carattere gravoso della misura impone, proprio da un punto di vista logico, che venga comunque effettuato il relativo accertamento e che solo in assenza di pregiudizio sia legittimo l'ordine di demolizione (*TAR Umbria, 16.03.1998, n. 188; Tar Marche, 12.01.1990, n. 2*).

Stante, dunque, il difetto di istruttoria sopra epigrafato, certamente rilevante anche in termini di carenza di specifica motivazione in ordine all'eventuale insussistenza di un pregiudizio dell'opera conforme al titolo, il provvedimento impugnato deve ritenersi illegittimo, manifestamente ingiusto e va, pertanto, annullato.

In ogni caso, posto che nella specie il titolo edilizio è stato rilasciato, la contestazione al più andrebbe giuridicamente inquadrata nell'ambito delle previsioni di cui al secondo comma dell'art. 34 TUE, a norma del quale laddove la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge

27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale determinato a cura dell'Agenzia del Territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale.

Anche per tale motivo l'impugnata ordinanza appare illegittima e, dunque, meritevole di annullamento.

* * * * *

Per questi motivi, **FRANCO Salvatore**, come sopra rappresentato e difeso,

chiede

che l'On.le TAR adito voglia annullare l'impugnata ordinanza demolitoria e tutti gli atti presupposti, nonché condannare il Comune di Giardini Naxos al pagamento della spese di causa.

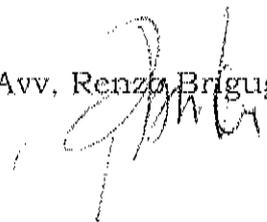
Ove occorra CTU al fine di accertare lo stato luoghi con particolare riferimento all'intensa urbanizzazione dell'area in cui ricade il fabbricato in contestazione, nonché la sua compatibilità con l'asserita fascia di rispetto cimiteriale e l'antica fattura dell'opera.

Si producono i provvedimenti impugnati, nonché i documenti richiamati secondo l'ordine di allegazione indicato in ricorso.

Il contributo unificato è assolto in € 650,00.

Catania/ Messina, li 27.10.2016

Avv. Renzo Briguglio



Relata di notificazione

Ad istanza dell'avv. Renzo Briguglio, procuratore e difensore di Franco Salvatore, io sottoscritto Uff. Giudiziario addetto UNEP presso la Corte di Appello di Catania ho notificato il su esteso ricorso a:

COMUNE DI GIARDINI NAXOS (C.F.: 00343940839), in persona del Sindaco *pro-tempore*, domiciliato per la carica e la funzione presso la sede municipale in Giardini Naxos (ME), P.zza Abate Cacciola (cap: 98035), ivi spedendone copia conforme al suo originale a mezzo servizio postale con raccomandata a/r n.....

;

Ufficio dell'Area Tecnica (U.T.C.) del Comune di Giardini Naxos, in persona del Suo responsabile e Dirigente *pro-tempore*, domiciliato presso la sede municipale di Giardini Naxos, P.zza Abate Cacciola (cap: 98035), ivi spedendone copia conforme al suo originale a mezzo servizio postale con raccomandata a/r n.....

13 MAR 2010. CORTE APPELLO CATANIA
UFFICIALE GIARDINI NAXOS
13 MAR 2010