

Pubblicato il 08/08/2023

N. 07644/2023REG.PROV.COLL.

N. 02355/2021 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2355 del 2021, proposto da Silvia Iuliano, rappresentata e difesa dall'avvocato Pasquale Gargano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Alberto Lauro in Roma, via Calamatta 16;

contro

Comune di Salerno, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Comunale e Anna Attanasio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 1168/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 luglio 2023 il Cons. Thomas Mathà e udito per la parte appellata l'avvocato Nicola Comunale;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La signora Silvia Iuliano proponeva ricorso dinanzi al T.A.R. Salerno per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dell'ordinanza di demolizione n. 18 del 2.4.2009 adottata dal Comune di Salerno, con la quale veniva ingiunta la demolizione del fabbricato rurale di proprietà della stessa ricorrente ubicato in località Giovi San Nicola del Comune di Salerno, ritenendolo realizzato in totale difformità rispetto al progetto approvato e assentito in forza del permesso di costruire n. 51/2005.

2. A sostegno del gravame la ricorrente deduceva:

“1) Violazione di legge (artt. 31, 32,33, 34, comma 2 dpr 380/01 - Eccesso di potere (difetto di istruttoria e di motivazione)”;

“2) Violazione di legge (art 27 DPR. 380/01 E 3 L. 241/90) - Eccesso di potere (violazione principi fondamentali - proporzionalità)”.

L'ingiunzione della demolizione dell'intero immobile sarebbe stata disposta in assenza della doverosa qualificazione giuridica dell'abuso edilizio contestato, con conseguente impossibilità per la ricorrente di verificarne la coerenza rispetto al potere sanzionatorio esercitato dal Comune di Salerno. Le singole difformità, valutate piano per piano, integrerebbero gli estremi di abusi edilizi di minore entità, tali da legittimare l'irrogazione di sanzioni meno afflittive (ex artt. 33 ovvero 34 DPR n. 380/2001), con conseguente assenza di proporzionalità di quella irrogata ex art. 31 del citato DPR. Siffatto *modus procedendi* non consentirebbe, infine, alla ricorrente

di comprendere a pieno l'entità e le singole difformità riscontrate, anche in vista di una loro possibile sanatoria (ordinaria) prevista dagli artt. 36 e 37 DPR n. 380/01;

“3) Violazione di legge (artt. 36 e 37 L.47/85) - Eccesso di potere (violazione principi fondamentali dell'ordinamento)”.

Prima di ingiungere la demolizione, il Comune avrebbe dovuto verificare ed esplicitare l'eventuale esistenza dei presupposti per procedere alla sanatoria degli abusi contestati;

“4) Violazione di legge (art. 7, 8 e 10 L. 241/90 e art. 97 Cost.) - Eccesso di potere (violazione principio correttezza e buon andamento dell'azione amministrativa - giusto procedimento)”.

L'esercizio del potere sanzionatorio non sarebbe stato preceduto dall'attivazione del necessario contraddittorio endo-procedimentale di cui agli artt. 7 e ss. della legge n. 241/1990, con conseguente frustrazione delle garanzie partecipative dell'interessata.

3. Si costituiva in giudizio l'amministrazione comunale, spiegando l'infondatezza del ricorso.

4. L'adito TAR Salerno, con la sentenza n. 1168/2020, ha respinto il ricorso, ritenendo infondate tutte le censure dedotte.

5. La sentenza citata è stata impugnata dall'originaria ricorrente con un solo motivo di appello, che può essere sintetizzato come segue. Secondo l'appellante, il TAR ha erroneamente ritenuto che l'immobile realizzato fosse completamente differente per tipologia e caratteristiche da quello autorizzato con il titolo edilizio, avendo la ricorrente realizzato in origine, al contrario, un fabbricato rurale rispondente al progetto e, solo successivamente all'ultimazione dei lavori (legittimi e conformi al permesso di costruire), realizzato le difformità riscontrate dal Comune.

5.1 La sentenza impugnata sarebbe pertanto affetta da errore sui presupposti di fatto e di diritto oggetto di giudizio e andrebbe oltre le difese del Comune di Salerno, intendendo l'amministrazione appellata attribuire all'ordine di demolizione impugnato non già l'efficacia di comportare la demolizione dell'intero fabbricato

come se non fosse mai stato assentito e realizzato, bensì di obbligare la rimozione delle modifiche illegittime e di ricondurre le opere a conformità rispetto a quanto precedentemente e legittimamente realizzato in forza del permesso di costruire n. 51/2005.

5.2 Il TAR non si sarebbe neppure pronunciato sulla censura inerente alla violazione del principio di proporzionalità, giacché l'interesse pubblico perseguito dall'Ente ben poteva essere soddisfatto ordinando la conformazione delle opere in questione alla concessione edilizia, anziché la demolizione totale dell'immobile, con conseguente possibilità per la ricorrente di richiedere la sanatoria anche delle sole opere compatibili con la tipologia originaria, ripristinando così lo stato legittimo dell'immobile.

5.3 Nel caso in esame, inoltre, secondo la parte appellante non troverebbe applicazione il principio giurisprudenziale secondo cui non è consentita la visione atomistica degli abusi, trattandosi di abusi realizzati in momenti successivi, ciascuno dei quali è suscettibile di una sua autonoma rilevanza.

6. Si è costituito in giudizio il Comune, concludendo per la legittimità del provvedimento impugnato in primo grado e per la reiezione dell'appello.

7. In vista dell'udienza pubblica, l'appellante ha depositato un'ulteriore memoria, insistendo nelle sue conclusioni.

8. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 6 luglio 2023.

9. L'appello è infondato e non merita accoglimento.

10. Come osservato correttamente dal TAR, il provvedimento impugnato dinanzi al Giudice di prime cure ha rilevato le seguenti difformità dell'opera realizzata rispetto al permesso di costruire n. 51/2005:

- *quanto al piano interrato (da progetto ad uso non residenziale: cantina, rimessa e deposito):*

a) è stato realizzato completamente fuori terra mediante lo sbancamento dell'intera area circostante, con un'altezza interna di 2,80 metri invece dei 2,50 metri previsti in progetto;

b) sul lato valle del fabbricato risulta essere stato realizzato un porticato di 15,30 x 2,00 metri e 2,80 metri di altezza;

c) in aderenza al lato monte del fabbricato è stato realizzato, contro terra, un locale in muratura di 15,30 x 1,00 metri con 2,80 metri di altezza;

d) l'intero piano risulta ultimato, rifinito, diviso in due unità abitative identiche di circa 75,00 m² ciascuna, composte da n. 2 vani, bagno ed angolo cottura, con antistante giardino lato valle;

- quanto al piano terra (da progetto ad uso misto: deposito agricolo e residenziale):

a) la superficie del piano risulta divisa in n. 2 unità abitative (analogamente al piano sottostante) ultimate e rifinite, pari a 75,00 m² ciascuna, composte da n. 2 vani, bagno ed angolo cottura;

b) sul lato valle risulta essere stato realizzato un terrazzo coperto di 15,30 x 2,00 metri e 2,80 metri di altezza (sovrastante il porticato al piano sottostante);

- quanto al piano sottotetto (da progetto da destinare a deposito):

a) è stato trasformato in n. 2 mansarde di circa 75,00 m² ciascuna, comunicanti con gli appartamenti del piano terra mediante la realizzazione di una scala in ferro con taglio del solaio di calpestio;

b) le mansarde, ultimate e rifinite, risultano composte da n. 2 vani e bagno;

c) sul lato valle è stato realizzato un balcone di 5,40 x 1,30 metri, mentre sul lato monte sono state aperte n. 2 finestre;

d) l'altezza al colmo risulta essere di 1,90 metri invece dei 1,80 metri approvati e 0,85 metri alla gronda invece dei 0,00 metri approvati;

- quanto alla sistemazione esterna:

- a) realizzazione di una strada lato valle di circa 50,00metri lineari e larga circa 4,00 metri a servizio delle unità abitative realizzate sul lato sud;
- b) sistemazione dell'area circostante il fabbricato mediante terrazzamenti con muretti a secco;
- c) sbancamento dell'area di sedime del fabbricato per la trasformazione del piano interrato in piano terra.

11. Dalla descrizione delle difformità predette è evidente la riconducibilità degli abusi in considerazione alla categoria delle difformità totali rispetto a quanto autorizzato. La giurisprudenza amministrativa ha infatti chiarito che *“ai sensi degli artt. 31 e 32, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, si verificano difformità totali del manufatto o variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, allorché i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione, mentre si configura la difformità parziale quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 10/07/2013, n. 3676).

12. In ordine alla presunta realizzazione delle descritte difformità solo successivamente all'ultimazione dei lavori, l'amministrazione comunale, con l'accertamento in occasione del sopralluogo del 17.3.2009, si è limitata a prendere atto della dichiarazione del direttore dei lavori e del committente secondo cui i lavori sarebbero stati ultimati alla data del 14.12.2006, senza con ciò giudicare l'esattezza dell'opera realizzata alla data indicata e la reale consistenza e le caratteristiche della stessa.

13. In particolare, come correttamente assunto dalla difesa comunale, la dichiarazione di ultimazione dei lavori non assume rilevanza probatoria in ordine all'asserita coincidenza del fabbricato realizzato in origine con quello rappresentato nel progetto approvato. La giurisprudenza ha più volte ribadito che grava sull'appellante l'onere della prova dell'originaria consistenza dell'immobile, senza

possibilità alcuna di inversione (Cons. Stato, sez. VI, n. 2363/2014; CGARS, n. 680/2013).

14. A tal proposito, deve essere esclusa l'efficacia probatoria delle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o delle semplici dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 3676/2023). Si è infatti osservato che la mera *“dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà non è applicabile nell'ambito del processo amministrativo, in quanto la stessa, sostanzandosi in un mezzo surrettizio per introdurre la prova testimoniale, non possiede alcun valore probatorio e può, al più, costituire soltanto un mero indizio che, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, non è idoneo a scalfire l'attività istruttoria dell'Amministrazione”* (ex multis Cons. Stato, sez. VI, n. 3853/2021). Si è inoltre osservato che *“in presenza di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ove non si riscontrino elementi dai quali risulti univocamente l'ultimazione dell'edificio entro la data fissata dalla legge, non si può ritenere raggiunta la prova circa la data certa di ultimazione dei lavori, atteso che la detta dichiarazione di notorietà non può assurgere al rango di prova, seppur presuntiva, sull'epoca dell'abuso (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3696). Pertanto, in assenza di ogni altro elemento dal quale risulti in modo univoco la data di ultimazione dei lavori entro il 31.12.1993 [...] la dichiarazione presentata non ha alcun valore probatorio, neppure indiziario”* (Cons. Stato, sez. II, n. 7198/2020).

15. Nel caso di specie, la prova dell'originaria consistenza dell'immobile e della realizzazione delle difformità solo in un momento successivo alla sua ultimazione non è stata pertanto fornita, sia per l'inidoneità della dichiarazione sostitutiva invocata dall'appellante, sia per l'assenza di qualsiasi altro documento idoneo a fornire un principio di prova al riguardo.

16. Non può condurre ad una differente soluzione quanto dedotto nella memoria difensiva dell'appellante, secondo cui il decorso del termine di ventisette mesi tra la dichiarazione considerata e le verifiche degli accertatori comunali contrasterebbe

con i principi di “*certezza del diritto*”, di “*certezza delle situazioni giuridiche soggettive*” e di “*certezza dell’attività amministrativa*”.

17. Questo Consiglio ha infatti costantemente affermato che l’abuso edilizio ha natura di illecito permanente; pertanto, esso si pone in perdurante contrasto con le norme amministrative sino a quando non viene ripristinato lo stato dei luoghi (Cons. Stato, sez. VI, n. 204/2022), tanto che “*la repressione degli illeciti urbanistico edilizi costituisce attività strettamente vincolata e non soggetta a termini di decadenza o di prescrizione, potendo la misura demolitoria intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall’epoca della commissione dell’abuso, in ragione del carattere permanente rinvenibile nell’illecito edilizio e nell’interesse pubblico al ripristino dell’ordine violato, il quale è prevalente sull’aspirazione del privato al mantenimento dell’opera*” (Cons. Stato, sez. II, n. 5970/2020).

18. Quanto all’asserita violazione del principio di proporzionalità e alla possibilità di limitare la sanzione alla conformazione delle opere al titolo edilizio, anziché ordinare la completa demolizione dell’immobile, il T.A.R. ha correttamente affermato che l’impatto urbanistico di un intervento edilizio consistente in una pluralità di opere deve essere valutato globalmente, dal momento che la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprendere l’effettiva portata dell’illegittima alterazione dello stato dei luoghi.

19. Occorre infatti dare seguito all’orientamento giurisprudenziale secondo cui la P.A. deve ordinare la demolizione nel caso di interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire se comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, volumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso (Cons. Stato, sez. VI, n. 4662/2020). Spetta all’amministrazione, in particolare, accertare la totale o parziale difformità delle opere realizzate rispetto a quelle legittimamente assentite, sicché non può affermarsi che la demolizione debba essere sempre ordinata in parte qua, ossia in relazione alle

opere eccedenti rispetto a quanto legittimamente assentito, ciò che risulta in contrasto con quanto disposto dagli artt. 31 e 34 del DPR n. 380/2001.

20. Nella fattispecie in esame è emerso che le opere abusive realizzate tendevano alla realizzazione di un'opera completamente diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione e strutturazione (cfr. *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 104/2020), sicché l'ordine di demolizione risulta stato correttamente adottato (Cons. Stato, sez. VI, n. 1029/2020).

21. Ancora, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che *“l'art. 34 del DPR 380/200, che prevede la possibilità di applicare la sanzione pecuniaria in sostituzione a quella demolitoria, è applicabile solo agli abusi meno gravi riferibili all'ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo (in ragione del minor pregiudizio causato all'interesse urbanistico) e dell'annullamento del permesso di costruire (in ragione della tutela dell'affidamento che il privato ha posto nel titolo edilizio a suo tempo rilasciato e, poi, fatto oggetto di autotutela e della circostanza che l'opera è stata costruita comunque sulla base di un provvedimento abilitativo). Viceversa, con riferimento alle ipotesi di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, la sanzione della demolizione e della riduzione in pristino rimane l'unica applicabile, quale strumento per garantire l'equilibrio urbanistico violato”* (Cons. Stato, sez. VI, n. 2773/2022).

22. Non sussiste dunque la dedotta violazione del principio di proporzionalità, poiché, per quanto detto, gli abusi rilevati configurano difformità totali rispetto a quanto autorizzato e l'appellante non ha dimostrato la natura autonoma di ciascun intervento contestato tale da legittimare la conformazione parziale delle opere e la richiesta di sanatoria di quelle compatibili con l'originaria tipologia.

23. A questo riguardo, va aggiunto altresì che la P.A. non è obbligata a valutare la sanabilità delle opere abusive prima di adottare l'ordinanza di demolizione (*ex multis* Cons. Stato, sez. VI, n. 1432/2021). In assenza di previa istanza ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001, la pretesa sanabilità degli abusi accertati non avrebbe potuto

precludere l'adozione della misura repressivo-ripristinatoria. L'ordinanza di demolizione emessa non necessitava, infatti, di valutazione *ex officio* in ordine alla conformità o meno delle opere abusive agli strumenti urbanistici, posto che, una volta accertata l'esecuzione di interventi privi di permesso di costruire, ne doveva essere disposta la rimozione, indipendentemente dalla loro eventuale conformità allo strumento urbanistico e dalla loro ipotetica sanabilità.

24. Da ultimo, parimenti priva di rilevanza è la circostanza dedotta dall'appellante secondo cui egli non potrebbe più ottenere un titolo in sanatoria per la realizzazione della medesima opera oggetto dell'ordine di demolizione, poiché la strumentazione urbanistica non lo consente più in relazione alle dimensioni del lotto di proprietà, la cui consistenza minima per la tipologia edilizia in questione è passata da 5.000 a 10.000 m² (non posseduti dalla signora Iuliano) con il PUC del 2006.

25. La non sanabilità delle opere abusive, infatti, a fortiori legittima gli interventi repressivi degli abusi edilizi realizzati e certo non può precludere il ripristino dello stato dei luoghi necessario per assicurare il regolare assetto del territorio.

26. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello va respinto; per l'effetto, va confermata la sentenza impugnata.

27. La decisione sulle spese di lite segue il principio della soccombenza nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza impugnata. Condanna la signora Silvia Iuliano alla refusione delle spese di giudizio a beneficio del Comune di Salerno che sono liquidate complessivamente in 3.000 Euro (tremila/00), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 luglio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Thomas Mathà

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO