



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4308 del 2008, proposto dalle signore Stella Arancio e Marilena Arancio quali eredi di Giuseppe Arancio, rappresentate e difese dall'avvocato Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Botti in Roma, via Monte Santo n.25;

contro

Comune di Valenzano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Giovanni D'Innella, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Altieri in Roma, via Ridolfino Venuti, 42;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia- sede di Bari (Sezione Terza) n. 2950/2007, resa tra le parti, concernente l'impugnativa del provvedimento del Comune di Valenzano del 14 novembre 1996 di demolizione di manufatti abusivi

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 giugno 2019 il Cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti l'avvocato Andrea Manzi su delega dell'avvocato Fulvio Mastroviti e l'avvocato Vittorio Triggiani su delega dell'avvocato Giovanni D'Innella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il presente atto di appello Stella e Marilena Arancio hanno appellato la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Puglia sede di Bari n. 2950 del 2007, che ha respinto il ricorso proposto originariamente dal padre Giuseppe Arancio (deceduto nel corso del giudizio da loro riassunto in primo grado) avverso il provvedimento del Comune di Valenzano n. 81 del 14 novembre 1996.

Con tale provvedimento il Comune aveva disposto la demolizione di alcune opere abusive realizzate sull'immobile sito in via Montrone 116, successivamente demolite in esecuzione dell'ordinanza comunale, nonché la demolizione dell'ampliamento al piano terra e al primo piano, secondo la planimetria allegata al provvedimento, realizzato in difformità dall'originario progetto edilizio approvato dal Comune nel 1966 e rispetto al quale era stato rilasciato il certificato di agibilità il 6 febbraio 1974, oltre alla irrogazione della sanzione pecuniaria di un milione di lire per ulteriori opere eseguite in assenza di denuncia di inizio attività.

Con il ricorso di primo grado è stata impugnata la parte dell'ordinanza relativa alla demolizione dell'ampliamento, deducendo la estraneità del ricorrente alla realizzazione dell'abuso, in quanto la consistenza dell'immobile rilevata dal Comune al momento di adozione dell'atto impugnato sarebbe stata preesistente al momento dell'acquisto quale usufruttuario da parte del signor Giuseppe Arancio avvenuto nel 1974. A sostegno di tale ricostruzione sono stati depositati nel

giudizio di primo grado il contratto di locazione dell'immobile stipulato nel 1970, in cui sarebbe stato descritto il medesimo manufatto esistente al momento di adozione del provvedimento impugnato e due perizie tecniche relative alla corrispondenza tra la descrizione contenuta nel contratto di locazione e il manufatto esistente (perizia dell'ing. Perilli del 18 febbraio e perizia dell'ing. Calia del 20 marzo 1997).

Inoltre, con le ulteriori censure la parte ricorrente ha sostenuto che comunque l'abuso sarebbe stato realizzato in periodo antecedente alla disciplina sanzionatoria della legge n. 47 del 28 gennaio 1985, che pertanto non sarebbe stata applicabile, nonché il difetto di motivazione circa l'attualità dell'interesse alla demolizione, trattandosi di opera abusiva risalente nel tempo. Infine, è stato dedotto che l'abuso avrebbe dovuto essere inquadrato in una mera difformità dalla concessione con applicazione della sola sanzione pecuniaria ai sensi dell'art. 12 della legge n. 47 del 1985.

La sentenza di primo grado ha respinto tutte le censure sulla base della difformità dell'immobile rispetto al progetto approvato dal Comune e richiamando i consolidati orientamenti giurisprudenziali circa la natura permanente dell'illecito edilizio e la irrilevanza del momento di realizzazione dell'abuso.

Con i motivi di appello sono state riproposte le censure del ricorso di primo grado relative alla estraneità del signor Giuseppe Arancio rispetto all'abuso edilizio, trattandosi di opere realizzate dal precedente proprietario, in epoca comunque anteriore alla disciplina sanzionatoria della legge n. 47 del 1985, al difetto di motivazione del provvedimento comunale sull'attualità dell'interesse alla demolizione, alla mancata applicazione della disciplina relativa alla difformità dal titolo edilizio con applicazione della sola sanzione pecuniaria.

Si è costituito nel giudizio di appello il Comune di Valenzano ribadendo la legittimità del provvedimento comunale in particolare essendo provata la data di

realizzazione dell'abuso tra il 1974 e il 1981, sulla base dei rilievi aerofotogrammetrici del 1981 e delle planimetrie depositate all'UTE e del rilascio del certificato di agibilità nel 1974

Alla camera di consiglio del 24 giugno 2008 è stata respinta la domanda cautelare di sospensione del provvedimento impugnato.

All'udienza pubblica dell'11 giugno 2019 il giudizio è stato trattenuto in decisione.

L'appello è infondato.

Con il primo motivo si sostiene la illegittimità del provvedimento comunale, in quanto l'abuso sarebbe stato realizzato dal precedente proprietario, come risulterebbe dalla descrizione dell'immobile contenuta nel contratto di locazione stipulato nel 1970.

A sostegno di tale affermazione sono state depositate nel giudizio di primo grado, oltre al contratto di locazione due perizie tecniche che avrebbero confermato tale ricostruzione. Ne deriverebbe, inoltre, secondo la ricostruzione difensiva che il certificato di agibilità rilasciato il 6 febbraio 1974 avrebbe verificato la legittimità edilizia di tali opere già realizzate.

Ritiene il Collegio di non condividere la ricostruzione in fatto sostenuta dalla parte appellante.

Il provvedimento comunale è basato, infatti, su elementi di fatto e documentali da cui risulta l'epoca di realizzazione dell'abuso in epoca anteriore al 1981 (rilievi aerofotogrammetrici del 1981) e successiva al 1974, in relazione al deposito della planimetria all'ufficio tecnico erariale e al rilascio del certificato di agibilità, che fa riferimento all'ispezione del 5 febbraio 1974 e, in tale sede, alla verifica di conformità al progetto approvato il 9 marzo 1966.

Rispetto alle circostanze oggetto dell'accertamento del certificato di agibilità circa la conformità al progetto approvato nel 1966, appare del tutto irrilevante la descrizione delle opere contenuta nel contratto di locazione, che non si riferisce ad

alcuna planimetria o progetto, ma contiene una mera descrizione dello stato dei luoghi e del numero dei vani oggetto del contratto, mentre le perizie depositate in giudizio esprimono una valutazione *ex post* della possibile corrispondenza tra le descrizioni contenute nel contratto di locazione e lo stato dei manufatti esistente al momento delle perizie del 1997 (perizia del 18 febbraio 1997 dell'ing. Perilli, depositata nel giudizio di primo grado, fa riferimento in alcune parti alla “possibile” in altre alla “probabile” corrispondenza tra i vani e la planimetria; perizia del 20 marzo 1997 dell'Ing Calia afferma maggiore certezza).

In ogni caso, l'accertamento circa la epoca di realizzazione dell'abuso è anche irrilevante rispetto alla responsabilità del signor Arancio e delle sue eredi, attuali proprietarie dell'immobile, in relazione al costante orientamento giurisprudenziale per cui la qualità di proprietario è idonea di per sé per affermare la responsabilità per le opere abusive (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2018, n.5891; id. 30 gennaio 2019, n. 734). Il presupposto per l'adozione di un'ordinanza di demolizione non è, infatti, l'accertamento di responsabilità nella commissione dell'illecito, bensì l'esistenza di una situazione dei luoghi contrastante con quella prevista nella strumentazione urbanistico-edilizia: sicché sia il soggetto che abbia la titolarità a eseguire l'ordine ripristinatorio, ossia in virtù del diritto dominicale il proprietario, che il responsabile dell'abuso sono destinatari della sanzione reale del ripristino dei luoghi (Cons. Stato Sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 6983).

Il soggetto passivo dell'ordine di demolizione viene, quindi, individuato nel soggetto che ha il potere di rimuovere concretamente l'abuso, potere che compete indubbiamente al proprietario, anche se non responsabile in via diretta. Pertanto, affinché il proprietario di una costruzione abusiva possa essere destinatario dell'ordine di demolizione, non occorre stabilire se egli sia responsabile dell'abuso, poiché la stessa disposizione si limita a prevedere la legittimazione passiva del proprietario non responsabile all'esecuzione dell'ordine di demolizione, senza

richiedere l'effettivo accertamento di una qualche sua responsabilità (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2017, n. 3789; sez. IV, 19 ottobre 2017 n. 4837; id 19 aprile 2018, n. 2364).

Il perseguimento dell'interesse pubblico urbanistico è, invero, interesse pubblico di carattere preminente e, dunque, l'ordinamento vuole che la legalità violata sia ripristinata anche dal proprietario. Tanto discende anche dalla natura "reale" dell'illecito e della sanzione urbanistica, i quali sono riferibili alla *res abusiva* e, dunque, il ripristino dell'equilibrio urbanistico violato viene a fare carico anche sul proprietario (Cons. Stato Sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3391, che peraltro si riferisce espressamente anche all'usufruttuario, quale era, con riferimento al caso di specie, il sig. Arancio al momento di adozione del provvedimento impugnato).

Con il secondo motivo di appello si contesta la legittimità del provvedimento impugnato e la erroneità della sentenza di primo grado sul punto, in quanto il provvedimento comunale avrebbe fatto applicazione della disciplina della legge n. 47 del 1985 sopravvenuta alla realizzazione dell'abuso.

Anche tale motivo è infondato.

In primo luogo il potere di irrogare la demolizione per le opere realizzate senza licenza edilizia derivava già dall'art 13 della legge 6 agosto 1967, n. 765, mentre l'art. 10 della medesima legge prevedeva l'obbligo della licenza per le nuove costruzioni, gli ampliamenti e le modifiche delle costruzioni esistenti.

In ogni caso, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, la giurisprudenza è costante nel ritenere la natura permanente dell'illecito edilizio con la conseguente applicazione del regime sanzionatorio sopravvenuto.

Per la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, infatti, la natura permanente dell'illecito edilizio comporta che quando il Comune eserciti il potere repressivo a distanza di tempo dalla commissione dell'abuso, la disciplina sanzionatoria applicabile sia quella vigente al momento dell'esercizio del potere sanzionatorio. In

forza della natura permanente dell'illecito edilizio, infatti, colui che ha realizzato l'abuso mantiene inalterato nel tempo l'obbligo di eliminare l'opera illecita, per cui il potere di repressione può essere esercitato retroattivamente, anche per fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore della norma che disciplina tale potere; il regime sanzionatorio applicabile agli abusi edilizi è, dunque, in conformità al principio del *tempus regit actum*, quello vigente al momento della sanzione, non già quello in vigore all'epoca di realizzazione dell'abuso e la natura della sanzione demolitoria, finalizzata a riportare in pristino la situazione esistente e ad eliminare opere abusive in contrasto con l'ordinato assetto del territorio, impedisce di ascrivere la stessa al *genus* delle pene afflittive, cui propriamente si attaglia il divieto di retroattività (Cons. Stato Sez. VI, 21 marzo 2019, n. 1892; sez. IV, 24 novembre 2016, n. 4943).

Con ulteriore motivo di appello, si lamenta il difetto di motivazione del provvedimento impugnato circa l'interesse pubblico attuale alla demolizione in relazione al tempo comunque trascorso dalla realizzazione dell'abuso, in ogni caso precedente al 1981.

Al riguardo il Collegio ritiene di dovere richiamare l'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria, per cui il potere di ordinare la demolizione delle opere edilizie abusive non deve essere oggetto di ponderazione con altri interessi in relazione al decorso del tempo, trattandosi di potere vincolato in funzione dell'ordinato assetto del territorio. Pertanto, il provvedimento con cui viene ingiunta, anche tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse, diverse da quelle inerenti al ripristino della legalità violata, che impongono la rimozione dell'abuso, nonostante sia decorso un considerevole lasso di tempo dalla commissione dell'abuso. Deve, dunque, escludersi la configurabilità di un legittimo

affidamento in capo al responsabile dell'abuso o al suo avente causa nonostante il decorso del tempo dal commesso abuso o la comparazione dell'interesse pubblico con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione, non potendo neppure ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo non può legittimare. (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2017; Sez. VI, 6 luglio 2018, n. 4135; id. 4 giugno 2018, n. 3351; di recente Sez. IV, 30 gennaio 2019, n. 734).

Con ulteriore motivo di appello si sostiene la erronea applicazione dell'art. 7 della legge 47 del 1985, in quanto, secondo la ricostruzione difensiva, si tratterebbe di una ipotesi di difformità dal titolo edilizio, a cui sarebbe stato applicabile l'art. 12 della legge 47 del 1985.

Anche tale motivo di appello è infondato.

Ai sensi dell'art. 12 della legge 47 del 28 gennaio 1985, disposizione poi confluita nell'art. 34 del d.P.R., 6 giugno 2001, n. 380 “le opere eseguite in parziale difformità dalla concessione sono demolite a cura e spese dei responsabili dell'abuso entro il termine congruo, e comunque non oltre centoventi giorni, fissato dalla relativa ordinanza del sindaco. Dopo tale termine sono demolite a cura del comune e a spese dei medesimi responsabili dell'abuso.

Quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il sindaco 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 dalla concessione, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura dell'ufficio tecnico erariale, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale”.

Da tale disciplina, come dalla analoga norma dell'art. 34 del D.P.R. 380 del 2001, deriva in primo luogo in linea generale che anche gli interventi edilizi eseguiti in

parziale difformità dal permesso di costruire soggiacciono alla sanzione demolitoria, a meno che, non potendo essa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, si debba applicare la sanzione pecuniaria (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 4 giugno 2018, n. 3371; id. 21 maggio 2019, n. 3280).

Inoltre, la consolidata giurisprudenza interpreta tali disposizioni nel senso che la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria posta da tale normativa debba essere valutata dall'Amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione, fase esecutiva nella quale le parti possono dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato, presupposto per l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4169; id. 29 novembre 2017, n. 5585; id. 12 aprile 2013, n. 2001).

Pertanto, la costante giurisprudenza ritiene altresì che la norma abbia valore eccezionale e derogatorio, e di conseguenza non sia l'amministrazione a dover valutare, prima di emettere l'ordine di demolizione dell'abuso, se essa possa essere applicata, ma è il privato interessato a dover dimostrare, in modo rigoroso, nella fase esecutiva, l'obiettiva impossibilità di ottemperare all'ordine stesso senza pregiudizio per la parte conforme (Cons. Stato sez. V 5 settembre 2011 n.4982, in fattispecie regolata dall'art. 12 L. n. 47 del 1985, e con riferimento al T.U. 380 del 2001 Cons. Stato Sez. VI, 19 novembre 2018, n. 6497) .

Ritiene dunque il Collegio in conformità a tali consolidati orientamenti che, nel caso di specie, il Comune non potesse che ordinare la demolizione delle opere abusivamente realizzate, salva la facoltà per le appellanti di dedurre, al momento della concreta esecuzione del provvedimento di demolizione, in ordine all'eventuale situazione di pericolo di stabilità del fabbricato derivante dall'esecuzione della demolizione delle opere abusive.

L'appello è dunque infondato e deve essere respinto.

In considerazione della peculiarità delle circostanze di fatto sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del presente grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 giugno 2019 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Taormina, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Cecilia Altavista

IL PRESIDENTE
Fabio Taormina

IL SEGRETARIO