



REPUBBLICA ITALIANA

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 170 del 2020, proposto da Antonietta Palma, rappresentata e difesa dall'avvocato Emanuele D'Alterio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Giugliano in Campania, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Isabella Riccardo e Luigi Riccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 05578/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Giugliano in Campania;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Francesco De Luca nell'udienza pubblica del giorno 6 maggio 2021, svoltasi ai sensi degli artt. 4 Decreto Legge 30 aprile 2020 n. 28 conv. dalla L. 25 giugno 2020 n. 70 e 25 Decreto Legge 28 ottobre 2020 n. 137 conv. dalla L. 18 dicembre 2020 n. 176, attraverso l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams";
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Ricorrendo dinnanzi a questo Consiglio, la Sig.ra Palma appella la sentenza n. 5578 del 26.11.2019, con cui il Tar Campania, Napoli, ha rigettato il ricorso diretto ad ottenere l'annullamento del provvedimento n. 1/19 prot. 2073 dell'8.1.19 del Comune di Giugliano in Campania, recante il diniego del permesso di costruire in sanatoria ex artt. 34 e 36 del DPR 380/01.

In particolare, secondo quanto dedotto in appello:

- la ricorrente è proprietaria di una unità abitativa sita in Giugliano in Campania, al primo piano di un fabbricato composto da piano terra, primo piano e secondo piano, edificato in virtù della L.E. n. 585/69, in variante alla L.E. n. 432/68;
- la stessa ricorrente ha verificato, attraverso l'ausilio di un tecnico di fiducia, l'esistenza di alcune difformità del realizzato rispetto a quanto assentito, relative:
 - a) alla planimetria dell'unità abitativa, rovesciata a specchio rispetto ad un ipotetico asse di simmetria;
 - b) ad una diversa distribuzione degli spazi interni, per effetto della creazione di due ripostigli nella zona ingresso e di una camera, della riduzione della superficie del soggiorno-pranzo e dell'apertura di una finestra per areare e illuminare la camera aggiuntiva, oltre che di talune variazioni di misura dei tramezzi;
 - c) ad una variazione della sagoma per un arrotondamento planimetrico della camera da letto prospettante a Nord, con conseguente emersione di una maggiore superficie abitabile per circa 2,52 mq, una minore superficie utile non residenziale

(riferita al balcone e al terrazzo, di circa 0,65 mq), una maggiore superficie coperta per circa 9,122 mq e un maggiore volume di circa 30 mc;

- in data 30.4.2018 la Sig.ra Palma ha chiesto ai sensi degli artt. 34 e 36 DPR n. 380/01, la sanatoria delle opere eseguite in difformità, rilevando il mancato superamento del margine di tolleranza indicato nell'art. 34, comma 2 ter, DPR n. 380/01, l'assenza di variazioni planimetriche e volumetriche successive all'epoca di realizzazione, la riconducibilità della maggiore superficie coperta e del conseguente volume alla variazione della sagoma e alla presenza di muri perimetrali di spessore di circa 35 cm (con rivestimento esterno in piastrelle) rispetto allo spessore di cm 30 indicato in L.E., la corrispondenza tra la sagoma riportata nella planimetria catastale dell'immobile del 1971 e la sagoma effettivamente rilevata e oggetto di sanatoria, il rispetto della disciplina in materia di distanze tra fabbricati e dalle strade esistenti, nonché l'osservanza delle previsioni del DM Sanità del 5/7/1975 in relazione alle superfici di illuminazione e areazione;

- la ricorrente, in particolare, ha presentato un'istanza ex art. 36 DPR n. 380/01 con riferimento alla planimetria dell'unità abitativa e alla diversa distribuzione degli spazi interni, ritenendo si facesse questione di opere conformi ai regolamenti in vigore all'epoca dell'abuso e alle norme tecniche di attuazione del PRG vigente; per gli abusi concernenti i differenti parametri urbanistici rilevati, conformi ai regolamenti in vigore all'epoca dell'abuso, ma non alle norme tecniche di attuazione del PRG vigente per la zona B1, la ricorrente ha, invece, presentato un'istanza ex art. 34, commi 2 e 2 ter DPR n. 380/01;

- previa comunicazione del preavviso di rigetto, riscontrato dalla ricorrente con la presentazione di osservazioni controdeduttive, il Comune ha assunto il diniego definitivo n. 2073 dell'8.1.2019, rilevando che le difformità riscontrate superavano il 2% della volumetria assentita, ragion per cui le opere difformi avrebbero dovuto

essere demolite, non costituendo la demolizione pregiudizio statico per le opere conformi;

- a seguito di accesso agli atti detenuti presso l'Amministrazione comunale, la ricorrente ha appreso che la planimetria allegata ai titoli edilizi corrispondeva allo stato attuale dell'alloggio, con conseguente improcedibilità della richiesta di sanatoria relativamente al ribaltamento della planimetria;

- la Sig.ra Palma ha, dunque, proposto ricorso dinnanzi al Tar Campania, Napoli, impugnando il diniego di sanatoria, ritenuto illegittimo per:

a) “violazione e falsa applicazione artt. 34 e 36 dpr 380/01 - eccesso di potere – illogicità – travisamento – erroneità macroscopica dell'istruttoria e della motivazione”, tenuto conto che il mero superamento del limite del 2% rispetto alle misure di progetto, non avrebbe potuto imporre la demolizione delle opere, ben potendo le stesse costituire parziale difformità giustificante l'applicazione della sola sanzione pecuniaria; inoltre, nella specie, alla stregua di quanto emergente da apposita relazione tecnica prodotta in atti, la demolizione delle opere realizzate in difformità avrebbe prodotto un pregiudizio statico per le opere conformi; il Comune avrebbe, comunque, ommesso di svolgere un preventivo accertamento tecnico, ritenuto doveroso in presenza dell'argomentata richiesta della ricorrente;

b) “violazione e falsa applicazione artt. 34 e 36 dpr 380/01 - eccesso di potere – sviamento – erroneità dell'istruttoria e della motivazione”, tenuto conto che il Comune non avrebbe pronunciato sull'istanza ex art. 36 DPR n. 380/01, riferita alla diversa distribuzione degli spazi interni;

c) “violazione e falsa applicazione artt. 34 e 36 dpr 380/01 - eccesso di potere – sviamento – erroneità dell'istruttoria – travisamento – carenza della motivazione – violazione del principio di leale collaborazione tra p.a. e privato”, non avendo il Comune tenuto conto che le difformità sarebbero risalite a circa cinquant'anni prima, senza essere state mai rilevate dai competenti uffici comunali; anche la

ricorrente e il suo dante causa non erano a conoscenza di siffatti abusi, altrimenti avrebbero ben potuto presentare un'istanza di condono ex L. n. 47/85, L. n. 724/94 o L. 326/03; lo stesso Comune aveva pure rilasciato il certificato di abitabilità, accertando la conformità delle opere al progetto presentato e alle eventuali varianti aggiornate; il ripristino delle opere, peraltro, avrebbe influito sul prospetto delle facciate condominiali;

- il Tar ha rigettato il ricorso.

2. In particolare, alla stregua di quanto emergente dalla sentenza di prime cure, il Tar ha rilevato che:

- gli interventi in contestazione, per come riconosciuto dalla stessa ricorrente, avevano determinato un incremento di superficie coperta dell'alloggio pari a 9.12 mq ed un incremento di volume pari a 30.13 mc;

- pertanto, si era comunque determinato, a seguito degli interventi realizzati, un consistente incremento della superficie utile e della cubatura dell'immobile in questione - le cui dimensioni, almeno per quanto emergente dagli atti di causa, non potevano ritenersi tali da integrare un incremento "minimo" - in assenza di titolo edilizio, ragion per cui il provvedimento impugnato aveva correttamente qualificato l'intervento *de quo* come realizzato in difformità dalla licenza edilizia a suo tempo rilasciata, ed in quanto tale insuscettibile di sanatoria, non sussistendo peraltro - come pacificamente riconosciuto dalla stessa ricorrente - la doppia conformità;

-l'applicazione della sanzione pecuniaria, in luogo di quella demolitoria non poteva trovare applicazione per gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, quale doveva ritenersi quello realizzato nella fattispecie in esame, e sempre tenuto conto che, in ogni caso, la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria ai sensi dell'art. 34, D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 avrebbe dovuto essere valutata

dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento repressivo edilizio;

- l'intervento abusivo nella specie realizzato si connotava in maniera tale da non potere essere assoggettato a valutazioni frazionate ed atomistiche.

3. La ricorrente in prime cure ha proposto appello, censurando l'erroneità della sentenza gravata sulla base di due motivi di impugnazione.

4. L'Amministrazione comunale si è costituita in giudizio con memoria del 3 marzo 2020, controdeducendo rispetto agli avversi motivi di appello.

5. La Sezione, con ordinanza n. 1095 del 6 marzo 2020, ha accolto l'istanza cautelare articolata dall'appellante, ritenendo prevalente l'esigenza di assicurare che nelle more della decisione del merito la *res indicanda* fosse mantenuta integra, precludendosi ogni intervento demolitorio con riferimento alle opere oggetto dell'istanza di sanatoria per cui è controversia.

6. La ricorrente ha insistito nelle proprie conclusioni mediante il deposito di memoria difensiva in data 29 marzo 2021.

7. Le parti con il deposito di note di udienza in data 3 maggio 2021 hanno chiesto la decisione della controversia.

8. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 6 maggio 2021.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello sono censurati i capi decisorii con cui il Tar, da un lato, ha ravvisato nella specie una variazione essenziale, da sanzionare ai sensi dell'art. 32 DPR n. 380/01, attesa la ritenuta integrazione di un consistente incremento della superficie utile e della cubatura dell'immobile in parola; dall'altro, ha rimesso alla fase esecutiva la verifica della possibilità di demolire senza pregiudizio alla restante parte dell'immobile.

1.1 Secondo la prospettazione dell'appellante:

-l'aumento di cubatura lorda (comprensiva dei muri) – asseritamente dovuto in prevalenza all'ispessimento dei muri perimetrali (da 30 a 35 cm.), determinato dal rivestimento esterno con piastrelle - sarebbe stato di mc. 30,13, pari al 5,6% della volumetria dell'immobile e, dunque, al 3,6% al netto della franchigia del 2% di cui all'art. 34 co. 2 ter; parimenti, stessa percentuale sarebbe stata ravvisabile per l'aumento di superficie coperta lorda, pari a mq 9,12; peraltro, l'aumento di superficie abitabile (mq. 2,52, insufficienti anche ad ospitare un ripostiglio) sarebbe stato inferiore al 2% di franchigia;

- il mero superamento della soglia di tolleranza del 2% non avrebbe potuto giustificare la qualificazione delle variazioni in termini di essenzialità, occorrendo verificare su base casistica la sussistenza di un consistente aumento della cubatura o della superficie, emergendo un'opera diversa da quella assentita con il permesso di costruire per conformazione, strutturazione, destinazione ed ubicazione;

- nella specie, l'esiguità della percentuale di incremento di cubatura e superficie avrebbe imposto di qualificare le difformità come difformità parziali;

- il Tar, inoltre, avrebbe posto a base della decisione ragioni non rinvenibili nella motivazione del provvedimento censurato, incentrato soltanto sul mero superamento della soglia di tolleranza del 2%;

- il primo giudice avrebbe pure errato nel rimettere alla fase esecutiva la verifica della possibilità di demolizione senza pregiudizio per la parte regolarmente edificata, quando nella specie la ricorrente aveva presentato un'istanza sul punto e il Comune, che aveva l'obbligo di pronunciare al riguardo, aveva espressamente rilevato che la demolizione non costituiva pregiudizio statico per le opere conformi, senza effettuare un preventivo accertamento tecnico e in contrasto con quanto emergente da una perizia in atti.

2. Il motivo di appello è fondato.

3. Preliminarmente, giova ricostruire le ragioni di diniego sottese al provvedimento amministrativo censurato in prime cure.

Come correttamente rilevato dall'appellante, il perimetro del sindacato giurisdizionale non può estendersi a ragioni in ipotesi ostative all'accoglimento dell'istanza del privato, non oggetto di disamina in sede procedimentale e, dunque, non poste alla base della decisione assunta dalla parte resistente.

3.1 Nel processo amministrativo l'integrazione in sede giudiziale della motivazione dell'atto amministrativo è ammissibile soltanto se effettuata mediante gli atti del procedimento - nella misura in cui i documenti dell'istruttoria offrano elementi sufficienti ed univoci dai quali possano ricostruirsi le concrete ragioni della determinazione assunta - oppure attraverso l'emanazione di un autonomo provvedimento di convalida (art. 21-nonies, secondo comma, della legge n. 241 del 1990). È invece inammissibile un'integrazione postuma effettuata in sede di giudizio, mediante atti processuali, o comunque scritti difensivi.

La motivazione costituisce, infatti, il contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, il provvedimento affetto dai cosiddetti vizi non invalidanti (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 ottobre 2018, n. 5984).

In particolare, *“la motivazione del provvedimento amministrativo rappresenta il presupposto, il fondamento, il baricentro e l'essenza stessa del legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 3 della l. 241/1990) e, per questo, un presidio di legalità sostanziale insostituibile, nemmeno mediante il ragionamento ipotetico che fa salvo, ai sensi dell'art. 21-octies, comma 2, della l. 241/1990, il provvedimento affetto dai c.d. vizi non invalidanti (si veda Cons. St., Sez. III, 7.4.2014, n. 1629), non potendo perciò il suo difetto o la sua inadeguatezza essere in alcun modo assimilati alla mera violazione di norme procedimentali o ai vizi di forma.*

La motivazione del provvedimento costituisce infatti “l'essenza e il contenuto insostituibile della decisione amministrativa, anche in ipotesi di attività vincolata” (Consiglio di Stato, III, 30 aprile 2014, n. 2247), e non può certo essere emendata o integrata, quasi fosse una formula vuota o una pagina bianca, da una successiva motivazione postuma, prospettata ad hoc dall'Amministrazione resistente nel corso del giudizio” (Consiglio di Stato, sez. V, 10 settembre 2018, n. 5291).

Il primo giudice, qualora escluda l'illegittimità del provvedimento impugnato sulla base di *rationes decidendi* che non trovano fondamento nell'impianto motivazionale dell'atto amministrativo, incorre nel vizio di ultrapetizione, oltre che nella violazione del principio di separazione dei poteri ex art. 34, comma 2, c.p.a.

Sotto il primo profilo, il principio della domanda di cui agli artt. 99 c.p.c. e 2907 c.c. - espressione del potere dispositivo delle parti, completamento del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in base alla *regula juris* di cui all'art. 112 c.p.c. e pacificamente applicabile anche al processo amministrativo - comporta che sussiste il vizio di ultrapetizione, quando l'accertamento compiuto in sentenza finisce per riguardare un *petitum* ed una *causa petendi* nuovi e diversi rispetto a quelli fatti valere nel ricorso e sottoposti dalle parti all'esame del giudice, con conseguente negazione del bene o dell'utilità richiesti dalla parte ricorrente per ragioni dalla stessa non esternate.

La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato emerge, altresì, qualora, ammettendo una integrazione postuma della motivazione sottesa al provvedimento, il primo giudice statuisca su una fattispecie oggettivamente diversa da quella prospettata nel provvedimento gravato, con evidente lesione dei diritti di difesa della controparte (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28).

Sotto il secondo profilo, attinente alla violazione del principio di separazione dei poteri, il giudice di primo grado, qualora abbia formulato argomentazioni a sostegno del provvedimento impugnato che ne alterano l'impianto motivazionale,

emette una pronuncia su poteri non ancora esercitati, in violazione del disposto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., venendo esaminata la legittimità di nuove questioni a sostegno della decisione censurata, non previamente decise dal competente organo amministrativo.

3.2 Alla stregua di tali considerazioni, emerge, in primo luogo, la fondatezza del primo motivo di appello, nella parte in cui si rileva che *“la motivazione adottata dal TAR a fondamento del rigetto del ricorso esorbita, comunque, da quella indicata dal Comune nel provvedimento impugnato”*.

Difatti, avuto riguardo al provvedimento comunale, il diniego di sanatoria è stato opposto dall'Amministrazione resistente soltanto in ragione del superamento della soglia di tolleranza del 2% rispetto alle misure di progetto e tenuto conto della possibilità di demolizione in assenza di pregiudizio per le altre opere esistenti.

Il Tar ha, invece, rigettato il ricorso, rilevando che *“essendosi, nella fattispecie che occupa, comunque determinato, a seguito degli interventi realizzati, un consistente incremento della superficie utile e della cubatura dell'immobile in questione - le cui dimensioni, almeno per quanto emerge dagli atti di causa, non si ritengono tali da integrare un incremento “minimo” -, in assenza di titolo edilizio, deve ritenersi che il provvedimento impugnato abbia correttamente qualificato l'intervento de quo come realizzato in difformità dalla licenza edilizia a suo tempo rilasciata, ed in quanto tale insuscettibile di sanatoria, non sussistendo peraltro - come pacificamente riconosciuto dalla stessa ricorrente - la “doppia conformità”*”.

Ne deriva, dunque, che il Tar ha rigettato il ricorso, non solo dando atto del superamento del margine di tolleranza, ma anche rilevando che nella specie le opere edilizie abusive non potevano ritenersi mere variazioni parziali, integrando, in ragione del consistente aumento di cubatura e di superficie utile.

In tale maniera, il Tar ha integrato la motivazione sottesa al diniego comunale, svolgendo un apprezzamento in ordine alla consistenza dell'abuso superiore al margine del 2% non emergente dalla decisione amministrativa.

Né potrebbe ritenersi che il mero superamento del margine di tolleranza *de quo* fosse sufficiente per integrare gli estremi della variazione essenziale ex art. 32 DPR n. 380/01.

Al riguardo, deve infatti darsi continuità all'indirizzo giurisprudenziale, in forza del quale la disposizione di cui all'art. 34, comma 2 ter, DPR n. 380/01 – applicabile alla *specie ratione temporis* - “non contiene una definizione normativa della *parziale difformità*, ma prevede una franchigia. In altre parole, intende stabilire non che ogni violazione eccedente il 2% considerato costituisce difformità totale, ma al contrario che le violazioni contenute entro tale limite sono irrilevanti.

12. In tal senso, è anzitutto un argomento letterale: il testo della norma, contenuta nell'articolo dedicato appunto alle conseguenze della “*parziale difformità*”, stabilisce quando la stessa “non si ha”, e quindi un caso in cui l'abuso esula.

13. Nello stesso senso, è anche l'argomento storico: la norma, come si è visto, è stata aggiunta in un momento successivo, con l'art. 5 del decreto legge 70/2011, cd. “Decreto sviluppo”, il cui dichiarato scopo è “*liberalizzare le costruzioni private*”, scopo rispetto al quale è congruo un regime, appunto, di franchigia, volto ad alleggerire gli oneri che gravano sul privato i costi della sanzione applicata a qualsiasi a difformità, anche fra le più lievi.

14. Infine, ad identico risultato conduce l'argomento logico sistematico: se effettivamente il comma 2 ter contenesse la nozione normativa di *parziale difformità*, ne seguirebbe che sarebbe abuso, e comporterebbe in via principale l'ordine di rimessione in pristino, ogni difformità rispetto alle misure di progetto, anche la più lieve, con risultati pratici assurdi, di moltiplicazione e complicazione del contenzioso” (Consiglio di Stato, sez. VI, 30 marzo 2017, n. 1481).

Pertanto, una volta rilevato il superamento del margine di tolleranza del 2%, al fine di valutare la fattispecie concreta in termini di variazione essenziale, sarebbe stato necessario motivare in ordine alla consistenza dell'abuso commesso, tenuto conto che, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, “*il concetto di parziale difformità presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio*

rilasciato dall'autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle previste e autorizzate a livello progettuale, 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; mentre si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, quando i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione" (ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2021, n. 1743).

Un tale accertamento non risulta condotto dall'Amministrazione comunale, né emerge dalla motivazione fondante la decisione censurata in prime cure; sicché, mancando una corrispondente *ratio decidendi* alla base del diniego di sanatoria, la valutazione della consistenza dell'abuso e della sua idoneità ad integrare gli estremi della variazione essenziale non avrebbe potuto essere operata per la prima volta in giudizio, pena un'inammissibile integrazione giudiziale della motivazione del diniego per cui è controversia.

In conclusione, sotto tale primo profilo, il diniego censurato in prime cure non avrebbe potuto ritenersi legittimo in ragione dell'avvenuta realizzazione di un intervento edilizio con variazioni essenziali rispetto a quanto assentito ex artt. 31 e 32 DPR n. 380/01; essendosi in presenza di una *ratio decidendi* che il Comune non ha posto a base della propria determinazione.

Sembra, anzi, che il Comune, limitandosi a rilevare il superamento del margine di tolleranza del 2% e a constatare la possibilità tecnica della demolizione delle opere difformi, come si osserverà *amplius infra*, abbia inteso negare l'istanza di parte, argomentando, anziché sulla base di riscontrate variazioni essenziali ex artt. 31 e 32 DPR n. 380/01 (come ritenuto dal Tar), in ragione di variazioni parziali assoggettabili al (diverso) disposto di cui all'art. 34 DPR n. 380/01 che, proprio in relazione agli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire,

richiede un accertamento tecnico sulla possibilità di demolizione senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, ai fini della valutazione dei presupposti per sostituire la sanzione ripristinatoria con quella pecuniaria (il che corrisponde alla valutazione in concreto operata dall'Amministrazione intimata).

3.3 Per mera completezza di analisi, si osserva, in ogni caso, che, anche ove il Comune avesse inteso rigettare l'istanza di parte in ragione della ritenuta configurazione di opere abusive comportanti variazioni essenziali rispetto a quanto autorizzato con il rilascio del titolo abilitativo edilizio, la decisione così assunta non avrebbe potuto ritenersi legittima.

Posto che, come osservato, il mero superamento della soglia di tolleranza del 2% non risulta sufficiente a configurare una variazione essenziale, il Comune avrebbe dovuto svolgere una verifica in concreto sulle particolarità delle opere abusive, al fine di evidenziare le ragioni per cui l'intervento difforme all'uso eseguito avesse comportato una variazione essenziale, meritevole di sanzione ripristinatoria ex artt. 31 e 32 DPR n. 380/01.

Constatando che tale ulteriore verifica non era stata svolta dal Comune, essendo incentrato il diniego di sanatoria sul mero riferimento al margine di tolleranza del 2%, il Tar avrebbe comunque dovuto ravvisare l'illegittimità della decisione amministrativa, alla stregua di quanto censurato con il ricorso in prime cure, non essendo uno scostamento dalle misure di progetto superiore al margine di tolleranza, di per sé, sufficiente a giustificare l'integrazione della fattispecie di cui all'art. 32 DPR n. 380/01 ai fini della comminatoria della sanzione demolitoria.

3.4 Il motivo di appello merita condivisione anche nella parte in cui è diretto a censurare l'idoneità della demolizione delle opere abusive a recare pregiudizio della parte eseguita in conformità.

Al riguardo, il Tar ha ritenuto che un tale accertamento dovesse essere svolto in fase esecutiva, non influenzando sulla legittimità dell'ordinanza demolitoria.

Sotto tale profilo, deve confermarsi l'indirizzo consolidato di questo Consiglio (*ex multis*, Consiglio di Stato Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1452), secondo cui le disposizioni dell'art. 34 del D.P.R. n. 380 del 2001 devono essere effettivamente interpretate 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, con la conseguenza che tale valutazione non rileva ai fini della legittimità del provvedimento di demolizione.

L'art. 34 cit., difatti, ha valore eccezionale e derogatorio, non competendo all'Amministrazione precedente di dover valutare, prima dell'emissione dell'ordine di demolizione dell'abuso, se essa possa essere applicata, piuttosto incombendo sul privato interessato la dimostrazione, in modo rigoroso e nella fase esecutiva, della obiettiva impossibilità di ottemperare all'ordine stesso senza pregiudizio per la parte conforme.

Nel caso di specie, tuttavia, l'Amministrazione non si è limitata a rilevare che le opere oggetto dell'istanza di sanatoria integrassero gli estremi della variazione parziale ex art. 34 DPR n. 380/01, come tali assoggettabili a sanzione demolitoria, disponendo per l'effetto la demolizione e rimettendo alla fase esecutiva ogni indagine – sulla base degli elementi istruttori forniti dal privato - circa l'effettiva obiettiva impossibilità di ottemperare all'ordine stesso senza pregiudizio per la parte conforme; bensì ha rigettato l'istanza di sanatoria, escludendo, sin dall'adozione del provvedimento di diniego, che la demolizione potesse costituire pregiudizio statico per le opere conformi.

In particolare, il Comune, rilevato che le opere difformi superavano il 2% della volumetria assentita - il che risulta, peraltro, ammesso anche in appello, in cui si discorre di *“aumento di cubatura lorda (comprensiva dei muri) ... di mc. 30,13, pari al 5,6% della volumetria dell'immobile e, dunque, al 3,6% al netto della franchigia del 2% di cui all'art. 34 co. 2 ter”*, nonché di *“Stessa percentuale per l'aumento di superficie coperta lorda, pari a mq 9,12”* -, ha ritenuto che le stesse, per tale ragione (*“pertanto”*), dovessero *“essere demolite non costituendo la demolizione pregiudizio statico per le opere conformi”*; sicché l'istanza di sanatoria, sulla base di tale motivazione, è stata rigettata.

In tale modo, il Comune ha giustificato la propria decisione, richiamando la necessità di demolire le opere e l'impossibilità di applicare la sanzione pecuniaria sostitutiva, in quanto dalla demolizione non sarebbe derivato alcun pregiudizio per le opere conformi.

Nella specie, dunque, l'Amministrazione ha posto a fondamento di una decisione sfavorevole al privato una valutazione tecnica riguardante la possibilità della demolizione senza pregiudizio statico per le opere conformi.

In siffatte ipotesi, deve riconoscersi in capo al destinatario del provvedimento di diniego la possibilità di censurare la legittimità della *ratio decidendi* fondante la decisione amministrativa, al fine di ottenere l'annullamento di un atto motivato sulla base di un giudizio tecnico ritenuto erroneo.

La Sig.ra Palma ben poteva, dunque, denunciare l'erroneità del diniego di sanatoria, in quanto basato su un presupposto, dato dalla possibilità di demolizione senza pregiudizio per le opere conformi, non condiviso dal destinatario.

3.5 Ciò rilevato, deve osservarsi che il motivo di appello è fondato non soltanto nella parte in cui afferma la possibilità di sindacare nella presente sede la valutazione tecnica alla base del diniego, ma anche nella parte in cui rileva che tale valutazione è stata operata immotivatamente dal Comune in assenza di un accertamento specifico all'uopo condotto.

In particolare, il Comune si è limitato a dare atto della possibilità di demolire le opere abusive *“non costituendo la demolizione pregiudizio statico per le opere conformi”*, ma non ha indicato sulla base di quali accertamenti in concreto svolti la demolizione fosse in concreto possibile, non incidendo sulla stabilità dell'intero fabbricato o comunque delle parti conformi dell'immobile in esame.

L'assenza di un'adeguata istruttoria idonea a sostenere la valutazione tecnica posta a base del diniego discende anche dalla documentazione in atti e, in specie, da quanto emerge dalla perizia giurata prodotta dalla ricorrente in primo grado (doc. 10 ricorso in primo grado), in cui, valutato il posizionamento dei pilasti, delle travi e delle porzioni di solaio interessate dalla demolizione, si è rilevato che *“la demolizione riguarderebbe n. 3 pilastri, n. 6 travi di collegamento, nonché le porzioni di solaio ad esse collegate: la demolizione della parte difforme reca senz'altro pregiudizio alla restante parte dell'edificio realizzato in conformità”* (pag. 13).

Pertanto, il Comune, prima di denegare l'istanza di parte sulla base di un dato presupposto tecnico (integrato dalla possibilità di demolizione delle opere difforme senza pregiudizio statico per le opere assentite), avrebbe dovuto svolgere un'adeguata istruttoria al riguardo, motivando, sulla base delle relative risultanze, le ragioni idonee a giustificare la valutazione tecnica all'uopo effettuata.

3.6 Alla stregua delle considerazioni svolte, il primo motivo di appello deve essere accolto, in quanto il Comune ha denegato la sanatoria, limitandosi a rilevare che si faceva questione di difformità che superavano il 2% della volumetria assentita e che, pertanto, dovevano essere demolite non costituendo la demolizione pregiudizio statico per le opere conformi; quando, invece:

- il mero scostamento del margine di tolleranza del 2% non implicava, di per sé, la possibilità di qualificare le opere *de quibus* come variazioni essenziali ex art. 32 DPR n. 380/01, assoggettabili a sanzione demolitoria ex art. 31 DPR n. 380/01;

qualificazione in termini di essenzialità delle variazioni comunque, come *supra* osservato, non emergente neppure dal diniego censurato in prime cure; - l'applicazione della sanzione pecuniaria è stata in radice esclusa fin dal diniego di sanatoria in assenza di un'adeguata istruttoria, difettando un apposito accertamento tecnico idoneo a giustificare la possibilità di demolizione in assenza di pregiudizio statico per le opere conformi.

4. Con il secondo motivo di appello viene censurata l'erroneità della sentenza di prime cure, per avere trascurato che la demolizione era stata disposta in violazione del principio di leale collaborazione tra amministrazione e privato.

In particolare, nell'insistere nelle analoghe contestazioni svolte in prime cure, l'appellante rileva che le difformità sarebbero risalite a circa cinquant'anni prima, senza essere state mai rilevate dai competenti uffici comunali. Peraltro, la ricorrente e il suo dante causa non erano a conoscenza di siffatti abusi; altrimenti, avrebbero potuto presentare un'istanza di condono ex L. n. 47/85, L. n. 724/94 o L. 326/03.

La stessa Amministrazione aveva rilasciato il certificato di abitabilità, accertando la conformità delle opere al progetto presentato e alle eventuali varianti aggiornate; il ripristino delle opere, inoltre, avrebbe influito sul prospetto delle facciate condominiali.

Il motivo di appello è infondato ai sensi di quanto di seguito precisato.

4.1 In primo luogo, il lungo termine decorso dalla data dell'abuso e la condotta inerte tenuta dall'Amministrazione comunale non potrebbero essere invocati quali ragioni giustificatrici di un legittimo affidamento riposto dal privato nella conservazione delle opere *de quibus*.

La mera inerzia da parte dell'Amministrazione nell'esercizio di un potere-dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è, infatti, idonea a far divenire legittimo ciò che è sin dall'origine illegittimo; allo stesso modo, tale

inerzia non può radicare un affidamento di carattere legittimo nel proprietario delle opere abusive, che non risulta destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata.

D'altra parte, l'amministrazione anche a distanza di tempo ha l'obbligo di emanare l'ordine di demolizione per il solo fatto di aver riscontrato l'esistenza di opere abusive e non è quindi prospettabile un legittimo affidamento nel proprietario che non si può dolere dell'eventuale ritardo con cui l'amministrazione abbia emanato il provvedimento (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 23 ottobre 2020, n. 6446).

4.2 In secondo luogo, non può desumersi dal certificato di abitabilità alcuna volontà amministrativa volta a confermare la validità e l'efficacia della concessione edilizia ritirata in autotutela con il provvedimento censurato in primo grado.

In subiecta materia, deve darsi continuità all'indirizzo giurisprudenziale in forza del quale “*il permesso di costruire ed il certificato di agibilità sono collegati a presupposti diversi, non sovrapponibili fra loro, in quanto il certificato di agibilità ha la funzione di accertare che l'immobile sia stato realizzato secondo le norme tecniche vigenti in materia di sicurezza, salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti, mentre il titolo edilizio è finalizzato all'accertamento del rispetto delle norme edilizie ed urbanistiche.*”

Il rilascio del certificato di abitabilità (o di agibilità) non preclude quindi agli uffici comunali la possibilità di contestare successivamente la presenza di difformità rispetto al titolo edilizio, né costituisce rinuncia implicita a esigere il pagamento dell'oblazione per il caso di sanatoria, in quanto il certificato svolge una diversa funzione, ossia garantisce che l'edificio sia idoneo ad essere utilizzato per le destinazioni ammissibili” (Consiglio di Stato Sez. VI, 29 novembre 2019, n. 8180).

Pertanto, se è corretto ritenere che la richiesta del certificato di agibilità o di abitabilità presupponga la conformità delle opere realizzate al progetto approvato, esistendo inevitabilmente un collegamento funzionale tra i due provvedimenti - atteso che il rilascio del certificato *de quo* presuppone la conformità delle opere al

permesso di costruire ed allo strumento urbanistico-, non può, tuttavia, ritenersi che l'accertamento amministrativo funzionale al rilascio dello stesso certificato impedisca all'Amministrazione di provvedere alla repressione degli illeciti edilizi, non comportando la sanatoria di opere difformi dai relativi titoli abilitativi.

Deve, dunque, ritenersi che la divergenza tra le opere realizzate e il titolo edilizio abilitativo non riscontrata in sede di rilascio del certificato *de quo*, anziché determinare un'inammissibile sanatoria di opere abusive, non precluda eventuali interventi repressivi dell'Amministrazione in relazione ad opere non assentite.

Ne deriva che la circostanza per cui il Comune abbia rilasciato il certificato di abitabilità valorizzato dall'appellante non può comportare la sanatoria delle opere abusive.

L'accertamento incidentale condotto ai fini dell'abitabilità, in particolare, non precludendo all'Amministrazione di riscontrare successivamente l'abusività di interventi edilizi già realizzati, non può implicare alcuna volontà dispositiva di sanare opere irregolari, essendo possibile che, anche a fronte del rilascio del certificato *de quo*, sussistano opere abusive sul piano edilizio, suscettibili di formare oggetto della relativa sanzione ripristinatoria.

4.3 Infine, quanto all'idoneità del ripristino delle opere ad influire sul prospetto delle facciate condominiali, si rinvia a quanto *supra* osservato in ordine all'inadeguatezza dell'istruttoria, inficiante il diniego censurato in prime cure.

Pertanto, la censura svolta dal ricorrente può ritenersi fondata nei limiti in cui è diretta a denunciare l'assenza di un accertamento tecnico teso a valutare l'idoneità della demolizione delle opere abusive ad influire su diverse opere, quali le facciate condominiali, eventualmente realizzate in conformità al relativo titolo edilizio.

5. La particolarità delle questioni esaminate e la fondatezza soltanto parziale del ricorso giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese processuali del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie nei predetti limiti il ricorso di primo grado.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 maggio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO