



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 9256 del 2015, proposto da Giovanni Fiengo, rappresentato e difeso dall'Avvocato Luigi Tremante, con domicilio eletto presso lo Studio Viviana Callini, in Roma, via Archimede n. 10;

*contro*

Comune di Portici, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Irene Coppola, con domicilio eletto presso lo Studio Placidi, in Roma, via Barnaba Tortolini n. 30;

*per la riforma*

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 02197/2015, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 marzo 2022 il Cons. Marco Poppi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Con ricorso iscritto al n. 4259/2012 R.R., l'odierno appellante impugnava innanzi al TAR Campania l'ordinanza n. 313 del 4 giugno 2012 (e relativi atti presupposti) con la quale il Comune di Portici ordinava la demolizione di un soppalco realizzato in difformità dalla C.I.L. presentata *ex art.* 6 del d.P.R. n. 380/2001 (T.U.E.) il 15 marzo precedente.

A sostegno della pretesa illegittimità del provvedimento deduceva:

1. che in difetto di aumenti di volume e modifiche di sagome e superfici, l'intervento rientrerebbe nel *genus* dell'attività edilizia libera, riconducibile alla tipologia del risanamento conservativo consentito dal P.R.G. e che l'intervento sarebbe, altresì, rispettoso delle prescrizioni di cui all'art. 25, punto 1, del R.U.E.;
2. il difetto di istruttoria e di motivazione;
3. la violazione dell'art. 37 del T.U.E. in ragione dell'adozione della misura demolitoria in luogo della sanzione pecuniaria;
4. la violazione dell'art. 36 del T.U.E. in quanto la misura demolitoria interveniva in pendenza del termine utile per chiedere il permesso di costruire in sanatoria.

Il TAR, “*disattesa l'istanza di rinvio presentata dai ricorrenti [5 febbraio 2015, ndr] nell'imminenza della discussione di pubblica udienza [19 marzo 2015, ndr]*” allegando l'avvenuta presentazione di una istanza di sanatoria *ex art.* 36 del T.U.E., respingeva il ricorso affermando, in estrema sintesi:

- che l'intervento determina una trasformazione urbanistica rilevante ai sensi dell'art. 33 del T.U.E.;
- che la natura vincolata della misura adottata non richiede una estesa motivazione essendo sufficiente la descrizione dell'illecito;
- che la natura dell'abuso giustifica la misura demolitoria adottata;
- che la presentazione dell'istanza di sanatoria, a distanza di anni dalla contestazione dell'abuso, non determina l'inefficacia dell'ordine di demolizione.

L'appellante impugnava la sentenza con appello depositato il 10 novembre 2015, riproponendo sostanzialmente le medesime censure oggetto del ricorso di primo grado.

Il Comune si costituiva formalmente in giudizio il 12 gennaio 2016, insistendo per il rigetto dell'appello con memoria depositata il 3 agosto 2021, senza sviluppare ulteriori difese.

All'esito della pubblica udienza del 31 marzo 2022, l'appello veniva deciso.

Con il provvedimento impugnato l'amministrazione contestava all'appellante la realizzazione di un'area soppalcata avente superficie eccedente quella risultante dal progetto allegato alla C.I.L. (mq 102, in luogo di 62), in violazione di quanto prescritto dall'art. 25, punto 1, del R.U.E. comunale.

Controversa nel presente giudizio è la qualificazione di detto intervento: a parere dell'amministrazione integrerebbe una ipotesi di ristrutturazione edilizia mentre, a parere del dell'appellante, si sarebbe in presenza di un intervento di risanamento conservativo, estraneo alla fattispecie di cui all'art. 33 del T.U.E. e, per tale ragione, perseguibile con la sola sanzione pecuniaria.

Ai fini di un corretto inquadramento della vicenda, si premette che l'art. 4, punto III, del R.U.E. stabilisce che rientrano nella tipologia del risanamento conservativo

gli interventi finalizzati ad *“assicurare la funzionalità mediante un insieme sistematico di opere che, nel rispetto degli elementi tipologici, formali e strutturali dell’ne consentano destinazioni d’uso compatibili con esso”*.

Il successivo punti IV della medesima disposizione individua gli interventi di ristrutturazione edilizia in *“quelli che pur lasciando il volume esistente, sono diretti alla trasformazione parziale o totale dell’organismo edilizio”*.

Ai sensi dell’art. 25 del R.U.E., *“non rientrano nella ristrutturazione edilizia, bensì nel risanamento conservativo gli interventi relativi a soppalchi di immobili residenziali che riguardano una percentuale del solaio non superiore al 50% di ogni singolo locale e non superiore al 40% dell’intero appartamento a condizione che; l’altezza dal pavimento dell’appartamento all’intradosso del soppalco non risulti inferiore a mt. 2,20”* e che *“l’altezza dal calpestio del soppalco al soffitto risulti non inferiore a mt. 1,80 e non superiore a mt. 2.20”*.

Illustrata nei suesposti termini la disciplina urbanistica di rilievo ai fini della presente decisione, il Collegio procede allo scrutinio di merito dell’appello.

Con il primo motivo, l’appellante lamenta che il TAR avrebbe erroneamente ritenuto tardiva l’istanza di permesso in sanatoria senza avvedersi che i termini di presentazione *ex art. 36 T.U.E.* non sono perentori.

Sulla base di tale fallace premessa avrebbe, quindi, escluso che la presentazione della stessa determinasse l’inefficacia del provvedimento demolitorio, nonché, un *“effetto temporaneamente sospensivo del giudizio in corso”*.

Il motivo è infondato.

La presentazione dell’istanza *ex art. 36* – peraltro definita ormai con silenzio rigetto, fatto oggetto di impugnazione con ricorso straordinario - non comporta un effetto sospensivo del giudizio in corso né determina l’inefficacia della misura demolitoria, ma *“opera in termini di mera sospensione. In caso di rigetto dell’istanza di sanatoria, l’ordine di*

*demolizione riacquista la sua efficacia (Cfr. Cons. St. 2681/2017, Cons. St. 1565/2017, Cons. St. 1393/2016, Cons. St. 466/2015, Cons. St. 2307/2014)” (Cons. Stato, sez. VI, 4 gennaio 2021, n.43).*

Ne deriva che possa essere ben decisa la controversia incidendo l'istanza di sanatoria solo sull'eseguibilità della disposta demolizione.

Con il secondo motivo, l'appellante censura la sentenza impugnata nella parte in cui disattende la dedotta violazione dell'art. 33 del T.U.E. ritenendo che l'intervento sanzionato integri una ristrutturazione edilizia e che, pertanto, non possa essere assentito con D.I.A. ma richieda il rilascio del permesso di costruire.

Il profilo di illegittimità viene individuato per rinvio alle narrative del precedente capo di appello, riaffermando che a seguito della presentazione dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria, si sarebbe sanata *“l'originaria assenza della istanza di permesso di costruire, in tal guisa rendendo di necessità inefficace l'ordinanza di demolizione stessa”*.

Il motivo è infondato.

Richiamato quanto già affermato circa gli effetti dell'intervenuta presentazione dell'istanza di accertamento di conformità, deve rilevarsi che la realizzazione di soppalchi all'interno di unità residenziali è consentita dallo strumento urbanistico entro stringenti limiti.

Come già evidenziato, affinché la realizzazione dell'opera non integri un intervento di ristrutturazione edilizia, la superficie del soppalco non deve essere superiore al 50% di ogni singolo locale e non superiore al 40% dell'intero appartamento.

Nel caso di specie, l'appartamento di proprietà dell'appellante è di superficie pari a mq. 210 (come specificato dalla nota a firma del Dirigente del V Settore della Città di Portici, n. 6748 dell'8 ottobre 2012, non contestata sul punto) che consente, in

ossequio al richiamato art. 25 del R.U.E., la realizzazione di un soppalco della superficie massima di mq. 84 (40%).

La realizzazione di una superficie pari a mq. 102 non consente, pertanto, di qualificare l'intervento in termini di "*risanamento conservativo*" con conseguente appropriatezza della misura demolitoria adottata.

Con il terzo motivo, l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui ritiene l'insussistenza della dedotta violazione dell'art. 25 del R.U.E..

L'appellante allega che il giudice di primo grado avrebbe respinto la censura sull'erroneo presupposto che non sarebbe stata fornita prova della conformità del manufatto alla disciplina urbanistica mentre, tale prova, doveva rinvenirsi nel richiamo operato in ricorso alla norma regolamentare che ammetterebbe la realizzazione dell'opera contestata.

Il motivo è infondato.

L'appellante, a sostegno delle proprie tesi, richiama il testo della norma ma si limita ad allegare la sola conformità di quanto realizzato ai parametri di altezza senza, tuttavia, nulla allegare a sostegno del rispetto dei parametri di superficie che, come sopra evidenziato, legittimano la qualificazione dell'intervento in questione in termini di ristrutturazione edilizia.

Con il quarto motivo, l'appellante censura la sentenza di primo grado affermando che il Tar avrebbe erroneamente interpretato gli abusi contestati dal Comune di Portici e non avrebbe considerato le modifiche al T.U.E medio tempore apportate dal c.d. *decreto sblocca Italia* (sottoposte all'attenzione del Tar in sede di memoria conclusionale) con norme non aventi efficacia retroattiva.

Quanto a quest'ultimo profilo, deve premettersi l'irrilevanza, nei sensi invocati in appello, del sopravvenuto D.L. n. 133/2014, con l'introduzione di un nuovo testo

dell'articolo 10 del t.u. edilizia che legittimerebbe sopralchi del genere di quello realizzato, poiché si tratta di un testo normativo sopravvenuto all'adozione del provvedimento impugnato.

Circa tale profilo, non può che richiamarsi quanto recentemente riaffermato dalla Sezione precisando che *“dalla natura permanente dell'illecito edilizio deriva l'obbligo di applicare la disciplina prevista dalla normativa in vigore al momento dell'adozione del provvedimento”* (Cons. Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2022, n.204).

Quanto al primo dei suesposti profili di illegittimità, l'appellante, allega nuovamente che il Tar avrebbe erroneamente ritenuto che l'intervento fosse qualificabile come ristrutturazione edilizia e che, sulla base di tale erroneo presupposto, avrebbe respinto il dedotto difetto di motivazione sul presupposto della doverosità dell'adozione della misura demolitoria.

A parere dell'appellante, trattandosi, invece, *“di una mera difformità”* dal titolo, il Comune avrebbe dovuto valutare la possibilità di procedere all'abbattimento della sola parte eccedente con salvezza delle parti legittime procedendo all'adozione della sola sanzione pecuniaria.

Tale valutazione veniva omessa dall'amministrazione e tale omissione non veniva rilevata dal Tar che, sul presupposto che non ci si trovasse in presenza di una difformità dalla D.I.A. ma di un intervento, come più volte evidenziato, di ristrutturazione edilizia, riteneva l'opera assoggettata al regime del permesso di costruire.

Il motivo è infondato, ed alla rilevata difformità fra il progetto presentato con la DIA ed il realizzato va aggiunta una considerazione ulteriore.

Il Tar rinveniva il profilo di illegittimità, che determinava la contestata qualificazione dell'intervento, nell'eccedenza di quanto realizzato rispetto a quanto illustrato in

sede di C.I.L., richiamando a ulteriore sostegno dell'affermazione i parametri di altezza specificati nel già illustrato art.25 del R.U.E..

Sussiste senz'altro questa difformità rilevata dal Tar.

Ma come già evidenziato deve rilevarsi che il profilo qualificante l'intervento non risiede né nell'eccesso di superficie rispetto a quanto comunicato, né nella violazione delle altezze.

Né può essere rinvenuto nella realizzazione *tout court* di una superficie ulteriore in grado di per sé di determinare un incremento del carico urbanistico.

Come già evidenziato, la disciplina urbanistica consente la realizzazione di soppalchi all'interno di unità residenziali e prevede, altresì, che tale tipo di intervento possa essere ricondotto alla fattispecie del risanamento conservativo.

Ciò, tuttavia, a condizione che il manufatto sia rispettoso del limite rappresentato dal 40% della superficie complessiva dell'appartamento che, nel caso di specie, è violato.

Il superamento del suesposto rapporto percentuale, oltre alla eccedenza di quanto realizzato rispetto a quanto dichiarato, integra, ai sensi dell'art. 25 del R.U.E., un intervento di ristrutturazione edilizia, come tale sanzionabile, in difetto di titolo, con la misura demolitoria in presenza della rilevata difformità fra progettazione ed esecuzione del manufatto.

La doverosità della repressione mediante demolizione consente di considerare assolto l'onere motivazionale da parte dell'amministrazione mediante il semplice richiamo della norma regolamentare (presente nel provvedimento impugnato).

Nessuna portata viziante riveste, infine, l'omessa considerazione, da parte dell'amministrazione, della possibilità di procedere alla demolizione della porzione abusiva

senza pregiudizio della parte conforme trattandosi di valutazioni che attengono ad una fase successiva ed autonoma del procedimento sanzionatorio.

Come, infatti, già affermato in giurisprudenza, è in fase esecutiva che *“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 (Cons. Stato Sez. II, 2 dicembre 2020, n. 7637; id Sez. II 23 gennaio 2020, n. 561; id. Sez. II, 30 ottobre 2020, n. 6653; id. Sez. II, 3 giugno 2020, n. 3476; Sez. VI, 15 giugno 2020, n. 3805)”* (Cons Stato, Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1452).

Per quanto precede, l'appello deve essere respinto con condanna dell'appellante al pagamento delle spese di giudizio nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in € 3.000,00, oltre oneri di legge se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 marzo 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Marco Poppi**

**IL PRESIDENTE**

**Giancarlo Montedoro**

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI