



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 5412 del 2021, proposto da Genesio Gargiulo, rappresentato e difeso dall'Avvocato Fabrizio Perla, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Sistina n. 121;

contro

Comune di Lusciano, non costituito in giudizio;

nei confronti

Raffaele Schiavone e Clara Ebraico, rappresentati e difesi dall'Avvocato Michele Dulvi Corcione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 01366/2021, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Raffaele Schiavone e Clara Ebraico;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2022 il Cons. Marco Poppi e uditi per le parti gli avvocati presenti come da verbale;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

L'appellante è proprietario di un immobile ricadente in zona omogena E, con destinazione agricola, assentito con permesso di costruire in sanatoria n. 120 del 14 aprile 2001, a seguito delle pratiche di condono edilizio n. 329/1986 (*ex* L. n.47/85) e n.66/1995 (*ex* L. n.724/ 94).

Il Comune di Lusciano, in data 10 luglio 2015, rilasciava al medesimo proprietario l'ulteriore permesso di costruire in sanatoria n. 67/2015 riferito ad un intervento edilizio comportante l'ampliamento del seminterrato, l'innalzamento di un muro di recinzione e la realizzazione di due locali tecnici con struttura leggera.

Detto titolo veniva impugnato dagli odierni appellati innanzi al Tar Campania con ricorso iscritto al n. 5131/2015.

Il Tar, con sentenza n. 4201 dell'8 settembre 2016:

- accoglieva il ricorso limitatamente all'assentito ampliamento in quanto *«l'opera per cui è stato chiesto e ottenuto il provvedimento di sanatoria gravato si palesa, quindi, come un intervento di nuova costruzione che non poteva realizzarsi in zona agricola»* evidenziando che *«ai fini della concedibilità dell'accertamento di conformità ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001, viene meno il requisito fondamentale della conformità dell'intervento agli strumenti urbanistici»*;

- lo dichiarava improcedibile relativamente alla realizzazione dei due locali tecnici essendo risultando essere venuto meno l'interesse dei ricorrenti avendo il controinteressato rinunciato alla realizzazione di tale intervento;
- lo respingeva con riferimento all'innalzamento del muro di recinzione rilevando che i ricorrenti avevano *«lamentato, in via generica, la violazione della normativa antisismica e la violazione delle distanze e, in particolare, della distanza minima assoluta di m. 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti, prevista dal D.M. 02/04/1968, n. 1444»*.

In coerenza con detto esito, il Comune disponeva la demolizione di quanto abusivamente realizzato con ordinanza n. 42 del 4 novembre 2016.

L'odierno appellante, allegando l'impossibilità di ottemperare alla citata misura demolitoria senza pregiudizio per le porzioni di fabbricato legittimamente assentite, presentava istanza di permesso di costruire in sanatoria *ex art. 34* del d.P.R. n. 380/2001.

Il Comune, condividendo i contenuti della perizia tecnica allegata all'istanza, sanava l'intervento con permesso di costruire n. 1 del 5 gennaio 2017.

Gli appellati impugnavano il titolo da ultimo rilasciato innanzi al Tar con ricorso iscritto al n. 1046/2021 R.R..

A seguito di verifica disposta con ordinanza n. 816/2020, veniva accertato che l'intervento consiste nella realizzazione di *«un locale di due vani interrati rispetto alla quota del piano di cortile, con la parte superiore sporgente di circa 40 cm rispetto alla suddetta quota»* con accesso *«posto al culmine della rampa carrabile che conduce al piano cantinato preesistente»* avente superficie totale di *“circa 36 mq (9.20 x 4.00 circa) come da rilievo e foto di seguito, l'altezza interna (intradosso) varia da 2,32m a 2,41m»*.

Sulla base di tali risultanze, il ricorso veniva accolto con sentenza n. 1366 del 2 marzo 2021 rilevando, sotto un primo profilo, che si trattava di un intervento edilizio

inquadabile nella categoria di cui all'art. 31 del D.P.R. n. 380/2001 (*«interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali»*) e non in quella di cui all'art. 34 del medesimo decreto (*«interventi eseguiti in parziale difformità del permesso di costruire»*).

Sotto altro profilo, che *«l'art. 34 presuppone che vengano in rilievo gli stessi lavori edili posti in essere a seguito del titolo e in parziale difformità da esso e non è applicabile alle opere realizzate senza titolo per ampliare un manufatto preesistente»* mentre, nel caso di specie, si era in presenza di *«locali seminterrati di notevoli dimensioni (36 mq.) e per di più dotati di un autonomo ingresso carrabile rispetto al manufatto originario (e, quindi, astrattamente suscettibili di un autonomo impiego rispetto a quest'ultimo)»*.

L'appellante impugnava la sentenza con appello depositato l'11 giugno 2021 riproponendo l'eccezione pregiudiziale di nullità del ricorso di primo grado in quanto redatto in formato cartaceo e sottoscritto con firma autografa del difensore (respinta in primo grado sul presupposto che ciò integrasse una mera irregolarità) e deducendo, nel merito, l'errata applicazione dell'art. 34 del d.P.R. n. 380/2001.

Gli appellati si costituivano con memoria depositata il 16 dicembre 2021 sostenendo la correttezza delle conclusioni cui perveniva il giudice di prime cure.

Nella camera di consiglio del 21 dicembre 2021, con ordinanza n. 6786/2021, veniva accolta l'istanza di sospensione.

All'esito della pubblica udienza del 19 maggio 2022, l'appello veniva deciso.

Preliminarmente deve confermarsi la posizione espressa dal Tar in ordine alla sopra richiamata questione pregiudiziale oggetto del primo motivo di ricorso atteso che, come già rilevato dalla Sezione, *«il ricorso non redatto o comunque non sottoscritto in forma digitale non diverge in modo così radicale dallo schema normativo di riferimento da dover essere considerato del tutto inesistente, tanto da dover trovare applicazione anche per il processo*

amministrativo il principio generale sancito dall'art. 156, primo comma, c.p.c., secondo il quale l'inosservanza di forme comporta la nullità degli atti del processo solo in caso di espressa comminatoria da parte della legge (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2011, n. 1290)» (Cons. Stato, Sez. VI, 2 novembre 2018, n.6222)

Quanto al merito del gravame, l'appellante, con il secondo motivo, deduce «*ERROR IN JUDICANDO - INFONDATEZZA DEL RICORSO IN PRIMO GRADO - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 34 DEL D.LGS. 06.06.2001 N. 380 E SS.MM.II. – ILLEGITTIMITA' MANIFESTA*» evidenziando in premessa come gli odierni appellati, in primo grado, avessero travisato i contenuti della citata sentenza n. 4201/2016 che definiva il precedente contenzioso insorto fra le medesime parti.

Esponde l'appellante che gli appellati fondavano le proprie censure sul presupposto che in detta sede il Tar avesse accolto totalmente il loro ricorso annullando integralmente il titolo edilizio in virtù del quale venivano realizzate le opere contestate mentre l'accoglimento era solo parziale e limitato all'accertamento di conformità dell'ampliamento del seminterrato.

Ne deriverebbe che la difformità rispetto al titolo abilitativo conseguito non potrebbe che essere parziale venendo in tal modo meno il presupposto dell'accoglimento del ricorso di primo grado proposto dagli appellati, riconosciuto nella totale difformità dal titolo o con variazioni essenziali.

Così inquadrata la fattispecie, a parere dell'appellante, al caso di specie troverebbe applicazione l'art. 34 del d.P.R. n. 380/2001 e non l'art. 31.

La censura è fondata.

In premessa deve rilevarsi l'erroneità di quanto affermato dagli appellanti in primo grado circa la ricorrenza di una *«totale assenza del titolo abilitativo essendo quest'ultimo già precedentemente annullato dal TAR ...»*.

L'affermazione sconta una considerazione atomistica del profilo di difformità restringendo il campo di indagine al solo ampliamento del seminterrato mentre, come già evidenziato, quest'ultima opera si inseriva in un più ampio intervento oggetto di un titolo abilitativo rilasciato per l'esecuzione di una pluralità di opere, annullato solo in parte: profilo che determina un diverso regime repressivo (Cons. Stato, Sez. II , 17 febbraio 2021, n. 1452).

Ne deriva che l'ampliamento in questione, ai fini in esame, non può essere ricondotto alla figura dell'intervento eseguito in difetto o totale difformità dal titolo integrando, invece, una mera difformità dallo stesso valutabile ai fini dell'applicabilità dell'art. 34 del d.P.R. n. 380/2001 che, in presenza di una *«parziale difformità dal permesso di costruire»* inibisce l'adozione della misura demolitoria *«quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità»*.

Ricorrendo la fattispecie in commento, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che *«spetta all'amministrazione 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»* (Cons. stato, Sez. VI, 10 febbraio 2020, n.1029).

Tale valutazione veniva effettuata dall'amministrazione che, recependo i contenuti della relazione tecnica allegata all'istanza di sanatoria, rilasciava, come anticipato, il permesso n. 1/2017.

Deve, quindi, ritenersi il fondamento del profilo di contraddittorietà della decisione del Tar dedotto dall'appellante.

Sul punto deve rilevarsi che all'esito della camera di consiglio del 7 ottobre 2020, il Tar, con ordinanza n. 816/2020, stante l'insanabile contrasto fra le conclusioni dei consulenti tecnici di parte, ravvisava *«ai fini del decidere»* la necessità di disporre una verifica *“finalizzata a fare chiarezza”* su quale fosse *«l'attuale situazione dei luoghi, con descrizione analitica delle opere oggetto di istanza di sanatoria»*, nonché, sulla sussistenza, in caso di demolizione delle opere difformi, di un rischio di *«“collasso” dell'edificio legittimamente edificato»*.

Preso atto della circostanza che in difetto di titolo abilitativo, o in presenza di difformità essenziali dallo stesso, la normativa imporrebbe l'applicazione la misura demolitoria senza necessità di ulteriori integrazioni istruttorie, deve presumersi che il Tar avesse implicitamente valutato la configurabilità dell'intervento contestato come eseguito in difformità solo parziale dal titolo.

Il Verificatore incaricato, inoltre, perveniva alla conclusione che, in ragione della *«stretta adiacenza [del manufatto, ndr] al fabbricato principale»*, si era determinata *«una stretta interazione tra le fondazioni adiacenti»* tale da non potersi *«escludere un cedimento fondale»* suscettibile, altresì, di determinare *«l'instabilità del piazzale carrabile sul lato ovest ... con la formazione di un fronte di scavo a sezione verticale di sicura instabilità»*.

L'incaricato accertava ulteriormente che *«la precarietà dei fronti di scavo circostanti al manufatto da abbattere potrebbe essere altresì originata dal solo abbattimento del solaio di copertura dell'interrato, che allo stato attuale funge da vincolo per le pareti di contenimento perimetrali»*.

Deve, quindi, ritenersi che l'intervento eseguito dall'appellante si presenti solo come parzialmente difforme dal titolo rilasciato e che, stante l'accertata impossibilità di demolire la parte difforme senza pregiudizio della parte legittima del fabbricato, ricorrano i presupposti per l'applicazione dell'art. 34 del d.P.R. n.380/2001.

Per quanto precede l'appello deve essere accolto con compensazione integrale delle spese del doppio grado di giudizio, ponendo il compenso del Verificatore, posto dal Tar a carico del solo Comune, a carico, in uguale misura, delle parti costituite nei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa integralmente fra le parti le spese del doppio grado di giudizio e pone le spese di verifica, in parti uguali, a carico dell'appellante, degli appellati e del Comune di Lusciano.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Poppi

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO