



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 880 del 2020, proposto da Curatela Fallimentare della Società “I.A.C.P. - Futura S.r.l.”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Acerra, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Sasso, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 06099/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Acerra;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2022 il Cons. Thomas Mathà e uditi per le parti gli avvocati Antonio Sasso.

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso in appello (n. R.g. 880/2020) la Curatela Fallimentare della I.A.C.P. – Futura s.rl. ha chiesto a questo Consiglio la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Napoli, sez, II, n. 6099/2019, con la quale è stato respinto il ricorso (R.g. n. 1413/2019) proposto dalla predetta al fine di ottenere l'annullamento dell'ordinanza n. 9 del 24 gennaio 2019 con la quale il Comune di Acerra aveva disposto la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi relativamente alle opere eseguite abusivamente ad Acerra in via Europa 3, foglio, 33, particelle 1297 e 1301, in quanto in difformità del permesso di costruire n. 41/A/2009.

2. La vicenda che fa da sfondo al presente contenzioso in grado di appello può essere sinteticamente ricostruita sulla scorta dei documenti e degli atti prodotti dalle parti controvertenti nei due gradi di giudizio nonché da quanto sintetizzato nella parte in fatto della sentenza qui oggetto di appello, come segue:

- nel 1992, con atto n. repertorio 5833 del 30.6.1992, il Comune di Acerra stipulava una convenzione con la cooperativa “Tommaso Esposito” cedendo il diritto di superficie su un'area edificabile; a tale cooperativa subentrava nel 2003, in seguita a specifica convenzione (rep. n. 7783/2003), la società Consortile “IACP-Futura” a

r.l., la quale successivamente si trasformava in “IACP-Futura s.r.l.” (da ora anche semplicemente “società”);

- oggetto dell’implementazione della convenzione era la realizzazione di 90 alloggi di edilizia residenziale pubblica, sviluppata su tre corpi (un edificio lineare a tre piani con 10 alloggi e due edifici a torre di 40 alloggi cadauno). I lavori iniziavano nel 1995, giusta concessione edilizia n. 87/1995, alla quale seguivano i permessi di costruzione (p.d.c.) n. 153/2004 e n. 41/2009, l’ultimo successivamente prorogato nel 2012;

- la predetta società concessionaria era stata dichiarata fallita, giusta sentenza del Tribunale di Salerno n. 37/2012, ma la costruzione non era stata ancora completata (per una torre A era realizzato il grezzo nonché una serie di finiture, per la l’altra torre B invece solo le strutture in cemento armato per due livelli); in seguito al fallimento i lavori erano sospesi;

- nel 2016 la Polizia Municipale del Comune di Acerra effettuava un sopralluogo, registrando difformità dal titolo edilizio;

- nel 2018 il Comune comunicava alla società l’avvio del procedimento per la demolizione di opere ritenute abusive e, dopo che erano pervenute delle controdeduzioni, adottava l’ordinanza di demolizione e rimessa in pristino n. 9 del 24.1.2019, motivato dal riscontro di una serie di difformità dal p.d.c. n. 41/2009, e così descritte (richiamando il verbale della P.M.): *“Edificio lineare per complessivi dieci alloggi: allo stato, risulta ultimato ed è conforme planimetricamente all’assentito, mentre risulta avere un’altezza di mt. 12,92 superiore di cm. 62 rispetto all’altezza di mt. 12,30 indicata nell’assentito. Edificio a Torre prospiciente Via Europa (Torre “A”) Allo stato, la struttura in c.a. si eleva per sette livelli oltre il piano terra per un’altezza di mt. 23,95 superiore di cm. 55 rispetto all’altezza di mt. 23,40 indicata allo stesso livello nell’assentito, l’ingombro planimetrico è conforme all’assentito; al p.t.*

risultano eseguite leOMPAGNATURE e le TRAMEZZATURE; al 1^ livello sono stati eseguiti gli impianti idrici, elettrici, di riscaldamento e di gas; al 2^ e 3^ livello sono state eseguite leOMPAGNATURE, le TRAMEZZATURE, gli impianti elettrici, idrici e di gas; al 4^ livello sono stati eseguiti gli impianti idrici, elettrici, di riscaldamento e di gas nonché laOMPAGNATURA lato prospiciente il condominio "Cooperativa Acerra 88". Edificio a Torre posto all'interno (Torre "B") Allo stato la struttura in c.a. si eleva per due livelli oltre il piano terra per un'altezza di mt. 8,87 – superiore di cm. 22 indicata allo stesso livello assentito".

- l'odierna società appellante, quindi, ha proposto ricorso dinanzi al TAR per la Campania nei confronti della suindicata ordinanza di demolizione in quanto: a) mancanza di offensività per l'interesse pubblico tutelato della variazione contestata, che non aveva comportato, per espressa indicazione dello stesso atto impugnato, alcuna difformità sostanziale rispetto agli ingombri planimetrici; b) difetto di istruttoria in quanto le altezze degli edifici andavano computate dal livello "0" previsto in progetto, e considerando che gli incrementi di spessore dovuti agli accorgimenti di isolamento termico, le variazioni risulterebbero inferiori al 2%, non sussistendo così alcuna difformità come previsto dall'art. 34, comma 2-ter, del D.P.R. 380/2001; c) l'ordinanza si dimostrerebbe generica, perché non indicava ove fosse stato realizzato l'aumento di altezze e in quanto – con il mero riferimento al D.P.R. 380/2001 – non consentirebbe all'ingiunto di conoscere l'effettiva sanzione (tra quelle contemplate dall'art. 27 all'art. 37 del medesimo decreto) che la P.A. avrebbe inteso irrogare; d) sotto altro profilo, il mero richiamo, nelle avvertenze, all'art. 31, comma 4-bis, del D.P.R. 380/2001, non potrebbe considerarsi utile per la qualificazione dell'abuso, perché la sanzione applicata dovrebbe essere certa, ricavabile in via diretta dall'atto e non attraverso una sua interpretazione, che avrebbe potuto prestarsi a più conclu-

sioni; inoltre non ricorrerebbero le condizioni per applicare l'art. 31, perché si tratterebbe di parziali difformità dal titolo, che potrebbero solo condurre all'irrogazione della sanzione prevista dall'art. 34; e) violazione della fase partecipativa – procedimentale, in quanto la P.A. avrebbe assegnato un solo giorno alla Curatela dalla conoscenza degli atti per poter produrre le proprie deduzioni ed impedendo un reale confronto; f) illegittimità per l'ulteriore e collegato profilo della mancata accettazione di più tempo, ritenuto necessario per eseguire misurazioni più approfondite rispetto alle contestazioni, anche alla luce del lungo tempo trascorso tra l'accertamento (2016) e l'ordinanza (2018); g) erronea destinazione del provvedimento alla Curatela invece che all'impresa costruttrice.

3. Il TAR per la Campania, con la sentenza n. 6099/2019 e oggetto di appello:

A) ha respinto il primo motivo di ricorso segnalando che non era necessaria una specifica motivazione in merito agli interessi pubblici sottese alla determinazione, non essendo neppure obbligatoria la comunicazione dell'avvio di procedimento e pertanto erano infondate anche le censure, sotto più profili, della violazione del procedimento;

B) ha accertato la presenza di un abuso, ritenendo che la maggiore altezza degli edifici sia maggiore del 5% e del 2,5 % che confermerebbe l'obbligo di applicazione dell'art. 31 del DPR n. 380/2001;

C) ha, quindi, escluso l'applicabilità della sanzione alternativa pecuniaria, non essendo gli abusi neanche sanabili, possibile solo in circostanze di abusi formali e perché, sotto diverso punto di vista, mancherebbe anche il presupposto per la sanzione pecuniaria, essendo l'ordine di demolizione sufficientemente motivato con la descrizione delle opere difformi, e solo quando oggettivamente la demolizione non è possibile si potrebbe dare luogo all'alternativa; il tempo percorso non poteva generare

alcun affidamento ad una posizione diversa, stante il carattere vincolato del provvedimento.

4. Propone quindi appello nei confronti della sentenza del TAR per la Campania n. 6099/2019 la medesima Curatela della società, chiedendone la riforma, con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e annullamento dell'ordinanza di demolizione adottata dal Comune di Acerra n. 9 del 2019, in quanto:

- 1) il giudice di primo grado non avrebbe correttamente descritto la natura dell'abuso (punto 2.2 e 2.3 della sentenza gravata), perché non sarebbero integrati i presupposti per un abuso, mancando l'offensività all'interesse pubblico tutelato (in quanto modestissime variazioni); la portata e gli effetti dell'art. 31 del DPR n. 380/2001 non sarebbe conforme con le risultanze delle difformità, che invece sarebbero solo lievi. Il Giudice di prime cure avrebbe erroneamente desunto che si tratterebbe di totale difformità, ma invece sarebbero difformità parziali, mancando anche qualsiasi elemento per poter accertare una autonoma utilizzabilità dell'asserito corpo abusivo;
- 2) la sentenza sarebbe errata anche nella parte che rigetta l'applicabilità dell'art. 34 del DPR n. 380/2001, non cogliendo la censura di primo grado diretta all'accertamento del difetto di motivazione (per mancanza di un preciso riferimento al luogo dell'abuso e per la genericità), e quindi non sarebbe motivato neanche il rigetto della conseguente impossibilità di poter applicare la sanzione alternativa di cui all'art. 34, istituto che è al di fuori dell'adozione dell'ordinanza di demolizione ed appartenente all'esecuzione dello stesso;
- 3) omessa pronuncia sul secondo motivo di primo grado, che aveva denunciato l'errore nella misurazione dell'altezza, e quindi, qualora confermato, porterebbe alla mancanza della ragione principale (la difformità) dell'ordinanza; invece il punto 2.2

della sentenza, inspiegabilmente, si dilungherebbe sulla sanatoria di queste difformità e che non si trattasse di volumi tecnici (mai censurato), con riproposizione del motivo di primo grado;

4) la sentenza (nei punti 2 e 2.5) avrebbe erroneamente accertata la sufficiente motivazione dell'ordinanza, rigettando la necessità di una specifica motivazione sulle ragioni di interesse pubblico o sulla comparazione con gli interessi privati, avendo con il terzo motivo di ricorso in primo grado lamentato invece la genericità della sanzione;

5) erroneità del capo della pronuncia riguardante la comunicazione dell'avvio di procedimento e la violazione dei diritti nella fase partecipativa, denunciando anche l'omessa pronuncia sul quinto e sesto motivi di ricorso in primo grado e relativa riproposizione di entrambi i motivi;

6) omessa pronuncia sul settimo motivo del ricorso in primo grado (errore del Comune a destinare il provvedimento alla Curatela, e non all'azienda costruttrice), riproponendo la doglianza spiegata in primo grado.

5. Si è costituito nel presente giudizio di appello il Comune di Acerra che ha contestato la fondatezza dei motivi di gravame dedotti dall'appellante e ha confermato la legittimità della procedura svolta e del provvedimento impugnato in primo grado, ribadendo la correttezza della sentenza qui oggetto di appello con riferimento alle valutazioni in essa contenute.

6. La Sezione, con ordinanza 2 marzo 2020 n. 1005, “*considerato che in fattispecie non si apprezzano profili di danno grave ed irreparabile*”, ha respinto la domanda di sospensione interinale della sentenza qui oggetto di appello.

7. Con ordinanza 31 gennaio 2020 n. 652, avendo la Sezione valutato necessario *“disporre una verifica tendente ad accertare la maggiore altezza dei manufatti oggetto dell’impugnata ordinanza di demolizione n. 9/2019 del Comune di Acerra (NA), la corretta misurazione per il rilevamento di questa asserita differenza in confronto a quella delle opere assentite e, in caso di effettiva difformità, se le opere sono da considerare in totale o invece in parziale difformità dal permesso di costruire ai sensi dell’art. 34 del DPR 380/2001”*, ha affidato il relativo incarico al dirigente della Direzione Generale Governo del Territorio della Regione Campania, disponendo che la relazione tecnica dovesse essere depositata entro il termine di centoventi giorni (successivamente, l’errore materiale tra scritto e numero è stato corretto con ordinanza del 22.4.2022, n. 3083).

7.1 In data 8 giugno 2022 veniva depositata nel fascicolo digitale del presente processo la relazione di verifica.

8. Nel corso del processo tutte le parti costituite ribadivano le opposte posizioni con memorie conclusive e di replica, confermando le conclusioni rassegnate nei precedenti atti processuali.

9. L’appello proposto, ad avviso del Collegio, è fondato per le ragioni qui di seguito descritte.

10. Assume rilevanza dirimente l’esito della verifica con la quale la Sezione ha chiesto l’approfondimento di tre elementi:

- i) accertamento della maggiore altezza dei manufatti;
- ii) la corretta misurazione per il rilevamento dell’asserita differenza in confronto a quella delle opere assentite;
- iii) in caso di effettiva difformità, se è considerare totale o parziale dal permesso di costruire ai sensi dell’art. 34 del DPR 380/2001.

11. Il verificatore arch. Raffaele Pastore su tali punti ha rilevato, in contraddittorio con le parti, e in seguito all'analisi di copiosa documentazione e l'espletamento di sopralluoghi, che:

a) per quanto riguarda l'edificio lineare i valori sono: 12,50 m (+ 20 cm – e non + 55 cm come rilevato dal Comune); la difformità rispetto all'altezza del progetto approvato con p.d.c. differisce soltanto di 20 centimetri, superando appena di 4,6 cm il 2%; il verificatore riscontra però questa differenza come *“tolleranze costruttive previste dal comma 1 dell'art. 34-bis del DPR 380/2001 ed è da ritenersi conforme al Permesso di Costruire n. 41/A/09 del 25.5.2009”*;

b) per quanto riguarda la torre A: 23,90 (+ 50 cm) e la torre B: 8,87 m (+ 22 cm); in relazione a questi ultimi, il verificatore dichiara addirittura l'impossibilità di poter accertare una variazione, non essendo i corpi di fabbrica completati ed ultimati, dove il rilevamento delle altezze di tali fabbricati si rivela un'azione al quanto impropria, difficile da perseguire, non solo perché la superficie alla base di questi fabbricati non è stata sistemata con pavimentazione, ma soprattutto non trovando riscontro nella normativa vigente; a prosieguo, nella relazione viene sostenuto che *“questi pochi centimetri, che in opere di cemento armato sovente si verifica e che peraltro possono essere recuperati nel prosieguo della costruzione. Inoltre, il sottoscritto ha cercato di evidenziare che per tali edifici non avendo ancora realizzato una sistemazione della pavimentazione al piano terra, in assenza di una quota precisa di calpestio, di possono verificare ulteriori imprecisioni.”*

c) in conclusione, il tecnico *“riconferma che rientrano nel 2% ai sensi del comma 1 dell'art. 34-bis del DPR 380/2001, in quanto la differenza metrica è dell'ordine di centimetri e non di metri come è stato dimostrato.”*

12. Da ciò risultano fondate le censure dedotte con il primo e secondo motivo, da considerare congiuntamente in quanto strettamente connesse, potendo dichiarare

assorbite le altre doglianze. Come ha dedotto con estrema chiarezza il verificatore *sub* 11, ed il Collegio non vede nessun motivo per discostarsi, per una parte non si può nemmeno rilevare una difformità parziale ai sensi dell'art. 34 del DPR n. 308/2001, alla luce dello sforamento minimale di 20 cm di altezza dell'edificio *sub* 11 a), che il tecnico ritiene rientrante nella tolleranza costruttiva di cui all'art. 34-bis dello stesso Testo Unico sull'Edilizia, potendo concludere ragionevolmente che è integrata la tolleranza del 2%, mentre dall'altra parte per gli edifici *sub* 11 b) non è neppure il caso di ritenere la difformità parziale, in quanto si tratta di opere non finite, senza certificato di regolare esecuzione, ove i fabbricati possono subire delle modifiche (anche attraverso lo strumento della variante in corso d'opera). In questi due ultimi casi si deve rilevare che si tratta comunque di difformità in un cantiere che deve ancora svilupparsi per interi piani. Non è quindi il caso ove, ancorché la costruzione non sia ancora terminata, è già superato un limite consentito da un titolo edilizio o realizzato un corpo comunque autonomo.

13. Questo Consiglio ha già chiarito che è illegittimo il provvedimento con il quale viene ordinato la rimessa in pristino dello stato dei luoghi, in relazione ad un abuso edilizio nel caso lo stesso si traduca in una modifica di lieve entità, con sostanziale assenza di pregiudizio all'interesse pubblico urbanistico e, pertanto, in mancanza di una valida ragione per l'interesse pubblico tutelato, mancando quindi l'esistenza di un abuso rilevante, che potrebbe giustificare l'irrogazione della sanzione edilizia (Cons. Stato, sez. VI, n. 2837/2018; id., n. 3371/2018).

14. Non sono integrati gli elementi che per giurisprudenza costante sono richiesti per una difformità che deve conseguire la demolizione ed il ripristino: opere non rientranti tra quelle consentite, che abbiano una loro autonomia e novità, oltre che sul piano costruttivo anche in quello della valutazione economico-sociale, e, come

proprio nel caso di specie, un modesto (o meglio modestissimo, considerando le proporzioni *in toto*) aumento di volume e di altezze di piano rispetto alla consistenza dell'edificio come originariamente progettato, senza dare luogo a nuovi organismi edilizi autonomamente utilizzabili (*ex multis* Cons. Stato, sez. VI, n. 7024/2022; id., n. 756/2022).

15. L'insussistenza dell'abuso, nel caso di specie, comporta in ogni modo l'inapplicabilità dell'art. 31 del DPR n. 380/2001, con sequela di dover disporre l'annullamento dell'ordine di demolizione.

16. In ragione di quanto si è sopra illustrato l'appello si presta ad essere accolto, con conseguente riforma della sentenza di primo grado, ed accoglimento del ricorso ivi proposto.

17. Le spese del grado di appello seguono la soccombenza, in virtù del principio di cui all'art. 91 c.p.c., per come espressamente richiamato dall'art. 26, comma 1, c.p.a., dovendosi imputare le stesse a carico del Comune e in favore alla Curatela, potendosi liquidarle nella misura complessiva di € 3.000,00 (euro tremila/00). A carico dell'amministrazione appellata deve poi disporsi il pagamento degli onorari di verifica, il cui ammontare sarà individuato con separato provvedimento all'indomani del deposito della relativa notula a cura del verificatore.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, (n. R.g. 880/2020), lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, n. 6099/2019, accoglie il ricorso (R.g. n. 98/2017) proposto in primo grado ed annulla l'ordinanza di demolizione n. 9/2019 ivi impugnata.

Condanna il Comune di Acerra a rifondere le spese del grado di appello in favore della Curatela appellante, che liquida nella misura complessiva di € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre accessori come per legge. Pone inoltre a carico del Comune il compenso del verificatore da liquidarsi con separato provvedimento.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Thomas Mathà

IL PRESIDENTE

Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO