



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 458 del 2020, proposto da Urania Messalora, rappresentata e difesa dagli avvocati Rita D'Amore e Adriana Di Gennaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Mariglianella, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Seconda) n. 3552/2019, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2023 il Cons. Giovanni Pascuzzi. Nessuno è comparso per le parti costituite;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso del 2010 la signora Messalora ha chiesto al Tar per la Campania l'annullamento:

- del provvedimento del Comune di Mariglianella prot. 8613 del 27/07/2010 con il quale si comunicava il diniego della D.I.A. presentata in data 07/07/2010 prot. 7778;
- dell'ordinanza n. 28 del 07/07/2010 con cui si ordinava la demolizione delle opere abusive realizzate in via G. Leopardi, n. 62, oltre al ripristino dello stato dei luoghi;
- del provvedimento prot. 6227 del 26/05/2010 con il quale il responsabile del Servizio Urbanistica ha emesso il provvedimento di avvio del procedimento per la demolizione delle opere realizzate in difformità al permesso di costruire numero 18/2006;
- della nota del Comando di Corpo Forestale dello Stato 18/05/2010, prot. 5803, con cui è stato posto sotto sequestro il sottotetto realizzato dalla ricorrente;
- della relazione dell'Ufficio Tecnico Comunale redatta a seguito di sopralluogo effettuato in data 30/04/2010 presso l'immobile di proprietà della signora Messalora.

1.1 Con un primo ricorso per motivi aggiunti del 2013 la signora Messalora ha chiesto al Tar per la Campania l'annullamento:

- del provvedimento prot. n. 7296 del 05/07/2013 e n. 7531 del 15/07/2013 a firma del responsabile del Servizio Tecnico del Comune di Mariglianella con il quale si comunicava il rigetto dell'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 d.p.r. 380/2001;

- del provvedimento prot. n. 13314 del 23/11/2010 con il quale si comunicava l'avvio del procedimento teso al diniego della pratica edilizia numero 33/2010, prot. n. 10908 del 05/10/2010.

La signora Messalora chiedeva anche la declaratoria del suo diritto ad ottenere il richiesto provvedimento concessorio e dell'obbligo dell'Amministrazione comunale di provvedere espressamente sull'istanza di accertamento di conformità ex articoli 36 e 37 d.p.r. 380/01 presentata dalla ricorrente in data 05/10/2010, prot. n. 10908.

1.2 Con un secondo ricorso per motivi aggiunti del giugno 2018 la signora Messalora ha chiesto al Tar per la Campania l'annullamento:

- del provvedimento n. 13 del 27/02/2018, con la quale il Comune di Mariglianella ha ordinato il ripristino dello stato dei luoghi mediante demolizione delle opere descritte in premessa ed abusivamente realizzate entro e non oltre 90 gg; nonché dell'avvertimento che l'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire nel termine prescritto avrebbe costituito titolo per l'immissione in possesso e per la trascrizione nei registri immobiliari a titolo gratuito; che in caso di inottemperanza sarebbe stata irrorata la sanzione amministrativa pecuniaria prevista dal comma 4-bis dell'art. 31 del d.p.r. 380/2001.

1.2 Con un terzo ricorso per motivi aggiunti del novembre 2018 la signora Messalora ha chiesto al Tar per la Campania l'annullamento:

- del provvedimento di diniego del rilascio del Permesso di Costruire in Sanatoria, prot. 10309 del 30/08/2018, avente ad oggetto il provvedimento di diniego al rilascio del Permesso di Costruire in sanatoria relativamente a lavori realizzati nell'immobile sito alla via Leonardo da Vinci, n. 62.

2. Così il primo giudice ha sintetizzato le premesse in fatto:

- la signora Messalora è proprietaria di un immobile sito nel Comune di Mariglianella;

- il suolo che ospita l'immobile insiste, in parte, su zona omogenea B di completamento e, in parte, sulla fascia di rispetto stradale inedificabile;
- l'edificio è costituito da un piano terra, con destinazione commerciale, da un primo piano destinato ad uso abitativo e da un sottotetto in sopraelevazione, assentito con il permesso di costruire n. 18 rilasciato in data 9 luglio 2006 come "non abitabile", ma adibito di fatto a unità abitativa la cui regolarità urbanistica è oggetto della presente controversia;
- in data 30 aprile 2010, personale dell'ufficio tecnico servizio urbanistica del Comune di Mariglianella ed agenti del Corpo Forestale dello Stato hanno effettuato un sopralluogo presso l'immobile, riscontrando nel sottotetto la realizzazione *sine titulo* di plurimi interventi edilizi e in ogni caso il cambio di destinazione urbanistica non assentito;
- il Comune di Mariglianella ha quindi adottato l'ordinanza di demolizione n.28 del 7 luglio 2010, con la quale è stata accertata la "totale difformità" dell'edificio realizzato rispetto a quello assentito con il permesso di costruire n. 18/2006, per la realizzazione, in particolare, delle seguenti opere: «1. *Tramezzature interne in blocchi di lapil-cemento e laterizi con creazione di n. 7 vani oltre n. 2 bagni;* 2. *Realizzazione di impianti idrico-sanitari ed elettrici;* 3. *Pavimentazione con mattonelle in gres ceramico;* 4. *Rivestimenti pareti con intonaco;* 5. *Rivestimenti bagni con mattonelle e parte dei sanitari;* 6. *La superficie utile totale interna dell'intera unità abitativa trasformata è di mq. 127,50;* 7. *Balconi non previsti nel Permesso di Costruire n.18/2006 avente la superficie di: Lato Est Via L. da Vinci mq. 2.40, Lato Nord Via XI settembre mq 17.6, Lato Ovest stradina privata mq 25.78 per un totale di mq. 45.78 non previsti nel P.a.C. n. 18/2006;* 8. *Trasformazione di n.5 vani finestra in vano-porta balconi dalla dimensione di circa 2 m di altezza per una larghezza di 1,40 m.»;*

- *quanto alle dimensioni planovolumetriche dell'unità posta al secondo piano, il Comune ha inoltre rilevato quanto segue: «9. L'altezza totale del fabbricato dall'estradosso dell'ultimo solaio di copertura del sottotetto fino al profilo del marciapiede esistente in Via L. da Vinci è pari a 11,20 m.; 10. Altezza interna netta pari a 2,10 m sul lato gronda misurata dal pavimento finito all'intradosso della lamiera grecata della struttura di copertura; 11. Altezza interna netta pari a 2,20 m sul colmo misurata dal pavimento finito all'intradosso della lamiera grecata della struttura di copertura»;*
- il predetto provvedimento di demolizione è stato impugnato con il ricorso introduttivo;
- con lo stesso ricorso è stato impugnato anche l'atto prot. 8613 del 27 luglio 2010 con cui l'Amministrazione ha inibito il proseguimento di lavori concernenti opere funzionalmente connesse al sottotetto (scala di collegamento tra il primo e il secondo piano);
- in data successiva, la ricorrente ha formulato istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. 380/2001 chiedendo di “sanare l'abuso commesso mediante la demolizione e il ripristino dello stato dei luoghi e, contestualmente (...) il permesso di costruire per il recupero abitativo del sottotetto esistente in base alla legge regionale n. 15 del 28/11/2000 e legge regionale n. 19 del 28/12/2009 art. 8, co. 2”;
- nel progetto allegato all'istanza, la ricorrente, tramite il professionista incaricato, ha descritto gli specifici interventi che si impegnava a realizzare per l'ottenimento della sanatoria: la rimozione di impianti, delle strutture murarie, dei rivestimenti già realizzati, oltre che la sostituzione delle cinque “porte-balconi” con cinque finestre, secondo il progetto inizialmente assentito;

- con la nota prot. n. 13314 del 23 novembre 2010 è stato adottato il preavviso del procedimento di diniego, cui è seguito – sia pure su sollecitazione da parte dell’interessata, stante l’inerzia del Comune – il provvedimento definitivo, prot. n. 7531 del 15/07/2013, oggetto del primo ricorso per motivi aggiunti, depositato il 14 novembre 2013;
- il provvedimento conclusivo ha richiamato, *per relationem*, i motivi ostativi al rilascio del permesso di costruire in sanatoria già contenuti nell’atto endoprocedimentale e consistenti, in sintesi, nella natura abusiva delle opere realizzate per la destinazione ad uso abitativo del sottotetto, nella non assentibilità ex art. 36 del d.p.r. 380/2001 di interventi subordinata ad attività di ripristino e nella conseguente inapplicabilità delle normative regionali citate sul “recupero abitativo dei sottotetti”, per la mancanza del presupposto legalmente previsto della regolarità urbanistica dell’immobile;
- in pendenza del giudizio di primo grado, in data 18 novembre 2017, il personale del servizio tecnico e del locale Comando di Polizia Municipale - all’esito del parallelo processo penale per reati edilizi che intanto si era concluso con la prescrizione e con il conseguente dissequestro dell’immobile - ha effettuato un altro sopralluogo presso l’immobile di proprietà della ricorrente, attestando la realizzazione di ulteriori opere, anch’esse non autorizzate: una seconda rampa di scala e il pianerottolo di arrivo in acciaio collegante il piano sottotetto abusivo, già oggetto dell’ordinanza di demolizione n.28 del 7 luglio 2010, con il pianerottolo di riposo della prima rampa; nonché lavori di controsoffittatura all’interno del medesimo sottotetto;
- pertanto con il provvedimento n. 13 del 27 febbraio 2018, impugnato con il secondo atto di motivi aggiunti, il Comune di Mariglianella ha ordinato, ex art.31 del

d.p.r. 380/2001, anche la demolizione delle predette opere, realizzate in data successiva al precedente ordine di ripristino risalente al 2010;

- parte ricorrente ha quindi formulato, anche per esse, istanza di sanatoria ex art. 36 del d.p.r. 380/2001 oltre che il cambio di destinazione del sottotetto: anche questa istanza è stata rigettata, con il provvedimento di prot. n. 10309 del 30/8/2018, impugnato con terzo ricorso per motivi aggiunti.

3. A sostegno dell'impugnativa originaria venivano formulati i seguenti motivi di ricorso:

I. Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e ss. del d.p.r. 380/2001 – Difetto di istruttoria – Eccesso di potere per erroneità dei presupposti – Errori di fatto e di diritto – Difetto di motivazione.

Si sosteneva che tutti gli interventi realizzati erano suscettibili di sanatoria anche alla luce della legge regionale sul recupero dei sottotetti.

II. Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e ss. del d.p.r. 380/2001 – Eccesso di potere - Difetto di istruttoria – Erroneità dei presupposti di fatto e di diritto – Violazione dell'art. 3 della l. 241/90 - Difetto di motivazione – Violazione del giusto procedimento – Violazione del buon andamento della P.A.

Si sosteneva l'illegittimità del rigetto della D.I.A. relativa alla realizzazione di una scala interna utile a collegare il primo piano del fabbricato al secondo contestando la tesi del Comune che non aveva ritenuto realizzabile la scala in questione poiché pertinenziale ad immobile "attualmente" abusivo.

III. Violazione e falsa applicazione degli articoli 27, 29 e 34 del d.p.r. 380/2001 - Violazione dell'art. 3 della l. 241/1990 - Eccesso di potere per sviamento - Difetto di motivazione - Erroneità dei presupposti di fatto - Travisamento dei fatti - Manifesta irragionevolezza - Carezza di istruttoria – Contraddittorietà - Eccesso di

potere - Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa - Incongruità della sanzione.

Si censurava la violazione dell'obbligo motivazionale.

IV. Violazione e falsa applicazione dell'articolo 10-*bis* della l. 241/1990 - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria - Erroneità dei presupposti di fatto - Violazione del principio del giusto procedimento.

Si sosteneva che non fossero stati comunicati i motivi ostativi all'accoglimento della domanda di permesso di costruire.

3.1 A sostegno del primo ricorso per motivi aggiunti venivano formulate le seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione d.p.r. 380/2001, artt. 36 e 37 - Violazione falsa applicazione degli articoli 2 e 3 della l. 241/1990 - Eccesso di potere - Contraddittorietà - Illogicità - Difetto di istruttoria - Eccesso di potere per erroneità dei presupposti - Errori di fatto e di diritto - Violazione dell'art. 97 Cost.

Si sosteneva che, a seguito dell'approvazione della l. 241/1990, il privato abbia diritto alla conclusione tempestiva del procedimento amministrativo in maniera espressa: nella specie il provvedimento espresso non è stato adottato.

II. Violazione e falsa applicazione degli articoli 31 e ss. del d.p.r. 382/2001 - Difetto di istruttoria - Eccesso di potere per erroneità dei presupposti - Errori di fatto e di diritto - Difetto di motivazione.

Si sosteneva che erano stati commessi piccoli abusi tutti suscettibili di essere sanati.

3.2 A sostegno del secondo ricorso per motivi aggiunti venivano formulate le seguenti censure:

I. Violazione e falsa applicazione d.p.r. 380/2001, artt. 31, 36 e 37 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 3 della legge 241/1990 - Eccesso di potere -

Contraddittorietà - Illogicità - Difetto di istruttoria - Eccesso di potere per erroneità dei presupposti - Errori di fatto e di diritto - Violazione dell'art. 97 Cost.

Si sosteneva che:

- gli interventi realizzati erano conformi agli strumenti urbanistici vigenti ed al d.p.r. 380/2001, artt.3 e 22;
- l'immobile oggetto di contestazione non è sottoposto a vincolo ai sensi del d. lgs. 490/99 (già legge 1089/39 e 1497/39);
- l'intervento realizzato non pregiudica la statica dell'edificio principale né degli edifici e dei manufatti alieni;
- si tratta di un intervento conforme alle norme edilizie e urbanistiche vigenti, a quelle di sicurezza ed igienico-sanitarie;
- gli interventi edilizi contestati, per i quali è stata ordinata la rimozione, possono ritenersi sanabili in seguito alla domanda di accertamento di conformità presentata ai dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001.

II. Violazione e falsa applicazione degli articoli 27, 29 e 34 del d.p.r. 380/2001 – Violazione dell'art. 3 della legge 241/1990 - Eccesso di potere per sviamento – Difetto di motivazione - Erroneità nei presupposti di fatto - Travisamento dei fatti - Manifesta irragionevolezza - Carenza di istruttoria – Contraddittorietà - Eccesso di potere - Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa - Incongruità della sanzione.

Si censurava la violazione dell'obbligo motivazionale.

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10-*bis* della legge 241/1990 - Eccesso di potere - Difetto di istruttoria - Erroneità dei presupposti di fatto - Violazione del principio del giusto procedimento.

Si sosteneva che:

- non fossero stati comunicati i motivi ostativi all'accoglimento della domanda di permesso di costruire;
- l'art. 2 ha introdotto l'obbligo per la P.A. di concludere il procedimento amministrativo con l'adozione di una pronuncia esplicita sull'istanza del privato: nel caso di specie, il provvedimento espresso non è stato adottato atteso che la prima istanza di accertamento di conformità presentata dalla signora Messalora non è mai stata valutata dall'Amministrazione, che solo dopo l'atto di diffida ha comunicato il diniego della stessa.

3.3 A sostegno del terzo ricorso per motivi aggiunti venivano formulate le seguenti censure:

I Violazione e falsa applicazione NTA del PRG art. 15 e ss. - Violazione e falsa applicazione del Regolamento Edilizio Comunale art. 3.29 "altezze del fronte di un edificio" - Violazione e falsa applicazione d.p.r. 380/2001 artt. 31, 36 e 37 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 3 della legge 241/1990 - Eccesso di potere - Contraddittorietà - Illogicità - Difetto di istruttoria - Eccesso di potere per erroneità dei presupposti - Errori di fatto e di diritto - Violazione dell'art. 97 Cost. Veniva contestato il fondamento dei singoli motivi ostativi al rilascio del permesso di costruire in sanatoria, ovvero: a. l'altezza totale del fabbricato supera l'altezza massima di zona; b. è stato erroneamente applicato il coefficiente di tolleranza costruttiva; c. il sottotetto non ha le caratteristiche necessarie per essere utilizzato come abitazione e la sua altezza fa sì che esso sia da considerarsi un piano determinante un aumento della volumetria.

II. Violazione e falsa applicazione NTA del PRG art. 15 e ss - Violazione e falsa applicazione del Regolamento Edilizio Comunale art. 3.29 "altezze del fronte di un edificio" - Violazione e falsa applicazione d.m. del 26 giugno 2015 Appendice B -

Violazione e falsa applicazione d.p.r. 380/2001, artt. 31, 36 e 37 – Violazione e falsa applicazione degli artt. 2 e 3 della legge 241/1990 – Eccesso di potere - Contraddittorietà - Illogicità - Difetto di istruttoria - Eccesso di potere per erroneità dei presupposti - Errori di fatto e di diritto - Violazione dell'art. 97 Cost.

Venivano riproposte censure già sollevate nei precedenti ricorsi.

III. Violazione e falsa applicazione degli articoli 27, 29 e 34 del d.p.r. 380/2001 – Violazione dell'art. 3 della legge 241/1990 - Eccesso di potere per sviamento – Difetto di motivazione - Erroneità nei presupposti di fatto - Travisamento dei fatti - Manifesta irragionevolezza - Carenza di istruttoria – Contraddittorietà - Eccesso di potere - Violazione del principio di proporzionalità dell'azione amministrativa - Incongruità della sanzione.

Venivano riproposte censure già sollevate nei precedenti ricorsi.

4. Nel giudizio di primo grado si costituiva il Comune chiedendo il rigetto del ricorso.

5. Con sentenza n. 3552/2019 il Tar per la Campania ha respinto il ricorso principale e i ricorsi per motivi aggiunti.

6. Avverso la citata sentenza ha proposto appello la signora Messalora per i motivi che saranno più avanti analizzati.

7. All'udienza dell'11 maggio 2023 l'appello è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo di appello si lamenta: «*Errore in iudicando - Violazione e falsa applicazione di legge – Travisamento ed erronea valutazione dei fatti*».

L'appellante sostiene che:

- il primo giudice ha preliminarmente valutato la fondatezza dei motivi di censura proposti con ricorso introduttivo, onde poter poi stabilire la fondatezza delle censure avanzate con i ricorsi per motivi aggiunti;
- siffatto approccio ha provocato una valutazione sommaria e disarticolata dei ricorsi facendo incappare il Giudice Amministrativo in un evidente errore di valutazione dei fatti, dal quale è derivato l'errore in diritto ed il conseguente vizio della statuizione;
- il Tar si sarebbe dovuto soffermare più propriamente sulla illegittimità del provvedimento di diniego di "sanatoria", al quale è stato sostanzialmente abbinato un diniego di ripristino delle opere eseguite in difetto di autorizzazione, e sulla valutazione circa la legittimità dell'operato dell'Amministrazione che ha impedito, di fatto, ed immotivatamente, all'appellante il ripristino dell'ordine giuridico violato, da tale valutazione, poi, far discendere la fondatezza e/o infondatezza delle censure di cui al ricorso introduttivo;
- con il primo ricorso, stante la richiesta della parte di ripristino parziale degli abusi e istanza di permesso in sanatoria ex artt. 36 d.p.r. 380/2001, la difesa si è focalizzata sui vizi del procedimento e su una contestazione dell'operato della P.A. derivante dai vizi presenti in esso che palesavano un'evidente illegittimità del provvedimento gravato;
- tuttavia, la difesa della signora Messalora attendeva, stante il deposito della istanza, una pronuncia puntuale dell'Amministrazione circa la sanabilità dell'opera, considerato anche l'errore macroscopico circa l'altezza del fabbricato che aveva portato a paventare una situazione di totale difformità del realizzato rispetto all'assentito, circostanza questa smentita dalle perizie depositate, che chiariscono

senza possibilità di dubbio che non risponde al vero la misurazione dell'altezza del fabbricato operata dall'Amministrazione;

- con i motivi aggiunti proposti, si censurava il rigetto delle istanze di concessione di permesso in sanatoria che si fondano sostanzialmente su erronei presupposti in fatto, prima che in diritto;

- l'errore circa l'altezza del fabbricato, che incide sulla determinazione di totale difformità dell'immobile rispetto al PdC 18/2006 rilasciato dall'Ente, viene perpetrato anche nel provvedimento di rigetto del 05.07.2013 e 7531 del 15.07.2013 sulla domanda di permesso di costruire in sanatoria prot n. 10908/2010 accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36, comma 3, del d.p.r. 380/2011, nonché nel provvedimento di diniego al rilascio di PDC in sanatoria richiesto in data 16.05.2018, dove si riferisce che l'altezza del fabbricato esistente è superiore a quella massima consentita;

- la difesa insiste nel chiarire tale aspetto della fattispecie perché, dall'errore su esso, nasce l'impossibilità per l'appellante di sanare, per quanto possibile e conforme a legge le opere, e di non vedere interamente demolito quanto realizzato in ossequio al PdC n. 18/2006;

- se il Tar avesse accolto le istanze istruttorie formulate dalla ricorrente, anche con la proposizione del ricorso per motivi aggiunti del 11.11.2018, con ragionevole possibilità l'esito del giudizio sarebbe stato differente e l'angolo visuale dal quale far discernere la statuizione non poteva che essere diverso da quello della preliminare verifica della fondatezza delle censure di cui al primo ricorso.

1.1 Il motivo non può essere accolto.

1.1.1 Non può essere condivisa la critica all'ordine con il quale il primo giudice ha esaminato i diversi ricorsi (principale e per motivi aggiunti) proposti in primo grado.

Il primo giudice ha spiegato le ragioni per le quali ha seguito quel determinato ordine: *«Assume pertanto priorità logica l'esame del ricorso introduttivo, che ha ad oggetto l'ordinanza di demolizione n. 28 del 7 luglio 2010 concernente la abusiva trasformazione del sottotetto non abitabile in "civile abitazione" e il conseguente atto prot. 8613 del 27 luglio 2010 con cui il Comune ha esercitato il potere inibitorio sull'atto privato ex art. 19 della legge 241/90, ordinando di "non dare corso ai lavori" di realizzazione della scala di collegamento tra il primo e il secondo piano del fabbricato».*

Correttamente il giudice ha individuato il nodo principale in discussione (escludendola) nella legittimità della trasformazione di un sottotetto non abitabile (ex PdC 18/2006) in civile abitazione.

Tale modo di procedere è assolutamente condivisibile perché aderente alla logica delle cose.

1.1.2 L'appellante sostiene che era proprio interesse ottenere una pronuncia circa la sanabilità dell'opera per cui il Tar si sarebbe dovuto soffermare più propriamente sulla illegittimità del provvedimento di diniego di "sanatoria".

Ma il Tar non ha ommesso di esaminare la questione.

Dopo aver rilevato che la complessiva vicenda procedimentale è connotata dal susseguirsi di provvedimenti lesivi (ordinanze di demolizione ex art. 31 del d.p.r. 380/2001 e dinieghi di permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 d.p.r. 380/2001) adottati dal Comune per interventi edilizi ritenuti "abusivi" e non sanabili, realizzati in tempi successivi, ma tutti riguardanti il medesimo sottotetto situato al secondo piano dell'immobile di proprietà della ricorrente, il primo giudice ha esaminato partitamente i ricorsi per motivi aggiunti nei quali erano stati impugnati i dinieghi di accertamento di conformità e di sanatoria.

Il Tar, pertanto, non ha ommesso di valutare le censure proposte in materia di richiesta di sanatoria.

1.1.3 L'appellante insiste nel dire che se non ci fosse stato un errore sul presupposto di fatto relativo all'altezza del fabbricato, l'istanza di accertamento di conformità e l'istanza di rilascio di PdC in sanatoria sarebbero state accolte.

Ma l'altezza del fabbricato non è il punto dirimente della vicenda.

Come detto il nodo della controversia sta nella illegittimità del mutamento di destinazione del sottotetto.

La trasformazione di un sottotetto in uno spazio abitabile è rilevante dal punto di vista urbanistico, in quanto incide sul carico urbanistico e, pertanto, necessita di un titolo abilitativo il cui difetto determina una situazione di illiceità da sanzionare (Cons. di Stato, sez. VI, 26/09/2022, n. 8256).

Il permesso in sanatoria ex art. 36, d.p.r. 6 giugno 2001 n. 380 è ottenibile solo a condizione che l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento sia della realizzazione del manufatto sia della presentazione della domanda, venendo viceversa in questione, con la "sanatoria giurisprudenziale", un atto atipico con effetti provvedimentali che si colloca al di fuori di qualsiasi previsione normativa e che, pertanto, non può ritenersi ammesso nel nostro ordinamento, contrassegnato dal principio di legalità dell'azione amministrativa e dal carattere tipico dei poteri esercitati dall'Amministrazione, alla stregua del principio di nominatività; poteri che non possono essere surrogati dal giudice, pena la violazione del principio di separazione dei poteri e l'invasione di sfere di attribuzioni riservate all'Amministrazione (Cons. Stato, sez. VI, 18/07/2016, n. 3194).

Nella specie correttamente gli atti impugnati hanno fatto leva sull'impossibilità di sanare qualcosa che non era consentita al momento del rilascio del PdC 18/2006.

1.1.4 Alla luce di quanto detto, non è condivisibile neanche la censura relativa al mancato accoglimento da parte del Tar delle istanze istruttorie formulate dalla ricorrente. Stabilire l'esatta altezza del manufatto non avrebbe risolto il problema del mutamento della destinazione d'uso.

2. Con il secondo motivo di appello si lamenta: «*Errore in fatto – Errore in diritto - Violazione di legge – Omessa istruttoria - Vizio della sentenza*».

L'appellante sostiene che:

- è stata comminata la sanzione più grave prevista dalla legge e non è stata concessa alcuna possibilità di rendere conforme a legge quanto realizzato abusivamente;
- pur alla luce dell'orientamento giurisprudenziale prevalente in materia di formalità degli atti della P.A. in caso di provvedimento vincolato, nella sentenza gravata si ravvisa una “superficiale” delibazione degli argomenti tecnici che rendono viziato, in via derivata, l'arresto;
- il Tar ha dato per certo quanto rilevato dall'UTC durante gli accessi e, nonostante la ricorrente abbia depositato agli atti perizie attestanti situazioni tecnico-fattuali differenti, non ha ritenuto opportuno disporre una istruttoria con nomina di un CTU, al fine di far luce sul groviglio di atti e provvedimenti;
- il Tar ha disatteso immotivatamente le istanze istruttorie incorrendo nel grave errore di giudizio;
- una puntuale ricostruzione tecnica del fatto avrebbe portato ad una corretta applicazione del diritto;
- sarebbe emerso che non tutto il piano sottotetto poteva essere oggetto dell'ordine di abbattimento, così come non poteva l'Ente non autorizzare la realizzazione dell'opera funzionale (scala di collegamento tra i piani), stante il rilascio del PdC 18/2006;

- quanto assentito dal Comune con il richiamato permesso non è mai stato oggetto di “ripensamento” da parte della P.A., tant’è che quel PdC spiega ad oggi i suoi effetti;
- l’unica parte del realizzato che poteva essere oggetto della demolizione era quella afferente le opere che avrebbero determinato un cambio di destinazione d’uso del bene;
- chiarito questo aspetto, il Tar avrebbe poi potuto statuire circa la possibilità o meno, in relazione alla l.r. relativa al recupero abitativo dei sottotetti, ed alle NTA del Comune, di sanare le opere realizzate in difformità, ai fini di un possibile cambio di destinazione d’uso del bene;
- il Tar, omettendo di verificare preliminarmente la conformità della prima realizzazione del manufatto, ovvero della sola “scatola” locale sottotetto, a quanto assentito dall’Ente e confondendo i momenti, i presupposti e i fatti ha ritenuto di dover rigettare l’intero gravame;
- nessun rilievo può rivestire nel caso che ci occupa la questione relativa alla destinazione urbanistica del terreno sul quale insiste il fabbricato atteso che questo profilo risulta interamente assorbito dal rilascio del PdC 18/2006 che ne consentiva la realizzazione e che, ad oggi, spiega la sua efficacia;
- l’unica circostanza che può rilevare è l’eventuale cambio di destinazione d’uso;
- la conformità del fabbricato al richiamato permesso, per quanto attiene alle altezze e alla realizzazione *tout court* di esso (in disparte le opere relative al cambio di destinazione d’uso), comporta l’illegittimità dell’ordine demolitorio con riferimento allo stesso, laddove la parte si è resa disponibile al ripristino dello stato dei luoghi relative appunto alle opere che ne configurano un possibile cambio di destinazione d’uso;

- se l'ente non avesse violato il procedimento e consentito un'effettiva partecipazione dell'interessato, sarebbe stato comunque possibile per la signora, una volta ripristinato lo *status quo ante* e riportato il realizzato a quanto assentito, valutare la possibilità di richiedere un cambio di destinazione d'uso del bene nel rispetto della legge regionale, per una sola parte più limitata di esso che fosse stato possibile far rientrare nella potenzialità di volume espressa dal terreno;
- tutto quanto rappresentato è stato impedito dall'Ente che ha mirato la sua azione non al ripristino della legalità violata, ma a comminare la sanzione "esemplare" alla cittadina, violando ogni regola circa la proporzionalità del provvedimento amministrativo, parametro al quale deve esso essere rapportato;
- il richiamo alla c.d. fiscalizzazione dell'abuso, principio introdotto con l'art. 12 l. 47/85 poi travasato nel più recente art. 34, comma 2, del d.p.r. 380/01, che il Tar opera in negativo va, per contro, riportato in positivo, atteso che il presupposto fondamentale l'applicazione è l'esecuzione in parziale difformità rispetto ad un organismo edilizio che detiene caratteristiche di legittimità, ed è questo il caso in esame;
- pertanto, l'esatta individuazione delle opere abusive e non la generica contestazione di tutto, avrebbe consentito e consentirebbe alla signora Messalora di godere del beneficio di legge, senza che esso sia confuso con l'impossibilità di una sanatoria ex art 36 d.p.r. 380/2001;
- il Tar omettendo una puntuale analisi del fatto, nonché rigettando le istanze istruttorie ha esitato una sentenza viziata che necessita di essere annullata.

2.1 Il motivo non può essere accolto.

2.1.1 L'appellante tenta di accreditare l'idea che nella specie siano stati commessi una pluralità di piccoli abusi tutti in sé sanabili.

È principio consolidato quello secondo il quale la verifica dell'incidenza urbanistico-edilizia dell'intervento realizzato abusivamente deve essere condotta prendendo in considerazione le opere nella loro globalità, che non possono essere considerate in modo atomistico, non essendo ammessa la possibilità di frazionare i singoli interventi edilizi difformi al fine di dedurre la loro autonoma rilevanza (Cons. Stato, sez. VI, 30/06/2021, n. 4919).

Nella specie appare evidente che siano stati commessi una quantità non piccola di abusi. Non rileva la tesi dell'appellante (comunque non condivisibile nel merito) che si tratti di piccoli abusi di lieve entità. Rileva il fatto che nella specie è stata reiterata la volontà di rendere abitabile un vano che abitabile non era e non poteva diventare. Non era possibile rendere conforme a legge quanto realizzato abusivamente.

2.1.2 Ogni singolo abuso aveva la finalità di rendere abitabile il vano, per cui non ha pregio invocare una distinzione tra opere sanabili e opere non sanabili.

2.1.3 Quanto detto priva di fondamento le argomentazioni svolte dall'appellante a proposito di una superficiale valutazione da parte del primo giudice dei rilievi tecnici: il punto, si ripete, è la destinazione d'uso.

2.1.4 Non conferente è anche il richiamo alla normativa sul recupero dei sottotetti. La legge regionale che consente e anzi favorisce il recupero abitativo dei sottotetti, contemplando quindi una categoria di sottotetti non ancora divenuti abitabili ma che sono appunto destinati a diventarlo — non vale a sostenere che in teoria siano ammissibili sottotetti non abitabili, in quanto l'abitabilità deve essere valutata in concreto.

Come chiarito dal primo giudice, il sottotetto era stato interessato da plurimi interventi strutturali, volti a conferirgli destinazione residenziale, in difformità rispetto all'originario permesso di costruire n.18/2006: pertanto non sussisteva la

regolarità urbanistico-edilizia dell'immobile, condizione legale richiesta dalla norma regionale per autorizzare il suo recupero abitativo.

2.1.5 Non condivisibile è anche la tesi secondo cui la conformità del fabbricato al richiamato permesso, per quanto attiene alle altezze e alla realizzazione *tout court* di esso (in disparte le opere relative al cambio di destinazione d'uso), comporterebbe l'illegittimità dell'ordine demolitorio con riferimento allo stesso.

Come ribadito da Cons. Stato, sez. VI, 15/02/2021, n. 1388, nell'ambito delle variazioni del permesso di costruire, vi sono tre tipologie di varianti: 1) le cosiddette varianti leggere o minori, quelle che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia e sono tali da non alterare la sagoma dell'edificio; 2) le varianti in senso proprio, consistenti in modificazioni qualitative o quantitative, seppure di consistenza non rilevante rispetto al progetto approvato le quali necessitano del rilascio del cosiddetto permesso in variante; 3) le cosiddette varianti essenziali, caratterizzate da incompatibilità quali -quantitativa con il progetto edificatorio originario le quali sono perciò soggette al rilascio di un permesso a costruire nuovo ed autonomo rispetto a quello originario.

Il mutamento di destinazione è variante essenziale e come tale legittima il provvedimento di demolizione.

Peraltro, come ricordato dal primo giudice, nel caso di specie il mutamento è stato realizzato mediante modificazioni strutturali (basti pensare alla realizzazione di balconi non previsti nell'originario permesso di costruire n. 18/2006 su tre lati dell'edificio, nonché alla trasformazione di 5 vani finestre in vani "porta balconi") che hanno dato luogo ad un'opera diversa per caratteristiche strutturali da quella

originariamente assentita, con la conseguente esclusione della natura “non essenziale” delle predette variazioni.

2.1.6 Non condivisili sono anche le argomentazioni svolte a proposito della asserita violazione delle garanzie procedurali.

Ai fini della configurabilità della violazione dell'art. 10-*bis* l. 241/1990, le garanzie procedurali non possono ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza che, in effetti, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie pretese partecipative, essendo anche tenuto ad indicare o allegare gli elementi, fattuali o valutativi che, qualora fossero stati introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (Cons. Stato, sez. V, 27/10/2022, n. 9183).

Nella specie non sono stati adottati elementi idonei a modificare quelle che sono state le determinazioni dell'Amministrazione, determinazioni, si ripete, dettate dal fatto che era stato reso abitabile un vano che non poteva assumere tale qualità.

2.1.7 Non condivisibile è la tesi secondo cui sarebbe stato violato il principio di proporzionalità per comminare una sanzione esemplare. L'Amministrazione ha adottato i provvedimenti, sostanzialmente vincolati, previsti dalla legge per una fattispecie quale quella di cui si discute.

2.1.8 Non accoglibile è la tesi che facendo leva sulla disciplina relativa alla cosiddetta fiscalizzazione dell'abuso, giunge a ripetere che nella specie ci si trova di fronte all'esecuzione in parziale difformità rispetto ad un organismo edilizio che detiene caratteristiche di legittimità; si è già detto che nella specie si è di fronte a variazioni essenziali che legittimano l'adozione dei provvedimenti assunti.

2.1.9 L'appellante torna, infine sulle richieste istruttorie al fine di una esatta individuazione delle opere abusive e non la generica contestazione di tutto. Si sono

già illustrate le ragioni che rendono superflui tali approfondimenti anche in considerazione della necessità di considerare gli abusi nella loro globalità e non in una logica atomistica.

3. Per le ragioni esposte l'appello deve essere rigettato.

Nulla spese.

P.Q.M.

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

Nulla spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Giovanni Pascuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Pascuzzi

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO