

N. 05092/2023REG.PROV.COLL.

N. 00368/2018 REG.RIC.



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 368 del 2018, proposto da Rosa Simonelli e Daniel Rotolo, rappresentati e difesi dall'avvocato Alfredo Zaza D'Aulizio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Latina, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Paolo Cavalcanti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
C.B. Latina S.r.l., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione staccata di Latina, Sezione Prima, n. 347 del 7 giugno 2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 16 marzo 2023, il Cons. Roberto Caponigro e uditi per le parti gli avvocati Jessica Quatrane, per delega di Alfredo Zaza D'Aulisio, e Anna Caterina Egeo, per delega di Francesco Paolo Cavalcanti;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Gli appellanti sono comproprietari di tre unità immobiliari ubicate al quinto piano del fabbricato sito in Latina, via San Carlo da Sezze, edificato dalla “C.B. Latina s.r.l.” in forza del permesso di costruire n. 177 del 9 settembre 2004 e del successivo permesso di costruire in variante n. 146 del 6 ottobre 2005, aventi ad oggetto la realizzazione di un complesso residenziale costituito da n. 2 palazzine a 5 piani destinate a civile abitazione (n. 120 appartamenti) e ad uso commerciale (n. 12 negozi ed innumerevoli cantine, posti auto e locali tecnici).

Il Comune di Latina, con l'ordinanza del 22 maggio 2009, ha ingiunto la demolizione di opere edilizie abusive e il ripristino dello stato dei luoghi contestando, in particolare, la trasformazione in residenza di tre locali aventi destinazione a box cantina siti al quinto piano (e aventi superficie di progetto rispettivamente di mq. 13,11, 13,64 e 22); i locali in questione venivano ampliati parte in muratura e parte con vetrata in alluminio e vetro realizzando in pratica tre appartamenti (di due locali con bagno) aventi superficie rispettivamente di mq. 77, 71 e 48, con un'altezza interna di mt 2,70 circa, rispetto ai mt 2,40 previsti; erano altresì realizzate a servizio di ciascuno dei tre appartamenti delle tettoie strutturate e coperte in legno con guaina

impermeabilizzante ancorate alla parete esterna del fabbricato e al parapetto dei terrazzi di pertinenza.

A seguito dell'ingiunzione di demolizione, con nota del 24 agosto 2009, gli interessati hanno presentato istanza di sanatoria chiedendo "l'applicazione degli articoli 34 e 36 D.P.R. 380/2001, anche in riferimento alla L.R. n. 13 del 16 aprile 2009".

L'Amministrazione comunale di Latina, con il provvedimento del 1° ottobre 2009, impugnato a mezzo del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado, ha respinto l'istanza in quanto:

- a) l'articolo 34 D.P.R. n. 380 del 2001 non risulta applicabile perché l'intervento abusivo è stato classificato nell'ambito dell'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 in quanto opera non utilizzabile autonomamente e facilmente demolibile;
- b) l'articolo 36 D.P.R. n. 380 prevede la conformità delle opere realizzate alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione delle opere sia al momento della presentazione della domanda, mentre le opere realizzate non risultano conformi alla disciplina urbanistica, in quanto configurano un aumento di volume non previsto dalle norme stesse;
- c) la legge regionale n. 13 del 2009 non risulta ancora applicabile ai sensi di quanto stabilito dall'art. 7, secondo comma e, comunque, non prevede la possibilità di sanare opere già realizzate abusivamente.

Con motivi aggiunti al ricorso di primo grado, la ricorrente ha impugnato un nuovo provvedimento di diniego, in data 20 novembre 2014, con cui il Comune di Latina ha rappresentato nel seguente modo le ragioni del diniego:

- 1) l'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001 non è applicabile nella fattispecie in quanto trattasi di abuso in totale difformità dal titolo originario, come già classificato nell'ordinanza di demolizione del 22 maggio 2009;

2) l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 non è applicabile nella fattispecie in quanto lo stesso prevede la conformità delle opere realizzate alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della loro realizzazione sia al momento della presentazione della domanda, mentre le opere realizzate non risultano conformi alla predetta disciplina urbanistica in quanto configurano un aumento di volume non previsto dalle norme stesse poiché il fabbricato realizzato in virtù del permesso di costruire n. 177/EP/2004 e successiva variante n. 146/EP/2005 sviluppa una volumetria assentita di mc 33125,08 contro i mc 33126,60 realizzabili da P.P.E. R7, per cui non è consentito alcun incremento di volume;

3) la legge regionale n. 13 del 2009 non è applicabile in quanto non prevede la possibilità di sanare opere già realizzate abusivamente, ma consente esclusivamente la possibilità di recuperare ai fini residenziali, locali esistenti e legittimi alla data del 31 dicembre 2011, laddove nel caso specifico si tratta di opere già realizzate.

Il Tar per il Lazio, Sezione staccata di Latina, Sezione Prima, con la sentenza n. 347 del 7 giugno 2017, ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio ed ha respinto i motivi aggiunti.

Di talché, gli interessati hanno interposto il presente appello, articolando i seguenti motivi di impugnativa:

Erroneità dell'impugnata sentenza: in riferimento all'art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001.

Sarebbe errata l'affermazione del giudice di prime cure secondo cui non sarebbe invocabile l'art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001, dal momento che la trasformazione di tre locali tecnologici in miniappartamenti integrerebbe i presupposti della "totale difformità", laddove, nel caso di specie, ricorrerebbe l'ipotesi di una difformità parziale.

Le opere oggetto di sanatoria edilizia sarebbero state realizzate su fabbricati regolarmente assentiti dalla concessione edilizia originariamente rilasciata (permesso di costruire n. 177 del 9 settembre 2004 del Comune di Latina e permesso di costruire in variante n. 146 del 6 ottobre 2015) e non realizzerebbero un organismo edilizio integralmente e radicalmente diverso, in quanto, per loro natura e consistenza, sarebbero obiettivamente inidonee a snaturare le caratteristiche dell'edificio originario e non avrebbero determinato la formazione di un organismo edilizio autonomamente utilizzabile né sul piano costruttivo né su quello della valutazione economico/sociale.

La sentenza, sotto il profilo della sanatoria edilizia ex art. 34 d.P.R. n. 380 del 2001, sarebbe in ogni caso errata, non avendo il Tar considerato che il rigetto della sanatoria è illegittimo per difetto di congrua motivazione, per violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 e per difetto di istruttoria, atteso che non ha verificato se la demolizione della parte abusiva determina o meno pregiudizio statico a quella legittima.

Erroneità dell'impugnata sentenza in riferimento all'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001.

La motivazione adottata dal Comune, secondo cui le opere non sarebbero conformi, per eccesso di volume, alla strumentazione urbanistica vigente, non sarebbe adeguata e sufficiente.

In tema di accertamento di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001, la motivazione dell'atto non potrebbe esaurirsi nella mera affermazione di conformità o non conformità dell'opera alla normativa urbanistica/edilizia.

L'Amministrazione avrebbe dovuto indicare quali sarebbero le specifiche norme urbanistiche che si assumono violate.

Il Comune di Latina si è costituito in giudizio per resistere all'appello ed ha controdedotto.

Gli appellanti hanno depositato altre memorie a sostegno delle proprie difese.

All'udienza pubblica del 16 marzo 2023, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. I motivi di appello sono stati proposti avverso il capo della sentenza di primo grado che ha respinto l'azione di annullamento proposta con i motivi aggiunti, sicché il *thema decidendum* del giudizio di appello è costituito dal sindacato di legittimità sul diniego dell'istanza di applicazione degli articoli 34 e 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, adottato dal Comune di Latina in data 20 novembre 2014.

Le doglianze prospettate dall'appellante non possono essere condivise.

3. Vengono in rilievo nella definizione della presente controversia, gli articoli 31, 34 e 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, testo unico in materia edilizia, di cui si richiama il contenuto:

- l'art. 31, rubricato "interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali" stabilisce, al primo comma, che "sono interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire quelli che comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, plano-volumetriche o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso, ovvero l'esecuzione di volumi edilizi oltre i limiti indicati nel progetto e tali da costituire un organismo edilizio o parte di esso con specifica rilevanza ed autonomamente utilizzabile" e, al secondo comma, che "il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, ingiunge al proprietario e al

responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del comma 3”;

- l'art. 32, rubricato “determinazione delle variazioni essenziali”, attribuisce alle regioni di stabilire quali siano le variazioni essenziali al progetto approvato, evidenziando che l'essenzialità ricorre esclusivamente quando si verifica una o più di determinate condizioni e indica che, comunque, non possono ritenersi variazioni essenziali quelle che incidono sulla entità delle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative;

- l'art. 34, denominato “interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire”, dispone che “gli interventi e le opere realizzati in parziale difformità dal permesso di costruire sono rimossi o demoliti a cura e spese del responsabile dell'abuso decorso tale termine sono rimossi o demoliti a cura del comune e a spese dei medesimi responsabili dell'abuso” e, al secondo comma, prevede che “quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione ... della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale ... per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale”,

- l'art. 36, denominato “accertamento di conformità”, prevede che “in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso ... il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda”.

4. La giurisprudenza ha chiarito come l'art. 34 sia applicabile solo agli abusi meno gravi riferibili all'ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo, in ragione del minor pregiudizio causato all'interesse urbanistico, e dell'annullamento del permesso di costruire, in ragione della tutela dell'affidamento che il privato ha posto nel titolo edilizio a suo tempo rilasciato e, poi, fatto oggetto di autotutela e della circostanza che l'opera è stata costruita comunque sulla base di un provvedimento abilitativo.

Viceversa, con riferimento alle ipotesi di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, la sanzione della demolizione e della riduzione in pristino rimane l'unica applicabile, quale strumento per garantire l'equilibrio urbanistico violato (cfr. Cons. Stato, VI, 28 marzo 2022, n. 2273; Cons. Stato, VI, n. 4418 del 20 luglio 2018; Cons. Stato, VI, 30-3-2017, n. 1484).

La nozione di parziale difformità, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. ex plurimis, Cons. Stato, VI, 1° marzo 2021, n. 1743; Cons. St., Sez. II, 23 ottobre 2020, n. 6432) 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.

5. Nel caso di specie, le difformità del fabbricato residenziale rispetto al progetto licenziato sono di indubbia consistenza, per cui è ragionevole ritenere che

l'appellante non possa accedere alla c.d. "fiscalizzazione" della sanzione, ai sensi dell'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001.

Gli abusi sanzionati, infatti, hanno obiettivamente trasformato gli originari manufatti in nuovi organismi edilizi, diversi da quelli originari con riferimento alle loro caratteristiche essenziali, sicché in alcun modo potrebbe parlarsi di parziale difformità, tanto che la trasformazione dei luoghi impedisce di distinguere l'immobile originario da quello che ne è derivato a seguito della realizzazione degli illeciti edilizi.

Nella fattispecie in esame, infatti, gli abusi posti in essere concretano una radicale difformità dal titolo originario, in quanto hanno comportato l'ampliamento con cambio di destinazione d'uso, di tre box cantina (per una superficie, rispettivamente, di 13,11 mq, 13,64 mq e 22 mq.) a residenza, realizzato parte in muratura e parte con vetrate in alluminio e vetro, ricavando una superficie utile complessiva, rispettivamente, di circa mq 77, di circa mq 71 e di circa mq 48, con un'altezza interna di mt. 2,70, rispetto ai mt 2,40 previsti, nonché arredato ed utilizzato a residenza, presentandosi come bilocali (salone con angolo cottura, camera) e bagni completi di sanitari, con predisposizione degli impianti elettrici, idrici, termici e fognari funzionanti.

Va da sé, pertanto, che l'abuso riguardi un'opera diversa da quella prevista nel titolo abilitativo, tanto che, in luogo di box cantina di piccole dimensioni sono stati realizzati locali ad uso abitativo di ben più consistenti dimensioni aventi una sostanziale maggiore altezza, con conseguente creazione di organismi edilizi totalmente diversi dai precedenti per caratteristiche tipologiche, volumetriche e di utilizzazione.

Viceversa, la prospettazione della parte appellante, secondo cui ricorrerebbe l'ipotesi di una difformità parziale, in quanto le opere oggetto di sanatoria edilizia sarebbero state realizzate su fabbricati regolarmente assentiti dalla concessione edilizia originariamente rilasciata (permesso di costruire n. 177 del 9 settembre 2004 del Comune di Latina e permesso di costruire in variante n. 146 del 6 ottobre 2015) e non realizzerebbero un organismo edilizio integralmente e radicalmente diverso rispetto a quello assentito con il detto permesso di costruire, non può essere condivisa perché si riferisce all'intero complesso immobiliare (due edifici per civile abitazione e commerciali), rispetto al quale l'abuso è destinato a ridursi di consistenza, e non alle unità immobiliari degli appellanti, rispetto alle quali configura uno stravolgimento del titolo originario, attraverso la realizzazione di organismi edilizi abitabili in luogo di box cantina privi di qualunque forma di abitabilità.

Ad ogni buon conto, va evidenziato che - come la Sezione ha già avuto modo di precisare (cfr. Cons. Stato, VI, 28 marzo 2022, n. 2273; Consiglio di Stato, Sez. VI, 12/12/2019, n. 8458 e 23/11/2018 n. 6658) - la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria deve essere valutata dall'amministrazione nella fase esecutiva del procedimento, che è successiva ed autonoma rispetto a quella che sfocia nell'ordine di demolizione, per cui è in tale fase esecutiva che la parte interessata può, ricorrendone i presupposti, far valere la situazione di pericolo eventualmente derivante dall'esecuzione della demolizione delle parti abusive di un immobile.

L'impossibilità a demolire i manufatti abusivi, che consente di accedere alla c.d. fiscalizzazione, inoltre, deve avere natura oggettiva, e non deve manifestarsi come semplice difficoltà che possa essere superata con l'adozione di particolari accorgimenti, per quanto costosi.

6. Il carattere totalmente vincolato degli atti adottati dal Comune, ai sensi dell'art. 21-octies, secondo comma, legge n. 241 del 1990, rende irrilevanti le censure di carattere procedimentale, come l'omesso preavviso di diniego di cui all'art. 10-bis della stessa legge n. 241 del 1990 o l'asserita carenza di istruttoria per omesso esame di una relazione prodotta, atteso che il contenuto dispositivo del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

7. Parimenti sono da disattendere le doglianze proposte dalla parte nei confronti del diniego dell'istanza di accertamento ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001.

L'Amministrazione ha esaurientemente motivato sulla insussistenza della c.d. doppia conformità urbanistica prevista dalla richiamata norma di legge, avendo evidenziato che le opere realizzate configurano un aumento di volume non previsto dalle dette norme e ciò in quanto il fabbricato realizzato in virtù del permesso di costruire n. 177/EP/2004 e successiva variante n. 146/EP/2005 sviluppa una volumetria assentita di mc 33125,08 contro i mc 33126,60 realizzabili da P.P.E. R7, sicché non è consentito alcun incremento di volume.

La motivazione del diniego, quindi, è chiara ed esaustiva, mentre sarebbe eventualmente spettato agli interessati dimostrare la sussistenza della c.d. doppia conformità, il che non è avvenuto.

8. Per tutte le ragioni esposte, l'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

9. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico, in pari misura e con vincolo di solidarietà, degli appellanti ed a favore dell'Amministrazione appellata.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 368 del 2018).

Condanna gli appellanti, in pari misura e con vincolo di solidarietà, al pagamento delle spese di giudizio, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), oltre accessori di legge, in favore dell'Amministrazione appellata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 marzo 2023 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Lorenzo Cordi', Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO