

N. 07548/2023REG.PROV.COLL.

N. 01613/2020 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 1613 del 2020, proposto da Tullio D'Aponte, rappresentato e difeso dall'avvocato Felice Laudadio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Maratea, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata n. 00575/2019, 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 22 giugno 2023 il Cons. Roberta Ravasio e udito per le parti l'avvocato Francesco Mangazzo per delega dell'avv. Felice Laudadio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il sig. Tullio D'Aponte è proprietario di due fabbricati (in prosieguo indicati come "corpo A" e "corpo B") siti nella località Sopra la Grotta del Comune di Maratea, censiti in Catasto al foglio n. 30, particelle n. 379 e 380, realizzati giusta concessione edilizia del 30.05.2000, avente ad oggetto "*consolidamento, modifica prospettica e sistemazione esterna di un fabbricato per civile abitazione e garage interrato*", e previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.
2. Con Ordinanza n. 76 del 30.06.2003, resa a seguito del sopralluogo del 13.06.2003, il Responsabile del Settore Urbanistica del Comune di Maratea ingiungeva la demolizione di abusi edilizi consistenti nella traslazione di circa 1,60 m. del fabbricato A, con aumento di superficie e volumetria. Tali abusi venivano successivamente sanati con concessione edilizia in sanatoria del 29.06.2004 e autorizzazione paesaggistica del 17.05.2004, previo parere favorevole della Soprintendenza del 10.05.2004.
3. In data 10.12.2004 Tullio D'Aponte presentava una domanda condono ex D.L. n. 269/2003, conv. nella L. n. 326/2003 e L.R. n. 18/2004, relativamente ad un ulteriore ampliamento del medesimo fabbricato A, interessante il primo piano nel versante sud est, per un aumento di 11,70 mq. e 34,52 mc; in data 31.1.2005 chiedeva il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria per i medesimi abusi; la

domanda di condono edilizio risulta tuttora pendente, mentre sull'autorizzazione paesaggistica in la Soprintendenza esprimeva in data 27.10.2007 parere negativo.

4. In data 27.08.2009 il Comune di Maratea effettuava un ulteriore sopralluogo accertando la realizzazione dei seguenti abusi edilizi:

- Relativamente al corpo A:

a) nel piano seminterrato: a1) un vano sotto la scala di accesso al primo piano, lungo 1,98 m., largo 1,88 m. ed alto 2,20 m.; a2) l'apertura nel prospetto principale di due vani porta e di una finestra;

b) nel piano terra: b1) il collegamento con il corpo B mediante la realizzazione di un vano di 48 mc. con la copertura a terrazzo raggiungibile dal primo piano; b2) una tettoia di 17,45 mc. con accesso dall'esterno; b3) un altro vano di 17,45 mc.;

c) nel primo piano: c1) sul prospetto principale un altro ampliamento di 35,88 mc. e sul versante sud-est un ulteriore ampliamento di 10,14 mc. rispetto ai 34,52 mc., indicati nella domanda di condono ex D.L. n. 269/2003 conv. nella L. n. 326/2003 e L.R. n. 18/2004 del 10.12.2004; c2) un ulteriore ampliamento del pergolato di 66,16 mc. rispetto ai 10,14 mc. autorizzati; c3) un altro ampliamento in corso di costruzione di 41 mc.; c4) la copertura a terrazzo invece che a falda come autorizzato con il rilascio della concessione edilizia del 30.5.2000;

- Relativamente al Corpo B:

a) demolizione e ricostruzione con la maggiore superficie di 46 mq., rispetto ai 27,20 mq. preesistenti.

5. Con ordinanza n. 112 del 12.10.2009 il Comune di Maratea ingiungeva la demolizione delle suddette opere abusive.

6. Il sig. D'Aponte impugnava l'ordinanza di demolizione innanzi al TAR Basilicata.

7. Con sentenza n. 575/2019 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata respingeva il ricorso.

8. Il sig. D'Aponte ha proposto appello avverso l'indicata pronuncia del TAR Basilicata.

9. Il Comune di Maratea non si è costituito in giudizio.

10. La causa è stata chiamata per la discussione in occasione dell'udienza pubblica del 22.06.2023, a seguito della quale è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

11. Con il primo motivo d'appello si deduce sotto vari profili la violazione della disciplina sul condono, il contrasto fra giudicati e l'eccesso di potere giurisdizionale.

11.1 Il TAR ha ritenuto che sull'istanza di condono presentata nel 2004 non si sia formato il silenzio assenso in quanto l'art 32, comma 37, del D.L. 269/2003 è stato dichiarato incostituzionale con la sentenza della Corte Costituzionale n. 196/2004, nella misura in cui tale norma non prevedeva che le Regioni potessero disciplinare diversamente gli effetti del silenzio del Comune; la fattispecie sarebbe pertanto disciplinata dalla L.R. 18/2004, la quale stabilisce che i Comuni della Basilicata devono definire le domande di condono *“con provvedimento da adottarsi entro il 31 dicembre 2019”*, specificando che il silenzio assenso si forma dopo due anni dalla decorrenza del predetto termine.

L'art 32 co. 25 D.L. 269/2003 non sarebbe invece applicabile al caso di specie in quanto la norma si riferisce esclusivamente agli abusi realizzati entro il 31.03.2003.

Il TAR ha poi rilevato che le opere sono state realizzate in un'area sottoposta a vincolo ambientale/paesaggistico di cui al D.M. 24.05.1966, e pertanto non sono sanabili, essendo state realizzate dopo l'apposizione del vincolo e non rientrando fra i c.d. abusi minori condonabili ai sensi del D.L. 269/2003.

Infine, ad avviso del giudice di primo grado il potere sanzionatorio del Comune non poteva ritenersi sospeso durante la pendenza della domanda di condono in quanto gli abusi sanzionati con l'ordine di demolizione impugnato sono successivi rispetto alla domanda di condono e dunque non sono in essa ricompresi.

11.2 L'appellante ritiene che il TAR abbia errato nel negare la formazione del silenzio assenso sull'istanza di condono presentata in data 10.12.2004; il TAR avrebbe infatti travisato il contenuto della sentenza della Corte Costituzionale n. 196/2004, che non ha inciso sull'art 32, comma 37 della l. 326/2003, norma che disciplina la formazione del provvedimento tacito di assenso.

La formazione del silenzio-assenso, del resto, sarebbe stata accertata con sentenza passata in giudicato n. 225/2008 del Tribunale di Lagonegro, emessa a seguito del giudizio penale relativo all'esecuzione delle medesime opere oggetto della domanda di condono.

Il TAR avrebbe inoltre travalicato i confini esterni della giurisdizione valutando in termini negativi la sanabilità delle opere in assenza di un provvedimento espresso del Comune di Maratea.

Non sussisterebbe, infine, alcun contrasto delle opere con il vincolo esistente sulla zona, come risulta dal parere di compatibilità paesaggistica del 22.04.2008.

11.3 Il motivo non è fondato.

11.3.1 Dirimente è la circostanza che gli abusi sanzionati con l'ordinanza n. 112 del 12.10.2009 (che costituisce l'unico provvedimento impugnato nel presente giudizio) non coincidono, neanche parzialmente, con le opere oggetto della domanda di condono del 10.12.2004, né con quelle oggetto del permesso di costruire in sanatoria del 29.06.2004.

11.3.2. Il permesso di costruire in sanatoria del 29.06.2004, infatti, aveva ad oggetto esclusivamente la modifica planimetrica del fabbricato A con contestuale aumento di volume, mentre la richiesta di condono presentata in data 10.12.2004 e tutt'oggi pendente ha ad oggetto esclusivamente un *“piccolo ampliamento al piano primo sul versante sud est a parziale copertura di un terrazzo coperto da un pergolato e parte del vano scala”* per una volumetria pari a mc 34,52 e mq. 11,70 di superficie utile.

11.3.3. Più specificamente, nella domanda presentata il 10 dicembre 2004 ai sensi della L. 326/2003, le opere oggetto di condono sono state così descritte:

“piccolo ampliamento al piano primo sul versante sud-est mediante la parziale copertura di un terrazzo che ne prevedeva la copertura con pergolato e parte del vano scala, ai fini architettonici non ne viene modificato l'aspetto in riferimento a quanto autorizzato con permesso in sanatoria n. 113 del 29.06.04.....”.

11.3.4. Le opere oggetto dell'ordine di demolizione sono invece quelle rilevate a seguito del sopralluogo del 27.08.2009, consistenti:

(i) nella demolizione e ricostruzione del fabbricato B (mai oggetto di domande di condono), con la creazione di una superficie di 46 mq. rispetto ai 27,20 mq autorizzati

(ii) nella realizzazione, nel fabbricato A, di ulteriori ampliamenti rispetto a quelli oggetto della richiesta di condono, e precisamente: a) nel piano seminterrato: un vano sotto la scala di accesso al primo piano, lungo 1,98 m., largo 1,88 m. ed alto 2,20 m.; l'apertura nel prospetto principale di due vani porta e di una finestra; b) nel piano terra: il collegamento con il corpo B mediante la realizzazione di un vano di 48 mc. con la copertura a terrazzo raggiungibile dal primo piano; una tettoia di 17,45 mc. con accesso dall'esterno; b3) un altro vano di 17,45 mc.; c) nel primo piano: sul prospetto principale un ampliamento di 35,88 mc. e sul versante sud-est un ulteriore

ampliamento “*mediante la copertura del vano scala di mt. 3,00x1,30xh.2,60 = mc. 10,14 circa realizzati già oggetto di condono non definito*”; un ulteriore ampliamento del pergolato di 66,16 mc. rispetto ai 10,14 mc. autorizzati; un altro ampliamento in corso di costruzione di 41 mc.; la copertura a terrazzo invece che a falda come autorizzato con il rilascio della concessione edilizia del 30.5.2000.

11.3.5. Le opere descritte nella domanda di condono del 10 dicembre 2004, dunque, coincidono con quelle descritte nel verbale del 27 agosto 2009 solo per quanto riguarda l'ampliamento realizzato al primo piano sul versante sud-est, precisamente l'ampliamento di una volumetria di 10,14 mc realizzato mediante copertura di parte del vano scala. Tutte le altre opere di cui è stata contestata la realizzazione abusiva non sono state incluse nella domanda di condono.

11.3.6. Tenuto conto del fatto che nel verbale del 27 agosto 2009 si dà atto chiaramente che il testé ricordato ampliamento al primo piano, sul versante sud-est, era già stato fatto “*oggetto di condono non definito*”, è evidente che l'ordine di demolizione del 12 ottobre 2009, pur richiamando genericamente tutte le opere descritte nel verbale del 27 agosto 2009, deve essere interpretato nel senso che non si estende anche alle opere oggetto della domanda di condono, come sopra descritte. Ne consegue che l'ordine di demolizione è legittimo in quanto ha ad oggetto opere non assistite da titolo edilizio e neppure incluse nella domanda di condono del 10 dicembre 2004, non ancora esitata.

12. Con il secondo motivo d'appello si deduce l'erroneità del capo di sentenza che ha respinto il terzo motivo di ricorso, a mezzo del quale si faceva valere la natura pertinenziale degli abusi e/o la loro qualificazione come difformità parziali rispetto al permesso di costruire.

12.1 Il TAR ha ritenuto il motivo infondato, rilevando che gli interventi non sono qualificabili come pertinenze in senso urbanistico in quanto hanno comportato un rilevante aumento di volumetria; essi, inoltre, non sono qualificabili come difformità parziali rispetto all'originario titolo edilizio in quanto sono stati realizzati dopo cinque anni dall'ultimazione dei lavori autorizzati con il rilascio della concessione edilizia del 30.05.2000.

12.2 Parte appellante insiste nel sostenere che le opere realizzate, non avendo comportato alcun considerevole aumento volumetrico né alcuna lesione del vincolo paesaggistico, consistono in abusi minori aventi natura pertinenziale e comunque realizzabili tramite DIA o SCIA. Gli abusi, inoltre, comporterebbero una difformità solo parziale rispetto alla concessione edilizia e dunque sarebbero sanzionabili esclusivamente tramite sanzione pecuniaria.

12.3 Il motivo non è fondato.

12.3.1 Deve in primo luogo escludersi che gli abusi possano costituire pertinenze in senso urbanistico-edilizio. Questo Consiglio ha più volte ribadito (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, Sez. II, 24/11/2020, n. 7348) che la natura di pertinenza può essere riconosciuta, ai fini edilizi, in presenza di un oggettivo nesso funzionale e strumentale tra la cosa accessoria e quella principale, nesso tale da consentire esclusivamente la destinazione della cosa ad un uso pertinenziale durevole, il quale emerge se l'opera pertinenziale ha una dimensione ridotta e modesta rispetto alla cosa cui inerisce, tale da rendere l'opera priva di un autonomo valore di mercato e non comportante un carico urbanistico o una alterazione significativa dell'assetto del territorio; sicché non può ritenersi meramente pertinenziale un abuso che, pur avendo proporzione sensibilmente ridotta rispetto all'opera principale, presenta incontestate caratteristiche di rilevante dimensione, di autonomo valore di mercato,

di rilevante carico urbanistico, e occupa un'area diversa e ulteriore rispetto a quella già occupata dal preesistente edificio principale. Pertanto, in materia edilizia la natura pertinenziale è riferibile soltanto ad opere di modesta entità ed accessorie rispetto a quella principale, quali i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici e simili, ma non anche a opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotino per una propria autonomia rispetto a quella considerata principale e non siano coesenziali alla stessa. (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 11/11/2019, n.7689, Consiglio di Stato, sez. VI, 07/03/2022, n.1605). 12.3.2. D'altro canto va anche sottolineato che il rapporto di pertinenzialità può sussistere solo tra opere strutturalmente distinte e distaccate: non può, cioè, predicarsi la pertinenzialità di un'opera che risulti totalmente incorporata nell'opera principale, posto che in tal caso l'intervento si compendia in un ampliamento della superficie e del volume del fabbricato principale, senza che possa ravvisarsi una distinzione tra fabbricato principale e pertinenziale.

12.3.3. Nel caso di specie gli abusi si sono compendati in vari ampliamenti volumetrici dei due corpi di fabbrica, e non nella realizzazione di volumi accessori all'abitazione; pertanto gli abusi contestati non possono ritenersi pertinenziali nei termini sopra precisati.

12.3.4. Deve inoltre rilevarsi che l'appellante non ha fornito alcuna prova volta a dimostrare che gli interventi sanzionati costituiscono difformità parziali rispetto alla concessione edilizia del 2000, non avendo parte appellante provveduto a depositare nel corso del primo grado di giudizio gli atti della pratica edilizia sfociata nel rilascio della concessione edilizia del 30 maggio 2000, né avendo essa dedotto in maniera specifica le ragioni per cui le opere contestate non dovrebbero essere considerate alla stregua di varianti essenziali.

12.3.5. In ogni caso, l'eventuale qualificazione degli abusi come difformità parziali non incide sulla legittimità dell'ordine di demolizione, posto che anche le varianti parziali sono sanzionate con la demolizione e l'eventuale applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, sulla base di un motivato accertamento tecnico (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19/02/2018, n. 1063). La valutazione, cioè, circa la possibilità di dare corso alla applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire: con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere legittimamente realizzate. In sintesi, la verifica ex art. 33, comma 2, va compiuta su segnalazione della parte privata durante la fase esecutiva, e non dall'Amministrazione procedente all'atto dell'adozione del provvedimento sanzionatorio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10/01/2020, n. 254; Consiglio di Stato, Sez. VI, 13/05/2021, n. 3783).

13. Con il terzo motivo d'appello si deduce l'incertezza della sentenza impugnata nell'individuazione della natura e della qualificazione giuridica degli abusi.

13.1. Il motivo, oltre che generico, non è fondato. Al riguardo valgono le considerazioni svolte in occasione dell'esame del secondo motivo d'appello circa la natura degli abusi. In ogni caso, non appare contraddittoria né generica l'affermazione censurata da parte appellante, con la quale il TAR, per negare la natura pertinenziale degli abusi, ha affermato che *“gli abusi edilizi, accertati con il*

sopralluogo del 27.8.2009, non possono essere qualificati come interventi pertinenziali ex art. 3, comma 1, lett. e.6), DPR n. 380/2001, in quanto consistono in ampliamenti volumetrici e/o parti integrante dei fabbricati corpo A e corpo B, mentre le pertinenze urbanistiche sono manufatti accessori e preordinati ad una oggettiva esigenza del fabbricato principale, che perciò hanno una propria individualità fisica e strutturale, anche se destinati a servizio e/o ornamento del preesistente immobile principale”.

14. Con il quarto motivo d'appello si lamenta il difetto di istruttoria e di motivazione e si contesta la sentenza appellata laddove non ha condiviso tali censure, che vengono riproposte e reiterate.

14.1 Il TAR ha rilevato che l'adozione del provvedimento repressivo degli abusi edilizi presuppone un giudizio di tipo analitico-ricognitivo dell'abuso commesso, mentre il giudizio sintetico-valutativo, di natura discrezionale, circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria (disciplinato dagli artt. 33 e 34, comma 2, DPR n. 380/2001 soltanto con riferimento alle ristrutturazioni edilizie abusive o in totale difformità ed agli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire) deve essere verificato soltanto in un secondo momento, cioè nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione.

Ad avviso del TAR risulta inoltre palesemente infondata la doglianza con la quale si deduce il difetto di motivazione dell'ordinanza n. 122 del 12.10.2009; nel predetto provvedimento sono infatti elencati in modo dettagliato ed analitico tutti gli abusi edilizi accertati con il sopralluogo del 27.8.2009.

14.2 Parte appellante sostiene che il provvedimento impugnato sia viziato da difetto di istruttoria per non aver rilevato che gli abusi sanzionati erano già oggetto della richiesta di condono del 10.12.2004 e del permesso di costruire in sanatoria del 29.06.2004.

Il provvedimento ripristinatorio, inoltre, sarebbe carente anche sotto il profilo motivazionale in quanto non indica le norme di legge violate né una descrizione dettagliata degli abusi.

14. 3 Il motivo non è fondato. Il verbale di sopralluogo del 27.08.2009, richiamato nel provvedimento impugnato, contiene una descrizione analitica ed esaustiva degli abusi riscontrati e consente di individuare con esattezza le opere abusive e le ragioni di tale abusività. Da tale descrizione emerge altresì l'estraneità degli abusi rispetto alle precedenti richieste di condono, come meglio specificato sopra. Per il resto devono trovare conferma le affermazioni del TAR, posto che, come è noto, l'attività di repressione degli abusi edilizi non è attività discrezionale, ma del tutto vincolata; ne consegue che l'ordinanza di demolizione ha natura di atto dovuto e rigorosamente vincolato, dove la repressione dell'abuso corrisponde per definizione all'interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi illecitamente alterato, con la conseguenza che essa è già dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione, consistente nella descrizione delle opere abusive e nella constatazione della loro abusività (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 17/03/2022, n.1953; Consiglio di Stato, sez. IV, 05/11/2018, n. 6246; Consiglio di Stato, sez. VI, 06/09/2017 n. 4243). La legittimità dell'ingiunzione demolitoria, dunque, richiede esclusivamente l'affermazione della accertata abusività dell'opera attraverso la descrizione degli interventi abusivi, la constatazione della loro esecuzione in assenza del necessario titolo abilitativo e l'individuazione della norma applicata, esulando ogni altra indicazione dal contenuto tipico del provvedimento.

15. Con il quinto motivo d'appello di denuncia la violazione dell'art 7 l. 241/90 e si contesta l'affermazione del TAR secondo la quale tale carenza sarebbe inidonea a

comportare l'illegittimità dell'ordine di demolizione ai sensi dell'art 21 octies l. 241/90.

15.1 Il motivo non è fondato. L'ordinanza di demolizione costituisce espressione di un potere vincolato e doveroso in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, rispetto al quale non è richiesto alcun apporto partecipativo del privato (Cfr. ex multis Consiglio di Stato, sez. VI, 11/05/2022, n.3707: *“L'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso”*; Consiglio di Stato, sez. II, 01/09/2021, n.6181: *“Al sussistere di opere abusive la pubblica amministrazione ha il dovere di adottare l'ordine di demolizione; per questo motivo, avendo tale provvedimento natura vincolata, non è neanche necessario che venga preceduto da comunicazione di avvio del procedimento”*).

Sono dunque corrette le affermazioni del TAR secondo cui, trattandosi di procedimento vincolato, troverebbe in ogni caso applicazione l'art 21 octies co. 2 l. 241/90, posto che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato.

16. Per le ragioni sopra esposte l'appello deve essere respinto.

17. Non è necessario pronunciarsi sulle spese di lite stante la mancata costituzione in giudizio del Comune di Maratea.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2023 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO