

Publicato il 07/01/2021

N. 00062/2021 REG.PROV.COLL.
N. 01399/2016 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 Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1399 del 2016, proposto da:

Lidia De Palma, rappresentata e difesa dall'avvocato Anna Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Mercato San Severino, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesca Di Renna, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via Casa Manzo,34;

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi n.92 del 24.05.2016, resa dal Comune di Mercato San Severino;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Mercato San Severino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2020, in videoconferenza sulla piattaforma Team, il dott. Igor Nobile e trattenuta la causa in causa in decisione sulla base degli atti depositati, ai sensi dell'art.25, co.2 d.l. n.137/2020;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, ritualmente notificato a mezzo del servizio postale il 26.7.2016 al Comune di Mercato San Severino (Sa), nonché tempestivamente depositato in data 1.8.2016, la ricorrente ha adito questo Tribunale, al fine di ottenere l'annullamento, previa sospensione:

- dell'ordinanza n. 92 del 24.5.2016, notificata il 25.5.2016, con la quale il Comune di Mercato San Severino ha ingiunto la demolizione di opere abusive;

- per quanto occorra, del verbale di accertamento prot. n. 10583 del 4.5.2016;

- di ogni altro atto anteriore, successivo, successivo, preordinato, connesso e consequenziale che comunque possa ledere gli interessi della ricorrente, ivi comprese le note prot. n. 10803 del 6.5.2016 e 12115 del 20.5.2016.

2. In particolare, la ricorrente ha rappresentato quanto segue:

- la medesima è proprietaria di un fabbricato sito in Mercato S. Severino, Corso Umberto I della frazione Curteri, meglio identificato al foglio 13, p.lla n. 178 del N.C.E.U.; la zona su cui il fabbricato ricade è stata sempre classificata quale "B" e con l'intervento del nuovo strumento urbanistico ricade in "ambiti urbani consolidati di tipo A", ove sono previsti sia la ristrutturazione, sia il cambio di destinazione d'uso. Originariamente il fabbricato era costituito da un piano interrato, piano terra, primo, secondo e da un sottotetto con copertura a tetto, il tutto per un'altezza complessiva al colmo pari a mt. 12,80;

- giusta concessione n. 7/D/1997 veniva autorizzata la trasformazione della copertura, da sottotetto a stenditoio, prevedendosi, un'altezza al colmo pari a mt. 2,20 ed alla gronda pari a mt. 1,80, per un'altezza media pari a mt. 2,00.

- i lavori venivano eseguiti ed ultimati il 30.9.1999, come da comunicazione prot. n. 24595 del 5.10.99. Rispetto al titolo assentito, l'opera presentava una diversa altezza, al colmo pari a mt. 2,40 ed alla gronda, pari a mt. 2,00, per un'altezza media pari a mt. 2,20; l'altezza complessiva del fabbricato rimaneva comunque contenuta in mt. 12,80;

- a seguito di accertamento eseguito in data 4.5.2016, l'Ufficio Tecnico contestava che " in luogo dell'autorizzato unico ampio locale sottotetto-stenditoio è stata realizzata una unità abitativa autonoma munita dei necessari impianti tecnologici pavimentata, piastrellata ed intonacata con accesso dal vano scala, costituita da un ampio soggiorno-pranzo, due bagni e due camere da letto. I due servizi igienici sono stati realizzati anche con l'utilizzo di parte dell'aggetto previsto lungo il lato nord dell'immobile con un incremento di superficie utile di 0,90 x 3,20 circa e, quindi per mq. 2,90 circa. È stata inoltre rilevata una maggiore altezza della copertura, realizzata in cemento armato, a doppia falda inclinata e, specificamente, l'altezza utile interna al colmo risulta essere di m. 2,45 circa in luogo dei previsti m. 2,20, mentre alla gronda è stata rilevata l'altezza di m. 2,00 circa in luogo dei previsti m. 1,80; oltre alla realizzazione di bucaure lungo il lato nord ed ovest con funzioni di areazione ed illuminazione dei servizi igienici e del soggiorno pranzo. La rilevata copertura è stata, inoltre, prolungata fino a coprire gli aggetti assentiti lungo i lati sud e nord dell'immobile".

- l'Ufficio, pertanto, ordinava la demolizione di tutte le opere rilevate, ritenendo le stesse in difformità totale rispetto alla concessione n. 7/D/1997;

3. Contro il suddetto provvedimento insorgeva l'epigrafata ricorrente, evidenziando la piena illegittimità degli atti, per i motivi di seguito

sinteticamente esposti e come meglio articolati nel ricorso:

3.1 VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3 E 97 COST., 2, 3 E 7 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I., 27, 31, 32, 33 E 34 D.P.R. N.380/2001 ED ECCESSO DI POTERE

PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE, PRESUPPOSTO ERRONEO, ILLOGICITÀ, PERPLESSITÀ E TRAVISAMENTO. SVIAMENTO.

Il provvedimento impugnato, in maniera sommaria, contesta la difformità totale, rispetto al titolo del 1997, disponendo la demolizione.

Si tratterebbe invece di una parziale difformità dal permesso di costruire rilasciato nel 1997, atteso che da un'altezza media di 2,00 mt, era stata realizzata un'altezza media di mt. 2,20, a fronte di un'altezza al colmo pari a mt. 2,40 e alla gronda pari a 2,00, la cui disciplina sanzionatoria è regolata dall'art.34 D.p.r. n.380/2001. Non sussistendo quindi variazioni essenziali, doveva piuttosto essere applicata la sola sanzione pecuniaria, non potendo la demolizione essere eseguita senza pregiudizio della parte eseguita in conformità.

3.2 VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3 E 97 COST., 2, 3 E 7 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I., 27, 31, 32, 33 E 34 D.P.R. N.380/2001, L.R.C. N. 15/2000 ED ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE, PRESUPPOSTO ERRONEO, ILLOGICITÀ, PERPLESSITÀ E TRAVISAMENTO. SVIAMENTO.

L'intervento realizzato, ai sensi della L.R.C. n.15/2000, sarebbe stato sanabile, quale parziale difformità, in applicazione dell'art. 3 della predetta legge, mediante il recupero del sottotetto esistente e trasformazione dello stesso con relativo cambio di destinazione d'uso.

Vi sarebbero i presupposti per fare applicazione della cd. “sanatoria giurisprudenziale”, tenuto conto che l'opera che è (parzialmente) senza titolo

ma al contempo conforme alla disciplina urbanistica (dunque avrebbe potuto essere autorizzata dietro regolare istanza).

Nel caso di specie si dovrebbe infatti considerare che l'immobile, anche con gli interventi successivi, ha conservato l'altezza originaria; se, infatti, risulta modificato nella copertura, non potrebbe tralasciarsi che tale modifica, se non per l'eccesso di 20 cm., era stata autorizzata con autonoma concessione edilizia (7/D/1997).

Peraltro, l'immobile è collocato dallo strumento urbanistico in zona compatibile con la vocazione residenziale ("B" all'epoca, "ambiti urbani di trasformazione di tipo A", ad oggi) e si inserisce in un contesto edificato, in zona centrale, privo di vincoli.

Sotto altro aspetto il ripristino della vecchia altezza assentita (mediante opere di demolizione e costruzione del tetto secondo la vecchia previsione) non sarebbe preclusiva per la richiesta di ampliamento, ai sensi del vigente Piano Casa.

3.3 VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3 E 97 COST., 2, 3 E 7 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I., 27, 31, 32, 33 E 34 D.P.R. N. 380/2001, L.R.C. N. 15/2000, L.R.C. N. 9/1983 ED ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE, PRESUPPOSTO ERRONEO, ILLOGICITÀ, PERPLESSITÀ. TRAVISAMENTO. SVIAMENTO.

Sarebbe parimenti errato l'assunto per cui l'opera sia stata realizzata in assenza della preventiva **autorizzazione sismica**, in quanto:

- l'intervento ha riguardato solo la copertura dell'edificio, in forza di un titolo edilizio regolarmente assentito;
- la parziale difformità è in corso di regolarizzazione.

3.4 VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 2, 3 E 97 COST., 2, 3 E 7 L. 7.8.1990 N. 241 E S.M.I., 27, 31, 32, 33 E 34 D.P.R. N.

380/2001, L.R.C. N. 15/2000, L.R.C. N. 9/1983 ED ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI ISTRUTTORIA E DI MOTIVAZIONE PRESUPPOSTO ERRONEO, ILLOGICITÀ, PERPLESSITÀ E TRAVISAMENTO. SVIAMENTO.

L'ordinanza impugnata non reca alcuna motivazione rispetto al pubblico interesse (diverso dal mero ripristino della legalità) idoneo a sacrificare la posizione del privato. Nella specie, se si considera che l'intervento in difformità ha determinato una variazione di circa 20 cm., si dovrebbe giocoforza ritenere che l'ordinanza avrebbe dovuto recare puntuale motivazione, tenuto vieppiù conto del fatto che a monte vi era un titolo edilizio assentito.

Inoltre, l'incremento di 20 cm, sulla totalità delle opere assentite, rende impossibile anche l'ottemperanza all'ordine demolitorio, atteso che è evidente il pregiudizio che si arrecherebbe alla parte conforme, in caso di esecuzione della demolizione.

Vi sarebbe pertanto un ulteriore deficit motivazionale, essendo obliterata anche tale valutazione, con conseguente eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione, che vizierebbe ab origine il provvedimento impugnato.

4. In data 22.9.2016 si è costituito in giudizio il Comune intimato, per resistere al ricorso, e per sostenere la correttezza dell'operato degli uffici amministrativi, per le ragioni meglio articolate nel relativo atto defensionale.

5. Con ordinanza n.633/2016, pubblicata il 28.9.2016, questo Tribunale ha accolto la richiesta di adozione della misura cautelare, evidenziando che “la domanda cautelare – per l'emergenza d'un irreparabile pregiudizio – si presta ad essere favorevolmente delibata, onde pervenire alla definizione del merito re adhuc integra”;

6. Seguiva la presentazione di articolate memorie;

7. All'udienza del 25 novembre 2020 la causa è stata quindi trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. La presente controversia ha ad oggetto l'impugnazione proposta avverso l'ordinanza demolitoria adottata dal Comune di Mercato San Severino per opere eseguite in totale difformità, e comunque con variazioni essenziali, rispetto al titolo edilizio (nella fattispecie rappresentato dalla concessione edilizia n.7/D del 27.3.1997, che aveva autorizzato lavori funzionali alla modifica della destinazione d'uso del sottotetto in stenditoio).

Nel dettaglio, viene contestato:

- “in luogo dell'autorizzato unico ampio locale sottotetto-stenditoio è stata realizzata una unità abitativa autonoma munita dei necessari impianti tecnologici, pavimentata, piastrellata ed intonacata, con accesso dal vano scala, costituita da un ampio soggiorno-pranzo, due bagni e due camere da letto. I due servizi igienici sono stati realizzati anche con l'utilizzo di parte dell'aggetto previsto lungo il lato nord dell'immobile con un incremento di superficie utile di m.0.90 X3,20 circa e, quindi, per mq. 2.90 circa. E' stata inoltre rilevata una maggiore altezza della copertura, realizzata in cemento armato, a doppia falda inclinata e, specificatamente, l'altezza utile interna al colmo risulta essere di m, 2,45 circa in luogo dei previsti m.2.20, mentre alla gronda è stata rilevata l'altezza di m. 2,00 circa in luogo dei previsti m. 1.80; oltre alla realizzazione di bucaure lungo il lato nord ed ovest con funzioni di areazione ed illuminazione dei servizi igienici e del soggiorno pranzo. La rilevata copertura è stata, inoltre prolungata fino a coprire gli aggetti assenti lungo i lati sud e nord dell'immobile”.

2. In via preliminare, occorre scrutinare l'eccezione di irricevibilità del ricorso formulata dalla difesa del Comune resistente nella memoria di costituzione.

Osserva il Comune che il provvedimento impugnato è stato notificato alla ricorrente il 25.5.2016, mentre la notifica del ricorso, realizzata in proprio dal difensore (ex art.3 L.53/94), è avvenuta il 27.7.2016 (quindi oltre il sessantesimo giorno dalla conoscenza dell'atto gravato), senza possibilità di applicare il meccanismo anticipatorio degli effetti tipici della consegna all'ufficiale giudiziario.

L'eccezione in parola non è stata espressamente controdedotta dalla difesa della parte ricorrente.

Al riguardo, il Collegio osserva quanto segue:

- l'ordine demolitorio è stato notificato all'odierna ricorrente il 25.5.2016, come affermato dalla difesa nel ricorso introduttivo (e confermato dalla relata esibita in atti a corredo del provvedimento);

- il ricorso è stato notificato dall'originario difensore della ricorrente, ai sensi della L.n.53/94, avvalendosi allo scopo del servizio postale. Da quanto si evince dalla documentazione in atti, la raccomandata a.r., contenente il ricorso, è stata consegnata alle Poste il 23.7.2016 (entro il sessantesimo giorno dalla conoscenza del provvedimento) e, successivamente, è stata ricevuta presso la casa comunale il 26.7.2016 (quindi, oltre il sessantesimo giorno dalla conoscenza dell'atto gravato). Ad avviso della difesa comunale, alla notifica effettuata dal difensore non sarebbe applicabile il meccanismo della scissione degli effetti perfezionativi della notifica, che per il ricorrente di regola avvengono con la mera consegna del plico all'Ufficiale Giudiziario (o all'ufficio postale), in forza dei principi individuati dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n.477/2002;

- la giurisprudenza largamente maggioritaria (cfr., Consiglio di Stato, 13.4.2010, n.2055; Tar Firenze, 5.12.2013, n.1674; Tar Pescara, 29.10.2009, n.641), condivisa dalla Sezione, opina nel senso che il principio invocato dalla Corte Costituzionale nella summenzionata sentenza, in tema di scissione degli

effetti della notifica per il notificante e per il notificato, operi anche in relazione alle notifiche curate dal difensore ai sensi dell'art.3 L.n.53/94, stante l'identità di ratio rispetto alle notifiche tradizionali. D'altra parte, il co.3 del predetto art.3 rinvia alla disciplina delle notifiche a mezzo del servizio postale, di cui alla L.n.890/82.

3. Nel merito, il ricorso è infondato per le ragioni che seguono, avuto riguardo ai motivi di ricorso formulati dalla parte ricorrente nel ricorso introduttivo e come in sintesi riportati al punto 3 della parte in fatto (e relativa sottonumerazione).

Con il gravato provvedimento, il Comune ordina la demolizione per le opere in questione, ai sensi del combinato disposto di cui all'art.33, co.1 D.p.r. n.380/2001 (interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'art.10, co.1, in assenza o in totale difformità dal permesso di costruire) e 32 D.p.r. n.380/2001 (determinazione delle variazioni essenziali rispetto al permesso di costruire), che a sua volta richiama l'art.31 D.p.r. n.380/2001 (interventi in assenza, totale difformità o con variazioni essenziali rispetto al permesso di costruire, comportanti la realizzazione di un organismo edilizio diverso, ovvero con realizzazione di volumi ulteriori autonomamente utilizzabili).

4. Con il motivo di ricorso sub 3.1, la ricorrente contesta l'applicazione dell'art.31 D.p.r. n.380/2001, in combinato disposto con l'art.32, nella parte in cui ha ritenuto che l'intervento realizzato costituisce difformità totale dal titolo, e ha per l'effetto ingiunto la demolizione delle opere, mentre avrebbe dovuto in realtà trovare applicazione l'art.34 D.p.r. n.380/2001, recante disciplina delle difformità parziali e, con esso, la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria (prevista in termini generali) con quella pecuniaria (cd. fiscalizzazione dell'abuso edilizio, ai sensi del co.2).

In merito, il Collegio evidenzia che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, la possibilità di ricorrere alla fiscalizzazione dell'abuso, ai

sensi dell'art.34, co.2 D.p.r. n.380/2001, anche ove astrattamente ammissibile, non rileva quale motivo di illegittimità del provvedimento demolitorio, spettando unicamente al privato inciso, con apposita istanza da presentarsi in fase esecutiva della demolizione (cfr., *quam multis*, Tar Brescia, 1.10.2020, n.679; Tar Veneto, 5.2.2019, n.160, ma v. anche di questa Sezione, sentenza 30.11.2020 n.1820), dimostrare (unitamente ai presupposti oggettivi di applicazione) il grave e irreparabile pregiudizio arrecato dall'eventuale demolizione alla porzione lecita dell'immobile.

Del resto, come osservato dalla difesa del ricorrente, la sanzione demolitoria costituisce l'ordinario rimedio anche a fronte di parziale difformità, come previsto dall'art.34, co.1.

Peraltro, non può sfuggire, in primis alla difesa del ricorrente, che- trattandosi di intervento di ristrutturazione edilizia ai sensi dell'art.33 D.p.r. 380/2001- il co.2 della prefata disposizione ammetta la possibilità di fiscalizzazione anche in presenza di "totale difformità". In tali ipotesi, l'istante potrebbe fare valere la possibilità di fiscalizzazione, ai sensi dell'art.33, co.2, dando dimostrazione ai competenti uffici delle difficoltà che il ripristino arrecherebbe alla staticità dell'immobile, sempre tuttavia in un momento successivo all'adozione dell'ordine demolitorio (v., in tal senso, Consiglio di Stato, 10.1.2020, n.254; Tar Napoli, 2.10.2019, n.4706).

Il motivo di ricorso non può quindi essere favorevolmente apprezzato.

5. Con il motivo di ricorso sub 3.2, la ricorrente invoca la possibilità di applicazione del meccanismo cd. della "sanatoria giurisprudenziale", per il tramite dell'art.3 lr. Campania n.15/2000 e s.m.i., in tema di recupero dei sottotetti esistenti, con contestuale mutamento di destinazione d'uso, da stenditoio ad abitazione, posto che i lavori per la realizzazione del sottotetto sarebbero stati realizzati nel 1999 e, solo dopo l'entrata in vigore della Legge sul Piano casa, il sottotetto sarebbe stato trasformato in locale con

destinazione abitativa. La ricorrente sottolinea la modesta difformità dell'altezza media (mt. 2,20 contro quella assentita di mt.2,00), nonché la circostanza per cui l'immobile è collocato, dal punto di vista urbanistico, in contesto centrale urbanizzato, privo di vincoli.

Anche doglianza non può essere accolta, a ciò ostando molteplici ragioni:

- in primo luogo, si osserva che la sanatoria cd. "giurisprudenziale", ossia volta a considerare la sanabilità rispetto alla sola normativa sussistente al momento della domanda di sanatoria, non è ammissibile, stante il frontale contrasto con il principio di legalità (v., in tal senso, tar Napoli, 1.6.2020, n.2104). La sanatoria di un abuso edilizio è infatti ammissibile solo al ricorrere della cd. doppia conformità, ossia la conformità dell'opera sia con riguardo alla normativa sussistente al momento della realizzazione che a quella vigente al momento di presentazione dell'istanza;

- in secondo luogo, come risulta anche dalla nota prot.n.24216 dell'11.10.2017, versata in atti dal Comune in data 24.10.2017, non risulta depositata, da parte della ricorrente, alcuna istanza di sanatoria, né ai sensi del D.p.r. n.380/2001, e tanto meno secondo le previsioni della l.r. Campania n.15/2000 e s.m.i..

Esula pertanto dalla cognizione della presente controversia il tema della sanabilità delle opere, né la valutazione circa la possibilità di conseguire, eventualmente, la sanatoria potrebbe inficiare la legittimità dell'ingiunzione demolitoria, la quale costituisce, come detto, l'ordinario rimedio repressivo a fronte di abusi comportanti difformità dal permesso di costruire.

6. Con il motivo di ricorso sub 3.3, la ricorrente contesta l'asserita carenza dell'**autorizzazione** prevista dalla normativa **sismica**.

Si tratta, a ben guardare, di un argomento superato dall'avvenuto rilascio dell'**autorizzazione** in sanatoria, giusto provvedimento del Genio civile di Salerno prot.n.774408 del 24.11.2007.

Tale circostanza, peraltro, non è idonea a superare, per quanto sopra chiarito, le ragioni fondative del provvedimento demolitorio.

7. Con il motivo sub 3.4, la ricorrente ha censurato la carenza motivazionale in cui sarebbe incorsa l'autorità procedente, che ha ommesso di addurre qualsivoglia valutazione sul pubblico interesse alla rimozione delle opere, avuto riguardo inoltre al lasso di tempo (oltre venti anni) intercorso dalla realizzazione delle contestate opere, e quindi all'affidamento ingenerato nella ricorrente circa la conformità delle stesse.

In proposito, come correttamente evidenziato dalla difesa del Comune resistente, giova richiamare il consolidato e condiviso orientamento giurisprudenziale, secondo cui l'attività di repressione degli illeciti edilizi ha di regola carattere "reale", in quanto tende ex sé al ripristino della legalità violata, senza che abbiano rilevanza le condizioni soggettive in cui versa il soggetto destinatario della sanzione (cfr., *quam multis*, Tar Ancona, 30.10.2020, n.625) ovvero il tempo intercorso tra la violazione e l'accertamento della stessa (v., Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n.9 del 17.10.2017).

8. Per le ragioni sopra evidenziate il ricorso va respinto, in quanto infondato. Sussistono nondimeno valide ragioni per compensare le spese di giudizio, tenuto conto della particolarità della vicenda e delle questioni evocate, nonché della sopravvenienza al ricorso della citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania, Sezione Staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2020, in videoconferenza sulla piattaforma Team, con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere

Igor Nobile, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Igor Nobile

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO