



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 6936 del 2021, proposto da Giacomo Russo, rappresentato e difeso dall'avvocato Alfredo Ricci, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

*contro*

il Comune di Prata Sannita (Caserta), in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Massimo Di Nezza, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del T.a.r. per la Campania (Sezione sesta) n. 1316 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Prata Sannita (Caserta);

Viste le memorie delle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Giuseppe La Greca;

Udito nell'udienza pubblica del 28 novembre 2024 l'avv. Massimo Di Nezza per il Comune di Prata Sannita; nessuno presente per la parte appellante;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1.- Oggetto della domanda di annullamento proposta con il ricorso introduttivo di prime cure era l'ordinanza n. 27/2019 (e verbale presupposto) con cui il Comune di Prata Sannita ordinava all'odierno appellante la demolizione delle opere edilizie abusive ivi descritte sul sito catastalmente identificato al foglio 9, particella 57, sub 3, e particella 5115.

1.2.- Le ragioni poste a base del provvedimento erano indicate nel contrasto con le norme di tutela e con le previsioni dello strumento urbanistico. Più precisamente, il Comune evidenziava:

- il contrasto dell'intervento edificatorio con il PTP vigente e con lo strumento urbanistico comunale;
- la connotazione di zona sismica dell'area (dm 7 marzo 1981);
- la presenza di un vincolo paesistico ambientale (dm 4 settembre 2000).

1.3.- Il ricorrente deduceva vizi procedimentali, la lesione del legittimo affidamento oltre che la violazione del regolamento edilizio il quale non avrebbe qualificato come 'volume' un sottotetto, quale quello di specie, di altezza media netta inferiore a metri 2,20.

1.4.- Con un successivo ricorso per motivi aggiunti la domanda caducatoria era estesa ai provvedimenti di irrogazione della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-*bis* d. P.R. n. 380 del 2001 e all'atto di accertamento di inottemperanza all'ordine di demolizione e contestuale acquisizione gratuita del bene e relativo sedime.

1.5.- Con sentenza n. 1316 del 2021, il T.a.r. per la Campania, sez. VIII in parte dichiarava inammissibile (quanto al verbale della Polizia locale) e in parte rigettava (quanto all'ordinanza di demolizione) il ricorso introduttivo; accoglieva parzialmente il ricorso per motivi aggiunti con conseguente annullamento del provvedimento acquisitivo, con salvezza degli ulteriori provvedimenti del Comune.

1.5.1.- Premessa l'infondatezza dei vizi c.d. procedurali, in relazione all'ordinanza di demolizione l'iter argomentativo del T.a.r. era così articolato: *«Quanto, poi, alla abusività del piano sottotetto, parte ricorrente sostiene che esso non potrebbe configurare un volume urbanisticamente rilevante, alla luce di quanto prescritto dall'art. 28 delle n.t.a. (e già riportato al precedente punto 1.1) e tenuto conto che esso ha un'altezza netta media inferiore a 2,20.*

*L'ordine di idee di parte ricorrente non è tuttavia condivisibile, poiché omette di considerare che nel rapporto di servizio prot. n. 2453/2019 (il cui contenuto è trasfuso nella gravata ordinanza), si dà atto della "trasformazione del sottotetto di progetto ad unità immobiliare composta da due ampi vani, un ripostiglio e un vano WC". Difetta, dunque (né parte ricorrente ha fornito sul punto prova contraria), il requisito della non abitabilità e dell'effettivo utilizzo del sottotetto per una delle destinazioni (deposito, stenditoio, magazzino ... ecc.) che – unitamente al parametro dell'altezza – consentirebbero di non computare il sottotetto a fini volumetrici.*

*Inoltre, la difformità dal progetto assentito emerge chiaramente dalla lettura della relazione tecnica illustrativa allegata alla concessione per il rifacimento della tettoia con diversa inclinazione (n. 9 del 26/7/2002 – all. 6 al ricorso per motivi aggiunti), in cui viene specificato che il sottotetto non muterà destinazione e sarà adibito a deposito occasionale».*

1.5.2.- In relazione al provvedimento acquisitivo il T.a.r. riteneva carente di istruttoria e non motivata l'individuazione dell'area da acquisire.

2.- Avverso la predetta sentenza ha interposto appello la parte privata la quale ne ha chiesto la riforma sulla base di doglianze così articolate:

1) Error in iudicando. Violazione di legge (d. P.R. n. 380 del 2001, art. 3 l. n. 241 del 1990, art. 97 Cost., d. lgs. n. 42 del 2004, art. 28 NTA), eccesso di potere sotto diversi profili. Sostiene l'appellante che:

- la struttura del sottotetto sarebbe sussumibile nella definizione dell'art. 28 del regolamento edilizio comunale, essa avrebbe una difformità di altezza rispetto a quella di progetto ma con un'altezza interna media netta che sarebbe inferiore ai 2,20 metri;

- tale configurazione non si porrebbe in contrasto con la normativa urbanistica e paesaggistica poiché asseritamente inidonea a generare volume;

- la definizione di «sottotetto» contenuta nel regolamento edilizio ammetterebbe anche la realizzazione di servizi accessori e tecnici, nozione all'interno della quale potrebbe ragionevolmente farsi rientrare anche il realizzato locale W.C., atteso che il sottotetto sarebbe suddiviso in due vani e in un ripostiglio, senza che ciò determini l'abitabilità dello stesso;

- il T.a.r. non avrebbe considerato che il sottotetto, per caratteristiche intrinseche relative all'altezza, non può essere abitabile;

- la presenza di arredo avrebbe al più potuto determinare un ordine di sgombero;

2) Error in iudicando. Violazione di legge (d.P.R. n. 380 del 2001, art. 3 l. 241 del 1990, art. 97 Cost.), eccesso di potere sotto diversi profili, violazione dei principi di proporzionalità, ragionevolezza e legittimo affidamento. Sostiene l'appellante che:

- sarebbe stato violato il legittimo affidamento del privato considerato che le opere sarebbero minimamente difformi rispetto ad un permesso a costruire regolarmente rilasciato nell'anno 2002; illegittimamente il Comune non avrebbe motivato il provvedimento in ragione del tempo trascorso e sul sotteso interesse pubblico, stante l'inerzia dell'Amministrazione nel controllo del territorio;

- la parte da demolire, poiché funzionalmente e strutturalmente collegata con la parte legittimamente assentita, comprometterebbe l'intera struttura, pregiudicando il diritto fondamentale di abitazione del privato;

3) Error in iudicando, violazione artt. 3, 10 l. n. 241 del 1990, d. P.R. n. 380 del 2001; difetto di motivazione ed eccesso di potere sotto diversi profili. Erroneamente il T.a.r. avrebbe omesso di annullare l'atto di irrogazione della sanzione ex art. 3, comma 4-bis, d. P.R. n. 380 del 2001 e, comunque, di rilevare che la sanzione sarebbe stata adottata nella misura massima, quantunque l'appellante avesse – secondo quanto esposto – provveduto alla parziale demolizione delle opere.

3.- Si è costituito in giudizio il Comune di Prata Sannita il quale, con distinte memorie, ha contrastato le pretese dell'appellante evidenziando che:

- la natura vincolata del procedimento avrebbe esonerato la parte pubblica dal motivare in relazione all'interesse pubblico sotteso e dall'inviare la comunicazione di avvio del procedimento anche in relazione all'atto acquisitivo;

- nessun legittimo affidamento potrebbe, nel caso di specie, ritenersi formato stante la realizzazione di mq. 85 di superficie abusiva abitabile.

4.- In data 27 febbraio 2024 l'appellante ha presentato segnalazione certificata di inizio attività (SCIA) ai sensi dell'art. 37, comma 4, d. P.R. n. 380 del 2001 per l'accertamento *«della conformità urbanistica ex art.37 comma 4 del d.P.R. 380/2001 e la compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art.17 comma 1 del d.P.R. 31/2017, di una parte delle opere eseguite in difformità alle concessioni edilizie»* precedentemente rilasciate (cfr. relazione tecnica allegata alla medesima SCIA). Ne è derivato che, con ordinanza n. 2083 del 2024, questo Consiglio di Stato ha disposto misura istruttoria (art. 65 c.p.a.) volta alla acquisizione – facendo carico dell'adempimento al Segretario dell'appellato Comune di Prata Sannita – di documentati chiarimenti circa: *«a) [...] l'idoneità di detta SCIA a costituire, nel caso di specie, titolo abilitativo in avuto riguardo alla connotazione delle*

*opere abusive sia sul versante urbanistico, sia sul versante paesaggistico specie con riguardo alla considerazione separata dalle altre opere eseguite in difformità [...];*

b) [...] *l'emanazione di provvedimenti in conseguenza di detta SCIA».*

5.- Detta ordinanza è stata eseguita dalla appellata civica Amministrazione la quale, con nota n. 1938 2024, ha rappresentato che:

- in conseguenza della parziale ottemperanza dell'ordine di demolizione impugnato in prime cure, con atto n. 29 del 56 maggio 2021 ha acquisito al patrimonio comunale (art. 31 d. P.R. n. 380 del 2001) le opere non demolite e che, sebbene ritualmente notificato, tale provvedimento non sarebbe stato impugnato;

- non sarebbe dimostrata la c.d. doppia conformità;

- l'appellante non sarebbe *«legittimato»* alla presentazione della SCIA poiché ormai non più proprietario del bene, acquisito al patrimonio comunale;

- l'unità immobiliare avrebbe già costituito oggetto di applicazione dell'art. 10 PRG (aumento di volume per adeguamento igienico sanitario per cucina e bagno) giusta concessione edilizia n. 10 datata 8 ottobre 1987, sicché non sarebbe possibile usufruire di un doppio aumento premiale di volume per adeguamento igienico sanitario e funzionale;

- la SCIA in sanatoria presentata dalla parte privata non sarebbe idonea a costituire titolo edilizio sul rilievo che le opere non risulterebbero conformi alla disciplina urbanistico-edilizia vigente poiché avrebbero dato luogo all'aumento di volume e all'alterazione della sagoma dell'immobile;

- l'intervento non sarebbe idoneo a conseguire l'accertamento di compatibilità paesaggistica poiché, in presenza di nuove superfici e volumi, non integrerebbe i presupposti di cui all'art. 167, comma 4, d. lgs. n. 42 del 2004;

- in relazione alle opere descritte nei punti «a») e «g») del quadro sinottico (pag. 5 della nota istruttoria, rispettivamente: *«a-chiusura di parte dell'ingresso al piano primo che avviene tramite una scala da un vicoletto di Via Acquaro, mediante taglio e creazione di muratura.*

*Le lavorazioni hanno determinato variazioni prospettiche nonché un aumento volumetrico di circa mc 9,80 [...]» e «g-incremento volumetrico dell'ambiente cucina di circa mc 7,80»*), le opere avrebbero dato luogo ad aumenti di volume non configurabili nell'ambito delle tolleranze, considerato che la disciplina delle tolleranze sarebbe entrata in vigore nel 2020 (d.l. n. 76 del 2020), in data successiva alla loro realizzazione (il relativo accertamento sarebbe avvenuto il 16 luglio 2019);

- sull'area insisterebbe il vincolo paesaggistico giusta d.m. 28 marzo 1985;
- nessun provvedimento espresso sarebbe stato adottato in conseguenza della predetta SCIA in sanatoria.

6.- In data 9 novembre 2024 l'appellante ha proposto istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 36-*bis* d. P.R. n. 380 del 2001 la cui definizione è stata dal Comune sospesa in attesa della decisione dell'odierno giudizio (cfr. nota prot. n. 5407 del 19 novembre 2024, deposito di parte pubblica di pari data).

7.- All'udienza pubblica del 28 novembre 2024, presente il solo procuratore di parte pubblica il quale si è riportato alle già rassegnate domande e conclusioni, l'appello, su richiesta dello stesso, è stato posto in decisione.

8.- L'appello, alla stregua di quanto si dirà, non è meritevole di accoglimento.

9.1. - In primo luogo va rilevato che, in ragione delle risultanze della misura istruttoria disposta da questo Consiglio di Stato, dalla quale è emerso che il Comune non ha ritenuto la SCIA in sanatoria proposta dall'appellante avere la forza di un titolo abilitativo (valutazione la cui correttezza è stata implicitamente riconosciuta dall'appellante con la successiva presentazione di una nuova istanza ai sensi dell'art. 36 bis d.P.R. n. 380 del 2001), persiste l'interesse della parte privata alla decisione della controversia nel merito.

9.2.- Detto interesse non è qui eliso neppure dall'avvenuta presentazione della citata istanza prevista dall'art. 36-*bis* d.P.R. n. 380 del 2001. Su un piano generale (al netto delle valutazioni che il Comune opererà, a monte, circa l'ammissibilità dell'istanza),

essa «non può influire sull'esito del giudizio, data la giurisprudenza secondo cui la presentazione della richiesta di sanatoria non incide sulla legittimità dell'ordinanza di demolizione ma solo sulla sua efficacia (tra le tante si v. Cons. Stato, sez. VII, sent. n. 7680 del 2023 e sez. II, sentt. n. 714 e n. 1708 del 2023)» (Cons. Stato, sez. II, n. 7486 del 2024). D'altronde, l'esito del presente giudizio è del tutto inidoneo a condizionare, in modo diretto o indiretto, le valutazioni sulla predetta istanza che il Comune dovrà, comunque, porre in essere.

10.- Premesso che il perimetro della cognizione di questo Consiglio di Stato è limitato ai provvedimenti impugnati in prime cure, le censure veicolate con il primo motivo d'appello riguardanti la conformità o meno del c.d. sottotetto alla previsione urbanistica locale (art. 28 regolamento edilizio comunale) sono infondate.

10.1.- La citata disposizione regolamentare stabilisce che *«I sottotetti non abitabili non vengono computati nel volume consentito se l'altezza media interna netta, misurata dal pavimento all'intradosso del solaio di copertura, non supera 2,20 ml nei confronti di falde con inclinazione non superiore al 35% e se destinati a depositi, stenditoi, magazzini e/o servizi accessori e tecnici. Detti locali devono essere proporzionati, per ampiezza e per numero alla consistenza delle unità immobiliari cui sono asserviti. L'aerazione e/o illuminazione dei locali sottotetti, sia abitabili che non, può avvenire sia mediante lucernari e/o asole ricavate nelle falde, che mediante abbaini o simili. La dimensione complessiva delle aperture non può superare 1/10 della superficie della copertura a tetto».*

10.2.- Ora, la descrizione dell'intervento riportata nel verbale di sopralluogo del 16 luglio 2019 e riprodotta nell'impugnata ordinanza di demolizione evidenzia un assetto dell'intervento volto a trasformare l'originario progettato sottotetto in una unità immobiliare *«composta da due ampi vani, un ripostiglio e un vano WC [...] con variazioni prospettiche e volumetriche dell'immobile»*, con la conseguenza di porre il medesimo intervento di fuori del campo di applicazione dell'art. 28 del regolamento edilizio il quale si occupa dei *«sottotetti non abitabili»*, quale quello di specie correttamente è stato considerato non essere, al di là delle sue connotazioni



dimensionali. La configurazione descritta e la presenza della scala interna di collegamento tra il vano e il piano sottostante non potevano che condurre il Comune all'attribuzione della connotazione di sottotetto abitabile.

10.4.- In presenza dell'abuso edilizio l'Amministrazione comunale non poteva limitarsi ad un ordine di sgombero, come ritenuto dalla parte appellante, ma, come avvenuto, doveva adottare l'atto di ripristino.

10.5.- In tal senso, peraltro, non può essere utilmente invocata in questa sede la presenza di pregiudizi – peraltro indimostrati – discendenti dall'ordine di demolizione per la parte legittimamente assentita. Non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di rilevare eventuali pregiudizi per la parte di immobile regolarmente assentita, gravando tale onere, e comunque non in questa fase, casomai a carico del privato. Quindi, in ordine al paventato pregiudizio che la demolizione delle opere sanzionate comporterebbe per l'immobile, la ricorrente, nel caso di specie, non ha fornito alcun principio di prova in ordine all'effettiva sussistenza dello stesso, e comunque, secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, *«l'ingiunzione di demolizione deve costituire la prima ed obbligatoria fase del procedimento repressivo, in quanto la sanzione demolitoria ha natura di diffida e presuppone solo un giudizio di tipo analitico-ricognitivo dell'abuso commesso, laddove il giudizio sintetico-valutativo (e, pertanto, discrezionale) circa la rilevanza dell'abuso e la possibilità di sostituire la demolizione con la sanzione pecuniaria è richiesto ai fini della legittimità del successivo provvedimento, identificabile nell'ordine vero e proprio indirizzato agli organi amministrativi deputati all'esecuzione in danno, atto eventualmente da adottare in caso di mancata ottemperanza da parte del privato. Né dalla lettura delle norme è possibile desumere un obbligo a carico della P.A. di effettuare tale tipo di valutazione in una fase preliminare rispetto alla adozione dell'ordine di demolizione; anzi, dalla lettura delle norme pare desumersi il contrario e, cioè, che in primo luogo la pubblica amministrazione, accertata la presenza di un abuso edilizio, è obbligata ad adottare l'atto di diffida*

*nei confronti del responsabile, anche nella considerazione che la sanzione pecuniaria costituisce sanzione alternativa di carattere eccezionale.*

*Il superiore assunto, ovviamente, non esclude che, in una fase successiva, d'ufficio e/o su motivata richiesta dell'interessato, la P.A. possa procedere ad effettuare tale tipo di valutazione» (Cons. giust. amm. sic., sez. riun., par. n. 575 del 2022 e giurisprudenza ivi citata).*

11.- Infondato è anche il secondo motivo d'appello.

11.1.- In ordine alla lamentata violazione del principio del legittimo affidamento (qui correlata anche alla presenza di opere di asserita modesta entità) da parte dell'Amministrazione, va ricordato che l'ordine di demolizione è atto vincolato e non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di questo con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione; né vi è un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, e l'interessato non può dolersi del fatto che l'amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi.

11.2.- Non sussiste, pertanto, la dedotta violazione del principio del legittimo affidamento in quanto, la pretesa inerzia dell'Amministrazione comunale, non può in alcun modo far divenire legittimo ciò che sin dall'inizio era illegittimo, ossia l'edificazione abusiva conosciuta e realizzata dal ricorrente che, quindi, non può affatto lamentare il mancato precedente intervento dell'Ente (in tal senso, *ex aliis*, Cons. giust. amm. sic., sez. riun., par. n. 179 del 2024).

11.3.- In conclusione, è infondato il denunciato vizio di motivazione, stante l'adeguatezza degli elementi addotti dall'Amministrazione comunale a sostegno del provvedimento impugnato, così come non si ravvisa alcun difetto di istruttoria, e pertanto, l'ordinanza di demolizione è immune dai vizi procedurali dedotti.

12.- Il rigetto della domanda di annullamento dell'ordinanza di demolizione esclude i lamentati profili di illegittimità derivata del provvedimento di irrogazione della sanzione pecuniaria; quanto alla «misura» della stessa, la relativa (asserita) erroneità, in ragione della parziale demolizione del bene, non risulta compiutamente censurata con il ricorso per motivi aggiunti di primo grado.

13.- Conclusivamente, l'appello va rigettato con conseguente conferma dell'impugnata sentenza.

14.- Le spese del presente grado di giudizio seguono la regola della soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la parte appellante alla rifusione, in favore del Comune di Prata Sannita, delle spese del presente grado di giudizio che liquida in € 3.000,00 (euro tremila/00), oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Thomas Mathà, Consigliere

Giuseppe La Greca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppe La Greca**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Montedoro**

IL SEGRETARIO

WWW.LAVORIPUBBLICI.IT