



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3085 del 2024, proposto dal signor Giuseppe Petretta, rappresentato e difeso dagli avvocati Raffaele Izzo e Linda Cilia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avvocato Raffaele Izzo in Roma, via Boezio, 2;

contro

Comune di Santo Stefano del Sole, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Oreste Agosto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

dei Signori Roberto D'Amore, Giancarlo D'Amore e Antonia Fiore, non costituiti in giudizio;

per la riforma parziale

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, sezione seconda, n. 352 del 2 febbraio 2024, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale del Comune di Santo Stefano del Sole;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 19 novembre 2024 il consigliere Carmelina Adesso e uditi per le parti gli avvocati Linda Cilia e Aristide De Vivo, su delega dell'avvocato Oreste Agosto.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del giudizio è il provvedimento prot. n. 3275 del 6.7.2023 con cui il Comune di Santo Stefano del Sole ha disposto: a) l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire in sanatoria n. 15 del 26 novembre 2021, rilasciato ai sensi degli artt. 31 ss. l. 47/1985 (c.d. primo condono), e avente per oggetto l'ampliamento dell'edificio residenziale di proprietà del signor Petretta Giuseppe; b) la demolizione di un manufatto adibito a deposito, dei "muri di contenimento" e di una tettoia, relativi al medesimo fabbricato; c) il parziale annullamento d'ufficio dell'ingiunzione di demolizione prot. n. 3132 del 30 giugno 2023, emessa nei confronti dei proprietari confinanti, signori D'Amore Roberto, D'Amore Giancarlo e Fiore Antonietta.

2. Il provvedimento veniva impugnato dal signor Petretta con ricorso al T.a.r. per la Campania, Salerno, che con sentenza n. 352 del 2 febbraio 2024:

- a) accoglieva le censure relative all'annullamento in autotutela del permesso di costruire n. 15/2021 e alla demolizione dei "muri di contenimento" e della tettoia;
- b) respingeva le censure relative alla demolizione del manufatto ad uso deposito, al difetto di motivazione dell'ordine di demolizione e all'annullamento dell'ingiunzione

di demolizione prot. n. 3132 del 30 giugno 2023 emessa nei confronti nei confinanti per violazione delle distanze;

c) dichiarava assorbiti gli ulteriori motivi;

d) compensava tra le parti le spese di giudizio.

3. Con l'appello in trattazione il ricorrente chiede la riforma della sentenza per le seguenti ragioni:

I. Violazione dell'art. 112 c.p.c.; violazione degli artt. 54, c. 1, e 64, c. 3, c.p.a.; riproposizione dell'istanza non esaminata ai sensi dell'art. 101 c.p.a.; deposito di documenti ai sensi dell'art. 104, c. 2, c.p.a.

II. Violazione degli artt. 3, c. 1, lett. e.6), e 31 d.P.R. 380/2001; violazione dell'art. 3 L. 241/1990; violazione dell'art. 112 c.p.c.; riproposizione dei motivi non esaminati ai sensi dell'art. 101 c.p.a.

III. Violazione dell'art. 31 L. 1150/1942, dell'art. 10 L. 765/1967, dell'art. 4 L. 10/1977; violazione degli artt. 31 e 48 L. 457/1978; violazione e falsa applicazione dell'art. 31 d.P.R. 380/2001; violazione dell'art. 3 L. 241/1990; violazione dell'art. 112 c.p.c.; riproposizione dei motivi non esaminati ai sensi dell'art. 101 c.p.a. (violazione e falsa applicazione della l. 64/1974, della L. n. 1086/1971, della l.r. Campania n. 9/1983 e ss.mm.; violazione e falsa applicazione dell'art. 15 d.P.R. 380/2001).

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 d.P.R. 380/2001; violazione degli artt. 10, 10-bis e 3 L. 241/1990; violazione dell'art. 97 Cost.

V. Violazione del d.P.R. 380/2001; violazione della L. 241/1990; violazione dell'art. 97 Cost.; riproposizione dei motivi non esaminati ai sensi dell'art. 101 c.p.a.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Santo Stefano del Sole che, in data 13 giugno 2024, ha notificato appello incidentale avverso i capi nn. 1 e 2 della sentenza, relativi all'annullamento d'ufficio del permesso di costruire, lamentandone l'erroneità per *“ERROR IN IUDICANDO, VIOLAZIONE ART. 35, COMMI 5,*

6, 7, 8 E 9, IN RELAZIONE AL TERZO COMMA LETTERA B) DELLA LEGGE N. 47/1985- TRAVISAMENTO- ERRONEITA' DELLA MOTIVAZIONE E DIFETTO DI ISTRUTTORIA- ECCESSO DI POTERE GIURISDIZIONALE- VIOLAZIONE ART. 111 DELLA COSTITUZIONE- ARBITRARIETA'- ERRONEA APPLICAZIONE DELL'ART. 35, COMMA 3, LETT. B) DELLA LEGGE N. 47/1985''.

5. Nel corso del giudizio l'appellante ha depositato: a) gli avvisi di ricevimento attestanti la notifica del ricorso ai controinteressati; b) la ricevuta di pagamento della costruzione di una legnaia del 3/03/1936; c) il contratto per opere di falegnameria del 10/03/1932; d) la ricevuta di esattoria comunale del 29/03/1939; d) la relazione di stima per la riparazione del locale deposito del 10/02/1966; e) dichiarazione asseverata dello stato legittimo del deposito del 9/03/2024.

6. Con ordinanza n. 1684 del 8 maggio 2024 è stata accolta l'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata.

7. In vista dell'udienza di trattazione entrambe le parti hanno depositato memorie di replica.

8. All'udienza del 19 novembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. In via preliminare, il collegio rileva l'integrità del contraddittorio, avendo l'appellante depositato la copia degli avvisi di ricevimento attestanti l'avvenuta notifica dell'appello ai controinteressati, signori Roberto D'Amore, Antonia Fiore e Giancarlo D'Amore. Inoltre la circostanza che vi sia in atti la prova del perfezionamento della notificazione dell'appello incidentale del Comune soltanto nei confronti di Roberto D'Amore e Giancarlo D'Amore e non di Antonia Fiore è irrilevante in punto di ammissibilità di tale gravame, in quanto in questa sede i predetti tre soggetti sono cointeressati dell'amministrazione e, pertanto, non potrebbero subire alcun effetto negativo da un ipotetico accoglimento dell'impugnazione incidentale.

9.1. Sempre in via preliminare, va dichiarata l'infondatezza - oltre che l'inammissibilità - dell'eccezione di inammissibilità dell'appello, formulata dal Comune in sede di memoria di replica e, quindi, oltre i termini di cui all'art. 73, comma 1, c.p.a. L'appello reca, infatti, puntuali censure ai capi 4 e 5 della sentenza, relativi al corpo di fabbrica adibito a deposito, come emerge *per tabulas* dalla mera lettura dell'atto.

10. Deve essere parimenti disattesa l'eccezione di inammissibilità dei documenti depositati in appello dal signor Petretta (cfr., *supra*, § 5 lett. b, c, d): si tratta, invero, di atti - in parte oggetto di fortuito ritrovamento da parte dell'interessato dopo la definizione del giudizio di primo grado - che sono estremamente risalenti nel tempo e che il collegio reputa indispensabili ai fini della corretta datazione del manufatto per cui è causa.

10.1 Per tale ragione, il collegio ne dispone l'acquisizione agli atti del giudizio ai sensi dell'art. 104 c.p.a.

11. L'appello principale è fondato.

12. Con tre motivi di appello, che possono essere esaminati congiuntamente per ragioni di connessione e di sinteticità degli atti, il ricorrente lamenta l'omesso esame, da parte del giudice di primo grado, di due documenti utili ai fini della prova dell'antioriorità del locale adibito a deposito sia alla l. 765/1967 che alla l. 1150/1942 (segnatamente, la ricevuta del 3/03/1936 e la relazione di stima economica del 10/02/1966). Evidenzia, inoltre, la natura pertinenziale del locale in questione e la sussistenza di un valido titolo edilizio, consistente nella nota del Sindaco del 24/10/1985. Precisa, infine, che l'intervento in questione rientrava nel più favorevole regime previsto dall'art. 48 l. 457/1978 che per gli interventi di manutenzione straordinaria prevede la formazione del silenzio assenso.

13. Le censure sono fondate nei termini di seguito esposti.

14. Per costante giurisprudenza, l'onere della prova della datazione dell'opera realizzata *sine titulo* incombe sul privato (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VII 24/03/2023 n. 30111; sez. VI, 12/10/2020, n.6112). La prova deve essere rigorosa e fondarsi su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi (Cons. Stato, sez. VI, 20/04/ 2020 n. 2524).

14.1 In omaggio ai principi di ragionevolezza, proporzionalità e logicità e allo scopo di scongiurare l'imposizione di un onere probatorio impossibile da adempiere, avuto riguardo alla risalenza nel tempo dei manufatti, laddove il privato porti a sostegno della propria tesi sulla realizzazione dell'intervento prima di una certa data elementi rilevanti e non equivoci (aerofotogrammetrie, dichiarazioni sostitutive di edificazione o altre certificazioni attestanti fatti che costituiscono circostanze importanti), il Comune è tenuto a valutarli debitamente, non potendosi limitare a fornire elementi incerti in ordine alla data di presumibile realizzazione del manufatto (Cons. Stato sez. VI, 08/11/2023 n. 9612).

15. Nel caso di specie, a sostegno della tesi dell' anteriorità al 1967 del manufatto adibito a deposito l'appellante ha fornito, sia in sede procedimentale che nel giudizio di primo grado, la seguente documentazione:

- i) l'istanza datata 25 settembre 1979 con cui l'allora proprietario chiedeva la concessione per la ricostruzione di manufatto crollato- ma già esistente- adibito a legnaia e deposito attrezzi agricoli di dimensioni coincidenti con quelle dell'attuale deposito, salva l'altezza interna che è passata dai precedenti 2,50 metri agli attuali 3,00 metri (doc. 7 deposito primo grado ricorrente);
- ii) l'istanza datata 17 ottobre 1985 con cui il medesimo proprietario chiedeva al Sindaco il rilascio di copia della licenza o un attestato della concessione edilizia richiesta in data 25 settembre 1979 per la ricostruzione del locale (doc. 8);

iii) la nota del Sindaco del 24 ottobre 1985 che, in riscontro all'istanza sopra indicata, attestava l'avvenuto rilascio in data 25 ottobre 1979 da parte della C.E.C. del parere favorevole alla ricostruzione del deposito (doc. 9);

iv) le aerofotogrammetrie del 1955 e del 1974 dalle quali, nonostante sfocatura dell'immagine, si apprezza la presenza di un manufatto sulla medesima particella 760 su cui insiste oggi il deposito per cui è causa. Ad esse si aggiunge il fotogramma del 5 dicembre 1980 che conferma la localizzazione di un fabbricato sulla medesima particella (doc. n.ri 10 e 11).

16. Ai documenti sopra richiamati si aggiungono quelli depositati nel presente grado di giudizio, di cui è già stata disposta l'acquisizione ai sensi dell'art. 104 c.p.a. (cfr., *supra*, § 10).

16.1 Rilevano, in particolare, in quanto provenienti dalla stessa amministrazione, la ricevuta rilasciata dal Comune in data 3 marzo 1936 per la costruzione della legnaia e quella dell'esattoria comunale, con bolli e timbri, del 29 marzo 1939 relativa a "terreno con abitazione" e "attiguo forno con deposito" (doc. 1 e 4), entrambe afferenti al deposito sito sul terreno di proprietà dell'appellante.

17. Le sopra richiamate evidenze documentali-non contestate dall'ente-confermano, quindi, che il deposito era esistente, con basi in muratura e sostegni in legno, quanto meno dal 1936 e che è stato ricostruito, a seguito di crollo, nell'anno 1979 con una volumetria leggermente inferiore (altezza 2,50, anziché 3,00) e con sostegni in muratura, anziché in legno.

18. L'intervento di ricostruzione dei sostegni in legno crollati rientra, inoltre, tra gli interventi di manutenzione straordinaria contemplati dall'art. 31 lett. b) l. 457/1978 e assoggettati ad autorizzazione *per silentium* ai sensi dell'art. 48 della medesima legge, tant'è che, con istanza del 27 marzo 1986, l'allora proprietario chiedeva la sanatoria *ex art. 47/1985* unicamente degli interventi realizzati sul fabbricato principale con esclusione del deposito in quanto già assentito ai sensi della citata

legge del 1978 (cfr. permesso di costruire in sanatoria n. 15/2021: doc. 6 deposito primo grado ricorrente).

19. A fronte dei plurimi elementi di prova, forniti dall'interessato già in sede procedimentale, in ordine alla preesistenza del deposito, il Comune si è limitato ad osservare che: i) non vi è evidenza agli atti dell'ufficio della concessione datata 30 ottobre 1979, indicata nell'atto notarile del 12 novembre 2020, senza, tuttavia, considerare che, con ogni probabilità, il riferimento (errato) era al parere C.E.C. del 25 ottobre 1979, trattandosi di intervento soggetto ad autorizzazione *ex art.* 48 l. 457/1978 e non a concessione; ii) non vi è evidenza del manufatto nelle aerofotogrammetrie anni 80-90, laddove l'interessato ha prodotto aerofotogrammetrie dalle quali risulta, invece, una costruzione sulla particella 762 a far data dal 1955; iii) la mancanza dell'autorizzazione sismica, senza, tuttavia, considerare che il Comune di Santo Stefano del Sole è stato incluso nell'elenco delle zone sismiche con il D.M. 7.03.1981, ossia in epoca successiva alla ricostruzione del deposito.

20. Le sopra esposte considerazioni rendono evidente il difetto di istruttoria e di motivazione dell'ordinanza di demolizione con riferimento sia all'accertamento dell'epoca di realizzazione del manufatto e sia alla sussistenza di idoneo titolo edilizio ai sensi della l. 457/1978.

21. L'accoglimento dei motivi in esame determina l'annullamento dell'ordinanza di demolizione anche con riguardo al manufatto ad uso deposito, con conseguente assorbimento dei motivi quarto (difetto di motivazione) e quinto (avverso il provvedimento prot. n. 3132 del 30/06/2023) nonché dei motivi di primo grado riproposti *ex art.* 101 c.p.a.

22. Per le ragioni sopra indicate l'appello principale deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, deve essere accolto integralmente il ricorso n.r.g. 1330 del 2023 con conseguente annullamento del

provvedimento prot. n. 3275 del 6.7.2023 anche in relazione al fabbricato ad uso deposito.

23. Passando all'esame dell'appello incidentale del Comune, esso si appalesa infondato.

24. Con esso il Comune censura il capo della sentenza che ha accolto i motivi proposti avverso l'annullamento in autotutela del permesso in sanatoria n. 15/2021.

24.1 Deduce, al riguardo, che: i) contrariamente a quanto sostenuto dal T.a.r., il provvedimento di annullamento del permesso di costruire in sanatoria è stato adottato entro un termine ragionevole. Nel caso di mancanza del certificato di idoneità statica, inoltre, l'interesse pubblico finalizzato alla tutela della pubblica incolumità è *in re ipsa*;

ii) il T.a.r. ha erroneamente applicato l'art. 35 comma 3 lett. b) l. 47/1985 senza considerare i commi successivi e, in particolare, il comma 9 che impone il certificato di idoneità statica per le costruzioni eseguite nelle zone sottoposte a vincolo sismico; iii) il giudice di primo grado ha espresso una "pronuncia anticipatoria", non consentendo al Comune di verificare la validità e ammissibilità del certificato di idoneità statica depositato dall'appellante in data 17/11/2023.

25. Le censure devono essere disattese, atteso che:

i) il provvedimento di annullamento del permesso di costruire n. 15 del 26 novembre 2021 è stato adottato in data 6 luglio 2023, ossia oltre il termine di dodici mesi previsto dall'art. 21 *nonies* l. 241/1990. La disposizione è chiara nel sancire che, per un verso, il termine ragionevole è solo quello "*comunque non superiore a dodici mesi*" e che, per altro verso, il termine suddetto decorre dal momento dell'adozione del provvedimento. Né, d'altra parte, emerge dalla motivazione del provvedimento la sussistenza di una delle ipotesi che ne consentono il superamento ai sensi del comma 2 *bis* del medesimo art. 21 *nonies*;

ii) il provvedimento impugnato motiva l'annullamento in autotutela del permesso di costruire sul rilievo che *“si è verificata l'assenza del Certificato di Idoneità Statica dell'intero fabbricato in quanto la parte oggetto di sanatoria è parte integrante dell'intero corpo di fabbrica – Circolare Ministero dei Lavori Pubblici del 30/07/1985 n. 3357/25 – (G.U. 8-8-85, n. 186)”*.

La motivazione del provvedimento rinvia, quindi, alla circolare ministeriale, che, al par. 9.1, si occupa del certificato di idoneità statica *ex art. 35, c. 3, lett. b), l. 47/1985*, senza menzionare il comma 9 del medesimo articolo, richiamato dal Comune solo in sede di appello.

Per tali ragioni, il giudice di primo grado ha ritenuto fondate le censure di difetto di motivazione in quanto *“a tenore della circolare del Ministero dei Lavori Pubblici n. 3357/25 del 30 luglio 1985, la certificazione di idoneità statica «deve essere sempre presentata, quando l'opera abusiva superi i 450 mc”* mentre *“nell'autoannullato PdC in sanatoria n. 15 del 26 novembre 2021 si annota che «dalla documentazione tecnico-amministrativa allegata alla domanda [di condono] ... il relativo volume abusivo è pari a mc 420»*.

Il richiamo all'obbligo di presentazione del certificato di idoneità statica, indipendentemente dal volume abusivo, per gli interventi in zone sottoposte a vincolo sismico costituisce, pertanto, un'inammissibile integrazione postuma della motivazione (come eccepito dall'appellante principale: memoria del 9 settembre 2024), per giunta formulata solo in sede di appello.

In ogni caso, l'art. 35, comma 9, l. 47/1085 non è suscettibile di applicazione al caso di specie, in quanto risulta *per tabulas* (né l'amministrazione ha contestato) che le opere oggetto del permesso di costruire in sanatoria n. 15/2021 sono state realizzate nel 1975 (cfr. terza premessa del provvedimento di sanatoria ove si legge: *“domanda [...] per opere ad uso residenziale ultimate nell'anno 1975”*), ossia prima della classificazione del territorio comunale come zona sismica con D.M. del 7.03.1981.

26. Meritano, pertanto, condivisione le conclusioni a cui è pervenuto il giudice di primo grado in ordine al difetto di motivazione del provvedimento impugnato per mancato contemperamento dell'interesse pubblico con quello del privato alla conservazione del titolo edilizio, non potendosi sostenere l'immanenza e la necessaria prevalenza dell'interesse pubblico a cui è strumentale il certificato di idoneità statica che l'interessato non aveva l'obbligo di acquisire.

27. L'appello incidentale deve, quindi, essere respinto.

28. Le spese del doppio grado di giudizio tra il signor Petretta e il Comune di Santo Stefano del Sole, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55.

28.1. La peculiare connotazione della vicenda amministrativa, dove gli altri soggetti privati evocati in giudizio hanno avuto un ruolo non significativo in sede procedimentale, giustifica la compensazione delle spese di lite di ambedue i gradi processuali tra il signor Petretta e le altre parti private.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma parziale della sentenza impugnata, accoglie integralmente il ricorso di primo grado (n.r.g. 1330 del 2023) e conseguentemente annulla totalmente il provvedimento del Comune di Santo Stefano del Sole prot. n. 3275 del 6.7.2023.

- respinge l'appello incidentale.

Condanna il Comune di Santo Stefano del Sole al pagamento a favore del signor Giuseppe Petretta delle spese del doppio grado di giudizio che si liquidano in euro 8.000,00 (ottomila/00), oltre a spese generali e accessori di legge.

Compensa tra il signor Giuseppe Petretta e le altre parti private le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 novembre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Frigida, Presidente FF

Carmelina Adesso, Consigliere, Estensore

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere

Francesco Cocomile, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Adesso

IL PRESIDENTE
Francesco Frigida

IL SEGRETARIO