

Pubblicato il 21/06/2024

Sent. n. 5538/2024

REPUBBLICA ITALIANA

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 900 del 2022, proposto dalle signore -OMISSIS- rappresentate e difese dagli avvocati Giuseppe Lanocita, Simona Corradino e Francesco Lanocita, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

contro

Comune di Salerno, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Nicola Comunale e Anna Attanasio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, (Sezione Seconda), n. -OMISSIS- resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2024 il Cons. Stefano Filippini;

Uditi per le parti l'avvocato Francesco Lanocita, anche in sostituzione degli avvocati Simona Corradino e Giuseppe Lanocita e l'avvocato Nicola Comunale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al T.a.r. per la Campania la sig.ra -OMISSIS- ha chiesto l'annullamento, quanto all'atto introduttivo, dell'ordinanza di demolizione del Sindaco di Salerno n. -OMISSIS- e, quanto ai motivi aggiunti, del provvedimento dirigenziale n. -OMISSIS- recante rigetto dell'istanza di permesso di costruire in sanatoria, *ex art.36 del d.P.R. n.380/2001*, presentata dalla ricorrente medesima in relazione a opere abusive definite come pertinenziali (costituite da piscina di mt. 6,60 x 12,60 con circostante area pavimentata e tettoia in legno con copertura in tegole di mt. 4,90 x 8,25 per 3 metri di altezza massima) rispetto alla propria abitazione sita in Salerno alla via -OMISSIS- (pure oggetto di separata pratica di condono *ex lege n.47/85*).

1.1. Secondo la ricorrente, invero, detti atti amministrativi risultavano affetti da violazione di legge, carenza di motivazione congrua e, comunque, contraddittoria, nonché da eccesso di potere.

1.2. Si costituiva il Comune intimato per contrastare il ricorso, evidenziando come il provvedimento ripristinatorio e il successivo diniego di condono si fondavano su plurimi elementi:

- le opere abusive in questione non costituiscono pertinenza in senso urbanistico, avendo modificato in senso significativo lo stato dei luoghi; inoltre, le stesse accedono a un manufatto illecito sotto il profilo edilizio, per il quale era ancora pendente domanda di condono;

- le opere sono incompatibili con la vigente disciplina urbanistica (Piano urbanistico comunale - PUC), che classifica l'area *de qua* a vocazione agricola "E1", con destinazione al miglioramento ed allo sviluppo dell'agricoltura (cfr. art.105 NTA), sicché vi sono consentiti solo interventi di recupero e riutilizzo del patrimonio esistente; né nel caso potrebbe trovare applicazione l'art. 106 delle medesime NTA che permette l'esercizio di attività ludiche o sportive solo a condizione che ad esse sia riservato un lotto di almeno 4.000 mq. (nella specie carente), che non sia già asservito o comunque impegnato per la costruzione di un fabbricato rurale; inoltre, contrastano con l'atto di asservimento a suo tempo sottoscritto dall'originario titolare della concessione, che prevedeva la destinazione a verde;
- la tettoia realizzata contrasta anche con l'art.189.03 del Regolamento urbanistico edilizio comunale (RUEC), in quanto presenta appoggi verticali ed una sporgenza superiore alla misura di 1,20 metri;
- l'area è collocata in prossimità della limitrofa particella -OMISSIS-, sulla quale insiste vincolo paesaggistico ai sensi del d. lgs. n.42/2004;
- l'opera contrasta con la servitù di elettrodotto per una fascia di mt. 35;
- la ricorrente non aveva la piena legittimazione a richiedere la sanatoria, in quanto era comproprietaria con altri aventi titolo alla richiesta di sanatoria;
- è infondata la censura motivazionale, in quanto le motivazioni sono ampiamente contenute nel parere n.44/2010, comunicato all'istante *ex art.10-bis* L.n.241/90;
- in definitiva, la sanatoria *ex art.36* d.P.R. n.380/2001 non risulta assentibile in quanto difetta, soprattutto, il requisito cd. della conformità urbanistica (sia al momento dell'opera che a quello della presentazione della domanda).

2. Con la sentenza in epigrafe indicata il primo giudice ha rigettato il ricorso, affermando, quanto al provvedimento ripristinatorio, che:

- l'ordinanza di demolizione trova idoneo supporto motivazionale, anche in precedenti provvedimenti amministrativi (il n. -OMISSIS- di diniego dell'istanza di sanatoria presentata il -OMISSIS- con prot.n. -OMISSIS-, che a sua volta richiama la comunicazione dei motivi ostativi, *ex art.10-bis* L.n.241/90, di cui al parere n. -OMISSIS-), tutti puntualmente indicati;
- le opere in questione, quand'anche potessero considerarsi pertinentziali, nella specie sarebbero a servizio di un'opera abusiva, non trovando così applicazione il regime della pertinenza urbanistica, ma la regola generale, ricavabile dagli artt. 3 e 10, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui è da considerarsi intervento di nuova costruzione, come tale assoggettato al regime abilitativo del permesso di costruire (cfr., Cons. Stato, sez. II, 2.12.2020, n.7631, Cons. Stato, sez. I, 2.4.2020, parere n.704 e Cass., pen., 30.5.2012, n.25669);
- al momento dell'adozione del provvedimento demolitorio (2010), l'immobile principale era ancora in una condizione di illecita configurazione del punto di vista edilizio, giacché era pendente l'istanza di condono proposta *ex L.n.47/85* (assentita successivamente, solo nel 2021), sicché deve escludersi in radice che le opere di specie possano essere qualificate come pertinentziali;
- l'istanza di condono relativa all'immobile principale non riguarda solo porzioni accessorie dello stesso, ma coinvolgeva profili più ampi, atteso che si chiedeva il mutamento di destinazione d'uso (da rurale ad abitativo) del fabbricato (aspetto senza dubbio essenziale dal punto di vista urbanistico, elevandone il relativo carico *ex art.32*, lett. a), d.P.R. n.380/2001) e riguardava numerosi interventi abusivi (quali la realizzazione di un locale al piano seminterrato, variazioni prospettiche, la trasformazione dell'intero piano rialzato), incidenti, in una logica di apprezzamento complessivo, sullo stato dei luoghi (cfr. atto n. 55/2021, di rilascio del condono);
- l'ordine demolitorio *ex art.31* d.P.R. n.380/2001 risultava dunque legittimo, atteso che le opere in questione determinavano un'alterazione dello stato dei luoghi in quanto afferenti ad una classificazione urbanistica (quella residenziale) incompatibile con la destinazione d'uso del suolo impressa dallo strumento urbanistico (a vocazione agricola "E1") e, soprattutto, dall'atto di asservimento a verde previsto nel titolo. Mentre, in relazione al diniego di permesso di costruire in sanatoria, pure sostanzialmente fondato sulle medesime ragioni, il TAR evidenziava la genericità delle censure mosse dalla parte.

3. Avverso tale pronuncia hanno proposto il presente appello la sig.ra -OMISSIS-e, in qualità di acquirente dell'intero compendio immobiliare, la sig.ra -OMISSIS- le quali, dopo aver premesso che in data 25.6.2019 il bene era stato trasferito a quest'ultima e che in data 24.3.2021 alla medesima -OMISSIS- era stata rilasciata la concessione n. -OMISSIS- per l'immobile principale (in accoglimento dell'istanza di condono edilizio prot. n. -OMISSIS-), hanno articolato i seguenti motivi di censura:

I - *Error in iudicando* – Violazione di legge (artt. 3, 10, 6, 31 d.P.R. 380/2001; art. 97 Cost.; art. 3 e 4 L. 241/1990; art. 38 L. 47/85, comma 1 e comma 4) – Eccesso di potere (difetto di istruttoria, genericità, falsità del presupposto, travisamento, sviamento); nella sostanza, ribadita la natura pertinenziale delle opere di cui si discute, si lamenta che il Tar avrebbe ommesso di considerare la portata sanante del sopravvenuto condono, con la conseguenza che ora si dovrebbero demolire opere pertinenziali che potrebbero essere realizzate legittimamente.

II- *Error in iudicando* – Violazione di legge (art.36 d.P.R. 380/01) – Eccesso di potere (Difetto di istruttoria, genericità, falsità del presupposto, travisamento, sviamento); sussisteva la legittimazione attiva della ricorrente Sessa rispetto all'istanza di condono, che ben può essere rilasciato anche a seguito dell'istanza di uno soltanto dei comproprietari.

III - *Error in iudicando* – Violazione di legge (art. 5 DPCM 23.04.1992 artt.105.01 e 106.03 NTA del Comune di Salerno artt. 189 e 191 RUEC) – Eccesso di potere (difetto di istruttoria, genericità, falsità del presupposto, travisamento, sviamento). Vengono qui riproposte le censure giudicate assorbite dal TAR in tema di: - servitù di elettrodotto, che si dice insussistente; - destinazione a verde dell'intero lotto, non attuale; - natura pertinenziale della piscina di specie; - inclusione dell'area che è stata individuata come "E1" (area agricola periurbana) nella perimetrazione del centro abitato.

In via istruttoria, l'appellante ha anche richiesto, ai sensi dell'art. 63, comma 2, c.p.a., volersi disporre l'acquisizione degli atti sui quali i provvedimenti impugnati si fondano.

4. Si è costituito anche in appello il Comune intimato che, previa contestazione della carenza di legittimazione attiva della sig.ra -OMISSIS- rispetto alla proposizione del presente gravame, lo ha anche contrastato nel merito con analitica memoria difensiva.

5. Sulle difese e conclusioni in atti, la controversia è stata trattenuta in decisione all'esito dell'udienza del 28.5.2024.

DIRITTO

6. L'appello è infondato.

7. Giova in principalità evidenziare che non risulta condivisibile l'eccezione preliminare del Comune appellato in tema di carenza di legittimazione attiva della sig.ra -OMISSIS- rispetto al ricorso in appello; invero, ai sensi del combinato disposto degli artt. 39, comma 1, c.p.a. e 111 c.p.c., in tema di successione a titolo particolare nel diritto controverso - ossia, nel giudizio amministrativo di tipo impugnatorio, nel titolo sottostante all'interesse legittimo fatto valere in giudizio -, in caso di soccombenza del dante causa e, di riflesso, del successore, l'impugnazione ben può essere proposta dal successore a titolo particolare.

7.1. Nel caso di specie peraltro l'appello è proposto sia dal dante causa che dall'acquirente del bene interessato dai provvedimenti di specie.

8. Quanto al merito dei motivi di gravame, che possono essere trattati in maniera congiunta giusta la sostanziale omogeneità delle ragioni di diritto sottese agli stessi, deve considerarsi che, per pacifica risultanza di causa, i manufatti abusivi di specie (essenzialmente, piscina e tettoia) sono stati realizzati nel 2009, dunque molto tempo dopo la presentazione dell'istanza *ex lege* n. 47/1985 che riguardava l'immobile principale; risulta dunque del tutto erronea la tesi delle appellanti secondo cui la regolarità urbanistica di tali opere abusive dovrebbe essere influenzata dalla predetta risalente domanda di condono (come se, in qualche modo, potessero anch'esse ritenersi comprese nella relativa domanda) e, pertanto, che non debbano essere assoggettate alla sanzione ai sensi dell'art. 38 L. n. 47/85; al contrario, come ripetutamente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, in pendenza di una

domanda di sanatoria l'immobile interessato (nella specie il c.d. principale) resta in una condizione illecita, che inibisce qualsiasi attività eccedente la mera conservazione del bene stesso e, ancor più, la realizzazione di pretese pertinenze.

8.1. Né il successivo rilascio del condono sull'immobile principale (con il citato provvedimento n. 55/2021) può avere riflessi sulla legittimità degli atti amministrativi impugnati nel presente giudizio, in quanto lo scrutinio di legittimità degli stessi è necessariamente legato alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della loro adozione; del resto, la sanatoria non può *ex post* legittimare gli interventi sanzionati con l'ordinanza n. -OMISSIS-, atteso che neppure formavano oggetto della domanda di condono prot. n. -OMISSIS-, in quanto posteriormente realizzati.

8.2. D'altro canto, secondo la condivisa giurisprudenza amministrativa, e come già affermato dal TAR, nel caso in cui il manufatto del quale si invochi la natura pertinenziale sia posto a servizio di un'opera abusiva, non trova comunque applicazione il regime della pertinenza urbanistica, ma la regola generale, ricavabile dagli artt. 3 e 10, d.P.R. n. 380 del 2001, secondo cui è da considerarsi intervento di nuova costruzione, come tale assoggettato al regime abilitativo del permesso di costruire, "*la costruzione di manufatti edilizi fuori terra, ivi inclusi l'installazione di manufatti leggeri, anche prefabbricati e di strutture di qualsiasi genere*" (cfr., Cons. Stato, n. 7631/2020 e n. 704/2020 nonché Cass. pen., n. 25669/2012, cit. *sub* § 2).

8.2.1. E comunque, ad avviso del Collegio, neppure può affermarsi, in astratto, la riconducibilità della piscina al novero delle opere pertinenziali. Il concetto di pertinenza in senso urbanistico-edilizio è completamente diverso da quello civilistico e la piscina, astrattamente considerata, non può considerarsi tale. Invero (cfr. Cons. Stato, sez. VII, 2 gennaio 2024, n. 44), la piscina è una struttura di tipo edilizio che incide con opere invasive sul sito in cui viene realizzata, perciò configura una nuova costruzione *ex art.* 3, comma 1, lett. e), del d.P.R. n. 380/2001 e non, come sostenuto dalle appellanti, una pertinenza urbanistica del fabbricato residenziale. Per condivisibile giurisprudenza tutti gli elementi strutturali concorrono al computo di volumetria dei manufatti, interrati o meno, e fra di essi deve intendersi ricompresa anche la piscina, in quanto non qualificabile come pertinenza in senso urbanistico in ragione della funzione autonoma che è in grado di svolgere rispetto a quella propria dell'edificio cui accede. La piscina, infatti, non può essere attratta alla categoria urbanistica delle mere pertinenze, poiché, sul piano funzionale, non è necessariamente complementare all'uso delle abitazioni e non costituisce sempre una mera attrezzatura per lo svago alla stessa stregua di un dondolo o di uno scivolo installati nei giardini. Inoltre, alla qualificazione della piscina come pertinenza osta pure la considerazione che la stessa comporta una durevole trasformazione del territorio e, sotto il profilo urbanistico, presenta una funzione autonoma rispetto a quella propria dell'edificio cui accede; ragione per la quale non vi è coincidenza con la relativa nozione civilistica. Al riguardo può richiamarsi la giurisprudenza di questo Istituto (Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2020, n. 100; *id.*, 29 novembre 2019, n. 8192; 4 gennaio 2016, n. 19 e 24 luglio 2014, n. 3952; sez. V, 12 febbraio 2013, n. 817) sulla nozione di pertinenza urbanistica, che il Collegio condivide, secondo cui tale nozione è invocabile per opere di modesta entità ed accessorie rispetto ad un'opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici *et similia*. Viceversa, tali non sono i manufatti che per dimensioni e funzione possiedono una propria autonomia rispetto all'opera cosiddetta principale sì da avere una potenziale attitudine ad una diversa e specifica utilizzazione.

Concetti, questi ultimi, che ben paiono attagliarsi alla situazione di specie, laddove piscina e tettoia, peraltro di dimensioni non certo modeste (la prima misura mt. 6,60 x 12,60, con circostante area pavimentata in gres di mt. 13,70 x 15,00; la seconda, in legno con copertura in tegole delle dimensioni di mt. 4,90 x 8,25, di altezza massima mt. 3,00) sono anche ubicate in una propria porzione di terreno distinta da quella ove è ubicato il fabbricato principale. Né la ricostruzione cambia in ragione della dichiarata finalità sottesa alla realizzazione della piscina, ovvero quella (peraltro venuta meno con la vendita dell'intero complesso) di consentirne la fruizione alla ricorrente, siccome affetta da patologia ad effetti invalidanti.

8.3. Costituendo dunque una nuova costruzione, la piscina avrebbe potuto essere realizzata, o avrebbe potuto beneficiare del permesso di costruire in sanatoria *ex art. 36 d.P.R. n.380/2001*, solo in caso di compatibilità con i vigenti strumenti urbanistici e di tutela paesaggistica, requisiti nella specie carenti. A tale proposito, con riferimento in particolare alle ragioni ostative rispetto al rilascio del permesso di costruire in sanatoria, insuperate sono risultate le ragioni di diniego esposte nel provvedimento n. 18 del 05/04/2011, con specifico riferimento (quanto meno) ai profili del contrasto:

- con le prescrizioni della zona omogena "E1" agricola – periurbana, che il P.U.C. ha destinato ad usi agricoli, nella quale è consentita la costruzione di manufatti e fabbricati per l'agricoltura (in tale zona sono previsti solo interventi di recupero e riutilizzo del patrimonio edilizio esistente);

- con l'art. 105 delle N.T.A. (che prescrive per tale zona il rafforzamento del patrimonio a verde e si propone l'obiettivo della tutela e conservazione delle caratteristiche naturali e paesaggistiche, da attuarsi mediante il mantenimento e il potenziamento delle attività produttive connesse con l'agricoltura);

- con gli obblighi imposti dall'atto di asservimento rep. n. -OMISSIS-, a suo tempo sottoscritto dal titolare dell'originaria licenza edilizia n. -OMISSIS-, ai sensi del quale il fondo relativo al fabbricato sarebbe stato impegnato unicamente a verde (vincolo operante anche in relazione al fondo ove sono ubicate le opere di causa, atteso che lo stesso deriva dal frazionamento del 7.12.1991 dell'intera consistenza originaria gravata da vincolo di inedificabilità a favore del Comune, in virtù di atto di asservimento rep. n. -OMISSIS- per notaio dott. -OMISSIS- trascritto alla Conservatoria dei Registri Immobiliari di Salerno al n. 12045, nel quale l'originario beneficiario del titolo edilizio, sig.-OMISSIS- dante causa degli eredi -OMISSIS- aveva dichiarato di impegnare a verde il fondo a servizio del fabbricato rurale).

Né possono ritenersi applicabili, in relazione alla piscina di causa, le previsioni dell'art. 106 delle N.T.A., che consente, limitatamente alle zone individuate periurbane, l'esercizio di attività ludiche, culturali e sportive, purché ad esse sia riservato un lotto minimo di 4000 mq. che non sia già stato asservito o comunque impegnato per la costruzione di un fabbricato rurale; nella specie, invero, difetta dimostrazione della ricorrenza di queste ultime condizioni legittimanti.

Mentre la tettoia, per caratteristiche dimensionali e costruttive, è in contrasto con le prescrizioni dettate all'art. 189.03 del R.U.E.C., secondo cui è consentita la realizzazione di pensiline su finestre, balconi e terrazzi a livello fino ad una sporgenza massima di 1,20 metri, la cui struttura non deve avere appoggi verticali; caratteristiche che non ricorrono nella specie e che impediscono anche la qualificazione della tettoia di causa tra i gazebo e pergolati di cui all'art. 191 RUEC.

9. Tanto considerato, la ricorrenza dei citati elementi ostativi risulta assorbente rispetto agli altri argomenti dell'appellante, atteso che rende legittimo l'ordine di demolizione e preclude, in concreto, il rilascio del permesso in sanatoria, atteso che trattasi di atti plurimotivati, sicché è sufficiente la conferma di un solo motivo di reiezione a sostegno della loro intrinseca legittimità.

10. Gli argomenti sopra esposti esauriscono dunque il *thema decidendum* e risultano assorbenti rispetto ad ogni ulteriore questione proposta dall'appellante, che il Collegio ha comunque considerato e ritenuto non più rilevante.

11. L'appello va dunque integralmente rigettato.

12. Ricorrono tuttavia giustificati motivi, ravvisabili nella peculiarità del caso, per disporre la compensazione delle spese di lite del presente grado.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e all'articolo 9, paragrafi 1 e 4, del Regolamento (UE) 2016/679 del

Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 e all'articolo 2-*septies* del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, come modificato dal decreto legislativo 10 agosto 2018, n. 101, manda alla Segreteria di procedere, in qualsiasi ipotesi di diffusione del presente provvedimento, all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi dato idoneo a rivelare lo stato di salute dell'originaria ricorrente in primo grado.

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

Antonella Manzione, Presidente FF

Cecilia Altavista, Consigliere

Carmelina Adesso, Consigliere

Stefano Filippini, Consigliere, Estensore

Valerio Valenti, Consigliere

L'ESTENSORE

Stefano Filippini

IL PRESIDENTE

Antonella Manzione

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.