

Publicato il 03/06/2024

N. 04973/2024REG.PROV.COLL.
N. 00893/2022 REG.RIC.



REPUBBLI CA I TALI ANA

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 893 del 2022, proposto dal signor -
OMISSIS-rappresentato e difeso dall'avvocato ***** ******, con
domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

il Comune di ******, in persona del Sindaco *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato ***** ******, con domicilio
digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania,
sezione terza, 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 *****;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le istanze di passaggio in decisione senza discussione depositate dalle
parti;

Relatore all'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2024 il Cons. Carmelina Addesso;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il signor-OMISSIS-impugna la sentenza in epigrafe indicata che ha respinto il ricorso volto all'annullamento dell'ordinanza di demolizione n. 322 del 6 aprile 2017 relativa a taluni interventi edilizi realizzati nell'immobile di proprietà sito in *****, via -OMISSIS-, n. *****.

2. A sostegno del gravame l'appellante deduce:

I. *Erroneità e contraddittorietà della motivazione della decisione impugnata - difetto di istruttoria. Eccesso di potere per violazione del giusto procedimento. Inattendibilità dell'attività di accertamento di eventuali abusi edilizi e della loro imputabilità. Indeterminatezza ed indeterminabilità.* Il primo giudice ha erroneamente ritenuto che i c.d. "raster" di Google (termine con cui si indica un certo tipo di immagine della computer grafica) costituiscono idonea prova dell'epoca di realizzazione dell'abuso e che tale circostanza sarebbe sufficiente a legittimare l'omissione della garanzia procedimentale di cui all'art. 7 della l. n. 241/1990;

II. *Violazione dell'art. 31 e dell'art. 33 del d.p.r. 380/2001. Violazione del principio di tipicità dei poteri sanzionatori. Difetto di presupposti di fatto e di diritto. Violazione degli artt. 3, lett. d), 33 e 34 del d.P.R. 380/2001.* Il TAR si è illegittimamente discostato dalla qualificazione dell'intervento operata dall'amministrazione che ha sussunto le opere nella categoria di "ristrutturazione edilizia" e non in quella di "nuova costruzione". Trattandosi di ristrutturazione edilizia e in ossequio al principio di tipicità dei provvedimenti amministrativi, l'amministrazione avrebbe dovuto sanzionare l'intervento ai sensi dell'art. 33 e non dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001;

III. *Violazione dell'art. 31 del d.P.R. 380/2001. Difetto di presupposto.* Il TAR, nel respingere il quinto motivo di ricorso, non ha colto il senso della

censura, relativa non tanto alla mancata indicazione, nel provvedimento impugnato, dei dati catastali dei beni oggetto di eventuale futura acquisizione, quanto all'applicabilità del procedimento sanzionatorio ad un abuso non scorporabile dalla parte legittima e, per di più, ricadente in zona vincolata.

3. Si è costituito il Comune di ***** che ha insistito per la reiezione del gravame.

4. All'udienza del 28 maggio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

5. L'appello è infondato.

6. Con il primo motivo di appello il ricorrente lamenta la contraddittorietà della sentenza impugnata che, pur riconoscendo che i rilievi estratti da "Google earth" (i c.d. *raster*) non hanno carattere certificato e non possono, quindi, costituire prova certa dell'abuso ha, tuttavia, assegnato ad essi un valore indiziario pregnante, tale da legittimare anche l'omissione della garanzia procedimentale di cui all'art. 7 della l.n. 241/1990.

7. Il motivo è infondato.

7.1 Premesso che l'onere di fornire la prova dell'epoca di realizzazione di un abuso edilizio incombe sull'interessato (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2023 n. 9612), la rilevanza a fini probatori delle risultanze di *Google Earth* è stata riconosciuta sia dalla giurisprudenza amministrativa che da quella penale, trattandosi di prove documentali che rappresentano fatti, persone o cose (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2023 n. 3024 che richiama Cass. pen. sez. II 17 ottobre 2022 n.39087; nello stesso senso, Cass. pen. sez. III, 15 settembre 2017, n.48178; sull'idoneità delle immagini di *Google Earth* a provare l'epoca dell'abuso cfr., tra le tante, Cons. Stato, sez.VI, 7 febbraio 2024, n. 1278; *id.* 8 novembre 2023, n. 9612).

7.2 Come evidenziato dal giudice di primo grado, inoltre, la valenza quanto meno indiziaria dei rilievi fotografici in questione risulta corroborata, oltre che dalla certezza circa l'epoca di acquisizione delle immagini visualizzate

(rispettivamente l'11 agosto 2014 e il 29 giugno 2016), anche dalle visure catastali, allegare alla relazione tecnica e richiamate nell'ordinanza impugnata. Queste ultime confermano, in particolare, che l'immobile ha subito nel corso degli anni, per effetto di continui interventi edilizi non autorizzati, una variazione in termini di superficie e di classamento, passando da cat. A/3, classe 2 e consistenza di tre vani nella visura del 14 marzo 2012, a cat. A/3, classe 2, consistenza di otto vani nella visura del 6 maggio 2015 e, infine, a cat. A/7, classe 1, consistenza di otto vani nella visura del 7 settembre 2016.

7.3 A fronte delle evidenze istruttorie sopra richiamate, l'appellante si limita a contestare genericamente l'attendibilità delle rilevazioni fotografiche e a lamentare la violazione dell'art. 7 della l. n. 241/1990, invocando la propria buona fede per aver acquistato l'immobile nello stato di fatto attuale e richiamando, a sostegno, la sentenza del TAR Campania n. -OMISSIS-.

7.4 Gli assunti difensivi non sono, tuttavia, capaci di smentire l'efficacia probatoria dei rilievi fotografici e dei documenti acquisiti in sede istruttoria poiché, da un lato, l'atto di compravendita del 25 maggio 2015 non fornisce alcuna prova dell'originaria consistenza plano-volumetrica e dell'epoca di realizzazione degli interventi che hanno determinato l'attuale conformazione dell'immobile e, dall'altro lato, la sentenza del TAR Campania n. -OMISSIS- è stata riformata da questo Consiglio di Stato con sentenza della sesta sezione n. 5038/2023, le cui statuizioni sono senz'altro applicabili alla fattispecie per cui è causa, data la similarità della vicenda concreta, messa in luce dallo stesso appellante.

7.5 La sentenza sopra citata ha, in particolare, osservato che:

- l'ordine di demolizione è atto dovuto e vincolato e non necessita di motivazione aggiuntiva rispetto all'indicazione dei presupposti di fatto e all'individuazione e qualificazione degli abusi edilizi;
- la natura ripristinatoria (e non anche sanzionatoria) dell'ordine di

demolizione e l'impossibilità di configurare in favore dell'attuale proprietario un affidamento tutelabile alla conservazione dello stato di fatto esistente non consentono di assegnare rilievo né alla condizione di buona fede in cui lo stesso eventualmente versi né al tempo trascorso dalla realizzazione dell'abuso;

- costituisce *jus receptum* il principio secondo cui «*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*» (così Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2022, n. 3707). Tale principio potrebbe conoscere un'attenuazione, se non un correttivo, nei casi di abuso (non per assenza del permesso ma) per totale difformità (dal medesimo) ovvero per variazione essenziale ove fosse controverso e controvertibile – in punto di fatto – l'entità della variazione, ma non nel caso di variazione evidente e vistosa poiché in tal caso opera il meccanismo di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, primo alinea, della l. n. 241 del 1990.

7.6 Le sopra esposte considerazioni, che costituiscono il compendio dei principi costantemente sanciti dalla giurisprudenza, vanno ribadite in questa sede, tenuto conto dell'entità dell'abuso, consistente nella totale trasformazione dell'immobile, con incremento di volume, modifica di sagoma e prospetto, in area assoggettata a plurimi vincoli sul piano ambientale, paesaggistico, sismico e idrogeologico, come dettagliatamente specificato nell'ordinanza impugnata.

7.7 Il primo motivo di appello deve, quindi, essere respinto.

8. Con il secondo motivo di appello il ricorrente deduce l'erroneità della sentenza che ha qualificato l'intervento in questione come nuova costruzione, anziché come ristrutturazione edilizia. Il TAR, discostandosi inammissibilmente dalla qualificazione dell'intervento operata

dall'amministrazione, avrebbe erroneamente disatteso la censura relativa alla violazione del principio di tipicità poiché l'amministrazione avrebbe dovuto obbligatoriamente sanzionare l'intervento ai sensi dell'art. 33 e non ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001.

9. La censura è infondata.

9.1 Nella nozione di nuova costruzione possono rientrare anche gli interventi di ristrutturazione qualora, in considerazione dell'entità delle modifiche apportate al volume e alla collocazione dell'immobile, si sia realizzata una modifica radicale dello stesso. Per giurisprudenza costante, infatti, la ristrutturazione edilizia sussiste solo quando viene modificato un immobile già esistente nel rispetto delle sue caratteristiche fondamentali, mentre laddove esso venga totalmente trasformato, con conseguente creazione non solo di un apprezzabile aumento volumetrico (in rapporto al volume complessivo dell'intero fabbricato), ma anche di un disegno sagomale con connotati diversi da quelli della struttura originaria, l'intervento rientra nella nozione di nuova costruzione (Cons. Stato, sez. VII, 15 gennaio 2024, n. 488; sez. VI, 17 novembre 2023, n. 9865; *id.*, 20 ottobre 2023, n. 9123 e 13 gennaio 2021, n. 423).

9.2 In disparte la circostanza che l'ordinanza n. 322/2017 e la relazione tecnica del 27 marzo 2017 recano unicamente la descrizione delle opere eseguite e della disciplina urbanistica violata, senza alcuna qualificazione dell'intervento in termini di ristrutturazione edilizia (qualificazione da cui il TAR si sarebbe erroneamente discostato, a parere dell'appellante), non è revocabile in dubbio che le opere in questione abbiano determinato un radicale stravolgimento dell'immobile, configurando un intervento di nuova costruzione.

9.3 Giova, sul punto, ricordare che l'abuso contestato consiste: 1) nell'aumento di volume per circa 10,00 mq. e di altezza per m. 6,50, realizzato chiudendo la rientranza del fabbricato che prima si presentava a

forma di “L” e, attualmente, risulta di forma rettangolare; 2) nel cambio prospettico, con trasformazione di finestre in vani ingressi, aperture di finestre e realizzazione di una rientranza adibita a terrazzo; 3) nella realizzazione di una platea in calcestruzzo (cls.) di circa mq. 320 e di altezza media di m.0,25, in adiacenza al fabbricato; 4) nella pavimentazione con sanpietrini del viale di accesso al fabbricato, di circa mq. 140; 5) nella realizzazione, sul varco di accesso alla proprietà, di un cancello in ferro a due battenti, avente una lunghezza di m. 4,40 e un'altezza media di m. 2,30 e di un cancello pedonale di lunghezza di m. 1,50 e di altezza di m. 2,30, entrambi sorretti da tre colonne in muratura; 6) nella realizzazione, sul viale comune alle proprietà che si immette su Via -OMISSIS-, di un ulteriore cancello in ferro a due battenti, avente una lunghezza di circa m. 4,00 e un'altezza media di m. 2,30, sorretto da due colonne in muratura.

9.4 In ogni caso, la qualifica dell'intervento in termini di ristrutturazione piuttosto che di nuova costruzione è irrilevante ai fini della legittimità dell'ordinanza impugnata poiché la possibilità, contemplata dall'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001, di applicazione della sanzione pecuniaria in sostituzione di quella ripristinatoria costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva all'ingiunzione a demolire, sicché in questa fase tale profilo si palesa neutro rispetto all'intimazione ripristinatoria (*ex multis* v. Cons. Stato, sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2417; sez. VI, 25 ottobre 2023, n. 9227).

9.5 La censura deve, quindi, essere respinta.

10. Con il terzo motivo di appello l'appellante deduce che il TAR, nel respingere il quinto motivo di ricorso, non avrebbe colto il *proprium* della censura. Essa, infatti, non attiene al rilievo formale della mancata indicazione dei dati catastali dei beni oggetto di eventuale futura acquisizione, bensì concerne l'applicabilità del procedimento sanzionatorio e della conseguente confisca ad un abuso che non è fisicamente

scorporabile dalle legittime consistenze preesistenti e che, per di più, ricade in zona vincolata, circostanza che comunque ne escluderebbe la futura utilizzazione.

11. Anche tale censura deve essere disattesa.

11.1 Come sopra osservato, l'ingiunzione a demolire costituisce un atto vincolato imposto dall'accertamento della natura abusiva dell'opera realizzata, mentre l'ulteriore valutazione dell'impossibilità di riduzione in pristino e della conseguente sostituzione della sanzione demolitoria con quella pecuniaria costituiscono una mera eventualità della fase esecutiva che non rileva ai fini della legittimità dell'ordinanza. Non occorre, quindi, che il provvedimento ripristinatorio motivi in ordine all'oggettiva possibilità di procedere alla demolizione senza pregiudizio per la parte conforme dell'immobile e all'eventuale fiscalizzazione dell'abuso. L'applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva di cui all'art. 33, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, rappresenta, infatti, un'ipotesi subordinata a cui è possibile ricorrere quando emergano difficoltà tecniche in sede di esecuzione della demolizione (Cons. Stato, sez. VI, 5 maggio 2023, n. 4563).

11.2 Non sussiste, inoltre, alcuna incompatibilità tra l'acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale e quanto sancito dall'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004 che prevede, invece, la riduzione in pristino degli immobili abusivi realizzati in area vincolata poiché, come osservato dalla sentenza del Consiglio di Stato n. 4170/2018, richiamata dagli stessi appellanti a sostegno dell'asserito contrasto, l'acquisizione gratuita per il caso di inottemperanza dell'ordine di demolizione è prevista, ai sensi dell'art. 31 del d.P.R. n. 380/2001, anche per le opere realizzate con variazioni essenziali, tra cui rientrano, ai sensi dell'art. 32 del citato d.P.R., tutte difformità realizzate su opere in zone vincolate, come avvenuto nel caso di specie.

11.3 Anche il terzo motivo di appello deve, in conclusione, essere respinto con conseguente reiezione integrale dell'appello.

12. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento a favore del Comune appellato delle spese del presente grado di giudizio che si liquidano in euro 4.000,00 (quattromila/00), oltre a spese generali e accessori di legge.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (e degli articoli 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità.

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, Estensore

Stefano Filippini, Consigliere

Valerio Valenti, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Adesso

IL PRESIDENTE
Antonella Manzione

IL SEGRETARIO

