

Pubblicato il 27/04/2022

N. 03345/2022REG.PROV.COLL.

N. 00382/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 382 del 2018, proposto dalla -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Cinzia De Giorgi e con domicilio digitale come da *P.E.C.* da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Lecce, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Laura Astuto e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Francesco Baldassarre in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia – Sezione Staccata di Lecce, Sezione Prima, -OMISSIS-, resa tra le parti, con cui è stato respinto il ricorso R.G. n. -OMISSIS-.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Vista l'istanza di sospensione dell'efficacia della sentenza appellata, formulata in via incidentale dalla società appellante;

Vista la memoria di costituzione e difensiva del Comune di Lecce;

Vista l'ordinanza della Sezione VI -OMISSIS-, con cui è stata respinta l'istanza cautelare;

Viste la memoria finale dell'appellante e la replica del Comune di Lecce;

Vista l'istanza dell'appellante di passaggio della causa in decisione;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2022 il Cons. Pietro De Berardinis e udito per il Comune di Lecce l'avv. Laura Astuto;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe la -OMISSIS-. ha impugnato la sentenza del T.A.R. Puglia – Sez. Stacc. di Lecce, Sez. I,-OMISSIS-, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia.

1.1. La sentenza appellata ha respinto il ricorso promosso dalla società contro l'ordinanza del Comune di Lecce del 31 agosto 2016, che le ha ingiunto la demolizione di opere abusive realizzate su area del demanio marittimo, con avvertenza che in caso di inottemperanza sarebbe stata applicata la sanzione pecuniaria massima di € 20.000,00 *ex art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380/2001.*

1.2. In punto di fatto la -OMISSIS-. espone di gestire uno stabilimento balneare sito nel territorio del Comune di Lecce, in località -OMISSIS-, e di essere concessionaria della relativa area del demanio marittimo a seguito di subingresso (avvenuto nel giugno del 2015) nella concessione rilasciata al precedente titolare nel 2009.

1.2.1. L'abuso contestato consiste in una "*struttura di facile rimozione di forma rettangolare, di mq. 84,00 circa, con accesso dal locale bar e cucine esistente, completamente chiuso per i restanti tre lati con pannellature in legno nella parte inferiore con plexiglass e/o vetro nella parte superiore*". Il manufatto ha una copertura esterna di pannellatura in *plexiglass* e interna con incannucciato, mentre "*il basamento dell'opera è composta (sic) da una struttura in legno tipo pedana, ricoperta con del materiale plastico*" (così il provvedimento impugnato).

2. La società impugnava l'ordine di demolizione innanzi al T.A.R. Puglia, Lecce, ma il primo giudice, come detto, con la sentenza gravata ha analizzato i singoli motivi di ricorso e li ha disattesi, in quanto infondati nel merito.

2.1. Nell'appello la -OMISSIS-. contesta le motivazioni e le conclusioni cui è pervenuta la sentenza, deducendo i seguenti motivi:

I) *error in iudicando*, violazione e falsa applicazione dell'art. 35 del d.P.R. n. 380/2001 sotto i profili dell'invocata carenza di legittimazione passiva, eccesso di potere, carenza di istruttoria, erroneità dei presupposti, in quanto la società sarebbe estranea all'abuso contestato – realizzato in epoca anteriore al suo subentro – e dunque non potrebbe essere destinataria dell'ordine di demolizione, poiché nelle previsioni dell'art. 35 del d.P.R. n. 380/2001 l'ingiunzione a demolire presuppone che il destinatario sia il responsabile dell'abuso e non può essere emessa a carico del mero concessionario;

II) *error in procedendo* per violazione e falsa applicazione dell'art. 64, comma 3, c.p.a., *error in iudicando* per motivazione illogica e perplessa e violazione dell'art. 35 del d.P.R. n. 380/2001 sotto altro profilo, perché il T.A.R. avrebbe disatteso il secondo motivo del ricorso sul presupposto erroneo dell'assenza di un permesso di costruire per la pedana in legno oggetto, tra gli altri, dell'ordinanza di demolizione. Il primo giudice ha infatti ritenuto che la richiesta di titolo edilizio per l'opera *de qua*, presentata dal precedente concessionario, sia stata solo istruita in sede di Conferenza di Servizi, e che il provvedimento finale non sia mai stato rilasciato, mentre avrebbe dovuto richiedere al Comune di Lecce ogni utile chiarimento o integrazione documentale in proposito;

III) *error in iudicando*, difetto assoluto di motivazione, violazione e falsa applicazione degli artt. 31, 27 e 35 del d.P.R. n. 380/2001, violazione e falsa applicazione della l. n. 164/2014 e del Codice della Navigazione, violazione e falsa applicazione del d.m. del 4 settembre 1975 e dell'art. 1 del d.P.R. n. 248/2010, perché la sentenza sarebbe erronea nella parte in cui non avrebbe in alcun modo motivato sull'inapplicabilità della sanzione pecuniaria, irrogata in misura massima, rispetto ad abusi contestati su area demaniale. Inoltre, a differenza di quanto erroneamente presupposto nell'ordinanza gravata, l'area su cui sorge il manufatto non ricadrebbe nei casi contemplati dall'art. 27, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001.

2.2. Si è costituito in giudizio il Comune di Lecce, resistendo all'appello di controparte e chiedendone la reiezione, previa reiezione dell'istanza cautelare.

2.3. Con ordinanza della Sezione VI -OMISSIS- è stata respinta l'istanza di sospensione della sentenza appellata, attesa la carenza di *fumus boni juris*.

3. In vista dell'udienza di merito, la società appellante ha depositato memoria finale e il Comune di Lecce memoria di replica.

3.1. L'appellante ha, altresì, depositato istanza di passaggio della causa in decisione sulla base degli scritti difensivi.

3.2. All'udienza pubblica del 19 aprile 2022 è comparso il difensore del Comune di Lecce, quindi il Collegio ha trattenuto la causa in decisione.

4. L'appello è infondato, nonché inammissibile quanto al terzo motivo.

4.1. È, anzitutto, infondato il primo motivo, avente ad oggetto la pretesa estraneità della ricorrente all'abuso contestato: infatti, la giurisprudenza di questo Consiglio (Sez. VI, -OMISSIS-), nell'affrontare la questione dei soggetti destinatari dell'ordine di demolizione nell'ipotesi, prevista dall'art. 35 del d.P.R. n. 380/2001, di opere abusive realizzate su “*suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici*”, ha ricompreso tra i “*responsabili dell'abuso*”, che la disposizione in esame individua quali destinatari del predetto ordine, i soggetti che hanno la disponibilità del bene al tempo dell'adozione della misura sanzionatoria, inclusi i concessionari.

4.1.1. Si ritiene utile riportare di seguito i passaggi della decisione ora riferita che hanno affrontato e risolto nei termini suesposti la questione in esame:

“9. – L'art. 35 d.P.R. 380/2001 dispone che “qualora sia accertata la realizzazione, da parte di soggetti diversi da quelli di cui all'articolo 28” – ossia da parte di amministrazioni statali – “di interventi in assenza di permesso di costruire, ovvero in totale o parziale difformità dal medesimo, su suoli del demanio o del patrimonio dello Stato o di enti pubblici, il dirigente o il responsabile

dell'ufficio, previa diffida non reiterabile, ordina al responsabile dell'abuso la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi, dandone comunicazione all'ente proprietario del suolo"; il tutto con l'espressa precisazione che "la demolizione è eseguita a cura del Comune ed a spese del responsabile dell'abuso".

Ai sensi del precedente art. 31 dello stesso Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia, nel caso in cui sono stati eseguiti interventi edilizi senza la prescritta autorizzazione, l'amministrazione ingiunge "al proprietario e al responsabile dell'abuso" la demolizione dell'opera eseguita.

La giurisprudenza amministrativa ha già avuto modo di affermare che nella nozione di "responsabile dell'abuso" rientri non solo chi ha posto in essere materialmente la violazione contestata ma anche chi ha la disponibilità dell'immobile e che, pertanto, "quale detentore e utilizzatore, deve provvedere alla demolizione restaurando così l'ordine violato" (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 21 novembre 2016 n. 4849 e 23 ottobre 2015 n. 4880).

Ai fini della decisione del presente contenzioso è poi utile rammentare che:

- la categoria dei legittimati a richiedere la sanatoria di un abuso edilizio è più ampia rispetto a quella di coloro legittimati a chiedere il rilascio di un titolo abilitante alla realizzazione di un intervento edilizio;

- infatti, l'art. 11, comma 1, d.P.R. 380/2001 stabilisce che "il permesso di costruire è rilasciato al proprietario dell'immobile o a chi abbia titolo per richiederlo";

- quanto poi alla sanatoria di un abuso edilizio il successivo art. 36 del medesimo Testo unico prevede che l'accertamento di conformità – da rapportare sia al momento di realizzazione delle opere che a quello di presentazione della domanda – possa essere richiesto dal "responsabile dell'abuso", o da "l'attuale proprietario dell'immobile" (e così anche per il c.d. condono edilizio);

- ciò vuol significare che tutti coloro che giuridicamente sono considerati responsabili dell'abuso, come possono richiedere la sanatoria dello stesso sono legittimati passivi dell'esercizio del potere repressivo sanzionatorio di competenza comunale.

10. - Da ciò consegue che il sintagma "responsabile dell'abuso", contenuto in numerose norme del d.P.R. 380/2001 – e quindi anche nell'art. 35 d.P.R. 380/2001 in base al quale è stato adottato l'atto di ingiunzione a demolire le opere realizzate nell'area golenale concessa alla (...) – è riferibile a più categorie di soggetti (persone fisiche o giuridiche), per tale dovendo intendersi lo stesso esecutore materiale ovvero chi abbia la disponibilità del bene, al momento dell'emissione della misura repressiva, ivi compresi, evidentemente, concessionari o conduttori dell'area interessata, fatte salve le eventuali azioni di rivalsa di questi ultimi – oltre che dei proprietari – nei confronti degli esecutori materiali delle opere, sulla base dei rapporti interni intercorsi (cfr. anche, per il principio, mai più messo in discussione, Cons. Stato, Sez. V, 8 giugno 1994 n. 614 e Cons. giust. amm. Sic. 29 luglio 1992 n. 229 nonché, più recentemente, Sez. VI, 31 dicembre 2018 n. 7305).

La relativamente maggiore ampiezza della legittimazione a richiedere la sanatoria, rispetto al preventivo permesso di costruire, trova d'altra parte giustificazione nella possibilità di accordare al predetto responsabile – ove coincidente con l'esecutore materiale delle opere abusive ovvero detentore o utilizzatore delle stesse – uno strumento giudiziario utile al fine di evitare le

conseguenze penali dell'illecito commesso, ferma restando la salvezza dei diritti di terzi (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. IV, 8 settembre 2015 n. 4176).

Nello specifico di quanto è qui di interesse, quanto alla individuazione della figura di “responsabile dell’abuso” su area demaniale concessa dall’autorità ad un terzo è stabile in giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 luglio 2017 n. 3391, 4 settembre 2015 n. 3587 e 30 marzo 2015 n. 1650) il principio in virtù del quale il destinatario della sanzione prevista per gli abusi edilizi è solo il relativo responsabile e non anche il proprietario (se non ha commesso l’illecito e se non sia nella disponibilità e nel possesso del bene), fermo, però, restando che tale responsabilità si verifica, tra l’altro, quando, avendo questi la disponibilità o il possesso dei beni o avendoli acquisiti in un momento successivo, non ne abbia provveduto alla demolizione”.

4.2. Il Collegio condivide pienamente il principio ora espresso in base al quale, per la verifica della legittimità dell’emanazione di un ordine di rimozione di un manufatto abusivo realizzato su un’area demaniale, è sufficiente la qualità di utilizzatore del medesimo manufatto. Invero, è “*responsabile dell’abuso*” non solamente chi ha posto in essere materialmente la violazione contestata, ma anche colui che è subentrato nella titolarità del bene, in modo da potersi avvalere nel tempo successivo alla realizzazione dell’utilità derivante dal bene stesso senza titolo, e che perciò, avendo la disponibilità materiale di detto bene, non è esentato dal dovere di ripristino dello stato dei luoghi, pur senza essere l’autore materiale dell’abuso preesistente.

4.2.1. Del resto, diversamente opinando si giungerebbe a conclusioni contrarie alla *ratio* normativa, nel senso che basterebbe il passaggio del bene ad altro soggetto per eludere la regola che impone il ripristino dello stato dei luoghi, con il risultato paradossale – certamente contrario alla *ratio legis* – di consentire l’immunità delle opere da eventuali misure ripristinatorie (e dunque di fatto sanate) per effetto della mera alienazione da parte di colui che le ha realizzate (cfr. C.d.S., Sez. VI, n. 4880/2015, cit.).

4.2.2. Nel senso dell’ora vista conclusione depono, ancora, la considerazione che l’abuso edilizio dà luogo a un’alterazione permanente dell’ordine urbanistico, laddove l’ordinanza di demolizione ha lo scopo di ripristinare l’ordine stesso, a prescindere dall’individuazione dell’autore dell’abuso (C.d.S., Sez. VI, n. 4880/2015 cit.; cfr., altresì, Sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2266, secondo cui l’ordinanza di demolizione di opere abusive realizzate su terreno demaniale va rivolto nei confronti di chi abbia la disponibilità dell’opera, indipendentemente dal fatto che l’abbia concretamente realizzata, rilevando tale circostanza sotto il profilo della responsabilità penale, ma non ai fini della legittimità dell’ordine di demolizione).

4.2.3. Da ultimo, si osserva in aggiunta che colui che ha la disponibilità del manufatto abusivo e lo utilizza, pur non avendolo materialmente realizzato, va qualificato come “*responsabile dell’abuso*” anche sotto il profilo dell’elemento soggettivo, poiché non solo non pone fine alla descritta situazione di violazione, con effetti permanenti, della disciplina urbanistico-edilizia, ma anzi trae vantaggio dalla violazione stessa, sfruttandola a proprio beneficio: il che è quanto accaduto nel caso di specie, attesa la destinazione del manufatto abusivo a locale ristorante nel quadro della gestione dello stabilimento balneare da parte della società appellante.

4.3. Da tutto quanto detto emerge, in conclusione, l’infondatezza del motivo ora esaminato, senza che occorra approfondire la questione della rilevanza probatoria degli elementi adottati dalla ricorrente a dimostrazione della propria estraneità alla materiale commissione dell’abuso (rilevanza che, peraltro, viene contestata dal Comune di Lecce).

5. Parimenti infondato è il secondo motivo di appello, con cui la -OMISSIS-. torna a sostenere che per una parte dell'opera abusiva (pedana in legno) il precedente concessionario avrebbe chiesto e ottenuto in sede di Conferenza di Servizi il permesso di costruire. Da un lato, dunque, il T.A.R. avrebbe errato nel non effettuare approfondimenti istruttori sulla base del principio di prova fornito dalla ricorrente (la positiva conclusione della Conferenza di Servizi propedeutica al rilascio del titolo) e, perciò, nel non avvalersi del cd. metodo acquisitivo per richiedere al Comune la documentazione comprovante il rilascio del permesso di costruire (documentazione di cui la -OMISSIS-. non avrebbe potuto avere la materiale disponibilità, essendo subentrata nel rapporto concessorio in epoca posteriore). D'altro lato, sarebbe erronea l'affermazione della sentenza appellata secondo cui la trasformazione dell'opera da semplice pedana in legno in vano adibito a locale ristorante escluderebbe, per la sua rilevanza, la possibilità per il privato di beneficiare della (presunta) legittimità della base di calpestio, in quanto il permesso di costruire rilasciato – in tesi – per la pedana in legno renderebbe illegittimo *in parte qua* l'ordine di demolizione, non potendo detta pedana essere demolita.

5.1. Nessuna delle doglianze ora riportate è suscettibile di positivo apprezzamento.

5.2. Anzitutto, manca in atti un vero e proprio principio di prova del rilascio del titolo edilizio per la pedana in legno, dovendosi ritenere, più limitatamente, fornita la prova dell'avvenuta istruzione della pratica edilizia in sede di Conferenza di Servizi: l'esito di questa – nota giustamente il T.A.R. – non sostituisce il permesso di costruire, del cui rilascio non vi è la prova, per l'ottenimento della quale la società avrebbe certamente potuto attivarsi (ad es. tramite apposita istanza ostensiva e, nell'ipotesi di riscontro negativo di questa, promuovendo idonee iniziative per il rilascio del titolo). Risulta, inoltre, anomalo e di dubbia conformità ai canoni di diligenza e buona fede che la società, all'atto del subentro nella concessione, non si sia premurata di verificare che le opere esistenti sull'area assentita fossero assistite da idoneo titolo edilizio e di acquisire dal precedente concessionario copia di detto titolo, di talché non può essere accolta la tesi dell'impossibilità, per la -OMISSIS-. di avere la documentazione comprovante il rilascio del permesso di costruire. Non può essere condiviso, perciò, il tentativo della ricorrente di rovesciare sul Tribunale e sul Comune il mancato assolvimento dell'onere probatorio su di essa gravante.

5.3. Sotto distinto e concorrente profilo, è indubbio che il “passaggio” da una pedana in legno a un locale ristorante di ampie dimensioni (circa mq. 84,00 di superficie), attraverso l'installazione di una struttura in *plexiglas*, abbia comportato la trasformazione dell'organismo edilizio preesistente in uno nuovo, per il quale non risulta essere stata mai avanzata istanza di rilascio del prescritto permesso di costruire (C.d.S., Sez. VI, 23 marzo 2022, n. 2141).

5.3.1. Va quindi respinto il tentativo dell'appellante di “scorporare” la pedana in legno dal manufatto complessivamente realizzato, alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“al fine di valutare l'incidenza sull'assetto del territorio di un intervento edilizio, consistente in una pluralità di opere, va compiuto un apprezzamento globale, atteso che la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprenderne in modo adeguato l'impatto effettivo complessivo. I molteplici interventi eseguiti non vanno considerati, dunque, in maniera “frazionata””* (C.d.S., Sez. VI, 15 aprile 2022, n. 2885; Sez. II, 18 maggio 2020, n. 3164).

6. Con il terzo ed ultimo motivo dell'appello la -OMISSIS-. ha contestato l'inflizione della sanzione pecuniaria, che sostiene non poterle essere applicata, sia perché non prevista dalla legge per gli abusi su aree demaniali, sia perché comunque sull'area demaniale interessata non graverebbe alcun vincolo paesaggistico.

6.1. La doglianza è inammissibile (e lo era anche l'analogha doglianza formulata in primo grado), in quanto l'ordine di demolizione impugnato si è limitato a preannunciare l'irrogazione della sanzione pecuniaria in caso di mancata ottemperanza all'ordine stesso, ma di per sé non l'ha irrogata, tanto è vero che la sanzione è stata poi inflitta con separato provvedimento (l'ordinanza n. -OMISSIS-), versato in atti dalla medesima appellante.

6.2. In ogni caso, la doglianza è priva di fondamento nel merito, sia in quanto la sanzione pecuniaria discende dall'applicazione congiunta dell'art. 31, comma 4-*bis*, e dell'art. 27, comma 2, del d.P.R. n. 380/2001 (e sarebbe irragionevole pretendere, come fa l'appellante, che essa sia limitata agli abusi commessi su aree private), sia in quanto l'area interessata rientra all'interno della perimetrazione del Parco naturale regionale “-OMISSIS-”, come affermato dal Comune di Lecce nella relazione versata in atti in primo grado senza che siffatta affermazione sia stata mai contestata dalla controparte.

7. In conclusione, pertanto, l'appello deve essere respinto.

8. Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio d'appello, attesa l'esistenza di un divergente indirizzo giurisprudenziale in primo grado sulla portata dell'art. 35 del d.P.R. n. 380/2001.

P.Q.M.

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

Compensa le spese del giudizio di appello.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, commi 1 e 2, del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (ed agli artt. 5 e 6 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016), a tutela dei diritti e della dignità della parte interessata, dà mandato alla Segreteria di procedere all'oscuramento della denominazione della società appellante e di ogni altro dato idoneo a identificarla.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2022, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Pietro De Berardinis

Roberto Giovagnoli

IL SEGRETARIO

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