



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 6508 del 2022, proposto da Karin Santomauro, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Bruno e Renata Pepe, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Ministero della Cultura, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato e con domicilio nei suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi, n. 12; Comune di Orria, in persona del Sindaco in carica, SUAP Cilento, non costituiti in giudizio;

nei confronti

di Mario Infante e Giovanni Capo, rappresentati e difesi dall'avvocato Pasquale Scarano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Castiello in Roma, via G. Cerbara, n. 64;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, n. 223/2022, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mario Infante e Giovanni Capo e del Ministero della Cultura;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2024 il Cons. Alessandro Enrico Basilico, udito per i Sig.ri Infante e Capo l'avvocato Alfonso Esposito per delega dell'avvocato Pasquale Scarano, nonché viste le conclusioni scritte delle altre parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'appellante impugna la sentenza che ha respinto la domanda di annullamento del permesso rilasciato in sanatoria al controinteressato, sig. Mario Infante, per la realizzazione di opere finalizzate a destinare alcuni locali di proprietà di quest'ultimo a bar-tabacchi.

2. In punto di fatto, si rileva che il 17 dicembre 2019 il sig. Mario Infante ha presentato la SCIA n. 4630 per la realizzazione d'interventi di manutenzione straordinaria con divisione e mutamento di destinazione d'uso di una parte del fabbricato di proprietà: come si evince dalla relazione tecnica allegata alla segnalazione (doc. 4 depositato dalla ricorrente in primo grado), i lavori avrebbero riguardato il locale cantina e il locale ripostiglio posti al piano terra di un edificio di tre piani e sarebbero consistiti nell'adeguamento igienico sanitario e funzionale dei locali, mediante realizzazione di nuove tramezzature interne e degli impianti, nonché nel mutamento di destinazione d'uso per realizzarvi una sala con angolo bar-

tabacchi, un laboratorio per la preparazione di sostanze alimentari e servizi igienici per i clienti e per il personale dotati di antibagno.

3. Il 15 luglio 2020 lo stesso sig. Infante ha presentato una SCIA per dare avvio all'attività commerciale.

4. Con istanza del 27 ottobre 2020 la sig.ra Santomauro, titolare di un bar nelle vicinanze, ha chiesto al Comune di revocare in autotutela la SCIA n. 4639 del 17 dicembre 2019.

5. Con nota del 10 novembre 2020 l'Amministrazione ha respinto la richiesta, sostenendo la legittimità della SCIA.

6. La sig.ra Santomauro ha impugnato il diniego dinanzi al TAR per la Campania.

7. In seguito, il sig. Infante ha chiesto e ottenuto l'accertamento di compatibilità paesaggistica n. 11 del 6 agosto 2021, previo parere favorevole della Soprintendenza prot. 13324 del 16 giugno 2021, e il permesso di costruire in sanatoria n. 6 del 15 settembre 2021 per il cambio di destinazione d'uso del locale adibito ad attività commerciale di bar-tabacchi.

8. La sig.ra Santomauro ha impugnato i nuovi atti con motivi aggiunti.

9. Il Tribunale ha dichiarato improcedibile il ricorso introduttivo e respinto i motivi aggiunti, compensando tra le parti le spese di lite. In particolare, ha giudicato infondata la tesi della ricorrente circa l'illiceità urbanistica del locale del sig. Infante, prima destinato a deposito e ora ad attività commerciale, ritenendolo legittimato dalla licenza edilizia n. 218/1973 rilasciata al padre; inoltre, ha considerato sanabile il mutamento di destinazione d'uso del locale in quanto non ha comportato alcuna modifica strutturale né alcun aumento di superficie e/o volume.

10. L'interessata ha proposto appello contro la sentenza, chiedendo la concessione di misure cautelari.

11. Nel giudizio di secondo grado si sono costituiti il sig. Mario Infante e il sig. Giovanni Capo, nonché il Ministero della Cultura, tutti resistendo all'impugnativa.

12. Non si sono invece costituiti il Comune di Orra e il SUAP del Cilento, nonostante il gravame sia stato loro regolarmente notificato.

13. Con istanza del 29 luglio 2022 l'appellante ha rinunciato alla domanda cautelare, circostanza di cui il Collegio ha preso atto alla camera di consiglio del 30 agosto 2022.

14. A seguito della presentazione di un'istanza di prelievo, è stata fissata la data per la discussione della causa, in vista della quale sono stati depositati scritti difensivi.

15. All'udienza pubblica del 2 luglio 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

16. Con il primo motivo di appello si deduce: «*Error in iudicando; Violazione e falsa applicazione art. 167 D.lgs. 42/04; Violazione e falsa applicazione art. 36 D.P.R. n. 380/01; Violazione e falsa applicazione art. 9 bis del D.P.R. 380/01; Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost.; Violazione e falsa applicazione Legge n. 241/90; Eccesso di potere; Irragionevolezza e illogicità manifesta; Sviamento*».

In particolare si sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, non sia stata fornita alcuna valida prova della pregressa legittimità dei locali, dato che la relativa licenza non è mai stata rinvenuta negli archivi comunali (come confermato in primo grado dallo stesso Servizio Tecnico dell'Ente con nota del 19 maggio 2021 a riscontro dell'ordinanza presidenziale istruttoria n. 329 del 2021 volta ad acquisire gli allegati processuali relativi alla concessione edilizia intestata al padre del sig. Infante).

17. Il motivo è infondato.

Ai sensi del co. 1-bis dell'art. 9-bis del d.P.R. n. 380 del 2001 (nel testo, applicabile *ratione temporis*, precedente alle modifiche apportate dal decreto legge n. 69 del 2024, convertito in legge n. 105 del 2024), lo stato legittimo dell'immobile è stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto o legittimato la costruzione e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento che ha interessato l'intero immobile,

integrati dai titoli relativi a interventi parziali; tuttavia, lo stato legittimo può essere desunto dalle informazioni catastali di primo impianto o *«da altri documenti probanti»* (compresi *«i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza»*) – e dal titolo relativo all'ultimo intervento sull'intero immobile integrato dai titoli relativi a interventi parziali – per gli edifici realizzati in un'epoca in cui non era obbligatorio acquisire un titolo edilizio nonché *«nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia»*.

18. Nel caso di specie, è stato fornito un principio di prova del titolo che ha legittimato i locali in questione, mediante produzione in primo grado della licenza edilizia n. 218 del 24 gennaio 1973 rilasciata al sig. Donato Infante, padre del sig. Mario Infante, sia pure mancante degli elaborati progettuali. A tal proposito, con nota prot. 2314 del 19 maggio 2021 il Servizio Tecnico del Comune, nel fornire riscontro all'ordinanza del Presidente del TAR n. 329 del 2021 che aveva disposto l'acquisizione degli allegati alla concessione edilizia, ha riferito che *«dopo attente ricerche compiute negli uffici comunali non è stato possibile rinvenire la documentazione richiesta»*, probabilmente a causa del fatto che l'Ente *«negli anni ha cambiato più volte sede e che, all'epoca, le domande in materia edilizia venivano presentate con soli documenti cartacei»*.

Mancando dunque una copia del titolo integrale, ma essendovi un principio di prova dello stesso, lo stato legittimo dell'immobile può essere dimostrato in giudizio mediante *«documenti probanti»*, il che è quanto accaduto nel caso di specie: vi sono infatti elementi che conducono a presumere che il locale cantina e ripostiglio sia stato legittimato proprio dalla licenza n. 218 del 1973, consistenti nel fatto che questa riguardava la *«costruzione di un locale deposito ricadente nel perimetro abitato»* in via Sant'Antonio – che era il precedente nome della strada in cui si trova l'immobile del sig. Infante, oggi denominata Corso Vittorio Veneto – ed era stata rilasciata al padre dell'appellato, il quale non era proprietario di altri edifici nel Comune, come allegato

e non specificamente contestato, e che vi è dunque coincidenza dell'immobile, del soggetto cui è stato rilasciato il titolo e della destinazione d'uso.

19. Con il secondo motivo di appello si deduce: «*Error in iudicando; Violazione e falsa applicazione art. 167 D.lgs. 42/04; Violazione e falsa applicazione art. 36 d.P.R. n. 380/01; Violazione e falsa applicazione art. 9 bis del D.P.R. 380/01; Violazione e falsa applicazione art. 97 Cost.; Violazione e falsa applicazione Legge n. 241/90; Eccesso di potere; Irragionevolezza e illogicità manifesta; Sviamento*».

In particolare si sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, il cambio di destinazione dei locali da deposito e cantina a bar-tabacchi ha determinato un aumento di superficie utile, dunque non potrebbe essere sanato né sotto il profilo edilizio, né sotto quello paesaggistico.

20. Il motivo è fondato, con riferimento al profilo paesaggistico.

Ai sensi dell'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004, la possibilità di accertamento “a posteriori” della compatibilità paesaggistica di un intervento – per il quale, secondo la regola generale dettata dall'art. 146 del medesimo decreto, l'autorizzazione paesaggistica deve essere chiesta prima dell'esecuzione – è limitata a casi eccezionali, consistenti nei c.d. “abusi minori” specificati dal comma 4.

21. Per quanto d'interesse nella presente causa, è a tal fine necessario che i lavori «*non abbiano determinato creazione di superfici utili*». Come specificato dalla giurisprudenza, il concetto di “superficie utile”, non essendo definito dal codice dei beni culturali e del paesaggio, deve essere definito facendo riferimento al significato tecnico-giuridico che ha in materia urbanistico-edilizia (tra le più recenti si v. Cons. St., sez. VI, sent. n. 1241 del 2024).

A tal proposito può essere utile richiamare la definizione dettata dallo schema di Regolamento edilizio tipo approvato mediante l'intesa tra Governo, Regioni e Comuni del 20 ottobre 2016 (pubblicata nella G.U. n. 268 del 16 novembre 2016), secondo cui per “superficie utile” s'intende la «*superficie di pavimento degli spazi di un*

edificio misurata al netto della superficie accessoria», la quale, a sua volta, comprende gli spazi di un edificio «aventi carattere di servizio», tra cui sono espressamente inclusi «le cantine poste al piano interrato, seminterrato o al primo piano fuori terra» e «i depositi».

Sebbene, infatti, anche la Corte costituzionale ne abbia chiaramente negato la natura di fonte regolamentare statale, che come tale sarebbe invasiva della potestà riconosciuta alle Regioni nelle materie di legislazione concorrente, riconoscendole piuttosto una mera funzione di raccordo e coordinamento meramente tecnico e redazionale (sul punto si v. Corte cost., sent. n. 125 del 2017), in assenza di indicazioni alternative, anche da parte del legislatore primario, in ambiti specifici, quali quello paesaggistico, non può non accedersi a tali chiare indicazioni definitive. Nel caso di specie, poi, si deve osservare che l'intesa è stata recepita dalla Regione Campania con d.G.R. n. 46 del 9 giugno 2017, che ha stabilito che le definizioni uniformi a questa allegate trovano diretta applicazione, prevalendo sulle disposizioni comunali con esse incompatibili.

La definizione di superficie accessoria così ricostruita si attaglia alla fattispecie qui in esame anche alla luce delle sue peculiarità, poiché vero è che l'intervento riguarda la sola modifica di destinazione d'uso di locali già esistenti, senza aumento della superficie e della volumetria "geometriche", ma esso è comunque tale da determinare un sicuro impatto urbanistico, anche perché comporta che gli spazi che ne sono oggetto vengano funzionalmente disgiunti da quelli soprastanti, aventi destinazione residenziale (sulla mancanza di una definizione autonoma del cambio di destinazione di locali accessori, purché omogeneo alla categoria di appartenenza del fabbricato di riferimento, v. Cons. St., sez. II, n. 3645 del 2024).

22. Nel caso di specie, dunque, la Soprintendenza ha rilasciato al sig. Infante un parere favorevole sul presupposto che non vi sia stato aumento di superficie intesa come «*grandezza geometrica*», mentre avrebbe dovuto valutare l'incremento della

“superficie utile” determinato dal passaggio di una cantina-deposito, oltretutto a servizio di un’abitazione, in un bar tabacchi.

Come osservato in giurisprudenza, infatti, *«nel caso della superficie, anche un intervento realizzato in invarianza (ma che abbia modificato la composizione relativa della superficie e la sua concreta utilizzabilità) può esulare dall’ambito di quelli di carattere “minore”»* (Cons. St., sez. VII, sent. n. 11390 del 2023, opportunamente citata dall’appellante, la cui fattispecie, a ben vedere, riguardava un intervento meno impattante di quello oggetto del presente giudizio, perché in quel caso il garage-cantina trasformato in abitazione aveva comportato un aumento di superficie utile conservando la pregressa destinazione residenziale, mentre in questo vi è anche un cambio dell’uso dei locali che divengono commerciali).

23. Il cambio di destinazione di locali già utilizzati quali cantina e deposito in laboratorio per la preparazione di alimenti, sala con angolo bar-tabacchi e servizi igienici con antibagno comporta infatti la trasformazione di superficie accessoria in superficie utile, con aumento di quest’ultima e, di conseguenza, la realizzazione dell’intervento in assenza dell’autorizzazione paesaggistica non può essere sanato a posteriori.

24. Pertanto, l’appello deve essere accolto e per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, devono essere accolti i motivi aggiunti presentati nel giudizio di primo grado e annullati gli atti con essi impugnati.

25. La particolarità della vicenda, anche in fatto, giustifica la compensazione delle spese di lite del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto, in riforma della sentenza gravata, accoglie i motivi aggiunti presentati nel giudizio di primo grado e annulla gli atti con essi impugnati; compensa le spese di lite del grado.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2024 con
l'intervento dei magistrati:

Antonella Manzione, Presidente FF

Francesco Guarracino, Consigliere

Carmelina Addesso, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere, Estensore

Ugo De Carlo, Consigliere

L'ESTENSORE

Alessandro Enrico Basilico

IL PRESIDENTE

Antonella Manzione

IL SEGRETARIO