

Publicato il 28/03/2024

N. 02952/2024REG.PROV.COLL.  
N. 09285/2023 REG.RIC.



**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 9285 del 2023, proposto da Emmesse di Miceli Michele & c. s.a.s., in persona del legale rappresentante e socio accomandatario Michele Miceli, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Comune di Zambrone, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Sorace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*per la riforma*

della sentenza del TAR per la Calabria, Sezione Seconda, n. 523/2023, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 febbraio 2024 il Cons. Alessandro Enrico Basilico e uditi gli avvocati Raffaele Gullo, per delega dell'avvocato Francesco De Luca, e Francesco Mangazzo, per delega dell'avvocato Domenico Sorace;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. L'appellante impugna la sentenza che ha respinto il suo ricorso avverso l'ingiunzione di demolizione e ripristino emessa con riferimento a immobili di sua proprietà.

2. In punto di fatto, si rileva che, dopo aver svolto due sopralluoghi, con ordinanza n. 2472 del 9 luglio 2021, il Comune ha ordinato la rimozione di svariati abusi edilizi, così descritti nel provvedimento:

*«1. il manufatto edilizio interrato, realizzato con struttura in cemento armato ed adibito a "locale tecnico", autorizzato con il Permesso di costruire numero 10 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 18.06.2021 - prot. n. 2181/2021, risulta essere realizzato con dimensione in pianta pari a (6,10 x 9,10) metri, e pertanto in difformità rispetto a quanto autorizzato pari a (9,10 x 13,78) metri;*

*2. la larghezza della rampa di scale di accesso al locale tecnico interrato, autorizzata con il Permesso di costruire numero 10 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 18.06.2021 - prot. n. 2181/2021, anch'essa realizzata in cemento armato misurata in 2,10 metri, risulta difforme rispetto a quanto autorizzato pari a 1,30;*

*3. all'interno della vasca della realizzanda piscina, autorizzata con il Permesso di costruire numero 10 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 18.06.2021 - prot. n. 2181/2021, è stato costruito un setto in cemento armato in difformità planimetrica rispetto a quanto autorizzato.*

*4. Fabbricato realizzato in assenza di titolo edilizio su terreno censito in catasto al foglio di mappa n. 3 particelle nn. 102, 103, 746 e 782, costituito da n. 3 corpi di fabbrica realizzati in cemento armato e muratura, avente forma irregolare, adibito a "Residenza" avente superficie in pianta pari a 83,50 metri quadri. Annessa al predetto fabbricato è*

*stata altresì realizzata una veranda, anch'esse in assenza di titolo edilizio, avente superficie in pianta pari a 15,20 metri quadri, costituita da elementi strutturali in legno lamellare e copertura in tegole;*

*5. Fabbricato censito in catasto al foglio di mappa n. 3 particelle nn. 747 e 781 realizzato in difformità rispetto a quanto autorizzato con il Permesso di costruire n. 22 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 23.08.2006, le difformità rilevate consistono in: a. incremento di superficie realizzata pari a 13,80 metri quadri; b. mutamento della destinazione d'uso dei locali, da "Deposito" a "Residenza"; c. realizzazione in assenza di titolo edilizio di un'area cementata delimitata da muro in calcestruzzo aventi dimensioni in pianta pari a (5,70 x 2,00) metri;*

*6. Fabbricato censito in catasto al foglio di mappa n. 3 particella n. 782 sub 2 realizzato in difformità rispetto a quanto autorizzato con il Permesso di costruire n. 03 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 20.01.2017, le difformità rilevate consistono in: d. incremento di volumetria pari a 23,60 metri cubi al piano terra, con variazione dei prospetti; e. incremento di volumetria pari a 3,00 metri cubi al piano primo, con variazione dei prospetti; f. costruzione in assenza di titolo edilizio di n. 2 verande costituite da elementi strutturali in 3 legno lamellare e copertura in tegole, di uguali dimensione in pianta pari a (2,80 x 2,80) metri; g. costruzione in assenza di titolo edilizio di n. 1 veranda costituita da elementi strutturali in legno lamellare e copertura in tegole, con dimensioni in pianta pari a (2,80 x 2,80) metri;*

*7. Fabbricato censito in catasto al foglio di mappa n. 3 particella n. 782 sub 3 realizzato in difformità rispetto a quanto autorizzato con il Permesso di costruire n. 03 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 20.01.2017, le difformità rilevate consistono in: h. incremento di volumetria pari a 23,60 metri cubi al piano terra, con variazione dei prospetti; i. incremento di volumetria pari a 3,00 metri cubi al piano primo, con variazione dei prospetti; j. costruzione in assenza di titolo edilizio di n. 2 verande costituite da elementi strutturali in legno lamellare e copertura in tegole, di uguali dimensione in pianta pari a (3,10 x 2,70) metri; k. costruzione in assenza di titolo edilizio di n. 1 veranda costituita da elementi strutturali in legno lamellare e copertura in tegole, con dimensioni in pianta pari a (3,40 x 2,00) metri;*

8. *Fabbricato censito in catasto al foglio di mappa n. 3 particella n. 782 sub 4 realizzato in difformità rispetto a quanto autorizzato con il Permesso di costruire n. 03 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 20.01.2017, le difformità rilevate consistono in: l. incremento di volumetria pari a 2,00 metri cubi al piano terra, con variazione dei prospetti; m. incremento di volumetria pari a 3,00 metri cubi al piano primo, con variazione dei prospetti;*

9. *Fabbricato censito in catasto al foglio di mappa n. 3 particella n. 782 sub 5 realizzato in difformità rispetto a quanto autorizzato con il Permesso di costruire n. 03 rilasciato dal Comune di Zambrone in data 20.01.2017, le difformità rilevate consistono in: a. incremento di volumetria pari a 2,00 metri cubi al piano terra, con variazione dei prospetti; b. incremento di volumetria pari a 3,00 metri cubi al piano primo, con variazione dei prospetti».*

3. L'intimazione è stata rivolta e notificata al Sig. Francesco Miceli in qualità di legale rappresentante della Spicchio di Luna s.a.s. di Miceli Francesco & C. e della Emmesse di Miceli Francesco & C. s.a.s., proprietarie degli immobili oggetto del provvedimento.

4. In tale veste, il Sig. Francesco Miceli ha proposto ricorso contro l'ingiunzione.

5. Il TAR, dopo aver disposto una CTU, ha respinto l'impugnativa, condannando la parte soccombente al pagamento delle spese di lite.

6. Ha proposto appello contro la sentenza il Sig. Michele Miceli, in qualità di legale rappresentante della Emmesse di Miceli Michele & C. s.a.s., chiedendo altresì la concessione di misure cautelari.

Nel gravame si è dato conto della fusione per incorporazione della Spicchio di Luna s.a.s. di Miceli Francesco & C. nella Emmesse di Miceli Francesco & C. s.a.s. (doc. 3), la quale ha poi cambiato denominazione in Emmesse di Miceli Michele & C. s.a.s. dopo che il Sig. Michele Miceli ha assunto la qualità di legale rappresentante e socio accomandatario, in luogo del Sig. Francesco Miceli (doc. 5).

7. Nel giudizio di secondo grado si è costituito il Comune, chiedendo il rigetto del gravame.
8. Con ordinanza n. 5007 del 2023, l'istanza cautelare è stata accolta ai soli fini della pronta fissazione del merito.
9. All'udienza pubblica del 13 febbraio 2024, la causa è stata trattenuta in decisione.

## DIRITTO

10. In via preliminare occorre osservare che la fusione non comporta l'estinzione della società incorporata quando avvenga per incorporazione, né crea un nuovo soggetto di diritto nell'ipotesi di fusione paritaria, ma attua l'unificazione mediante l'integrazione reciproca delle società partecipanti, risolvendosi in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo (Cass. civ., ss.uu., sentt. n. 2367 del 2006 e n. 19698 del 2010); pertanto, qualora l'operazione sia intervenuta in corso di causa, la legittimazione attiva e passiva all'impugnazione della sentenza spetta alla società incorporante, cui sono stati trasferiti i diritti e gli obblighi della società incorporata e che prosegue in tutti i rapporti, anche processuali, anteriori alla fusione facenti capo a quest'ultima (sul punto si v., tra le tante, Cass. civ., sez. trib., sent. n. 14177 del 2019).

Non vi è quindi dubbio circa la legittimazione della Emmesse di Miceli Michele & C. s.a.s. a proporre gravame avverso la sentenza di primo grado, ancorché questa sia stata resa (anche) nei confronti della società da questa incorporata.

11. L'appello si fonda su un unico motivo così rubricato: «*VIOLAZIONE DI LEGGE – VIZIO DI MOTIVAZIONE – DIFETTO DI ISTRUTTORIA – ECCESSO DI POTERE*».

In particolare, l'appellante sostiene che il TAR, seguendo una CTU erronea, sia incorso nel vizio di ultrapetizione, in quanto ha calcolato sui singoli immobili invece che sull'intera costruzione il limite di tolleranza del 2% di cui

all'art. 34-bis del DPR n. 380 del 2001, alla luce del quale non vi sarebbe alcuna difformità rilevante.

Sotto altro profilo, il Tribunale non avrebbe considerato il comportamento tenuto dopo la notificazione dell'ordinanza dal proprietario, il quale ha provveduto a demolire parte delle opere, presentato istanza di accertamento di conformità per gli abusi di cui ai n. da 1 a 3, depositato un progetto di demolizione per l'immobile di cui al n. 4, preannunciato un progetto di demolizione di parte dell'immobile di cui al n. 5 e un'istanza di sanatoria per altra parte, mantenendo in generale un contegno collaborativo e improntato alla buona fede.

12. L'appello è infondato.

In primo luogo, occorre ricordare che la legittimità del provvedimento impugnato deve essere valutata alla luce della situazione di fatto e di diritto esistente nel momento della sua adozione, pertanto è irrilevante la condotta del proprietario del bene abusivo successiva all'ordinanza di demolizione (in quanto essa può rilevare ai fini della verifica sull'ottemperanza al provvedimento, ma non della legittimità di quest'ultimo).

Nel caso di specie, dunque, il comportamento "collaborativo" dell'appellante – che è stato contestato dal Comune e che comunque sarebbe successivo all'accertamento dell'abuso da parte dell'Amministrazione – non può incidere sulla legittimità dell'ingiunzione di ripristino.

Con riferimento alla presentazione dell'istanza di accertamento di conformità, poi, è consolidato in giurisprudenza l'orientamento, cui anche il Collegio ritiene di aderire, secondo cui essa non incide sulla validità dell'ordinanza di demolizione ma comporta la mera sospensione della sua esecutività fino alla definizione - anche tacita – della domanda di sanatoria (tra le tante, si v. Cons. St., sez. VI, sent. n. 2567 del 2023).

13. Quanto all'applicazione dell'art. 34-bis del DPR n. 380 del 2001 (inserito dal d.l. n. 76 del 2020, conv. in l. n. 120 del 2020), la sentenza del TAR e la CTU sono condivisibili: la norma stabilisce infatti che «*il mancato rispetto*

*dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta e di ogni altro parametro delle singole unità immobiliari non costituisce violazione edilizia se contenuto entro il limite del 2 per cento delle misure previste nel titolo abilitativo»* e deve essere intesa nel senso che la “tolleranza di cantiere” rilevante per escludere l’abusività dell’intervento va posta in relazione con la porzione di immobile cui esso accede, e non con la superficie dell’intero palazzo, come si evince dal dato letterale che fa appunto riferimento «*singole unità abitative*» (in questi termini si v. Cons. St., sez. VI, sent. n. 7504 del 2022, e sez. II, sent. n. 230 del 2021 nonché, nella giurisprudenza di primo grado, TAR Lazio, Roma, sez. II, sent. n. 4413 del 2021); nella specie, dunque, le difformità rilevate dall’Amministrazione non rientrano tra i margini di tollerabilità.

14. L’appello è quindi meritevole di rigetto.

15. Secondo il criterio generale della soccombenza, dal quale non vi è ragione di discostarsi nel caso di specie, l’appellante deve essere condannato al pagamento delle spese processuali del grado, che 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 a pagare al Comune di Zambrone le spese processuali del grado, liquidate in 3.000 euro, oltre oneri e accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 febbraio 2024 con l’intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Antonella Manzione, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere, Estensore

Francesco Cocomile, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Alessandro Enrico Basilico**

**IL PRESIDENTE**  
**Giovanni Sabato**

**IL SEGRETARIO**