Pubblicato il 02/04/2025

N. 02771/2025REG.PROV.COLL.
N. 01721/2022 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 Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1721 del 2022, proposto dal signor Romano Gibboni, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia,

contro

i signori Luigi Vecchio, Antonella Vecchio e Giuseppe Vecchio, non costituiti in giudizio;

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

la signora Maria Della Pepa, rappresentata e difesa dagli avvocati Annabella Messina, Laura Messina e Bruno Russo De Luca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania, sezione staccata di Salerno - Sezione Seconda, n. 2036 del 29 settembre 2021, resa tra le parti, concernente un provvedimento di fiscalizzazione di opera abusiva.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Battipaglia e della signora Maria Della Pepa;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-*bis*, c.p.a.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 5 marzo 2025 il consigliere Giovanni Sabbato e uditi per le parti gli avvocati Andrea Di Lieto, Sabato Criscuolo e Laura Messina;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Ai fini della illustrazione della vicenda di causa occorre premettere che i genitori dell'appellante, i signori Tommaso Gibboni e Francesca Totaro, acquistavano due appartamenti confinanti a Battipaglia nel 1970, i quali venivano collegati da una passerella di 4 mq. Dopo il loro decesso detti appartamenti transitavano nella proprietà dei figli, ivi compreso il signor Romano Gibboni. Dopo apposita verifica, il Dirigente del Settore urbanistica del Comune di Battipaglia archiviava il procedimento di demolizione della passerella, ritenendola non sanzionabile. In particolare, il provvedimento del Comune è motivato per il fatto che la superficie occupata dal bagno, di circa mq. 4, costituisce una tolleranza esecutiva inferiore al 2%, perché posta a metà tra due appartamenti dello stesso proprietario, ovverosia il suddetto Gibboni, della superficie complessiva di mq. 300.

2. Il sig. Vecchio Luigi, proprietario dell'appartamento sottostante, proponeva ricorso al T.a.r. Campania, Sezione staccata di Salerno, chiedendo l'annullamento del provvedimento di archiviazione.

3. Il T.a.r. Salerno lo accoglieva con la sentenza n. 2036 del 29 settembre 2021, condannando il Comune ed il controinteressato al pagamento delle spese di

giudizio, in solido e nella misura di metà ciascuno, liquidate in euro 1.200,00, oltre agli accessori di legge.

4. Il giudice di primo grado, rilevata la tempestività del ricorso, ne sosteneva la fondatezza nel merito, posto che l'art. 34 *bis* del D.P.R. n. 380/2021 prevede che il mancato rispetto di alcuni parametri edilizi non costituisce violazione se contenuto entro il limite del 2%. Inoltre, specifica che irregolarità geometriche e modifiche minori, laddove non violino le normative urbanistiche e non pregiudicano l'agibilità, sono considerate tolleranze esecutive. Conclude il Collegio osservando che "*Tale norma, tuttavia, varrebbe al più a legittimare la superficie (a suo tempo) destinata a pertinenza comune dei due appartamenti, ma non quella (in atto) destinata in via esclusiva in favore di un unico appartamento, stante il venir meno il parametro del 2% da rapportarsi all'unità immobiliare dominante*". Ha concluso accogliendo il ricorso e condannando alle spese di lite (€ 1.200 oltre accessori).

5. Avverso la predetta sentenza il signor Gibboni ha proposto appello, notificato il 14 febbraio 2022 e depositato il 25 febbraio 2022, articolando n. 4 motivi di gravame.

I) Con il primo motivo ha dedotto: "*error in iudicando. difetto di motivazione. violazione dell'art. 39, comma 2, del c.p.c., dell'art. 88 del d.lgs. 104/2010 e dell'art. 112 del c.p.c.. infrapetizione.*"

Lamenta che, nel costituirsi nel giudizio di primo grado, aveva richiesto la cancellazione del giudizio pendente davanti al giudice amministrativo per litispendenza, poiché era stata intrapresa una controversia analoga davanti al giudice civile. La II sezione di Salerno del T.a.r. Campania, però, non avrebbe esaminato questa eccezione, incorrendo nel vizio di infrapetizione e violando gli articoli 88 del c.p.a. e 112 del c.p.c.

II) Con il secondo motivo ha dedotto: "*error in iudicando. difetto di motivazione. violazione dell'art. 88 del d.lgs. 104/2010 e dell'art. 112 del c.p.c.. infrapetizione.*"

Lamenta che, non essendo l'ampliamento di 4 mq lesivo per il ricorrente, quest'ultimo era privo di legittimazione per impugnare l'atto. Inoltre, questi

non avrebbe contestato la mancata determinazione comunale sulla presunta "condotta" e avrebbe dovuto impugnare il silenzio sulla relativa richiesta. Pertanto, il ricorso di primo grado era inammissibile per carenza di interesse e legittimazione, come confermato anche dalla sentenza del giudice monocratico della II Civile del Tribunale di Salerno.

III) Con il terzo motivo di appello ha dedotto: "*error in iudicando. motivazione erronea. violazione degli artt. 29 e 41 del d.lgs. 104/2010.*"

Lamenta l'intempestività del ricorso, posto che, ai sensi degli articoli 29 e 41 del c.p.a., il termine di 60 giorni per l'impugnazione decorre dalla data di effettiva conoscenza solo per coloro cui il ricorso deve essere notificato. Poiché il provvedimento non doveva essere notificato al ricorrente di primo grado, esso avrebbe dovuto essere impugnato entro 60 giorni dalla sua emanazione non nove mesi dopo.

IV) Con il quarto ed ultimo motivo di appello ha dedotto: "*error in iudicando. motivazione erronea ed illogica. violazione e falsa applicazione degli artt. 34 e 34-bis del d.p.r. 380/2001.*"

Lamenta, infine, che il Giudice di primo grado avrebbe erroneamente basato la sua decisione sull'art. 34 *bis* del d.P.R. n. 380/2021, che legittima alcune irregolarità edilizie se contenute entro il limite del 2%. Tuttavia, il Giudice non avrebbe considerato la giurisprudenza applicabile all'epoca della realizzazione dei 4 mq né correttamente interpretato la normativa vigente all'atto dell'emanazione del provvedimento impugnato. La norma in questione, introdotta nel 2020, non era in vigore all'epoca dei fatti. La legittimità del provvedimento del 24 maggio 2017 deve essere verificata in base all'art. 34 del d.P.R. 380/2001, laddove prevede che non si ha parziale difformità del titolo abilitativo per violazioni inferiori al 2% delle misure progettuali. Nel caso di specie, l'incremento di 4 mq è inferiore al 2% della superficie totale dei due appartamenti e quindi sarebbe da reputare legittimo. Trattasi, in particolare, della realizzazione di un bagno posto su un corridoio sopra rilevato che congiunge due unità abitative ciascuna di 150 metri quadri che, in passato,

appartenevano al medesimo soggetto, nelle more deceduto, con conseguente attribuzione dei cespiti ai figli. Lo stesso Comune ha ritenuto di rimuovere il provvedimento demolitorio, in quanto "*la superficie occupata dal bagno, di circa mq. 4, costituisce una tolleranza esecutiva inferiore al 2%, perché posta in mezzo a due appartamenti dello stesso proprietario della superficie complessiva di mq. 300*".

7. In data 19 marzo 2022 il Comune di Battipaglia si è costituito in giudizio al fine di chiedere l'accoglimento del gravame.

8. In data 1° aprile 2022 la signora Maria della Pepa si è costituita in giudizio opponendo l'infondatezza delle deduzioni di controparte ed argomentando nel senso della fondatezza dei motivi dichiarati assorbiti dal T.a.r., formulando le seguenti testuali conclusioni:

"*respingere il ricorso di appello e, nel contempo, in riforma della sentenza di I° grado accogliere il primo ed il secondo motivo del ricorso di I° grado del defunto sig. Vecchio prodotti in via principale ed assorbente, con ogni conseguenziale statuizione anche in ordine alle spese processuali del doppio grado di giudizio*".

9. In data 30 gennaio 2025 il Comune di Battipaglia ha depositato memoria argomentando nel senso dell'infondatezza del ricorso di prime cure e concludendo, quindi, per l'accoglimento dell'appello.

10. In data 31 gennaio 2025 parte appellante ha depositato memoria al fine di insistere per l'accoglimento dell'appello. Invoca l'applicazione dell'art. 34, comma 2 *ter*, del d.P.R. 380/2001, in quanto il contestato incremento è inferiore al 2% sia con riferimento alla superficie totale dei due appartamenti, di oltre 300 mq, sia con riferimento a quello identificato col n. 12, che, nella consistenza originaria all'epoca dell'abuso, era pari a ben 230,77 mq, sicché l'incremento di 4 mq sarebbe inferiore al 2% anche considerando solo tale secondo appartamento.

11. In data 11 febbraio 2025 la signora Della Pepa ha depositato a sua volta memoria evidenziando, *inter alia*, che la disciplina relativa ai limiti di tolleranza non sarebbe applicabile alle opere realizzate senza titolo per ampliare un manufatto preesistente e che il vano in questione è a servizio del solo

appartamento di proprietà esclusiva del Gibboni, "*per cui in termini percentuali rispetto alla superficie del suo appartamento detto vano ne costituisce l'ampliamento nella misura del 2,66% e non dell'1,33%*". Conclude, previa formulazione di istanza istruttoria, ove questa sia reputata necessaria, per il rigetto del gravame e l'accoglimento del primo e secondo motivo del ricorso di primo grado.

12. In data 12 febbraio 25 parte appellante ha depositato memoria di replica al fine di: - argomentare nel senso della tempestività della produzione documentale e della memoria depositata in primo grado; - opporre il consolidamento della prova circa la pendenza del giudizio civile; - eccepire l'inammissibilità della costituzione in giudizio degli Avv.ti Annabella e Laura Messina; - opporre la non scrutinabilità dei motivi di primo grado irritualmente riproposti in questa sede di giudizio; - argomentare nel senso dell'infondatezza di queste censure.

13. In data 20 febbraio 25 parte appellata ha formulato richiesta di stralcio della memoria di replica di parte appellante siccome prodotta irritualmente.

14. In data 5 marzo 2025, all'udienza svoltasi in modalità telematica, la causa è stata trattenuta in decisione. Nel corso della discussione parte appellante osserva che l'immobile nella disponibilità del Gibboni era di 230 mq mentre l'altro era di 70 mq ed era già stato accatastato nel 1967; evidenzia che il ricorso di primo grado era da considerare inammissibile. Controparte invece osserva che si trattava di un abuso ex novo e chiede lo stralcio delle memorie di replica di controparte; osserva che non vi sarebbe alcuna necessità di notificare i motivi dichiarati assorbiti perché gli eredi subentrano nella posizione del *de cuius*, affermazione contestata da parte appellante evidenziando che, ad opinare in tal senso sarebbe sufficiente, in luogo di apposita memoria, la semplice richiesta di esaminare le censure assorbite.

15. L'infondatezza dell'atto di appello, per le ragioni di cui *infra*, consente di reputare assorbita ogni questione in rito sollevata da parte appellata, ivi compresa quella afferente alla eccepita irritualità della produzione difensiva di cui alla memoria di replica, fermo restando che il quadro censorio posto

all'esame del Collegio non può non essere cristallizzato dall'atto di gravame tempestivamente depositato dall'odierno appellante.

16. Volendo ripercorrere brevemente i passaggi essenziali della vicenda di causa occorre evidenziare che il giudice di prime cure ha accolto il ricorso di primo grado ritenendo, nel quadro di una motivazione per vero succinta, che non vi sarebbero i presupposti per l'applicazione della disciplina in materia di tolleranze costruttive, con conseguente rilevata illegittimità dell'atto emesso dal Comune di Battipaglia col quale riteneva l'intervento edilizio abusivo riconducibile nell'alveo applicativo della disciplina in materia di tolleranze costruttive.

Parte appellante articola quattro motivi sia di carattere processuale che nel merito evidenziando, detto in sintesi, che:

- aveva richiesto la cancellazione del giudizio pendente davanti al giudice amministrativo per litispendenza poiché era stata intrapresa una controversia analoga davanti al giudice civile;
- non essendo l'ampliamento di mq 4 lesivo per il ricorrente, quest'ultimo era privo di legittimazione per impugnare l'atto;
- il provvedimento non doveva essere notificato al ricorrente di primo grado, esso avrebbe dovuto essere impugnato entro 60 giorni dalla sua emanazione, non nove mesi dopo;
- l'intervento rientra nelle cosiddette tolleranze costruttive.

16.1. Infondato è il primo motivo, col quale si deduce che il T.a.r. sarebbe stato indebitamente inerte in ordine all'istanza di cancellazione del giudizio pendente davanti al giudice amministrativo per litispendenza, istanza che per giunta avrebbe dovuto accogliere sussistendone i presupposti.

Denota l'infondatezza della censura il fatto che trattasi di giudizi che pendono innanzi a giudici che appartengono a diversi plessi giurisdizionali. Come evidenziato da questo Consiglio con apposita pronuncia "*Nel processo la litispendenza è un istituto che opera per cause proposte davanti alla stessa giurisdizione ed è finalizzato ad evitare contrasti di giudicato sulla medesima controversia, che non*

possono invece verificarsi tra decisioni di giurisdizioni distinte, quand'anche il rapporto sostanziale dedotto in giudizio sia identico atteso che, ove non venga impedita dalla parte mediante regolamento preventivo di giurisdizione, l'ipotesi in questione dà luogo ad un conflitto positivo di giurisdizione suscettibile di essere risolto mediante ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 362 comma 1 n. 1,c.p.c., ricorso che può essere proposto in ogni tempo, atteso che ai sensi dell'art. 382 c.p.c. la Corte di cassazione statuisce sulla giurisdizione determinando il giudice competente ed annullando senza rinvio la pronuncia del giudice sfornito di potestas iudicandi; pertanto, di fronte ad una domanda proposta contemporaneamente davanti a due distinte giurisdizioni, se il giudice non declina senz'altro la propria giurisdizione non può spogliarsi della controversia con una pronuncia dichiarativa della litispendenza, che postula l'esistenza della sua giurisdizione: e la sua statuizione affermativa di tale presupposto processuale è in ogni caso suscettibile di essere sottoposta al potere regolatorio della giurisdizione" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n.782).

La circostanza processuale rimarcata da parte appellante esclude pertanto che si configuri la litispendenza che ipotizza l'appellante e nessuna refluenza può attribuirsi al giudizio civile sul presente giudizio amministrativo.

16.2. Viene quindi all'esame del Collegio il secondo motivo di gravame, col quale si contesta che il ricorrente avesse effettivamente legittimazione e interesse a impugnare il provvedimento, dato che l'ampliamento non gli avrebbe causato alcun danno effettivo.

Giova premettere, per contestualizzare la vicenda di causa sotto il profilo giuridico-formale, che, secondo un preciso orientamento di questo Consiglio, *"Nel processo amministrativo impugnatorio, la legittimazione e l'interesse al ricorso integrano condizioni dell'azione necessarie per consentire al giudice adito di pronunciare sul merito della controversia, condizioni che devono esistere al momento della proposizione della domanda e persistere fino alla decisione della controversia; in tale ottica la legittimazione e l'interesse al ricorso trovano giustificazione nella natura soggettiva della giurisdizione amministrativa, che non risulta preordinata ad assicurare la generale legittimità dell'operato pubblico, bensì tende a tutelare la situazione soggettiva del ricorrente, correlata ad un bene*

della vita coinvolto nell'esercizio dell'azione autoritativa oggetto di censura" (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 2024, n. 10195).

Rilevata quindi, come dedotto, la necessità di ravvisare in concreto il profilo di interesse sotteso all'iniziativa processuale assunta mediante il ricorso di primo grado occorre verificare se tale circostanza trovi adeguato riscontro negli atti di causa.

Ebbene il vaglio in tal senso assume esito positivo, in quanto il profilo di interesse che connota l'iniziativa processuale sottesa al ricorso di prime cure è adeguatamente suffragato dalle caratteristiche dell'intervento in oggetto così come desumibile dalla documentazione prodotta dall'odierno appellato nel giudizio di primo grado e segnatamente dalla documentazione fotografica allegata alla perizia dell'Ing. Cianciulli (depositato in primo grado il 22.2.2018) e dalla relazione tecnica dall'ing. Vecchio con relativo allegato rilievo fotografico (doc. n. 14 depositato in primo grado il 23.6.2021).

In particolare viene in evidenza la foto aerea del 2018 da cui si ricava la consistenza del vano abusivo posto tra le due travi di collegamento preesistenti, con la visibilità di una finestra posta su di un lato (si discorre nella relazione di un'ulteriore finestra sul lato opposto) con la messa in opera di un tubo di scarico di acque reflue provenienti da locale bagno posto all'interno di detta struttura. In sede di ricorso innanzi al T.a.r. parte ricorrente aveva lamentato, con adeguati margini di attendibilità, anche il disagio olfattivo derivante dalla ridotta vicinanza (70 cm.) dello scarico rispetto alla finestra del suo appartamento. Quindi, se è vero che non può affermarsi che "*il criterio della "vicinitas", quale elemento di differenziazione, valga da solo e automaticamente a soddisfare anche l'interesse al ricorso*" (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 29 marzo 2024, n.2973) è vero anche che raggiungono adeguati livelli di verosimiglianza gli elementi, evidenziati nel ricorso introduttivo della lite, connessi alla stretta vicinanza del manufatto rispetto all'appartamento della signora Della Pepa, tanto che osservava testualmente: "*l'abusivo corpo di fabbrica risulta posto a distanza inferiore a mt. 3 (e, quindi, inferiore a quella minima di cui all'art. 907 C.C.)*

dall'appartamento di proprietà del ricorrente, che risulta privato in gran parte di vedute, di aria e di luce". Anche il motivo in esame deve, quindi, reputarsi infondato.

16.3. Viene pertanto in considerazione il terzo motivo di gravame, afferente, questa volta, alla tempestività del ricorso di primo grado.

Per la precisione questo è stato considerato tempestivo, basandosi sulla conoscenza effettiva del provvedimento da parte dell'interessato. Tuttavia, è contestato dall'appellante che il termine di 60 giorni per l'impugnazione doveva decorrere dalla data di emanazione del provvedimento, non dalla sua effettiva conoscenza.

Va premesso, al riguardo, che "*Nel processo amministrativo, in ordine al concetto di piena conoscenza, ed alla sua idoneità a costituire il dies a quo di decorrenza del termine per l'impugnazione dell'atto, la piena conoscenza del provvedimento impugnabile non deve essere intesa quale "conoscenza piena ed integrale" del provvedimento stesso, ovvero di eventuali atti endoprocedimentali, la cui illegittimità infici, in via derivata, il provvedimento finale, dovendosi invece ritenere che sia sufficiente ad integrare il concetto la percezione dell'esistenza di un provvedimento amministrativo e degli aspetti che ne rendono evidente la lesività della sfera giuridica del potenziale ricorrente, in modo da rendere percepibile l'attualità dell'interesse ad agire contro di esso"* (cfr. Cons. Stato, sez. III, 11 gennaio 2024, n. 362).

Da tale pronuncia si evince, quindi, la necessità di ricorrere a criteri di ragionevolezza nell'individuare il *dies a quo* dal quale far decorrere il termine per l'impugnativa. Nel caso di specie, tuttavia, non vi sono ragioni per ravvisare la tardività dell'iniziativa processuale assunta dall'odierno appellato col ricorso di prime cure, non potendosi non tener conto della data in cui risulta che il provvedimento dell'amministrazione, all'uopo impugnato, sia stato conosciuto da parte del ricorrente di primo grado. Risulta decisivo osservare che se è vero che detto provvedimento risale al 24.5.2017 mentre il ricorso di primo grado è stato depositato soltanto il 21.02.18, di questo la ricorrente non poteva avere cognizione se non quando gli veniva consegnato in data 14.12.2017 (vedi doc. n. 2 versato agli atti del giudizio di prime cure).

16.4. Viene quindi in esame il quarto (ed ultimo) motivo, afferente alla legittimità o meno dell'ampliamento planovolumetrico connesso all'intervento in oggetto.

Si discute in particolare se l'ampliamento dei 4 mq pacificamente prodotto dall'intervento in oggetto rientri o meno nelle tolleranze esecutive previste dall'art. 34 *bis* del d.P.R. 380/2021, norma che legittima irregolarità edilizie entro il 2% delle misure progettuali. In particolare, tale norma prevede 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 a patto che sia contenuto entro il 2% delle misure previste nel titolo abilitativo*". L'assunto di parte appellante è appunto nel senso che l'incremento volumetrico rientri nel limite sancito da tale disciplina, in quanto non superiore alla soglia del 2%.

16.4.1. Più esattamente il complesso quadro argomentativo che connota il motivo in esame si snoda secondo distinte linee argomentative, lamentando *in primis* l'appellante che "*l'ultimo comma dell'art. 34 in parola (così come, del resto, oggi l'art. 34 bis) ha solo codificato la giurisprudenza amministrativa precedente circa i limiti di tolleranza e l'impossibilità di ingiungere la demolizione di tali modestissimi incrementi*".

Tale prima questione attiene all'applicazione retroattiva della norma, che tuttavia è da escludere in quanto non può non trovare applicazione la disciplina vigente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato in prime cure, che appunto limita le tolleranze costruttive nella percentuale del 2% *ex* art. 34 *bis* del D.P.R. n. 380/2021. In tal senso si è espresso questo Consiglio, osservando che *"Lo scrutinio di legittimità del provvedimento amministrativo non può che avvenire avendo riferimento alla statuizione di fatto e di diritto che all'amministrazione si prospetta al tempo della relativa adozione, e cioè secondo il principio del tempus regit actum, sicché la pubblica amministrazione deve considerare, ai fini dell'adozione del provvedimento conclusivo anche le modifiche normative e di fatto che siano intervenute durante il procedimento e non anche attestarsi su quelle esistenti al momento della presentazione dell'istanza*" (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 13/01/2025, n. 212). "*Nei procedimenti amministrativi la corretta applicazione del principio tempus regit actum*

comporta che la pubblica amministrazione deve considerare anche le modifiche normative intervenute durante il procedimento, non potendo considerare l'assetto normativo cristallizzato in via definitiva alla data dell'atto che vi ha dato avvio" (cfr. Cons. Stato, sez. VII, 19/09/2024, n. 7653).

Non può quindi essere condiviso quanto osserva parte appellante nei seguenti termini testuali: "*se era stata legittimata "la superficie (a suo tempo) destinata a pertinenza comune dei due appartamenti", sono irrilevanti i successivi frazionamenti e accorpamenti avvenuti per ragioni di divisione ereditaria, atteso che la legittimata superficie di 4 mq ben poteva essere destinata, proprio perché ormai legittima, a far parte dell'appartamento più piccolo, a differenza del passato!*".

Occorre, infatti, ribadire che la vicenda di causa è cristallizzata, sul piano temporale, dall'atto impugnato in prime cure (provvedimento 37349 del 24.5.2017 del Dirigente del Settore Urbanistica ed Edilizia del Comune di Battipaglia) e pertanto non possono venire in considerazione circostanze sia giuridiche che fattuali antecedenti a tale data.

16.4.2. Viene quindi in considerazione un ulteriore versante censorio, col quale parte appellante testualmente deduce che il T.a.r. avrebbe dovuto tenere conto "*dell'art. 34 (si ripete il 34 bis non esisteva) del D.P.R. 380/2001, nel testo vigente al 24 maggio 2017*".

Tale rilievo, che quindi afferisce all'inquadramento normativo della vicenda, è privo di refluenza patologica sulla vicenda di causa, in quanto entrambe le discipline contemplano il limite dell'incidenza volumetrica del 2% per accedere alla sanatoria.

16.4.3. Non resta pertanto che trascorrere alla disamina dell'ultima deduzione sollevata, avente peraltro rilievo centrale nell'economia del gravame, col quale si deduce che il limite volumetrico del 2% sarebbe nel caso di specie rispettato, in quanto "*il contestato incremento è inferiore al 2% sia con riferimento alla superficie totale dei 2 appartamenti, di oltre 300 mq, sia con riferimento a quello identificato col n. 12, che nella consistenza originaria all'epoca dell'abuso era pari a ben 230,77 mq*" (cfr. appello, pag. 11).

L'assunto non può essere condiviso, in quanto, secondo il brocardo *tempus regit actum*, non si può non tener conto dello stato di fatto esistente al momento dell'adozione del provvedimento impugnato, epoca in cui era già avvenuto il riequilibrio tra le due unità immobiliari con la cessione delle due camere con bagno dall'unità immobiliare int. 12, di proprietà esclusiva dell'odierno appellante, alla latistante unità immobiliare 10, di proprietà dei suoi fratelli (vedi relazione tecnica dell'arch. Ruggiero).

Ebbene l'intervento non rientra nelle tolleranze costruttive, in quanto si deve tener conto non della superficie di metri quadri 300, ma di soli metri quadri 150, atteso che soltanto uno dei due appartamenti, appunto di tali dimensioni, è di proprietà dell'odierno appellante e il vano realizzato abusivamente è funzionale a quest'ultimo.

Rispetto quindi a tale profilo di censura, inquadrata la vicenda nel predetto alveo normativo e nel relativo contesto temporale, se ne deve rilevare l'infondatezza, atteso che l'incidenza volumetrica dell'intervento *de quo*, pari a circa mq. 4, non rientra nel limite dell'incremento di cui alla normativa di riferimento avendo una incidenza pari al 2,66 %, pertanto superiore al limite del 2%.

Tanto è sufficiente per la integrale reiezione del gravame.

17. Per giungere ad una compiuta disamina della vicenda di causa anche in proiezione futura, occorre evidenziare che il D.L. 69/2024, decreto salva-casa, ha introdotto nell'art. 34-*bis* "*Tolleranze costruttive*" i commi 1-*bis*), 1-*ter*), 2-*bis*), 3-*bis*) e 3-*ter*) in riferimento alle tolleranze costruttive ed esecutive.

Ebbene il comma 1-*bis*) definisce una riparametrazione per tutti gli scostamenti realizzati entro il 24 maggio 2024 ed in particolare lo scostamento dai parametri, come il mancato rispetto dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta e di ogni altro parametro delle singole unità immobiliari, non è considerato violazione edilizia se contenuto entro i seguenti limiti:

- del 2% delle misure previste nel titolo abilitativo per le unità immobiliari con superficie utile superiore ai 500 metri quadrati;
- del 3 % delle misure previste nel titolo abilitativo per le unità immobiliari con superficie utile compresa tra i 300 e i 500 metri quadrati;
- del 4 % delle misure previste nel titolo abilitativo per le unità immobiliari con superficie utile compresa tra i 100 e i 300 metri quadrati;
- del 5 % delle misure previste nel titolo abilitativo per le unità immobiliari con superficie utile inferiore ai 100 metri quadrati;
- del 6% delle misure previste nel titolo abilitativo per le unità immobiliari con superficie utile inferiore ai 60 metri quadrati.

Da tali indicazioni normative è dato rilevare che l'unità immobiliare dell'odierno appellante è suscettibile di rientrare nell'alveo applicativo di tale nuova disciplina secondo la (raddoppiata) percentuale del 4% per la superficie utile compresa, come nel caso di specie, tra 100 e 300 metri quadrati. Va tuttavia rilevato che, come precisato da questo Consiglio di Stato (sentenza 8542/2024), le previsioni introdotte dal **decreto salva casa** non si applicano retroattivamente ai provvedimenti precedentemente impugnati e pertanto non hanno alcuna refluenza sull'esito del presente giudizio. Ebbene, con la medesima pronuncia si è precisato che il Comune ha la possibilità di rivedere le proprie decisioni, rivalutando la domanda originaria alla luce delle novità introdotte dal **Decreto Salva Casa**.

Va poi rammentato, ancora in tale ottica, che *"il mero superamento della soglia di tolleranza del 2% non risulta sufficiente a configurare una variazione essenziale"*, dovendo il Comune svolgere una verifica in concreto sulle particolarità delle opere abusive, al fine di evidenziare le ragioni per cui l'intervento difforme eseguito avesse comportato una variazione essenziale, meritevole di sanzione ripristinatoria (Cons. Stato, sentenza n. 3666/2021).

Sarà quindi compito dell'Amministrazione comunale, sulla base di eventuali precise iniziative in tal senso dell'odierno appellante, di verificare la sussistenza dei presupposti applicativi della nuova disciplina *in subiecta materia*.

18. In conclusione l'appello è da respingere e pertanto vanno dichiarate improcedibili le censure di primo grado riproposte ritualmente in questa sede da parte appellata.

19. Sussistono nondimeno giusti motivi, stante l'assoluta particolarità della vicenda, per disporre la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (n.r.g. 1721/2022), lo respinge.

Spese di grado compensate.

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

Così deciso nella camera di consiglio del 5 marzo 2025, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2021, n. 113 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabbato, Presidente FF, Estensore

Carmelina Addesso, Consigliere

Ugo De Carlo, Consigliere

Annamaria Fasano, Consigliere

Roberto Michele Palmieri, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Giovanni Sabbato

IL SEGRETARIO