

N. 09967/2024REG.PROV.COLL.

N. 04597/2021 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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale -OMISSIS-, proposto dalla signora -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato -OMISSIS-, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati -OMISSIS- e -OMISSIS-, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio -OMISSIS- in -OMISSIS-;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 4 dicembre 2024 il Cons. Carmelina Adesso e uditi per le parti gli avvocati -OMISSIS- e -OMISSIS-;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Oggetto del giudizio è l'ordinanza del comune di -OMISSIS- n. -OMISSIS- di diniego di condono edilizio *ex* legge 724/1994.

2. Nell'anno 1991, l'appellante realizzava, sul lastrico solare dell'appartamento di proprietà, un intervento di sostituzione di una tettoia in lamiera grecate, aperta sui lati e poggiata su un muretto mediante una struttura in ferro profilato.

2.1. Con ordinanza n. -OMISSIS- il comune di -OMISSIS- ordinava la demolizione della tettoia. 2.2. Successivamente, sul presupposto che tale opera rientrasse tra quelle di ristrutturazione edilizia contemplate dall'art. 31 lett. d) della legge 457/1978, il comune revocava la precedente ordinanza, ordinando, comunque, la demolizione del manufatto.

2.3. Per il medesimo intervento la ricorrente veniva sottoposta a procedimento penale, concluso con la sentenza di assoluzione del pretore di -OMISSIS- n. -OMISSIS-.

2.4. A seguito dell'apertura di un nuovo procedimento penale per le stesse opere e a carico della stessa ricorrente, il pretore di -OMISSIS-, con sentenza n. -OMISSIS-, dichiarava di non doversi procedere nei confronti dell'imputata per divieto di secondo giudizio, ai sensi dell'art. 649 c.p.p.

2.5. In data -OMISSIS- l'interessata presentava una domanda di condono *ex l.* 724/1994 per l'intervento oggetto dei due procedimenti penali (ossia, la tettoia in ferro di copertura).

2.6. Con ordinanza n. -OMISSIS- il comune di -OMISSIS- respingeva l'istanza di sanatoria, avendo accertato che, nelle more, la tettoia era stata chiusa nei lati aperti mediante infissi in legno e vetro poggianti sul muretto perimetrale preesistente. Ad avviso dell'amministrazione, tale intervento aveva completamente trasformato il manufatto oggetto della richiesta di condono, sia per consistenza edilizia che per destinazione d'uso.

2.7. Con ricorso al T.a.r. per la -OMISSIS- l'interessata chiedeva l'annullamento del provvedimento articolando le seguenti censure:

1) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DI LEGGE. ECCESSO DI POTERE PER ASSENZA ED ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI POSTI A BASE DELLA SANZIONE DEMOLITORIA ANCHE PER LA ERRATA RAPPRESENTAZIONE DEI FATTI;

2) VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE REGIONALE 4.12.2019n.26;

3) VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI GARANZIA DEL CONTRADDITTORIO e del giusto procedimento. Erronea comunicazione dell'avvio del procedimento. Violazione ed erronea e falsa applicazione degli artt. 7 e 8 legge 241/1990 ed artt. 11 e 16 DPR 327/2001.

4) VIOLAZIONE DELL'ART. 21 SEPTIES E NONIES DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990 N. 241 -ECCESSO DI POTERE PER INESISTENZA DEL PRESUPPOSTO-DIFETTO DI ISTRUTTORIA-SVIAMENTO .
VIOLAZIONE ED ELUSIONE DEL GIUDICATO.

3. Il T.a.r. per la -OMISSIS-, sez. III, con sentenza -OMISSIS-, respingeva il ricorso rilevando, in sintesi, che gli ulteriori interventi abusivi hanno stravolto lo stato dei luoghi, al punto da far perdere al manufatto la propria originaria identità strutturale, mentre nessuna rilevanza riveste il giudicato penale assolutorio.

4. L'appello è affidato ai seguenti motivi:

I. la ricorrente, diversamente da quanto ritenuto dal Tar, non ha sostenuto l'identità delle opere oggetto della sentenza penale e di quelle oggetto dell'ordinanza di demolizione, ma ha dedotto la non abusività del manufatto, a cui sono stati semplicemente aggiunti gli infissi perimetrali in vetro e legno. In ogni caso, a tutto voler concedere, la demolizione avrebbe dovuto essere limitata alla sola copertura perimetrale aggiunta dopo il giudicato penale, non potendo ravvisarsi un manufatto inscindibile e indistinguibile come sostenuto dal T.a.r.;

II. il giudice di primo grado ha erroneamente escluso l'efficacia del giudicato penale che ha accertato la non necessità del titolo concessorio per la tettoia, tanto più che il comune si era costituito parte civile;

III. il T.a.r. ha erroneamente escluso l'applicabilità della l.r. 26/2019 sul rilievo dell'illegittima trasformazione della *res condomanda* dopo la scadenza del termine normativamente previsto, poiché tale circostanza non è contemplata dall'art. 6 della citata legge regionale;

IV. diversamente da quanto ritenuto dal T.a.r., la ricorrente non ha censurato la mancata comunicazione di avvio del procedimento, ma la mancanza dell'avviso circa la possibilità di presentare memorie e documenti a difesa delle proprie posizioni;

V. la sentenza è errata anche nella parte in cui disattende il quarto motivo di ricorso relativo alla violazione dell'art. 21 *septies* e *nonies* l. 241/1990 per l'irragionevole ritardo nell'emanazione del provvedimento impugnato e per l'affidamento

incolpevole dell'interessata, fondato sulla sentenza penale irrevocabile e sull'autorizzazione in sanatoria rilasciata nel -OMISSIS- per il muretto perimetrale; VI. la sentenza merita riforma anche nella parte in cui - come ribadito nell'appello cautelare ex art. 62 c.p.c. *sub* lett."D" pag. 12 - non ha considerato che il decorso di ben 15 anni dalla presentazione della domanda di sanatoria aveva determinato la formazione del silenzio assenso.

5. Con ordinanza n. -OMISSIS- è stata respinta l'istanza cautelare per difetto di *fumus boni iuris* con condanna dell'appellante ad euro 1.500,00 di spese.

6. Si è costituito in giudizio il comune di -OMISSIS- che ha resistito al gravame, chiedendone la reiezione.

7. In vista dell'udienza di trattazione entrambe le parti hanno presentato memorie, insistendo nelle rispettive difese.

7.1 L'appellante ha chiesto il rinvio della causa al fine di valutare la possibilità di avvalersi del c.d. "salva casa", chiedendo anche che venga disposta una consulenza tecnica d'ufficio per accertare l'effettiva natura della chiusura dei vetri.

8. All'udienza di smaltimento del 4 dicembre 2024 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. In via preliminare, deve essere respinta l'istanza di rinvio dell'udienza, atteso che le ragioni prospettate dalla ricorrente- valutare la possibilità di "*richiedere il ripristino in parte qua del manufatto con la rimozione dell'attuale chiusura per potersi (poi) avvalere*" della legge sul c.d. "salva casa", ove ne ricorrano i presupposti (pag. 2 memoria del 25 ottobre 2024)- non integra una delle situazioni eccezionali che consentono di disporre il rinvio ai sensi dell'art. 73 comma 1 *bis* c.p.a. 10. Sempre in via preliminare, deve essere rilevata l'inammissibilità della relazione tecnica a firma dell'-OMISSIS- depositata dall'appellante solo in grado di appello in violazione dell'art. 104 c.p.a.

10.1 Il collegio ne dispone, pertanto, lo stralcio dagli atti del presente giudizio.

11. Premesso quanto sopra, l'appello è infondato.

12. La giurisprudenza ha chiarito che non possono qualificarsi opere di completamento funzionale, ai sensi della l. 47/1985, quelle che si traducono nella creazione di un *quid novi* rispetto alla consistenza strutturale e tipologica del manufatto già realizzato o che attribuiscono una diversa caratterizzazione funzionale allo stesso, quali quelle volte alla chiusura ed alla perimetrazione di una preesistente tettoia. La tettoia e il locale da essa ricavabile mediante la chiusura della stessa costituiscono entità edilizie diverse, ciascuna con funzionalità sua propria: ai fini del condono occorre, quindi, aver riguardo al manufatto finale (quello derivante dalla chiusura della tettoia) con la funzionalità acquisita dopo le opere realizzate (Cons. sez. V, 24/02/1996, n. 227).

13. La chiusura di una tettoia in precedenza aperta su tre lati comporta una trasformazione sostanziale dell'organismo edilizio, che viene ad assumere caratteristiche strutturali e funzionali diverse, traducendosi in una difformità essenziale (Cons Stato sez. II 6.11.2024, n. 8899).

14. E' stato, altresì, precisato che la presentazione della domanda di condono non autorizza l'interessato a completare *ad libitum*- e men che mai a trasformare o ampliare- i manufatti oggetto di siffatta richiesta, stante la permanenza dell'illecito fino alla sanatoria, (Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. VII, 25/01/2024, n. 805; sez. VI, 27/11/2023, n. 10163).

15. Dall'applicazione delle sopra richiamate coordinate giurisprudenziali al caso di specie discende l'infondatezza delle censure formulate dall'appellante atteso che come osservato anche in sede cautelare con ordinanza n. 3827/2021-oggetto dell'ordinanza di demolizione non è la tettoia aperta su tre lati per cui è stata

presentata domanda di condono e su cui si è formato il giudicato penale, bensì la realizzazione, in data successiva al giudicato penale e alla domanda di condono, di un vano aggiuntivo e abitabile.

16. Si tratta di un manufatto abusivo totalmente autonomo, per consistenza, struttura e destinazione d'uso, rispetto a quello oggetto di sanatoria.

16.1 Per tale ragione, esso non è scorporabile dalla tettoia sovrastante con cui forma un *unicum* unitario, inscindibile ed indivisibile, non segmentabile in singole porzioni al fine di distinguere quelle condonabili e quelle non condonabili. Di qui l'irrilevanza del richiamo alla c.d. fiscalizzazione dell'abuso *ex art.* 34 comma 2 d.P.R. 380/2001 (pag. 12 dell'appello), stante la radicale abusività dell'intero manufatto.

17. Quanto alle ulteriori doglianze contenute nell'atto di appello è sufficiente osservare che:

i) l'efficacia del giudicato penale è limitata all'accertamento dei fatti e non si estende alla loro qualificazione giuridica (Cons. Stato, sez. VI, 07/01/2022, n.54; sez. IV, 07/01/2021, n. 169). Dalle sentenze del pretore di -OMISSIS- del 1993 e del 1996 non può, quindi, discendere alcun vincolo per l'amministrazione, prima, e per il giudice amministrativo, poi, in ordine alla qualificazione della tettoia che dal punto di vista edilizio costituisce comunque una nuova costruzione, necessitante di permesso di costruire (Cons. Stato sez. II, 16/05/2024, n. 4366; id., 09/05/2024, n. 4191);

ii) irrilevante è il richiamo all'art. 6 l.r. 26/2019 (il quale prevede che per gli abusi edilizi relativi ad immobili, anche residenziali, realizzati in uno dei comuni di cui alla l.r. 21/2003, fra cui quello di -OMISSIS-, per i quali, alla data di entrata in vigore della legge, risultino pendenti le domande di condono può essere rilasciata la sanatoria) poiché il condono non è comunque ammesso per un manufatto diverso

da quello oggetto della domanda e realizzato oltre il termine indicato dall'art. 39 l. 724/1994, nemmeno ai sensi della richiamata legge regionale;

iii) quanto all'omessa comunicazione di avvio del procedimento e alla lesione dell'affidamento, in disparte la duplice circostanza che, per un verso, la mancata puntualizzazione, nella comunicazione inviata, della possibilità di contraddire (a cui la comunicazione è logicamente strumentale) non è certo preclusiva dell'esercizio di tale facoltà e che, per altro verso, il legittimo affidamento è incompatibile con la modifica del manufatto in pendenza di condono, la natura vincolata del diniego di condono per difetto dei presupposti di legge rende irrilevanti sia gli apporti partecipativi (Cons. Stato, sez. VII, 25/06/2024, n. 56) che l'eventuale affidamento del privato (sez. VII, 25/06/2024, n. 5606);

iv) quanto all'avvenuta formazione del silenzio assenso, la censura, oltre che inammissibile in quanto non proposta con ricorso di primo grado, è anche infondata attesa la radicale trasformazione dell'opera successivamente alla presentazione dell'istanza.

18. In conclusione, l'appello deve essere respinto, con conseguente reiezione anche dell'istanza istruttoria formulata dall'appellante.

19. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la signora -OMISSIS- -OMISSIS- al pagamento a favore del comune di -OMISSIS- 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, in aggiunta alle spese già liquidate in sede cautelare.

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 dell'appellante.

Così deciso nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2024, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 17, comma 6, del decreto-legge 9 giugno 2021, n. 80, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2021, n. 113, con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carmelina Adesso, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Alessandro Enrico Basilico, Consigliere

Ofelia Fratamico, Consigliere

L'ESTENSORE
Carmelina Adesso

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO

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

LAVORI PUBBLICI