

EDILIZIA ED URBANISTICA: Concessione edilizia e licenza di abitabilità (ora permesso di costruire) - Parziale difformità - Nozione.

Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2021, n. 6218

- in *Il Foro amm.*, 9, 2021, pag. 1294 e ss.

“[...] il concetto di parziale difformità presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall'autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle previste e autorizzate a livello progettuale, quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera; mentre si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, quando i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione [...].

Ai fini sanzionatori, inoltre, il D.P.R. n. 380 del 2001 distingue gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, per i quali va disposta la demolizione, dagli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, per cui la disciplina sanzionatoria, recata dall'art. 34 DPR n. 380/01, contempla anche la possibilità di applicazione della sanzione pecuniaria, nel caso in cui la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità [...].”

FATTO

1. Ricorrendo dinnanzi a questo Consiglio il Sig. Cannas appella la sentenza n. 1043/2013, con cui il Tar Lazio, Latina ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso principale di primo grado proposto contro l'ordinanza di demolizione n. 67 del 2012 adottato dal Comune di Formia, nonché ha rigettato i motivi aggiunti diretti contro: a) il diniego di sanatoria n. 160/12 adottato in data 2.10.2012 dalla medesima Amministrazione in relazione ad un fabbricato residenziale e relative opere pertinenziali realizzate senza titolo su lotto sito in loc. Rovegno Piloni; b) il conseguenziale ordine di demolizione n. 376 del 16.10.2012, avente ad oggetto le opere abusive in contestazione (ampliamento della superficie lorda di mq 41,60 volume mc 137,28 e manufatto seminterrato ad uso deposito della superficie lorda pari a mq 45,58 e volume pari a mc 86,60), con ripristino dello stato dei luoghi.

In particolare, secondo quanto dedotto in appello, emerge che:

- il Sig. Cannas è proprietario di un fabbricato in Formia, loc. Rovegno, distinto al catasto al Fg. 17 di Maranola, particella 785, acquistato in virtù di un atto di compravendita del 27.5.2008;
- il dante casa dell'odierno appellante aveva presentato, in relazione a tale immobile, istanza di condono edilizio n. 39935 del 7.12.2004, prat. n. 255/04, ai sensi dell'art. 32 L. n. 326/03 e della L.R. n. 12/04;
- in ragione del pagamento dell'oblazione e dei relativi oneri e in assenza di vincoli di natura paesaggistica, sulla domanda di condono avrebbe dovuto ritenersi formato il silenzio assenso ex art. 32, comma 36, L. n. 326/03;
- il manufatto asseritamente assentito *per silentium* è stato oggetto di interventi edilizi, eseguiti dalla convivente del ricorrente, tradottisi nella realizzazione di due corpi di fabbricato in aderenza e in ampliamento del manufatto preesistente;
- la Sezione Vigilanza del Comune di Formia in data 9.3.2011 ha eseguito un sopralluogo, nel corso del quale ha accertato l'esistenza di due vani in aderenza e in ampliamento;
- il Comune di Formia con nota prot. n. 19520 del 10.5.2011 ha comunicato al ricorrente, quale nuovo proprietario, l'avvio del procedimento per il rigetto della domanda di concessione edilizia in sanatoria in relazione agli esiti del sopralluogo del 9.3.2011 cit.;
- il ricorrente, riscontrando la nota comunale, in data 25.5.2011, ha presentato al Comune di Formia le proprie osservazioni, evidenziando la fedele rappresentazione, nell'ambito della domanda di condono, delle opere realizzate precedentemente al 31.3.2003, risultando il vano abusivo realizzato sulla proprietà totalmente avulso dalla domanda di condono, essendo, peraltro, autonomo sia strutturalmente che funzionalmente;
- il Comune di Formia, con ordinanza n. 67 del 9.2.2012, ha ordinato la demolizione dei due vani abusivi, non compresi nella domanda di condono, consistenti in un manufatto della superficie lorda di mq 41,00 e di volume 137,28, nonché in un seminterrato ad uso deposito di mq 45,58 e del volume di mc 86, con ripristino dello stato dei luoghi; nonché, con provvedimento del 21.5.2012, ha rilasciato la concessione in sanatoria n. 99/12 per le opere oggetto di domanda di condono;
- l'odierno appellante ha, dunque, impugnato dinnanzi al Tar Lazio, Latina, l'ordine di demolizione;
- in pendenza di giudizio, il ricorrente ha presentato in data 11.4.2012 istanza di accertamento di conformità ex art. 36 DPR n. 380/01 in relazione ai due manufatti oggetto dell'ordine demolitorio;
- il Comune con nota n. 31508 del 13.7.2012 ha comunicato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza;
- l'odierno appellante, in riscontro al preavviso di rigetto, ha chiesto di valutare la pratica in applicazione dell'art. 3 L.R. n. 21/2009;

- il Comune con determinazione n. 160/12 del 2.10.2012 ha rigettato l'istanza ex art. 36 DPR n. 380/01, nonché con ordinanza n. 376 del 16.10.2012 ha nuovamente disposto la demolizione dei due vani abusivi;

- il diniego di sanatoria e l'ordine di demolizione *de quibus* sono stati impugnati con motivi aggiunti proposti in primo grado, in quanto ritenuti assunti in violazione: a) dell'art. 10 bis L. n. 241 del 1990, per l'omessa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di sanatoria; b) dell'art. 3 L.R. n. 21/2009, essendosi in presenza di interventi edilizi assoggettabili al cd. Piano Casa approvato dal legislatore regionale; c) dell'art. 18, comma 3, della LR 15/2008, non sussistendo i presupposti per l'irrogazione della sanzione demolitoria;

- a definizione del giudizio di prime cure, il Tar ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso principale proposto avverso il primo ordine di demolizione, nonché ha rigettato i motivi aggiunti proposti avverso il diniego di sanatoria e il secondo ordine di demolizione.

2. In particolare, alla stregua di quanto emergente dalla sentenza di prime cure, il Tar:

- ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso principale, tenuto conto che l'ordine di demolizione di un immobile abusivo perderebbe efficacia una volta presentata la domanda di sanatoria edilizia, ragion per cui, avendo l'odierno appellante avanzato istanza di accertamento di conformità successiva all'emissione dell'ordine di demolizione, il relativo provvedimento avrebbe dovuto ritenersi inefficace e, come tale, privo di valenza lesiva nei confronti della parte ricorrente;

- ha ritenuto infondato il motivo di censura, indirizzato contro il diniego di sanatoria, concernente la violazione dell'art. 3 L.R. n. 21/2009, atteso che nella specie, da un lato, alla stregua di quanto ammesso dallo stesso ricorrente nell'ambito del procedimento di condono, gli abusi *de quibus* non avrebbero potuto qualificarsi come meri ampliamenti, come tali soggetti al disposto dell'art. 3 L.R. n. 21 cit., integrando gli estremi dell'intervento edilizio autonomo, da un punto di vista strutturale e funzionale; dall'altro, l'ampliamento assentibile ai sensi della L.R. n. 21/2009 avrebbe potuto essere soltanto quello interessante gli edifici legittimamente realizzati ed ultimati, venendo eseguito solo previa formazione del titolo richiesto ed individuato dal successivo articolo 6 della medesima legge regionale; né avrebbe potuto riscontrarsi una contraddittorietà tra diniego di sanatoria e ordine di demolizione, in quanto la locuzione "ampliamento" impiegata nell'ordine di demolizione, afferiva alla descrizione dell'intervento e non alla sua qualificazione giuridica;

- ha ritenuto infondato il motivo di censura incentrato sulla violazione dell'articolo 18, comma 3, della LR 15/2008, facendosi questione nella specie di intervento non assentito da alcun titolo edilizio, come tale non assoggettabile alla sanzione pecuniaria, prevista dall'art. 18 cit. soltanto per gli interventi eseguiti in difformità al titolo all'uopo rilasciato;

- ha ritenuto infondato il motivo di censura incentrato sulla mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, stante la ritenuta applicabilità dell'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241 del 1990.

3. Il ricorrente in prime cure ha appellato la sentenza, formulando tre motivi di impugnazione.

4. Il Comune appellato si è costituito in giudizio con atto depositato in data 21 agosto 2014, resistendo, tuttavia, ad un ricorso in appello diverso da quello in trattazione (come reso palese dal riferimento ad una diversa parte ricorrente e ad una distinta sentenza appellata).

5. L'appellante ha insistito nelle proprie conclusioni con note di udienza depositate in data 8 febbraio 2021, chiedendo altresì l'estromissione del Comune appellato, costituitosi in giudizio con atto recante un riferimento a diverso giudizio.

6. Con ordinanza n. 1263 del 12 febbraio 2021 la Sezione, rilevando che dalla consultazione del fascicolo informatico di appello non risultava pervenuto presso il Consiglio di Stato il fascicolo cartaceo di primo grado, ha disposto, a cura della Segreteria della Sezione, l'acquisizione del fascicolo cartaceo di primo grado; nonché, a cura della parte più diligente, il deposito telematico, nell'ambito del fascicolo informatico di appello, della concessione edilizia in sanatoria n. 99/12.

7. Con deposito del 18 febbraio 2021 l'appellante ha prodotto la concessione in sanatoria n. 99/12.

8. Con note di udienza del 14 luglio 2021 l'appellante ha chiesto la decisione della controversia.

9. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 15 luglio 2021.

DIRITTO

1. Il ricorso in appello è articolato in tre motivi di impugnazione, suscettibili di trattazione unitaria per ragioni di connessione.

1.1 Con il primo motivo di appello la sentenza di primo grado è impugnata nella parte in cui ha escluso che la mancata comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza fosse idonea a determinare l'annullamento del diniego di sanatoria.

Secondo la prospettazione dell'appellante, invece, la decisione del Tar sarebbe erronea, in primo luogo, in quanto avrebbe ritenuto che il contenuto dispositivo del diniego di sanatoria non avrebbe potuto essere diverso rispetto a quello in concreto adottato, valorizzando ragioni non enucleate nell'atto amministrativo assunto dal Comune di Formia, riguardanti, in particolare, la non applicabilità della L.R. n. 21/2009 a fronte di manufatti non assentiti dal previo rilascio del prescritto titolo edilizio.

Invero, il Comune avrebbe opposto la sola ragione riferita all'impossibilità di reputare il manufatto abusivo come ampliamento di quello esistente, alla stregua di quanto dichiarato dal Sig. Cannas nella nota n. 22269 del 25.5.2011 nell'ambito del procedimento di condono.

Per l'effetto, a giudizio dell'appellante, non si sarebbe in presenza di un atto vincolato, bensì “*di un atto assunto sulla base di una interpretazione personale della norma da parte del dirigente comunale, e, quindi, di un provvedimento di diniego di una richiesta prot. n. 31508 presentata dal ricorrente il 13/7/2012, nelle more del procedimento amministrativo avviato precedentemente ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. n. 380 del 2001 e, quindi di una domanda ulteriore tesa ad ottenere il rilascio di un permesso in sanatoria alla luce della sopravvenuta normativa regionale*” (pag. 23 appello).

In ogni caso il Tar avrebbe errato nell'escludere la possibilità di sanatoria delle opere *de quibus* sulla base della sopravvenuta legge regionale, in quanto detta normativa non avrebbe escluso la possibilità, una volta ottenuto un permesso di costruire in sanatoria, di presentare specifica istanza per la sanatoria di eventuali opere abusive rientranti nelle ipotesi di cui all'art. 3 L.R. n. 21 cit.

Peraltro, il Tar non avrebbe tenuto conto che sulla domanda di condono si era già formato il titolo abilitativo in sanatoria *per silentium*, potendo, dunque, le opere realizzate in ampliamento e in aderenza al manufatto preesistente essere sanate *ex post* ex art. 2, comma 1, lett. b), L.R. n. 21/09.

Ne deriva che la prosecuzione del procedimento di condono, stante la formazione del titolo tacito di sanatoria, non avrebbe influito sull'applicabilità della L.R. n. 21/09 alle opere abusivamente realizzate, peraltro in assenza e all'insaputa del ricorrente.

1.2 Con il secondo motivo di appello viene censurata l'erroneità della sentenza di prime cure, nella parte in cui ha ritenuto inapplicabile l'art. 3 L.R. n. 21 del 2009.

In particolare, il Tar avrebbe errato nel ritenere che la concessione edilizia in sanatoria n. 99 del 21.5.2012 fosse stata rilasciata sulla base delle indicazioni contenute in una dichiarazione del ricorrente assunta al protocollo comunale al n. 22269 del 25.5.2011: invero, detta nota non recherebbe alcun riferimento alla concessione edilizia n. 99/2012 e, comunque, sarebbe stata acquisita al protocollo comunale successivamente al rilascio del titolo in sanatoria.

In ogni caso, il Tar avrebbe erroneamente interpretato la dichiarazione del 25.5.2011, dandone “*una importanza eccessiva*” (pag. 26 appello), non facendosi questione di un'autocertificazione sostitutiva di dichiarazione di notorietà ai sensi degli artt. 46 e ss. DPR n. 445 del 2000 e, comunque, essendosi in presenza di un atto in contrasto con gli atti fidefacienti promananti dal Comune, in cui si attestava che i locali *de quibus* erano stati realizzati in aderenza al manufatto oggetto della domanda di condono.

Peraltro, nella stessa ordinanza di demolizione del 16.10.2012, n. 376, le opere in parola vengono qualificati come in aderenza e in ampliamento al fabbricato preesistente, come, altresì, emergente

da apposita perizia stragiudiziale; il che consentiva di ritenere integrati i presupposti di applicazione dell'art. 3 L.R. n. 21/2009, facendosi questione di manufatti aderenti e, dunque, costituenti un ampliamento di un fabbricato preesistente assentito con titolo in sanatoria, per i quali la legge regionale non richiede il vincolo dell'accessorietà e della pertinenzialità.

Con il medesimo motivo di appello si censura l'erroneità della sentenza di prime cure, nella parte in cui ha escluso la ricorrenza del vizio di contraddittorietà tra atti amministrativi, avendo il Comune, da un lato, escluso che i locali *de quibus* costituissero ampliamento in sede di diniego di sanatoria, dall'altro, ravvisato tale qualificazione in sede di ordine di demolizione n. 376/12, oltre che nella concessione edilizia in sanatoria n. 99/12 e nel verbale di sopralluogo del 9.3.2011.

1.3 Con il terzo motivo di appello viene censurato il capo decisorio riferito al rigetto delle censure rivolte contro l'ordinanza di demolizione n. 376 del 2012.

Secondo la prospettazione attorea:

- per effetto dell'accoglimento dei motivi di appello riferiti al diniego di sanatoria, dovrebbe disporsi l'annullamento, altresì, dell'ordine di demolizione, in quanto inficiato da vizi di legittimità in via derivata;
- in ogni caso, nella specie, sussisterebbero i presupposti per convertire la demolizione in sanzione pecuniaria, facendosi questione di opere realizzate in parziale difformità rispetto al titolo concessorio in sanatoria ex art. 18 L.R. n. 15 del 2008 e art. 34 DPR n. 380/01;
- peraltro, l'art. 34 DPR n. 380/01 esprimerebbe un principio generale applicabile anche ai procedimenti conseguenti al diniego di sanatoria;
- nella specie sarebbe stato fornito un principio di prova circa l'impossibilità di effettuare la demolizione delle opere abusive senza arrecare pregiudizio al fabbricato preesistente; ragion per cui il Comune appellato avrebbe dovuto, previamente, valutare in concreto la possibilità di esecuzione della demolizione; il che non sarebbe avvenuto, essendo l'ordinanza di demolizione sprovvista di qualsiasi valutazione intorno all'entità e alle caratteristiche strutturali degli abusi commessi e alla possibile sostituzione della demolizione con la sanzione pecuniaria.

2. Pregiudizialmente, deve essere disattesa la richiesta di estromissione del Comune di Formia, presentata dall'appellante con le note di udienza dell'8 febbraio 2021, motivata dal riferimento, recato nell'atto di costituzione dell'Amministrazione comunale, ai dati identificativi di un diverso giudizio.

Il Comune di Formia, avendo partecipato al primo grado di giudizio e risultando destinatario della notificazione del ricorso in appello, deve ritenersi parte legittimata a contraddire nell'odierno giudizio, non potendo, per l'effetto, disporsi la sua estromissione dal processo.

Parimenti, la produzione di documenti non conferenti rispetto all'oggetto del giudizio, non ne impone lo stralcio, ma l'inutilizzabilità, facendosi questione di prove documentali irrilevanti ai fini della decisione.

L'assenza di difese comunali pertinenti rispetto all'oggetto del giudizio può, invece, essere valorizzata ai fini della regolazione delle spese processuali, come si osserverà *infra*.

3. Ciò rilevato, è possibile soffermarsi sulle censure impugnatorie.

A tali fini, giova, in via preliminare, ricostruire l'effettiva portata del diniego di sanatoria impugnato in prime cure, verificando quali siano le effettive ragioni fondanti la decisione amministrativa.

Il primo giudice, qualora escluda l'illegittimità del provvedimento impugnato sulla base di *rationes decidendi* che non trovano fondamento nell'impianto motivazionale dell'atto amministrativo, incorre nel vizio di ultrapetizione, oltre che nella violazione del principio di separazione dei poteri ex art. 34, comma 2, c.p.a.

Sotto il primo profilo, la violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato emerge, altresì, qualora, ammettendo una integrazione postuma della motivazione sottesa al provvedimento, il giudice statuisca su una fattispecie oggettivamente diversa da quella prospettata nel provvedimento gravato, con evidente lesione dei diritti di difesa della parte ricorrente (Consiglio di Stato, sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28).

Sotto il secondo profilo, il giudice, qualora abbia formulato argomentazioni a sostegno del provvedimento impugnato che ne alterano l'impianto motivazionale, emette una pronuncia su poteri non ancora esercitati, in violazione del disposto di cui all'art. 34, comma 2, c.p.a., venendo esaminata la legittimità di nuove questioni a sostegno della decisione censurata, non previamente decise dal competente organo amministrativo.

4. Alla stregua di tali considerazioni, occorre verificare quali fossero le ragioni di diniego opposte dall'Amministrazione in sede procedimentale, le uniche a potere essere contestate e, dunque, sindacate in sede giurisdizionale.

Dall'esame del provvedimento impugnato in prime cure emerge che il Comune ha rigettato l'istanza di sanatoria, ritenendo sì inapplicabile l'art. 3 L.R. n. 21/2009, ma non per l'impossibilità di sussumere sotto la relativa previsione gli interventi abusivi realizzati in assenza di previo titolo abilitativo, bensì per l'insussistenza nel caso di specie di un ampliamento autorizzabile ai sensi della relativa disciplina regionale, facendosi questione di opere abusive autonome rispetto a quelle preesistenti.

In particolare, il Comune ha negato il rilascio del permesso di costruire in sanatoria, tenuto conto che “*per le opere realizzate senza titolo non è applicabile l’art. 3 della L.R. n. 21/2009 (Piano Casa) e s.m.i. in quanto: il manufatto costituisce unità immobiliare autonoma e non quale ampliamento di quella esistente, così come dichiarato dallo stesso Sig. Cannas Sergio nella nota prot. n. 22269 del 25.05.2011, ai fini del rilascio della concessione edilizia in sanatoria n. 99 del 21.05.2012*”.

Pertanto, come correttamente rilevato dall’appellante, nel presente giudizio deve sindacarsi la sola *ratio decidendi* sottesa al provvedimento impugnato dinanzi al Tar, senza valutare ulteriori e autonome ragioni di diniego non dedotte in sede procedimentale, quale l’impossibilità di applicare l’art. 3 L.R. n. 21/2009 ai fini della sanatoria di abusi edilizi in ipotesi commessi dalla parte privata. Trattasi di questione non posta alla base del diniego di sanatoria e, dunque, insuscettibile di essere introdotta in sede giurisdizionale ai fini del rigetto del ricorso proposto dalla parte privata.

Tale rilievo non consente, tuttavia, di addivenire all’accoglimento dell’appello, dovendo, comunque, verificarsi se la *ratio decidendi* effettivamente adottata a sostegno del provvedimento comunale sia legittima ovvero, come contestato dal ricorrente, sia incentrata su un’erronea interpretazione della pertinente disciplina legislativa regionale.

In ragione dell’effetto devolutivo proprio dell’appello, la contraddittorietà o l’erroneità della motivazione giudiziale non determinano infatti l’annullamento con rinvio della sentenza gravata (non ricorrendo alcuna delle fattispecie di rimessione al primo giudice ex art. 105 c.p.a.), né comportano la riforma della pronuncia di prime cure, ammissibile soltanto ove si giunga ad un diverso esito della controversia.

Pure di fronte ad una motivazione contraddittoria o erronea, occorre verificare in sede di appello se il contenuto dispositivo della decisione assunta dal Tar – nella specie di rigetto dei motivi aggiunti – sia comunque corretto.

Di conseguenza, ai fini della soluzione dell’odierna controversia:

- preliminarmente, deve provvedersi alla ricostruzione della portata applicativa dell’art. 3 L.R. n. 21/2009, per i profili di interesse nella presente sede processuale;
- all’esito, deve accertarsi se le opere abusive per cui è controversia siano o meno autonome rispetto al manufatto condonato dal Comune e, per l’effetto, possano o meno essere sussunte sotto la previsione di cui all’art. 3 L.R. n. 21/2009.

5. Iniziando la disamina dalla ricostruzione della normativa legislativa regionale fondante il provvedimento censurato in prime cure, emerge che:

- l'art. 3, comma 1, L.R. n. 21/2009 regola gli interventi di ampliamento degli edifici, ammessi in deroga alle previsioni degli strumenti urbanistici e dei regolamenti edilizi comunali vigenti o adottati, comunque prescrivendo la previa acquisizione del titolo abilitativo di cui all'articolo 6 della medesima legge e il rispetto di predefiniti limiti massimi relativi alla volumetria esistente o alla superficie utile;

- l'art. 3, comma 3, lett. a), ammette la realizzazione di ampliamenti di edifici *“anche con aumento del numero delle unità immobiliari: a) in adiacenza, in aderenza rispetto al corpo di fabbrica, anche utilizzando parti esistenti dell'edificio; ove ciò non risulti possibile oppure comprometta l'armonia estetica del fabbricato esistente può essere autorizzata la costruzione di un corpo edilizio separato di carattere accessorio e pertinenziale...”*.

La disciplina regionale ammette, dunque, altresì, l'aumento del numero delle unità immobiliari, realizzabile sia *“in adiacenza, in aderenza rispetto al corpo di fabbrica, anche utilizzando parti esistenti dell'edificio”*, sia attraverso l'edificazione di un *“corpo edilizio separato di carattere accessorio e pertinenziale”*.

Mentre nel primo caso l'ampliamento concerne un edificio strutturalmente unitario, che rimane tale anche all'esito della realizzazione di nuove unità immobiliari, per propria natura connotate da un'autonomia (soltanto) funzionale, nel secondo caso l'ampliamento comporta la realizzazione di manufatti autonomi sotto il profilo strutturale, ma collegati funzionalmente all'edificio preesistente. Al riguardo, questo Consiglio ha precisato la necessità di distinguere, ai fini dell'applicazione della disciplina dettata dalla L.R. n. 21/2009 tra edifici e unità immobiliari, precludendo la disciplina regionale l'edificazione di nuovi edifici, ma non vietando la realizzazione di nuove unità immobiliari: in particolare, è stato osservato che la previsione della pluralità delle unità immobiliari e la loro autonomia funzionale non implicano che si sia in presenza di edifici *“distinti”*, tenuto conto che l'autonomia funzionale dei volumi non è di per sé sufficiente a tali fini, *“essendo necessari anche l'isolamento o la separatezza dei corpi di fabbrica”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 6 dicembre 2018, n. 6917).

Alla stregua delle considerazioni svolte, è possibile ritenere che l'art. 3 L. n. 21/09, regolando (soltanto) l'ampliamento di edifici preesistenti, non ne consente la realizzazione di nuovi e, pertanto, non permette l'edificazione di nuovi corpi di fabbrica strutturalmente autonomi, non aventi funzione meramente pertinenziale e accessoria.

Per l'effetto, premesso che *“è ... in aderenza la costruzione che si trova in semplice contatto con il muro del vicino dal quale è, dal punto di vista strutturale autonoma”* (Cass. civ. Sez. II, 30 dicembre 2015, n. 26124), la circostanza per cui due unità immobiliari siano realizzate in aderenza

non è di per sé sufficiente per ritenere applicabile l'art. 3 L.R. n. 21/09, tenuto conto che, a fronte di unità immobiliari strutturalmente autonome, non appartenenti al medesimo edificio, né legate da alcun vincolo funzionale, non si farebbe questione di un edificio unitario ampliato, ma di realizzazione di nuovo edificio unifamiliare (riconducibile, dunque, ad una tipologia edilizia connotata, in ipotesi, dalla presenza di un'unica unità immobiliare), non sussumibile sotto la previsione dell'art. 3 L.R. n. 21/09 in commento.

6. Ciò rilevato, occorre verificare se l'immobile oggetto del diniego di sanatoria impugnato in prime cure costituisca un corpo di fabbrica strutturalmente e funzionalmente autonomo ovvero faccia parte di un edificio preesistente o comunque ad esso accessorio.

Al riguardo, acquista rilevanza decisiva la dichiarazione del 25.5.2011 prot. n. 22269 richiamata nel diniego di sanatoria, presentata dall'odierno appellante nell'ambito del procedimento di rilascio della concessione edilizia in sanatoria n. 99 del 21.05.2012, in cui si attesta che: *"1) la domanda di concessione edilizia a sanatoria rispecchia per superficie e per volume fedelmente le opere realizzate antecedentemente al 31.3.2003; 2) il vano abusivo realizzato sulla proprietà è totalmente avulso dalla domanda di concessione edilizia a sanatoria, essendo tra l'altro completamente autonomo sia strutturalmente che funzionalmente da quello interessato dalla domanda di condono edilizio, stante la diversa epoca di costruzione, l'inesistenza di collegamenti tra le due porzioni di manufatto e la presenza di un accesso ad esso assolutamente autonomo, cosicché la presenza dello stesso è totalmente estraneo alla procedura di sanatoria in discorso; 3) la realizzazione del vano di cui al precedente numero 2), il quale erroneamente avrebbe indotto codesta Amministrazione a ritenere, alla luce della comunicazione in oggetto, la domanda di concessione a sanatoria dolosamente infedele, è stato realizzato trascorsi oltre due anni dalla presentazione della domanda di condono in questione"* (deposito comunale primo grado del 28 febbraio 2013).

Tale dichiarazione risulta certamente impiegabile a fini probatori, in quanto recante l'ammissione di circostanze sfavorevoli al dichiarante ai fini del decidere.

La dichiarazione, inoltre, diversamente da quanto dedotto dall'appellante, è stata prodotta nell'ambito del procedimento teso al rilascio della concessione edilizia in sanatoria, influenzando sulla decisione amministrativa al riguardo assunta dal Comune procedente.

In particolare, avuto riguardo alla successione temporale degli atti in esame, emerge che:

- la Sezione Vigilanza del Comune di Formia in data 9.3.2011 ha eseguito un sopralluogo, nel corso del quale ha accertato l'esistenza di opere oggetto di istanza di condono edilizio prot. 39935 del 2004 e di *"un successivo abuso in ampliamento della superficie lorda di mq 41,60 (...) volume mc 137,28; oltre al manufatto seminterrato ad uso deposito"*;

- il Comune di Formia con nota prot. n. 19520 del 9.5.2011 ha comunicato al ricorrente, quale nuovo proprietario, l'avvio del procedimento per il rigetto della domanda di concessione edilizia in sanatoria in relazione agli esiti del sopralluogo del 9.3.2011 cit., che avrebbero accertato un eccesso di superficie, volume ed opere rispetto a quelle richieste con la domanda di condono;
- l'odierno appellante in data 25.5.2011, riscontrando la comunicazione comunale n. 19520/2011 ha rappresentato al Comune, come osservato, che l'ulteriore vano abusivo riscontrato era autonomo sia funzionalmente che strutturalmente rispetto alle opere oggetto della domanda di condono;
- in data 21 maggio 2012 il Comune ha rilasciato la concessione in sanatoria, da un lato, rilevando che *“l'accertamento dell'Ufficio Vigilanza prot. 373 del 22.3.2011 dal quale si evince la realizzazione di un nuovo corpo di fabbrica abusivo aderente all'immobile oggetto di condono”*, dall'altro, prendendo espressamente atto che *“per l'abuso in ampliamento, pende ordinanza Dirigenziale n. 67/9.2.2012 interessante un corpo di fabbrica diverso, nulla a che vedere con il corpo oggetto di condono che ne è distinto catastalmente a parte”*.

Pertanto, è provato in atti che la dichiarazione del 25.5.2011 è stata acquisita nell'ambito del procedimento di condono ed è stata valutata dal Comune di Ponza ai fini della disamina della domanda di sanatoria, accolta proprio perché avente ad oggetto opere distinte e non confondibili con quelle abusive, ulteriormente realizzate in ampliamento, oggetto dell'ordinanza di demolizione n. 67 del 2012.

Alla stregua della documentazione in atti, considerato che, da un lato, la considerazione delle opere per cui è causa quali locali autonomi (sotto il profilo funzionale e sostanziale) rispetto a quelli oggetto della domanda di condono risulta ammessa in sede sostanziale dallo stesso ricorrente con dichiarazione resa all'Amministrazione intimata, dall'altro, per l'effetto, lo stesso Comune, statuendo pure sugli esiti dell'accertamento dell'Ufficio Vigilanza, ha accolto la domanda di condono ravvisando una tale autonomia, deve ritenersi provato che gli immobili rilevanti nell'odierno giudizio, oggetto del diniego di sanatoria n. 160/12 e del conseguente ordine di demolizione, non facessero parte di un edificio preesistente, costituito da ulteriori unità immobiliari previamente realizzate e oggetto di successivo condono, bensì costituissero un nuovo edificio, autonomo, come tale non assoggettabile alle previsioni dell'art. 3 L.R. n. 21/09, riferite esclusivamente al mero ampliamento di edifici preesistenti.

7. L'appello risulta infondato anche nella parte in cui tende a dedurre una contraddittorietà dell'azione amministrativa in ordine alla qualificazione delle opere per cui è causa sia come meri ampliamenti, che come unità autonome.

Nel caso di specie, l'azione amministrativa non risulta contraddittoria, tenuto conto che il Comune:

- dapprima, ha accolto una precedente domanda di condono, ritenendo a tali fini non ostativa la presenza di ulteriori opere abusive, trattandosi di opere autonome, come dichiarato dallo stesso istante;

- in seguito, sulla base del medesimo presupposto, dato dall'autonomia delle opere successivamente realizzate, ha rigettato un'istanza di permesso di costruire in sanatoria, ritenendo inapplicabile la disciplina di cui all'art. 3 L.R. n. 21/09 in relazione ad opere che non potevano qualificarsi come di ampliamento di un edificio preesistente, nonché, per l'effetto, ha ordinato la demolizione delle opere *de quibus* in quanto non assentite da alcun titolo edilizio.

Ne deriva che il Comune, basandosi sulle stesse ammissioni dell'odierno appellante, ha distinto i due corpi di fabbrica costruiti in aderenza, ritenuti tra di loro separati e assoggettabili a differente regime giuridico, provvedendo coerentemente, da un lato, ad accogliere la domanda di condono (non risultando interferenti ulteriori opere abusive, in quanto autonome), dall'altro, a rigettare l'istanza di permesso di costruire in sanatoria (non potendo applicarsi alle opere autonome la disciplina dell'art. 3 L.R. n. 21/09) e, dunque, ad ordinare la demolizione di opere non assentite da alcun titolo edilizio abilitativo.

8. Non potrebbe argomentarsi diversamente, neppure facendo leva sul tenore letterale di alcune espressioni impiegate dall'Amministrazione nei provvedimenti incidenti sulla posizione dell'appellante, in concreto assunti sul piano sostanziale.

La locuzione "*abuso in ampliamento*" non può essere interpretata atomisticamente, dovendo aversi riguardo al contesto in cui la stessa è inserita.

In particolare, il Comune, nel concedere il condono nel maggio 2012, quando ha impiegato la locuzione "*abuso in ampliamento*", anche alla stregua dell'accertamento amministrativo attestato nel verbale n. 373 del 22.3.2011 (espressamente richiamato della concessione *de qua*), non ha inteso riferirsi ad opere accessorie ad un manufatto preesistente, da questo dipendenti sotto un profilo strutturale o funzionale, bensì ha descritto sul piano fattuale le modalità di edificazione dell'ulteriore corpo di fabbrica estraneo alla domanda di condono.

Il che risulta palese da quanto riportato nella stessa concessione in sanatoria, in cui l'*abuso in ampliamento* è considerato come un intervento che non aveva "*nulla a che vedere con il corpo oggetto di condono..*", a dimostrazione dell'indipendenza delle opere in raffronto, di cui l'una poteva considerarsi in ampliamento della seconda soltanto perché realizzata in aderenza al manufatto preesistente (e non in ragione dell'appartenenza ad un medesimo edificio), essendo suscettibile, comunque, di autonoma considerazione.

L'autonomia funzionale e strutturale dei due immobili, già valorizzata ai fini del condono del 21.5.2012, da un lato, non poteva essere esclusa dall'accertamento dell'Ufficio Vigilanza del marzo 2011, dall'altro, è stata confermata con il provvedimento di diniego impugnato in prime cure.

Difatti:

- la descrizione operata dall'Ufficio Vigilanza (ancora una volta) concerne le modalità di edificazione; del resto, proprio sulla base di tale descrizione il Comune, in accoglimento della domanda di condono, ha affermato la piena autonomia dei due corpi di fabbrica, a dimostrazione di come la qualificazione giuridica delle opere sia stata operata con il provvedimento emesso a conclusione del relativo procedimento (e non con atti istruttori, per propria natura inidonei a manifestare la volontà dispositiva dell'Amministrazione procedente);
- il diniego di sanatoria impugnato in primo grado è stato motivato in ragione dell'impossibilità di ricondurre l'immobile per cui è controversia al disposto dell'art. 3 L.R. n. 21/2009, trattandosi di immobile autonomo sia sotto il profilo funzionale, che sotto quello strutturale, in tali termini non qualificabile *sub specie iuris* quale ampliamento ai sensi della relativa previsione legislativa regionale.

Parimenti, la medesima locuzione ("ampliamento") impiegata nell'ambito dell'ordinanza di demolizione n.376 del 16.10.2012 impugnata dinnanzi al Tar è stata nuovamente utilizzata in senso meramente descrittivo, ma non implicava, in via ricostruttiva, una qualificazione giuridica delle opere come appartenenti al medesimo edificio (in tale modo ampliato) ai sensi e per gli effetti dell'art. 3 L.R. n. 21/2009.

Da un esame complessivo dell'ordine di demolizione, infatti, non risulta che il Comune abbia ritenuto che le opere abusive da rimuovere fossero funzionalmente o strutturalmente collegate a quelle condonate, non risultando sconfessata neanche in tale caso la *ratio decidendi* sottesa al diniego di sanatoria, rappresentata dall'inesistenza, ai sensi dell'art. 3 L.R. n. 21/2009, di un ampliamento sanabile.

9. Non risultano meritevoli di favorevole apprezzamento neppure le contestazioni procedurali, incentrati sulla violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90, dovendo darsi seguito all'indirizzo giurisprudenziale, per cui: *“La natura vincolata delle determinazioni in materia di abusi edilizi e, quindi, anche delle determinazioni di sanatoria, esclude la possibilità di apporti partecipativi dei soggetti interessati e, conseguentemente, anche di un obbligo di previa comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della relativa domanda. Ciò anche in applicazione dell'art. 21-octies, comma 2, primo periodo, della L. n. 241/1990, secondo cui il mancato preavviso di diniego non produce effetti vizianti ove l'Amministrazione non avrebbe comunque potuto emanare*

provvedimenti diversi da quelli in concreto adottati” (Consiglio di Stato, sez. VI, 10 febbraio 2020, n. 1029).

Per l’effetto, il diniego di sanatoria non potrebbe essere annullato per l’omessa comunicazione dei motivi ostativi all’accoglimento dell’istanza, tenuto conto che il Comune non avrebbe potuto emanare provvedimenti differenti da quello censurato in primo grado.

10. Alla stregua delle considerazioni svolte, devono essere disattese le censure dirette contro il diniego di sanatoria.

Emergendo la realizzazione di un nuovo manufatto abusivo, autonomo (funzionalmente e strutturalmente), pure prescindendo dalla funzione tipicamente svolta dalla L.R. n. 21/09 (di autorizzare nuovi ampliamenti e non di sanare abusi preesistenti) e avendo riguardo alla sola *ratio decidendi* sottesa alla determinazione comunale, non poteva accogliersi l’istanza di sanatoria, facendosi questione della realizzazione di un nuovo edificio e non dell’ampliamento di uno preesistente, con conseguente inconferenza del richiamo alla L.R. n. 21/09, come correttamente rilevato dal Comune con l’atto censurato in prime cure.

Risulta, dunque, irrilevante pure l’asserita formazione di un titolo di sanatoria *per silentium* sulle opere oggetto di condono, in quanto afferente ad un edificio differente da quello per cui è causa.

10. L’infondatezza delle censure svolte contro il diniego di sanatoria conduce al rigetto delle censure indirizzate contro il dipendente ordine di demolizione, ritenuto inficiato da vizi di legittimità derivata.

Difatti, asseverata l’inesistenza dei vizi riguardanti l’atto presupposto deve, per l’effetto, escludersi la presenza dei vizi di legittimità derivata in relazione all’atto dipendente (ordine di demolizione).

11. Risultano infondate, infine, anche le censure autonome, indirizzate contro il provvedimento di demolizione.

Al riguardo, deve ritenersi inapplicabile la disciplina di cui all’art. 34 DPR n. 380 del 2001 e all’art. 18 L.R. n. 15/08.

Secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, *“il concetto di parziale difformità presuppone che un determinato intervento costruttivo, pur se contemplato dal titolo autorizzatorio rilasciato dall’autorità amministrativa, venga realizzato secondo modalità diverse da quelle previste e autorizzate a livello progettuale, quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell’opera; mentre si è in presenza di difformità totale del manufatto o di variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, quando i lavori riguardino un’opera diversa*

da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione” (ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, 1 marzo 2021, n. 1743).

Ai fini sanzionatori, inoltre, il D.P.R. n. 380 del 2001 distingue gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, per i quali va disposta la demolizione, dagli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire, per cui la disciplina sanzionatoria, recata dall'art. 34 DPR n. 380/01, contempla anche la possibilità di applicazione della sanzione pecuniaria, nel caso in cui la demolizione non possa avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità (Consiglio di Stato Sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1452; Id., Sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1388).

Nel caso di specie non si fa questione di opere realizzate in parziale difformità dal titolo abilitativo. Le opere oggetto dell'ordine di demolizione, come *supra* osservato, non possono ritenersi appartenenti ad un preesistente edificio, risultando autonome rispetto a quelle oggetto del condono rilasciato dal Comune.

Pertanto, il condono rilasciato in favore dell'appellante non potrebbe assumere alcuna rilevanza in relazione a manufatti autonomi, suscettibili di integrare una nuova costruzione *sine titulo*, in relazione ai quali non potrebbe applicarsi la disciplina di cui all'art. 34 DPR n. 380 del 2001 e all'art. 18 L.R. n. 15/08.

Il Comune, in particolare, a fronte di nuove costruzioni realizzate in assenza del prescritto permesso di costruire, non avrebbe potuto sostituire (al ricorrere dei presupposti divisati dagli artt. 34 DPR n. 380 del 2001 e 18 L.R. n. 15/08) la sanzione ripristinatoria con la sanzione pecuniaria, dovendo ordinare la demolizione delle relative opere abusive, come correttamente avvenuto nella specie (cfr. art. 31 DPR n. 380/01).

In ogni caso, si osserva che *“la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria - posta da tale normativa - debba essere valutata dall'Amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione: fase esecutiva, nella quale le parti possono dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato, presupposto per l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, con la conseguenza che tale valutazione non rileva ai fini della legittimità del provvedimento di demolizione”* (Consiglio di Stato Sez. VI, 1 marzo 2021, n. 1743).

Ne deriva che la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria (al ricorrere dei presupposti delineati dall'art. 34 DPR n. 380/01) dovrebbe, comunque, essere valutata dall'amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione, non potendo, dunque, influire sulla legittimità della sanzione

ripristinatoria irrogata dall'amministrazione precedente (*ex multis*, Consiglio di Stato sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4169).

12. L'appello deve essere rigettato e, per l'effetto, deve essere confermata la sentenza impugnata. In considerazione della particolarità della controversia e dell'assenza di attività difensiva dell'Amministrazione comunale, costituitasi con atto processuale riferito a diversa controversia, le spese di giudizio del grado di appello possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 luglio 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Francesco De Luca

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO