

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7859 del 2015, proposto dai signori A.A., S.A. e B.C., rappresentati e difesi per legge dagli avvocati Paolo Pittori e Raffaele Bifulco, e domiciliati in Roma, Lungotevere dei Mellini, 24;

contro

il Comune di Montopoli di Sabina, in persona del legale rappresentante "pro tempore", rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Marcone, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso in Roma, piazza dell'Orologio, 7;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA -SEZIONE II BIS, n. 5825/2015, resa tra le parti, concernente la demolizione di opere abusive e il ripristino dello stato dei luoghi;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Montopoli di Sabina;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 12 gennaio 2017 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Federico Mazzella su delega di Paolo Pittori, e Chiara Pesce su delega di Nicola Marcone;

### **Svolgimento del processo - Motivi della decisione**

1. Con l'ordinanza n. 3/14, prot. n. (...) del 16.4.2014, notificata il successivo 23.4.2014, il Comune di Montopoli di Sabina (RI) ha contestato, ai signori A., la realizzazione abusiva di:

-al Foglio (...) particella (...) sub. (...)

-tramezzature per l'inserimento di un bagno all'interno della camera da letto (al piano primo);

-al Foglio (...) particella (...) sub. (...)

-cambio di destinazione d'uso, essendo l'attuale utilizzazione dei vani abitativa, dei locali non individuati come residenziali negli elaborati di rilievo;

-realizzazione di una nuova porta su muro portante, che dà accesso all'unità immobiliare dal terrazzo individuato nell'accatastamento come il sub. (...);

-trasformazione di una finestra in porta finestra;

-realizzazione di un balcone;

-realizzazione di una nuova copertura dell'ampliamento, non presente sugli elaborati ma rilevabile dalla documentazione fotografica, che si estende sull'ingresso e sul balcone a formare una tettoia di copertura realizzata con struttura in ferro;

- al Fg. (...) p. (...) sub. (...)

-realizzazione di un'apertura su muro portante per mettere in comunicazione i due locali di cui si compone l'unità immobiliare;

-realizzazione di una finestra sempre su muro portante sul lato strada;

-cambio di destinazione d'uso dei due locali non individuati con destinazione residenziale sugli elaborati di rilievo (anche perché costituivano due distinti vani) oggi utilizzati come abitazione;

- al Fg. (...) p. (...) sub. (...)

-realizzazione di un locale addossato al fabbricato di dimensioni di circa 2.40 m x 2.50 m con

accesso dalla corte comune;

- al Fg. (...) p. (...)

-realizzazione di una vasca interrata in muratura delle dimensioni 4.40 m x 6.10 m e di profondità di 1.50 m. La vasca da quanto dichiarato viene utilizzata come vasca di accumulo d'acqua.

Con lo stesso provvedimento il Comune ha ordinato ai proprietari dell'immobile la demolizione ed il ripristino dello stato dei luoghi entro 90 giorni dalla data della notifica.

2. I signori A. hanno impugnato l'ordinanza suindicata dinanzi al Tar del Lazio con

quattro motivi, concernenti violazione di legge ed eccesso di potere sotto svariati profili.

3. Il Comune si è costituito per resistere e con la sentenza n. 5825 del 2015 il giudice di primo grado ha respinto il ricorso e ha condannato i ricorrenti al pagamento delle spese del giudizio in favore del Comune.

In particolare il Tar, premesso che dagli atti di causa emerge che i ricorrenti avevano provveduto volontariamente alla demolizione e al ripristino della situazione preesistente con riferimento alle tramezzature per inserire un bagno nella camera da letto, alla trasformazione di una finestra in porta finestra e alla realizzazione di un balcone e di una nuova tettoia, sicché sotto questi profili non vi è (mai stata) controversia, ha richiamato le difese comunali (v. pagine 3 e 4 della sentenza) rilevando che, per quanto riguarda i mutamenti di destinazione d'uso dei locali sub 2 -ex civ. 43, e 3 -ex civ. 49, nel 1990, al momento della presentazione, al Comune, da parte del signor B., dante causa dei ricorrenti, e odierni appellanti, acquirenti del casale nel 1999, della istanza di autorizzazione a eseguire lavori di manutenzione straordinaria (sostanzialmente, il rifacimento di una porzione del tetto), non risultava comprovato l'uso abitativo di alcuni vani delle unità di cui agli attuali sub (...); e anche con riferimento al "locale tecnico", e alla nuova porta, l'ordinanza di demolizione doveva ritenersi legittima. Quanto alla "vasca interrata in muratura", nella sentenza si legge che "il Collegio condivide quanto chiarito dal Comune circa il fatto che la "concimaia" menzionata nel contratto di colonia è cosa diversa da una vasca di raccolta delle acque e che quanto riportato sulla particella (...) è un fabbricato e non la vasca in questione".

"Infine, ...l'ordine di demolizione di opere abusive, come tutti i provvedimenti sanzionatori in materia edilizia, è atto vincolato e non richiede una specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né una comparazione di queste con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né una motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla demolizione; non vi è un affidamento

tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il mero decorso del tempo non sana, e l'interessato non può dolersi del fatto che l'Amministrazione non abbia emanato in data antecedente i dovuti atti repressivi..." .

4. La sentenza è stata appellata con sei motivi, concernenti violazione e falsa applicazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi aspetti.

Gli appellanti hanno formulato istanze istruttorie e hanno domandato la sospensione della esecutività della sentenza. Hanno quindi concluso chiedendo, in riforma della pronuncia gravata, e in accoglimento dell'appello, l'annullamento del provvedimento impugnato in primo grado. Vinte le spese.

Anche in appello l'Amministrazione comunale si è costituita per resistere.

5. Con ordinanza collegiale n. 4787 del 2015 questa Sezione ha considerato indispensabile istruire la causa "a mezzo di verifica, da delegare al Prefetto di Rieti ovvero al legale rappresentante dell'organo che ne assumerà il "munus" al fine di accertare la reale consistenza degli abusi edilizi contestati agli originari ricorrenti e oggetto dell'ordine di demolizione impugnato in primo grado ... (specificando) che appare necessario accertare la effettiva realizzazione e la consistenza delle opere che si assumono abusive da parte del Comune ... e la loro datazione, che sia possibile effettuare sulla base della documentazione di causa e di quella che possano offrire le parti nel rispetto del contraddittorio procedimentale e salva ogni opportuna decisione di questo giudice in ordine alla ammissibilità e alla attendibilità della documentazione (anche fotografica) prodotta".

Con l'ordinanza citata la Sezione ha, nelle more della decisione di merito, e al fine di pervenire alla definizione del giudizio "re adhuc integra", sospeso l'esecutività della sentenza impugnata e dell'efficacia dell'atto demolitorio gravato in primo grado.

Con decreto del Prefetto di Rieti n. 20733 del 18 novembre 2015, l'ing. W.D., dirigente

dell'Area Genio Civile Lazio Nord -Regione Lazio, è stata delegata ad adempiere quanto richiesto con l'ordinanza istruttoria.

La verificatrice ha eseguito l'incarico e ha depositato presso la Segreteria di questa Sezione una documentata relazione di verifica datata 5.2.2016, dopo di che le parti si sono scambiate memorie e repliche e all'udienza del 12.1.2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

6.L'appello è fondato e va accolto, per le ragioni (e con le precisazioni) che seguiranno.

Il ricorso di primo grado era fondato e andava accolto.

6.1. Va premessa una ricostruzione succinta della vicenda sulla quale si è innestata la controversia.

I signori A. sono proprietari di un antico casale sito nel Comune di Montopoli di Sabina (RI), meglio distinto in Catasto al foglio 6, particella (...).

Esso si articola in tre unità immobiliari, sub. (...), ed è circondato da un terreno (corte comune) della superficie di mq 4.100, distinto al foglio (...), p. (...), all'interno del quale si trova una vasca per la raccolta delle acque e un "locale tecnico" (f. (...), part. (...), sub. (...)).

Il tutto è stato acquistato dai ricorrenti e odierni appellanti con atto di compravendita a rogito Notaio C.B. rep. n. (...) del (...) registrato a Rieti in data 3.9.1999 n. R.G. 5757.

Per quanto riguarda la disciplina urbanistica, l'area sulla quale si trova il fabbricato è classificata, secondo il vigente piano regolatore generale, in zona C -di espansione del tessuto urbano -sottozona C6, destinata a insediamenti turistici.

Il procedimento amministrativo culminato con l'adozione dell'ordinanza di demolizione ha preso le mosse da una richiesta di accesso agli atti della "pratica edilizia a nome di

B.G., presentata negli anni '90" (si tratta del "de cuius" della precedente proprietaria, dante causa degli odierni appellanti), a opera della società proprietaria del terreno confinante, e dal conseguente esposto diretto a far eseguire verifiche sulla complessiva regolarità urbanistico -edilizia del casale.

Nel marzo del 2014 il Comune ha effettuato un sopralluogo, contestando (presunte) difformità tra lo stato attuale e quello rappresentato nella planimetria, allegata dal "de cuius" della precedente proprietaria, a corredo della pratica edilizia, trasmessa al Comune in data 9.7.1990, rivolta a ottenere l'autorizzazione per poter eseguire lavori di manutenzione straordinaria di una porzione del solaio di copertura.

Con nota prot. n. (...), ricevuta dai proprietari il 17.4.2014, vale a dire quando l'ordinanza di demolizione risultava essere già stata adottata, il Comune ha informato i signori A. in ordine all' "avvio del procedimento finalizzato all'adozione dei provvedimenti previsti dall'art. 33 del D.P.R. n. 380 del 2001".

Con l'ordinanza n. 3/14 del 16.4.2014, notificata il 23.4.2014, il Comune ha disposto la demolizione delle opere indicate sopra, al p. 1.

Alcuni degli interventi, come si è anticipato sopra, al p. 3. , sono stati rimossi spontaneamente dai proprietari, i quali hanno per il resto contestato inutilmente l'ordinanza dinanzi al Tar del Lazio.

Ciò posto, la controversia si incentra prima di tutto -come puntualizzato dagli appellanti a pag. 4 del ricorso- sui mutamenti di destinazione d'uso di alcuni vani degli attuali sub. (...), corrispondente all'ex civico 43, e sub. (...), corrispondente all'ex civico 49.

Al riguardo, il Comune contesta l'uso abitativo dei vani, in considerazione della omessa individuazione della destinazione corrispondente nell'elaborato grafico allegato alla pratica edilizia del 1990.

La controversia attiene, inoltre, alla realizzazione asseritamente abusiva di una vasca di raccolta delle acque (f. (...), p. (...)), di un "locale tecnico" (f. (...), p. (...), sub. (...)), di una nuova porta sul muro portante (sub. (...)) e di un'apertura su muro portante (sub. (...)).

6.2. In diritto, va rilevato in via preliminare, quanto alla "violazione e falsa applicazione dell'art. 112 c.p.c. per omessa pronuncia e motivazione apparente" della sentenza impugnata in ordine a taluni vizi dedotti in primo grado, segnalata con il primo motivo, che in base al tipico effetto devolutivo dell'appello, da un lato lamentata, nel ricorso in appello, insufficienza del controllo giurisdizionale effettuato dal Tar, e la rilevata omessa statuizione su capi di impugnazione, ove effettivamente sussistente, non può essere ricondotta al fenomeno processuale dell'assorbimento dato che costituisce una vera e propria omessa pronuncia in violazione dell'art. 112 c.p.c. (così, "ex multis", Cons. Stato, VI, n. 3891 del 2011); dall'altro, però, dette omissioni non si traducono in altrettante cause di annullamento della sentenza impugnata, considerando l'effetto devolutivo dell'appello e le cause, tassative, di annullamento della sentenza di primo grado con rinvio (ex artt. 105 c.p.a. e 353 e 354 c.p.c.).

L'effetto devolutivo, tipico del secondo grado del giudizio, consente al giudice di valutare nuovamente ogni domanda riproposta, modificando o integrando la motivazione, ove necessario (in tal senso v. , "ex plurimis", Cons. Stato, VI, n. 3429 del 2011 e n. 5797 del 2009, IV, n. 7201 del 2005 e V, n. 824 del 2009).

Pertanto il giudice di appello è in condizione di esaminare in modo compiuto le censure riproposte, anche per la parte in cui si ritiene che esse siano state esaminate in primo grado in modo sommario e comunque insufficiente o inadeguato.

Del resto, con l'appello in trattazione sono sottoposte a critica sia la sentenza appellata -



invero, assai sintetica-, e sia l'ordinanza di demolizione.

Posto che in linea di principio nel giudizio di appello l'atto impugnato è la sentenza del Tar e non il provvedimento impugnato in primo grado (v. , "ex multis", Cons. Stato, VI, n. 6805 del 2009), sicché l'appellante ha l'onere di confutare le argomentazioni e le statuizioni del giudice di primo grado indicando i motivi per i quali la sentenza sarebbe erronea e da riformare; se si considera il carattere devolutivo dell'appello, qualora le censure di cui viene dedotto il mancato esame siano riproposte, come accade nel caso oggi in discussione, con la critica -soprattutto- del provvedimento amministrativo impugnato in primo grado piuttosto che della sentenza (e anzi riproponendo in pratica tutte le questioni rilevate in primo grado), sussiste in ogni caso la necessità per il giudice di appello di riesaminare in modo completo il "thema decidendum" sostanziale della controversia portata all'attenzione del giudice di primo grado, e tale operazione ben può condurre a conclusioni opposte come anche identiche a quelle raggiunte in prime cure (così Cons. Stato, sez. III, n. 3310 del 2012).

In concreto, con l'appello la sentenza viene criticata sia per avere il giudice di primo grado omesso di esaminare -o per avere esaminato in modo sommario- diverse censure e profili di censura proposti a suo tempo, e sia per avere recepito in modo acritico le argomentazioni difensive svolte dal Comune.

6.3. Tanto chiarito in via preliminare, e venendo adesso al merito delle contestazioni, enunciate coi motivi da II. a V. -rispettivamente: sulla vasca; sul mutamento di destinazione d'uso; sull'apertura del sub. (...); sul vano tecnico del sub. (...) e sull'apertura interna del sub. (...)-, va rilevato sin da ora che ai fini dell'accoglimento del gravame, previa riforma della sentenza, risultano decisive le -condivisibili- argomentazioni e conclusioni riportate nella relazione di verifica, all'esito di un'attività di indagine istruttoria richiesta da questa Sezione ed eseguita secondo una metodica corretta e coerente con quanto richiesto con l'ordinanza n. 4787 del 2015.

Ancora in linea preliminare e di merito, il Collegio ritiene, in prosieguo, di seguire l'ordine dei motivi indicato nell'atto di appello, invertendo però il II motivo col III, che nel ricorso riguarda proprio i contestati mutamenti di destinazione d'uso, questione che, sulla base di un esame complessivo degli atti e dei documenti prodotti, assume un rilievo oggettivamente preminente nel quadro generale del contenzioso odierno.

6.3.1. (Motivo d'appello sub III). Per quanto riguarda i mutamenti di destinazione d'uso del sub. (...) e del sub. (...), con riferimento ai quali, come detto, il Comune aveva rilevato che dall'elaborato grafico a corredo della pratica edilizia del 1990 non risultava indicata una destinazione residenziale dei locali (si tratta, a quanto consta, rispettivamente, di due camere e di una cucina per il sub. (...) -ex civico 43, e di una camera e di una cucina per il sub. (...) -ex civ. 49), il motivo è fondato e va accolto alla luce in particolare delle risultanze della verifica, disposta dalla sezione con l'ordinanza n. 4787/2015, su consistenza effettiva degli asseriti abusi edilizi e possibile datazione degli stessi.

Dalla relazione di verifica -v. le pagine da 7 a 9- emerge in particolare che, anche se nell'unico elaborato grafico a corredo della pratica edilizia del 1990 effettivamente non risultavano specificate le destinazioni d'uso per tutti i locali, pure, sotto un primo profilo bisogna considerare che l'elaborato grafico andava "contestualizzato" in relazione all'epoca della presentazione (1990), e allo scopo specifico per il quale esso era stato predisposto, vale a dire il rifacimento di una porzione di copertura per una falda del tetto; sotto un profilo ulteriore, una volta accertato che il fabbricato era stato realizzato prima del 1954, come da "planimetrie di impianto del Catasto", senza alcun titolo edilizio rilasciato dal Comune posto che la disciplina vigente prima della entrata in vigore della c. d. "legge -ponte" n. 765 del 1967 non prescriveva l'obbligo della licenza edilizia al di fuori dei centri abitati, occorre considerare, in primo luogo, che non risultava documentato un preesistente utilizzo dei locali individuati ai sub. (...), diverso dall'utilizzo residenziale (conf. relazione di verifica, pag. 21, conclusioni,

ove si legge che "non si hanno elementi per confermare che la preesistente destinazione d'uso non fosse quella attuale, ma si hanno invece elementi che lo fanno ragionevolmente presumere"); e in secondo luogo che è da ritenere -in positivo- che l'utilizzo residenziale del "fabbricato rurale a uso abitativo" "de quo", con particolare riferimento agli ex civici 43 e 49, riconducibile appunto ad attività edilizia libera "ante 1967", periodo durante il quale non era richiesto alcun titolo edilizio o sanante, era da considerarsi ormai duraturo nel tempo, e ciò sulla base di vari elementi di carattere indiziario.

A quest'ultimo proposito, osserva il Collegio che dagli atti e dai documenti di causa (conf. da pag. 16 a pag. 21 dell'atto di appello, e da pag. 2 della memoria degli appellanti del 12.12.2016, e allegati) si ricava, a sostegno dell'uso abitativo del sub. (...) e del sub. (...), corrispondenti agli ex civici 43 e 49, non solo che la famiglia B. occupava, incontestabilmente, vani interni alla casa padronale, all'epoca contraddistinta dal civico 41, ma anche che altri vani, sempre interni alla casa padronale e attualmente contrassegnati dal sub. (...), erano invece occupati dalle famiglie B. prima, e C., poi (conf. contratto di colonia parziaria stipulato tra il signor B. e il signor B. il 1.11.1931 e la successiva transazione stipulata il 3.7.1960 tra i rispettivi eredi, dalla quale -come plausibilmente si rileva con l'appello- si evince l'uso abitativo con riferimento all'attuale sub. (...) e all'attuale sub. (...), destinato alla famiglia colonica prima (B.) e al signor C. poi -cfr. il certificato storico di residenza di quest'ultimo).

Oltre alle risultanze della verifica, opportunamente disposta e accuratamente eseguita, si ritiene che il proprietario assoggettato alla ingiunzione di demolizione -sia pure in una situazione obiettivamente intricata in punto di fatto e non priva di margini di incertezza- abbia adempiuto l'onere di provare la corrispondenza tra gli attuali sub. (...) e la casa colonica (e gli ex civici 43 e 49), e inoltre che abbia dimostrato, non solo, e non tanto, il carattere risalente del manufatto della cui demolizione si tratta con riferimento a epoca anteriore alla c. d. legge "ponte" n. 765 del 1967, ma anche l'uso

abitativo preesistente.

Sulla base dell'utilizzo originario dell'immobile, discende non solo la fondatezza del vizio di difetto di istruttoria ascritto all'azione del Comune ma, più in radice, ancorché in un quadro generale di verosimiglianza e plausibilità, ma non di certezza, la insussistenza, diversamente da quanto ritenuto dal Comune e dal giudice di primo grado, del cambio di destinazione d'uso posto a base della misura repressiva, il che vale a superare le controdeduzioni del Comune in merito alla relazione di verifica (benché sia corretto quanto rileva il Comune nella relazione in data 4.11.2016 circa la non applicabilità, alla fattispecie, della disciplina sul mutamento d'uso urbanisticamente rilevante, introdotta dall'*art. 17 del D.L. 12 settembre 2014, n. 133*, convertito, con modificazione, dalla *L. 11 novembre 2014, n. 164*, quando l'ordinanza di demolizione risale all'aprile del 2014. Ma, come detto, per accogliere il motivo basta rilevare che, diversamente da quanto indicato nell'ordinanza impugnata in primo grado, non risulta comprovato alcun passaggio da una categoria all'altra tra quelle previste dallo strumento urbanistico generale, risalendo, anzi, la destinazione residenziale, secondo logica e plausibilità, a epoca antecedente persino al 1967: sul carattere non controverso della irrilevanza urbanistica del mutamento di destinazione d'uso senza opere e del mero uso degli immobili, con conseguente non necessità di concessione o autorizzazione o di altro titolo edilizio, allo stato della legislazione del 1942 e pur tenendo conto delle modifiche introdotte nel 1967, v. Cons. St., n. 525 del 1982).

6.3.2. (Motivo di appello sub II). Sulla vasca interrata in muratura delle dimensioni di 4,40 X 6,10 per una profondità di m 1,50 (vasca utilizzata per accumulo d'acqua), in sentenza si rileva che la stessa non compare nella planimetria catastale e che va condiviso il chiarimento reso dal Comune circa il fatto che la "concimaia menzionata nel contratto di colonia è cosa diversa da una vasca di raccolta delle acque e che quanto riportato sulla particella (...) è un fabbricato e non la vasca in questione".

In realtà, a differenza di quanto ritenuto in sentenza, di tale manufatto si ha traccia nella

planimetria catastale di impianto del 1954.

Al riguardo, la verificatrice (v. pagine 15, 18 e 20 della relazione di verifica) ha provveduto a sovrapporre la planimetria catastale sulla mappa di Google del 2016, ove la vasca è visibile.

Dalla sovrapposizione si evince che la vasca in muratura, di cui al f. (...) -part. (...), è la stessa: si trova infatti sullo stesso luogo e ha le medesime dimensioni.

Dunque, la vasca in muratura risulta essere stata realizzata prima del 1954.

Nella relazione (pag. 20) si afferma poi che è verosimile la diversa utilizzazione della vasca da concimaia (cfr. contratto di colonia parziaria del 1931) a vasca di accumulo d'acqua.

Tuttavia, in disparte la soluzione da dare al quesito se la tesi comunale per cui la trasformazione da concimaia a vasca di raccolta d'acqua implica un mutamento d'uso / cambio di categoria funzionale, costituisca, o no, integrazione postuma della motivazione del provvedimento lesivo, adottata dall'Amministrazione emanante in sede giurisdizionale e come tale non consentita (sul punto v., "ex plurimis", Cons. Stato, sez. VI, n. 5598 del 2011 e n. 4993 del 2009; conf. , più di recente, sez. III, n. 2247 del 2014); ciò che pare risolutivo ai fini dell'accoglimento del II motivo -"nel merito sulla vasca", è in primo luogo il fatto che la vasca interrata risale come si è detto a molto tempo prima del 1967, a un'epoca cioè in cui la licenza edilizia non era richiesta, e inoltre la circostanza che dopo la risoluzione del contratto di colonia parziaria (1960, dunque prima del 1967) il casale risulta avere perduto il suo carattere di ruralità, il che fa sì che ciò valga anche per la vasca interrata, sicché è plausibile ritenere che la vasca stessa fosse destinata a raccolta d'acqua anche prima del 1967, con la conseguenza che in nessun modo può essere posta una questione di trasformazione, urbanisticamente rilevante, da vasca di accumulo di stallatico a vasca di accumulo di acque.

6.3.3. (V motivo di appello: sul vano tecnico del sub. (...) e sull'apertura interna del sub 3).

Quanto al "locale tecnico" o "vano tecnico" del sub 6, altrimenti definito nell'ordinanza impugnata come "locale addossato al fabbricato principale di dimensioni di circa 2,40 m X 2,50 (con un'altezza di m 2,1) con accesso dalla corte comune" (per la verificatrice, pag. 14 della relazione, la superficie non raggiunge i 4 mq, per il Comune sono 6, ma la differenza non pare in realtà decisiva al fine della soluzione da dare al motivo), dagli atti si ricava che il locale, di forma trapezoidale, contiene alcuni impianti tecnologici : "una caldaia con relativa tramoggia e un boiler".

Dalla relazione di verifica (v. anche pag. 20), e dalle fotografie accluse, si ricava che "il piccolo locale è ricavato dalla parziale chiusura dell'angolo formato da due pareti già esistenti, (il muretto lungo la strada e la parete esterna dell'edificio stesso) con altre due pareti in muratura, di nuova realizzazione...Tale locale tecnico è stato realizzato nel 2003, per stessa dichiarazione dei proprietari, in assenza di titolo, ed è strettamente necessario a contenere, ed a consentire, la sistemazione degli impianti tecnologici, aventi un rapporto di strumentalità necessaria con l'utilizzo della costruzione..." .

Precisato dunque che, diversamente da quanto ritenuto dal Comune, le dimensioni del vano non appaiono ben superiori a quelle strettamente necessarie a contenere gli impianti tecnologici, va rammentato che la realizzazione di un "locale tecnico" come quello in esame non è qualificabile come attività di edilizia cosiddetta "libera", essendo assoggettata a SCIA ai sensi dell'*art. 22 del D.P.R. n. 380 del 2001*.

Va poi evidenziato che i "volumi tecnici" - salve le diverse valutazioni sotto il profilo paesaggistico-ambientale - vanno esclusi dal calcolo della cubatura utile di un edificio (sulla legittimità delle previsioni sulla non computabilità del volume tecnico nella

volumetria v. , "ex multis", di recente, Cons. Stato, sez. VI, n. 5932 del 2014).

Dunque da un lato non viene in questione un'attività edilizia libera, occorrendo la SCIA, dall'altro non vi è incremento di volumetria.

Il motivo va perciò accolto, posto che non andava ordinata la demolizione, dato che per l'intervento non era necessario il previo rilascio del permesso di costruire.

Rimane fermo tuttavia l'obbligo del Comune di rideterminarsi sul punto applicando la sanzione pecuniaria prevista dall'*art. 37 del D.P.R. n. 380 del 2001*.

Per ciò che riguarda poi "l'apertura su muro portante per mettere in comunicazione i due locali di cui si compone l'unità immobiliare" (f. (...), p. (...), sub 3), la verificatrice ha chiarito, alla luce dell'elaborato grafico e di alcune foto (v. da pag. 10 a pag. 13 della relazione), che il vano porta era antecedente al 1990 poiché, in assenza di tale apertura, la stanza sarebbe stata inaccessibile in quanto interclusa tra un bagno e un'altra stanza.

Da ciò, come correttamente osservano gli appellanti, discende l'accoglimento del profilo di censura, per difetto di istruttoria e per violazione del *D.P.R. n. 380 del 2001*, posto che viene in discorso un'opera pacificamente qualificabile come di manutenzione straordinaria, con la conseguente applicabilità, ove del caso, non della misura repressiva dell'ordine di demolizione quanto invece della sanzione pecuniaria prevista dall'*art. 37 del D.P.R. n. 380 del 2001*.

6.3.4. (IV motivo di appello: sull'apertura del sub 2).

Quanto alla "realizzazione di una nuova porta, su muro portante, che dà accesso all'unità immobiliare dal terrazzo individuato nell'accatastamento come il sub 5", la relazione di verifica valorizza la documentazione fotografica allegata alla pratica edilizia del 1990 (v. pag. 13 relazione), in base alla quale la realizzazione della porta può farsi risalire, verosimilmente, agli anni '60, epoca di "libera iniziativa edilizia".

Circa la finestra, la verificatrice ha motivatamente riferito che la mancata rappresentazione in pianta potrebbe giustificarsi in considerazione del dislivello dei due locali adiacenti.

Vano porta e finestra risultavano già esistenti nella documentazione agli atti del Comune ritenuta legittima (1990-v. pag. 20 della relazione).

In conclusione, le indagini e gli esiti della relazione di verifica risultano condivisibili, e le deduzioni del Comune appellato non valgono a smentirli.

Da essi risulta la risalenza delle opere contestate a epoca anteriore al 1967, e l'ascrivibilità del locale realizzato sul sub. (...) alla categoria dei volumi tecnici, con ogni conseguenza in ordine alla non applicabilità della sanzione demolitoria.

Ciò è di per sé sufficiente per accogliere l'appello e, in riforma della sentenza impugnata, e in accoglimento del ricorso di primo grado, per annullare l'ordinanza di demolizione n. 3/14.

6.4. Peraltro, se il VI motivo, recante violazione dell'*art. 3 della L. n. 241 del 1990* in relazione alla ritenuta non necessità di una motivazione "rinforzata" sull'interesse pubblico all'esercizio del potere sanzionatorio, può essere dichiarato assorbito, si ritiene invece di dover esaminare -e accogliere- anche il profilo di censura sub I -violazione e falsa applicazione degli *articoli 7 e 10 della L. n. 241 del 1990*, nel senso che se è vero che, almeno di regola, in tema di impugnazione di ingiunzioni di demolizione non è obbligatoria la previa comunicazione dell'avvio del procedimento (v. , "ex multis", Cons. Stato, VI, n. 13 del 2015), in casi particolari in cui -come nella fattispecie- occorra una analisi peculiare delle risultanze istruttorie, non appare sufficiente, per garantire il contraddittorio procedimentale, un avviso come la nota prot. n. (...), comunicata ai proprietari il giorno dopo l'adozione dell'ordinanza di demolizione e con la quale, a quanto consta, gli interessati erano stati informati in modo generico in merito



all'avvio del procedimento diretto all'emanazione dei provvedimenti previsti dall'art. 33 del D.P.R. n. 380 del 2001 (su fattispecie, sotto alcuni profili, analoga, v. Cons. Stato, sez. VI, n. 3177 del 2016).

A questo riguardo occorre convenire con gli appellanti là dove gli stessi osservano che in questa situazione peculiare il contraddittorio procedimentale avrebbe potuto giovare alla corretta ricostruzione dei presupposti di fatto, tanto più se si considera che i ricorrenti, come è stato rilevato sopra, hanno rimosso in modo spontaneo alcune delle opere di cui è stata ordinata la demolizione.

In conclusione, l'appello va accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata e in accoglimento del ricorso di primo grado l'ordinanza di demolizione n. 3/2014 va annullata per quanto di attuale interesse degli odierni appellanti.

Nonostante l'esito del giudizio le oggettive peculiarità della controversia e la considerazione della vicenda amministrativa nel suo insieme, anche con riguardo al fatto che l'ordinanza di demolizione si riferiva pure ad abusi che poi sono stati volontariamente rimossi dai proprietari, concorrono a integrare quelle ragioni gravi ed eccezionali richieste per giustificare la compensazione delle spese e degli onorari del doppio grado tra le parti per la metà.

Per la restante metà, spese e onorari seguono invece come di regola la soccombenza e si liquidano nel dispositivo.

In mancanza di istanza della verificatrice non si fa luogo alla liquidazione del compenso spettante alla medesima, fermo rimanendo che se la verificatrice presenterà domanda di liquidazione del compenso, sulla stessa provvederà il presidente della sezione ai sensi dell'art. 66, comma 4, del c.p.a.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento impugnato per quanto di interesse degli appellanti.

Spese del doppio grado del giudizio compensate per metà.

Per la restante metà condanna il Comune appellato a rifondere agli appellanti, in solido, le spese e gli onorari di ambedue i gradi del giudizio, che si liquidano nella misura complessiva di Euro 2.000,00 (Euro duemila/00), oltre a IVA e a CPA e al rimborso delle spese generali, di cui Euro 800,00 per il primo grado, ed Euro 1.200,00 per il secondo grado.

Si dispone che la presente sentenza sia comunicata anche alla verificatrice ing. W.D. - Regione Lazio -Area Genio civile Lazio Nord.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Bernhard Lageder, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

Francesco Mele, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere