



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1549 del 2016, proposto da Edormina D'Esposito, Maria Salvia, Michela Salvia, rappresentate e difese dagli avvocati Ermanno Ferraro, Enrico Romano, con domicilio eletto presso lo studio Stefania Iasonna in Roma, via Atanasio Kircher, 7;

contro

Comune di Anacapri, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 03462/2015;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 giugno 2022 il Cons. Roberta Ravasio;

Viste, altresì, le conclusioni della parte ricorrente come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determina n. 3754 del 5.3.2008 il Comune di Anacapri respingeva l'istanza di condono edilizio n. 393/04 del 13.12.2004 presentata da Salvia Maria relativa ad opere consistenti in “- *frazionamento appartamento al piano terra del fabbricato ottenendo due unità abitative ed ampliamento delle stesse mediante chiusura e suddivisione di un portico di circa mq. 10 e mc 30 e chiusura, con muratura in blocchi del tipo siporex, dello spazio di circa mq. 5.40 e mc. 16, sottostante al terrazzo del piano superiore, prolungato per ml. 3.45 di circa cm. 50 verso ovest; - copertura terrazzo – per una superficie di circa mq 11 – al piano superiore del fabbricato*” realizzate nell'immobile sito in Anacapri, vicolo Filippetto n.8. Contestualmente il Comune di Anacapri emanava l'ordinanza di demolizione n. 3784 del 6.3.2008 in relazione alle medesime opere.
2. D'Esposito Edormina, Salvia Maria e Salvia Michela impugnavano i suddetti provvedimenti innanzi al TAR Campania.
3. Il Comune di Anacapri non si costituiva in giudizio.
4. Con sentenza n. 3462/2015 il TAR Campania – Sez. VI respingeva il ricorso.
5. D'Esposito Edormina, Salvia Maria e Salvia Michela ricorrevano in appello avverso la sentenza del TAR Campania.
6. Il Comune di Anacapri non si costituiva neppure nel giudizio d'appello.
7. La causa veniva chiamata per la discussione in occasione dell'udienza pubblica del 30.06.2022, a seguito della quale veniva trattenuta per la decisione.
8. Con il primo motivo di appello si denuncia l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha respinto il motivo di ricorso inerente la mancanza della

comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza di condono ex art 10 bis l. 241/90.

8.1. Il TAR ha ritenuto che l'assenza del preavviso di rigetto non comportasse l'illegittimità del diniego di condono né della successiva ordinanza di demolizione alla luce della *“ineluttabilità delle determinazioni assunte con i provvedimenti qui impugnati”*. Ciò comporterebbe l'applicabilità dell'art 21 octies l. 241/90, secondo cui *“non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.”*. Nel caso di specie, infatti, il contrasto delle opere realizzate con il regime urbanistico dell'area renderebbe il diniego un atto dovuto privo di profili di discrezionalità.

8.2 Gli appellanti ritengono invece che l'art 10 bis, avendo portata generale, sia applicabile anche ai procedimenti di sanatoria edilizia, ancorchè vincolati, e pertanto la sua assenza comporti l'illegittimità del diniego di condono nonché l'illegittimità derivata dell'ordinanza di demolizione.

8.3 Il motivo è non fondato. È vero che la recente giurisprudenza di legittimità ha affermato che *“L'istituto del preavviso di rigetto, stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10-bis l. n. 241/1990 in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda.”* (Consiglio di

Stato sez. VI, 18/01/2019, n.484; Cfr. anche Consiglio di Stato sez. VI, 02/05/2018 che ha affermato che *“in linea generale va ribadito che, a seguito delle modifiche introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, l'istituto del preavviso di rigetto di cui all'art. 10- bis, l. n. 241 del 1990 - introdotto dall'art. 6 della prima legge menzionata - stante la sua portata generale, trova applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il provvedimento di diniego dell'istanza di permesso in sanatoria che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui al citato art. 10 bis in quanto preclusivo per il soggetto interessato della piena partecipazione al procedimento e dunque della possibilità di uno apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda;”* Nel caso di specie il Consiglio di Stato ha altresì escluso l'applicabilità della sanatoria processuale alla luce della natura discrezionale del potere edilizio in oggetto nonché dell'assenza di un'eccezione dell'amministrazione convenuta).

8.3.1 Peraltro, *“La violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di sanatoria, quando il contraddittorio procedimentale con il privato interessato avrebbe potuto fornire all'Amministrazione elementi utili ai fini della decisione, ad esempio in ordine alla ricostruzione dei fatti o all'esatta interpretazione delle norme da applicare.”* (Consiglio di Stato sez. VI, 01/03/2018, n.1269).

8.3.2. Affinchè la violazione dell'art 10 bis comporti l'illegittimità del provvedimento impugnato, tuttavia, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie garanzie partecipative, ma è anche tenuto ad indicare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento. (Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27/04/2020, n.2676: *“Ai fini della configurabilità della violazione dell'art. 10-bis, l. n. 241/90, le garanzie*

procedimentali non possono ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza che, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle proprie pretese partecipative, ma è anche tenuto ad indicare o allegare gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento.”).

8.3.4. In questo senso l'art. 21 *octies* della L. n. 241/90 introduce un onere di allegazione e probatorio “rafforzato” a carico del privato che intende far valere la violazione dell'obbligo, per l'amministrazione, di comunicare preventivamente i motivi ostativi all'accoglimento di una istanza. A tale affermazione conduce anche la constatazione che la norma, solo con riferimento alla violazione dell'obbligo di dare comunicazione dell'avvio di procedimento afferma che è l'amministrazione a dover dimostrare, in giudizio, che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso: dalla differente formulazione del primo e del secondo periodo dell'art. 21 *octies*, comma 2, si può quindi inferire che al giudice è consentito rilevare d'ufficio l'esistenza di circostanze che rendono “palese” che il provvedimento conclusivo del procedimento non avrebbe potuto avere un diverso contenuto, allo scopo di “paralizzare” le censure finalizzate a far valere violazione procedimentali, diverse dalla mancata comunicazione dell'avvio di procedimento. Sul punto si veda anche la pronuncia con cui la Sezione ha ritenuto che “*L'applicazione del meccanismo sanante di cui all'art. 21 octies, comma 2, non è subordinata ad una eccezione di parte, piuttosto spetta al giudice valutare l'incidenza del vizio sul contenuto dispositivo del provvedimento, a prescindere dal comportamento processuale dell'Amministrazione.*” (Consiglio di Stato sez. VI, 30/04/2018, n.2585).

8.3.5. Nel caso di specie le appellanti si sono limitate ad affermare, peraltro solo nell'atto d'appello, che << *l'istanza di condono edilizio presentata dalle ricorrenti ed attuali*

appellanti conteneva interventi tra loro incontestabilmente "diversi" per "natura" e "tipologia" (frazionamento appartamento al piano terra del fabbricato ottenendo due unità abitative ed ampliamento delle stesse mediante chiusura e suddivisione di un portico di circa mq. 10 e mc 30 e chiusura, con muratura in blocchi del tipo siporex, dello spazio di circa mq. 5.40 e mc. 16, sottostante al terrazzo del piano superiore, prolungato per ml. 3.45 di circa cm. 50 verso ovest; - copertura terrazzo – per una superficie di circa mq 11 – al piano superiore del fabbricato") i quali comportavano, e comportano, conseguentemente, valutazioni "diverse" in ragione della strumentazione urbanistico-edilizia del Comune di Anacapri (PRG e PTP). Va rilevato, infatti, che l'art. 9 del PTP del Comune di Capri, ferme restando le prescrizioni previste in detto Piano, rende ammissibili in tutte le zone del territorio isolano (RUA, PRI e PI) interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, di restauro e risanamento conservativo, di riqualificazione estetica degli immobili e delle aree pertinenziali anche mediante l'inserimento di elementi architettonici e tipici tradizionali che non costituiscano nuove volumetrie. >>. Tali rilievi, tuttavia, non solo sono tardivi, non essendo stati formulati nel ricorso originario, ma neppure fanno intendere per quale ragione le opere abusive debbano essere ricondotte tra quelle consentite dagli strumenti urbanistici vigenti nel Comune di Anacapri.

8.3.6. A questo punto va ricordato che le opere oggetto della domanda di condono sono descritte, nella ordinanza di demolizione, come "*- frazionamento appartamento al piano terra del fabbricato ottenendo due unità abitative ed ampliamento delle stesse mediante chiusura e suddivisione di un portico di circa mq. 10 e mc 30 e chiusura, con muratura in blocchi del tipo siporex, dello spazio di circa mq. 5.40 e mc. 16, sottostante al terrazzo del piano superiore, prolungato per ml. 3.45 di circa cm. 50 verso ovest; - copertura terrazzo – per una superficie di circa mq 11 – al piano superiore del fabbricato*": si tratta quindi – secondo la descrizione che si legge nel provvedimento impugnato – di opere implicanti aumento di volumi, la qual cosa impedisce di qualificarli come meri risanamenti conservativi né come

interventi di mera ristrutturazione (Cfr. Consiglio di Stato sez. V, 08/04/2014, n.1653: *“Nelle opere edilizie, la semplice ristrutturazione si verifica quando gli interventi, comportando modificazioni esclusivamente interne, interessano un edificio nel quale sussistano e, all'esito degli stessi, rimangano inalterate le componenti essenziali, quali i muri perimetrali, le strutture orizzontali, la copertura; è ravvisabile invece l'ordinaria ricostruzione allorché vengono meno, per evento naturale o per volontaria demolizione, le succitate componenti essenziali dell'edificio preesistente e l'intervento si traduce nell'esatto ripristino delle stesse, senza alcuna variazione rispetto alle originarie dimensioni dell'edificio e, soprattutto, senza aumenti di volumetria, né delle superfici occupate in relazione alla originaria sagoma di ingombro; diversamente, in presenza di aumenti di volumetria, si verte in ipotesi di nuova costruzione, con i relativi effetti, ai fini del computo delle distanze rispetto agli edifici contigui esistenti, come previsto dagli strumenti urbanistici vigenti.”*), e impone di considerarle quale intervento di nuova costruzione, cioè quale abuso edilizio “maggiore” ai sensi della tabella allegata al D.L. n. 269/2003.

8.3.7. L'istanza di condono, oggetto del diniego impugnato in questo giudizio, è stata presentata ai sensi del D.L. n. 269/2003, e che la giurisprudenza della Sezione è ormai da tempo assestata nel senso che il condono edilizio di cui al D.L. n. 269/2003, convertito nella L. n. 326/2003, non è consentito se abbia ad oggetto “abusi maggiori” commessi in zona sottoposta, precedentemente alla realizzazione delle opere, a vincolo: la diversa interpretazione delle norme di riferimento è stata recentemente sottoposta all'attenzione della Sezione, che con sentenza n. 824/2022 ha riformato la sentenza del TAR Piemonte n. 972/2015, che invece si era espressa nel senso che il condono di cui alla L. 326/2003 non escludesse a priori la condonabilità dei c.d. “abusi maggiori” commessi in zona vincolata, ammettendola in presenza di determinate condizioni. Dunque, riformando tale decisione, la Sezione ha ribadito che secondo le previsioni di cui alla L. 326/2003, gli “abusi maggiori” non

sono mai condonabili quando commessi in zona sottoposta a vincolo in epoca anteriore alla realizzazione delle opere, indipendentemente che si tratti di vincolo a inedificabilità assoluta o relativa: in tali situazioni, dunque, è inutile la richiesta del parere di compatibilità paesaggistica, posto che si versa in una situazione di divieto di condono stabilita dal legislatore. Da ciò discende che in presenza di interventi qualificabili come nuova costruzione e realizzati in area soggetta a vincoli paesaggistici, il diniego di sanatoria edilizia è atto dovuto ai sensi della l. 326/2003.

8.3.8. Segue da quanto sopra esposto che le appellanti avrebbero dovuto supportare la doglianza, relativa alla violazione dell'art. 10 bis della L. n. 241/90, indicando in modo specifico, e poi dimostrando, le circostanze che avrebbero dovuto condurre ad una qualificazione delle opere abusive tale da consentire l'accesso al condono: ad esempio, allegando il travisamento in fatto, in relazione ad eventuali errori commessi dal Comune nella ordinanza di demolizione, nella descrizione delle opere abusive.

8.3.9. Essendosi, le appellanti, limitate a dedurre in maniera del tutto generica che le opere abusive sarebbero consentite dagli strumenti urbanistici, esse non hanno assolto all'onere probatorio imposto dall'art. 21 *octies* della L. 241/90, rendendo possibile al Collegio di rilevare e valorizzare, *ex officio*, le circostanze che consentono di affermare che il provvedimento conclusivo non avrebbe potuto avere un diverso contenuto.

8.3.10. Correttamente, dunque, il TAR ha respinto la censura afferente la violazione dell'art. 10 bis della L. n. 241/90, applicando il successivo articolo 21 *octies* comma 2.

9. Con il secondo motivo d'appello si denuncia l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver rilevato il difetto d'istruttoria che affligge il provvedimento impugnato per assenza dei pareri della C.E. e della C.E.I.

9.1 Il TAR ha ritenuto tali adempimenti non necessari in quanto “*L'immediata rilevanza delle suddette ragioni di contrasto rendeva del tutto superflua l'acquisizione di pareri da parte di organi consultivi (nella specie quelli della CEC e della CEI) la cui preventiva ricezione si rende necessaria nei soli casi di ragioni di oggettiva complessità tecnica*”.

9.2 Le appellanti sostengono invece che tali pareri si rendano necessari a fronte di ogni richiesta di condono edilizio.

9.3 Il motivo non è fondato. Le affermazioni del TAR sono infatti suffragate dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo la quale “*La specialità del procedimento di condono edilizio e l'assenza di una previsione specifica in relazione alla necessità comportano che, per il rilascio del condono, il parere della commissione edilizia non sia obbligatorio, ma facoltativo, al fine di acquisire eventuali informazioni e valutazioni circa particolari e sporadici casi incerti e complessi.*” (Consiglio di Stato sez. VI, 18/01/2022, n.315).

9.4. In ogni caso sarebbe assorbente quanto già rilevato, precedentemente, in ordine alla non condonabilità degli “abusi maggiori” commessi in zona vincolata.

10. Con il terzo motivo si denuncia il vizio di incompetenza del diniego di condono in quanto adottato del dirigente anziché dal sindaco, e non risultano vigenti, nel Comune di Anacapri, norme statutarie o regolamentari che abbiano conferito al dirigente firmatario del provvedimento la relativa competenza.

10.1. Ai sensi dell'art. 107, comma 3, del D. L.vo 267/00 sono attribuiti ai dirigenti “*...tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente:...* g) *tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale;...*”.

10.2. Le appellanti assumono, in sostanza, che nel Comune di Anacapri tale previsione di legge non sarebbe operativa per assenza di una norma statutaria o regolamentare; tuttavia tale assunto è infondato perché la disposizione citata è immediatamente precettiva: lo stato ed il regolamento dell'ente sono fonte alla quale è demandata la semplice fissazione delle modalità esecutive di esercizio della competenza fissata legislativamente.

Inoltre l'assunto è rimasto totalmente primo di dimostrazione, sicché si deve presumere che il dirigente firmatario del diniego di condono edilizio fosse legittimato.

11. Con il quarto motivo d'appello si lamenta l'illegittimità derivata dell'ordinanza di demolizione alla luce dei vizi relativi al diniego di condono: il motivo non è fondato stante che, per i motivi sopra esposti, deve ritenersi accertata la fondatezza del diniego di condono.

11. Con il quinto motivo di ricorso si denuncia l'erroneità della sentenza di primo grado per omessa pronuncia per non aver affrontato i motivi relativi alla compatibilità dell'immobile sotto l'aspetto urbanistico e paesaggistico.

11.1 Ad avviso delle appellanti gli interventi oggetto dell'istanza di condono, singolarmente considerati, costituirebbero semplice adeguamento funzionale o, al più opere pertinenziali; di conseguenza rientrerebbero nell'area di applicazione del condono, essendo del resto compatibili con la disciplina urbanistica vigente: il motivo è infondato.

11.2. Tenuto conto della descrizione delle opere effettuata nell'ordine di demolizione se ne deve escludere la natura pertinenziale, o di mero adeguamento funzionale, essendosi l'intervento compendiato nella chiusura, di due portici e nell'inglobamento della relativa volumetria all'interno delle unità abitative ivi esistenti, che

sono state ampliate. Al piano superiore, inoltre, è stata effettuata la copertura di un terrazzo, per una superficie di circa 11 mq.

11.3. Il Collegio deve rammentare che secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, *“la qualifica di pertinenza urbanistica è applicabile, infatti, soltanto ad opere di modesta entità e accessorie rispetto ad un'opera principale, quali ad esempio i piccoli manufatti per il contenimento di impianti tecnologici, ma non anche ad opere che, dal punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotino per una propria autonomia rispetto all'opera cosiddetta principale e non siano coesenziali alla stessa, tali, cioè, che non ne risulti possibile alcuna diversa utilizzazione economica”* (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 309; Cons. Stato, Sez. II, 12 febbraio 2020 n. 1092). Essendo la nozione di "pertinenza urbanistica" meno ampia di quella definita dall'art. 817 c.c. non può ritenersi consentita la realizzazione di opere di grande consistenza soltanto perché destinate al servizio di un bene qualificato principale.

11.4. Va inoltre rilevato che un'opera di modeste dimensioni, quantunque non suscettibile di una utilizzazione economica diversa da quella in concreto svolta a servizio del fabbricato principale, deve però essere riconoscibile come entità distinta rispetto a questo ultimo, il che non può predicarsi quando la superficie dell'opera venga inglobata all'interno del fabbricato che si assume principale, aumentando la superficie di locali preesistenti: in tal caso è evidente che ci si trova di fronte ad un ampliamento del fabbricato principale.

11.5. Si deve quindi escludere la natura pertinenziale degli ampliamenti delle unità abitative. Quanto alla copertura della terrazza si tratta, comunque, di opera di dimensioni che non possono ritenersi trascurabili.

11.6. Di conseguenza si deve escludere la natura pertinenziale delle opere, come pure la loro qualificazione in termini di “adeguamento funzionale”, non constando la loro

funzionalizzazione al miglioramento dell'efficientamento energetico dell'edificio o a consentire l'allocazione di impianti tecnologici.

11.7. In conclusione va respinto anche l'ultimo motivo d'appello, dovendosi ribadire che le opere abusive si sono compendiate in interventi di nuova costruzione, non suscettibili di condono in zona vincolata.

12. L'appello va, in definitiva, respinto.

13. Nulla per le spese in difetto di costituzione in giudizio del Comune.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI