



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O**

**I l C o n s i g l i o d i S t a t o**

**i n s e d e g i u r i s d i z i o n a l e ( S e z i o n e S e s t a )**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1856 del 2020, proposto da -OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Vitolo, con domicilio digitale come da pec da registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Viglione - Vitolo Studio sito in Roma, Lungotevere dei Mellini n. 17;

***contro***

Comune di Capaccio, in persona del Sindaco *pro tempore*, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del T.a.r. per la Campania - Sezione staccata di Salerno (Sezione seconda) n. -OMISSIS- del 2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il cons. Giuseppe La Greca;

Nessuno per le parti presente all'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2023;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1.- In data 2 luglio 2007 l'originaria ricorrente presentava al Comune di Capaccio (SA) istanza di accertamento di conformità (art. 36 d. P.R n. 380 del 2001) per i lavori di realizzazione di una tettoia in ferro su base pavimentata con copertura a falde inclinate, muro di recinzione e modulo abitativo trasportabile con relativi allacciamenti degli impianti tecnologici (identificazione catastale: foglio 54, particella n. 1127).

1.2.- Con nota del 16 luglio 2008 il comune comunicava il preavviso di rigetto sul rilievo – Tra l'altro – che:

- a) l'art. 3 d. P.R. n. 380 del 2001, considererebbe nuove costruzioni l'installazione di manufatti leggeri quali roulotte e camper;
- b) sull'area interessata sarebbe stato apposto un vincolo paesaggistico;
- c) il d. lgs. n. 42 del 2004 prevedrebbe l'autorizzazione in sanatoria solo in assenza di nuove superfici e volumi.

1.3.- Il Comune concludeva il procedimento con un provvedimento tacito di rigetto dell'istanza di sanatoria.

2.- La ricorrente impugnava, dunque, detto silenzio-rigetto, chiedendone l'annullamento, avverso il quale deduceva la mancata emanazione di un provvedimento nei termini di legge e il difetto di motivazione, quest'ultimo considerata la destinazione a zona B3 dell'area, nella quale sarebbero stati previsti interventi residenziali a carattere prevalentemente stagionale.

3.- Con sentenza n. -OMISSIS- del 2019 la Sezione staccata di Salerno del T.a.r. per la Campania rigettava il ricorso in considerazione che:

*- «l'inerzia serbata dall'amministrazione assume una ben precisa valenza provvedimentoale ed essa non può certamente essere foriera di quelle conseguenze paventate dalla ricorrente sul piano della pretesa illegittimità del provvedimento»;*

- «l'interessato deve provare l'esistenza del presupposto consistente nella c.d. doppia conformità urbanistica che gli consentirebbe di ottenere la sanatoria dell'opera edificata»;

- «l'area in cui le sopra descritte opere si collocano è sottoposta ad un vincolo paesaggistico e, dunque, ogni edificazione per poter essere assentita necessita dell'autorizzazione paesaggistica, che, nel caso in esame, dovrebbe essere rilasciata in sanatoria» e nel caso di specie non ricorrono i casi dell'art. 167, comma 4, d. lgs. n. 42 del 2004.

4.- Avverso la predetta sentenza la parte privata ha interposto appello per ottenerne la riforma, così articolando le proprie doglianze:

1) *Error in iudicando*; violazione di legge (art.36 d.P.R. n. 380 del 2001; artt. 2 e 3 l. n. 241 del 1990), difetto di istruttoria. Sebbene l'art. 36 d.P.R. n.380 del 2001 configuri una espressa ipotesi di silenzio-rigetto, tale ipotesi non può dirsi realizzata ove la P.A., come avvenuto nella specie, non resti del tutto silente, ma adotti un provvedimento che lasci presumere la conclusione in modo espresso del relativo iter procedimentale. Permarrebbe in tal senso l'obbligo dell'amministrazione di determinarsi in modo espresso essendosi autovincolato in tal senso mediante le precedenti richieste documentali e preavviso di rigetto;

2) *Error in iudicando*; violazione di legge (art.36 d.P.R. n. 380 del 2001; artt. 2 e 3 l. n. 241 del 1990), difetto assoluto di motivazione. Sussisterebbero i presupposti per l'accoglimento dell'istanza di sanatoria considerato che sarebbero previsti sull'area interventi residenziali a carattere stagionale, si tratterebbe di opere dalla modesta entità né risulterebbero violati i vincoli paesaggistici e ambientali; non sussisterebbe nessun necessario automatismo tra opere realizzate in area sottoposta a vincolo paesaggistico e assoggettamento a permesso di costruire.

5.- Il Comune di Capaccio, pur ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

6.- All'udienza pubblica del 7 novembre 2023 l'appello è stato trattenuto in decisione.

7.-L'appello, alla stregua di quanto si dirà, non è meritevole di accoglimento.

8.1.- L'art. 36 t.u. edilizia disciplina l'«*accertamento di conformità*», vale a dire il permesso in sanatoria ottenibile per interventi realizzati in difetto del, o in difformità dal, titolo edilizio, alla condizione che le opere siano rispondenti alla disciplina urbanistico-edilizia vigente tanto al momento di realizzazione dell'opera, quanto al momento dell'istanza.

8.2.- Il legislatore, dunque, consente in via generale la regolarizzazione postuma di abusi difettosi nella forma, ma non nella sostanza, in quanto privi di danno urbanistico (Corte cost. n. 42 del 2023).

L'istituto si distingue nettamente dalle ipotesi del condono edilizio in cui la legge, in via straordinaria e con regole *ad hoc*, consente di sanare situazioni di abuso, perpetrate sino ad una certa data, di natura sostanziale, in quanto difformi dalla disciplina urbanistico-edilizia (tra le altre, Corte cost. sentenze n. 68 del 2018, n. 232 e n. 50 del 2017).

8.3.- Ha evidenziato la Corte costituzionale (n. 42 del 2023, cit.), che «*dalla qualificazione del silenzio sull'istanza di sanatoria in termini di rigetto discendono importanti conseguenze.*

*Ne deriva, infatti, che il privato, con l'impugnazione del provvedimento tacito, non può far valere difetti di motivazione o lacune nel procedimento, attesa l'incompatibilità logica di tali vizi con la fattispecie del silenzio significativo, dovendo, piuttosto, dolersi del suo contenuto sostanziale di rigetto (Consiglio di Stato, sezione sesta, sentenza 19 novembre 2018, n. 6506), vale a dire della tacita valutazione di insussistenza della conformità.*

*In sostanza, con il delineato sistema di tutela è traslato in fase processuale l'onere incombente sul privato in fase procedimentale.*

*Secondo la giurisprudenza amministrativa, l'onere probatorio del privato è diversamente modulato a seconda che si qualifichi il potere di sanatoria in termini vincolati o tecnico-discrezionali: dalla prima, prevalente impostazione è richiesto al ricorrente di fornire prova piena della doppia conformità; dal secondo indirizzo è richiesto al ricorrente di fornire la prova della non*

*implausibilità della doppia conformità, in termini idonei a sconfessare la negativa definizione del procedimento.*

*Dall'assolvimento del richiesto onere probatorio, discende l'annullamento del silenzio-rigetto, con il conseguente obbligo dell'amministrazione a provvedere espressamente sull'istanza in termini conformati a seconda all'accertamento compiuto in sentenza.*

*Nella riedizione del potere, l'amministrazione sarà, quindi, o totalmente vincolata dal compiuto riscontro giudiziale della doppia conformità o fortemente condizionata dalle indicazioni giudiziali sui necessari riscontri istruttori o, infine, continuerà a vantare margini di valutazione tecnico-discrezionali».*

8.4.- Ciò detto, la richiesta di integrazione documentale ovvero il preavviso di rigetto non sono idonei a elidere il modulo decisorio del silenzio significativo (silenzio-rigetto) tratteggiato dal legislatore convertendolo in silenzio-inadempimento (diversamente da quanto ritenuto da altra tesi: cfr. Cons. giust. amm. sic., sez. giur., n. 821 del 2022). Il Collegio ritiene di dare continuità alla giurisprudenza della Sezione secondo cui l'attivazione di un'istruttoria da parte della p.a. sull'istanza di sanatoria non impedisce la formazione del silenzio-rigetto: invero, a fronte del chiaro dettato della norma innanzi citata (art. 36 d. P.R. n. 380 del 2001) non appare ammissibile che una diversa modalità di perfezionamento del procedimento (espressa, piuttosto che tacita) possa dipendere dell'attività concretamente svolta nel singolo caso dell'amministrazione, pena la violazione del principio di legalità che caratterizza l'ambito in questione (cfr. da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, n. 9348 del 2023)

Né in tal senso, nel caso di specie, può dirsi posto in essere da parte del Comune una sorta di «autovincolo» alla conclusione del procedimento con un provvedimento esplicito (pur potendo esso scegliere di emanare un successivo provvedimento espresso): difettano, a tacer d'altro, effettivi elementi contenutistici in tal senso

(aspetto che, per il vero, potrebbe rilevare, a tutto concedere, in termini di liceità della condotta e di tutela dell'affidamento).

9.- La descrizione delle opere effettuata nell'istanza di permesso di costruire in sanatoria restituisce una descrizione delle opere che, nella loro valutazione complessiva, non solo non si prestano ad una qualificazione come opere destinate ad un impiego c.d. stagionale (risultando qualificate dal legislatore, quantomeno camper e roulotte, quali nuove costruzioni, con esclusione, quindi, della doppia conformità), ma che determinano pure una trasformazione del territorio con conseguente necessità del permesso di costruire (risultando, dunque esclusa la invocata sussumibilità tra le c.d. attività di edilizia libera).

D'altronde, anche la carenza dei presupposti per il conseguimento della autorizzazione paesaggistica in sanatoria, aspetto non efficacemente contrastato da parte appellante rispetto al tenore dell'art. 167, comma 4 d. lgs. n. 42 del 2004, costituisce *ulteriore* elemento sulla base del quale, correttamente, il T.a.r. ha rigettato il ricorso di prime cure.

10.- Alla luce delle suesposte considerazioni l'appello deve essere rigettato, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza.

11.- In mancanza di costituzione in giudizio della parte pubblica non è luogo a statuizione sulle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese del presente grado di giudizio.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 9, paragrafo 1, del

Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la parte privata.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Giuseppe La Greca, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Giuseppe La Greca**

**IL PRESIDENTE**  
**Giancarlo Montedoro**

**IL SEGRETARIO**

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