



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 1532 del 2016, proposto da Clotilde Bolognesi, Ugo Maria Chirico, Paolo Chirico, rappresentati e difesi dall'avvocato Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Messico, 7;

***contro***

Comune di Anacapri, non costituito in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Sesta) n. 03785/2015, resa tra le parti;

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 e uditi per le parti gli avvocati Federico Tedeschini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con provvedimento n. 5473 dell'8.04.2008 il Comune di Anacapri respingeva la domanda di condono presentata da Bolognesi Clotilde, Chirico Ugo Maria e Chirico Paolo relativa al cambio di destinazione d'uso di un fabbricato da rurale in civile abitazione, con opere di ampliamento per la realizzazione di una camera da letto, di un ingresso e di un corpo di fabbrica seminterrato in area ricadente in zona P area a verde agricolo, in zona P.I. di protezione integrale del p.t.p. vigente. Contestualmente il Comune emanava l'ordinanza di demolizione n. prot. 5527 dell'8.04.2008 in relazione alle medesime opere.
2. Bolognesi Clotilde, Ugo Maria Chirico e Paolo Chirico impugnavano il diniego di condono e l'ordine di demolizione innanzi al TAR Campania.
3. Il Comune di Anacapri non si costituiva in giudizio.
4. Con sentenza n. 3785/2015 il TAR Campania – Sez. VI rigettava il ricorso.
5. Bolognesi Clotilde, Ugo Maria Chirico e Paolo Chirico ricorrevano in appello avverso la pronuncia di primo grado.
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, in quanto tali procedimenti sono connotati da tratti di specialità che escludono l'applicabilità delle ordinarie garanzie procedurali.

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

8.3. E' 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;”*).

8.4. 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).

8.5. 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 procedurali 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.”*).

8.6. 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 procedurali, 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).

8.4. Nella specie gli appellanti non hanno contestato la descrizione delle opere abusive effettuata dall'Amministrazione né la relativa natura e qualificazione, e in generale non hanno indicato la benché minima ragione che avrebbe potuto condurre ad un provvedimento di diverso contenuto; essi, così facendo, hanno omesso di assolvere 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.

8.5. Sotto questo ultimo profilo si osserva che le opere si sono compendiate in un ampliamento di 356 mc del fabbricato posto sul fondo di proprietà sito in Anacapri alla via La Guardia, n. 64 (n. 3972, foglio 5, particelle 440 e 1170), in zona soggetta a vincolo paesaggistico, ragione per cui gli appellanti hanno anche presentato istanza di rilascio di compatibilità paesaggistica ai sensi della L. n. 308/2004. E' pacifico anche il fatto che l'istanza di condono, il diniego del quale è impugnato nel presente giudizio, è stata presentata ai sensi del D.L. n. 269/2003, convertito nella L. n. 326/2003. Si tratta di circostanze che conducono ad affermare che il procedimento relativo alla domanda di condono non avrebbe potuto avere un esito differente dal diniego.

8.6. La giurisprudenza della Sezione, infatti, 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 paesaggistico, 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.

8.7. Orbene, le opere di ampliamento realizzate abusivamente dagli appellanti rientrano, senza alcun dubbio, tra gli interventi di nuova costruzione nonché tra gli “abusi maggiori”, ai sensi della tabella allegata alla L. n. 326/2003, ragione per cui deve escludersi che potessero essere condonate.

8.8. La denunciata violazione dell’art. 10 bis, della L. n. 241/90, rimane conclusivamente irrilevante, essendo palese, per la natura delle opere abusive descritte nell’ordinanza di demolizione, non contestata dagli appellanti, che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto differente.

9. Con il secondo motivo d’appello si lamenta l’erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto legittima l’ordinanza di demolizione nonostante l’assenza della comunicazione di avvio del procedimento ex art 7 l. 241/90.

9.1 Il TAR ha affermato che, costituendo l’ordine di demolizione un provvedimento dal contenuto vincolato, non deve essere necessariamente preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento.

9.2 Gli appellanti sostengono invece che la comunicazione di avvio del procedimento sia necessaria anche in relazione all’emanazione dell’ordinanza di

demolizione, nonostante il suo contenuto vincolato, alla luce dell'apporto partecipativo che il privato potrebbe fornire all'amministrazione.

9.3. La doglianza va respinta alla luce di quanto statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2017, secondo cui *“il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino”*. Da ciò consegue che *“L'attività di repressione degli abusi edilizi tramite l'emissione dell'ordine di demolizione costituisce attività di natura vincolata, dove la stessa non è assistita da particolari garanzie partecipative, tanto da non ritenersi necessaria la previa comunicazione di avvio del procedimento agli interessati.”* (Consiglio di Stato sez. VI, 05/04/2022, n.2523).

10. Con il terzo motivo d'appello si denuncia l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto che la pendenza di un'istanza di compatibilità paesaggistica ex l. 308/2004 non preclude l'emanazione di un diniego di condono.

10.1 La sentenza di primo grado ha ritenuto che i due procedimenti sono diversi ed autonomi, essendo disciplinati da fonti normative distinte e governati da presupposti ed effetti eterogenei. Di conseguenza la pendenza di un'istanza di accertamento di conformità paesaggistica non inciderebbe sul procedimento relativo al diniego di condono edilizio.

10.2 Gli appellanti sostengono invece che l'Amministrazione avrebbe dovuto adottare un provvedimento espresso relativo alla compatibilità paesaggistica prima di emanare il diniego di condono.

10.3 Il motivo è manifestamente destituito di fondamento. Come affermato dal Consiglio di Stato, *“La domanda di compatibilità paesaggistica ex art. 1 commi 37 ss., l. 15 dicembre 2004 n. 308 rileva ai soli fini del conseguimento di un condono penale, con effetti di estinzione del reato ambientale, ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative; ciò si desume dalla lettera stessa della legge (cfr. art. 1, comma 37, cit.), la quale ha riguardo ai soli effetti penali, senza menzionare in alcun modo quelli amministrativi, sia dalla mancanza di norme di coordinamento con la disciplina in materia di condono edilizio, che è la risultante di un complesso bilanciamento di interessi, con plausibile limitazione dell'operatività del condono, nelle aree vincolate, alle sole opere conformi alle previsioni urbanistiche.”* (Consiglio di Stato sez. VI, 28/06/2016, n.2843).

10.4. D'altro canto il rilascio della autorizzazione paesaggistica “in sanatoria”, quale presupposto del titolo edilizio, è chiaramente disciplinato dall'art. 167 del D. L.vo 42/2004, in modo totalmente autonomo rispetto al procedimento disegnato dalla L. n. 308/2004.

10.5. Il procedimento sanzionatorio di abusi edilizi e quello di rilascio del parere di compatibilità ambientale ex L. n. 308/2004 restano, pertanto, separati; allo stesso modo la pendenza di una istanza presentata ex l. 308/2004, così come il suo eventuale accoglimento, non incide sulla legittimità del provvedimento di diniego di condono.

12. Con il quarto motivo d'appello si denuncia l'erroneità della sentenza di primo grado per non aver rilevato il difetto di motivazione dell'ordinanza di demolizione.

12.1 Il TAR ha affermato che l'ordinanza di demolizione costituisce un atto dovuto alla luce del diniego di condono e pertanto non necessita di una puntuale motivazione sull'interesse pubblico alla demolizione o sulla proporzionalità della sanzione, essendo quest'ultima obbligatoria qualora la costruzione sia avvenuta in assenza del titolo abilitativo.

12.2 Gli appellanti sostengono che l'atto non sia sufficientemente motivato in relazione al legittimo affidamento maturato dal privato circa la legittimità delle opere e la sussistenza di un interesse pubblico – diverso dal mero ripristino della legalità violata – tale da giustificare la demolizione.

12.3 Il motivo è palesemente infondato. Sul punto va richiamata la già citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2017. Va poi rilevato che l'ordinanza impugnata contiene una descrizione sufficientemente analitica delle opere realizzate dagli appellanti e ne indica i profili di abusività.

13. In definitiva l'appello va respinto.

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

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