

N. 02748/2024REG.PROV.COLL.

N. 06573/2021 REG.RIC.



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 6573 del 2021, proposto da Carmela Savarese, rappresentata e difesa dall'Avvocato Ciro Manfredonia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pompei, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocato Salvatore Canciello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Terza) n. 06256/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Pompei;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 febbraio 2024 il Cons. Marco Poppi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

In data 10 dicembre 2004, la Signora Carmela Savarese presentava al Comune di Pompei un'istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria ai sensi della L. n. 326/2003 e della L. R. n. 10/2004, riferita ad un intervento di «*ampliamento unità residenziale*» realizzato mediante creazione di un solaio intermedio all'interno del proprio fabbricato.

Il Comune con determinazione dirigenziale del 18 gennaio 2016, respingeva l'istanza sul rilievo che:

- «*ai sensi della L. 326/03, art. 32, comma 26, lettera a, in combinato con il comma 27, lettera d (vedasi Corte di Cassazione / Sezione III Penale, 21/12/2004, n.48956), in quanto l'abuso risulta realizzato su immobile soggetto a vincoli dalla L. 1497/39, oggi D.lgs. 42/04, a tutela di interessi ambientali, istituiti prima della esecuzione di dette opere e non è conforme alle norme urbanistiche e alle prescrizioni del P.R.G.»;*

- «*ai sensi della L.R. n.10 del 18/11/2004, articolo 3, comma 2 che così recita: "Non possono formare oggetto di sanatoria che opere abusive rientranti tra le tipologie di cui al D.L. 269/03, allegato 1, se le stesse: ...omissis... d) sono state realizzate in uno dei Comuni di cui alla L.R. n.10 del 10/12/2003, n.21, articolo 1 e hanno destinazione residenziale, fatta eccezione per gli adeguamenti di natura igienico-sanitaria e funzionale di cui all'art.5", comma 2, della stessa legge».*

Con ricorso proposto dinanzi al Tar per la Campania la Signora Savarese impugnava il richiamato diniego deducendone l'illegittimità sotto svariati profili.

Il Tar respingeva il ricorso con sentenza n. n. 6256 del 18 dicembre 2020, impugnata nel presente giudizio con appello depositato il 14 luglio 2021 deducendo:

I. «*Motivi di impugnazione avverso i capi della sentenza (da pag. 4 a pag. 7, penultimo capoverso e da pag. 8, secondo capoverso, a pag. 11) con i quali si respingono le doglianze articolate con il Motivi di ricorso sub I: ERROR IN JUDICANDO. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE 47/1985 E DELLA LEGGE 326/2003. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DELLA LEGGE 241/1990. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 3 DEL D.P.R. 380/2001 ECCESSO DI POTERE PER: DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA, PER DIFETTO DEL PRESUPPOSTO E PER MOTIVAZIONE ILLOGICA ED INSUFFICIENTE. VIOLAZIONE E 6 FALSA APPLICAZIONE DEL D. LGS. 42/2004. ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA. INGIUSTIZIA MANIFESTA. ERROR IN PROCEDENDO: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 64 C.P.A.*»;

II. «*Motivi di impugnazione avverso il capo della sentenza (pag. 7, ultimo capoverso, e 8, primo capoverso) con il quale si respinge la doglianza articolata con il motivo di ricorso sub II: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE LEGGE REGIONE CAMPANIA N. 10/2004. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE REGIONE CAMPANIA N. 16/2014 ARTICOLO 1 COMMA 77 NONCHE' VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 32 LEGGE 47/1985 ED ARTICOLO 32 COMMA 27 LETT. D) DEL D.L. 269/2003 CONV. IN LEGGE 326/2003. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE LEGGE REGIONE CAMPANIA N. 21/2003. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA. ECCESSO DI POTERE PER TRAVISAMENTO E DIFETTO*

DEL PRESUPPOSTO. MOTIVAZIONE ERRONEA, ILLOGICA ED INSUFFICIENTE. ILLOGICITA' MANIFESTA. ERROR IN JUDICANDO»; III. «VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEGGE 308/2004 SUL CD. "MINI CONDONO PAESAGGISTICO". VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.LGS. 42/2004. VIOLAZIONE DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO ED ERRORE SUL PRESUPPOSTO E PER CARENZA ASSOLUTA DI ISTRUTTORIA. ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA' MANIFESTA. DIFETTO ASSOLUTO DI MOTIVAZIONE».

L'amministrazione si costituiva in giudizio con memoria del 18 luglio 2021 confutando le avverse censure e chiedendo la reiezione dell'appello.

All'esito della pubblica udienza dell'8 febbraio 2024, la causa veniva decisa.

Con il primo motivo l'appellante censura la sentenza nella parte in cui legittima il diniego impugnato sul rilievo che la disciplina condonistica di cui alla L. n. 326/2003 non trova applicazione in presenza di *«manufatti comportanti nuovi volumi nelle zone assoggettate al vincolo paesaggistico, che non configura un vincolo di inedificabilità solo relativa né può dirsi posteriore alla realizzazione delle opere».*

In particolare l'appellante contesta il presupposto della decisione, individuato dal giudice di prime cure nella natura dell'intervento eseguito, ritenuto essere di nuova costruzione e non di ristrutturazione *leggera* o manutenzione straordinaria.

Il Tar non avrebbe, inoltre, considerato la relazione tecnica di parte i cui contenuti smentirebbero la contestata creazione di nuova volumetria confermando che l'intervento consisterebbe in un mero adeguamento igienico sanitario dell'immobile con aumento delle sole superfici.

A sostegno della propria tesi l'appellante richiama l'introduzione nel d.P.R. n. 380/2001 della figura della *ristrutturazione leggera*, soggetta al regime della SCIA, sostenendo che quest'ultima fattispecie si configurerebbe in presenza di interventi di ristrutturazione che determinano modifiche della volumetria complessiva, dei prospetti, della destinazione d'uso per gli immobili ricadenti in zona A, o modifiche della sagoma quanto agli edifici soggiacenti ai vincoli di cui al D. Lgs. 42/2004.

A parere dell'appellante, la novella in questione avrebbe, quindi, ampliato la nozione di manutenzione straordinaria ricomprendendovi anche opere di ampliamento della superficie utile delle unità immobiliari senza incremento di volume.

La normativa sopravvenuta, in ossequio al principio *tempus regit actum*, avrebbe dovuto trovare applicazione nel caso di specie ai fini della corretta qualificazione delle opere eseguite.

Se qualificato in termini di ristrutturazione *leggera* o manutenzione, l'intervento realizzato sarebbe, sotto un primo profilo, pienamente conforme alla disciplina urbanistica che in zona E agricola ammetterebbe gli interventi di adeguamento igienico sanitario; sotto altro profilo, rispettoso della disciplina vincolistica che, in quanto impositiva di un vincolo relativo, inibirebbe unicamente gli interventi comportanti aumenti di volume.

Da ultimo l'appellante deduce un profilo di contraddittorietà della decisione di primo grado laddove esclude la sanabilità dell'intervento in ragione del realizzato «*incremento residenziale*» nonostante lo stesso giudice riconosca l'insussistenza di aumenti volumetria.

Il motivo è infondato.

Si premette che la qualificazione del soppalco, realizzato mediante inserimento di un nuovo solaio all'interno di un fabbricato, ai fini della sua ricomprensione o meno

dell'alveo degli interventi richiedenti il permesso di costruire, non è definita in modo univoco, dovendosi procedere ad un apprezzamento caso per caso, valutando la concreta consistenza dell'opera.

Tuttavia, la giurisprudenza, con specifico riferimento a tale tipologia di intervento ha già avuto modo di affermare che *«in linea di principio, sarà necessario il permesso di costruire quando il soppalco sia di dimensioni non modeste e comporti una sostanziale ristrutturazione dell'immobile preesistente, ai sensi dell'art. 3 comma 1 D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, con incremento delle superfici dell'immobile e in prospettiva ulteriore carico urbanistico»* (Cons. Stato, 3 settembre 2014, n. 4468)» (Cons. Stato, Sez. VII, 18 agosto 2023, n.7816).

Nell'occasione veniva riconosciuta la riconducibilità dell'intervento *«nell'ambito degli interventi edilizi minori, per i quali comunque il permesso di costruire non è richiesto, ove il soppalco sia tale da non incrementare la superficie dell'immobile»* mentre è da escludersi tale eventualità qualora si determini *«una modifica della superficie utile dell'appartamento con conseguente aggravio del carico urbanistico»*.

In senso conforme si è ripetutamente espressa anche la Sezione affermando che il soppalco rientra nel novero delle opere c.d. *minori* unicamente qualora sia tale da non incrementare la superficie dell'immobile ricorrendo, quindi, tale ipotesi unicamente *«nel caso in cui lo spazio realizzato col soppalco consista in un vano chiuso, senza finestre o luci, di altezza interna modesta, tale da renderlo assolutamente non fruibile alle persone (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2017, n. 985; sez. VI, 9 luglio 2018, n. 4166; sez. IV, 8 luglio 2019, n. 4780)»* (Cons. Stato, Sez. VI, 11 febbraio 2022, n.1002; nei medesimi sensi anche Sez. II, 3 dicembre 2019, n. 8268).

Nel caso di specie, come già evidenziato, l'intervento eseguito consiste nella realizzazione di un soppalco che determina la creazione di un ulteriore livello destinato ad uso abitativo, come tale incidente sul carico urbanistico.

Risultano, pertanto, smentite tanto la pretesa qualificazione dell'intervento in termini di adeguamento igienico sanitario, quanto, per le ragioni che saranno di seguito illustrate, la affermata compatibilità dell'opera con i vincoli di zona.

Con il secondo motivo, l'appellante censura la sentenza nella parte in cui afferma la contrarietà dell'intervento alla disciplina di cui alla L.R. n. 21/2003 «*Norme urbanistiche per i comuni rientranti nelle zone a rischio vulcanico dell'area vesuviana*» in ragione dell'incremento residenziale realizzato in territorio a rischio vulcanico.

A sostegno della posizione espressa, invoca:

- l'art. 2, comma 2, lett. d) della L.R. n. 10/2004 ove stabilisce che «*non possono formare oggetto di sanatoria le opere abusive rientranti tra le tipologie di cui al decreto legge n. 269/03, allegato 1, se le stesse: ... d) sono state realizzate in uno dei comuni di cui alla legge regionale 10 dicembre 2003, n. 21, articolo 1 e hanno destinazione residenziale, fatta eccezione per gli adeguamenti di natura igienico-sanitaria e funzionali di cui all'articolo 5, comma 2, della stessa legge*»;

- le modifiche apportate alla L.R. 21/2003 ad opera dell'art. 1, comma 77, della L.R. n. 16/2014.

Quanto alle modifiche da ultimo richiamate espone che:

- ai sensi del novellato art. 2, comma 1, «*gli strumenti urbanistici generali ed attuativi dei comuni di cui all'articolo 1, a far data dall'entrata in vigore della presente legge, non possono contenere disposizioni che consentono nuova edificazione a scopo residenziale, mediante l'aumento dei volumi abitabili e dei carichi urbanistici derivanti dai pesi insediativi nei rispettivi territori*» e che ai sensi del successivo comma 2 «*a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge è vietato alle amministrazioni competenti assumere provvedimenti di approvazione o di esecutività previsti da disposizioni di legge vigenti in materia, degli strumenti attuativi dei piani regolatori generali dei comuni individuati all'articolo 1, comportanti nuova edificazione a scopo*

residenziale, ad eccezione degli edifici realizzati precedentemente all'entrata in vigore della presente legge»;

- ai sensi del novellato art. 5, comma 1, *«dalla data di entrata in vigore della presente legge fino alla vigenza degli strumenti urbanistici generali ed attuativi di cui all'articolo 2, o fino alla vigenza degli strumenti urbanistici così come adeguati ai sensi dell'articolo 3, o fino alla vigenza delle varianti di cui all'articolo 4, nei comuni individuati all'articolo 1 è vietato il rilascio di titoli edilizi abilitanti la realizzazione di interventi finalizzati a nuova edilizia residenziale, come definiti dall'articolo 2».*

A parere dell'appellante le illustrate modifiche determinerebbero l'inapplicabilità dell'art. 2 lett. d) della L.R. n. 10/2004 alle domande di condono riferite ad edificazioni residenziali nei comuni della Zona Rossa come reso palese *«sia dall'ultimo inciso del comma 2 dell'articolo 2 “ad eccezione degli edifici realizzati precedentemente all'entrata in vigore della presente legge ” sia dall'inequivoco tenore letterale di entrambe le disposizioni che escludono espressamente la possibilità di applicazione retroattiva del predetto vincolo: “dalla data di entrata in vigore della presente legge fino alla vigenza degli strumenti urbanistici generali ... ”».*

Ne deriverebbe che il vincolo di inedificabilità di cui alla L.R. n. 21/2003 *«disciplinato alla stregua dell'articolo 32 della legge 47/1985, disposizione fatta salva dall'articolo 21 comma 27 della legge 326/2003, nel senso che il rilascio del permesso in sanatoria è subordinato alla previa espressione del parere favorevole sul contrasto o meno dell'opera con il vincolo in questione».*

Il motivo è infondato.

L'art. 32 della L. n. 47/1985, nonché, l'art. 32, comma 27, lettera d), del D.L. n. 269/2003 convertito con modificazioni dalla L. n. 326/2003, inibiscono la possibilità di sanare abusi indipendentemente dalla natura assoluta o relativa del vincolo di inedificabilità ogni qual volta l'imposizione del vincolo di inedificabilità sia precedente alla realizzazione delle opere e la realizzazione avvenga in difetto di

titolo e non sia conforme alle prescrizioni degli strumenti urbanistici (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. VI, 22 dicembre 2023 n. 11101).

Il principio trova conferma anche nella giurisprudenza costituzionale che, in più occasioni, ha riconosciuto come «*solo alla legge statale compete l'individuazione della portata massima del condono edilizio straordinario*» escludendo in tal modo la possibilità di ampliamenti dei limiti applicativi della sanatoria ad opera del legislatore regionale (fra le tante, C. Cost., 24 giugno 2004, n. 196).

Come, inoltre, da ultimo rilevato dalla Sezione in presenza di analoga fattispecie «*sempre con riguardo agli abusi edilizi commessi in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, va poi precisato che il condono previsto dall'art. 32 d.l. 269/2003 è applicabile esclusivamente agli interventi di minore rilevanza indicati ai numeri 4, 5 e 6 dell'allegato 1 del citato decreto (restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria) e previo parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, mentre non sono in alcun modo suscettibili di sanatoria le opere abusive di cui ai precedenti numeri 1, 2 e 3 del medesimo allegato, anche se l'area è sottoposta a vincolo di inedificabilità relativa e gli interventi risultano conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti (in tal senso si è espressa anche la giurisprudenza del giudice penale: cfr., *ex plurimis*, Cass. pen., Sez. III, 20 maggio 2016 n. 40676; d'altronde, la Corte Costituzionale, con ordinanza n. 150 del 2009, ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 32, comma 26, lett. a), d.l. n. 269 del 2003 nella parte in cui prevede la condonabilità limitata ai soli abusi minori nelle zone sottoposte a vincolo di cui all'art. 32 l. 47/1985*» (Cons. Stato Sez. VI, 14 marzo 2024, n. 2559).

Ciò premesso, una volta accertato che:

- il vincolo interessante il territorio del Comune di Pompei è imposto in forza del R.D. n. 1497/1939 e dei DD.MM. 17 agosto 1961 e 28 marzo 1985 (quindi preesiste alla realizzazione dell'abuso);

- la realizzazione, per le ragioni già illustrate, non può essere ricondotta alla fattispecie dell'abuso *minore* in quanto consistente in un aumento della superficie ad uso residenziale con impatto sul carico urbanistico, non può che riconoscersi la piena legittimità dell'operato comunale.

Con il terzo motivo, l'appellante espone di aver presentato contestualmente alla domanda di condono anche domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica *ex* L. n. 308/2004 lamentando che il Comune non si sarebbe pronunciato circa tale ulteriore profilo.

La questione a parere dell'appellante assumerebbe rilievo posto che il diniego opposto all'istanza di condono si fonda sul solo contrasto con l'art. 32, comma 27, del D.L. n. 269/2003 e *«l'eventuale parere favorevole espresso dall'autorità tutoria del vincolo paesaggistico avrebbe sicuramente sortito effetti positivi sul procedimento di condono edilizio ex lege 326/2003»*.

Lo stesso appellante riconosce che la giurisprudenza maggioritaria riconosce all'invocato condono paesaggistico effetti unicamente sul piano penale (estinzione del reato) senza ricadute sul diverso procedimento di condono edilizio, tuttavia offre una propria soggettiva diversa posizione affermando che *«l'amministrazione comunale non poteva respingere la domanda di condono edilizio ex lege 326/2003 allegando un presunto contrasto con la normativa paesaggistica, senza aver esitato, precedentemente o contestualmente, il concorrente procedimento di sanatoria paesaggistica impulsato ai sensi della ripetuta legge 308/2004»*.

Il motivo è infondato.

La questione è stata ripetutamente affrontata in giurisprudenza, da ultimo con la già richiamata decisione della Sezione, dalla quale non si ha motivo di discostarsi, pervenendo alla conclusione che *«la disciplina normativa di cui ai commi 37 e 39, art. 1, l.*

308/2004, dispone: (comma 37): "Per i lavori compiuti su beni paesaggistici entro e non oltre il 30 settembre 2004 senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa, l'accertamento di compatibilità paesaggistica dei lavori effettivamente eseguiti, anche rispetto all'autorizzazione eventualmente rilasciata, comporta l'estinzione del reato di cui all'articolo 181 del decreto legislativo n. 42 del 2004, e di ogni altro reato in materia paesaggistica alle seguenti condizioni: a) che le tipologie edilizie realizzate e i materiali utilizzati, anche se diversi da quelli indicati nell'eventuale autorizzazione, rientrino fra quelli previsti e assentiti dagli strumenti di pianificazione paesaggistica, ove vigenti, o, altrimenti, siano giudicati compatibili con il contesto paesaggistico; b) che i trasgressori abbiano previamente pagato: 1) la sanzione pecuniaria di cui all'articolo 167 del decreto legislativo n. 42 del 2004, maggiorata da un terzo alla metà; 2) una sanzione pecuniaria aggiuntiva determinata, dall'autorità amministrativa competente all'applicazione della sanzione di cui al precedente numero 1), tra un minimo di tremila euro ed un massimo di cinquantamila euro". Il successivo comma 39 dispone, poi, che: "Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati all'intervento, presenta la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica all'autorità preposta alla gestione del vincolo entro il termine perentorio del 31 gennaio 2005. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda, previo parere della soprintendenza".

La giurisprudenza amministrativa ha già ripetutamente affermato che la sanatoria paesaggistico-ambientale "eccezionale" di cui alla l. 308/2004, ha risvolti solo in ambito penale, determinando, ove riconosciuta, l'estinzione del reato ambientale. La stessa, tuttavia, non produce effetti sul piano delle vicende amministrative.

In ordine a tale orientamento giurisprudenziale (cfr. da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 1 dicembre 2023 n.10403) si è, in particolare, affermato che: "va ribadito che 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 (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 28 giugno 2016, n. 2843)» (Cons. Stato, n. 2559/2024, cit.).

Le questioni appena vagliate esauriscono l'ambito del contenzioso sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, *ex plurimis*, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663).

Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso

Per quanto precede l'appello deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e vengono poste a carico dell'appellante nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento delle spese di giudizio che liquida in € 4.000,00 oltre oneri di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 febbraio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Marco Poppi

IL PRESIDENTE

Sergio De Felice

IL SEGRETARIO