

N. 06243/2024REG.PROV.COLL.

N. 08017/2020 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 8017 del 2020, proposto da Alessandra Bulgarelli, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Di Costanzo e Alvaro Lukacs, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Anacapri, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Sezione Sesta, n. 450 del 30 gennaio 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2024, il Cons. Roberto Caponigro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La signora Alessandra Bulgarelli espone di essere proprietaria, nel Comune di Anacapri, di un immobile in catasto al fl. 6, p.lle 646 sub 3 e 4 N.C.E.U., 1093 e 118 N.C.T., in parte assistito dall'istanza di condono edilizio prot. 2676 del 27 febbraio 1995, la quale aveva ad oggetto la sanatoria di un locale lavanderia e wc, della superficie di mq 8,00 (e mc 23).

Il Comune di Anacapri, con provvedimento n. 7768 del 12 giugno 2014, ha ordinato all'interessata, in qualità di proprietaria e di committente, di sospendere immediatamente i lavori per le seguenti opere da considerare abusive:

- manufatto (realizzato in luogo del preesistente locale lavanderia oggetto di istanza di condono edilizio del 27 febbraio 1995) costituito da un piccolo wc in muratura, di circa mq 2,50 e mc 6,25 e da un'adiacente struttura in legno, di circa mq 10,50 e mc 27;
- piccolo appartamento, costituito da una camera da letto con bagno, cucinino e vano ingresso, ottenuto mediante utilizzo piccola superficie sottoscala di circa mq 1,45, cambio della destinazione d'uso dei locali agricoli, modifica prospetti nord e frontale per creazione piccolo appartamento, costituito da una camera da letto con bagno, cucinino e vano ingresso;
- opere interne di suddivisione del piccolo locale deposito posto lungo il confine con la via comunale Catena, per la creazione di un piccolissimo bagnetto, con modifica della preesistente presa d'aria esistente sulla parete a confine con la pubblica strada;
- panca in muratura all'esterno della parete delimitante il lato valle del predetto locale;

- pergolato (di circa mq 23) in pali di castagno, coperto con pannelli in plastica leggera e incannucciato, sull'area terrazzata costituente copertura della cisterna;
- box tecnico in muratura, di circa mt 0,96x60xh.2.00, posto in adiacenza alla panca in muratura insistente sul giardino distinto dalle partt. 1093 e 1118;
- pavimentazione (con pietrame e malta e non con pietrame posto in opera a secco) dell'area di corte (avente una superficie pari a circa mq 24 e posta in adiacenza alla citata panca in muratura dalle partt. 1093 e 1118) nonché copertura del sovrastante pergolato mediante posa in opera di plastica leggera e incannucciato;
- pavimentazione (con pietrame e malta e non con pietrame posto in opera a secco) dell'area di corte (avente una superficie di circa mq 20, posta lungo il confine con via Caposcuro e insistente sulle partt. 1093 e 1118) nonché copertura del sovrastante pergolato mediante posa in opera di plastica leggera e incannucciato.

Con determina del 20 giugno 2014, la detta Amministrazione comunale – vista la relazione di sopralluogo dell'UTC del 7 marzo 2014, da cui risulta la totale eliminazione del locale lavanderia oggetto dell'istanza di condono edilizio e la realizzazione di un nuovo manufatto costituito da un piccolo wc, in muratura, di circa mq 2,50 e mc 6,25, con latistante manufatto di circa mq 10,50 e mc 27 - ha respinto la DIA prot. 153 del 7 gennaio 2014 ed ha chiesto la demolizione dell'intera volumetria realizzata, per i circa 13 mq, con il ripristino dello stato ante operam.

Successivamente, in data 16 luglio 2014, il Comune di Anacapri ha respinto l'istanza di condono edilizio del 27 febbraio 1995, in quanto presentata per un manufatto non più esistente ed in luogo del quale risulta realizzato un nuovo manufatto costituito da un piccolo wc in muratura, di circa mq 2,50 e mc 27,

totalmente diverso (per superficie, volumetria e sagoma plano-volumetrica) da quello oggetto di istanza di condono.

Nella stessa data del 16 luglio 2014, l'Amministrazione comunale ha ingiunto alla signora Bulgarelli, in qualità di proprietaria e committente, di demolire le opere abusive in precedenza descritte.

Inoltre, sempre in data 16 luglio 2014, il Servizio tutela beni ambientali del Comune, considerato che il territorio comunale di Anacapri è stato dichiarato di notevole interesse pubblico ai sensi della legge n. 1497 del 1939 con D.M. 20 marzo 1952 e che si rende necessaria l'applicazione delle misure repressive previste dal d.lgs. n. 42 del 2004, ha ordinato all'interessata di sospendere immediatamente le opere abusivamente realizzate.

Il Comune, peraltro, con determinazione del 27 gennaio 2015, ha rettificato l'ingiunzione del 16 luglio 2014, estrapolando dall'elenco delle opere da demolire il "piccolo appartamento ottenuto mediante cambio della destinazione d'uso dei locali agricoli", ribadendo che per il medesimo corpo di fabbrica è vietato l'utilizzo a fini abitativi.

La signora Alessandra Bulgarelli ha impugnato i descritti atti, ad eccezione ovviamente della parziale autotutela del 27 gennaio 2015, dinanzi al Tar per la Campania che, con la sentenza della Sesta Sezione, n. 450 del 30 gennaio 2020 ha in parte dichiarato improcedibile ed in parte respinto il ricorso.

Di talché, l'interessata, avverso la parte della sentenza che ha respinto il ricorso, ha interposto il presente appello, articolando i seguenti motivi:

Violazione e falsa applicazione di legge ed in particolare del d.lgs. n. 104 del 2010. Error in iudicando. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10-bis L. n. 241 del 1990. Eccesso di potere per violazione del procedimento. Difetto di istruttoria. Altri profili.

L'istituto del preavviso di rigetto, stante la sua portata generale, troverebbe applicazione anche nei procedimenti di sanatoria o di condono edilizio, con la conseguente illegittimità del provvedimento di diniego dell'istanza che non sia stato preceduto dall'invio della comunicazione di cui all'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, poiché preclusivo della piena partecipazione dell'interessato al procedimento e, quindi, della possibilità di un apporto collaborativo, capace di condurre ad una diversa conclusione della vicenda.

Né sarebbe applicabile la sanatoria processuale, sia per la generale natura discrezionale del potere edilizio in oggetto, sia a fronte dell'impossibilità di escludere a priori, a fronte degli elementi dedotti dall'istante, anche in sede giudiziale, che il procedimento potesse concludersi diversamente.

In definitiva, la sentenza appellata sarebbe erronea, in quanto non sarebbero state assicurate al ricorrente le garanzie partecipative previste dalla legge n. 241 del 1990 e non sarebbe stato rispettato il principio del giusto procedimento ex art. 97 Cost.

Violazione e falsa applicazione di legge ed in particolare del d.lgs. n. 42 del 2004. Error in iudicando. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 31 e 32 ss e art. 40 della legge n. 47 del 1985 in relazione all'art. 39 della legge n. 724 del 1994. Violazione dell'art. 31 d.P.R. 380 del 2001. Eccesso di potere per violazione del procedimento. Difetto di istruttoria. Altri profili.

La motivazione dei provvedimenti impugnati sarebbe pretestuosa ed apparente, per cui la sentenza gravata sarebbe viziata dai motivi in epigrafe.

La maggiore superficie di mq 5, aggiunta in epoca successiva, non avrebbe inciso sul volume né sulla superficie oggetto di condono, per cui la stessa, laddove non fosse stata autorizzabile ex post, sarebbe dovuta essere rimossa senza pregiudizio di quella oggetto di condono edilizio.

L'aumento di superficie costituirebbe un'addizione che, laddove non sanabile, potrebbe e dovrebbe essere rimossa senza pregiudizio del manufatto conforme per cubatura e superficie alla domanda di condono edilizio.

Violazione e falsa applicazione di legge ed in particolare del d.lgs. n. 104 del 2010. Error in iudicando. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 31 d.P.R. n. 380 del 2001 – d.P.R. n. 31 del 2017, art. 17 – 149 d.lgs. n. 42 del 2004. – D.M. 2 marzo 2018. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. – contraddittorietà con precedenti provvedimenti - altri profili.

Il Tar non avrebbe esaminato il motivo di ricorso nella parte cui era rappresentato che le opere oggetto dell'ordinanza di demolizione, per la loro entità, non avrebbe necessitato di atti di assenso di natura edilizia, né di atti di assenso di natura paesaggistico ambientale.

L'accertamento di compatibilità paesaggistica sarebbe stato presentato dalla ricorrente in via tuzioristica e sarebbe ormai superato dalla normativa sopravvenuta di cui al d.P.R. n. 31 del 2017 che all'art. 17 prevede che “non può disporsi la rimessione in pristino nel caso di interventi e opere ricompresi nell'ambito di applicazione dell'art. 2 del presente decreto e realizzati anteriormente alla data di entrata in vigore del presente regolamento non soggette ad altro titolo abilitativo all'infuori dell'autorizzazione paesistica”.

L'area interessata ricade in zona RUA del vigente PTP del Comune di Anacapri, che prevede la realizzazione di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria oltre quelli di ristrutturazione senza aumento di volumi e superfici.

L'autorizzazione ex art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004, la cui mancanza è sanzionabile con la demolizione, sarebbe necessaria solo laddove si introducano “modificazioni che rechino pregiudizi ai valori paesaggistici oggetto di protezione”, mentre le

opere in oggetto sarebbero rientranti nelle previsioni di cui all'art. 149 del d.lgs. n. 42 del 2004.

Le opere in oggetto, infatti, per la loro natura e caratteristiche di arredo nell'area esterna al fabbricato non avrebbero nessuna incidenza sull'aspetto esteriore dei luoghi e non pregiudicherebbero minimamente i valori tutelati dal vincolo imposto con il PTP.

Per quanto riguarda la contestata illegittimità della copertura dei tre pergolati, occorrerebbe sottolineare che il criterio di discriminare tra necessità o meno del titolo abilitativo atterrebbe di norma a criteri di consistenza e stabilità o meno del manufatto.

L'intervento in discorso sarebbe qualificabile come manutenzione straordinaria, se non come arredo esterno pertinenziale riferito a un manufatto di non disagevole rimovibilità, per cui non sussisterebbero le caratteristiche di consistenza e rilevanza tale da rendere necessario il rilascio di un permesso di costruire.

Il Comune di Anacapri non si è costituito in giudizio.

All'udienza del 23 maggio 2024, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

3. Per costante giurisprudenza (ex multis: Consiglio di Stato, VI, n. 2123 del 1/3/2023), 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 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.

La violazione del contraddittorio procedimentale è idonea ad inficiare la legittimità del provvedimento anche nei procedimenti vincolati, quale quello di condono, 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 (cfr Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3672/2023 cit. e 1 marzo 2018, n. 1269).

Pertanto, affinché la violazione dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 comporti l'illegittimità del provvedimento impugnato, 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 (Consiglio di Stato, sez. VI, 16 settembre 2022, n. 8043).

Ne deriva che la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90 è idonea a determinare l'annullamento del diniego di condono, qualora, alla stregua degli elementi deduttivi e istruttori forniti dalla parte privata, sia dubbio che, in caso in osservanza delle disposizioni procedurali violate, il contenuto dispositivo dell'atto sarebbe stato identico a quello in concreto assunto.

Nella fattispecie, tuttavia, non appaiono valorizzate circostanze che avrebbero potuto condurre ad un diverso esito del procedimento di condono ex art. 39 della legge n. 724 del 1994, per cui trova comunque applicazione il disposto di cui all'art. 21-octies, comma secondo, prima parte, della legge n. 241 del 1990, 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”*.

Infatti, il diniego di condono edilizio n. 9490 del 16 luglio 2014 costituisce atto del tutto vincolato, atteso che il manufatto oggetto dell'istanza di condono non è più esistente.

Di qui, l'infondatezza del primo motivo.

4. Parimenti infondato è il secondo motivo.

4.1. La circostanza secondo cui il manufatto esistente costituisce un nuovo manufatto, diverso da quello per il quale l'istanza è stata a suo tempo presentata è alquanto evidente e, comunque, l'interessata non fornisce esaustivi elementi per provare il contrario.

In pendenza di un procedimento di condono edilizio, possono essere al più effettuati interventi finalizzati a garantire la conservazione del manufatto, purchè gli stessi non modifichino le caratteristiche essenziali e la destinazione d'uso dell'immobile (cfr. Cons. Stato, VI, 29 febbraio 2024, n. 1979, che richiama Cons. Stato, n. 3533 del 2022; id. n. 4397 del 2019; id. n. 5248 del 2018; id. n. 2738 del 2018).

La normativa sul condono, in sostanza, postula la permanenza dell'immobile da regolarizzare e non ammette, in pendenza del procedimento, la realizzazione di opere aggiuntive, né finanche l'impiego di materiali di costruzione diversi da quelli originari, comportanti di fatto la qualificazione dell'intervento come sostituzione edilizia, venendo meno la continuità tra vecchia e nuova costruzione e l'attuale riconoscibilità del manufatto originario oggetto dell'istanza di condono (cfr. in termini, da ultimo, Cons. Stato, VI, 29 febbraio 2024, n. 1979; Cons. Stato, VI, 25 ottobre 2021, n. 7166).

La presentazione della domanda di condono, quindi, non autorizza l'interessato a completare, né tantomeno a trasformare o ampliare i manufatti oggetto della

richiesta i quali, fino al momento dell'eventuale concessione del provvedimento favorevole, restano comunque abusivi al pari degli ulteriori interventi realizzati sugli stessi.” (Cons. Stato, VI, n. 2645 del 24 aprile 2022).

La ratio di tale orientamento risiede, da una parte, nella esigenza di evitare che le opere abusive vengano portate a ulteriore compimento e ciò per la ragione che il condono, a differenza della sanatoria ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001, non si fonda sulla conformità delle opere alla normativa urbanistica, ma costituisce espressione di una eccezionale rinuncia dello Stato a perseguire gli illeciti edilizi.

Per quanto concerne gli interventi ulteriori rispetto al manufatto realizzato in luogo della preesistente lavanderia oggetto dell'istanza di condono edilizio del 27 febbraio 1995, che ha portato alla presenza di un organismo diverso per superficie, volumetria e sagoma planovolumetrica, la parte non fornisce sufficienti elementi probatori in ordine alla illegittima applicazione degli artt. 31 e 32 del d.P.R. n. 380 del 2001, razione temporis vigenti, sulla cui base, trattandosi di opere eseguite in assenza di permesso di costruire, l'ingiunzione a demolire è stata disposta.

5. L'autorizzazione paesaggistica postuma non può essere concessa ai sensi dell'art. 146, comma 4, TU 42 del 2004.

Né, può ritenersi applicabile alla fattispecie l'art. 149 del d.lgs. n. 42 del 2004, razione temporis vigente, che esclude l'autorizzazione ex art. 146 dello stesso testo unico, in quanto le opere realizzate, in qualunque modo possano essere qualificate, per la loro consistenza e valutate unitariamente, alterano lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore dell'edificio.

Ad ogni buon conto, l'ordine demolitorio è seguito al diniego dell'istanza di condono, sicché il diniego di autorizzazione paesaggistica, che pur

assume dirimente rilievo in quanto il territorio comunale di Anacapri è stato dichiarato di notevole interesse pubblico ai sensi della legge n. 1497 del 1939, con D.M. 20 marzo 1951, non incide sulla legittimità della disposta demolizione.

6. In conclusione, sulla base di tutto quanto esposto, l'appello è infondato e va di conseguenza respinto.

7. Nulla è dovuto per le spese, il Comune di Anacapri non si è costituito in giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello in epigrafe (R.G. n. 8017 del 2020).

Nulla per le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2024, con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberto Caponigro

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO