

N. 09733/2024REG.PROV.COLL.

N. 10746/2021 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 10746 del 2021, proposto da Giovanni Imperati, rappresentato e difeso dall'avv. Carla Lauretano, con domicilio digitale come da PEC da registri di giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio del medesimo, sito in Positano, via S. Giovanni 10;

***contro***

il Comune di Positano (SA), 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. 1045 del 2021, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Giuseppe La Greca;

Nessuno per la parte appellante presente all'udienza pubblica del 17 ottobre 2024;

Rilevato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1.1.- Oggetto della domanda di annullamento veicolata con il ricorso di primo grado era il provvedimento prot. n. 11946 datato 12 ottobre 2012 con il quale il Comune di Positano aveva rigettato l'istanza di condono proposta (ai sensi della l. n. 326 del 2003 e della l. n. 308 del 2004) riguardante l'immobile a destinazione residenziale sito in Positano, fg. 4, particella 599 sub 2, ed aveva, ad un tempo, disposto il ripristino dello stato dei luoghi.

1.2.- Le opere abusive erano così descritte: *«realizzazione di una piccola abitazione autonoma sulla copertura piana di un preesistente fabbricato in sopraelevazione dello stesso ed accessibile attraverso una scala esterna, avente una superficie complessiva di mq. 36,04»*.

1.3.- Avverso il predetto provvedimento la parte privata proponeva il ricorso di primo grado e ne chiedeva l'annullamento. Deduceva, in via di estrema sintesi, il difetto di istruttoria e di motivazione, l'irrilevanza del preesistente vincolo paesaggistico rispetto all'abuso stante la adottata conformità dell'intervento allo strumento urbanistico, l'illegittimità della sanzione demolitoria dovendosi, in tesi, irrogare la sola sanzione pecuniaria.

1.4.- Il T.a.r. per la Campania, sez. staccata di Salerno, sez. II, con sentenza n. 1045 del 2021, rigettava il ricorso con un iter argomentativo così compendiabile:

- la motivazione del provvedimento si sarebbe rivelata congrua, anche rispetto alla natura vincolata dell'impugnato provvedimento;

- non sarebbero stati rinvenibili i presupposti ex art. 32, comma 27, lettera d), d.l. n. 269 del 2003 per il condono di opere in area già soggetta a vincolo paesaggistico, non trattandosi, peraltro, di un'opera minore, poiché qui connotata dalla realizzazione di nuove superfici e nuova volumetria;

- accertata la non sanabilità dell'intervento, il Comune non poteva che disporre la demolizione delle opere abusive, e ciò al di là della qualificazione delle opere e del regime abilitativo ordinario per le stesse astrattamente previsto.

2.- Avverso la predetta sentenza ha interposto appello la parte privata la quale ne ha chiesto la riforma sulla base delle seguenti doglianze:

1) Error in iudicando; violazione di legge (artt. 3 e 10-bis l. n. 241 del 1990); eccesso di potere (difetto di motivazione; violazione delle regole del giusto procedimento).

Il T.a.r. avrebbe errato nel ritenere l'impugnato provvedimento sorretto da una motivazione idonea, considerato che sarebbe mancato un effettivo esame dell'apporto endoprocedimentale di parte;

2) Error in iudicando; violazione di legge (art. 27 d.P.R. n. 380 del 2001; art. 32, comma 27, l. n. 326 del 2003); eccesso di potere (difetto del presupposto, di istruttoria e arbitrarietà). Illegittimamente sarebbe stata omessa la trasmissione del fascicolo procedimentale alla Soprintendenza dei beni culturali per l'acquisizione del parere di competenza, ciò che avrebbe determinato l'invalidità del provvedimento – finale – di diniego di condono;

3) Error in iudicando: violazione di legge (art. 32, comma 27, d.l. n. 269 del 2003; art. 17 l.r. Campania n. 35 del 1987; art. 9 d.P.R. 380 del 2001; art. 38 l.r. Campania n. 16 del 2004); eccesso di potere (difetto del presupposto e carenza di motivazione).

Sostiene l'appellante che:

- poiché l'opera abusiva sarebbe risultata conforme allo strumento urbanistico vigente, essa avrebbe dovuto essere sanata mediante il rilascio del provvedimento di condono;
- la mancata adozione del piano particolareggiato previsto dall'art. 17 l.r. Campania n. 37 del 1985 avrebbe comportato l'applicazione dell'art. 9, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001 (e relativa edificabilità, nei limiti ivi previsti, del sito);
- la mancata adozione dei piani particolareggiati avrebbe fatto venir meno la condizione di inedificabilità assoluta dell'area;
- l'ordinanza avrebbe dovuto essere notificata anche al comproprietario dell'area di sedime, in presenza di una struttura condominiale ex art. 1117 c.c..

3.- Il Comune di Positano non si è costituito in giudizio.

4.- All'udienza pubblica del 17 ottobre 2024 l'appello è stato trattenuto in decisione.

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

6.1.- In via preliminare va rilevato che il provvedimento impugnato in prime cure assume carattere vincolato e la motivazione risulta del tutto congrua: ciò sia rispetto alla carenza di presupposti per l'accoglimento dell'istanza di condono, sia rispetto all'obbligo di ripristino in presenza di un'area, quella di cui trattasi, soggetta a vincolo paesaggistico.

Parte appellante, d'altronde, non ha evidenziato la presenza di eventuali ulteriori elementi sulla base di quali potersi ipotizzare che una più approfondita considerazione dell'apporto endoprocedimentale potesse condurre ad un esito diverso del procedimento.

6.2.- Da ciò discende la reiezione del primo motivo d'appello.

7.- Parimenti infondata è la doglianza, veicolata con il secondo motivo d'appello, tendente a valorizzare l'effetto invalidante della mancata trasmissione degli atti – da parte del Comune di Positano – alla Soprintendenza dei beni culturali.

7.1.- Premesso che nel caso di specie il complessivo assetto delle opere escludeva che si fosse in presenza di opere c.d. 'minori' ai fini della sanabilità prevista dalla disciplina del c.d. terzo condono in ambiente paesaggisticamente vincolato, deve essere ricordato che l'art. 32, comma 27, lettera d), d.l. n. 269 del 2003 attribuisce *«carattere ostativo alla sanatoria anche in presenza di vincoli che non comportino l'inedificabilità assoluta»* (Corte cost. n. 117 del 2015; in senso conforme, sentenze n. 181 del 2021, n. 225 del 2012, n. 290 e n. 54 del 2009 e n. 196 del 2004). Fra questi, ma non solo, come prescrive la citata lettera d), vi sono *«i vincoli imposti a tutela degli interessi idrogeologici e delle falde acquifere, dei beni ambientali e paesistici, nonché dei parchi e delle aree protette nazionali, regionali e provinciali qualora istituiti prima della esecuzione di tali opere, in assenza o in difformità del titolo abilitativo e non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici»* (Corte cost. n. 252 del 2022).

7.2.- Nel caso di specie era del tutto evidente la carenza dei presupposti per il conseguimento del titolo abilitativo ai sensi della surrichiamata legge condonistica, sicché, correttamente, il Comune ha deciso di non trasmettere gli atti alla Soprintendenza. D'altronde, l'art. 6 l. n. 241 del 1990 assegna al responsabile del procedimento il compito di valutare anche la necessità di adempimenti di carattere istruttorio, qui del tutto superflui stante la manifesta impossibilità di ottenere il condono. La valutazione espressa dal Comune, della inammissibilità a monte del condono, perché in zona vincolata e perché non rientrante negli abusi minori, con conseguenziale valutazione della inesistenza dei presupposti per coinvolgere (*inutiliter*) la Soprintendenza, è in linea con la esigenza di economicità dell'azione

amministrativa, essendo superflua nella vicenda esaminata, in acclarata mancanza dei presupposti di legge per la condonabilità delle opere, la effettuazione di un inutile vaglio di compatibilità paesaggistica (cfr., *ex aliis*, Cons. Stato, sez. VI, n. 10605 del 2023).

8.- Privo di pregio è anche il terzo motivo d'appello volto a valorizzare una presunta edificabilità dell'area nei termini voluti dall'art. 9 d.P.R. n. 380 del 2001 in combinato disposto con la legislazione regionale in materia.

8.1.- Sul punto va rilevato, al netto di ogni considerazione di merito sulla reale incidenza della disciplina regionale della Campania richiamata dall'appellante, che, a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 196 del 2004, *«la disciplina contenuta nell'art. 32 del decreto-legge n. 269 del 2003 ha subito una radicale modificazione, soprattutto attraverso il riconoscimento alle Regioni del potere di modulare l'ampiezza del condono edilizio in relazione alla quantità e alla tipologia degli abusi sanabili, ferma restando la spettanza al legislatore statale della potestà di individuare la portata massima del condono edilizio straordinario, attraverso la definizione sia delle opere abusive non suscettibili di sanatoria, sia del limite temporale massimo di realizzazione delle opere condonabili, sia delle volumetrie massime sanabili»* (cfr. Corte cost., nn. 70 e 304 del 2005).

8.2.- Nel caso di specie, una lettura congiunta – per il vero artificiosa – della disciplina statale e di quella regionale (peraltro anteriore alla disciplina condonistica) finalizzata a far venir meno la connotazione di inedificabilità assoluta dell'area sottoposta a vincolo paesaggistico, altro non si risolve che in un tentativo di rimuovere i limiti massimi di ampiezza del condono individuati dal legislatore statale.

8.3.- E' di stretta interpretazione, in quanto espressione di principio generale sui limiti della sanatoria, *«l'individuazione da parte della legge dello Stato delle fattispecie ad essa assoggettabili, di modo che le stesse non possono essere comunque ampliate o interpretate*

*estensivamente dalla legislazione regionale. Per questo motivo risulta pienamente conforme al dettato costituzionale l'art. 32, comma 27, del d.l. n. 269 del 2003, contenente la previsione tassativa delle tipologie di opere insuscettibili di sanatoria, la quale determina, in pratica, i limiti del condono, entro il cui invalicabile perimetro può esercitarsi la discrezionalità del legislatore regionale» (Corte cost. n. 225 del 2012)*

8.4.- Nessun effetto ampliativo, dunque, la mancata approvazione dei piani particolareggiati poteva determinare.

8.5.- Parimenti l'addotta conformità dell'edificazione abusiva allo strumento urbanistico era inidonea a dequotare o elidere il regime vincolistico dettato dalla l. n. 326 del 2003, in mancanza, nel caso di specie, della connotazione di opere minori: le opere di cui trattasi sono state correttamente ricondotte alla tipologia sub n.1 dell'allegato 1 al d.l. n. 269 del 2003. Va ricordato che la l.r. Campania 28 novembre 2004, n. 10, art. 3, comma 2, lett. a), estendeva la possibilità del condono a tutte le tipologie di abuso (anche quelle cd. maggiori) eseguite su immobili soggetti a vincoli di tutela, se conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici vigenti alla data di esecuzione delle stesse. Tale norma è però stata dichiarata costituzionalmente illegittima con sentenza n. 49 del 6 febbraio 2006 della Corte costituzionale (cfr. Cass. pen., sez. III, n. 26524 del 2020).

8.6.- Irrilevante, da ultimo, si rivela pure la lamentata mancata notifica del provvedimento impugnato al comproprietario dell'immobile, considerato, a tacer d'altro, che parte appellante, con tale censura, fa valere un interesse non proprio.

9.- Conclusivamente, l'appello va rigettato.

10.- Non è luogo a statuizione sulle spese del presente grado in mancanza di costituzione in giudizio del Comune appellato.

11.- Va disposta la trasmissione, a cura della Segreteria della Sezione, di copia della presente sentenza al Prefetto di Salerno e al Sindaco di Positano, visto quanto previsto dall'art. 41, comma 1, d.P.R. n. 380 del 2001.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese del grado.

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

Dispone la trasmissione, a cura della Segreteria della Sezione, di copia della presente sentenza al Prefetto di Salerno e al Sindaco di Positano.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2024 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Lorenzo Cordi', Consigliere

Giuseppe La Greca, Consigliere, Estensore

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

**IL PRESIDENTE**  
**Carmine Volpe**

IL SEGRETARIO