

Pubblicato il 18/07/2018
Sent. n. 4768/2018

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3577 del 2014, proposto da
****, rappresentato e difeso dagli avv. ****;

contro

Comune di Capri in persona del Sindaco pro tempore non costituito in giudizio;
Ministero per i Beni e le Attività Culturali, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso ex
lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Napoli, domiciliata in Napoli, alla via Diaz, n.11;

sul ricorso numero di registro generale 5788 del 2013, proposto da ****;

contro

Comune di Capri in persona del Sindaco p.t. non costituito in giudizio;
per l'annullamento quanto al ricorso n. 5788 del 2013:
dell'ordinanza di demolizione n.248/2013 emessa dal Comune di Capri.
quanto al ricorso n. 3577 del 2014:
della nota prot.n.1259t/7591 del Comune di Capri, Ufficio Tecnico, del 16.4.14 notificata in data
18.4.14 recante comunicazione del parere del 15.4.14 della C.e. comunale e contestuale diniego di
sanatoria ex art.36 dpr 380/01.

Visti i ricorsi ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero per i Beni e le Attività Culturali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 20 giugno 2018 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e
uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n.5788/2013 **** impugnava, chiedendone l'annullamento, l'ordine
di demolizione ingiuntogli dal Comune di Capri con atto prot. n. 16767 del 24.09.2013.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1)Violazione artt. 3 e 6 della legge n. 241/1990, anche in relazione agli artt. 27,29 e 31 del d.p.r. n.
380/2001, eccesso di potere, difetto assoluto di istruttoria, inadeguatezza dell'istruttoria,
travisamento, errore sui presupposti di fatto e di diritto;

L'ordine di ripristino n.248/2013 è stato preceduto dal sequestro dell'immobile ex art. 35 c.p.p.
all'esito di un sopralluogo della Guardia di Finanza del 23.09.2013. Il sequestro penale impedisce al
privato di ottemperare all'esecuzione dell'ordine di demolizione.

2) Violazione artt. 7,8, e 10 della legge n. 241/1990, violazione artt. 24 e 97 Cost., eccesso di potere per violazione del principio di partecipazione e contraddittorio, violazione artt. 1 e segg. della legge n. 241/1990, eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, carenza di istruttoria, sviamento, violazione dei principi di buon andamento, efficienza, economicità imparzialità e trasparenza dell'azione amministrativa;

Il provvedimento è illegittimo perché non preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento, e comunque non è stato assegnato un termine per le osservazioni pur sostenendo che l'atto equivale a comunicazione di avvio del procedimento.

3) Violazione articoli 31 e segg. del d.p.r. n. 380/2001, artt. 1 e segg. della legge n. 241/1990, eccesso di potere, violazione del giusto procedimento e del procedimento repressivo, violazione degli artt. 3 e 6 della legge n. 241/1990, eccesso di potere, errore sui presupposti di fatto e di diritto, difetto assoluto di istruttoria, difetto assoluto di motivazione, atipicità;

L'ente resistente si è limitato ad elencare le opere definendole abusive ed ha applicato apoditticamente la massima sanzione possibile, senza qualificare le opere né il titolo edilizio. Oltretutto gli abusi riguardano modifiche dell'originario fabbricato realizzato prima dell'anno 1967, per cui il proprietario sanzionato ha maturato un legittimo affidamento sulla regolarità dell'immobile confidando sulla circostanza che esse sarebbero state tollerate. Si impone un onere di motivazione rafforzata per il caso in cui sia decorso un lasso di tempo considerevole, nella specie superiore a 30 anni, dall'epoca di commissione dell'abuso.

4) Violazione e falsa applicazione artt. 1 e segg. e 31 del d.p.r. n. 380/2001, anche in relazione agli artt. 3,6,10, 22 e 37 del d.p.r. n. 380/2001, violazione artt. 1,3, e 6 della legge n. 241/1990, eccesso di potere;

La contestata struttura realizzata tramite tompagnatura e copertura perimetrale in realtà consiste nella delimitazione con muretti bassi e tettoia aperta di un'area pavimentata con finalità di ricovero dalle intemperie, che non sviluppa alcuna volumetria, non richiede permesso di costruire e non è sanzionabile con la demolizione, ma andava al più assoggettata a d.i.a. ed a sanzione pecuniaria. Le opere di scavo e di abbassamento del piano di calpestio non alterano la morfologia del territorio e nel provvedimento non è nemmeno indicata la finalità dello sbancamento né le sue dimensioni.

5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del d.p.r. n. 380/2001, violazione degli artt. 3 e 6 della legge n. 241/1990, eccesso di potere, violazione e falsa applicazione dell'art. 31 in relazione agli artt. 3,6, 10 e 22 del d.p.r. n. 380/2001;

Dovendo applicarsi sanzioni meno afflittive resta inapplicabile al confisca ex art. 31 cit.

6) Violazione artt. 1,3, e 6 della legge n. 241/1990 in relazione agli artt. 1 e segg. del d.lgs. n. 42/2004, e all'art. 31 del d.p.r. n. 380/2001, eccesso di potere;

Non basta il richiamo alla mera esistenza tout court del vincolo paesaggistico neanche indicato per estremi in assenza di qualsiasi traccia di autonoma valutazione di compatibilità paesaggistica.

7) Violazione e falsa applicazione dell'art. 31 del d.p.r. n. 380/2001, dell'art. 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere, difetto assoluto di motivazione;

Gli interventi sono sanabili per accertamento di conformità per cui, anche a prescindere dalla richiesta del privato, l'amministrazione avrebbe dovuto motivare sul punto.

Con ricorso iscritto al n.3577/2014 parte ricorrente impugnava, chiedendone l'annullamento, il silenzio rifiuto sull'istanza di sanatoria ex art. 36 d.p.r. n. 380/2001 ed il parere negativo comunicatogli con nota prot. 1259T/7591 del 16.04.2014 ed espresso il 15.04.2014 dalla Commissione edilizia comunale.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1)Violazione e mancata applicazione degli artt. 7,8,10 e 10 bis della legge n. 241/1990 anche in relazione all'art. 36 d.p.r. n. 380/2001, violazione art. 24 Cost, eccesso di potere, violazione artt. 1 e segg della legge n. 241/1990, violazione art. 97 Cost., eccesso di potere per violazione dei principi del buon andamento, imparzialità, efficienza, trasparenza, ed economicità dell'azione amministrativa;

L'atto impugnato non è stato preceduto dalla comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza.

2)Violazione artt. 1 e segg. della legge n. 241/1990, violazione art. 36 d.p.r. n.380/2001, violazione art.97 Cost, eccesso di potere per violazione del giusto procedimento;

L'esito negativo del procedimento è imputabile alla lacunosa istruttoria svolta dall'amministrazione sulla compatibilità urbanistica dell'intervento.

3)Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001, violazione art. 3 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per difetto di istruttoria, di motivazione, per errore sui presupposti di fatto e di diritto, e per irragionevolezza;

Il ventilato contrasto con la normativa urbanistica è opposto solo genericamente e manca l'enunciazione specifica precisa e completa delle prescrizioni urbanistiche ritenute ostative.

4)Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001, artt. 1,2,3, e 6 della legge n. 241/1990, eccesso di potere per difetto e carenza di istruttoria, difetto di motivazione, errore sui presupposti di fatto e di diritto, ingiustizia manifesta;

Sussiste il requisito della doppia conformità urbanistica degli interventi realizzati, e le tipologie edilizie sono ammissibili a sanatoria.

5)Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del d.p.r. n. 380/2001, incompetenza, violazione artt.1,2,3, e 6 della legge n.241/1990, eccesso di potere, violazione dell'art. 1 della legge regionale Campania n.10/1982 e dell'art. 41 comma 2 della legge regionale Campania n.41/1982;

La Commissione Edilizia Comunale, avocando le attribuzioni di altri organi, e precisamente della C.e.i., ha assunto la pretestuosa motivazione di contrasto con il p.t.p., con conseguente invalidità parziale del provvedimento. La mancata acquisizione del parere della C.e.i. rende il provvedimento illegittimo. Agli Uffici Comunali spetta solo l'accertamento di conformità alla normativa urbanistico edilizia.

Il silenzio serbato sull'istanza di sanatoria è illegittimo e va annullato in assenza di determinazioni espresse sulla contestuale richiesta di rimozione dei muri perimetrali, di demolizione del massetto armato in fase di esecuzione, e di eliminazione del manufatto precario a monte del pergolato al fine di mitigare l'impatto con l'ambiente circostante.

6) Violazione degli artt. 1, 2, e 3 della legge n. 241/1990, violazione dell'art. 25 t.u. n. 3/1957, violazione art. 42 Cost., violazione art. 36 d.p.r. n. 380/2001, eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione;

Il silenzio ex art. 36 d.p.r. n. 380/2001 pur avendo il significato legale di rigetto implicito della domanda non fa venir meno l'interesse dell'istante ad una determinazione espressa. Concludeva quindi per l'accoglimento dei ricorsi con ogni conseguenza di legge.

Il Ministero intimato si costituiva per opporsi al ricorso.

Alla pubblica udienza di discussione del 20.06.2018 i ricorsi venivano introitati per la decisione.

2. Preliminarmente va disposta, ai sensi dell'art. 70 c.p.a., la riunione del ricorso iscritto al n. 3577/2014 con quello previamente instaurato iscritto al n. 5788/2013 su gravame del medesimo ricorrente, per motivi di connessione oggettiva e soggettiva trattandosi di impugnazioni proposte avverso provvedimenti inerenti il medesimo intervento abusivo nel territorio del Comune di Capri.

2.1. I ricorsi sono infondati e vanno respinti come di seguito si va ad esporre.

Con riferimento al ricorso principale avverso l'ordine di demolizione, va innanzitutto disattesa la censura attestata sull'impossibilità di esecuzione dell'ordine di demolizione in forza di un sequestro penale gravante sull'immobile. Sul punto il Collegio è dell'avviso, supportato da giurisprudenza allo stato prevalente, secondo cui l'esistenza di un sequestro penale sul manufatto abusivo oggetto di ingiunzione comunale di demolizione e di ripristino dello stato dei luoghi non determina la sospensione del termine di novanta giorni, il cui inutile decorso comporta, in caso di inottemperanza, l'acquisizione gratuita di diritto al patrimonio del Comune. Occorre considerare che il soggetto, il quale intenda evitare l'effetto del provvedimento dell'acquisizione gratuita legato ope legis alla scadenza del termine per ottemperare all'ordine di demolizione, ove il manufatto sia stato sottoposto a sequestro penale, deve osservare un comportamento attivo e collaborativo rivolto comunque ad eliminare l'abuso perpetrato sollecitando il dissequestro all'autorità giudiziaria allo scopo di poter provvedere direttamente alla sua eliminazione (v. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, IV, 6 marzo 2012, n. 1260).

La volontarietà dell'inottemperanza può restare esclusa solo nel caso in cui il destinatario di un ordine di demolizione dimostri di aver attivato tutti gli strumenti predisposti dall'ordinamento per sottrarre l'immobile abusivo al vincolo esistente e provvedere al ripristino dell'ordine giuridico violato. Non vanno condivise le difformi conclusioni della decisione Cons. St. sez. VI 17.05.2017 n.2337, non potendo riconoscersi all'eventuale sequestro penale su un immobile il carattere di impedimento di "natura assoluta" all'esecuzione o all'adozione dell'ordine di demolizione ivi affermato. In particolare, osta ad una siffatta conclusione, la considerazione della necessaria autonomia tra il procedimento amministrativo rivolto alla verifica dell'illecito edilizio ed all'adozione delle immanenti misure consequenziali di natura stringente e vincolata, che l'amministrazione è tenuta ad adottare senza indugio, specie in ambiti vincolati come quello in esame, e quello di natura penale volto all'accertamento del reato edilizio che in caso di condanna può comportare a sua volta, in via consequenziale, l'adozione di un autonomo ordine di demolizione, ove non altrimenti disposto, anche laddove sia già intervenuta l'acquisizione del bene al patrimonio pubblico. Di qui non persuade l'argomento che riconduce al sequestro penale effetto per così dire "paralizzante", e legittimante l'inottemperanza da parte del destinatario di un ordine di demolizione già emanato, tenuto conto che, rispetto alle pur meritevoli esigenze difensive dell'indagato, assume valore prioritario e prevalente l'interesse di cui è portatrice l'amministrazione pubblica al ripristino della legalità violata attraverso l'eliminazione dell'abuso e la restituzione al territorio della sua originaria conformazione e configurazione. Né sotto altro profilo la richiesta di dissequestro può interferire in senso

pregiudizievole rispetto alle esigenze difensive dell'interessato laddove l'esito dell'istanza di dissequestro non è rimessa all'arbitrio del richiedente ma resta comunque subordinato alla delibazione dell'autorità giudiziaria competente, che valuterà se sussistono o meno i presupposti di legge per far recuperare all'istante la disponibilità dell'immobile abusivo. In ogni caso, anche ove l'immobile sia demolito, le esigenze difensive dell'interessato restano in ogni caso salvaguardate dalla previa attivazione degli strumenti processuali a tutela delle sue prerogative e dei suoi interessi, ivi incluse le esigenze di natura istruttoria, dato che la realtà fattuale resta comunque cristallizzata negli atti e nei documenti processuali formati nell'esercizio dei poteri di accertamento e di verifica demandati agli organi istituzionalmente competenti ed esperibili in ogni caso anche su iniziativa di parte.

2.2 Del pari quanto alla lamentata violazione dell'art.7 della legge n.241/90 per aver l'amministrazione omesso la comunicazione di avvio del procedimento che ha portato al provvedimento gravato, la censura si rivela infondata. Al riguardo il Collegio evidenzia l'orientamento giurisprudenziale secondo cui in ragione del contenuto rigidamente vincolato che li caratterizza, gli atti sanzionatori in materia edilizia, tra cui l'ordine di demolizione di costruzione abusiva, non devono essere preceduti dalla comunicazione d'avvio del relativo procedimento (Consiglio Stato, sez. VI, 24 settembre 2010, n. 7129), sicché del tutto irrilevante si appalesa la circostanza relativa all'omessa assegnazione del termine per la presentazione di osservazioni non essendovi spazio per momenti partecipativi del destinatario dell'atto.

2.3 Quanto al decorso del tempo a far data dall'assunta epoca di realizzazione dell'intervento il Collegio ritiene di far proprio quanto di recente ribadito dall'Adunanza Plenaria (17.10.2017, n.9), ovvero che il tempo trascorso (in ipotesi, anche rilevante) fra il momento della realizzazione dell'abuso e l'adozione dell'ordine di demolizione non determina l'insorgenza di uno stato di legittimo affidamento e non innesta in capo all'amministrazione uno specifico onere di motivazione, ciò in quanto il decorso del tempo, lungi dal radicare in qualche misura la posizione giuridica dell'interessato, rafforza piuttosto il carattere abusivo dell'intervento (Cons. Stato, VI, 27.3.2017, n. 1386; 6.3.2017, n. 1060). Il carattere del tutto vincolato dell'ordine di demolizione (che deve essere adottato a seguito della sola verifica dell'abusività dell'intervento) fa sì che esso non necessiti di una particolare motivazione circa l'interesse pubblico sotteso a tale determinazione; infatti il provvedimento di demolizione non deve motivare in ordine a un ipotetico interesse del privato alla permanenza in loco dell'opus (Cons. Stato, VI, 21.3.2017, n.1267). Infatti l'ordinamento tutela l'affidamento di chi versa in una situazione antiggiuridica soltanto laddove esso presenti un carattere incolpevole, mentre la realizzazione di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del costruttore e/o del proprietario realizzata contra legem (in tal senso Cons. Stato, IV, 28.2.2017, n. 908; VI, 13.12.2016, n. 5256). L'ordine di demolizione presenta un carattere rigidamente vincolato e non richiede né una specifica motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, né una comparazione fra l'interesse pubblico e l'interesse privato al mantenimento in loco dell'immobile, ciò in quanto non può ammettersi l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva che il tempo non può in alcun modo legittimare (Cons. Stato, 28.2.2017, n. 908; IV, 12.10.2016, n. 4205; 31.8.2016, n. 3750).

La vetustà dell'opera non esclude il potere di controllo e il potere sanzionatorio del Comune in materia urbanistico-edilizia, perché l'esercizio di tale potere non è soggetto a prescrizione o decadenza; ne consegue che l'accertamento dell'illecito amministrativo e l'applicazione della relativa sanzione può intervenire anche a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'abuso, senza che il ritardo nell'adozione della sanzione comporti sanatoria o il sorgere di affidamenti o situazioni consolidate.

2.4 Analogamente inconferenti sono da ritenersi le censure sollevate avverso l'addotta assenza di motivazione in ordine alla adozione della più gravosa misura demolitoria in luogo di quella pecuniaria, dal momento che, anche sul punto, l'ordine di demolizione non abbisogna di motivazioni peculiari costituendo lo strumento tipico di risposta alla violazione dell'assetto urbanistico edilizio voluto dall'ordinamento.

Ciò specie nell'ipotesi in esame in cui si verte in presenza di consistenti interventi edilizi di trasformazione del territorio realizzati in totale assenza di permesso di costruire nonché in area sottoposta a vincolo paesaggistico. Spetta in ogni caso all'interessato attivarsi onde ottenere, se del caso, le possibili graduazioni sanzionatorie previste dalla legge.

Risulta difatti ingiunto il ripristino ai sensi degli artt. 29 e 31 del d.p.r. n. 380/2001, nonché ex d.lgs. n. 42/2004, di un manufatto delle dimensioni in pianta di metri 11,00 x 5,20 e dell'altezza di metri 2,70, di una copertura in lamiera coibentata e pavimentazione in cls, di un getto in cls in adiacenza al manufatto, e dell'abbassamento della quota di calpestio del manufatto rispetto al piano stradale.

2.5 Sotto il profilo urbanistico edilizio, destituito di fondamento è il motivo con cui i ricorrenti lamentano che per l'intervento edilizio realizzato non sarebbe stato necessario il permesso di costruire bensì la sola d.i.a. con la conseguenza che il Comune non avrebbe potuto adottare la misura ripristinatoria.

L'assunto è innanzitutto smentito dal comportamento osservato dal ricorrente che, nell'inoltrare istanza di rilascio di permesso di costruire in sanatoria ai sensi dell'art. 36 d.p.r. n. 380/2001, ha implicitamente riconosciuto la natura abusiva delle opere contestate in quanto realizzate in assenza di titolo edilizio.

Trattasi in ogni caso di interventi che, modificando l'aspetto esteriore del territorio attraverso opere di escavazione nonché con la modifica e l'incremento di strutture murarie radicalmente infisse al suolo, sono idonei per caratteristiche e dimensioni a concretare una significativa trasformazione dello stato dei luoghi, per cui restano indiscutibilmente assoggettati al rilascio del previo permesso di costruire, ai sensi del combinato disposto degli articoli 3 e 10 del D.P.R. n. 380 del 2001. Ai fini del rilascio del permesso di costruire, la nozione di costruzione si configura comunque in presenza di opere che attuino una trasformazione urbanistico-edilizia del territorio, con perdurante modifica dello stato dei luoghi. (cfr. ex multis CdS, Sez. IV, n. 2705/2008 in tal senso anche Consiglio Stato, sez. V, 13.6.2006, n. 3490).

2.6 Del tutto irrilevante si appalesa altresì la circostanza secondo cui le opere sarebbero state realizzate in epoca anteriore alla entrata in vigore della legge n. 765/1967 in ragione della anteriorità del vincolo imposto sul territorio del Comune di Capri e della conseguente assoggettabilità dell'intervento al previo rilascio della prescritta autorizzazione paesaggistica. Come noto, l'intero territorio comunale di Capri è stato dichiarato di notevole interesse pubblico ai sensi della legge n. 1497 del 1939 con d.m. 20 marzo 1951, e le opere in argomento risultano pure sprovviste dell'autorizzazione prescritta dall'art. 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio. La circostanza che la stessa Amministrazione non abbia richiamato nell'ordine di demolizione la specifica disciplina paesaggistica non inficia la sua legittimità, poiché l'ordine di demolizione gravato risulta adeguatamente motivato in ordine alla assenza dello specifico titolo edilizio all'uopo necessario e con riferimento alla normativa di cui al d.lgs. n. 42/2004 (cfr., questa Sezione, n. 3752 del 2014).

Pertanto, in ragione della mancanza del permesso di costruire e della conseguente abusività dell'opera, l'applicazione della sanzione demolitoria è doverosa ai sensi dell'art. 31 del D.P.R. 380/2001 (T.U. edilizia) in quanto, come disposto dal successivo art. 32 co. 3 del medesimo T.U., qualunque intervento effettuato su immobili sottoposti a vincolo paesistico è da qualificarsi almeno come "variazione essenziale" e, in quanto tale, è suscettibile di esser demolito ai sensi dell'art. 31 co.1, T.U. ed. cit. (art. 32 co. 3 T.U. ed.: "gli interventi di cui al comma 1, effettuati su immobili sottoposti a vincolo storico, artistico, architettonico, archeologico, paesistico ed ambientale, nonché

su immobili ricadenti sui parchi o in aree protette nazionali e regionali, sono considerati in totale difformità dal permesso, ai sensi e per gli effetti degli articoli 31 e 44. Tutti gli altri interventi sui medesimi immobili sono considerati variazioni essenziali”).

2.7 Di qui consegue che, anche volendo accedere alla prospettazione difensiva, non condivisa dal Collegio, circa l'assentibilità delle opere de quibus tramite l'istituto della denuncia di inizio attività, appare di tutta evidenza che, per poter eseguire interventi edilizi su immobili ricadenti in aree sottoposte a tutela paesaggistica anche ai sensi dell'art. 22 comma 6 d.p.r. n. 380/2001 in tema di interventi subordinati a denuncia di inizio attività, occorre acquisire il preventivo rilascio del parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo medesimo, che nella specie non risulta peraltro mai favorevolmente emesso.

2.8 Anche il motivo con cui il ricorrente si duole del fatto che il provvedimento impugnato sia stato adottato senza una preventiva valutazione della sanabilità delle opere risulta palesemente infondato. Infatti dal chiaro tenore letterale dell'articolo 36 del D.P.R. n. 380/2001 (che ha sostituito l'art. 13 della legge n. 47/1985) si desume che il rilascio del permesso di costruire in sanatoria consegue necessariamente ad un'istanza dell'interessato, mentre al Comune compete, ai sensi dell'art. 27, comma 1, del D.P.R. n. 380/2001, l'esercizio della vigilanza sull'attività urbanistico - edilizia che si svolge nel territorio comunale. Pertanto, una volta accertata l'esecuzione di opere in assenza del prescritto permesso di costruire l'Amministrazione comunale deve disporre senz'altro la demolizione, non essendo tenuta a valutare preventivamente la sanabilità delle stesse (tra le tante, T.A.R. Campania Napoli, Sez. III, 27 settembre 2006, n. 8331; Sez. IV, 4 febbraio 2003, n. 617). Di qui consegue l'infondatezza del ricorso proposto avverso l'ordine di demolizione.

3. Con riferimento al ricorso proposto avverso il diniego di sanatoria opposto sull'istanza inoltrata ai sensi dell'art. 36 del d.p.r. n. 380 del 2001, va innanzitutto rilevata l'inammissibilità dell'impugnazione del silenzio diniego posto che, all'epoca della notifica del ricorso, il Comune, seppure tardivamente, aveva comunicato all'istante il parere negativo della Ce, con nota del 16.04.2014, anch'essa fatta oggetto di gravame.

La giurisprudenza ha da tempo chiarito che l'art. 36 del d.p.r. n. 380 del 2001, nell'attribuire significato provvedimento di rigetto al silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza di accertamento di conformità, non dispone espressamente che il decorso del termine ivi indicato rappresenti, sul piano procedimentale, la chiusura del procedimento e specularmente determini, sul piano sostanziale, la definitiva consumazione del potere, con conseguente cristallizzazione della natura abusiva delle opere. In particolare si è affermato: “Per vero, la previsione in subiecta materia di un'ipotesi di silenzio significativo è stata dettata nell'interesse precipuo del privato, cui è stata in tal modo consentita una sollecita tutela giurisdizionale; peraltro, il successivo, eventuale atto espresso di diniego, non è inutiliter dato, posto che il relativo (e doveroso) corredo motivazionale individua le ragioni della decisione amministrativa e consente di meglio calibrare le difese dell'istante che ritenga frustrato il proprio interesse alla regolarizzazione ex post di quanto ex ante realizzato sine titulo ma comunque nel rispetto della disciplina urbanistica (c.d. abusività formale)” (cfr ex plurimis Cons. St. sez. IV 12 ottobre 2017 n. 4574).

Di qui consegue che il provvedimento espresso di diniego, benché emanato tardivamente, determina il superamento del silenzio provvedimento con valore di diniego impugnato.

4. Sotto altro profilo non può dubitarsi della definitività del diniego opposto con la nota del 16.04.2014 con cui il Comune di Capri, nel comunicare il parere negativo della Ce sulla richiesta di permesso di costruire del 20.12.2013 ha esplicitato che la comunicazione del parere sfavorevole costituiva formale diniego dell'istanza avverso cui era proponibile ricorso giurisdizionale, come nella specie avvenuto.

Costituisce peraltro *jus receptum* che, in tema di concessione edilizia in sanatoria, la comunicazione

del parere negativo espresso dalla Commissione edilizia sulla relativa richiesta equivale, sotto il profilo contenutistico, ad un provvedimento di diniego direttamente e immediatamente impugnabile, dovendosi ritenere che l'organo competente a provvedere, proprio mediante la comunicazione di detto parere, ne abbia inteso fare propria la conclusione.

Di qui consegue l'irrelevanza, nel presente giudizio, della comunicazione di motivi ostativi inoltrata dal Comune sulla medesima istanza con raccomandata a.r. del 16.05.2018 allegata in atti. Trattasi infatti di un atto che all'evidenza assume valenza meramente confermativa del precedente diniego, in assenza di circostanze diverse e ulteriori riportate in motivazione, sulla cui base desumersi la volontà di procedere ad un riesame dell'istanza medesima previa rinnovazione dell'istruttoria procedimentale.

5. Nel merito il ricorso proposto avverso il diniego di accertamento di conformità è infondato e va respinto come di seguito si va ad esporre.

5.1 Non meritevole di pregio si rivela la censura secondo cui il Comune avrebbe omissis di prendere in considerazione la richiesta di sanatoria nella parte in cui prevedeva l'esecuzione di interventi per ridurre a conformità gli interventi abusivi contestati.

A ben vedere l'interessato non può pretendere di ottenere una sanatoria condizionata alla previa demolizione e ricostruzione del manufatto abusivo con caratteristiche diverse che lo rendano conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia, in quanto, come più volte affermato dalla giurisprudenza, salvo che il progetto edilizio non sia scindibile in parti autonome, la sua parziale difformità non può essere oggetto di una sanatoria in parte qua poiché ciò significherebbe imporre al richiedente un'opera diversa dal progetto sul quale ha chiesto la concessione (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5495), e il permesso in sanatoria ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, è ottenibile solo a condizione che l'intervento risulti conforme oltre che alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione della domanda, anche a quella vigente al momento della realizzazione del manufatto. Accertamento quest'ultimo che può essere legittimamente eseguito solo in presenza di un immobile ultimato.

5.2 Rispetto al parere negativo impugnato, motivato per l'assenza del requisito della doppia conformità urbanistica e paesaggistica, in disparte ogni questione inerente la competenza della C.e. a pronunciarsi sul profilo paesaggistico, è da evidenziare che le deduzioni di parte ricorrente si appuntano su profili eminentemente formali e procedurali, recando mere asserzioni in merito alla sussistenza dei presupposti prescritti dall'art. 36 del d.p.r. n. 380 del 2001, senza l'allegazione del benché minimo elemento idoneo a sorreggere la pretesa azionata, la cui infondatezza è resa evidente dalla volontà di "ridurre a conformità" gli interventi con altri lavori. In sostanza, parte ricorrente, nello specifico, non ha assolto all'onere probatorio su essa gravante in merito alla conformità delle opere abusivamente realizzate sia alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente alla data della loro realizzazione sia a quella vigente alla data di presentazione della domanda. Come evidenziato dalla consolidata giurisprudenza (il che esime da citazioni specifiche) l'istituto del c.d. accertamento di conformità è preordinato a consentire la sanatoria di opere solo formalmente abusive, in quanto nella sostanza conformi alla disciplina edilizia ed urbanistica alla stregua del doppio parametro individuato dalla sopra richiamata disposizione.

Il relativo procedimento, pertanto, assume una connotazione eminentemente oggettiva e vincolata, priva di apprezzamenti discrezionali. Nella fattispecie oggetto di giudizio, nulla è stato dedotto dalla difesa della ricorrente, che non ha neanche ritenuto di esplicitare le ragioni per le quali sussisterebbe il requisito della c.d. doppia conformità prescritto dalla disposizione della quale invoca l'applicazione. Il Collegio reputa opportuno anche evidenziare che l'obbligo di adeguata motivazione non può che riguardare, nella formulazione della norma in argomento, l'ipotesi in cui l'amministrazione ritenga di accogliere la richiesta di accertamento di

conformità; l'imposizione di siffatto obbligo, infatti, è coerente con la ragione dell'istituto: trattandosi

di sanare ex post un abuso edilizio, la P.A. non può sottrarsi, nell'interesse dell'intera collettività e degli eventuali proprietari confinanti, all'onere di specifica e puntuale esposizione delle ragioni, in fatto ed in diritto, che consentono di legittimare l'opera realizzata sine titulo. Il privato, peraltro, non vede diminuito il proprio diritto di difesa, ben potendo allegare che l'istanza di sanatoria sia meritevole di accoglimento per la sussistenza della prescritta doppia conformità delle opere abusive realizzate adducendo, s'intende, idonei elementi di prova. Merita di essere sottolineato, a tale riguardo, che ai sensi degli artt. 63 e 64 c.p.a. spetta al ricorrente l'onere della prova in relazione a circostanze che rientrano nella sua piena disponibilità, emergendo, peraltro, nella fattispecie la genericità delle deduzioni articolate in rapporto anche ai contenuti del provvedimento impugnato

5.3 Alla stregua di quanto fin qui concluso non possono trovare ingresso le doglianze attoree volte a denunciare l'omessa previa acquisizione del parere della Commissione edilizia per il paesaggio (sul punto specifico, cfr. anche Cons. Stato, sez. quarta, sentenza 30 giugno 2010, n. 4178), atteso che l'assunta determinazione di non conformità urbanistica rendeva superflua (cfr. anche sul punto, in similari condizioni, da ultimo Tar Campania, questa sesta sezione, sentenza 5 giugno 2013, n. 2908 che riporta la conforme più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato).

5.4 Del tutto inconferenti si appalesano altresì le doglianze relative al mancato invio della comunicazione di preavviso di rigetto ai sensi dell'art. 10 bis L. 241/1990, ed il connesso profilo della mancata motivazione in ordine alla circostanza che l'atto non avrebbe potuto avere contenuto diverso, motivazione necessaria al fine di applicare la 'salvezza' di cui all'art. 21 octies L. 241/1990.

L'infondatezza della censura sub articolo 10 bis della legge n. 241/1990 discende, come già ripetutamente affermato da questa Sezione (cfr., tra le tante, sentenze n. 1847 del 30 marzo 2011 e n. 8776 del 25 maggio 2010) e dal giudice d'appello (cfr. Cons. Stato, sezione quarta, 5 marzo 2010, n.1277), dalla ineluttabilità delle determinazioni assunte con gli atti impugnati, anche a cagione dell'assenza di specifici e rilevanti profili di contestazione in ordine ai presupposti di fatto e di diritto che ne costituiscono il fondamento giustificativo, sicchè alcuna alternativa sul piano decisionale si poneva all'Amministrazione procedente. Dirimenti in senso ostativo alle pretese attoree si rivelano, pertanto, le previsioni di cui all'art. 21 octies della legge 241/1990, 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.

Alla luce delle esposte considerazioni, emerge pertanto l'invariabilità del contenuto dispositivo dell'impugnato diniego rispetto alle censure dedotte.

In definitiva, quanto ai ricorsi qui riuniti:

-va respinto il ricorso n. 5788 del 2013 avverso l'ordinanza di demolizione n.248/2013 emessa dal Comune di Capri;

-va in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile il ricorso n. 3577/ 2014 avverso il diniego di sanatoria ex art.36 dpr 380/01.

Le spese seguono la soccombenza rispetto al Ministero costituito, mentre nulla va disposto rispetto al Comune intimato in assenza di sua costituzione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe riuniti:

- respinge il ricorso 5788/2013;

- in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile il ricorso n. 3577/2014.

Condanna parte ricorrente al rimborso delle spese di giudizio in favore del Ministero intimato nella misura di € 2000,00 (duemila/00) oltre accessori di legge se dovuti.

Nulla per le spese rispetto al Comune.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Passoni, Presidente

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

Paola Palmarini, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Renata Emma Ianigro Paolo Passoni

IL SEGRETARIO