

Publicato il 12/04/2023

N. 03672/2023REG.PROV.COLL.  
N. 05168/2020 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 5168 del 2020, proposto da Concetta Menale, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Soprano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Andreottola, Giacomo Pizza e Andrea Camarda, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 01288/2020, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2022 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Antonio Sasso per delega di Enrico Soprano e Mariolina Bernardini per delega di Giacomo Pizza;  
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Ricorrendo dinnanzi a questo Consiglio, la Sig.ra Menale appella la sentenza n. 1288 del 2020, con cui il Tar Campania, Napoli, ha rigettato il ricorso di prime cure, diretto ad ottenere l'annullamento del diniego di accertamento di conformità ex art. 36 DPR n. 380/01 opposto dal Comune di Napoli e riferito ad un intervento di manutenzione straordinaria (realizzazione di una scala in cemento armato) relativo all'immobile di proprietà della ricorrente.

In particolare, secondo quanto dedotto in appello:

- l'odierna appellante è titolare di un'unità immobiliare ubicata in Napoli, via Posillipo, costituente quota parte di un fabbricato di maggiore consistenza costituito da quattro livelli fuori terra, con ingresso posto a quota corrispondente al primo piano;
- l'unità immobiliare di titolarità della Sig.ra Menale è posta alla quota del giardino (al piano terra) sottostante di circa tre metri la quota di ingresso del fabbricato;
- per consentire il collegamento tra la quota di ingresso e il piano terra e rendere possibile l'accesso dei mezzi di cantiere, era stata originariamente realizzata una rampa carrabile in terreno vegetale di riporto, addossata alla parte bassa del muro di sostegno del fondo confinante;
- tale rampa, costituente l'unico ed indipendente accesso all'appartamento della ricorrente, nel corso degli anni, ha convogliato le acque meteoriche verso il giardino (di pertinenza dell'unità immobiliare posta al piano terra) e lo stesso appartamento della ricorrente, causando infiltrazioni che hanno

compromesso il pieno utilizzo di alcune camere dello stesso, provocando danni alla salute dei suoi occupanti;

- nel 2015, per tali ragioni, l'odierna appellante ha sostituito la rampa di accesso con una scala in cemento armato, al fine di allontanare le acque meteoriche dal fabbricato e dalla zona dell'appartamento interessata dalle predette infiltrazioni;

- per effetto di tale intervento, veniva a configurarsi provvisoriamente tra il muro di confine e il corpo di fabbrica dell'edificio una intercapedine tombata che avrebbe dovuto essere riempita, come da progetto, con materiale isolante al fine di evitare problematiche di umidità e garantire un corretto isolamento termico dell'appartamento;

- il Comune intimato, con provvedimento n. 485775 del 4.9.2015, ha intimato la sospensione delle opere, in quanto eseguite *sine titulo*; per l'effetto, non è stato possibile concludere l'intervento per come progettato, in particolare non essendosi consentito il riempimento con materiale coibente dell'intercapedine di circa 25 mq venutasi a creare a seguito della rimozione della rampa e la costruzione della struttura portante della scala;

- al fine di regolarizzare l'intervento, l'odierna appellante ha presentato un'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 167 D. Lgs. n. 42/04, successivamente accolta dalla Regione, previo parere favorevole della Soprintendenza, anche in ragione degli effetti benefici dell'intervento *de quo*, della mancata emersione di nuovi volumi e del progettato riempimento dell'intercapedine nelle more creatasi per effetto dell'avvio dei lavori;

- l'odierna ricorrente ha presentato, altresì, istanza di accertamento di conformità ex art. 36 DPR n. 380/01, allegando la occorrente documentazione, ivi comprese l'autorizzazione paesaggistica e l'autorizzazione sismica in sanatoria;

- il Comune, tuttavia, ha comunicato i motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza, facendo riferimento, da un lato, alla mancata dimostrazione della legittimità dell'immobile nella sua attuale consistenza, in quanto la veranda e le tettoie presenti non risultavano rinvenibili dall'esame del rilievo STR levata 1987, risultando entrambe interessate da domanda di condono edilizio non esitato; dall'altro, all'esistenza di un vano ricavato a quota giardino di 25 mq, H3 m e 75 mc definito come volume tecnico, avente caratteristiche tali da non essere riconducibile alla definizione di volumi tecnici di cui alla circolare del MMLLPP n. 2474, con la precisazione che la Soprintendenza per i BAP-PSAE nel parere di compatibilità paesaggistica rilasciato non citava tale opera;

- l'istante ha presentato osservazioni al preavviso di rigetto;

- il Comune ha, comunque, rigettato l'istanza di accertamento di conformità;

- la Sig.ra Menale ha impugnato tale diniego dinnanzi al Tar Campania, Napoli, deducendo due motivi di censura, riferiti alla violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90 (per non avere l'Amministrazione statuito sulle osservazioni fornite in riscontro al preavviso di rigetto) e al difetto di motivazione e istruttoria (non avendo l'Amministrazione valutato la ricorrenza del requisito della doppia conformità ed essendosi limitata a valorizzare due ragioni illegittime);

- il Tar adito ha rigettato il ricorso, ritenendo assorbente la legittimità della *ratio decidendi*, alla base del diniego, riferita all'emersione di un vano insuscettibile di essere qualificato in termini di vano tecnico in ragione delle relative dimensioni e delle possibilità di autonomo utilizzo.

2. La ricorrente in primo grado ha appellato la sentenza pronunciata dal Tar, deducendone l'illegittimità con l'articolazione di due motivi di impugnazione nonché riproponendo le censure assorbite in primo grado.

3. Il Comune intimato si è costituito in giudizio, resistendo al ricorso.

4. La parte appellante ha depositato in data 17 luglio 2020 una perizia termografica.

5. L'Amministrazione comunale, in data 26 agosto 2022, ha depositato la nota n. 571833 del 26.7.2022, in cui si dava atto che l'odierna appellante in data 30.03.2022 aveva presentato agli atti del Servizio Sportello Unico Edilizia una nuova istanza di accertamento di conformità ex art.36 DPR380/2001 e smi.

La stessa amministrazione, in data 29 agosto 2022, ha depositato una comunicazione n.668 del 4.8.2022, di improcedibilità della nuova istanza di accertamento di conformità presentata dalla Sig.ra Menale.

6. In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memoria conclusionale, insistendo nelle rispettive difese; il Comune ha depositato anche una riproduzione fotografica e l'appellante ha replicato alle avverse deduzioni.

7. Con istanza dell'11 ottobre 2022, l'appellante ha chiesto la decisione dell'odierno giudizio.

8. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 13 ottobre 2022.

9. Preliminarmente, deve rigettarsi l'eccezione di inammissibilità dell'appello opposto dall'Amministrazione comunale, motivata sulla base dell'asserita mera riproposizione dei motivi di primo grado, in violazione dell'onere di specificità delle censure di appello.

Invero, ai sensi dell'art. 101, comma 1, c.p.a., il ricorso in appello deve contenere, tra l'altro, le specifiche censure contro i capi della sentenza gravata, tenuto conto che per *“risalente e non superato insegnamento giurisprudenziale, l'appello deve sempre contenere, accanto alla parte volitiva, anche una parte critica, a confutazione della sentenza di primo grado, non trattandosi di un novum iudicium ma di una revisio prioris instantiae”* (Consiglio di Stato, sez. IV, 18

febbraio 2020, n. 1228).

Per l'effetto, l'appello non può essere limitato a una generica riproposizione dei motivi di ricorso disattesi dal giudice di primo grado, ma deve contenere una puntuale critica ai capi della sentenza appellati; a tal fine, pur non richiedendosi l'impiego di formule sacramentali, si esige l'onere specifico, a carico dell'appellante, di formulare una critica specifica della motivazione della sentenza appellata in modo che il giudice di appello sia posto nella condizioni di comprendere con chiarezza i principi, le norme e le ragioni per cui il primo giudice avrebbe dovuto decidere diversamente (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2021, n. 3159).

Avuto riguardo al caso di specie, emerge che l'odierna appellante ha contestato le singole *rationes decidendi* sottese alla pronuncia gravata, contrapponendo alle argomentazioni svolte dal Tar specifiche censure idonee a condurre ad una differente decisione sul ricorso in primo grado.

Come si osserverà nella disamina dei singoli motivi, in particolare, l'appellante ha ricostruito le ragioni alla base della sentenza pronunciata dal Tar, riferite all'impossibilità di qualificare in termini di volume tecnico l'intercapedine risultante dall'edificazione della scala, ha sottoposto a specifica critica tale *ratio decidendi*, evidenziando le ragioni per cui si fosse in presenza di un'effettiva intercapedine tombata inidonea a generare superficie o volume urbanisticamente rilevanti, nonché ha denunciato l'omessa pronuncia su altri motivi, di per sé, idonei a determinare l'annullamento dell'atto gravato.

A fronte della specificità delle censure impugnatorie, l'appello deve essere dunque ritenuto ammissibile.

10. Sempre in via preliminare, deve escludersi l'integrazione nella specie di una causa di improcedibilità del gravame, per effetto della sopravvenuta adozione dell'atto n. 668 del 4.8.2022.

Come correttamente dedotto dalla stessa Amministrazione comunale (che, pure rimettendosi alla decisione sul punto del Collegio, ha comunque evidenziato come la comunicazione del 4.8.2022 fosse un “atto meramente conformativo, in riscontro, per di più, ad una istanza sostanzialmente priva di caratteri di novità rispetto alla precedente ...”, pag. 6 memoria conclusionale), la comunicazione di improcedibilità del 4.8.2022, avente ad oggetto la nuova istanza di accertamento di conformità avanzata dall’odierna appellante, assumeva natura meramente confermativa del precedente diniego, rilevante nell’ambito dell’odierno giudizio, con la conseguenza che la sua adozione non risultava idonea a privare la ricorrente dell’interesse alla decisione della presente controversia.

Questo Consiglio, in particolare, ha subordinato la dichiarazione di improcedibilità ad una sopravvenienza (fattuale o giuridica) tale da rendere certa e definitiva l’inutilità della sentenza, per avere fatto venir meno, per il ricorrente, qualsiasi residua utilità, anche soltanto strumentale o morale, derivante da una possibile pronuncia di accoglimento (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 29 gennaio 2020, n. 742).

Con specifico riferimento all’adozione di nuovi provvedimenti in pendenza del giudizio, è stato precisato (Consiglio di Stato, sez. VI, 15 gennaio 2018, n. 195) che l’improcedibilità del ricorso può verificarsi soltanto qualora:

- a) il rapporto giuridico sotteso all’impugnato provvedimento sia oggetto, in pendenza di giudizio, di una nuova regolazione intervenuta in via amministrativa, sostitutiva dell’assetto di interessi attuato con l’originario provvedimento;
- b) l’atto impugnato abbia, di conseguenza, esaurito la propria efficacia, non risultando più idoneo a conformare il rapporto amministrativo in contestazione.

L’adozione di un nuovo provvedimento, ostativo alla realizzazione della

pretesa sostanziale azionata in giudizio, in particolare, è idonea ad integrare una causa di improcedibilità del ricorso soltanto qualora l'atto sopravvenuto non sia meramente confermativo del provvedimento impugnato (originariamente assunto), ma rappresenti una rinnovata manifestazione della volontà dispositiva dell'Amministrazione procedente, resa all'esito di una nuova istruttoria e sulla base di un arricchito apparato motivazionale.

In tali ipotesi, l'interesse del ricorrente si trasferisce dall'annullamento dell'atto originariamente impugnato all'annullamento dell'atto sopravvenuto, con conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse del ricorso, ormai rivolto contro un provvedimento non più efficace e, dunque, non più lesivo, in quanto sostituito *ex tunc* nella regolazione del rapporto sostanziale.

La natura meramente confermativa, inoltre, deriva dall'assenza di una nuova istruttoria o di una nuova valutazione sull'assetto di interessi attuato dal precedente atto sul piano sostanziale: assume natura di conferma in senso proprio l'atto la cui adozione sia stata preceduta da un riesame della situazione che aveva condotto al precedente provvedimento, mediante la rivalutazione degli interessi in gioco e un nuovo esame degli elementi di fatto e di diritto caratterizzanti la fattispecie considerata ; mentre ricorre l'atto meramente confermativo (non impugnabile), allorché l'Amministrazione si limiti a dichiarare l'esistenza di un suo precedente provvedimento senza compiere alcuna nuova istruttoria e senza una nuova motivazione (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. VI, 6 ottobre 2022, n. 8564).

Avuto riguardo al caso di specie, non emergono elementi tali da fare ritenere che la comunicazione n. 668 del 4.8.2022 fosse un nuovo provvedimento di conferma, assunto all'esito di una rinnovata istruttoria o



di un nuovo apparato motivazionale: di contro, la forma dell'atto assunto (mera comunicazione) e la valorizzazione dell'assenza di nuovi elementi utili per un riesame del precedente diniego (“*non emergono elementi nuovi rispetto alla pratica edilizia n. 2010/2018 per la quale è stato già emesso il provvedimento di diniego, con disposizione dirigenziale n. 280 del 6 marzo 2019...*”) inducono a ritenere che l'atto sopravvenuto assuma natura meramente confermativa, con la conseguenza che tale atto, non sostituendosi al precedente provvedimento -ancora efficace quale fonte di regolazione del rapporto sostanziale -, non ha determinato alcuna sopravvenuta carenza di interesse alla decisione dell'odierno appello, da ritenere pertanto (oltre che ammissibile) procedibile.

11. Ciò posto, è possibile soffermarsi sulle singole censure impugnatorie, provvedendo ad una loro trattazione congiunta per ragioni di connessione.

12. Con il primo motivo di appello viene rilevato che il Tar si sarebbe limitato a statuire sulle doglianze riguardanti la *ratio decidendi* riferita all'impossibilità di qualificare il vano emergente dai lavori svolti come vano tecnico, omettendo di pronunciare sulle autonome ed ulteriori censure, il cui accoglimento, di per sé, avrebbe giustificato l'annullamento del diniego impugnato.

In ogni caso, il primo giudice avrebbe escluso la possibilità di ricorrere alla nozione di volume tecnico sulla base di una erronea percezione della realtà fattuale, puntualmente rappresentata nella documentazione prodotta in giudizio.

Invero, ciò che veniva descritto nel provvedimento impugnato quale vano ricavato a quota giardino costituiva invero un'intercapedine tombata da riempirsi con materiale coibente, integrante lo spazio residuale derivato inevitabilmente dalla costruzione della struttura portante della scala di accesso all'appartamento della ricorrente, intercluso e inaccessibile,

insuscettibile perfino di essere qualificato come volume tecnico perché neppure potenzialmente adatto a contenere impianti serventi della costruzione principale.

Il carattere intercluso dell'intercapedine risultava dalla documentazione in atti ed è confermato dalla relazione tecnica prodotta anche nell'odierno grado di giudizio.

Peraltro, come emergente dalla documentazione allegata al decreto di conformità paesaggistica rilasciato dalla Regione Campania ai sensi dell'art. 167 D. Lgs. n. 42/04, gli stessi ispettori dell'ufficio antiabusivismo, prima di disporre la sospensione dei lavori, erano stati costretti a praticare un foro di ispezione ancora riscontrabile sulla parete in laterizio che chiude il lato sud della proprietà, a conferma dell'inaccessibilità dell'intercapedine.

Tale intercapedine risponderebbe unicamente ad una specifica esigenza di carattere strutturale, oltre che di isolamento termico (attesa la necessità di procedere al suo riempimento con materiale isolante per contenere le dispersioni termiche dall'appartamento verso i terrapieni circostanti e impedire le infiltrazioni di acqua negli ambienti interni), risultando inidonea a determinare un incremento di superficie o di volumi rilevanti sul piano urbanistico.

L'assenza di nuovi volumi e superfici discenderebbe anche dal parere favorevole della Soprintendenza e dall'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, che non avrebbero potuto essere resi a fronte di nuovi volumi in zona paesaggisticamente tutelata.

Di conseguenza, alla stregua della disciplina urbanistica di riferimento che permetteva l'esecuzione di interventi di ristrutturazione edilizi non comportanti incrementi volumetrici (art. 33, comma 8, PRG), la realizzazione della scala in questione avrebbe dovuto essere assentita dal Comune, non essendosi verificato alcun incremento dei volumi esistenti

che potesse essere d'ostacolo al rilascio del titolo edilizio richiesto

13. Con il secondo motivo di appello è cesurata l'omessa pronuncia sui motivi di ricorso riferiti alla violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90 e dell'art. 36 DPR n. 380/01, costituenti autonomi profili di doglianza il cui accoglimento, a prescindere dalla disamina delle ulteriori contestazioni riguardanti l'infondatezza delle *rationes decidendi* alla base del provvedimento di diniego, avrebbe comportato l'annullamento dell'atto impugnato.

In tali ipotesi, il Tar non avrebbe potuto omettere la disamina delle relative censure procedurali.

14. L'appellante ha, altresì, riproposto le censure svolte in prime cure non esaminate dal Tar, incentrate:

- sulla violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90, avendo l'Amministrazione omesso di rappresentare le ragioni per le quali le puntuali osservazioni svolte dalla parte privata in riscontro al preavviso di rigetto non potessero essere favorevolmente apprezzate, in tale modo rendendo l'istituto di cui all'art. 10 bis un inutile e sterile adempimento formale;

- sulla violazione dell'art. 36 DPR n. 380/01, avendo l'Amministrazione omesso di motivare in ordine alla sussistenza del presupposto della doppia conformità, richiesto dall'art. 36 DPR n. 380/01 ai fini del rilascio del permesso di costruire in sanatoria.

- sull'infondatezza, oltre che della *ratio decidendi* riferita al vano tecnico (invero inesistente), anche della *ratio decidendi* riguardante l'illegittimità di opere (veranda e tettoia) sottoposte a domanda di condono non evasa, tenuto conto che l'appartamento della ricorrente risultava costruito con licenza edilizia n. 238 del 1953 e oggetto di SCIA n. 1210/2015 per una diversa disposizione degli spazi interni, ragion per cui l'immobile doveva ritenersi regolare sul piano urbanistico ed edilizio; gli unici interventi non legittimati riguardavano la veranda e la tettoia, tuttavia irrilevanti ai fini della

trattazione dell'istanza di accertamento di conformità per cui è causa in quanto non incisi dalla realizzazione della scala, alla stregua di quanto pure previsto dall'art. 21 regolamento edilizio comunale.

15. L'appello è fondato ai sensi di quanto di seguito precisato.

16. In primo luogo, merita accoglimento la censura attorea incentrata sulla violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, per non avere il Tar statuito su alcune censure che, ove ritenute fondate, avrebbero comunque potuto condurre all'annullamento integrale del provvedimento impugnato.

16.1 Invero, alla stregua di quanto emergente dalla sentenza gravata, il primo giudice ha ritenuto di poter risolvere la controversia applicando il consolidato principio giurisprudenziale in forza del quale, a fronte di un atto plurimotivato, *“la coerenza e la legittimità di una delle ragioni su cui si fonda la motivazione del provvedimento è da sola idonea a sorreggerlo, con conseguente perdita di rilevanza delle censure che si appuntano sulle altre autonome ragioni poste alla base del provvedimento medesimo”*.

Tale principio giustifica l'assorbimento delle censure relative alle ulteriori *rationes decidendi*, una volta ravvisata l'infondatezza delle contestazioni mosse contro una di esse, autonomamente idonea a sostenere la decisione in concreto assunta: *“in caso di atto amministrativo, fondato su una pluralità di ragioni indipendenti ed autonome le una dalla altre, il rigetto delle censure proposte contro una di tali ragioni rende superfluo l'esame di quelle relative alle altre parti del provvedimento (Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2017, n. 2910; sez. V, 12 settembre 2017, n. 4297; sez. V, 21 agosto 2017, n. 4045)” (Cons. Stato, IV, 30 marzo 2018, n. 2019)”* (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 17 settembre 2019, n. 6190).

In tali ipotesi, infatti, anche in caso di fondatezza degli ulteriori motivi di doglianza, riferiti alle distinte *rationes decidendi* poste a fondamento del provvedimento amministrativo, questo non potrebbe comunque essere

annullato in quanto sorretto da un'autonoma ragione giustificatrice confermata in sede giurisdizionale.

16.2 Quando, tuttavia, le censure articolate dalla parte ricorrente afferiscono, anziché ad una delle *rationes decidendi*, all'intero atto e, in specie, al procedimento condotto per la sua adozione, la fondatezza della censura è idonea a determinare l'annullamento integrale del provvedimento così assunto; ciò, a prescindere dalla ritenuta infondatezza di una delle doglianze rivolte contro una delle autonome *rationes* alla base della decisione adottata. Trattandosi di vizio procedimentale, lo stesso, salva l'applicazione dell'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241/90 (che, comunque, implica un esame specifico della relativa censura, comunque dovuto), potrebbe, dunque, condurre ad un diverso esito del giudizio, con conseguente necessità, per il giudice precedente, in applicazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, di provvedere in ogni caso (pure per l'ipotesi di rigetto dei motivi contro le *rationes decidendi* alla base dell'atto) all'esame delle censure procedurali all'uopo svolte.

16.3 Avuto riguardo al caso di specie, emerge che l'odierna appellante aveva contestato, altresì, la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90, per non avere il Comune preso posizione sulle osservazioni presentate dall'istante in controdeduzione al preavviso di rigetto.

La fondatezza di tale doglianza, investendo il procedimento di formazione dell'atto, avrebbe potuto comportare il suo annullamento, a prescindere dal rigetto della censura riguardante l'inconfigurabilità di un volume tecnico: pertanto, il primo giudice avrebbe dovuto statuire sul relativo motivo di ricorso, altrimenti incorrendo nella violazione dell'art. 112 c.p.c., espressione di un principio processuale generale (di corrispondenza tra chiesto e pronunciato) operante ex art. 39, comma 1, c.p.a. anche nella materia amministrativa.

16.4 L'omessa pronuncia su una delle doglianze non assorbibili in primo grado non comporta, tuttavia, la rimessione della causa al Tar ex art. 105 c.p.a..

In ragione dell'effetto devolutivo proprio dell'appello, l'omessa pronuncia ovvero la contraddittorietà o l'erroneità della motivazione giudiziale non determinano l'annullamento con rinvio della sentenza gravata (non ricorrendo alcuna delle fattispecie di rimessione al primo giudice ex art. 105 c.p.a.), né comportano la riforma della pronuncia di prime cure, ammissibile soltanto ove si giunga ad un diverso esito della controversia.

Pure di fronte ad una omessa pronuncia ovvero ad una motivazione contraddittoria o erronea, occorre che il giudice *ad quem* verifichi se il contenuto dispositivo della decisione assunta dal Tar sia comunque corretto.

16.5 Procedendo ad una tale verifica, deve ravvisarsi effettivamente l'illegittimità del diniego di sanatoria, in ragione della mancata valutazione delle osservazioni presentate dalla parte istante ai sensi dell'art. 10 bis L. n. 241/90.

Al riguardo, giova preliminarmente precisare che, alla luce della giurisprudenza di questo Consiglio di Stato:

- l'istituto del preavviso di rigetto (di cui all'art. 10-bis l. 7 agosto 1990, n. 241), 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 (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. VI, 5

agosto 2019, n. 5537);

- 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, 1 marzo 2018, n. 1269);

- affinché la violazione dell'art. 10 bis comporti l'illegittimità del provvedimento impugnato, in particolare, 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 sanatoria, qualora, alla stregua degli elementi deduttivi e istruttori forniti dalla parte privata, sia dubbio che, in caso in osservanza delle disposizioni procedurali in concreto violate, il contenuto dispositivo dell'atto sarebbe stato identico a quello in concreto assunto.

16.6 Nel caso di specie, non soltanto ricorre la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90, ma non può ritenersi neppure con certezza che, in caso di corretta applicazione dell'art. 10 bis cit., l'Amministrazione sarebbe comunque pervenuta al medesimo esito, di diniego dell'istanza di parte.

In particolare, sotto il primo profilo, concernente la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90, si osserva che un'applicazione corretta dell'art.10 bis della L. n. 241 del 1990 esige, non solo che l'Amministrazione enunci compiutamente nel preavviso di provvedimento negativo le ragioni che

intende assumere a fondamento del diniego, ma anche che le integri, nella determinazione conclusiva (ovviamente, se ancora negativa), con le argomentazioni finalizzate a confutare la fondatezza delle osservazioni formulate dall'interessato nell'ambito del contraddittorio predecisorio attivato dall'adempimento procedurale in questione (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. VI, 27 settembre 2018, n. 5557).

Soltanto in tale maniera è possibile assicurare un effettivo ed utile confronto dialettico con l'interessato prima della formalizzazione dell'atto negativo, evitando che il preavviso di rigetto si traduca in un inutile e sterile adempimento formale.

Nel caso di specie, alla luce di quanto emergente dagli atti di causa, il Comune di Napoli, con nota n. 65363 del 23.1.2019, ha rilevato che:

- non risultava *“dimostrata la legittimità dell'immobile nell'attuale consistenza. Infatti sia la veranda che le tettoie, non sono rinvenibili dall'esame del rilievo STR levata 1987; entrambe interessate da domanda di condono edilizio non esitato”*;
- *“Il vano ricavato a quota giardino di 25 mq × h 3 m, pari a 75 mc definito come volume tecnico, risulta avere caratteristiche dimensionali tali da non essere riconducibile alla definizione di “volumi tecnici” di cui alla Circolare del M.LL.PP. n. 2474 del 21 gennaio 1973 - Peraltro la Soprintendenza per i BAP-PSAE nel parere di compatibilità paesaggistica rilasciato non cita tale opera”*.

In riscontro al preavviso di rigetto, l'istante ha prodotto osservazioni (in data 31.1.2019), con cui ha rappresentato che:

- per effetto della costruzione della struttura portante della scala in cemento armato, emergeva una residuale intercapedine tombata tra il muro di proprietà aliena e il corpo di fabbrica di Villa Stella, da riempire con materiale coibente;
- le opere abusive valorizzate dal Comune non presentavano alcun nesso diretto con quello oggetto dell'accertamento di conformità, a fronte di un



immobile costruito con licenza edilizia n. 238 del 1953 e oggetto di SCIA n. 1210/2015 per diversa disposizione degli spazi interni.

Nonostante tali puntuali osservazioni, il Comune ha adottato il diniego di sanatoria, rilevando che:

- *“non risulta dimostrata la legittimità dell'immobile nell'attuale consistenza. Infatti sia la veranda che le tettoie, non sono rinvenibili dall'esame del rilievo STR levata 1987; entrambe interessate da domanda di condono edilizio non esitato”*;

- *“Il vano ricavato a quota giardino di  $25 \text{ mq} \times h 3 \text{ m}$ , pari a  $75 \text{ mc}$  definito come volume tecnico, risulta avere caratteristiche dimensionali tali da non essere riconducibile alla definizione di “volumi tecnici” di cui alla Circolare del M.LL.PP. n. 2474 del 21 gennaio 1973 - Peraltro la Soprintendenza per i BAP-PSAE nel parere di compatibilità paesaggistica rilasciato non cita tale opera”*.

Il Comune ha, inoltre, richiamato il preavviso di rigetto e dato atto della presentazione, a cura dell'istante, di osservazioni, precisando che queste *“non consentono di superare i motivi ostativi”*.

Emerge, dunque, la mancata considerazione delle osservazioni comunicate dall'istante in riscontro al preavviso di rigetto, avendo l'Amministrazione assunto il provvedimento di diniego sulla base degli stessi rilievi riportati nella comunicazione dei motivi ostativi ex art. 10 bis L. n. 241/90, senza indicare in alcun modo le ragioni per cui le specifiche osservazioni formulate dall'istante, incidenti tanto sulla ricostruzione dei fatti di causa (in specie, in ordine all'esistenza, anziché di un locale tecnico, di un'intercapedine tombata) quanto sulla qualificazione delle opere in contestazione (se collegate o meno ad opere abusive e se qualificabili come volume tecnico), non potessero essere accolte.

La condotta amministrativa, in definitiva, si è tradotta nella violazione dell'art. 10 bis, per non avere l'Amministrazione adeguatamente motivato la propria decisione, prendendo posizione sulle pertinenti e puntuali

osservazioni di parte.

16.7 Non potrebbe neppure invocarsi il disposto dell'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241/90, non risultando certo nella specie che, in caso di disamina delle osservazioni di parte, la decisione amministrativa sarebbe stata la medesima.

Piuttosto, alla luce di quanto si osserverà *infra* nel trattare delle ulteriori censure impugnatorie, in specie indirizzate contro le *rationes decidendi* alla base del provvedimento impugnato, come correttamente osservato dall'istante, nella specie si faceva questione, da un lato, di un'intercapedine tombata, inaccessibile e destinata ad essere riempita di materiale coibente, neppure sussumibile sotto la nozione di volume tecnico; dall'altro, di opere che non presentavano alcun collegamento con gli abusi valorizzati dal Comune, con conseguente impossibilità di invocare il divieto di realizzazione di opere inerenti a quelle abusive.

L'emersione di vizi procedurali, per violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90, nonché l'impossibilità di ricorrere al disposto dell'art. 21 octies, comma 2, L. n. 241/90, avrebbero dovuto indurre il Tar ad esaminare e, all'esito, ad accogliere il motivo di ricorso incentrato sulla mancata disamina delle osservazioni fornite dall'istante, ai fini dell'annullamento del provvedimento impugnato.

16.8 Benché tali considerazioni siano sufficienti per pervenire, in riforma della sentenza gravata, all'annullamento del provvedimento impugnato in prime cure, occorre, comunque, procedere alla trattazione dei rimanenti motivi di impugnazione, potendo derivare dal loro accoglimento un'utilità (per la ricorrente) maggiore rispetto a quella discendente dal solo annullamento per vizi procedurali: in conseguenza dell'effetto conformativo correlato all'eventuale accoglimento delle censure sostanziali, potrebbe infatti discendere un ulteriore vincolo idoneo ad orientare

l'Amministrazione nella fase di riedizione del potere, al fine di evitare la ripetizione di illegittimità già riscontrate in giudizio.

17. Procedendo, dunque, alla disamina di tali ulteriori censure, si osserva che l'appello è fondato anche nella parte in cui tende a denunciare l'illegittimità delle *rationes* poste alla base della decisione di diniego, riferite alla presenza di opere abusive oggetto di domanda di condono non evasa e alla esistenza di un vano definito come volume tecnico in assenza dei relativi requisiti.

17.2 Iniziando la disamina da tale ultimo profilo, si osserva che il provvedimento impugnato è incentrato sull'erroneo presupposto per cui l'istante avesse chiesto la sanatoria di un'opera recante, altresì, un vano definito volume tecnico.

Invero, come correttamente rilevato dall'appellante, nella relazione tecnica allegata all'istanza di accertamento (cfr. produzione della ricorrente in primo grado in data 10.12.2019) veniva dichiarato che:

- per effetto della costruzione della struttura portante della scala in cemento armato, *“si è configurata una residuale intercapedine tombata tra il muro di proprietà aliena e il corpo di fabbrica di Villa Stella da riempire con materiale coibente”*;
- in ragione del provvedimento di sospensione dei lavori n. 485775 del 4.9.2015, non era stata possibile la realizzazione di piccoli e marginali lavori di finitura;
- in particolare, la scala avrebbe dovuto essere rifinita con tratti di pavimentazione e corrimano in ferro battuto e, per ridurre le dispersioni termiche e ottenere un maggiore risparmio energetico, l'intercapedine tombata avrebbe dovuto essere riempita con materiale naturale isolante e coibente tipo vermiculite espansa.

Emerge, dunque, che l'istanza di accertamento di conformità non era stata

presentata sul presupposto dell'avvenuta realizzazione di un locale tecnico, per propria natura deputato ad ospitare apparecchiature tecniche a servizio dell'immobile principale, bensì dava atto dell'emersione di una intercapedine chiusa, inaccessibile perché tombata, da riempire con materiale coibente.

Tale presupposto fattuale è alla base, altresì, della valutazione di compatibilità paesaggistica espressa dalla competente Soprintendenza.

Con nota n. 8821 del 6.7.2018, la Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per il Comune di Napoli ha, infatti, espresso parere favorevole al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica *“in conformità alla proposta pervenuta”*, anche in ragione dell'emersione di lavori che non avevano determinato la creazione di superfici o volumi nuovi o l'aumento di quelli legittimamente realizzati; circostanza incompatibile con l'emersione di un nuovo vano accessibile.

La Regione Campania, parimenti, nell'ambito della relazione tecnica illustrativa per l'autorizzazione paesaggistica, ha dato atto che, per effetto della costruzione della struttura portante della scala, *“si è temporaneamente ottenuta una intercapedine di circa 25 mq di superficie, addossata alla zona notte dell'appartamento Menale, che per ovvi motivi di isolamento e benessere deve essere riempita con materiale coibente”* (doc. 2 produzione attorea del 10.12.2019).

Si conferma, dunque, che la parte privata non aveva chiesto la sanatoria di un vano definito come locale tecnico, bensì aveva dato atto della presenza di una mera intercapedine tombata, inaccessibile e inutilizzabili a fini abitativi, in quanto interclusa e destinata ad essere riempita di materiale coibente.

Il che, peraltro, risulta anche dalla documentazione fotografica in atti (cfr. foto n. 5 doc. 5 ricorso), attestante la presenza di un'intercapedine interclusa, che era stato possibile esaminare soltanto attraverso l'apertura di

un foro nel muro, a dimostrazione di come la relativa intercapedine non fosse naturalmente destinata (salvi diversi e futuri interventi, suscettibili pur sempre di essere sottoposti al generale potere comunale di vigilanza in materia edilizia e urbanistica) ad ospitare apparecchiature tecniche o a fini abitativi o, comunque, residenziali (il che avrebbe richiesto una facile e continua accessibilità).

Il Comune, dunque, avrebbe dovuto statuire sull'istanza di parte, prendendo in esame un tale presupposto fattuale (presenza di un'intercapedine tombata), diverso da quello assunto alla base del provvedimento (realizzazione di un vano definito come locale tecnico), nonché, per l'effetto, avrebbe dovuto verificare se un locale tombato, emerso nell'ambiente esterno dell'appartamento per effetto della realizzazione della scala, riconducibile al regime dell'edilizia libera di cui all'art. 6, comma 1, e-ter, DPR n. 380/01, fosse o meno compatibile con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della presentazione dell'istanza e, ancora prima, al momento della realizzazione delle opere; il che costituiva, come anche in tale caso fondatamente censurato dalla ricorrente, l'oggetto dell'accertamento richiesto all'Amministrazione procedente al fine di statuire sull'istanza di sanatoria ex art. 36 DPR n. 380/01.

Non avendo l'Amministrazione correttamente apprezzato i fatti di causa – in ragione dell'emersione, anziché di un vano definito come locale tecnico, di un'intercapedine tombata destinata ad essere riempita di materiale coibente – né, sulla base dei tali circostanze fattuali, verificato la compatibilità dell'opera con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della sua realizzazione e della presentazione dell'istanza, la decisione di diniego assunta deve ritenersi illegittima e, come tale, anche per tali ragioni, deve essere annullata in sede giurisdizionale.

17.3 L'appello, infine, è fondato anche nella parte deputata alla contestazione, attraverso espressa riproposizione della corrispondente censura di primo grado (non esaminata dal Tar), della seconda *ratio decidendi* alla base del provvedimento impugnato, data dalla presenza di opere abusive nell'ambito dell'immobile per cui è causa.

In particolare, secondo quanto statuito dall'Amministrazione, non risultava dimostrata la legittimità dell'immobile nell'attuale consistenza, in ragione della presenza di una veranda e di tettoie non rinvenibili dall'esame del rilievo STR levata 1987, interessate da domanda di condono non esitato.

Premesso che - alla stregua delle puntuali deduzioni svolte dalla ricorrente, *in parte qua* non specificatamente contestate dall'Amministrazione costituita - si discorre di una tettoia (e non di tettoie) e di una veranda (circostanza fattuale non smentita dalla documentazione in atti, che anzi fa riferimento ad una tettoia e una veranda in ferro battuto con copertura in plexiglas trasparente - relazione tecnica illustrativa per l'autorizzazione paesaggistica cit.), deve ritenersi che tali opere, pure abusive in quanto non condonate, non presentino alcun collegamento strutturale o funzionale con la scala per cui è controversia.

In materia deve trovare applicazione il principio per cui, in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (pur se riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, della ristrutturazione o della costruzione di opere costituenti pertinenze urbanistiche), ripetono le caratteristiche d'illiceità dell'opera abusiva cui ineriscono, giacché la presentazione della domanda di condono non autorizza l'interessato a completare *ad libitum* e men che mai a trasformare o ampliare i manufatti oggetto di siffatta richiesta, stante la permanenza dell'illecito fino alla sanatoria; da ciò discende l'impossibilità della prosecuzione dei lavori abusivi a completamento di opere che, fino al

momento d'eventuali sanatorie, sono e restano comunque illecite, donde l'obbligo del Comune di ordinarne la demolizione, tranne che tal prosecuzione avvenga nel rispetto delle procedure poste dall'art. 35 della L. 28 febbraio 1985, n. 47, ancora applicabile grazie ai rinvii operati dalla successiva legislazione condonistica e che, a queste condizioni, non esclude la definizione del condono (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4473).

Nel caso di specie, tuttavia, la scala oggetto dell'istanza di sanatoria non ineriva strutturalmente o funzionalmente alla tettoia o alla veranda abusive, bensì accedeva direttamente all'unità immobiliare, che non risultava abusiva.

Difatti, da un lato, la ricorrente ha dedotto che l'appartamento *de quo* è stato “*costruito con licenza edilizia n°238 del 1953, insieme al fabbricato di cui fa parte, ed è stato oggetto di Scia n° 1210/2015 per diversa disposizione degli spazi interni, con comunicazione di fine lavori trasmessa il 29/06/2016*” (pag. 26 appello); dall'altro, l'Amministrazione non ha contestato in giudizio tale allegazione, né ha rilevato nell'ambito del provvedimento l'abusività dell'unità immobiliare, ma soltanto delle tettoie e della veranda.

Ne deriva che, ripetendo i nuovi interventi le caratteristiche d'illiceità dell'opera abusiva cui ineriscono, inerendo la scala, anziché alla veranda o alle tettoie, all'unità immobiliare che non risultava edificata abusivamente, il Comune non avrebbe potuto desumere alcun motivo ostativo alla sanatoria dalla presenza di autonome opere (rispetto all'intervento oggetto dell'istanza ex art. 36 DPR n. 380/01), realizzate nell'area esterna dell'appartamento (nella relazione tecnica illustrativa cit. della Regione Campania si dà, infatti atto che la veranda e la tettoia risultavano collocate nell'area esterna al fabbricato), per le quali risultava presentata una domanda di condono ancora non evasa. Si trattava, infatti, di opere

autonome e non rilevanti per la ricostruzione del regime giuridico applicabile alla scala oggetto dell'istanza di sanatoria.

17.4 Alla luce delle considerazioni svolte, l'appello deve essere accolto anche nella parte in cui:

- da un lato, si contestano le due *rationes* alla base del diniego, riferite alla presenza di un vano definito locale tecnico e all'abusività di una veranda e di tettoie, facendosi questione di una decisione inficiata sia da una scorretta ricostruzione dei fatti di causa (in ordine all'emersione di un vano definito come locale tecnico, in luogo dell'intercapedine tombata di cui era previsto il riempimento con materiale coibente, ovvero all'esistenza di plurime tettoie anziché dell'unica tettoia emergente dalla documentazione in atti), sia da un'errata valorizzazione di opere autonome abusive, non influenti sul regime della scala per cui è causa;

- dall'altro, si rileva la mancata enunciazione, da parte del Comune, delle ragioni di incompatibilità delle opere rispetto alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione e della presentazione dell'istanza.

Sotto tale ultimo profilo, emerge, infatti, che il Comune, dopo avere visto l'istanza ed esaminato i grafici, ha preso in esame l'inquadramento urbanistico della zona di edificazione dell'immobile e i vincoli sulla stessa gravanti, ha richiamato la normativa e gli atti amministrativi rilevanti, ha accertato le due ragioni di impedimento innanzi trattate (inficiate dagli errori sopra richiamati), nonché ha ritenuto che le osservazioni di parte non fossero idonee a superare i motivi previamente comunicati.

Una volta rilevata l'erroneità delle *rationes* alla base della decisione amministrativa, riguardanti profili fattuali insussistenti e irrilevanti, non risultano le ragioni per le quali la scala in esame fosse in contrasto con la disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della loro realizzazione



e della presentazione dell'istanza; il che, come osservato, costituiva l'accertamento da svolgere per statuire sull'istanza ex art. 36 DPR n. 380/01, da operare, pertanto, nella fase di riedizione del potere successiva alla presente pronuncia.

18. L'appello deve essere, dunque, accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, deve essere annullato il provvedimento impugnato in primo grado.

Nella fase di riedizione del potere, l'Amministrazione provvederà a riesaminare l'istanza di parte, tenendo conto dei criteri conformativi discendenti dalla presente pronuncia, sia in ordine alla ricostruzione dei fatti di causa, sia in relazione alla loro rilevanza ai fini del decidere.

19. Le spese del doppio grado di giudizio sono regolate in applicazione del criterio della soccombenza, dovendo essere poste a carico dell'Amministrazione e in favore della parte 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 accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado e annulla il provvedimento di diniego impugnato dinnanzi al Tar.

Condanna il Comune di Napoli al pagamento, in favore della Sig.ra Concetta Menale, delle spese del doppio grado di giudizio, liquidate nella misura complessiva di € 4.000,00 (quattromila/00), oltre accessori di legge ove dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Stefano Toschei, Consigliere

Davide Ponte, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

Marco Poppi, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Francesco De Luca**

**IL PRESIDENTE**  
**Hadrian Simonetti**

IL SEGRETARIO