



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 5594 del 2017, proposto da Società Macelleria Scirocco di Amendola Antonio & C. S.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Di Lieto, Michela Rossini, con domicilio eletto presso lo studio Santina Murano in Roma, via Pelagio I, n. 10;

***contro***

Comune di Positano, non costituito in giudizio;

***nei confronti***

Eva Russo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio, Laura Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto n. 18;

***per la riforma***

della sentenza 23 maggio 2017, n. 957 del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno, Sezione Seconda

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;  
visto l'atto di costituzione in giudizio di Eva Russo;  
visti tutti gli atti della causa;  
relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2021 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Andrea Di Lieto, Antonio Brancaccio e Laura Clarizia in collegamento da remoto, ai sensi degli artt. 4, comma 1, del Decreto Legge n. 28 del 30 aprile 2020 e 25 del Decreto Legge n. 137 del 28 ottobre 2020, attraverso videoconferenza con l'utilizzo di piattaforma "Microsoft Teams" come previsto della circolare n. 6305 del 13 marzo 2020 del Segretario Generale della Giustizia Amministrativa.

#### FATTO e DIRITTO

1.- La Società macelleria Scirocco (d'ora innanzi solo Società) ha esposto: *i*) di avere acquistato, con atto del 7 marzo 2011, un locale commerciale adibito a macelleria ed un sovrastante appartamento; *ii*) di avere condotto in locazione il locale al piano terra sin dal 1985; *iii*) di avere presentato, in data 28 marzo 2014, una segnalazione certificata di inizio attività (Scia) per l'effettuazione di opere interne di manutenzione straordinaria ed, in particolare, di avere effettuato un diverso posizionamento dei tramezzi per una diversa distribuzione interna dell'unità immobiliare.

Il Comune di Positano: *i*) con provvedimento del 9 gennaio 2015, n. 230 ha ordinato il ripristino dell'originaria destinazione ad autorimessa della macelleria, contestando l'abbassamento della quota di calpestio di circa cinquanta centimetri e ha ingiunto la demolizione dell'intero piano residenziale (piano ammezzato) posto nella parte sovrastante il suddetto locale; *ii*) ha dichiarato l'illegittimità della Scia del 28 marzo 2014, in quanto essa avrebbe avuto ad oggetto opere su vani abusivi di cui al suddetto piano ammezzato.

1.1.-La Società: *i*) ha presentato, «*in via cautelativa*», con atto del 23 marzo 2015, n. 3357, istanza di accertamento di conformità relativa alle opere edilizie poste al piano terra; *ii*) con Scia del 23 marzo 2015, prot. 3358, ha comunicato l'esecuzione del rimontaggio degli scuri esterni, verniciati in colore bianco e la sostituzione della piccola tettoia.

Il Comune di Positano, con provvedimento del 10 novembre 2015, n. 13308, ha rigettato l'istanza di accertamento di conformità.

2.- La Società ha impugnato, con ricorso principale, i provvedimenti di cui al punto 1 e con ricorso per motivi aggiunti il provvedimento di cui al punto 1.1, per i motivi riprodotti in sede di appello e riportati nei successivi punti.

3.- Il Tribunale amministrativo, con sentenza 23 maggio 2017, n. 957, ha rigettato il ricorso.

4.- La società ha proposto appello.

5.- Si è costituito in giudizio il Comune, chiedendo il rigetto dell'appello.

6.- Questa Sezione, con ordinanza 14 gennaio 2019, n. 330, ha disposto una verifica tecnica al fine di fornire una risposta ai seguenti quesiti: a) descrivere lo stato attuale dei luoghi oggetto dell'ordinanza di demolizione n. 2 del 2015 adottata dal Comune di Positano; b) indicare le opere oggetto dell'istanza di condono prot. 855 del 1985; c) indicare se il permesso di costruire in sanatoria n. 26 del 2010, analizzato anche alla luce dei suoi grafici, abbia avuto ad oggetto anche il locale adibito a macelleria e il piano ammezzato, specificando anche il significato del riferimento contenuto nel suddetto permesso al «*locale commerciale*»; d) descrivere le opere oggetto della segnalazione certificata di inizio attività del 23 marzo 2015, prot. 3358 e le opere eseguite sulla base di tale denuncia, indicando le eventuali difformità tra quanto segnalato e quanto realizzato; e) nel caso in cui si accerti la non conformità delle opere realizzate rispetto agli indicati titoli edilizi, si

indichi se le stesse siano o meno conformi a quanto prescritto dagli strumenti urbanistici e dal Put.

Il verificatore ha depositato la relazione tecnica.

6.1.- La Sezione, con ordinanza 6 ottobre 2020, n. 5894, ha chiesto chiarimenti al verificatore in ordine alla situazione del “locale ammezzato”.

Il verificatore ha depositato la relazione integrativa.

7.- La causa è stata decisa all’esito dell’udienza pubblica del 15 aprile 2021.

8.- L’appello è in parte fondato e in parte infondato.

9.- Con un primo motivo si assume l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto illegittimi gli atti impugnati, in quanto il Comune avrebbe rilasciato il permesso di costruire in sanatoria 8 giugno 2010, n. 26, mai annullato, che avrebbe ricompreso, come risulterebbe dai grafici allegati, l’intero complesso immobiliare, incluso il locale adibito ad macelleria e il piano ammezzato. Si aggiunge che non sussisterebbe neanche la violazione delle norme igienico-sanitarie.

Il motivo non è fondato.

L’art. 10 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia) subordina al rilascio del permesso di costruire: i) «*gli interventi di nuova costruzione*»; ii) «*gli interventi di ristrutturazione urbanistica*»; iii) «*gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d’uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma di immobili*» sottoposti a vincoli culturali.

L’art. 31 dello stesso decreto prevede che le opere eseguite in assenza di permesso di costruire devono essere demolite.

Nella fattispecie in esame, avendo riguardo a quanto accertato dal verificatore, con argomentazioni che il Collegio condivide e fa proprie, sono risultate abusive le seguenti opere.

In primo luogo, il locale sito al piano terra, dove è ubicata la macelleria. L'iniziale destinazione urbanistica era di autorimessa, con la conseguenza che la sua realizzazione avrebbe richiesto il previo rilascio del permesso di costruire. Sul punto, deve rilevarsi che la suddetta macelleria non risulti ricompresa nel permesso di costruire in sanatoria n. 26 del 2010 e, pertanto, non può essere evocato questo titolo per ritenere sussistente la previa autorizzazione amministrativa.

In secondo luogo, risulta abusivo il "piano ammezzato", in quanto il suddetto permesso di costruire, come ribadito dal verificatore con la relazione tecnica integrativa, riguarda l'ampliamento di un'unità immobiliare posta al primo piano del fabbricato e non anche "il piano ammezzato". Anche esso, pertanto, non risulta oggetto di autorizzazione amministrativa.

10.- Con un secondo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non avrebbe ravvisato la illegittimità degli atti impugnati per violazione del principio del legittimo affidamento sia per la posizione dell'appellante di "terzo acquirente in buona fede" non autrice degli abusi sia per il lungo tempo trascorso dal momento della realizzazione dei contestati abusi edilizi.

Il motivo non è fondato.

L'art. 31 del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di taluno degli interventi sopra indicati, «*ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso*» la rimozione o la demolizione, indicando nel provvedimento l'area che viene acquisita di diritto, ai sensi del successivo comma 3 (comma 2).

Il proprietario è destinatario di un obbligo di natura reale di rimozione delle opere abusive, a prescindere dall'esistenza di una situazione di buona fede al momento

dell'acquisito (Cons. Stato, sez. II, 5 novembre 2019, n.7535). La tutela della parte può avvenire, sussistendone i presupposti, nelle forme privatistiche e non nelle forme pubblicistiche.

L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha affermato che il decorso anche di un lungo tempo non è idoneo a far perdere il potere all'amministrazione di provvedere in quanto, se così fosse, si realizzerebbe una sorta di "sanatoria extra ordinem" (Cons. Stato, Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9).

L'affidamento del privato non può avere rilevanza giuridica quando esso è riferito ad una situazione di fatto abusiva.

11.- Con un terzo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non avrebbe ravvisato la illegittimità degli atti impugnati per difetto di motivazione e mancato rispetto delle regole di garanzia del contraddittorio procedimentale.

Il motivo non è fondato.

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che l'ordine di demolizione *«ha natura di atto dovuto e rigorosamente vincolato, dove la repressione dell'abuso corrisponde per definizione all'interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi illecitamente alterato, con la conseguenza che essa è già dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione, consistente nella descrizione delle opere abusive e nella constatazione della loro abusività»* (Cons. Stato, sez. VI, 3 novembre 2020, n. 6771).

Il Comune ha adeguatamente descritto le opere abusive, assolvendo, così, in modo adeguato all'obbligo di motivazione.

L'omessa comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, non determina invalidità dell'atto finale quando, come è avvenuto nella specie, per la natura vincolata dell'attività il privato non adduca elementi istruttori idonei a dimostrare, ai sensi dell'art. 21-*octies* della stessa legge, che la partecipazione procedimentale avrebbe inciso sul contenuto sostanziale della determinazione finale.

12.- Con altro motivo si assume l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto la legittimità dei lavori eseguiti a seguito della Scia del 28 marzo 2014 sia in quanto si riferirebbe a lavori eseguiti su opere non abusive sia in quanto la stessa si sarebbe definitivamente perfezionata per decorso del tempo, senza che si possa ritenere che la Società appellante fosse in mala fede.

Il motivo è fondato.

L'art. 19, comma 6-bis, della legge n. 241 del 1990 prevede che i controlli pubblici finalizzati ad inibire l'esecuzione dei lavori è di trenta giorni.

Il verificatore ha accertato che le opere oggetto della segnalazione certificata di inizio attività sono state eseguite, con una "minima" difformità rispetto a quanto segnalato. Non risulta che l'amministrazione abbia inibito le opere entro il termine perentorio previsto dalla legge. Né si può ritenere che il potere pubblico di controllo possa essere esercitato senza limiti solo perché le opere contestate sono state realizzate in un immobile abusivo, in quanto non risulta con chiarezza a quale parte del manufatto si riferiscano tali opere, il che rende illegittima, per questa ragione, la determinazione assunta.

13.- Con un quarto motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui sarebbe stata irrogata una sanzione pecuniaria di euro 20 mila per l'inottemperanza all'ordine di demolizione, in quanto essa non potrebbe essere, comunque, irrogata in caso di parziale difformità.

Il motivo non è fondato.

L'art. 31, comma 4-bis, del d.p.r. n. 380 del 2001 prevede che *«l'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria di importo compreso tra 2.000 euro e 20.000 euro, salva l'applicazione di altre misure e sanzioni previste da norme vigenti»*.

Nella specie vengono in rilievo opere eseguite senza permesso di costruire e, pertanto, tale norma può trovare applicazione. Nondimeno, l'amministrazione ha

stabilito l'entità della sanzione tenendo conto anche dei lavori oggetto della Scia, che, invece, per le ragioni esposte, non risultano abusivi. Ne consegue che il provvedimento impugnato, in primo grado, deve essere annullato nella sola parte relativa alla indicazione della somma da corrispondere a titolo di sanzione pecuniaria.

14.- Con l'ultimo motivo si deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha rigettato anche la domanda subordinata di risarcimento dei danni causati alla parte dal comportamento inerte per lungo tempo del Comune, che avrebbe, così, non evitato l'acquisto dell'immobile.

Il motivo non è fondato.

La responsabilità civile dell'amministrazione presuppone, tra l'altro, la prova, secondo la regola probatoria del "più probabile che non", dell'esistenza del rapporto di causalità tra il comportamento omissivo della parte danneggiante e il danno ingiusto subito dalla parte.

L'appellante non ha provato tale rapporto, essendosi limitata genericamente a dedurre che l'intervento tempestivo del Comune avrebbe impedito l'acquisto. E' sufficiente quanto esposto per dimostrare il mancato assolvimento all'onere probatorio.

15.-Tenuto conto dell'esito del giudizio, le spese sono compensate per metà tra le parti e per l'altra metà l'appellante è condannata al pagamento, in favore della controinteressata, della somma di euro 2.000,00, oltre accessori di legge. Sono a carico dell'appellante anche le spese della verifica che si determinato in euro 2.000,00, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:



- a) in parte rigetta e in parte accoglie, nei sensi di cui in motivazione, l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) compensa per metà tra le parti le spese del presente grado di giudizio e per l'altra metà l'appellante condanna l'appellante al pagamento, in favore della controinteressata, della somma di euro 2.000,00, oltre accessori di legge.
- c) le spese della verifica sono poste a carico dell'appellante e si determinano in euro 2.000,00, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Vincenzo Lopilato**

**IL PRESIDENTE**  
**Sergio Santoro**

**IL SEGRETARIO**