



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 259 del 2020, proposto da Pierluigi Russo e Francesco Antonio Russo, rappresentati e difesi dall'avvocato Sergio Mascolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Positano, non costituito in giudizio; Maurizio Criscuolo, rappresentato e difeso dall'avvocato Salvatore Costabile, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 01491/2019, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Maurizio Criscuolo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2021 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Sergio Mascolo e Antonio Di Martino per delega dell'avv. Salvatore Costabile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Ricorrendo dinnanzi a questo Consiglio, i Sig.ri Pierluigi Russo e Francesco Antonio Russo appellano la sentenza n. 1491 del 2019 con cui il Tar Campania, Salerno, ha rigettato il ricorso di primo grado (proposto dagli odierni appellanti) diretto ad ottenere l'annullamento dell'ordinanza n. 13 del 2019 assunta dal Comune di Positano.

In particolare, secondo quanto dedotto in appello:

- con il provvedimento n. 13 del 2019 il Comune di Positano ha ordinato la riduzione in pristino della *“muratura in sopraelevazione per circa ml.26.00 per un'altezza media di circa mt.1.00, la predetta muratura è stata perimetrata sul lato mare, da recinzione metallica (già presente nella documentazione ante operam prodotta dal denunciante) a cui è stata fissata sulla parte apicale, una recinzione temporanea ad uso cantiere. L'accesso al predetto viale avviene tramite un varco di collegamento dalla Via Comunale, ed è intercluso da cancello in legno ad uso cantiere da dove si diramano n.3 scalini in pietra e malta cementizia”*;

- il provvedimento è stato impugnato dinnanzi al Tar Campania, Salerno, in quanto ritenuto inficiato da plurimi vizi di legittimità;

- secondo la prospettazione attorea, infatti, le opere *de quibus* sarebbero irrilevanti sul piano edilizio e paesaggistico; il che sarebbe confermato dalla stessa sentenza gravata, in cui si dà atto della preesistenza del vialetto, dei gradini che conducono dalla

scala comunale al vialetto, dell'altezza del muro di contenimento del vialetto per cm 70, della precarietà della recinzione a delimitazione del muretto;

- tali elementi impedirebbero di riscontrare nella specie una trasformazione rilevante del territorio soggetta al rilascio del permesso di costruire e all'autorizzazione paesaggistica;

- nella specie non potrebbe neppure ravvisarsi l'avvenuta realizzazione di opere di sbancamento, non compatibili con un muretto di settanta centimetri, ragion per cui non sarebbe applicabile nella specie la giurisprudenza che assoggetta al previo rilascio del permesso di costruire le attività di movimento di terra, di sbancamento e di livellamento del terreno per usi diversi da quelli agricoli, volti a modificare stabilmente la precedente conformazione naturale di un'area, in vista di un impiego non già meramente contingente, bensì prolungato nel tempo;

- l'Amministrazione avrebbe pure violato il precedente giudicato di annullamento, reiterando l'ordine di demolizione senza svolgere un'ulteriore istruttoria, fondandosi soltanto sulla comunicazione del controinteressato e sul ricorso da quest'ultimo proposto ai sensi dell'art. 117 c.p.a. per contestare l'asserita condotta inerte del Comune;

- infine, il provvedimento sarebbe stato assunto in assenza di un'aggiornata dichiarazione ex art. 20 d. lgs. n. 39/2013, che l'organo decisorio avrebbe dovuto rendere.

2. Il Tar ha rigettato il ricorso di primo grado, rilevando che:

- non era predicabile la denunciata violazione del *dictum* giurisdizionale di cui alla sentenza n. 1742 dell'11 dicembre 2017;

- ai fini della realizzazione di opere di sbancamento e di muri di contenimento di dimensioni significative sarebbe stato necessario munirsi del permesso di costruire;

- alla stregua della descrizione contenuta nella gravata ordinanza di demolizione n. 13 del 13 febbraio 2019 e in mancanza di sufficienti prove contrarie da parte dei

ricorrenti (non potendosi considerare dirimente la documentazione a corredo della relazione tecnica asseverata da essi esibita), l'intervento controverso presentava, all'evidenza, i caratteri propri delle attività di trasformazione del territorio;

- pertanto, esso necessitava del previo rilascio del permesso di costruire, in mancanza del quale legittimamente era stata applicata la misura ripristinatoria;

- l'intervento *de quo* necessitava pure del previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, non essendo riconducibile al perimetro di esenzione definito dall'art. 149, lett. b, del d.lgs. n. 42/2004;

-le proposizioni attoree circa aspetti marginali, quali l'antecedente stato di abbandono del vialetto *de quo*, la preesistenza degli gradini di accesso dal vialetto *de quo* alla perpendicolare scala comunale, la differente consistenza del muro di contenimento (per un'altezza pari a m 0,70, anziché a m 1,00), la precarietà della realizzata recinzione, non valevano a menomare i superiori approdi in merito alla complessiva incidenza delle opere contestate in termini di trasformazione rilevante del territorio ed al connesso assoggettamento al regime abilitativo del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica, con conseguente legittimità dell'applicazione della misura repressivo-ripristinatore;

-l'art. 31, comma 2, del d.p.r. n. 380/2001 prevede che la rimozione dell'abuso debba essere ingiunta non solo al proprietario del bene, ma anche al responsabile dell'illecito edilizio, quali, in mancanza di prova contraria, dovevano intendersi i ricorrenti;

- non era ricollegabile alcuna portata infirmante alla denunciata insussistenza di una dichiarazione aggiornata ex art. 20 del d.lgs. n. 39/2013 in capo al Responsabile dell'Area Tecnica Edilizia Privata del Comune di Positano, non essendo allegato da parte ricorrente alcun profilo di incompatibilità anche solo potenziale di quest'ultimo rispetto alla vicenda dedotta in giudizio e dovendosi assumere come tuttora

efficace (in quanto tacitamente confermata) l'esibita attestazione del 27 dicembre 2013, prot. n. 13508.

3. I ricorrenti di primo grado, da un lato, hanno riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a. *“tutte le domande e relativi motivi proposti in prime cure”*, dall'altro, hanno formulato un unico complessivo motivo di impugnazione avverso la sentenza gravata, incentrato *“sull'erroneità e ingiustizia dell'impugnata sentenza nella parte motivazionale in cui nega l'applicazione della normativa paesaggistica ed edilizia di riferimento finisce con l'operare un'inammissibile valutazione di merito”*.

4. Il controinteressato in primo grado, Sig. Crisuolo, si è costituito in giudizio, resistendo all'appello.

5. Gli appellanti con atto del 19 gennaio 2021 hanno chiesto di disporre misura cautelare ex art 98 CPA *“secondo le modalità che l'Intestato Consiglio di Stato riterrà opportune rispetto alla mera sospensione della Sentenza di primo grado”*, pure rilevando la violazione dell'art. 10 bis L. n. 241/90.

6. Il Sig. Crisuolo ha argomentato in controdeduzione al ricorso in appello con memorie del 21 febbraio 2021, eccependo pure l'inammissibilità dell'impugnazione per violazione dell'art. 101 c.p.a., in ragione della mera riproposizione dei motivi di ricorso già scrutinati e rigettati dal Tar (cfr. pagg. 18 e ss. memoria del 21.2.2021), oltre che per omessa impugnazione della motivazione a supporto del provvedimento demolitorio, riferita all'accertamento dello stato dei luoghi preesistente agli interventi abusivi. Il controinteressato ha pure depositato una relazione tecnica e nuovi documenti (memoria e atto di diffida dell'8.2.2021) a sostegno delle proprie allegazioni.

6. Con ordinanza n. 989 dell'1.3.2021 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare articolata dall'appellante, disponendo la sospensione dell'esecutività della sentenza gravata.

7. Le parti costituite hanno insistito nelle rispettive conclusioni con il deposito di memorie conclusionali. Il controinteressato ha pure replicato alle avverse deduzioni.

8. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza del 21 dicembre 2021.

9. Preliminarmente, devono essere esaminate le eccezioni di inammissibilità dell'appello opposte dal Sig. Criscuolo con la memoria del 21 febbraio 2021, incentrate sulla violazione dell'art. 101 c.p.a.

9.1 Tali eccezioni possono essere favorevolmente apprezzate in ordine alla corretta delimitazione delle questioni componenti il *thema decidendum* dell'odierno giudizio.

Come osservato sopra l'appello consta, infatti, sia di una parte dedicata alla riproposizione dei motivi di ricorso articolati in primo grado, sia di una parte deputata allo svolgimento di censure impugnatorie contro la decisione assunta dal Tar.

La riproposizione dei motivi di ricorso deve essere ritenuta inammissibile, come correttamente eccepito dal controinteressato.

9.2 L'appello non configura infatti un *novum iudicium* ma una *revisio prioris instantiae* (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. IV, 3 febbraio 2020, n. 844), con la conseguenza che il *thema decidendum* su cui è chiamato a statuire questo Consiglio è definito, anziché dal ricorso dinnanzi al Tar, dal ricorso in appello, cui deve aversi riguardo al fine di garantire la corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

In particolare, la parte appellante è chiamata a dedurre specificatamente i fatti costitutivi delle domande proposte in grado di appello, sia quale specifica critica delle sfavorevoli statuizioni rese dal primo giudice, sia mediante un'espressa riproposizione delle domande non esaminate in primo grado, risultando al riguardo il rinvio

indeterminato agli atti di primo grado, senza alcuna precisazione ulteriore del loro contenuto, inidoneo ad introdurre in giudizio questioni giuridiche esaminabili nel merito (trattandosi di una mera formula di stile insufficiente a soddisfare l'onere di espressa riproposizione ex art. 101, comma 2, c.p.a. - Cons. giust. amm. Sicilia, 30 aprile 2020, n. 2781).

L'art. 101, comma 1, c.p.a., in definitiva, non consente una generica riproposizione dei motivi di ricorso respinti dal giudice di primo grado, ma richiede la deduzione di specifici motivi di contestazione della correttezza del percorso argomentativo sul quale si fonda la decisione appellata, poiché l'oggetto del giudizio di appello è costituito dalla decisione appellata e non dal provvedimento gravato in primo grado (tra le tante, Consiglio di Stato Sez. II, 19 agosto 2021, n. 5939).

9.3 Avuto riguardo al caso di specie, gli appellanti hanno riproposto i motivi di ricorso formulati in primo grado, incentrati su:

- la violazione ed elusione del giudicato, avendo l'Amministrazione assunto il provvedimento gravato disattendendo il giudicato formatosi sulla sentenza del Tar Campania, Salerno, n. 1742 del 2017, che aveva annullato il pregresso ordine di demolizione;
- il difetto di istruttoria e di motivazione inficiante il provvedimento impugnato, considerati la preesistenza del vialetto *de quo* a far data dal 1981, già menzionato nel contratto di acquisto concluso dal dante causa del Sig. Pierluigi Russo; la condizione di abbandono in cui versava il vialetto nelle more del rilascio del titolo condonistico; la presenza di piantumazioni in loco, insistenti sul vialetto e tali da fare presumere la preesistenza del livello del terreno e, con esso, del muretto di cinta che lo contiene a valle; il diverso dato dimensionale dell'altezza del muretto di contenimento a valle, pari a 70 cm; la preesistenza dei tre scalini di accesso al vialetto dalla scala comunale,

costituenti pure base di appoggio della palificata di supporto dei cavi Enel; il carattere preario e le caratteristiche della recinzione in rete; nonché l'impossibilità di ricondurre ai ricorrenti la proprietà del sedime dello stradello;

- l'impossibilità di assoggettare le opere in contestazione al previo rilascio del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica, nonché la loro compatibilità con il Piano Urbanistico Territoriale della Penisola Sorrentina Amalfitana;

- la violazione dell'art. 20 D. Lgs. n. 39 del 2013 e degli artt. 50, 10 e 107 D. Lgs. n. 267/00, difettando la dichiarazione aggiornata sulla insussistenza delle cause di inconferibilità che avrebbe dovuto essere resa dall'organo che ha assunto il provvedimento impugnato in prime cure.

9.3 Come correttamente eccepito dal Sig. Criscuolo – secondo cui *“l'atto d'appello si limita ad una letterale riproposizione dei motivi di ricorso già scrutinati e rigettati dal TAR Salerno”* (memoria del 21 febbraio 2021, pag. 18) – i ricorrenti si sono limitati, sotto tale profilo, a riproporre motivi di ricorso rigettati dal giudice di primo grado.

Difatti, il Tar ha espressamente rilevato che:

- *“non è predicabile la denunciata violazione del dictum giurisdizionale di cui alla sentenza n. 1742 dell'11 dicembre 2017, in quanto l'amministrazione comunale intimata, nel riadottare l'ingiunta misura repressivo-ripristinatoria, non si è limitata a reiterare pedissequamente le precedenti contestazioni, ma – come illustrato retro, in premessa – ha adeguatamente precisato e integrato le ragioni sottese all'irrogazione della sanzione demolitoria, per avere, da un lato, evidenziato l'avvenuta esecuzione sine titolo di un significativo movimento di terra, di un muro di contenimento e di un nuovo tracciato pedonale e, per avere, d'altro lato, evidenziato la confliggenza di una simile tipologia di intervento con le prescrizioni del PUT dell'Area Sorrentino-Amalfitana (laddove vietano i movimenti di terra non strettamente finalizzati al restauro paesaggistico), oltre al relativo assoggettamento al regime abilitativo del permesso di costruire”*; con conseguente rigetto del

motivo di ricorso incentrato sulla violazione ed elusione del giudicato, la cui riproposizione in appello deve, dunque, ritenersi inammissibile;

- *“le proposizioni attoree circa aspetti marginali, quali l’antecedente stato di abbandono del vialetto de quo, la preesistenza degli gradini di accesso dal vialetto de quo alla perpendicolare scala comunale, la differente consistenza del muro di contenimento (per un’altezza pari a m 0,70, anziché a m 1,00), la precarietà della realizzata recinzione, non valgono a menomare i superiori approdi in merito alla complessiva incidenza delle opere contestate in termini di trasformazione rilevante del territorio ed al connesso assoggettamento al regime abilitativo del permesso di costruire e dell’autorizzazione paesaggistica, con conseguente legittimità dell’applicazione della misura repressivo-ripristinativa”*; con conseguente rigetto delle censure attoree riferite alle peculiarità del caso concreto, ritenute –a prescindere dalla loro effettiva sussistenza, elemento non accertato in primo grado – irrilevanti ai fini della qualificazione delle opere in contestazione quale intervento sottoposto al previo rilascio del permesso di costruire e dell’autorizzazione paesaggistica; ancora una volta, dunque, si è in presenza di doglianze rigettate, come tali inammissibilmente riproposte in appello con la trascrizione dei relativi motivi di primo grado;

- *“l’art. 31, comma 2, del d.p.r. n. 380/2001 prevede che la rimozione dell’abuso debba essere ingiunta non solo al proprietario del bene, ma anche al responsabile dell’illecito edilizio, quali, in mancanza di prova contraria, sono da intendersi i ricorrenti”*; il che evidenzia il rigetto pure della censura incentrata sul difetto di titolarità dei beni in contestazione, inidonea a sottrarre gli istanti dalla sanzione ripristinatoria in concreto irrogata;

- *“alla stregua della descrizione contenuta nella gravata ordinanza di demolizione n. 13 del 13 febbraio 2019, e in mancanza di sufficienti prove contrarie da parte dei ricorrenti (non potendosi considerare dirimente la documentazione a corredo della relazione tecnica asseverata da essi esibita), l’intervento controverso presenta, all’evidenza, i caratteri propri delle suindicate tipologie di attività*

*di trasformazione del territorio; - pertanto, esso necessitava del previo rilascio del permesso di costruire, in mancanza del quale legittimamente è stata applicata la misura ripristinatoria; - così come necessitava pure del previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, non essendo riconducibile al perimetro di esenzione definito dall'art. 149, lett. b, del d.lgs. n. 42/2004 (a norma del quale non sono subordinati ad autorizzazione paesaggistica «gli interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio»), ed era, quindi, anche sotto questo profilo, esposto alla sanzione demolitoria di cui al comma 1 dell'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004, non essendo annoverabile tra i c.d. abusi minori di cui al successivo comma 4»; con conseguente emersioni di statuizioni chiaramente tese a rigettare i motivi di ricorso incentrati sulla sottrazione delle opere *de quibus* al regime del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica;*

- “non è ricollegabile alcuna portata infirmante alla denunciata insussistenza di una dichiarazione aggiornata ex art. 20 del d.lgs. n. 39/2013 in capo al Responsabile dell'Area Tecnica Edilizia Privata del Comune di Positano, non essendo allegato da parte ricorrente alcun profilo di incompatibilità anche solo potenziale di quest'ultimo rispetto alla vicenda dedotta in giudizio e dovendosi assumere come tuttora efficace (in quanto tacitamente confermata) l'esibita attestazione del 27 dicembre 2013, prot. n. 13508”; con conseguente rigetto pure della censura riguardante il vizio di incompetenza o, comunque, la violazione dell'art. 20 d. lgs. n. 39/13.

9.4 Alla stregua di quanto emergente dal contenuto motivazionale della pronuncia gravata, nella specie si fa questione di censure rigettate dal primo giudice, a fronte delle quali gli istanti non avrebbero potuto limitarsi ad un'attività di mera riproposizione dei motivi già vagliati e disattesi dal Tar, bensì avrebbero dovuto svolgere specifiche censure impugnatorie (anziché contro il provvedimento di demolizione) contro i capi di sentenza di primo grado rispetto ai quali erano risultati soccombenti.

Ne deriva, in accoglimento dell'eccezione opposta dal Sig. Criscuolo, l'inaammissibilità della riproposizione delle censure articolate dinnanzi al Tar e disattese dal primo giudice, facendosi questione di doglianze non idonee a comporre il *thema decidendum* su cui questo Consiglio di Stato è abilitato a statuire.

10. Ciò premesso, è possibile soffermarsi sull'unico complessivo motivo di impugnazione proposto dai ricorrenti.

Secondo la prospettazione attorea, il Tar avrebbe errato:

- nell'escludere la nullità del provvedimento impugnato in primo grado “*per la sua riedizione immotivata*” (pag. 13 ricorso in appello);
- nell'omettere di valorizzare la normativa sulle liberalizzazioni affermatasi *in subiecta materia* dal 2014, facendosi questione: a) della sistemazione di un muretto di cinta rilevante ai sensi dell'art. 6, comma 2, lett. c), DPR n. 380/01, soggetto pertanto a mera comunicazione asseverata, o comunque ai sensi dell'art. 3, lett. c), DPR n. 380/01, con conseguente perdurante assoggettamento al regime della CILA; b) di una recinzione metallica e temporanea ad uso cantiere di cui all'art. 6, comma 2, lett. b), DPR n. 380/01, sempre soggetta a CILA; c) di un cancello in legno ad uso cantiere, ancora una volta sottratto al regime del permesso di costruire; gli scalini in pietra e malta cementizia (n. 3) nel punto di accesso sulla scala comunale non configurerebbero, invece, alcun intervento innovativo, preesistendo *ab immemorabilia* in loco, come deducibile dall'insistenza del palo ENEL;
- nell'omettere di valorizzare la disciplina di cui al DPR n. 31 del 2017, in specie all'allegato A.13, dovendo escludersi l'autorizzazione paesaggistica per gli interventi di manutenzione, sostituzione o adeguamento di cancelli, recinzioni, muri di cinta o di contenimento del terreno, inserimento di elementi antintrusione sui cancelli, le

recinzioni e sui muri di cinta eseguiti nel rispetto delle caratteristiche morfotipologiche, dei materiali e delle finiture esistenti;

- nel non rilevare la compatibilità con il Piano Urbanistico Territoriale della Penisola Sorrentino/Amalfitana, approvato con la LRC 35/87, che all'ultimo comma della descrizione della ZTO 1/a, contenuta nell'art. 17, ammette la possibilità di operare proprio il ripristino dei sentieri o passaggi pedonali;

- nel rigettare la censura riferita al vizio di incompetenza, tenuto conto che la dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di inconferibilità resa dall'organo decisorio risultava decaduta ai sensi dell'art. 20, comma 2, D. lgs. n. 39/13 e, comunque, doveva ritenersi *tamquam non esset* ai sensi dell'art. 20, comma 1, D. Lgs. n. 39/13, in quanto risalente alla precedente amministrazione comunale, con conseguente applicabilità dell'art. 50, comma 10, D. Lgs. n. 267/00, che prescrive la necessità di effettuare da parte del Sindaco tutte le nomine entro quarantacinque giorni dall'insediamento o entro i termini di scadenza del precedente incarico.

11. L'infondatezza delle censure impugnatorie esime il Collegio dal pronunciare sulle ulteriori eccezioni di inammissibilità opposte dal controinteressato, incentrate sia sulla violazione dell'art. 101 c.p.a. per omessa specifica contestazione di alcuni capi di sentenza autonomamente idonei a sorreggere il rigetto del ricorso di primo grado, sia sull'omessa impugnazione di alcune *rationes decidendi* a sostegno del provvedimento amministrativo.

12. In primo luogo, deve essere disattesa la censura riferita ad una supposta nullità del provvedimento impugnato in primo grado per violazione o elusione del giudicato.

12.1 Al riguardo, deve provvedersi alla ricostruzione della portata oggettiva del giudicato formatosi sulla sentenza emessa dal T. A. R. della Campania, Sezione Staccata

di Salerno (Sezione Seconda) dell'11 dicembre 2017, n. 1742, prodotta sub doc. C del ricorso in appello, tenendo conto che.

- da un lato, a tali fini occorre avere riguardo a tutto ciò che ha costituito oggetto della decisione, comprese le questioni e gli accertamenti che rappresentano le premesse necessarie e il fondamento logico-giuridico ineludibile della pronuncia e che si ricollegano, quindi, in modo indissolubile alla decisione formandone l'indispensabile presupposto (cfr. Consiglio di Stato Sez. V, 28 gennaio 2021, n. 832; Id., Sez. II, 16 marzo 2021, n. 2248);

- dall'altro, al fine di configurare un vizio di elusione o violazione del giudicato, *“non è sufficiente che l'azione amministrativa posta in essere dopo la formazione del giudicato intervenga sulla stessa fattispecie oggetto del pregresso giudizio di cognizione o alteri l'assetto di interessi definito. Al contrario, è necessario che la Pubblica Amministrazione eserciti la medesima potestà pubblica, già esercitata illegittimamente, in contrasto con il contenuto precettivo del giudicato (cioè con un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza), così integrando una violazione del giudicato, ovvero che l'attività asseritamente esecutiva della P.A. sia connotata da un manifesto sviamento di potere diretto ad aggirare l'esecuzione delle puntuali prescrizioni stabilite dal giudicato, in tal guisa integrando l'ipotesi di elusione del giudicato”* (tra gli altri, Consiglio di Stato Sez. IV, 17 luglio 2020, n. 4594).

Con la sentenza n. 1742/17 cit. il Tar Salerno, disponendo l'annullamento di una precedente ordinanza demolitoria, datata 5 aprile 2017 – Prot. 4208, riferita alle medesime opere oggetto dell'odierno giudizio, aveva riscontrato una carenza motivazionale del provvedimento comunale, rilevando che:

- l'Amministrazione, dapprima, aveva inviato ai Sig.ri Russo Pierluigi e Russo Francesco Antonio la comunicazione ex art. 7 della legge 241/90 di avvio del procedi-

mento finalizzo all'emissione di provvedimenti sanzionatori, invitando le parti private a prendere parte al procedimento ed a produrre osservazioni controdeduttive correlate da opportuna documentazione;

- le parti private avevano depositato articolata memoria di controdeduzioni, con allegata documentazione, anche fotografica;

- l'Amministrazione si era limitata a riscontrare che le osservazioni delle parti private *“nulla aggiungono in ordine alla legittimità paesaggistica ed edilizia delle opere di cui all'avvio del procedimento, in quanto non viene dimostrata la preesistenza delle opere contestate”*;

- tale rilievo comunale non consentiva di motivare adeguatamente circa le ragioni del mancato accoglimento delle osservazioni prodotte dagli interessati, *“essendo evidente come insufficiente, a tal fine, si presenti la semplice locuzione “in quanto non viene dimostrata la preesistenza delle opere contestate”, afferente soltanto ad uno dei profili, neppure centrale, oggetto delle complesse deduzioni difensive, evidenziate da Russo Francesco Antonio, nella propria memoria in atti”*;

- il Comune era tenuto a valutare tutte le osservazioni licenziate, in chiave difensiva, dai privati, pena, altrimenti, la riduzione dell'istituto in parola ad un mero simulacro di partecipazione al contenuto dispositivo del provvedimento conclusivo.

Ne discende che l'effetto conformativo prodotto dal giudicato di annullamento era limitato al necessario riesame della fattispecie concreta, alla stregua delle osservazioni formulate dalle parti private, destinatarie dell'ordine demolitorio annullato: la sentenza del Tar non precludeva, invece, la riadozione del provvedimento demolitorio, ma imponeva che una tale decisione fosse assunta sulla base di un'adeguata motivazione, che tenesse conto dei rilievi controdeduttivi formulati dai Sig.ri Russo in ordine all'insussistenza dei presupposti per l'irrogazione della sanzione ripristinatoria.

12.2 Non potrebbe argomentarsi diversamente sulla base della disciplina dettata dall'art. 10 bis L. n. 241/90, per come modificato dall'art. 12, comma 1, lett. e), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, che, nel sostituire il terzo e il quarto periodo dell'art. 10 bis, ha previsto il divieto per l'Amministrazione, in caso di annullamento in giudizio del provvedimento, nella fase di riedizione del potere, di addurre per la prima volta motivi ostativi già emergenti dall'istruttoria del provvedimento annullato.

Trattasi, infatti, di normativa che, in quanto sopravvenuta rispetto all'adozione del provvedimento impugnato in primo grado, non può essere invocata per individuare il quadro normativo sulla cui base scrutinare la legittimità dell'ordine di demolizione; ciò, in applicazione del principio "*tempus regit actum*", in forza del quale la legittimità del provvedimento amministrativo va valutata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione (Consiglio di Stato, sez. II, 21 giugno 2021, n. 4756).

Pertanto, tenuto conto che la giurisprudenza amministrativa al tempo di adozione del provvedimento impugnato in prime cure (13 febbraio 2019) affermava la vigenza del principio del cd. "*one shot temperato*" - "*secondo cui, dopo aver subito l'annullamento di un proprio atto, l'amministrazione può rinnovarlo una sola volta e quindi deve riesaminare l'affare nella sua interezza e senza potere in seguito "tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili non ancora esaminati"* (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. IV, 11 marzo 2019, n. 1627) - ben poteva l'Amministrazione comunale, a fronte di un giudicato di annullamento per difetto di motivazione, che non riconosceva la spettanza del bene della vita in capo al privato ricorrente, provvedere ad un riesame complessivo, per una sola volta, dell'affare, onde individuare le *rationes* ostative alla permanenza delle opere edilizie in contestazione.

12.3 Il che è avvenuto nella specie.

Al riguardo, occorre, in particolare, soffermarsi sull'apparato motivazionale alla base dell'ordine di demolizione del 2017 per evidenziare come l'Amministrazione, adottando nuovamente la sanzione ripristinatoria nel 2019, abbia esaminato compiutamente la fattispecie concreta sottoposta alla sua attenzione, pervenendo ad una motivata valutazione circa l'abusività delle opere in contestazione e la loro assoggettabilità alla sanzione demolitoria.

12.4 Iniziando la disamina dal provvedimento n. 4208 del 5.4.2017 (annullato con la sentenza n. 1742/17 cit.), esso era incentrato:

- sul rinvio alla relazione n. 287 del 10.1.2017, recante l'accertamento dell'esistenza di opere abusive, all'uopo compiutamente descritte;
- sull'inidoneità delle note controdeduttive fornite dal Sig. Russo ad impedire l'applicazione della sanzione ripristinatoria (facendosi questione di note *“che nulla aggiungono alla legittimità paesaggistica ed edilizia delle opere di cui all'avvio del procedimento, in quanto non viene dimostrata la preesistenza delle opere contestate”*);
- sull'interesse pubblico all'eliminazione della lesione arrecata al bene protetto e costituzionalmente tutelato (da soddisfare con la sanzione ripristinatoria);
- sull'assenza di titoli abilitativi ai sensi del DPR n. 380/01 e dell'autorizzazione paesaggistica ex D. lgs. n. 42/04, trattandosi di modifiche esterne dei luoghi;
- sul carattere vincolato dell'ordine di demolizione, risultando sufficiente la compiuta descrizione delle opere abusive e la constatazione della loro esecuzione in assenza del necessario titolo abilitativo edilizio;
- sull'afferenza delle opere in esame ad un'area, da un lato, compresa in zona territoriale 1A del PUT di cui alla L.R. 35/87, trasfusa secondo il PRG in zona di tutela

naturale, dall'altro, dichiarata di notevole interesse pubblico ai sensi del DM 23.1.1954 in assenza della prescritta autorizzazione ambientale.

12.5 L'ordinanza di demolizione n. 13 del 13.2.2019 risulta motivata:

- sul rinvio alla relazione n. 287 del 10.1.2017, recante l'accertamento dell'esistenza di opere abusive, all'uopo compiutamente descritte;
- sulla realizzazione degli interventi oggetto di contestazione sulla porzione di terreno catastalmente identificata al foglio 7, p.lla 984, di proprietà di terzi, utilizzata dagli odierni ricorrenti per giungere all'immobile di proprietà, avente una distinta identificazione catastale;
- sulla comunicazione n. 11874 del 3.10.2018 e su atti successivi - in specie il ricorso al Tar Salerno prot. comunale n. 1136 del 22.1.2019-, prodotti dal proprietario confinante, da cui emergevano ulteriori elementi di riscontro, sia sullo stato dei luoghi preesistente agli interventi abusivi sia sui soggetti proprietari dell'appezzamento di terreno oggetto di accertamento;
- sull'esecuzione di interventi, oggetto di contestazione, che avevano *“portato ad un livellamento del declivio originale, mediante realizzazione di muro di contenimento in pietrame e riporto di terreno, interventi che hanno, di fatto, realizzato un tracciato ex novo sulla particella di terreno catastalmente identificata al foglio 7 p.lla 984”*;
- sull'afferenza di tali interventi ad una zona di interesse naturale secondo il PRG e ad una zona territoriale 1° del PUT, dove risulta *“inammissibile qualsiasi intervento di edificabilità, pubblica e privata, e di trasformazione degli assetti presenti”* ed inoltre *“non possono in alcun caso essere consentiti l'asporto di materiali e i movimenti di terra che non siano strettamente finalizzati ad interventi di restauro del paesaggio”*;
- sulla sussistenza del vincolo paesaggistico ambientale di cui al DM 23.1.1954;

- sull'assenza del permesso di costruire di cui all'art. 10 DPR n. 380/01 e dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 D. Lgs. n. 42/04, trattandosi di modifiche esterne dello stato dei luoghi in area sottoposta a vincolo paesaggistico;
- sul carattere vincolato dell'ordine di demolizione.

12.6 Il confronto tra l'ordine di demolizione del 2017 e l'ordine di demolizione del 2018 dimostra come l'Amministrazione, nella fase di riedizione del potere, non si sia limitata a ribadire le *rationes decidendi* a sostegno del precedente provvedimento -già annullato in sede giurisdizionale perché carente di un'adeguata motivazione-, bensì abbia svolto una nuova istruttoria, tradottasi nell'acquisizione di ulteriori elementi forniti dal controinteressato, all'esito della quale ha assunto una nuova determinazione incentrata su un apparato motivazionale rafforzato.

Il Comune, in particolare, dapprima, ha rilevato che l'abusività delle opere *de quibus* era attestata ulteriormente dagli elementi di riscontro forniti dal controinteressato, tra l'altro, utili per la ricostruzione dello stato dei luoghi preesistente agli interventi abusivi; all'esito, ha ravvisato un livellamento del declivio originale, eseguito attraverso l'edificazione del muro di contenimento in pietrame e il riporto di terreno, con conseguente realizzazione di un nuovo tracciato.

Non può, dunque, ritenersi che il Comune abbia reiterato l'ordine di demolizione, disattendendo il giudicato di annullamento e, dunque, astenendosi da una compiuta rappresentazione delle ragioni sottese alla decisione.

Il Comune, invero, ha svolto una nuova istruttoria, acquisendo ulteriori elementi utilmente valorizzabili per la ricostruzione dei presupposti del provvedere, nonché ha integrato il proprio apparato motivazionale, con la specificazione delle modifiche

dello stato dei luoghi in concreto determinate dalle opere abusive, evidenziando l'avvenuta realizzazione di un nuovo tracciato per effetto del livellamento dell'originario declivio in zona paesaggisticamente tutelata.

In tale modo, l'Amministrazione si è conformata al giudicato di annullamento, integrando l'apparato motivazionale alla base dell'ordine di demolizione, come imposto dalle statuizioni recate nella sentenza n. 1742/17 cit., e motivando adeguatamente in ordine ai presupposti del provvedere.

12.7 Non potrebbe argomentarsi diversamente, sostenendo l'irrilevanza o l'inutilizzabilità degli elementi di prova forniti dal controinteressato, ovvero l'inidoneità, ai fini dell'adempimento dell'obbligo motivazionale, di un rinvio a tali elementi istruttori.

Sotto il primo profilo, si rileva, difatti, che ai sensi dell'art. 10 L. n. 241 del 1990 tutti i partecipanti al procedimento sono abilitati a presentare memorie e documenti da valutare ai fini dell'adozione del provvedimento ove pertinenti in relazione alla decisione finale, con la conseguenza che, nella specie, anche il Sig. Criscuolo, proprietario confinante e partecipante al procedimento, risultava legittimato a produrre documenti utilmente valorizzabili per l'adozione del provvedimento sanzionatorio.

Sotto il secondo profilo, si osserva che il provvedimento amministrativo può recare anche una motivazione *per relationem*, ammessa dall'art. 3, comma 3, della legge 241 cit., nelle ipotesi in cui, come nella specie, il provvedimento sia preceduto e giustificato da atti istruttori in esso espressamente richiamati, resi disponibili alla parte incisa dall'esercizio del pubblico potere (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 18 febbraio 2020, n. 1223).

Peraltro, il concetto di disponibilità, di cui all'art. 3, l. n. 241 del 1990, non richiede, ai fini della legittimità della determinazione in concreto assunta, che l'atto amministrativo menzionato *per relationem* debba essere unito imprescindibilmente al documento o che il suo contenuto debba essere riportato testualmente nel corpo motivazionale, essendo sufficiente che esso sia reso disponibile per l'interessato, potendo essere acquisito utilizzando il procedimento di accesso ai documenti amministrativi (Consiglio di Stato, sez. III, 20 marzo 2015, n. 01537); il tempo occorrente per la relativa acquisizione, a seconda delle peculiarità del caso concreto, potrebbe, al più, valorizzarsi ai fini dell'individuazione del *dies a quo* dell'impugnazione principale o per motivi aggiunti, ma non è idoneo ad incidere sulla legittimità dell'atto assunto.

Nel caso di specie:

- da un lato, la demolizione risulta congruamente motivata attraverso il rinvio (altresì) agli elementi istruttori forniti dal Sig. Criscuolo, tra l'altro, all'atto di diffida n. 11874 del 3.10.2018 prodotto dal controinteressato in primo grado (doc. 1 produzione del 31.5.2019), recante anche rappresentazioni fotografiche del preesistente declivio naturale del terreno;
- dall'altro, non è stata dimostrata l'impossibilità per la parte privata di accedere ai documenti richiamati nel provvedimento di demolizione, non potendosi, dunque, ritenere che gli atti oggetto di rinvio fossero giuridicamente indisponibili per la parte privata.

Si conferma, dunque, l'integrazione della motivazione (originariamente ritenuta inadeguata dal Tar) e, dunque, l'avvenuta conformazione dell'Amministrazione al pregresso giudicato di annullamento, con conseguente infondatezza delle censure attee incentrate sulla violazione o elusione del giudicato.

13. L'appello è infondato, altresì, nella parte in cui tende a sottrarre le opere per cui è causa al regime giuridico del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica, facendosi, invero, questione di interventi di nuova costruzione in zona paesaggisticamente vincolata.

13.1 Preliminarmente, giova evidenziare come, sul piano edilizio, onde qualificare l'attività edilizia in concreto svolta, occorra tenere conto che la trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio comprende non le sole attività di edificazione, ma anche quelle consistenti nella modificazione rilevante e duratura dello stato del territorio e nell'alterazione della conformazione del suolo (Cons. Stato Sez. IV, Sent., 28 giugno 2016, n. 2915 e Cons. Stato Sez. V, 28 giugno 2018, n. 3990). Pertanto, qualora l'intervento abbia attuato una rilevante trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, deve ritenersi che si sia in presenza di un "intervento di nuova costruzione".

Con specifico riferimento all'edificazione di strutture murarie, la Sezione ha già precisato che *“il muro di contenimento, sotto il profilo edilizio è un'opera ben più consistente di una recinzione e, soprattutto, è dotata di propria specificità ed autonomia, in relazione alla sua funzione principale; conseguendone sia la necessità del suo assoggettamento al regime concessorio, sia la legittimità della sanzione della demolizione prevista per il caso di assenza di concessione”* (Consiglio di Stato Sez. VI, 30 giugno 2020, n. 4152).

In subiecta materia, deve, peraltro, ribadirsi il principio di diritto per cui i requisiti essenziali del muro di cinta sono costituiti dall'isolamento delle facce, dall'altezza non superiore a metri tre e dalla sua destinazione alla demarcazione della linea di confine e alla separazione e chiusura della proprietà; diversamente, quando si è in presenza di un dislivello di origine artificiale, deve essere considerato costruzione in senso tecnico - giuridico il muro che assolve in modo permanente e definitivo anche alla

funzione di contenimento di un terrapieno creato dall'opera dell'uomo (Consiglio di Stato Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2954).

In applicazione di tali coordinate ermeneutiche, nel caso di specie si fa questione di muro di contenimento, soggetto al previo rilascio del permesso di costruire.

Come emerge dalle riproduzioni fotografiche in atti (acquisite su iniziativa tanto dei ricorrenti, quanto del controinteressato), il Comune ha correttamente constatato la presenza di un'opera che ha eliminato il dislivello originario del terreno per consentire, attraverso il riporto di terreno, la realizzazione di un nuovo tracciato: emerge, dunque, la creazione di un terrapieno contenuto dalla relativa struttura muraria, non avente una mera funzione di delimitazione della proprietà, essendo deputata allo svolgimento di una funzione di contenimento.

Il muro *de quo*, peraltro, è connotato da rilevanti dimensioni, estendendosi per oltre venti metri, a nulla rilevando sotto tale profilo l'asserita minore altezza allegata dai ricorrenti (0,70 cm in luogo di mt. circa 1,00 valorizzato dal Comune): anche se la muratura fosse alta di 0,70 cm, ciò da un lato non influirebbe sulla relativa funzione di contenimento, dall'altro, non escluderebbe le sue rilevanti dimensioni, essendo sufficiente al riguardo la lunghezza di oltre 20 mt (mt 26,00 circa).

13.2 Non potrebbe neppure sostenersi che tale muro preesistesse e che l'intervento in concreto eseguito fosse funzionale alla sua manutenzione, non essendo stata fornita al riguardo alcuna prova idonea a cura degli odierni appellanti.

Al riguardo, deve precisarsi che il privato è onerato a provare la data di realizzazione dell'opera edilizia, non solo per poter fruire del beneficio del condono edilizio, ma anche - in generale - per potere escludere la necessità del previo rilascio del titolo abilitativo.

La prova circa il tempo di ultimazione delle opere edilizie, è infatti, posta sul privato e non sull'amministrazione, atteso che solo il privato può fornire (in quanto ordinariamente ne dispone) inconfutabili atti, documenti o altri elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione del manufatto; mentre l'Amministrazione non può, di solito, materialmente accertare quale fosse la situazione all'interno del suo territorio (*ex multis*, Consiglio di Stato Sez. VI, 06 febbraio 2019, n. 903).

Tale prova deve, inoltre, essere rigorosa e deve fondarsi su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi, “*dovendosi, tra l'altro, negare ogni rilevanza a dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o a semplici dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate (Cons. Stato, Sez. VI, 4/3/2019, n. 1476; 9/7/2018, n. 4168; Sez. IV, 30/3/2018, n. 2020)*” (Consiglio di Stato, sez. VI, 20 aprile 2020, n. 2524).

Avuto riguardo al caso di specie, non potrebbero valorizzarsi: l'ubicazione della base di appoggio della palificata di supporto dei cavi Enel; il riferimento ad un vialetto preesistente recato in un contratto di compravendita del 1981; o la presenza di piantumazioni in loco che insistono sul vialetto.

13.2.1 Difatti, il contratto di compravendita, pure ove rivestente la forma dell'atto pubblico (doc. 4 produzione controinteressato in primo grado), non consente di dimostrare l'effettiva preesistenza del tracciato per cui è causa.

La fede privilegiata che accompagna un atto pubblico, ai sensi dell'art. 2700 c.c., in particolare, si produce in relazione alla provenienza del documento dal pubblico ufficiale che l'ha formato; alle dichiarazioni al medesimo rese ed agli altri fatti che il pubblico ufficiale attesta avvenuti in sua presenza o da lui compiuti; detta efficacia probatoria non si estende, invece, alla veridicità sostanziale del contenuto delle dichiarazioni rese dai comparenti e trasfuse nell'atto pubblico, ben potendo queste

ultime essere liberamente contrastate e valutate con tutti i mezzi di prova consentiti dalla legge, senza dover ricorrere alla querela di falso (Cass. civ. Sez. VI - 5 Ord., 19 novembre 2020, n. 26400).

Pertanto, la mera dichiarazione in ordine all'esistenza di uno stradello non consente di ritenere provata la veridicità sostanziale di quanto dichiarato in sede negoziale, con conseguente mancato adempimento dell'onere probatorio gravante sugli odierni ricorrenti.

Peraltro, non vi sono indici certi per riferire tale dichiarazione allo specifico tracciato per cui è causa, ben potendo esservi ulteriori e diversi viottoli originati dalla strada comunale.

13.2.2 Lo stato della vegetazione, in quanto suscettibile di modifiche nel tempo, non consente neppure di dimostrare la preesistenza del tracciato in parola, così come la base di appoggio del palo Enel è dagli stessi ricorrenti riferita ai tre scalini di accesso al tracciato, ma non al tracciato stesso.

13.2.3 In ogni caso, nella specie, non soltanto non è stato adempiuto l'onere probatorio sulla preesistenza del tracciato, ma risultano rilevanti in senso contrario le riproduzioni fotografiche prodotte dal Sig. Criscuolo, allegate alla diffida n. 11847/18 cit., correttamente valorizzate dal Comune in sede decisoria, che dimostrano come la zona in esame, fosse caratterizzata da un viottolo e dal declivio naturale del terreno e che, soltanto all'esito delle opere per cui è causa, è emerso un nuovo tracciato realizzato con riporto di terreno e sostenuto da una struttura muraria appositamente edificata.

Le riproduzioni fotografiche, in particolare, attestano che, mentre in precedenza mancava una muratura di contenimento e lo stesso viottolo non modificava il decli-

vio naturale (foto nn. 1-5 doc. 1 produzione Sig. Criscuolo di primo grado); attualmente, sussiste un muro di contenimento di un tracciato realizzato con riporto di terreno, in assenza del declivio naturale (foto 6-9 doc. 1 produzione Sig. Criscuolo di primo grado).

13.2.4 Risulta, dunque, integrata la realizzazione di un muro di contenimento di rilevanti dimensioni, che avrebbe richiesto il previo rilascio del permesso di costruire, essendo, invece, inconferenti i riferimenti operati dagli appellanti all'art. 6 DPR n. 380/01 o all'art. 3, lett. c), DPR n. 380/01, in quanto non si fa questione di opere di mera pavimentazione o di opere di restauro o risanamento conservativo di un organismo preesistente, ma di realizzazione di una nuova costruzione, di cui non è dimostrata la preesistenza, con trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio discendente dall'eliminazione del declivio originario e dalla sua sostituzione con un nuovo tracciato.

Si conferma l'assoggettabilità dell'intervento edilizio al combinato disposto dell'art. 3, comma 1, lett. e), e dell'art. 10, comma 1, DPR n. 380/01, richiedente il previo rilascio del permesso di costruire.

13.2.5 Non potrebbero neppure escludersi da tale regime le ulteriori opere sanzionate dal Comune, riferite al cancello in legno, alle opere di recinzione (ulteriori rispetto alla recinzione metallica preesistente) o alla realizzazione di n. 3 scalini in pietra e malta cementizia.

Difatti, al fine di valutare l'incidenza sull'assetto del territorio di un intervento edilizio, consistente in una pluralità di opere, va compiuto un apprezzamento globale, atteso che la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprenderne in modo adeguato l'impatto effettivo complessivo. I molteplici interventi

eseguiti non vanno considerati, dunque, in maniera "frazionata" (Consiglio di Stato, sez. II, 18 maggio 2020, n. 3164).

Una volta qualificata in termini di nuova costruzione l'edificazione del muro di contenimento, le opere correlate alla sua esecuzione non potrebbero valutarsi in maniera atomistica, concorrendo a delineare l'unitario e complessivo intervento edilizio abusivo posto in essere dalla parte privata.

Pertanto, anche il cancello di ingresso, le nuove opere di recinzione (e, dunque, le opere ulteriori rispetto alla recinzione metallica preesistente, come tale non concorrente ad integrare il nuovo intervento edilizio sanzionato) e i gradini di ingresso al tracciato devono essere valutati unitariamente, come componenti l'intervento di nuova costruzione all'uopo eseguito, con la conseguente loro assoggettabilità alla sanzione demolitoria prescritta, per gli interventi di nuova costruzione in assenza di permesso di costruire, dall'art. 31 DPR n. 380/01.

13.2.6 Al riguardo, giova precisare, altresì, come non possa ritenersi dimostrata la preesistenza dei tre gradini in ragione dell'ubicazione della base di appoggio della palificata di supporto dei cavi Enel, tenuto conto che dalle stesse riproduzioni fotografiche prodotte dagli appellanti (riferite all'ingresso al vialetto - cfr. doc. 9 ricorso di primo grado), emerge che il palo in esame risulta collocato alla sommità e in posizione laterale, essendo ben compatibile con uno stato dei luoghi originario, al momento della relativa installazione, caratterizzato dall'assenza dei gradini in esame.

13.3 Le caratteristiche delle opere in esame implicano il loro assoggettamento anche all'obbligo di previo rilascio del titolo paesaggistico, comportando una rilevante modifica dello stato dei luoghi in zona paesaggisticamente vincolata, attraverso l'eliminazione del declivio naturale e la sua sostituzione con un muro di contenimento

funzionale alla realizzazione di un nuovo tracciato; deve, dunque, trovare applicazione il principio di diritto per cui *“In caso di vincolo paesaggistico qualsiasi intervento idoneo ad alterare il pregresso stato dei luoghi deve essere preceduto da autorizzazione paesaggistica e in sua assenza è soggetto a sanzione demolitoria”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 novembre 2021, n. 7426).

Anche in tale caso risulta inconferente il riferimento all'Allegato A.13 del DPR n. 31 del 2017, in quanto non si fa questione di interventi (quali la manutenzione, la sostituzione o l'adeguamento) su organismi edilizi preesistenti, soggetti alle disposizioni di cui al punto A.13 cit., ma alla realizzazione di un nuovo organismo con la modifica dell'andamento naturale del terreno; fattispecie non sottratta all'obbligo del previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

14. L'appello non può trovare accoglimento neppure nella parte in cui deduce la compatibilità dell'intervento edilizio con il Piano Urbanistico Territoriale della Penisola Sorrentino/Amalfitana, approvato con la L.R. 35/87, in quanto non si fa questione di opere di ripristino dei sentieri o passaggi pedonali, ma di realizzazione *ex novo* di un tracciato non preesistente.

15. Infine, deve essere rigettata l'ultima censura riferita al vizio di incompetenza.

Ai sensi dell'art. 20, commi 1-4, D. Lgs. n. 39 del 2013, *“1. All'atto del conferimento dell'incarico l'interessato presenta una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di incompatibilità di cui al presente decreto.*

2. Nel corso dell'incarico l'interessato presenta annualmente una dichiarazione sulla insussistenza di una delle cause di incompatibilità di cui al presente decreto.

3. Le dichiarazioni di cui ai commi 1 e 2 sono pubblicate nel sito della pubblica amministrazione, ente pubblico o ente di diritto privato in controllo pubblico che ha conferito l'incarico.

4. La dichiarazione di cui al comma 1 è condizione per l'acquisizione dell'efficacia dell'incarico”.

Ai sensi dell'art. 50, commi 9 e 10, D. Lgs. n. 267/00, *“Tutte le nomine e le designazioni debbono essere effettuate entro quarantacinque giorni dall'insediamento ovvero entro i termini di scadenza del precedente incarico 10. Il sindaco e il presidente della provincia nominano i responsabili degli uffici e dei servizi, attribuiscono e definiscono gli incarichi dirigenziali e quelli di collaborazione esterna secondo le modalità ed i criteri stabiliti dagli articoli 109 e 110, nonché dai rispettivi statuti e regolamenti comunali e provinciali”*.

Alla stregua di quanto emergente dal quadro normativo di riferimento, dunque, l'inefficacia dell'incarico è prevista soltanto in relazione alla mancanza originaria della dichiarazione sulla insussistenza delle cause di inconferibilità, da rendere all'atto del conferimento dell'incarico, e non anche con riguardo alla mancata presentazione della dichiarazione sulla insussistenza delle cause di incompatibilità da rendere annualmente, nel corso dell'incarico.

Parimenti, l'insediamento dei nuovi organi elettivi non costituisce una causa automatica di decadenza degli incarichi e delle designazioni conferite dai precedenti organi, occorrendo a tale fine una revoca espressa, in mancanza della quale il precedente incarico deve ritenersi confermato e, per l'effetto, il nuovo incarico può essere conferito soltanto entro i termini naturali di scadenza di quello precedente (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 giugno 2004, n. 4785, che discorre del potere di revoca; analogamente Cass. civ. Sez. Unite, 18 giugno 2019, n. 16335, che peraltro limita l'applicabilità della disposizione agli incarichi connotati dall'*intuitu personae*, cioè sulla base di valutazioni personali coerenti all'indirizzo politico, nonché in relazione ai titolari di organi di vertice dell'Amministrazione).

Avuto riguardo al caso di specie, da un lato, risulta che il provvedimento impugnato in prime cure è stato assunto dal Responsabile dell'Area Tecnica ed Edilizia Privata nominato con decreto sindacale n. 8/2014 (come riportato nella stessa ordinanza di

demolizione), dall'altro, emerge in atti una dichiarazione sulla insussistenza di cause di incompatibilità ai sensi dell'art. 20, commi 1 e 2, D. Lgs. n. 39/13 resa in data 27.12.2013 e, dunque, in vista del conferimento dell'incarico.

Per l'effetto, la dichiarazione *de qua* risultava presentata al momento del conferimento dell'incarico; il che era sufficiente per escludere l'integrazione di una causa di sua inefficacia ai sensi dell'art. 20, commi 1 e 4, D. Lgs. n. 39/13.

La circostanza per cui la dichiarazione *de qua* non sia stata presentata negli anni successivi non poteva, infatti, influire sull'efficacia dell'atto di nomina del Responsabile dell'Area Tecnica ed Edilizia Privata.

Parimenti, l'insediamento dei nuovi organi titolari dell'indirizzo politico – amministrativo non avrebbe potuto determinare l'automatica cessazione degli incarichi conferiti e non revocati.

Di conseguenza, non risultando dimostrata la revoca dell'incarico e sussistendo la dichiarazione ex art. 20, commi 1, D. Lgs. n. 39/13 all'atto del suo conferimento, non può fondatamente censurarsi l'adozione del provvedimento per cui è causa da parte di un organo amministrativo non efficacemente investito della potestà pubblica in concreto esercitata.

16. Alla luce delle considerazioni svolte, l'appello deve essere rigettato.

Le spese di giudizio, nei rapporti tra l'appellante e il controinteressato costituito devono essere regolate in applicazione della regola della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

Stante il rigetto dell'appello e la mancata costituzione in giudizio del Comune di Positano non vi è, invece, luogo a statuire sulle spese di giudizio nei rapporti tra l'appellante e l'Amministrazione comunale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna i Sig.ri Pierluigi Russo e Francesco Antonio Russo in solido al pagamento, in favore del Sig. Maurizio Criscuolo, delle spese di giudizio del grado di appello, liquidate nella misura complessiva di € 2.000,00 (duemila/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 21 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO