



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 7447 del 2016, proposto da Sergio Rispoli, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Santina Murano in Roma, via Pelagio I, 10;

contro

Comune di Positano, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 00411/2016, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2022 il Cons. Roberta Ravasio e uditi per le parti gli avvocati Andrea Di Lieto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. L'odierno appellante è proprietario, in Comune di Positano, del fondo censito al Catasto Terreni al Foglio 5, mapp. 1828/2, soggetto a vincolo paesaggistico, sul quale ha realizzato, in assenza di titolo edilizio, opere abusive consistenti nello sbancamento sottostante a un fabbricato preesistente e nella realizzazione di un alloggio residenziale, completo in ogni sua parte e già in uso, oltre ad una lavanderia, ancora in corso di costruzione al momento di accertamento dell'abuso: il tutto per una superficie utile complessiva di circa 61 mq.
2. Giova precisare, a miglior comprensione di quanto infra si dirà, che il fabbricato preesistente non è stato realizzato legittimamente, sulla base di un titolo edilizio regolarmente rilasciato, ma è stato a sua volta realizzato abusivamente e quindi fatto oggetto di domanda di condono tuttora pendente; successivamente sono stati effettuati ulteriori ampliamenti, sia nella parte fuori terra originariamente realizzata, sia nella parte interrata.
3. Con ordinanza del 27 settembre 2013 il Comune di Positano ha ordinato, precisamente, la rimozione delle opere abusive realizzate dall'appellante nella parte interrata del fabbricato.
4. Con istanza presentata il 13 gennaio 2014 il sig. Rispoli ha chiesto al Comune il rilascio della sanatoria di conformità nonché il rilascio della compatibilità paesaggistica.
5. Con provvedimento del 10 aprile 2014 il Comune di Positano, ha negato la compatibilità paesaggistica, rilevando che le opere abusive si compendiano nella creazione di nuovi volumi, i quali avevano determinato modifiche che non si inserivano

nel contesto paesaggistico e architettonico e, comunque, precludevano il rilascio della compatibilità paesaggistica in ragione dei limiti imposti dall'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004.

6. Avverso tale provvedimento, e la precedente ordinanza di demolizione, ha proposto ricorso il sig. Rispoli.

7. Con l'appellata sentenza il TAR per la Campania ha respinto il ricorso, ritenendo che il Comune di Positano, a fronte del chiaro disposto dell'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004, non avesse l'obbligo di chiedere, alla Soprintendenza, la compatibilità paesaggistica. Il TAR, inoltre, ha ritenuto che l'ordinanza di demolizione a suo tempo emessa dal Comune non avesse perso efficacia a causa della presentazione della istanza di sanatoria, rilevando che, in ogni caso, l'ordine era stato reiterato nel corpo del provvedimento che negava la sanatoria. Infine, il TAR ha ritenuto il provvedimento impugnato anche sufficientemente motivato con riferimento alla inapplicabilità dell'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001, considerando che allo stato non esiste una parte del fabbricato "legittimata" e che, ad ogni buon conto, il ripristino può avere luogo senza compromettere la stabilità delle parti superiori del fabbricato.

8. Il sig. Rispoli ha proposto appello.

9. Il Comune di Positano non si è costituito in giudizio.

10. La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 3 novembre 2022.

DIRITTO

11. Con il primo motivo d'appello il sig. Sergio Rispoli deduce *error in iudicando*, in relazione al fatto che il TAR, nel corso del primo grado di giudizio, dopo aver disposto la riunione del ricorso n. 1554/2014 a quello recante il n. di R.G. 1553/2014,

proposto dal fratello dell'appellante Rispoli Alfredo per l'annullamento di atti asseritamente connessi, si è tuttavia pronunciato sui due ricorsi con distinte pronunce, contravvenendo al disposto degli artt. 70 e 88 c.p.a., avendo tale vizio impedito di valutare correttamente l'eccezione dell'appellante relativa alla impossibilità di dare corso alla demolizione delle opere senza danneggiare la parte soprastante del fabbricato, di proprietà del fratello.

11.1. La censura è infondata. Si deve premettere che il giudizio radicato innanzi al TAR per la Campania dal sig. Alfredo Rispoli, rubricato con il n. 1554/2014 R.G., ed il cui appello è stato discusso alla stessa odierna udienza, ha ad oggetto gli atti che hanno sanzionato autonomi abusi edilizi commessi nella parte superiore del fabbricato dal suddetto sig. Alfredo Rispoli, consistenti nell'ampliamento di un terrazzo e nella realizzazione di un locale cucina in ampliamento alla unità abitativa oggetto di condono.

11.2. Osserva il Collegio che la possibilità che il ripristino dello stato dei luoghi ai piani inferiori possa pregiudicare la stabilità del piano superiore, di proprietà del sig. Alfredo Rispoli, avrebbe semmai giustificato, da parte di quest'ultimo, l'impugnazione dell'ordine di demolizione relativo agli abusi commessi al piano inferiore, oppure un intervento volontario nel giudizio promosso dal sig. Sergio Rispoli, ma di certo non imponeva al TAR (come neppure al giudice di appello) di riunire e decidere congiuntamente i due giudizi, che a ben guardare presentano sì elementi di connessione oggettiva e soggettiva, vertendo sullo stesso immobile e tra le stesse parti, ma non al punto da imporre come obbligata la loro riunione ai fini della trattazione congiunta, avendo pur sempre ad oggetto provvedimenti negativi differenti originati da distinte istanze di sanatoria (nel senso comunque della insindacabilità del

provvedimento giurisdizionale, di carattere ordinatorio, sulla riunione o meno, v. Cons. St., IV, n. 6170/2006 e da ultimo Cass., VI, 23831/2022).

11.3. Ad ogni buon conto, al di là del profilo processuale appena evidenziato, si deve rammentare che secondo l'orientamento della Sezione l'eventuale, effettiva, idoneità della rimessione in pristino a pregiudicare opere realizzate legittimamente non costituisce motivo di illegittimità dell'ordine di demolizione, ma deve essere fatta valere, e deve essere valutata, in sede di esecuzione dell'ordine di demolizione.

12. Con il secondo motivo d'appello il sig. Sergio Rispoli prospetta, nuovamente, *error in iudicando* per violazione degli artt. 70 e 88 c.p.a., oltre alla violazione dell'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001, assumendo che l'atto impugnato violerebbe l'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001, affermando, erroneamente, che la demolizione possa essere effettuata senza pregiudizio della parte superiore, ed inoltre rilevando che, non essendo ancora definita la pratica di condono edilizio della parte superiore del fabbricato, il Comune avrebbe dovuto soprassedere a ordinare la rimozione, proprio perché l'eventuale sanatoria del piano superiore avrebbe reso possibile e doverosa la valutazione relativa alla "fiscalizzazione" degli abusi commessi al piano inferiore: dunque, sia l'atto impugnato che la sentenza avrebbero affermato in modo illogico e in carenza di istruttoria che non sussistono elementi che dimostrino la legittimità della restante parte del fabbricato e la possibilità di sanarlo, ai fini dell'applicazione dell'art. 34.

12.1. La censura è infondata. L'art. 34, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 380/2001 afferma che *"Quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a*

cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale. 2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, eseguiti in parziale difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività”.

12.2. Richiamando il concetto di opere eseguite “*in conformità*” la norma, implicitamente, allude al fatto che la parte che può essere pregiudicata dalla demolizione deve risultare già assistita, quantomeno al momento in cui viene ordinata la rimozione delle opere “non conformi”, da un titolo edilizio: diversamente opinando, e quindi ammettendo che la “fiscalizzazione” di un abuso edilizio debba essere valutata anche a salvaguardia di opere abusive la cui legittimità non sia già stata stabilita e cristallizzata in un provvedimento formale, si finirebbe per paralizzare, o comunque per rallentare notevolmente, l’attività sanzionatoria delle amministrazioni comunali, che risponde, per definizione, ad un interesse pubblico. Giova poi rilevare, da una parte, che l’interpretazione della norma preconizzata dall’appellante rischia di alimentare l’abusivismo edilizio più grave, cioè quello non sanabile con sanatoria di conformità, incoraggiando i comportamenti illeciti di chi conta sul fatto che un’opera abusiva non possa mai essere demolita se rischia di pregiudicare un’altra opera legittima, o che potrebbe essere legittimata; d’altra parte va sottolineato che colui che costruisce un’opera abusiva, “*innestandola*” su un’opera a sua volta abusiva, sceglie da solo di porsi in una situazione illecita foriera di possibili conseguenze dannose, tra le quali una è rappresentata proprio dalla possibilità che l’ordine di demolizione per la parte non sanabile venga emesso a prescindere dalla valutazione relativa alla sanabilità, o meno, dell’altra parte abusiva, mentre un’altra conseguenza dannosa è data dal costo delle opere aggiuntive che si rendono necessarie per eseguire la demolizione senza pregiudizio dell’altra parte: da questo punto di vista l’autore dell’abuso edilizio non sanabile non vanta alcuna legittima aspettativa ad accedere al beneficio della c.d.

“fiscalizzazione”, salvo il caso in cui l’abuso non sanabile si sia innestato su un immobile realizzato sulla base di un titolo edilizio annullato in epoca successiva.

12.3. Ciò precisato è evidente che la pretesa dell’appellante, di veder commutare in sanzione pecuniaria la sanzione demolitoria in applicazione dell’art. 34 del D.P.R. n. 380/2001, è allo stato infondata, poiché assume a fondamento la necessità di non pregiudicare la stabilità di una parte di fabbricato completamente abusiva, in relazione alla quale è stata presentata una domanda di condono, che però non è ancora definitiva.

12.4. Fermo restando che nel caso di specie non è pertinente il richiamo all’art. 34 cit., va comunque evidenziato che in nessun caso il beneficio della sanzione pecuniaria, concessa ai sensi dell’art. 34 del D.P.R. n. 380/2001, può comportare - come sostiene l’appellante - una deroga ai agli artt. 142 e segg. e 167 del D. L.vo 42/2004, legittimando *ipso facto* il mantenimento di un’opera priva di autorizzazione paesaggistica o di compatibilità ex art. 167 del D. L.vo 42/2004: tale norma, infatti, al comma 1 dispone che la violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte terza, comporta sempre la rimessione in pristino a spese del responsabile, salvo, appunto, che non ricorrano le condizioni per accertare a posteriori la compatibilità ambientale, evidenziando che la tutela dell’ambiente-paesaggio è sempre prioritaria rispetto all’interesse del privato di realizzare e mantenere un’opera edilizia, ancorché conforme alle normativa urbanistica ed edilizia.

13. Con il terzo motivo d’appello il sig. Rispoli contesta il capo della sentenza che ha ritenuto insussistenti le condizioni per l’accertamento della compatibilità ambientale ex art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004: assume l’appellante che l’opera edilizia, proprio perché suscettibile di “fiscalizzazione”, avrebbe dovuto essere valutata secondo la procedura prevista all’art. 146 del D. L.vo 42/2004, ragione per cui il

Comune avrebbe dovuto assumere il parere della Soprintendenza, prima di respingere l'istanza di sanatoria.

13.1. Anche questa censura è manifestamente infondata: come precisato al paragrafo che precede, la realizzazione di opere in assenza della dovuta preventiva autorizzazione paesaggistica implica invariabilmente la rimozione: ciò è quanto ha stabilito, in modo incontrovertibile, il legislatore all'art. 167, comma 1, del D. L.vo 42/2004, prevedendo al comma 4 alcune limitate deroghe, proprio al fine di consentire la sanatoria di alcuni abusi minori; anche ricorrendo tali deroghe, il mantenimento dell'opera è soggetta al riconoscimento della compatibilità ambientale dell'opera, da parte della Soprintendenza.

13.2. Nel caso di specie le opere abusive si sono compendiate nella creazione di nuovi volumi e quindi non rientrano tra quelle per le quali l'art. 167, comma 4, cit. consente il rilascio dell'accertamento di compatibilità paesaggistica, ragione per cui diventava assolutamente superfluo istruire la pratica acquisendo il parere della Soprintendenza: valga, sul punto, evidenziare, che la qualificazione delle opere abusive come suscettibili, o meno, di accertamento di compatibilità ambientale ex art. 167, comma 4, cit., non implica l'esercizio di discrezionalità amministrativa, e così come tale verifica può essere effettuata in sede giurisdizionale, può anche essere effettuata da un comune nel corso dell'istruttoria di una pratica di sanatoria, senza che ciò implichi invasione della sfera di competenza della Soprintendenza.

13.3. Nell'ambito della censura in esame l'appellante deduce, inoltre, che il TAR avrebbe omesso d'esaminare il secondo motivo del ricorso di primo grado, a mezzo del quale si deduceva che l'ordine di demolizione risultava emesso *“in conseguenza del diniego espresso sulla domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica acquisita al prot. Com. n. 393 del 13.1.2014, non, come invece avrebbe dovuto essere, del diniego della domanda di*

accertamento di conformità urbanistica acquisita al prot. Com. n. 392 del 13.1.2014, istanza che non è stata neppure esaminata!”, ma tale rilievo è palesemente infondato. L’ordine di demolizione è anteriore alla presentazione delle istanze del 13.1.2014, mentre il provvedimento n. 3975 del 10 aprile 2014, oggetto di impugnazione, è costituito proprio dal diniego di conformità urbanistica, cioè dal diniego sulla istanza di sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001: un provvedimento formale di diniego di compatibilità ambientale, invece, non è stato adottato, proprio per la ragione che il Comune non ha trasmesso gli atti alla Soprintendenza, rilevando l’insussistenza delle condizioni per il rilascio della compatibilità ex art. 167, comma 4.

13.4. Infine non si apprezza alcuna perplessità o contraddittorietà nella motivazione del diniego di sanatoria (cioè il provv. n. 3975/2014), essendo più che evidente che tale diniego è motivato dalla impossibilità di sanare l’abuso dal punto di vista ambientale.

14. Con la quarta e ultima censura si contesta l’appellata sentenza nella parte in cui ha ritenuto legittimo il richiamo, effettuato nella parte finale del provvedimento di diniego, all’ordine di demolizione del 27 settembre 2013: secondo l’appellante il TAR avrebbe errato, in quanto la mera presentazione di una istanza di sanatoria produrrebbe la perdita di efficacia del precedente ordine di demolizione.

14.1. La censura è, anche in questo caso, manifestamente infondata, dovendosi confermare integralmente quanto affermato dal primo Giudice, relativamente al fatto che, per giurisprudenza consolidata di questa sezione, la proposizione dell’istanza di accertamento di conformità successivamente - come nel caso di specie - alla adozione dell’ordine di demolizione *“non incide sulla legittimità della previa ordinanza di demolizione pregiudicandone definitivamente l’efficacia ma soltanto suspendendone gli effetti fino alla definizione, espressa o tacita, dell’istanza, con il risultato che essa potrà essere portata ad esecuzione*

se l'istanza è rigettata decorrendo il relativo termine di adempimento dalla conoscenza del diniego” (Cons. di Stato, VI, sent. n. 466/2015)”. Legittimamente, dunque, il responsabile del procedimento ha richiamato, nel diniego di sanatoria, la precedente ordinanza di demolizione.

15. L'appello va, conclusivamente respinto in ragione della infondatezza di tutte le censure.

16. Nulla per le spese in assenza di costituzione in giudizio del Comune di Positano.

P.Q.M.

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

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Hadrian Simonetti, Presidente

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere

Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Roberta Ravasio

IL PRESIDENTE
Hadrian Simonetti

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI