



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 Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA

sul ricorso numero di registro generale 4913 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Eden Roc S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio A Placidi S.r.l. in Roma, via Barnaba Tortolini 30;

contro

Comune di Positano, Giuseppe Mascoli, non costituiti in giudizio;

nei confronti

Mediocredito Italiano S.p.a., rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola Pastore Carbone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Dario Martella in Roma, largo Torre Argentina 11;

e con l'intervento di

ad

opponendum:

Roger Douglas Kimberley, Christine Mary Kimberley, rappresentati e difesi dagli

avvocati Andrea Di Lieto, Josè Maria Lembo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sez. II, n. 718/2018

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Mediocredito Italiano S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 16 dicembre 2022 il Cons. Rosaria Maria Castorina e uditi per le parti gli avvocati Eduardo De Ruggiero su delega dichiarata degli avvocati Lorenzo Lentini e Andrea Di Lieto;

Viste, altresì, le conclusioni delle parti come da verbale;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, cod.proc.amm.;

Visto l'art. 36, comma 2, cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società originaria ricorrente, impugnava l'ingiunzione n. 42/2016 di demolizione di opere abusive realizzate tra 1985 e 2016 all'interno di un complesso immobiliare in Positano, adibito a Casa Vacanze, nella disponibilità giuridica e materiale della società, in virtù di contratto di leasing finanziario stipulato in data 28 maggio 2014, con Mediocredito.

Le opere abusive venivano così individuate: - ampliamento dell'ambiente bagno attraverso vasca interrata, successiva all'ottobre 2014; - chiusura abusiva del portico di ingresso con incremento di superficie (mq. 15,00) e volume (mc, 55,00)

realizzata nel 2014; - soppalco interno di circa 13 mq., costruito tra il 1985 ed il 2014; - due pensiline (di 40 c.), ancora, a protezione dei balconi, sul prospetto lato mare; - diversa distribuzione interna del primo piano del fabbricato, senza alterazione di superfici e volumi utili con lo spostamento di una finestra tra il 1985 ed il 2014; - aumento di altezza di due locali – bagno interni; frazionamento dell'originario complesso immobiliare, che risalirebbe al 1985, con un presunto incremento del carico insediativo.

Il Tar, dopo aver concesso una misura cautelare (ordinanza n. 188/2017), respingeva il ricorso con la sentenza n. 718/2018, in questa sede impugnata, sul presupposto che le opere controverse avevano determinato un incremento di volumi e superfici, non consentiti dal P.R.G. vigente.

Appellata ritualmente la sentenza, si costituiva Mediocredito Italiano S.p.A. spiegando intervento adesivo con riferimento al primo motivo del ricorso introduttivo.

Si costituivano altresì Kimberley Roger Douglas e Kimberley Christine Mary spiegando atto di intervento *ad opponendum*. Il Consiglio di Stato, in pendenza della domanda di sanatoria, ai sensi dell'art. 37 D.P. R. 380/2001, respingeva la richiesta di misure cautelari osservando: *“che, ad un primo esame, in ragione della pluralità degli abusi edilizi realizzati in tempi diversi sull'immobile della società (insistente in zona tutelata da vincolo paesaggistico), l'appello cautelare non risulta assistito da elementi di fondatezza e che l'efficacia della misura sanzionatoria oggetto d'impugnazione non preclude la verifica della sussistenza dei requisiti del titolo abilitativo chiesto dall'appellante”*; sicché *“ogni questione in ordine alla regolarizzazione postuma degli abusi controversi è stata riservata, da parte del Consiglio di Stato, alla competente Autorità Comunale, in sede di valutazione della S. C. I. A. in sanatoria (ex art. 37 d. P. R. 380/2001)”*.

Con motivi aggiunti l'appellante deduceva di essere venuta, intanto, a conoscenza di ulteriore documentazione significativa, non depositata nel corso del giudizio di

primo grado, risalente ad epoca antecedente l'acquisizione della disponibilità del bene, in grado di "smentire il contestato incremento di volumi e superfici".

Nelle more del giudizio di appello l'appellante presentava, quindi, una SCIA in sanatoria (in data 2 luglio 2018), per regolarizzare le opere, oggetto di demolizione, ex art. 37 d. P. R. 380/2001, dichiarata irricevibile dal Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Positano. Il TAR con sentenza n. 1733/2020 annullava il diniego di SCIA in sanatoria per le opere oggetto di ingiunzione di demolizione 42/2016. La decisione non è stata appellata.

All'udienza di smaltimento del 16 dicembre 2022 la causa passava in decisione.

DIRITTO

1. Deve essere preliminarmente esaminata la richiesta di improcedibilità dell'appello proposta dall'appellante sul presupposto che si sarebbe formato il silenzio assenso sulla richiesta di sanatoria.

La richiesta deve essere disattesa.

Espone la ricorrente che in data 8 luglio 2018 aveva presentato una SCIA in sanatoria (art. 37 D.P.R. 380/2001) per tutte le opere oggetto dell'ingiunzione di demolizione n.42/2006.

La SCIA, dopo la decisione del T.A.R. n. 1733/2020 che aveva annullato un primo diniego, non era stata interdetta (si cfr. artt. 19 e 37 L. 241/1990) nel termine di rito (30 giorni). La sanatoria, dunque, si sarebbe perfezionata *per silentium* con regolarizzazione degli abusi contestati.

Nella specie il TAR aveva annullato il diniego di SCIA in sanatoria per le opere oggetto di ingiunzione di demolizione 42/2016 deducendo: - che il Consiglio di Stato con ordinanza 3435/2018 aveva lasciato impregiudicata, affidandola alle successive determinazioni dell'Amministrazione Comunale, la questione circa la sussistenza dei requisiti del titolo abilitativo chiesto dall'appellante (*recte*: della SCIA in sanatoria); che le motivazioni della decisione del TAR n. 718/2018 (al centro del

presente appello) che ha respinto il ricorso contro la demolizione, non potevano ritenersi preclusive dell'approfondito esame circa la sussistenza dei requisiti per la sanatoria, da svolgersi da parte dell'Amministrazione Comunale di Positano; - che il diniego di SCIA era illegittimo perché l'Amministrazione comunale di Positano aveva trascurato di valutare la nuova documentazione prodotta dal ricorrente. L'amministrazione non ha eseguito la sentenza e non ha provveduto ad emettere un nuovo provvedimento sulla SCIA.

Non può attribuirsi al silenzio dell'amministrazione il valore invocato dall'appellante.

Nella fattispecie della sanatoria di cui all'art. 37 del D.P.R. n. 380/2001, l'ipotesi di silenzio significativo in termini di accoglimento non è ipotizzabile, dal momento che l'art. 37 non prevede esplicitamente una ipotesi di silenzio assenso, ma al contrario stabilisce che il procedimento si chiuda con un provvedimento espresso, con applicazione e relativa quantificazione della sanzione pecuniaria a cura del responsabile del procedimento. Non sussistono, pertanto, i presupposti per dichiarare improcedibile l'appello.

2. Sempre preliminarmente devono essere dichiarati ammissibili i motivi aggiunti.

L'art. 104 co. 3 c.p.a., infatti, espressamente consente la proposizione di motivi aggiunti in appello "qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o dei provvedimenti amministrativi impugnati".

L'appellante nella specie, dopo la decisione di primo grado (sentenza n. 718/2018) e dopo la presentazione della SCIA in sanatoria (art. 37 d.p.r. 380/2001) ha rinvenuto documentazione non depositata nel corso del giudizio di primo grado, risalente ad epoca antecedente la acquisizione della disponibilità del bene che smentirebbe in radice il contestato aumento di volumi e superfici.

I motivi aggiunti sono, pertanto ammissibili.

3. Con il primo motivo aggiunto l'appellante deduce: *Error in iudicando* - violazione di legge (artt. 22, 31 e 37 d.p.r. 380/2001 in relazione art. 19 l. 241/1990 e d.p.r. 31/2017) – violazione di legge (artt. 42 e 57 RUEC di Positano) – difetto di istruttoria – carenza di motivazione.

Lamenta che il Comune di Positano aveva contestato una presunta chiusura abusiva di un originario portico di ingresso con preteso incremento di superficie (15 mq) e di volume (55 mc), nel periodo ricompreso tra il 28.05.2014 (data di stipula dell'atto di acquisto che fa riferimento alla conformità del fabbricato alla scheda planimetrica del 1985 in cui detta chiusura non comparirebbe) ed il mese di ottobre 2014 in cui venne presentata una CIL (comunicazione inizio lavori) in cui tale chiusura era riportata legittima e preesistente. La documentazione fotografica, parte integrante del PIRU (approvato con delibera di G.M. n. 96 del 5.05.2010), tuttavia, rivelerebbe *per tabulas* la presenza degli attuali elementi di chiusura del portico (e, dunque, del volume controverso) già alla data del 2010.

2. Con il secondo motivo aggiunto deduce: *Error in iudicando* - violazione di legge (artt. 22, 31 e 37 D.P.R. 380/2001 in relazione art. 19 l. 241/1990 e D.P.R. 31/2017) – violazione di legge (artt. 42 e 57 RUEC di Positano) – difetto di istruttoria – carenza di motivazione.

Lamenta, quanto al presunto frazionamento del complesso immobiliare con incremento del carico insediativo, che la contestazione originaria aveva tratto origine da una planimetria catastale del 1985 che non avrebbe riportato il terrazzo presente in precedente planimetria (catastale) del 1939. Ma tale contestazione sarebbe smentita dalla nota di trascrizione del trasferimento immobiliare, a seguito di successione testamentaria, in data 05.03.1973 (Rep n. 8180), nella quale si rappresenta il fabbricato in esame come “complesso di tre case di complessivi 25 vani e pochi accessori”. Il fabbricato conserverebbe la stessa divisione, nella attualità, in tre unità immobiliari.

La documentazione posta a fondamento dei motivi aggiunti è la stessa posta a base della SCIA, che l'amministrazione comunale non ha esaminato nonostante fosse a ciò tenuta per effetto della decisione del TAR n. 718/2018.

Appare, pertanto, necessario disporre un approfondimento istruttorio al fine di verificare se la documentazione di data antecedente all'acquisizione della disponibilità del bene, prodotta unitamente ai motivi aggiunti smentisca il contestato incremento di volumi e superfici.

Trattandosi di questione eminentemente tecnica è necessario disporre una verifica ai sensi dell'art. 66 del codice del processo amministrativo, da affidare al Provveditore interregionale per le opere pubbliche per la Campania, Molise, Puglia e Basilicata, con facoltà di delega ad altro dirigente o funzionario ritenuto idoneo.

Va precisato ulteriormente che:

- il verificatore o il suo delegato è autorizzato ad accedere al fascicolo di causa;
- il verificatore o il suo delegato dovrà dare comunicazione alle parti, ai loro difensori e ai loro consulenti, se nominati, dell'inizio delle operazioni di verifica;
- la relazione finale di verifica (unitamente alla sua bozza, alle eventuali osservazioni e controdeduzioni svolte dalle parti e alle eventuali considerazioni critiche del verificatore) dovrà essere depositata nella segreteria della Sezione entro il 30 marzo 2023.

Rinvia per l'ulteriore corso del giudizio all'udienza del 10 maggio 2023

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'istanza di improcedibilità.

Dispone verifica come in parte motiva.

Rinvia per l'ulteriore corso del giudizio all'udienza del 10 maggio 2023.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2022 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

Rosaria Maria Castorina

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO