

N. 05454/2023REG.PROV.COLL.  
N. 10025/2020 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 10025 del 2020, proposto da Giuseppe Cuccaro, rappresentato e difeso dagli avvocati Andrea Di Lieto e Mario Farace, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*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. 00910/2020, resa tra le parti, concernente l'annullamento di ordinanza di demolizione di opere edili

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2023 il Cons. Ulrike Lobis e uditi per le parti gli avvocati come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con l'appello in esame parte ricorrente ha impugnato la sentenza n. 910/2020 del TAR della Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione II, concernente il rigetto del gravame proposto dalla stessa parte per ottenere l'annullamento

dell'ordinanza n. 6 dell'8.1.2009 del Comune di Positano, avente ad oggetto la demolizione di opere edilizie non autorizzate.

1.1. In particolare il Responsabile dell'Area Urbanistica-Edilizia Privata del Comune di Positano, a seguito di relazione del Tecnico comunale, aveva rilevato l'esecuzione delle seguenti opere presso l'abitazione di proprietà del ricorrente, sita in Positano, via Nocelle, nn. 28-30, adibita a bed and breakfast: (i) trasformazione di una superficie non residenziale, individuata in un terrazzo perimetrale, in una volumetria mediante la posa in opera sul pergolato del terrazzo di una copertura, realizzata in lamiera coibentata e legno, contornata sul prospetto principale da due finestroni in vetro e in alluminio e su due lati da pannelli in alluminio installati al di sopra dei preesistenti muretti; (ii) pavimentazione dell'area con elementi in simil cotto.

1.2. Il Comune di Positano sanzionava l'esecuzione di tali lavori con l'ordinanza di ingiunzione di demolizione n. 6, prot. 00180 dell'8.1.2009.

1.3. Avverso tale provvedimento, il Sig. Giuseppe Cuccaro presentava ricorso dinnanzi al TAR della Campania, adducendo i seguenti motivi di impugnazione:

(1). *Violazione e falsa applicazione degli articoli 3 e 7 della legge n. 241 del 1990* per omessa comunicazione di avvio del procedimento e lesione dei suoi diritti partecipativi.

(2). *Eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione, carenza d'istruttoria, sviamento e difetto dei presupposti* per omessa indicazione delle prevalenti ragioni di interesse pubblico a rimuovere un'opera di natura meramente pertinenziale.

(3). *Violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del d.P.R. 380 del 2001 ed eccesso di potere per carenza d'istruttoria* per omessa verifica circa la possibile sanatoria dell'intervento ex art. 37 d.P.R. n. 380 del 2001.

1.4. All'esito del giudizio di prime cure il Tar ha respinto le censure, ritenendo:

- che il territorio del Comune di Positano è soggetto a vincolo paesaggistico e che pertanto gli interventi non conservativi, comprendenti anche quelli di natura pertinenziale, sono soggetti al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004;

- che il Comune correttamente ha ritenuto che l'intervento, comportante un aumento di volume e di superficie utile nonché una modifica della sagoma dell'edificio, necessitasse del rilascio del permesso di costruire ex art. 10, comma 1, lett. c), del d.P.R. n. 380 del 2001 e del parere di compatibilità paesaggistica ex art. 46 d.lgs. n. 42 del 2004;

- che la natura vincolata del potere di vigilanza e repressione degli abusi consente di omettere la comunicazione di avvio del procedimento prescritta dall'art. 7 della legge n. 241 del 1990, non determinando gli effetti invalidanti di cui all'art. 21 octies l. n. 241 del 1990. La stessa natura vincolata esclude valutazioni comparative tra l'interesse del privato e l'interesse pubblico;

- che l'accertamento della conformità dell'opera al regime urbanistico non costituisce un onere della p.a. e che la pendenza dell'istanza di parte non produce alcun effetto sospensivo dell'efficacia dell'ordine di demolizione.

2. Avverso la sentenza di primo grado parte appellante ha formulato i seguenti motivi di appello:

(1) *Vizio in iudicando. Motivazione erronea. Violazione degli artt. 7 e 8 e falsa applicazione dell'art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 e degli artt. 3 e 37 del d.P.R. n. 380 del 2001.* Parte appellante sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal Giudice di primo grado, la comunicazione di avvio del procedimento, nella specie omessa, sarebbe stata utile in presenza di due sanzioni irrogabili. La natura vincolata del provvedimento, infatti, non escluderebbe la discrezionalità dell'amministrazione che potrebbe applicare la più lieve sanzione pecuniaria di cui all'art. 37 del d.P.R. n. 380 del 2001, in via alternativa all'ingiunzione di demolizione.

Nel caso di specie, si sarebbe in presenza di un volume e di una superficie già delineati prima dell'esecuzione dell'intervento di natura pertinenziale, in relazione al quale l'art. 3, primo comma, del d.P.R. n. 380 del 2001 prevede, in caso di aumento della superficie inferiore al 20% dell'edificio principale, l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

(2) *Vizio in iudicando. Motivazione erronea. Eccesso di potere per difetto di motivazione, anche in punto di pubblico interesse, per carenza dei presupposti e di istruttoria.* Il TAR avrebbe errato nel non rilevare il difetto di motivazione e di comparazione tra interesse pubblico e privato, alla luce del sacrificio che l'ingiunzione di demolizione comporta per il privato destinatario.

(3) *Vizio in iudicando. Motivazione erronea. Violazione dell'art. 35 del d.lgs. n. 104 del 2010, dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990. Violazione degli artt. 3, 36 e 37 del d.P.R. n. 380 del 2001. Eccesso di potere per difetto dei presupposti e di motivazione, carenza istruttoria.* Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 impone un preventivo onere di valutazione della sanabilità dell'opera, incorrendo in alternativa nella violazione dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990.

In ogni caso, la successiva presentazione dell'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 renderebbe il gravame improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse, determinando così l'erroneità della sentenza sotto altro profilo.

2.1. Il Comune di Positano, nonostante regolare notifica dell'appello, non si è costituito in giudizio.

2.2. All'udienza del 31.5.2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

3. L'appello è infondato per le ragioni di seguito esposte.

4. Preliminarmente occorre osservare, così come avvenuto in sede di giudizio di primo grado, che il Comune di Positano è soggetto alla disciplina di tutela paesaggistica di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, alla luce del quale gli interventi edilizi non meramente conservativi sono subordinati al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ex art. 146 d.lgs. n. 42 del 2004.

La normativa riportata integra l'esercizio dei poteri di vigilanza sul territorio e di repressione degli abusi edilizi previsti al d.P.R. n. 380/2001.

4.1. Quanto al primo motivo di appello, in questa sede viene in rilievo un intervento che parte appellante sostiene non integrare le violazioni contestate alla luce delle seguenti considerazioni: *“si era in presenza di un volume, oltre che di una superficie, già delineato prima dell'esecuzione dei contestati lavori in quanto il terrazzo era contornato da muratura su tre lati e sulla parete dal quarto, sia dalla circostanza che trattasi di intervento di natura pertinenziale, in relazione al quale l'art. 3, 1° comma sub e.6., del D.P.R. 380/2001 non prevede che esso sia sanzionato con l'ordine di demolizione, ma con una sanzione pecuniaria, allorquando comporti, come avvenuto nella specie, la realizzazione di un volume inferiore “al 20% del volume dell'edificio principale”.*

La natura pertinenziale delle opere sarebbe idonea ad indirizzare il potere sanzionatorio dell'Amministrazione nell'ambito di applicazione di cui all'art. 37 del d.P.R. n. 380 del 2001 che prevede la più lieve sanzione pecuniaria anche per le opere realizzate in area sottoposta a vincolo paesaggistico.

La mancata partecipazione del ricorrente al procedimento sanzionatorio, in violazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, non avrebbe consentito l'emersione della situazione di fatto idonea a integrare gli elementi per la comminazione di una sanzione pecuniaria, né la natura vincolata dell'esercizio del potere di repressione degli abusivi escluderebbe la discrezionalità dell'Amministrazione in presenza di più sanzioni.

4.2. Sotto un primo profilo occorre ricordare che la giurisprudenza è pacificamente concorde nel ritenere che l'attività di repressione degli abusi edilizi, attraverso l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, dovendo considerarsi che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso (ex multis, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 10340/2022, Consiglio di Stato, sez. VI, 07/06/2021, n. 4319).

La suddetta natura vincolata del potere di repressione degli abusi riguarda anche le sanzioni in astratto applicabili, non trovando spazio l'esercizio di una scelta discrezionale dell'Amministrazione e di conseguenza la necessità di coinvolgimento del privato.

4.3. In questo senso non risulta pertinente il richiamo agli artt. 22 e 37 d.P.R. n. 380/2001, interpretati nel senso che, in caso di abuso edilizio, la sanzione

pecuniaria è limitata ai soli interventi realizzabili astrattamente, previa denuncia d'inizio attività, che siano anche conformi agli strumenti urbanistici vigenti.

Non rientra nell'ambito di applicazione di tali interventi quanto oggetto di realizzazione abusiva nell'odierno giudizio.

Come premesso, vengono infatti in rilievo opere abusive realizzate in zona sottoposta a vincolo paesistico, le quali richiedono una preventiva autorizzazione paesaggistica, indipendentemente dalla natura pertinenziale.

Questa Sezione ha infatti chiarito, come correttamente ricordato dal TAR, che ove gli interventi edilizi ricadano in zona assoggettata a vincolo paesaggistico, stante l'alterazione dell'aspetto esteriore, gli stessi risultano soggetti alla previa acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica, con la conseguenza che, quand'anche si ritenessero le opere pertinenziali o precarie e, quindi, assentibili con mera DIA, l'applicazione della sanzione demolitoria è, comunque, doverosa ove non sia stata ottenuta alcuna autorizzazione paesistica.

La *ratio* è quella di precludere qualsiasi forma di legittimazione del fatto compiuto, in quanto l'esame di compatibilità paesaggistica deve sempre precedere la realizzazione dell'intervento (Cons. di St., sez. VI, 06/02/2019, n. 895).

4.4. Il primo motivo di gravame risulta dunque infondato.

5. Da quanto osservato consegue, sotto il profilo sostanziale, che il provvedimento con cui viene ingiunta la demolizione di un immobile abusivo, per la sua natura vincolata e ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2017), risultando dunque infondato anche il secondo motivo di gravame.

6. Con ulteriore articolazione dell'odierno ricorso in appello, parte appellante censura la sentenza di primo grado sotto un duplice aspetto: (i) nella parte in cui afferma che l'art. 36 del d.P.R. n. 380 del 2001 non impone un onere per l'Amministrazione di valutare la possibilità di sanatoria degli interventi realizzati; (ii) nella parte in cui non dispone ex art. 35 c.p.a. l'improcedibilità del ricorso per aver parte appellante presentato successiva istanza di accertamento di conformità ex art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001.

6.1. Anche il terzo motivo è infondato.

6.2. Sotto il primo versante il Tar correttamente afferma che *“l'accertamento della conformità dell'opera al regime edilizio urbanistico e di tutela paesaggistica non costituisce un onere della p.a. - che al contrario è tenuta a reprimere gli abusi - ma è rimesso all'istanza di parte la cui pendenza, incidentalmente allegata dal ricorrente, non produce alcun effetto sospensivo dell'efficacia dell'ordine di demolizione”*. Dunque l'Amministrazione, in sede di irrogazione della sanzione demolitoria, non deve ritenersi onerata di valutare preventivamente la possibilità che l'abuso sia sanabile anche perché la sanatoria

richiede la domanda dell'interessato. (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 27 aprile 2022, n. 3337).

6.3. Quanto alla successiva presentazione dell'istanza di accertamento di conformità, va ricordato che questa Sezione da tempo condivide l'assunto secondo cui la presentazione di un'istanza di sanatoria non comporta l'improcedibilità del ricorso proposto contro l'ordinanza di demolizione delle opere abusive, ma soltanto un arresto temporaneo dell'efficacia della misura repressiva, fino a definizione della istanza di sanatoria ( ex plurimis, Consiglio di Stato, sez. VI, 16 febbraio 2021, n. 1432, Consiglio di Stato, sez. VI, 8 luglio 2022, n. 5746).

6.4. Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

7. Nulla sulle spese a causa della mancata costituzione della parte appellata.

P.Q.M.

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

Nulla spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere

Marco Poppi, Consigliere

Ulrike Lobis, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Ulrike Lobis**

**IL PRESIDENTE**

**Carmine Volpe**

**IL SEGRETARIO**