

N. 04580/2023REG.PROV.COLL.

N. 10129/2018 REG.RIC.



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**

sul ricorso numero di registro generale 10129 del 2018, proposto da:  
Angiola Maria Gentile, rappresentata e difesa dall'avvocato Marcello Fortunato, con  
domicilio digitale come da PEC dei 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 Prima) n. 797/2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il Cons. Laura Marzano;

Nessuno presente per le parti nell'udienza straordinaria del giorno 22 marzo 2023;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. L'appellante ha impugnato la sentenza n. 797 del 23 maggio 2018 con il TAR Campania, sezione staccata di Salerno, ha respinto il ricorso, integrato da motivi aggiunti, proposto per l'annullamento dell'ordinanza n. 31 del 4 agosto 2016, con la quale è stata ingiunta la demolizione e la rimessione in pristino dello stato dei luoghi di un immobile sito in Positano, alla via Guglielmo Marconi, n. 141/5, nonché del provvedimento prot. n. 5382 dell'8 giugno 2017, con cui il Comune di Positano ha dichiarato l'irricevibilità ed inefficacia della SCIA presentata il 22 novembre 2016.

Il Comune appellato non si è costituito nel presente grado di giudizio.

Con ordinanza n. 720 del 22 febbraio 2023 la Sezione ha accolto l'istanza cautelare nelle more della decisione di merito, già fissata per il 22 marzo 2023.

L'appellante ha depositato documentazione fotografica e memoria conclusiva, nonché separata nota con cui ha chiesto la decisione della causa sugli scritti.

All'udienza straordinaria del 22 marzo 2023 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. L'appellante è proprietaria di un immobile sito alla via G. Marconi n. 141/5 del Comune di Positano, distinto in catasto al foglio n.7 part. n. 75 sub 9.

A seguito di sopralluogo dell'ufficio tecnico comunale è stata contestata la realizzazione delle seguenti opere in assenza del prescritto titolo abilitativo:

- *“un volume ... composto da una struttura in legno e muratura, il tutto per una superficie utile in ampliamento di circa mq. 39,00 X 2,76 (altezza media)”*;
- *“un'area pavimentata con maioliche”*;
- *“apposizione di una tettoia in plexiglass sorretta da profilati in legno di circa mt. 5,60 x mt. 3,00 di altezza”*.

Quindi è stata adottata l'ordinanza n. 31 del 4 agosto 2016 con la quale è stata intimata la demolizione con ripristino dello stato dei luoghi.

Tale determinazione è stata impugnata dinanzi al TAR Campania, sezione di Salerno il quale ne ha sospeso l'efficacia.

L'appellante, in data 22 novembre 2016, ha depositato al Comune SCIA in sanatoria, ex art. 37 del DPR n. 380/2001, con contestuale istanza di compatibilità paesaggistica, ai sensi degli artt. 167 e 181, comma 1 *quater*, del D.Lgs. n. 42/2002 ma il Comune, con provvedimento in data 8 maggio 2017:

- ha comunicato l'irricevibilità ed inefficacia della SCIA in sanatoria;
- ha disposto la riviviscenza dell'ordinanza di demolizione n. 31/2016, sospesa dal TAR, facendo (ri)decorrere il termine previsto *ex lege* per l'esecuzione spontanea della demolizione.

Tale determinazione è stata impugnata con motivi aggiunti, corredata da istanza cautelare, accolta dal TAR con ordinanza n. 468 del 14 settembre 2017.

Tuttavia, con sentenza n. 797 del 23 maggio 2018 il TAR Campania, sezione staccata di Salerno, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti in sintesi osservando:

- che le opere in questione correttamente sono state inquadrare quali interventi di nuova costruzione o come *“interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente e che comportino modifiche della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti, ... nonché ... che comportino modificazioni della sagoma di immobili sottoposti a vincoli ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni”*, per i quali è, comunque, richiesto, ai sensi dell'art. 10, comma 1, del DPR n. 380/2001, il permesso di costruire e non già la SCIA edilizia;
- che, dalla descrizione di tali opere come riportata in seno ai provvedimenti impugnati (unico elemento disponibile al fine di accertare la loro consistenza, non

avendo parte ricorrente depositato al riguardo alcunché, né foto, né planimetrie), risulta che le stesse integrino, in relazione alle dimensioni ed alle caratteristiche costruttive ivi riferite, la creazione di un nuovo organismo edilizio e non siano, perciò, riconducibili all’*“attività edilizia libera”*, prevista all’art. 6 del DPR n. 380/2001, o agli interventi pertinenziali *“minimi”* privi di rilevanza volumetrica, di cui alla lett. e.6) del citato comma 1 dell’art. 3 dello stesso DPR;

- che tale immobile insiste in area sottoposta a vincolo paesaggistico, imposto sull’intera area comunale con decreto ministeriale del 23 gennaio 1954, con conseguente necessità anche di autorizzazione paesaggistica ai sensi dell’art. 146 del d.lgs n. 42/2014;

- che la presentazione della SCIA non determina la definitiva perdita di efficacia del preesistente ordine di demolizione ma ne sospende soltanto l’efficacia, osservando come in ogni caso il Comune, nel caso di specie, ha comunque nuovamente intimato la demolizione, prevedendo un nuovo decorso del relativo termine di novanta giorni;

- che sono infondate tutte le censure di tipo procedurale, stante la natura dei provvedimenti impugnati.

3. L’appello è affidato ai sette motivi le cui censure sono di seguito sintetizzate.

1) La sentenza sarebbe errata in quanto:

- avrebbe fondato il proprio convincimento esclusivamente sulla descrizione riportata nell’ordinanza n. 31/2016 e nel provvedimento di irricevibilità della SCIA ignorando del tutto la relazione tecnica allegata all’istanza di accertamento di conformità nella quale è rappresentato lo stato dei luoghi e ne sarebbe dimostrata la conformità urbanistica e paesaggistica;

- le opere in oggetto, su cui sarebbe stata eseguita solo la manutenzione, non sarebbero di recente realizzazione bensì risalenti ad epoca anteriore sia alla legge

urbanistica del 1942 sia al DM del 23 gennaio 1954, quindi i nuovi interventi, non avendo comportato alcun aumento né della volumetria né della superficie, sarebbero riconducibili agli interventi di manutenzione o, comunque, al *genus* degli interventi pertinenziali di cui all'art. 3, comma 1, lett. e.6) del DPR n. 380/2001 (anche tenuto conto della minima portata delle opere e del collegamento funzionale con l'immobile principale) e sarebbero assentibili con SCIA ai sensi dell'art. 37 del DPR n. 380/2001.

2) La sentenza sarebbe errata laddove ha ritenuto necessaria la previa acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42/2004 in quanto:

- trattandosi di manufatto antecedente l'apposizione del vincolo l'autorizzazione non sarebbe necessaria;
- si tratterebbe di opere minime e pertinenziali, irrilevanti anche sotto il profilo paesaggistico.

3) La sentenza avrebbe omesso di pronunciarsi sul IV motivo dei motivi aggiunti con cui era censurata la mancata attivazione del subprocedimento ai sensi dell'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004, finalizzato ad ottenere l'acquisizione del parere della soprintendenza.

4) Il TAR avrebbe errato ritenendo che, con il provvedimento di irricevibilità ed inefficacia della SCIA, il Comune avrebbe disposto la "rinnovazione" dell'ordinanza di demolizione, non avendo considerato che la SCIA in sanatoria risultava assentita *per silentium* per effetto del decorso del prescritto termine di 30 giorni.

5) La sentenza avrebbe ignorato la censura di illegittimità del provvedimento di reviviscenza dell'ingiunzione di demolizione per violazione del giudicato cautelare portato dall'ordinanza n. 727/2016, con la quale il TAR ne aveva sospeso l'efficacia.

6 e 7) La sentenza sarebbe, infine, errata laddove ha respinto le censure di difetto di motivazione e di violazione dell'art. 7 e dell'art. 10 *bis* della legge n. 241/1990.

4. L'appello, i cui motivi saranno scrutinati in maniera unitaria e seguendo l'ordine logico, è infondato.

4.1. L'appellante sostiene che le opere di cui si discute siano risalenti ad epoca anteriore alla legge urbanistica del 1942 nonché al decreto ministeriale del 1954 di apposizione del vincolo su tutto il Comune di Positano: tuttavia di tale affermazione non è stata fornita alcuna prova.

Né sopperisce a tale difetto di prova la relazione tecnica allegata alla SCIA in sanatoria, di cui l'appellante lamenta il mancato esame da parte del TAR.

Invero, in tale relazione vi è solo l'affermazione, altrettanto generica, che le opere di cui si discute, al pari dell'abitazione principale, *“sono state eseguite prima dell'avvento della Legge Urbanistica (1942) e prima dell'imposizione del vincolo paesaggistico nel territorio del Comune di Positano (1954)”*.

Si afferma, in particolare, che *“Come emerge dalla documentazione storica dell'Archivio Fotografico Alinari la costruzione del fabbricato — e quindi dell'appartamento oggi di proprietà della sig.ra Gentile — è iniziata negli ultimi anni del 1800 ed è proseguita lungo i primi del novecento sino all'inizio seconda guerra mondiale.*

*Nel corso di tutto questo lasso di tempo è stata aggiunta all'originaria struttura del fabbricato il livello "sottotetto" e sono state adibite a parcheggio, a volumetrie accessorie ed a terrazze esterne alcune delle aree di pertinenza del fabbricato che originariamente non erano state edificate”* e si aggiunge che di tali circostanze ci sarebbe *“evidente riscontro nella documentazione fotografica prodotta nel corso del tempo”* sebbene non si rinvenivano titoli presso il Comune.

Osserva il Collegio che, come correttamente rilevato dal TAR, l'affermazione è del tutto generica non avendo la parte appellante prodotto, né con la presentazione della SCIA né in sede processuale, neanche un principio di prova a sostegno della datazione (anche) delle opere di cui si discute (oltre che della casa principale che non è oggetto di giudizio), ad epoca anteriore alla emanazione della legge urbanistica (1942) e alla adozione del decreto ministeriale di apposizione del vincolo paesaggistico su tutto il territorio comunale (1954).

La relazione specifica che *“L'immobile della sig.ra Gentile è appunto ubicato al livello del sottotetto del fabbricato.*

*Essendo il fabbricato addossato al retrostante e circostante declivio fatto di roccia e terrazamenti, l'immobile in parola — come del resto gli altri appartamenti facenti parte dell'ala Ovest del fabbricato — utilizza aree di pertinenza quali terrazze, parcheggio a raso, depositi e/o servizi igienici esterni. Dette consistenze si trovano sulla particella censita al Foglio 5 n. 633”.*

Dalla documentazione fotografica allegata si rileva con chiarezza che gli abusi contestati consistono nella realizzazione di volumi sull'area del terrazzo, indicata nella relazione.

Non essendovi prova del fatto che tali volumi risalgano ad epoca antecedente al 1942, la realizzazione degli stessi è pacificamente abusiva: infatti non è stato allegato alcun titolo abilitativo la cui esistenza è stata, al contrario, espressamente esclusa dal tecnico di parte.

4.2. Né può essere revocata in dubbio, anche alla stregua della eloquente documentazione fotografica allegata, la qualificazione di tali manufatti come nuova costruzione mediante realizzazione di volumi, per di più con modifica della situazione esterna dei luoghi in zona vincolata, in assenza di autorizzazione paesaggistica.

Ne discende che, anche ammettendo che, come opina l'appellante, le più recenti modifiche siano consistite in opere di “*manutenzione o, comunque, al genus degli interventi pertinenziali di cui all'art. 3 – comma 1 – lett. e.6) del D.P.R. n. 380/2001*” (così a pag. 6 dell'appello), le stesse ritrarrebbero la loro abusività dall'abusività dei volumi originariamente realizzati sul terrazzo.

4.3. Per tale ragione gli abusi in questione non sono suscettibili di accertamento di conformità ai sensi dell'art. 37 DPR 380/2001.

Ostano a tale possibilità innanzitutto la natura delle opere, consistenti nella creazione di nuovi volumi non riconducibili all'attività edilizia libera, prevista all'art. 6 del DPR n. 380/2001, o agli interventi pertinenziali “minimi” privi di rilevanza volumetrica, di cui alla lett. e.6) del citato comma 1, dell'art. 3, del DPR n. 380/2001; inoltre è di ostacolo alla sanabilità la non conformità delle stesse alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della realizzazione dell'intervento (come già visto non databile ad epoca antecedente l'entrata in vigore della legge urbanistica), sia al momento della presentazione della domanda.

In proposito, come correttamente rilevato dal TAR, è mancata anche l'allegazione di qualsivoglia elemento dal quale desumere la circostanza che essi comportino la realizzazione di un volume inferiore al 20% del volume dell'edificio principale, discendendone la contrarietà all'art. 9 del PRG comunale che, con riferimento alle “zone omogenee A – centro storico” (in cui l'immobile ricade), pone un sostanziale divieto di nuova edificazione.

A ciò deve, infine, aggiungersi la mancanza dell'autorizzazione paesaggistica.

4.4. Né è sostenibile la pretesa formazione del titolo per *silentium*, che è possibile in presenza di una SCIA regolare, corredata da tutte le allegazioni necessarie.



Invero, allorché il legislatore introduca strumenti di semplificazione dell'attività amministrativa, presupposti perché la fattispecie possa essere produttiva di effetti sono, indefettibilmente, la completezza e la veridicità delle dichiarazioni contenute nell'autocertificazione, dovendo l'interessato rappresentare all'amministrazione tutti gli elementi necessari all'istruttoria procedimentale (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 7 aprile 2021, n. 2799).

Nel caso di specie, come già visto, la tesi della risalenza dei manufatti ad epoca antecedente il 1942 è solo genericamente esposta, senza nessuna allegazione probatoria a supporto.

4.5. Non coglie nel segno la tesi dell'appellante secondo cui il Comune avrebbe dovuto attivare il subprocedimento per il rilascio del provvedimento della soprintendenza: invero, una volta constatata la non sanabilità dei manufatti sotto il profilo edilizio ed urbanistico, il parere della soprintendenza, quand'anche favorevole, sarebbe stato irrilevante e comunque insufficiente, atteso che la disciplina edilizia/urbanistica e quella paesaggistica presidiano interessi diversi, fra loro convergenti ma non alternativi.

Infatti, i poteri volti all'accertamento della compatibilità urbanistica e paesaggistica di un'opera, ancorché incidenti sul medesimo ambito territoriale, appartengono ad autorità diverse e soprattutto sono funzionali alla cura di interessi diversi (il primo all'ordinato governo del territorio, il secondo alla tutela della identità estetico-culturale dei siti) (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 5 febbraio 2023, n. 1229).

Tale conclusione, riveniente dall'inquadramento teorico generale dei cc.dd. interessi differenziati rispetto all'urbanistica, è confermata dalla giurisprudenza costituzionale: *«L'ambito materiale cui ricondurre le competenze relative ad attività che presentano una diretta od indiretta rilevanza in termini di impatto territoriale, va ricercato non*

*secondo il criterio dell'elemento materiale consistente nell'incidenza delle attività in questione sul territorio, bensì attraverso la valutazione dell'elemento funzionale, nel senso della individuazione degli interessi pubblici sottesi allo svolgimento di quelle attività, rispetto ai quali l'interesse riferibile al "governo del territorio" e le connesse competenze non possono assumere carattere di esclusività, dovendo armonizzarsi e coordinarsi con la disciplina posta a tutela di tali interessi differenziati»* (Coste cost., 14 ottobre 2005, n. 383).

Dunque l'eventuale e non dimostrata compatibilità paesaggistica dell'intervento non potrebbe in nessun caso superare la mancanza di conformità edilizia e urbanistica dello stesso.

4.6. Ciò posto, a fronte della natura pacificamente abusiva dei manufatti, il Comune non era tenuto né a comunicare l'avvio del procedimento, né ad instaurare alcun contraddittorio, né a motivare sull'interesse pubblico alla demolizione.

Ciò in quanto l'art. 27 del DPR n. 380/2001 sanziona con la demolizione la realizzazione senza titolo di nuove opere in zone vincolate.

Trattandosi di atto vincolato, il provvedimento è sufficientemente motivato con la specifica descrizione delle opere abusive e l'indicazione delle norme violate.

Proprio per tale natura dell'atto, è infondata la censura di violazione delle garanzie partecipative atteso che il provvedimento non sarebbe annullabile né per questo né per altri vizi procedurali, ai sensi dell'art. 21 *octies* L. 241/90.

Dunque l'ordine di demolizione costituisce atto dovuto mentre la possibilità di non procedere alla rimozione degli abusi costituisce solo un'eventualità della fase esecutiva, subordinata alla circostanza dell'impossibilità del ripristino dello stato dei luoghi (cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 8 marzo 2023, n. 2456).

Parimenti infondata è la censura di assenza nel provvedimento di una motivazione rafforzata sull'interesse pubblico alla demolizione dopo il lungo tempo trascorso,

alla stregua dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9 del 2017.

4.7. Alla luce delle considerazioni che precedono, risulta del tutto recessiva oltre che infondata la censura inerente la parte provvedimento avente ad oggetto la riacquisizione di efficacia della originaria ingiunzione di demolizione.

Ciò sia perché, secondo giurisprudenza consolidata, la presentazione dell'istanza di sanatoria o di accertamento di conformità non pone nel nulla l'ingiunzione di demolizione ma ne sospende l'efficacia, il cui termine riprende a decorrere dopo l'adozione del provvedimento negativo sulla suddetta istanza, sia perché, come correttamente rilevato dal TAR, il Comune nel caso di specie ha comunque concesso ulteriori novanta giorni dalla notifica del provvedimento di inefficacia della SCIA.

Costituisce *jus receptum* che la domanda di accertamento di conformità determina un arresto dell'efficacia dell'ordine di demolizione, ma tale inefficacia opera in termini di mera sospensione; in caso di rigetto dell'istanza di sanatoria, l'ordine di demolizione riacquista la sua efficacia (cfr. Cons. Stato, Sez. II, 3 novembre 2022, n. 9631).

Conclusivamente, per quanto precede, l'appello deve essere respinto.

5. Nulla deve disporsi per le spese, stante la mancata costituzione del Comune appellato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Settima, 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 22 marzo 2023, con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

Giovanni Tulumello, Consigliere

Laura Marzano, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Laura Marzano**

**IL PRESIDENTE**

**Claudio Contessa**

IL SEGRETARIO