

N. 09866/2023REG.PROV.COLL.

N. 02269/2020 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2269 del 2020, proposto da Aldo Marino, rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Di Lieto, 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. 1579/2019.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 novembre 2023 il Cons. Giovanni Gallone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto innanzi al T.A.R. per la Campania – sezione staccata di Salerno, Marino Aldo ha impugnato l'ordinanza di demolizione emessa dal Comune di Positano n. 73 dell'8 settembre 2008, con la quale è stata ingiunta la demolizione di manufatti realizzati sine titulo nell'immobile di sua proprietà, con annesso fondo, sito in località Arienzo n. 30 in Positano.

1.1. Gli interventi abusivi figurano così descritti nel provvedimento impugnato: «1) Al piano terra il terrapieno antistante l'abitazione ... è stato trasformato in un terrazzo, mediante la pavimentazione in cls. di circa m 24,50 x circa m 7.30, successivamente rifinito con sabbia/cemento e inserti di pietra vesuviana disposti a scacchiera, e, sempre sullo stesso, realizzazione di n. 4 fioriere (di diametro circolare circa m 1,35) e n. 1 fioriera di andamento irregolare. 2) Perimetralmente al terrazzo descritto al punto 1, è stato messo in opera un parapetto in pilastri di muratura (n. 9 pilastri di m 0,30 x m 0,30 altezza m 1,00) e ringhiera in ferro battuto, il tutto per una lunghezza di circa m 24,50. 3) Al piano terra in prosecuzione al fabbricato ... a quota + 0,36 rispetto al terrazzo descritto al punto 1, è stata realizzata un'altra volumetria (destinazione cucina) di circa m 5,30 x circa m 4,80 ed avente altezza interna di circa m 3,30, con un finestrone in ferro smaltato bianco, di circa m 2,80 x circa m 3,00, il tutto comunicante con la restante parte dell'abitazione mediante un vano di circa m 1,05 x circa m 2,25. 4) Al primo piano dove vi era un piccolo giardinetto ... sono state espianate le piante (di alto e basso fusto), ed è stato realizzato un solaio in cls. armato e laterizio di circa m 7,00 x circa m 4,80, spessore circa m 0,25, con pavimentazione in cotto (ricavandone un terrazzo), il tutto a

copertura della volumetria descritta al punto 3. 5) Messa in opera di una ringhiera di circa m 5,40 ed altezza circa m 1,00, perimetralmente al terrazzo descritto al punto 4. 6) Sul prospetto principale è stato realizzato un solaio, in cls. armato e laterizio, di circa m 9,60 x circa m 1,80 altezza circa m 3,00, il tutto a copertura di un terrazzino. 7) Sotto la copertura descritta al punto 5, e perimetralmente al sottostante terrazzino, sono state realizzate n. 2 panchine in muratura, di circa m 3,95 cadauna, ed aventi altezza di circa m 0,40, profondità 0,36, intervallate da n. 3 pilastri sempre in muratura, di circa m 0,50 x circa m 0,40 ed altezza circa m 1,00, a completamento delle stesse, messa in opera di n. 2 piccole ringhiere in ferro, per tutta la lunghezza delle panchine ed aventi altezza di circa m 0,40. 8) Sempre al piano primo è stato realizzato un terrazzo (lato Praiano) di circa m 9,55 x circa m 5,40, con pavimentazione in cotto, e perimetralmente allo stesso, messa in opera, di un muretto in muratura, di circa m 5,55 x circa m 0,13, altezza 0,90, e posizionamento di n. 2 pilastri (sempre in muratura) di m 0,30 x m 0,30, altezza m 0,90. Tutte le opere erano completate, rifinite e complete di accessori ... Alcune rampe di scale percorrenti i terrazzamenti inferiori e raggiungenti una piccola piattaforma in roccia posta a cima m 5,00 dal livello del mare. Lo sviluppo della scalinata con partenza dal pianerottolo con arco in pietra ... è di 180 gradini delle dimensioni di cm 15/17 di alzata, cm 30 di pedata e larghezza circa m 1,00, realizzati con pietrame e getto superiore in cls. intervallati da 9 pianerottoli dim. m 1,00 x 1,00 circa, per una lunghezza totale di circa m 54,00 ed un dislivello di circa m 29,00 di altezza. Per tutto lo sviluppo della scalinata, sul lato esterno, è stata installata una ringhiera alta circa m 1,00, costituita da montanti di scatolare metallico cm 3 x 3 e passamano cm 5 x 2, verniciata color grigio ... Una scaletta in ferro che, dal costone roccioso di

pertinenza della sovrastante civile abitazione, permette la discesa/salita in mare, delle dimensioni valutabili in circa m 5,00 x m 0,50»;

1.2 A sostegno del ricorso di primo grado ha dedotto le censure così rubricate:

- 1) *Violazione dell'art. 31, 2° comma del d.p.r. 6.6.2001 n. 381. Incompetenza.*
- 2) *Violazione e falsa applicazione degli artt. 31, 35 e 38 della L. 47/85 e dell'art. 38 della L. 326/2003.*
- 3) *Violazione degli artt. 3,6,22,27,31,36 e 37 del d.p.r. 380/01. Eccesso di potere per illogicità, carenza istruttoria, erroneità dei presupposti e di motivazione, travisamento dei fatti.*

2. Ad esito del giudizio di primo grado, con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. per la Campania ha respinto il ricorso.

3. Con ricorso notificato il 27 febbraio 2020 e depositato il 6 marzo 2020, Marino Aldo ha proposto appello avverso la suddetta sentenza chiedendone la riforma con accoglimento del ricorso di primo grado e conseguente annullamento dell'ordinanza di demolizione. n. 73 dell'8 settembre 2008.

3.1 A sostegno dell'impugnazione ha dedotto le censure così rubricate:

- 1) *Vizio in iudicando. Motivazione erronea e carente. Falsa applicazione dell'art. 64 del d.lg.vo 104/2010. Violazione e falsa applicazione degli artt. 31, 35 e 38 della l. 47/85 e dell'art. 32 della l. 326/2003. Violazione degli artt. 3, 6, 10, 22, 27, 31, 36 e 37 del d.p.r. 380/01 e del relativo allegato A (O 1). Eccesso di potere per illogicità, carenza istruttoria, erroneità dei presupposti e di motivazione, travisamento dei fatti.*
- 2) *Vizio in iudicando. Motivazione erronea. Violazione degli artt. 3, 22, 27, 31, 36 e 37 del d.p.r. 380/01. Eccesso di potere per carenza istruttoria, difetto di motivazione e di presupposti.*

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

5. All'udienza pubblica del 7 novembre 2023 la causa è stata introitata per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e deve essere respinto.

2. Con il primo motivo di appello si censura la sentenza impugnata nella parte in cui il giudice di primo grado ha ritenuto non provata l'effettiva coincidenza dell'oggetto della domanda di condono ex art. 32 del d.l. n. 269/2003 con gli abusi controversi, i quali richiedevano il permesso di costruire e, ricadendo in area paesaggisticamente vincolata, anche il previo rilascio del titolo abilitativo all'uopo necessario.

Al riguardo l'appellante sostiene che la circostanza che vi fosse identità tra le opere oggetto dell'ordinanza di demolizione e quelle per le quali era stata presentata la detta domanda di condono si dovrebbe ritenere provata in applicazione del principio di non contestazione, posto che nulla è stato sul punto contestato dal Comune di Positano.

Ad avviso dell'appellante, inoltre, anche a voler ritenere che le opere contestate siano state realizzate successivamente al 31 marzo 2003 ovvero non fosse stata dimostrata la loro preesistenza a tale data, l'ordinanza sarebbe comunque illegittima in quanto si tratterebbe di lavori di completamento consentiti dall'art. 31 della l. n. 47 del 1985. In particolare, si tratterebbe di lavori per la cui esecuzione, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, non sarebbe stato necessario il previo rilascio del permesso di costruire o l'autorizzazione paesaggistica ma sarebbe stata sufficiente la presentazione della D.I.A., la cui assenza, al più, avrebbe potuto solo comportare l'irrogazione di una sanzione pecuniaria e non l'ingiunzione di demolizione.

2.1. Con il secondo motivo l'appellante sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal primo giudice, prima di ingiungersi la demolizione, avrebbe dovuto essere accertata la possibilità di assentire in sanatoria quanto si assume realizzato in assenza di titolo abilitativo.

Inoltre, avendo presentato domanda di accertamento di compatibilità ambientale ex art. 1, comma 39, della l. 308/2004, non avrebbe potuto essere ingiunta la demolizione prima della valutazione di tale istanza.

2.3 Le doglianze in parola non colgono nel segno.

Quanto al primo motivo di appello, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, l'onere probatorio sul medesimo gravante non può ritenersi assolto sulla base del principio di non contestazione, atteso che, come si ricava dall'art. 62, comma 2, c.p.a., affinché il medesimo possa operare occorre che la parte cui spetterebbe contestare i fatti adottati sia costituita in giudizio, mentre nella specie il Comune di Positano non si è costituito né nel corso del giudizio di prime cure né tantomeno nel presente grado di giudizio (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, n. 903/2019; Consiglio di Stato sez. VI, n.4805/2020).

Il T.A.R. ha, quindi, nel caso di specie, correttamente preso atto del mancato assolvimento dell'onere probatorio da parte dell'istante (odierno appellante) in ordine all'effettiva coincidenza dell'oggetto della domanda di condono ex art. 32 del d.l. n. 269/2003 con gli abusi oggetto dell'ordinanza di demolizione impugnata.

2.4 Sotto altro profilo, è da escludersi che le opere de quibus costituiscano, come pure sostenuto da parte appellante, lavori di completamento consentiti dall'art. 31 della l. n. 47 del 1985.

Deve, infatti, trovare applicazione l'indirizzo giurisprudenziale ribadito di recente anche da questa Sezione, in base al quale, in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (sia pure laddove in astratto riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, del restauro e/o del risanamento conservativo, della ristrutturazione, della realizzazione di opere costituenti pertinenze urbanistiche), ripetono le caratteristiche di illegittimità

dell'opera principale alla quale ineriscono strutturalmente, sicché non può ammettersi la prosecuzione dei lavori abusivi a completamento di opere che, fino al momento di eventuali sanatorie, devono ritenersi comunque abusive, con conseguente obbligo del Comune di ordinarne la demolizione; ciò non significa negare in assoluto la possibilità di intervenire su immobili rispetto ai quali pende istanza di condono, ma solo affermare che, a pena di assoggettamento alla medesima sanzione prevista per l'immobile abusivo cui ineriscono, ciò deve avvenire nel rispetto delle procedure di legge, ovvero segnatamente dell'art. 35, l. n. 47 del 1985, ancora applicabile per effetto dei rinvii operati dalla successiva legislazione condonistica (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3204/2023).

2.5 È, peraltro, in ogni caso da escludere che gli interventi in parola potessero essere effettuati sulla scorta di una mera D.I.A. (oggi S.C.I.A.). E, infatti, come emerge dalla descrizione fornita in seno alla motivazione dell'impugnata ordinanza di demolizione, essi hanno comportato non solo mutamenti di prospetto (con la trasformazione di taluni ambienti in terrazzi) ma anche la realizzazione di nuove volumetrie (come il nuovo vano cucina di m 5,30 circa m 4,80 con altezza interna di circa m 3,30 ed il relativo disimpegno).

2.6 Parimenti priva di pregio è la censura con la quale l'appellante lamenta che, prima di ingiungersi la demolizione, il Comune precedente avrebbe dovuto accertare la possibilità di assentire in sanatoria quanto realizzato in assenza di titolo abilitativo e valutare, quindi, la compatibilità delle opere contestate con gli strumenti urbanistici. La realizzazione delle opere edilizie descritte nell'ordine di demolizione in assenza del prescritto titolo edilizio, infatti, costituisce elemento sufficiente a giustificare l'adozione del provvedimento impugnato; tale circostanza impone al Comune di

ordinare il ripristino dello stato dei luoghi a prescindere dall'eventuale compatibilità delle opere gli con strumenti urbanistici.

Secondo la costante giurisprudenza di questa Sezione, infatti, la conformità urbanistica delle opere deve essere oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione comunale solo nell'ipotesi in cui il privato abbia presentato un'istanza di accertamento di conformità (ex multis Consiglio di Stato sez. VI, 20/07/2021, n.5457: "In presenza di abusi edilizi, la vigente normativa urbanistica non pone alcun obbligo in capo all'autorità comunale, prima di emanare l'ordinanza di demolizione, di verificarne la sanabilità ai sensi dell'art. 36, d.P.R. n. 380 del 2001 e tanto si evince chiaramente dagli artt. 27 e 31, del medesimo d.P.R. n. 380 cit., che obbligano il responsabile del competente ufficio comunale a reprimere l'abuso, senza alcuna valutazione di sanabilità, nonché dallo stesso art. 36 che rimette all'esclusiva iniziativa della parte interessata l'attivazione del procedimento di accertamento di conformità urbanistica ivi").

2.7 Deve, sotto altro profilo, osservarsi che nel ricorso di primo grado l'odierno appellante non aveva dedotto, in seno al terzo motivo di gravame, come autonomo e specifico vizio, che l'ordinanza di demolizione fosse stata adottata prima di aver esaminato la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 1, comma 39, della l. 308/2004, presentata il 31 gennaio 2005, limitandosi per contro a dedurre unicamente che il Comune di Positano avrebbe dovuto accertare "la possibilità di assentire in sanatoria quanto sia assume realizzato in assenza di titolo" (pag. 7 del ricorso di primo grado). Del resto, la prefata domanda di accertamento è stata prodotta solo nel corso del giudizio di primo grado in data 12 giugno 2019 e non risulta essere stata espressamente menzionata in alcun atto difensivo di tale grado di giudizio.

Ne consegue che trattasi di profilo di doglianza sostanzialmente inedito formulato per la prima volta in sede di appello in violazione del divieto di nova ex art. 104 c.p.a..

Deve aggiungersi che, come condivisibilmente statuito dal T.A.R., non vi è, in ogni caso, prova che la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica in questione avesse ad oggetto i manufatti oggetto dell'ordinanza demolitoria impugnata in prime cure. Del resto, detta istanza, oltre a non risultare corredata da una relazione illustrativa, si presenta, nella descrizione del suo contenuto, assolutamente vaga facendo generico riferimento all'“ampliamento delle superfici utili pari a mq 122,75, costituiti da alcuni ambienti sui due livelli” del preesistente edificio residenziale.

3. Per le ragioni di cui sopra l'appello è infondato e va respinto.

4. Nulla per le spese in ragione della mancata 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 7 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere

Giovanni Gallone, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Gallone

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO

LAVORI PUBBLICI