

Publicato il 03/11/2023

**N. 09481/2023REG.PROV.COLL.**  
**N. 07819/2019 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 7819 del 2019, proposto da Maria Emanuela Rizzo, Roberto Rizzo, rappresentati e difesi dall'avvocato Andrea Di Lieto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Santina Murano in Roma, via Pelagio I, n. 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. 358/2019***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore all'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del giorno 13 settembre 2023 il Cons. Sergio Zeuli e udito l'avvocato Di Lieto Andrea per parte appellante;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. La sentenza impugnata ha respinto il ricorso con cui la parte appellante ha chiesto l'annullamento del provvedimento prot. n. 9582 del 23 agosto 2017 del Responsabile dell'Area tecnica edilizia privata del Comune di Positano, col quale sono state respinte le richieste di accertamento di conformità prot. n. 4617 e n. 4619 del 13 aprile del 2016, presentate dai sigg.ri Rizzo, e disposta la reviviscenza dell'ingiunzione di demolizione n. 42 del 16 dicembre 2015, prot. n. 15105, nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

Avverso la decisione sono sollevati i seguenti motivi di appello:

*I. VIZIO IN IUDICANDO. MOTIVAZIONE ERRONEA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3, 6, 10, 33, 36 E 37 DEL D.P.R. 380/01, COME SUCC. MOD. ED INT., DEGLI ARTT. 146 E 167 DEL D.LG.VO 42/2004, DEL D.P.R. 31/2017 E DEL RELATIVO ALLEGATO A. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 31 E SEGG. DELLA L. 47/85. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI E DI MOTIVAZIONE, ILLOGICITA', TRAVISAMENTO DEI FATTI E CARENZA ISTRUTTORIA.*

*II. VIZIO IN IUDICANDO. MOTIVAZIONE ERRONEA ED ILLOGICA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 3, 6, 10, 33, 36 E 37 DEL D.P.R. 380/01, COME SUCC. MOD. ED INT., DEGLI ARTT. 146 E 167 DEL D.LG.VO 42/2004, DEL D.P.R. 31/2017 E DEL RELATIVO ALLEGATO A. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI E DI MOTIVAZIONE, ILLOGICITA', TRAVISAMENTO DEI FATTI E CARENZA ISTRUTTORIA.*

*III. VIZIO IN IUDICANDO. MOTIVAZIONE ERRONEA. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 7 E 10 BIS DELLA L. 241/90, COME SUCC. MOD. ED INT. .*

2. Benché sia stato ritualmente citato, non si è costituito in giudizio il Comune di Positano.

3. L'oggetto della presente controversia sono le opere realizzate su di un fabbricato, di due livelli, sito in Positano, provincia di Salerno, area paesaggisticamente vincolata, in via Arienzo n.72-74.

Detto immobile ha una storia giuridico-amministrativa piuttosto articolata, basti pensare che, rispetto ad esso, è tuttora pendente una richiesta di condono ai sensi della L n.47 del 1985 presentata al Comune di Positano nel 1986.

Nel caso che ci riguarda è impugnato il diniego di accertamento di conformità di alcune opere realizzate senza titolo edilizio, oggetto della richiesta formulata dalla parte appellante ai sensi dell'art.36 del D.P.R. n.380 del 2001.

La sentenza impugnata ha parzialmente accolto il ricorso, ritenendo l'assentibilità solo di alcune delle opere oggetto dell'istanza.

Il diniego è dunque rimasto efficace per altre, che sono oggetto delle puntuali doglianze proposte dalla parte appellante.

4. La prima doglianza – illustrata come premessa al primo motivo di appello - sostiene che, una volta accertata la parziale illegittimità del diniego, considerando che aveva ritenuto assentibili almeno la metà degli interventi contestati, il giudice di primo grado avrebbe dovuto disporre l'integrale annullamento del provvedimento.

4.1. Il motivo è infondato. La sentenza gravata ha correttamente e puntualmente analizzato i singoli interventi – che non erano fra loro collegati né strutturalmente né funzionalmente - individuando i relativi regimi edilizi, a seconda della tipologia, e concludendo, per ciascuno di essi, in ordine alla sussistenza o meno delle condizioni di assentibilità. Non si vede dunque per quale ragione, in diritto, il giudice avrebbe dovuto estendere l'efficacia caducatoria della sua pronuncia oltre l'ambito dell'attività amministrativa individuata come illegittima.

D'altro canto, così operando, il Tribunale ha consentito alla parte appellante di avere una visione chiara ed analitica degli interventi di cui chiedeva la sanatoria, dandole modo – come puntualmente avvenuto - di far valere le sue ragioni in sede d'appello con riferimento alle opere residue, tutt'ora ritenute illegittime.

5. Nel resto, il primo motivo di appello è costituito da doglianze specificamente dedicate a ciascuna delle opere contestate, ritenute non assentibili dal giudice di prime cure, che si passano ad analizzare.

5.1. Il primo sub-motivo al primo motivo di appello contesta al giudice di prime cure di avere qualificato la piscina come “nuova costruzione”, con conseguenti necessità del permesso di costruire per la sua realizzazione, e non assentibilità in sanatoria, ai sensi dell'art.167 d. lgs. n.42 del 2004, trattandosi di intervento in area paesaggisticamente vincolata.

La parte appellante contesta, innanzitutto, di aver incluso la piscina nell'istanza di accertamento di conformità, in realtà ne era esclusa perché era già stata da lei contemplata nell'istanza di condono del 1986, tuttora pendente. Piscina la cui pre-esistenza troverebbe conferma nei grafici allegati a quest'ultima domanda, così come in un'aerofotogrammetria del 1974.

In ogni caso, conclude il motivo, l'intervento sarebbe comunque sanabile, considerato che: 1. Si tratta di opera pertinenziale; 2. non ha creato nuovi volumi; 3. non ha impatto ambientale, Di tal che sarebbe da escludersi la sua ascrivibilità alla categoria della “nuova costruzione”.

5.1.1. Il motivo è complessivamente, infondato.

Nella memoria di replica presentata dalla parte appellante, agli atti del fascicolo di primo grado, in riferimento alla pratica n.102/16 del 12 giugno del 2016, si legge chiaramente che la piscina non è stata esplicitamente oggetto della richiesta di condono del 1986 n.325. In quella nota la parte si limita a precisare che, essendo un abuso minore, dovrebbe ritenersi inglobata nella richiesta di condono, anche se non espressamente indicata.

Premesso che la piscina, anche per quello che si dirà, non può ritenersi un abuso minore, si osserva che l'atto impugnato afferma che l'intervento di cui si tratta è successivo alla domanda di condono, il che significa che il bene ha subito modifiche, dunque se anche – accedendo alla tesi di parte che pure trova un principio di prova contrario nella sua stessa nota – essa fosse ricomprendibile nella domanda di condono, lo sarebbe, al più, nella sua originaria, e non attuale, consistenza.

D'altro canto, è altrettanto evidente che quella piscina – diversamente da quanto sostenuto – era stata oggetto di contestazione perché abusiva nelle ingiunzioni di demolizione che hanno propiziato l'istanza ex art.36 t.u. edilizia di cui si discute, dunque non poteva non rientrare nella relativa domanda. A voler diversamente argomentare, l'ente ne avrebbe infatti disposto l'immediata demolizione, senza attendere l'esito del presente giudizio.

5.1.2. Neppure è fondatamente sostenibile che, per la sua realizzazione, non fosse necessario il permesso di costruire. Si tratta infatti di un intervento edilizio che ha modificato significativamente lo stato dei luoghi e che ha creato un manufatto autonomamente fruibile, il che ne esclude la natura pertinenziale.

Così come si tratta di opera permanente sul suolo, che presenta un impatto ambientale significativo.

Tutte le caratteristiche appena descritte inducono a configurarla quale “nuova costruzione”, con conseguente non sanabilità postuma ai sensi del combinato disposto dell'art.146 comma 4 e 167 del Codice dei Beni culturali, non potendosi qualificare quale intervento di manutenzione ordinaria o straordinaria, e come detto, avendo la stessa creato superficie utile.

6. Il secondo sub- motivo al primo motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di aver ritenuto non assentibili: i giardini realizzati attraverso il livellamento di quota ed il rimodellamento di aiuole; un diverso posizionamento delle scale; la realizzazione di un portone in legno con arco in muratura; una pavimentazione di modeste dimensioni.

La parte appellante sostiene che questi sarebbero interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria degli spazi scoperti, posti in essere allo scopo di mantenere in efficienza, oltre che delimitare la proprietà, senza comportare aumento di volume né di superficie.

La parte sostiene ancora che, sotto il profilo paesaggistico, sarebbero suscettibili nel punto A.13 dell'Allegato A del DPR 31/17 per i quali non è richiesta l'autorizzazione paesaggistica.

6.1. Il motivo è complessivamente infondato.

I descritti interventi non erano assentibili perché la zona dell'intervento è classificata quale "zona 1 a" dal PUT, cioè sottoposta a Tutela dell'ambiente naturale - 1° grado, con prescrizioni da trasferire nei Piani regolatori generali, come zona di "tutela naturale".

Tra le altre prescrizioni che sono imposte all'area, oltre che *l'inedificabilità, sia privata che pubblica, è vietata ogni trasformazione del suolo (sbancamento, muri di sostegno, riporti etc.)*.

Dunque la normativa di dettaglio della zona di vincolo, vietava tutte le attività contemplate dalla richiesta, che, di conseguenza e a maggior ragione, non erano assentibili ex post.

6.2. Una valutazione solo in parte diversa merita la pavimentazione abusivamente realizzata.

Anche quest'ultima ha comportato una trasformazione edilizia, sebbene di modesta entità, della proprietà della parte appellante, il che la rende comunque non assentibile. Aggiungasi che la parte non ha prodotto, in proposito, elementi – di corredo architettonico, morfologico e compositivo-tecnologico – atti a dimostrare la sua compatibilità con l'ambiente circostante che, in tesi, avrebbero potuto giustificare una diversa valutazione da parte dell'autorità procedente.

6.3. I descritti interventi sono comunque non conformi alla disciplina urbanistica vigente al momento della loro realizzazione, il che rende carente

l'intervento del necessario requisito cd. della "doppia conformità", anche a voler ritenere applicabile il D.p.r. n.31 del 2017.

7. Il terzo sub-motivo al primo motivo di appello contesta la ritenuta non assentibilità dell'intervento rappresentato dalle due tettoie, ossia quella ubicata a copertura dell'area parcheggio e quella presente sulla terrazza del primo piano, già presente al momento della presentazione della richiesta di condono del 1986. Nella prospettazione della parte si tratterebbe di interventi di manutenzione ordinaria che non hanno creato volume utile.

7.1. Il motivo è infondato.

Innanzitutto si tratta di interventi che hanno modificato la sagoma e la tipologia architettonica del fabbricato, il che rendeva necessario il permesso di costruire, non assentibile, in via postuma, in area assoggettata a vincolo paesaggistico.

7.1.1. Quanto alla dedotta pre-esistenza della tettoia del primo piano – in disparte che si tratta di circostanza non provata – si osserva che il Comune ha fondato il proprio diniego sull'obiezione del non avere la parte utilizzato, per la sua ristrutturazione, il materiale previsto dagli strumenti urbanistici vigenti e che, rispetto a tale motivazione, non vi è una specifica e puntuale obiezione della parte appellante. Il che rende inoppugnabile la relativa decisione.

8. Il quarto ed il sesto sub-motivo al primo motivo di appello – che possono essere unitariamente trattati per l'omogeneità concettuale che caratterizza le relative doglianze - contestano gli esiti cui è pervenuta la sentenza appellata con riferimento, il quarto, alle opere, che hanno comportato un lieve incremento di superficie e di volume, il sesto, agli ampliamenti di volume riscontrati al primo livello e alla vetrata in muratura, pure realizzata *sine titulo*. In questo caso la parte appellante rappresenta che, per la maggior parte, si è trattato di interventi – che hanno creato intercapedini - tecnicamente necessari per isolare dalla roccia la parte abitabile dell'immobile e preservarlo dall'umidità - non utilizzabili in altro modo. A comprova di quanto dedotto la

parte rappresenta di avere già provveduto a murare il locale destinato a w.c., interdicensi l'accesso in modo definitivo.

#### 8.1. Entrambi i motivi sono infondati.

In primo luogo si osserva che la circostanza della mancata utilizzazione in concreto di quei volumi al più potrebbe rappresentare una causa di sopravvenuta carenza di interesse, ma non di assentibilità dell'intervento, alla quale in ipotesi dovrebbe far seguito una volontaria riduzione in pristino, che non risulta invero essere stata eseguita.

In secondo luogo, che detti volumi abbiano solo una funzione di deumidificazione è fatto solo dedotto, ma non dimostrato, per il tramite di una prova tecnica. Al contrario, dagli atti impugnati si rileva che trattasi di volumi suscettibili, in quanto tali, di autonomo utilizzo.

8.2. Lo stesso dicasi dell'avvenuta muratura del bagno, anch'essa circostanza solo dichiarata, che comunque non esclude il potenziale utilizzo futuro di detto vano, tramite un agevole intervento di ripristino dell'accesso.

Infine, a conclusiva dequotazione dei motivi, vale osservare che la creazione di volumi – circostanza non contestata in fatto – anche in questo caso esclude l'assentibilità postuma, ai sensi dell'art.146 comma 4 dell'art. 167 d. lgs. n.42 del 2004, anche per la contrarietà delle norme del P.U.T. che prescrivono l'inedificabilità assoluta di ulteriori interventi per gli edifici costruiti successivamente al 1955.

9. Il quinto sub-motivo al primo motivo di appello contesta alla sentenza impugnata di non aver ritenuto assentibile il balcone di circa 3 mq. che, contenendosi nel limite del 2% della cubatura complessiva avrebbe potuto essere sanato ai sensi del punto A.31. dell'allegato A al DPR 31/2017.

#### 9.1. Il motivo è infondato.

L'intervento – modificando il prospetto del fabbricato – rendeva necessario il permesso di costruire ai sensi dell'art.10 lett. c) con conseguente non assentibilità postuma per l'area vincolata.



Né la vincolatività del diniego potrebbe mettersi in dubbio in considerazione dell'applicabilità del DPR n. 31 del 2017 perché, a parte il vincolo paesaggistico, mancherebbe nel caso di specie il requisito cd. “della doppia conformità” posto che, al momento della sua realizzazione, il citato D.p.r. 31 non era in vigore e l'intervento era difforme dalla disciplina urbanistica dell'area.

10. Il sesto sub-motivo al primo motivo di appello ed il secondo motivo di appello – che possono essere trattati congiuntamente per l'omogeneità concettuale che li caratterizza – lamentano rispettivamente che l'autorità precedente avrebbe opposto il diniego, senza previamente acquisire né il parere ANAS (necessario per la prossimità degli interventi alla strada provinciale) né il parere della Soprintendenza dei Beni Ambientali.

10.1. Entrambi i motivi sono infondati.

In disparte la considerazione che, almeno il secondo, *ex lege* non avrebbe potuto essere rilasciato in via postuma, si osserva che la richiesta di detti pareri si palesa necessaria nella sola ipotesi in cui l'autorità competente all'emanazione del provvedimento principale, nel caso di specie l'accertamento di conformità, sia orientata in senso favorevole al richiedente.

Per contro, allorquando, come in questo caso, detta autorità ritenga di non assentire l'intervento in via postuma, la richiesta di parere, oltre che inutile – perché un ipotetico intervento favorevole delle due autorità non inficerebbe le altre ragioni ostative indicate nel provvedimento impugnato, né potrebbe invadere le competenze dell'ente locale – si sarebbe risolto in un dispendioso ed ingiustificato aggravio del procedimento, con violazione del principio di cui all'art.2 della L. 241 del 1990.

11. Il terzo motivo di appello contesta l'avvenuta violazione delle prerogative procedurali spettanti alla parte appellante.

11.1. Il motivo è infondato.

Il lungo *iter* procedimentale che ha caratterizzato la vicenda amministrativa di cui alla controversia ha offerto infatti alla parte appellante numerose occasioni

di interlocuzione procedimentale, nel corso delle quali ha avuto modo di far valere le proprie ragioni, dunque quelle prerogative, per equipollenza, sono state rispettate anche nell'ultima fase del rapporto in oggetto.

In ogni caso, quanto precede dimostra che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, con definitiva dequotazione della doglianza ai sensi del comma 2 dell'art.21 octies della L. 241 del 1990.

12. Conclusivamente questi motivi inducono al rigetto del gravame. Non vi è pronuncia sulle spese, mancando la costituzione dell'intimata.

P.Q.M.

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

Nulla spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere, Estensore

Giovanni Tulumello, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Sergio Zeuli**

**IL PRESIDENTE**

**Marco Lipari**

**IL SEGRETARIO**