

Pubblicato il 27/10/2023

Sent. n. 2409/2023

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 513 del 2021, proposto da: -OMISSIS--OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Guarracino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Positano, via S.Giovanni 10;

contro

Comune di Positano, non costituito in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 1915 del 2022, proposto da: -OMISSIS--OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Raffaele Guarracino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Raffaele Guarracino in Positano, via S.Giovanni 10;

contro

Comune di Positano, non costituito in giudizio;
Ministero della Cultura, Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per le Province di Salerno e Avellino, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Distrettuale Salerno, domiciliata ex lege in Salerno, c.so Vittorio Emanuele, 58;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 513 del 2021:

dell'ordinanza n. -OMISSIS- prot. n. -OMISSIS-di ingiunzione alla demolizione e al ripristino stato dei luoghi emessa dal Responsabile Area Tecnica Edilizia Privata e dal Responsabile Servizio Antiabusivismo del Comune di Positano;

quanto al ricorso n. 1915 del 2022:

del provvedimento prot. -OMISSIS- emesso dall'UTC di Positano avente ad oggetto:

a) il diniego definitivo della richiesta di accertamento di conformità urbanistica prot. -OMISSIS-del 02.04.2021 (pratica -OMISSIS-) e della richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica, prot. -OMISSIS- (pratica -OMISSIS-/2021) finalizzate a conseguire la sanatoria delle opere di cui al provvedimento di demolizione prot. -OMISSIS- (ord. -OMISSIS-/2020); b) la reviviscenza dell'ordinanza n. -OMISSIS-del prot. n. -OMISSIS-dell'UTC di Positano con cui è stato disposto l'ordine di demolizione e rimessa in pristino dello stato dei luoghi; parere contrario del Ministero per i beni e le attività culturali - Soprintendenza di Salerno prot. -OMISSIS-; ordinanza n. -OMISSIS-prot. n. -OMISSIS-di ingiunzione alla demolizione e al ripristino stato dei luoghi; relazione del tecnico comunale prot. n. -OMISSIS-; ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale;

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Cultura e di Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per Le Province di Salerno e Avellino;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 ottobre 2023 la dott.ssa Gaetana Marena e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

La ricorrente in epigrafe è proprietaria di un immobile sito in Positano, catastalmente identificato al foglio -OMISSIS-mappale -OMISSIS-sub -OMISSIS- foglio -OMISSIS-mappale -OMISSIS-, nonché al foglio -OMISSIS-mappale -OMISSIS-.

Con l'ordinanza, n. -OMISSIS-del 04.12.2020, il Comune intimava la rimozione delle seguenti opere in contestazione: "Su di un giardino posto a confine con la via -OMISSIS-, perimetrato da pali in ferro e rete metallica è stata accertata la realizzazione di una volumetria abusiva composta da muratura perimetrali in blocchetti di cls, allo stato grezzo e copertura superiore a vista in lamiera coibentata. La volumetria abusiva è composta da: • Salotto di mq. 23,70 x h. mt. 2,66 con antistanti varchi balcone con infissi in alluminio e di un varco munito di infisso che conduce al giardino successivamente relazionato; • Bagno di circa mq. 4,6-OMISSIS-x h. mt. 2,7-OMISSIS-con piccola finestra posta alle spalle munita di infisso; • Corridoio di circa mq. 2,1-OMISSIS-ove è localizzato il varco all'abitazione; • Camera da letto di circa mq. 13,50 x h. mt. 2,70 con finestra posta sul lato Sorrento munita di infisso; • Area di accesso alla volumetria cementata con rifinitura in mattonelle di gres porcellanato di circa mq. 3,00 ove è alloggiata una scala in metallo di accesso al giardino sottostante e cancello in ferro con diretto accesso dalla via -OMISSIS-; • In adiacenza alla scaletta in metallo è stata accertata la presenza di una baracca in lamiera di colore verde utilizzata quale deposito di mt. 1,20 x 1,50 x h. mt. 2,00; • Dal salotto sopra relazionato si accede ad un'area esterna a giardino ove sono stati posti in opera su terreno vegetale dei quadroni in cls per mq. 32,00, nonché di un'area di circa mq. 10,82, ricoperta da pergolato in ferro e telo di materiale plastico posto ad un'altezza di mt. 2,50 ove è localizzata una betoniera e uno scavo in terreno vegetale di mt. 2,72 x 0,60 di profondità variabile. Alle spalle della predetta area era in corso di realizzazione una scala in pietra calcarea e cls di circa ml. 5,50 x -OMISSIS-mt. 0,80. Sempre sullo stesso terrazzamento la realizzazione di manufatto in pietra calcarea e cls utilizzato quale griglia di cottura alimenti".

Avverso l'atto de quo insorge la proprietaria epigrafata, mediante gravame di annullamento RG 2021/513,

censurandolo per i seguenti motivi:

1. VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 7 E SEGG. L. N. 241/90) - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI IN MATERIA DI GIUSTO PROCEDIMENTO.

La parte ricorrente lamenta l'illegittimità dell'ordine gravato, in ragione dell'inosservanza dell'obbligo di comunicazione dell'avvio procedimentale ex art. 7 L. 241/1990.

2. VIOLAZIONE DI LEGGE (D.P.R. -OMISSIS-0/2001 ART. 3 LETT. A; ART. 6 COMMA 1 LETT. A), E-TER, E-QUINQUIES - D.LGS. 42/200-OMISSIS-ART. 149 – D.P.R. 31/2017 ART. 2, ALL. A, PUNTI A.2 - A.10 – A.12 – A.19 – A.22; D.M. 2/3/2018 MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE ART. 1 ALLEGATO 1) – ECCESSO DI POTERE (SVIAMENTO DI POTERE – ERRONEITÀ DELLE VALUTAZIONI – CARENZA DI ISTRUTTORIA - ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI).

Secondo la prospettazione attorea, il Comune avrebbe incluso nel provvedimento impugnato una serie di opere rientranti nella categoria dell'edilizia libera, come tali non richiedenti il rilascio di alcun atto autorizzativo o tutt'al più subordinati a segnalazione certificata inizio attività, la cui mancanza non comporta la sanzione demolitoria, bensì quella pecuniaria, ai sensi e per gli effetti dell'art. -OMISSIS-D.P.R. -OMISSIS-0/2001.

Con ricorso RG 2022/1915, notificato il 17.10.2022 e depositato il 16.11.2022, la ricorrente impugna, unitamente al parere contrario della Soprintendenza, prot. -OMISSIS-, il provvedimento, prot. -OMISSIS-, notificato il 18.07.2022, recante il rigetto sia dell'istanza di accertamento di conformità urbanistica, con nota prot. -OMISSIS- (pratica -OMISSIS-), sia della richiesta di accertamento di compatibilità paesaggistica, con nota prot. -OMISSIS- (pratica n. -OMISSIS-), per la sanatoria delle opere in contestazione.

Il gravame è sorretto da una serie di censure di illegittimità, così di seguito sintetizzate:

1 – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3, ART. 6 COMMA 1 LETT. A), E-TER, EQUINQUIES, ART. 36 D.P.R. -OMISSIS-0/2001 – ART. 10 NTA DEL COMUNE DI POSITANO; ART. 49 RUEC POSITANO – ART. 167 COMMI -OMISSIS-E 5 D.LGS. N. 42/2004) – ECCESSO DI POTERE (SVIAMENTO DI POTERE – ERRONEITÀ DELLE VALUTAZIONI – CARENZA DI ISTRUTTORIA - ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI).

Secondo la prospettazione attorea, gli interventi eseguiti sull'immobile possono inquadrarsi a vario titolo nella categoria della manutenzione ordinaria e straordinaria e, pertanto, pienamente sanabili con gli strumenti dell'accertamento di conformità edilizia e compatibilità paesaggistica.

2 - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3, 7 E 10 E 10 BIS L. N. 241/90) – ECCESSO DI POTERE (DIFETTO DI ISTRUTTORIA – MOTIVAZIONE CARENTE ED INADEGUATA).

Secondo l'assunto attoreo, il rigetto delle sanatorie richieste, sia edilizia che paesaggistica, non è supportato da un'adeguata istruttoria e da una sufficiente motivazione, non essendo stata operata, a suo dire, dalla Soprintendenza e dal Comune di Positano, una corretta e compiuta disamina di tutta la documentazione fornita dalla ricorrente a mezzo del suo tecnico.

Lamenta, altresì, che non sono state adeguatamente valutate le osservazioni controdeduttive volte al superamento dei motivi ostativi al rigetto delle istanze.

3 - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LETT. A; ART. 6 COMMA 1 LETT. A), E TER, EQUINQUIES D.P.R. -OMISSIS-0/2001 - ART.149 D.LGS. 42/200-OMISSIS– D.P.R. 31/2017 ART. 2, ALL. A, PUNTI A.2 - A.10 – A.12 – A.19 – A.22; D.M. 2/3/2018 MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE ART. 1 ALLEGATO 1) – ECCESSO DI POTERE (SVIAMENTO DI POTERE – ERRONEITÀ DELLE VALUTAZIONI – CARENZA DI ISTRUTTORIA - ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI).

La parte ricorrente si duole del fatto che si tratta di interventi ricadenti a vario titolo nella categoria dell'edilizia libera, come tali non richiedenti il rilascio di alcun atto autorizzativo, o in quella di manutenzione straordinaria.

Sottolinea, del pari, che, anche sotto il profilo paesaggistico, trattasi di intervento che non richiede autorizzazione paesaggistica, rientrando sia nel punto A.12, sia nel punto A.19.

L'area di accesso alla suindicata volumetria era, a dire della ricorrente, anch'essa preesistente; ciò che si stava eseguendo al momento del sopralluogo dell'UTC era un'attività di ordinaria manutenzione e di rifinitura, che come tale rientra nella categoria dell'attività edilizia libera.

Per la causa RG 2021/513 non si costituisce in giudizio il Comune intimato.

Per la causa RG 2022/1915, resiste in giudizio la Soprintendenza, depositando documentazione e memoria difensiva.

Nell'udienza pubblica del 18 ottobre 2023, la causa è introitata per la decisione.

In via preliminare, va disposta la riunione dei due gravami, RG 2021/513 ed RG 2022/1915, stante la sussistenza di evidenti ragioni di connessione soggettiva ed oggettiva nonché l'afferenza al medesimo thema decidendum.

I due gravami, così riuniti, sono accolti in parte.

La materia del contendere verte sulla legittimità o meno prima dell'ordinanza demolitoria e poi del diniego di sanatoria.

Ed invero, sulla base della disamina della documentazione in atti, i provvedimenti gravati si appalesano al Collegio illegittimi in parte qua, limitatamente ad alcune opere sussumibili nell'alveo dell'edilizia libera e non necessitanti dell'autorizzazione paesaggistica.

La giurisprudenza ritiene in linea di principio che, in un'area soggetta a vincoli paesaggistici, non è richiesto il rilascio di alcuna autorizzazione per opere riconducibili, ai sensi dell'art. 149 comma 1, d. lg. 22 gennaio 2004 n. 42 agli interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria che secondo l'art. 6 comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 rientrano nell'attività di "edilizia libera", come le opere di pavimentazione e di finitura di spazi esterni (lett. e- ter), le aree ludiche senza fini di lucro e gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici" (lett. e- quinquies); allo stesso modo, ai sensi del d.m. 2 marzo 2018, il rifacimento e/o sostituzione della "pavimentazione esterna pertinenziale" rientra pure nell'edilizia libera (T.A.R. Latina, sez. I, 28/03/2022, n.248).

Sulla scorta di queste considerazioni giurisprudenziali, il gravame è accolto, limitatamente alla contestazione delle seguenti opere.

In merito all'apposizione dei pali in ferro e della rete metallica sul giardino, la giurisprudenza precisa che la realizzazione di una recinzione metallica con paletti di ferro e cancello, costituisce attività libera, non soggetta nemmeno a denuncia di inizio attività; per cui non è necessario un idoneo titolo edilizio per la realizzazione di una recinzione, qualora sia posta in essere una trasformazione dalla quale non derivi un'apprezzabile alterazione ambientale, estetica e funzionale, in considerazione dell'utilizzo di materiale di scarso impatto visivo e per le dimensioni ridotte dell'intervento (Cons. Stato, sez. VI, 29/11/2019, n.8178).

La natura di edilizia libera esclude, perciò, l'assoggettamento a qualsivoglia titolo autorizzativo di tipo paesaggistico, nei termini declinati nell'Allegato A. 12 del DPR 31/2017.

In ordine all'area di accesso alla volumetria cementata con rifinitura in mattonelle di gres porcellanato di circa mq. 3,00 nonché in ordine alla contestata apposizione sull'area a giardino di quadroni in cls per mq. 32,00, la giurisprudenza assume che le opere di pavimentazione esterna in piastrelle di cemento armato costituiscono, in assenza dell'indicazione del superamento di eventuali indici di permeabilità, attività edilizia libera ex art. 6 DPR 380/2001, lett. e-ter) e, perciò solo, sottratti anche all'autorizzazione paesaggistica, ex Allegato A. 12 DPR 31/2017. Per cui l'opera di pavimentazione di un'area esterna, di modesta estensione, non è di per sé soggetta al permesso di costruire, salvo che comporti una trasformazione urbanistica del suolo ed un cambio della sua destinazione (T.A.R. Napoli, sez. III, 24/12/2018, n. 7333).

Analogo discorso vale per la contestata realizzazione del manufatto in pietra calcarea e cls utilizzato quale griglia di cottura alimenti, il quale, in ragione dell'inidoneità funzionale e strutturale ad alterare il carico urbanistico, costituisce edilizia libera e, come tale, non necessita di autorizzazione paesaggistica.

Per quanto premesso, il ricorso RG 2021/513 va parzialmente accolto e l'ordinanza di demolizione di conseguenza annulla limitatamente alle precedenti opere: pali in ferro e rete metallica sul giardino, pavimentazione esterna in piastrelle e griglia di cottura per alimenti.

Nel resto, il ricorso RG 2021/513 va dichiarato improcedibile, in quanto la presentazione dell'istanza di sanatoria ha fatto venir meno l'interesse attuale e concreto alla decisione del ricorso avverso le restanti opere soggette a demolizione, essendo quest'ultima sospesa ex lege e potendo l'interessato avversare l'eventuale diniego sull'istanza medesima, espresso o tacito, mentre l'eventuale definizione positiva della sanatoria è suscettibile di far cessare l'intera materia del contendere (T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 12 gennaio 2022, n. 49).

D'altro canto, è evidente che l'iniziativa spontanea assunta dalla parte privata sul piano sostanziale, volta alla richiesta di un provvedimento di sanatoria, collide con l'assunto attoreo dato dalla legittimità delle opere edilizie concretamente eseguite, ponendo pure un dubbio di ammissibilità della relativa censura, in quanto svolta in violazione del principio per cui nemo potest venire contra factum proprium (Cons. Stato, Sez. II, 9 agosto 2021, n. 582-OMISSIS- T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 settembre 2022, n. 2-OMISSIS-7).

Lo svolgimento di una censura tesa ad affermare, in sede giurisdizionale, la legittimità di un comportamento autodenunciato come abusivo in sede sostanziale (con la presentazione di un'istanza di sanatoria) configura un utilizzo non corretto dello strumento processuale, venendo dedotti, in ragione dell'esito del procedimento sfavorevole all'istante, fatti incompatibili con la condotta

spontaneamente e volontariamente assunta in sede amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 1 giugno 2022, n. 4444; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 16 settembre 2022, n. 2-OMISSIS-7).

Per le ragioni sopra esposte, anche il ricorso RG 2022/1915 va parzialmente accolto limitatamente alle precedenti opere (pali in ferro e rete metallica sul giardino, pavimentazione esterna in piastrelle e griglia di cottura per alimenti), così che il parere contrario della Soprintendenza ed il rigetto dell'istanza di accertamento di conformità paesaggistica ed urbanistica devono essere conseguentemente annullati.

In mancanza di una specifica motivazione a sostegno del diniego di sanatoria, i predetti due ultimi atti devono essere annullati anche in relazione alle altre opere minori, ossia la baracca in lamiera, la scala in metallo di accesso al giardino sottostante, il cancello in ferro con diretto accesso dalla via - OMISSIS- e la scala in pietra calcarea e cls.

Il parere contrario ed il rigetto dell'istanza di accertamento di conformità devono invece essere confermati per le restanti opere, nella misura in cui determinano nuova superficie e volumetria abitabile, non sono sanabili sotto l'aspetto paesaggistico; e ciò anche ove si accedesse, per mera tesi, alla ricostruzione fattuale della ricorrente, secondo cui si tratterebbe di una "vecchia edificazione originariamente con funzione di cisterna trasformato in deposito dal dante causa -OMISSIS- che lo utilizzava come ricovero per la conduzione del fondo agricolo su cui insiste... [che] coincide con l'attuale locale ingresso – disimpegno, le camere e l'ambiente wc contestati nell'ordinanza n. - OMISSIS-del 04.12.2020. La porzione riportata quale salotto è stata realizzata in aderenza al locale originario, utilizzando una porzione di copertura esistente per la conservazione e il trattamento dei prodotti agricoli; essendo l'intera consistenza originaria posta in aderenza ad una macera di contenimento del terrazzamento superiore del fondo, sempre di proprietà della ricorrente, la stessa è stata completata con due sole chiusure in muratura".

In ragione della reciproca soccombenza, le spese di lite possono essere interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi RG 2021/513 ed RG 2022/1915, così riuniti:

- dichiara parzialmente improcedibile il ricorso RG 2021/513;
- li accoglie in parte e, per l'effetto, annulla l'ordinanza di demolizione n. -OMISSIS-, il parere contrario prot. -OMISSIS- ed il provvedimento prot. -OMISSIS-, limitatamente alle opere di cui in motivazione;
- li rigetta per il resto.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell'articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la persona interessata.

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 18 ottobre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Nicola Durante, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere

Gaetana Marena, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Gaetana Marena

IL PRESIDENTE

Nicola Durante

IL SEGRETARIO

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.