

**Pubblicato il 20/06/2019**

**Sent. n. 1099/2019**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 575 del 2019, proposto da

[omissis], in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Laura Clarizia, Rossella Casola, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Laura Clarizia, in Salerno, via G.V. Quaranta, n.5;

contro

Comune di Positano, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

dell'ordinanza di demolizione n. [omissis] dell'[omissis].

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 il dott. Olindo Di Popolo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:

- col ricorso in epigrafe, [omissis] impugnava, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, l'ordinanza di demolizione n. [omissis] dell'[omissis], emessa dal Responsabile dell'Area Tecnica Edilizia Privata del Comune di Positano e preannunciata con nota del [omissis], prot. n. [omissis], unitamente alle presupposte relazioni tecniche di sopralluogo prot. n. [omissis] del [omissis] e prot. [omissis] del [omissis];

- gli abusi contestati, sulla scorta delle risultanze delle citate relazioni tecniche di sopralluogo prot. n. [omissis] del [omissis] e prot. [omissis] del [omissis], consistevano nella realizzazione sine titolo delle seguenti opere, presso l'immobile commerciale in proprietà del ricorrente, ubicato in Positano, alla via [omissis], n. [omissis], censito in catasto al foglio [omissis], particella [omissis], sub [omissis]: «1) Ampliamento del piano terra. Superficie negozio: m 0,78 x m 0,91 = mq 0,71 x (h) m 2,00 = mc 1,42; Bagno: m 1,70 x m 0,73 = mq 1,24 x (h) m 2,10 = mc 2,60. 2) Ampliamento del piano interrato. Deposito: m 7,03 x m 4,02 = mq 28,26 x (h) m 3,00 = mc 84,78; Bagno: m 1,24 x m 0,79 = mq 0,98 x (h) m 2,10 = mc 2,06; Ascensore: m 1,60 x m 1,00 = mq 1,60 x (h) m 3,30 = mc 5,28. 3) Apposizione di una unità di condizionamento ... sulla facciata principale del fabbricato, avente un ingombro di circa m 0,80 x m 0,70»;

- a precisazione di tali contestazioni, l'amministrazione comunale annotava nel provvedimento impugnato che: «Le opere in ampliamento dei locali, oggetto di contestazione ai punti 1 e 2, sono state realizzate dopo il 1988 (e precisamente postume al 6 dicembre 1988, data dell'atto di

compravendita a magistero del notaio Andrea Pansa di Amalfi, dal quale risulta che l'immobile identificato catastalmente al foglio [omissis], particella [omissis], sub [omissis], è costituito dal solo piano terra di mq 37, così come rappresentato graficamente nella planimetria catastale datata 28 giugno 1940 ... Non risulta acquisito alcun titolo che legittimi gli ampliamenti volumetrici accertati. La stessa DIA, pratica [omissis], richiamata nella relazione di sopralluogo, giusta prot. [omissis] del [omissis], benché riporti la presenza del locale al piano seminterrato, è inidonea a dimostrarne la preesistenza, tant'è che le foto in essa contenute ritraggono una copertura a volta e non un solaio piano, così come è presente oggi. Nessuna prova documentale e/o fotografica risulta prodotta per la scala di collegamento tra il piano terra e il piano seminterrato; tale circostanza avvalorava la tesi di questo UTC secondo cui, quand'anche preesistente quota parte del volume in contestazione, lo stesso poteva al più avere una destinazione a "cisterna". La documentazione grafica presente nella DIA pratica [omissis] non evidenzia la presenza degli ulteriori ampliamenti ad oggi riscontrati, che pertanto risultano realizzati successivamente alla data di presentazione di detta pratica, risalente al 18 novembre 1999. Non risultano altresì prodotti atti che siano idonei ad inficiare il contenuto del richiamato atto di compravendita del 6 dicembre 1988, a magistero del notaio Andrea Pansa di Amalfi, dal quale risulta che l'immobile identificato catastalmente al foglio [omissis], particella [omissis], sub [omissis], è costituito dal solo piano terra di mq 37»;

- nell'avversare l'adottata misura repressivo-ripristinativa, [omissis] deduceva, in estrema sintesi, che: a) il procedimento sanzionatorio, avviato con nota del [omissis], prot. n. [omissis], non sarebbe stato concluso entro il termine di 30 giorni ex art. 2 della l. n. 241/1990; b) gli abusi accertati non avrebbero potuto esserle contestati in veste di mera affittuaria del ramo di azienda comprendente l'immobile commerciale controverso (in proprietà di [omissis]), il locale interrato controverso esulando dall'ambito di esercizio della propria attività e il pure controverso ampliamento del bagno avendo proporzioni insignificanti; c) il locale interrato in contestazione risalirebbe, in realtà, all'epoca di costruzione dell'intero immobile, essendo ab origine configurato a guisa di "cisterna" totalmente interrata, accessoria al piano sovrastante; d) al pari dei wc realizzati al piano terra ed al piano interrato, nonché del montacarichi di collegamento tra i due livelli, esso troverebbe, comunque, la propria (implicita) fonte di legittimazione edilizia nella DIA del [omissis], prot. n. [omissis]; e) gli interventi ritenuti abusivi (tra cui, segnatamente, l'apposizione di una unità di condizionamento), in quanto tutti ascrivibili al novero della manutenzione straordinaria o del risanamento conservativo, non sarebbero assoggettati al regime abilitativo del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica né, quindi, esposti alla sanzione demolitoria; f) i vincoli paesaggistici gravanti sull'area di ubicazione dell'immobile, solo genericamente ed ellitticamente richiamati dall'amministrazione comunale, non impedirebbero la realizzazione delle opere in contestazione, aventi natura interna o interrata;

- l'intimato Comune di Positano non si costituiva in giudizio;

- il ricorso veniva chiamato all'udienza del 22 maggio 2019 per la trattazione dell'incidente cautelare;

- nell'udienza camerale emergeva che la causa era matura per la decisione di merito, essendo integro il contraddittorio, completa l'istruttoria e sussistendo gli altri presupposti di legge;

- le parti venivano sentite, oltre che sulla domanda cautelare, sulla possibilità di definizione del ricorso nel merito e su tutte le questioni di fatto e di diritto che la definizione nel merito pone;

Considerato, innanzitutto, che:

- il mancato esercizio delle attribuzioni da parte dell'amministrazione entro il termine previsto per la conclusione del procedimento non comporta ex se, in difetto di espressa previsione, la decadenza del potere; pertanto, in assenza di una specifica disposizione che espressamente preveda il termine come perentorio, comminando la perdita della possibilità di azione da parte dell'amministrazione al suo spirare o la specifica sanzione della decadenza, il termine stesso deve intendersi come meramente sollecitatorio o ordinatorio; il suo superamento non determina, quindi, l'illegittimità dell'atto, ma una semplice irregolarità non viziante, poiché non esaurisce il potere dell'amministrazione di provvedere (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. VI, n. 468/2015; n. 3401/2015; TAR Toscana, Firenze, sez. II, n. 1346/2013; TAR Lombardia, Milano, sez. II, n. 2157/2015);

- la posizione di utilizzatore necessario e giuridicamente qualificato (affittuario del ramo di azienda) dell'opera abusiva, e, quindi, di unico soggetto in grado di porre fine alla situazione antiggiuridica, rende la F.lli Casola legittima destinataria della gravata ordinanza di demolizione n. 11 dell'11 febbraio 2019 (cfr., in tal senso, TAR Toscana, Firenze, sez. III, n. 2256/2010; n. 801/2013).

Considerato, altresì, che:

- in omaggio al principio di vicinanza della prova, l'onere di dimostrare l'epoca di realizzazione di una costruzione incombe sull'interessato, e non sull'amministrazione, la quale – in presenza di un'opera edilizia sine titulo – ha solo il potere-dovere di sanzionarla e di adottare, ove ricorrano i presupposti, il provvedimento demolitorio: in tali ipotesi, spetta, cioè, al ricorrente fornire prova inconfutabile, ai sensi degli artt. 63 comma 1, e 64 comma 1, cod. proc. amm., in relazione a circostanze che rientrano nella sua disponibilità (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 2782/2014; n. 511/2016; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 4122/2017; sez. III, n. 5212/2017; Salerno, sez. I, n. 951/2018; Napoli sez. VI, n. 4769/2018);

- ebbene, nel caso in esame, a fronte dei decisivi rilievi secondo cui il locale deposito contestato non figura rappresentato nella planimetria catastale datata 28 giugno 1940 né indicato nell'atto notarile di compravendita del 6 dicembre 1988, una simile prova inconfutabile circa la risalenza del locale in parola ad epoca remota (anteriore all'introduzione dei vincoli paesaggistici sull'area di relativa ubicazione e dell'obbligo di licenza edilizia ex art. 31, comma 1, della l. n. 1150/1942 per le costruzioni all'interno del centro abitato), non risulta fornita dalla ricorrente;

- seppure, poi, il manufatto in parola fosse preesistito a guisa di "cisterna" interrata per la raccolta dell'acqua piovana, accessoria al locale sovrastante, è ben evidente che la sua attuale conformazione a magazzino-deposito, servito da montacarichi e scala di collegamento al locale sovrastante, nonché addirittura dotato di wc, possa essere stata soltanto il risultato di un'attività di trasformazione edilizia tanto incisiva da non poter essere catalogata – come propugnato da parte ricorrente – in termini di restauro e risanamento conservativo;

- in questo senso, il Comune di Positano ha efficacemente rilevato che le riproduzioni fotografiche a corredo della DIA del [omissis], prot. n. [omissis] «ritraggono una copertura a volta e non un solaio piano, così come è presente oggi», e che «nessuna prova documentale e/o fotografica risulta prodotta per la scala di collegamento tra il piano terra e il piano seminterrato; tale circostanza avvalorava la tesi ... secondo cui, quand'anche preesistente quota parte del volume in contestazione, lo stesso poteva al più avere una destinazione a "cisterna"»;

- la menzionata DIA del [omissis], prot. n. [omissis], aveva per oggetto interventi di mera manutenzione, i quali, in ragione della natura stessa del menzionato titolo edilizio, non potevano consistere nella realizzazione ex novo ovvero nella trasformazione radicale (da originaria "cisterna") dell'attuale locale deposito;

- dalla circostanza che il manufatto in parola figurasse negli elaborati grafici a corredo della DIA del [omissis], prot. n. [omissis], non può, d'altronde, inferirsi che esso fosse stato anche implicitamente assentito nella sua attuale configurazione, in violazione del principio di corrispondenza tra richiesto e pronunciato, operante nel campo processuale, ma ragionevolmente esportabile anche nel campo dei procedimenti ampliativi della sfera giuridica dei privati;

- i richiami provvedimentali alla sussistenza del vincolo paesaggistico gravante sull'area di intervento, sia in forza del d.m. 23 gennaio 1954 sia in forza della classificazione in zona territoriale 2 (Tutela degli insediamenti antichi accentrati) ad opera del PUT dell'Area Sorrentino-Amalfitana, sono sufficientemente perspicui e puntuali nel denotare che, in particolare, il controverso locale interrato fosse assoggettato al previo rilascio del necessario titolo paesaggistico;

- al riguardo, giova rammentare che costituisce ius receptum l'arresto secondo cui la realizzazione di un volume interrato determina inevitabilmente un'alterazione dello stato dei luoghi rilevante sotto il profilo paesaggistico (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 2388/2005; sez. VI, n. 110/2011; sez. IV, n. 1879/2011; n. 4079/2013; n. 4114/2013; n. 4348/2013; n. 4503/2013; TAR Campania, Salerno, sez. I, n. 1642/2011; Napoli, sez. IV, n. 2529/2012; sez. VII, n. 1/2014; TAR Umbria, Perugia, n.

356/2014; n. 490/2018; TAR Lazio, Roma, sez. II, n. 9218/2018; TAR Molise, Campobasso, n. 525/2018);

- sotto il profilo urbanistico-edilizio, giova, altresì, rammentare che, in base all'art. 3, lett. e.1, del d.p.r. n. 380/2001, gli interventi di nuova costruzione, per i quali è richiesto il permesso di costruire, comprendono la costruzione di manufatti edilizi interrati ovvero l'ampliamento di quelli esistenti, trattandosi pur sempre di interventi comportanti una trasformazione rilevante del territorio, in relazione ai quali l'autorità amministrativa deve svolgere il proprio controllo sul rispetto delle norme urbanistiche ed edilizie, anche tecniche, finalizzato ad assicurare il regolare assetto e sviluppo del territorio (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. III, n. 3028/2017; sez. VIII, n. 4121/2017; sez. III, n. 4243/2017);

Considerato, ancora, che:

- ad opposte conclusioni di accoglimento occorre addivenire con riguardo sia ai contestati ampliamenti del bagno e della superficie commerciale al piano terra dell'immobile sia alla contestata installazione di una unità di condizionamento all'esterno del fabbricato;

- ed invero, le proporzioni del tutto irrisorie dei predetti ampliamenti, nonché la funzione risanatorio-manutentiva di adeguamento tecnologico e igienico-funzionale ricollegabile alla modifica del bagno ed all'installazione dell'impianto condizionatore inducono ad escludere gli estremi propri degli interventi subordinati al previo rilascio del permesso di costruire e dell'autorizzazione paesaggistica e sottoposti alla sanzione demolitoria;

Ritenuto, in conclusione, che:

- stante la fondatezza del solo profilo di censura da ultimo scrutinato e l'infondatezza dei restanti motivi di gravame, il ricorso in epigrafe va accolto in parte qua, con conseguente annullamento dell'impugnata ordinanza di demolizione n. [omissis] dell'[omissis], nella misura in cui è diretta al contestato ampliamento del wc e della superficie commerciale del solo piano terra, nonché all'installazione dell'impianto condizionatore all'esterno del fabbricato (con esclusione, quindi, del locale deposito al piano interrato, nonché degli annessi wc e vano montacarichi);

- quanto alle spese di lite, stanti i profili di reciproca soccombenza, sussistono giusti motivi per dichiararle irripetibili nei confronti del non costituito Comune di Positano;

### **P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania - Sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla in parte qua l'ordinanza di demolizione n. [omissis] dell'[omissis].

Spese irripetibili.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 22 maggio 2019 con l'intervento dei magistrati:

Maria Abbruzzese, Presidente

Olindo Di Popolo, Consigliere, Estensore

Roberta Mazzulla, Referendario

L'ESTENSORE  
Olindo Di Popolo

IL PRESIDENTE  
Maria Abbruzzese

IL SEGRETARIO