

Publicato il 31/08/2021

**N. 06130/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 01746/2021 REG.RIC.**

**N. 05102/2019 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 Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1746 del 2021, proposto dal signor Carlo Scalzone, rappresentato e difeso dall'avvocato Elio Cuoco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

il comune di Agropoli, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Gennaro Maione, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**nei confronti**

la signora Lucia Di Nardo, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso numero di registro generale 5102 del 2019, proposto dal signor Carlo Scalzone, rappresentato e difeso dagli avvocati Orazio Abbamonte e Elio Cuoco, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Orazio Abbamonte in Roma, via n. Porpora, n. 12;

**contro**

il comune di Agropoli, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Leoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del rispettivo Ministro in carica, rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato, con domicilio ex lege in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

l'Autorità bacino regionale della Campania sud, non costituita in giudizio;

**nei confronti**

la signora Lucia Di Nardo, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Brancaccio e Antonio Scuderi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**per la riforma**

- quanto al ricorso n. 1746 del 2021:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione seconda, n. 901/2020, resa tra le parti;

- quanto al ricorso n. 5102 del 2019:

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione seconda, n. 415/2019, resa tra le parti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti, quanto al ricorso n. 1746 del 2021, gli atti di costituzione in giudizio della signora Lucia Di Nardo e del comune di Agropoli e, quanto al ricorso n. 5102 del 2019, l'atto di costituzione in giudizio e l'appello incidentale della signora Lucia Di Nardo e gli atti di costituzione in giudizio del comune di Agropoli e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero per i beni e le attività culturali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2021, svoltasi ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, il consigliere Alessandro Verrico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso dinanzi al T.a.r. Campania, sede di Salerno (r.g. n. 935/2017), la signora Lucia Di Nardo, nella qualità di proprietaria di un terreno sito alla via Kennedy del comune di Agropoli (particella n. 986 del foglio di mappa n. 40, derivante dal frazionamento della ex particella n. 239) su cui insiste una struttura destinata a bar ristorante connessa con uno stabilimento balneare, impugnava:

a) il permesso di costruire n. 76, rub. 95/2017 del 4 aprile 2017, con cui il comune assentiva un intervento di ristrutturazione del confinante compendio immobiliare (stabilimento balneare) di proprietà della società LU.VE., con legale rappresentante il signor Carlo Scalzone;

b) la nota, resa dal Comandante della Capitaneria di Porto – Guardia Costiera di Salerno, registro ufficiale U.0009562.03-04-2017 (protocollo comune di Agropoli n. 12224/2017 del 3 aprile 2017), l'autorizzazione paesaggistica, rilasciata dal comune di Agropoli, n. 32 del 1° febbraio 2017 e il parere, reso dalla locale Commissione per il paesaggio, con verbale n. 757, nella seduta del 22 novembre 2016, il parere, reso dalla Soprintendenza B. A. P. di Salerno del 13 gennaio 2017, prot. n. 1008, il parere favorevole a condizione, rilasciato dall'Autorità di bacino del fiume Sele, in data 11 novembre 2016, prot. 3022 e la nota, prot. n. 440 del 15 febbraio 2017;

c) ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale, tra cui il parere urbanistico favorevole del responsabile del procedimento del 25 novembre 2016, prot. n. 31054, la relazione illustrativa, prot. n. 31055 del 25 novembre 2016 e le note, prot. 31055 del 25 novembre 2016 e prot. n. 0011160/2017 del 22 marzo 2017.

2. Il T.a.r. Campania, sede di Salerno, Sezione II, dopo aver accolto l'istanza cautelare, con la sentenza n. 415 del 21 marzo 2019, ha accolto il ricorso e ha condannato il comune di Agropoli e il signor Carlo Scalzone al pagamento delle spese di giudizio. Secondo il Tribunale, in particolare:

a) sarebbe infondata l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di interesse, ritenendo di per sé sufficiente a tal fine il mero requisito della c.d. *vicinitas*;

b) sarebbe infondata la censura con cui la ricorrente aveva dedotto la natura di demanio marittimo dell'area oggetto del titolo edilizio, essendo tuttora pendente il giudizio civile sul regolamento dei confini instaurato su iniziativa del controinteressato;

c) sarebbe fondata la censura in ordine alla abusività dei manufatti, perché realizzati senza titolo e successivamente all'anno 1967, atteso che, sulla base delle risultanze della consulenza tecnica (che ha valorizzato in particolare un'aerofotogrammetria del 1974) effettuata nell'ambito delle indagini preliminari nel procedimento penale instaurato presso il Tribunale penale di Vallo della Lucania (r.g.n.r. 1359/2009), prima del 1967 erano stati realizzati i soli manufatti A e B, mentre i manufatti C, D e E venivano edificati in un momento posteriore, questi dovendo pertanto essere qualificati (a differenza dei primi) come abusivi perché privi di licenza edilizia e di autorizzazione paesaggistica (stante l'imposizione del vincolo paesaggistico all'area sin dal d.m. del 12 agosto 1967). In senso contrario non sarebbe stata provata una diversa data di edificazione da parte del resistente, sul quale incombe l'onere della prova. Ne consegue che il titolo rilasciato dal Comune si fonderebbe su una dichiarazione falsa dell'istante, ossia nell'avvenuta edificazione di tutti i fabbricati in un momento anteriore al 1° settembre 1967, laddove non è consentito rilasciare titoli per manutenzione straordinaria, restauro o ristrutturazione con riferimento ad edifici da ritenersi abusivi (sebbene in relazione ai quali sia pendente domanda di sanatoria);

d) sarebbero quindi fondate anche le censure quarta e quinta inerenti ai pareri endoprocedimentali, i quali risentono del vizio suddetto.

3. Il signor Scalzone ha proposto appello (r.g. n. 5102/2019), per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente rigetto integrale del ricorso originario. In particolare, l'appellante ha sostenuto le censure riassumibili nei seguenti termini:

i) "*Error in iudicando. Violazione art. 35 cpa. Inammissibilità del ricorso di primo grado*": in particolare, l'appellante ha insistito nell'eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso per difetto di interesse della ricorrente, stante l'assenza di prova del concreto pregiudizio che le deriverebbe dall'intervento edilizio e non potendosi a tal fine ritenere sufficiente la mera *vicinitas*;

ii) "*Error in iudicando. Violazione artt. 34, co. 1 63, 64 e 67 co. 3 cpa. Violazione art. 2697 c.c.. Inversione dell'onere della prova*": ad avviso dell'appellante, il primo giudice avrebbe errato nell'affermare, in tal modo invertendo l'onere della prova, che l'onere di provare la data di realizzazione dell'immobile abusivo spetterebbe a colui che ha commesso l'abuso, laddove l'odierno appellante in quel momento non era destinatario di un ordine di demolizione, bensì il controinteressato titolare di un permesso di costruire assistito da presunzione di legittimità;

iii) "*Error in iudicando. Violazione artt. 63 e 64 cpa e art. 2729 c.c.. Travisamento delle prove. Disparità di trattamento. Violazione art. 3 Cost. Illogicità, contraddittorietà e assenza di motivazione*": il primo giudice, oltre ad aver ritenuto erroneamente non contestata dal controinteressato l'asserita abusività del locale cucina, avrebbe inspiegabilmente ignorato l'ingrandimento della aerofotogrammetria, che confermerebbe la presenza della cucina (corpo C) in aderenza al bar (corpo B), e non avrebbe rilevato la non credibilità delle asserzioni rese dal perito in maniera dubitativa;

iv) "*Error in iudicando. Violazione artt. 63 e 64 cpa. Illogicità. Travisamento del progetto. Violazione art. 869 c.c. e art. 1 co. 2 e 4 l.r. n. 19/01. Violazione art. 34 co. 2 ter dpr n. 380/01*": l'appellante deduce, quanto alla tettoia (corpo D) oggetto di sanatoria, che, considerato che il progetto assentito ne prevedeva la demolizione con la sostituzione di un nuovo organismo edilizio, una volta eseguite le opere, il comune avrebbe dovuto dichiarare improcedibile la domanda di condono e, quanto al bagno (corpo E), che esso rientrerebbe nella tolleranza *ex art. 34, c. 2-ter, d.P.R. n. 380/01*.

3.1. Con memoria depositata in data 19 giugno 2019 l'appellante, al fine di chiedere l'adozione di misure cautelari monocratiche, ha reso noto che il comune ha ordinato la demolizione del locale cucina (C) di 20 mq e del bagno di 3 mq (ordinanza n. 17 del 17 giugno 2019, prot. n. 22025), come conseguenza del rigetto della domanda di condono della tettoia (prot. n. 19761 del 30 maggio 2019), e la sospensione dell'attività di ristorazione (ordinanza prot. n. 22311 del 20 giugno 2019), ed ha comminato una sanzione pecuniaria.

3.2. Con il decreto presidenziale n. 3120 del 20 giugno 2019 è stata accolta in parte la domanda cautelare formulata dall'appellante e, per l'effetto, è stato disposto che “– sino alla data dell'11 luglio 2019 – il Comune di Agropoli non esegua l'ordinanza n. 22311 del 20 giugno 2019, che ha inibito all'appellante lo svolgimento dell'attività di ristorazione”.

3.3. In data 26 giugno 2019 si sono costituiti in giudizio il Ministero per i beni e le attività culturali e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

3.4. Con “*memoria di costituzione e appello incidentale*” depositata il 5 luglio 2019 la signora Lucia Di Nardo, oltre a chiedere il rigetto dell'appello, ha impugnato a sua volta la sentenza di primo grado nella parte in cui è stato respinto il primo motivo dell'originario ricorso, con cui si contestava l'insussistenza delle condizioni per il rilascio del titolo edilizio, in ragione della natura demaniale dell'area oggetto della richiesta di permesso. Invero, ad avviso dell'appellante incidentale, la pronuncia sarebbe errata in quanto, in presenza di un'area ricompresa nel demanio marittimo e in assenza di un espresso provvedimento di sdemanializzazione, è irrilevante il fatto che essa sia stata oggetto di atto di trasferimento tra vivi ovvero che sia stata intentata l'azione di rivendica (o di regolamentazione dei confini).

Peraltro, l'appellante incidentale, in via subordinata in caso di accoglimento dell'appello principale, ha riproposto i motivi terzo e sesto del ricorso originario.

3.5. In data 6 luglio 2019 si è costituito in giudizio il comune di Agropoli, il quale, nell'aderire all'atto di appello del signor Scalzone, ha evidenziato:

- a) l'assenza di certezze in ordine alla realizzazione dei manufatti in data posteriore all'anno 1967;
- b) la titolarità della particella oggetto di intervento da parte del richiedente il permesso;
- c) l'assenza di un obbligo dell'Amministrazione di effettuare complessi accertamenti in ordine alla titolarità del diritto a richiedere il permesso, il quale peraltro viene sempre rilasciato facendo salvi i diritti dei terzi;
- d) la validità dell'autorizzazione resa ai sensi dell'art. 55 cod. navigazione.

3.6. In data 8 luglio 2019, la signora Di Nardo ha controdedotto sulla domanda cautelare e sulle singole censure di appello, evidenziando a tale ultimo riguardo che:

- a) l'eccezione di inammissibilità del ricorso sarebbe stata formulata solo in sede di discussione orale e, ad ogni modo, sarebbe infondata alla luce delle non contestate circostanze di fatto richiamate dalla originaria ricorrente (proprietà dell'area confinante ed insistenza su di essa di una struttura destinata a bar ristorante) e delle deduzioni svolte dalla stessa in ordine all'aggravio di carico urbanistico derivante dall'intervento (quarto motivo del ricorso) e in ordine alla abusività delle opere e alla necessità di definire l'istanza di condono;
- b) la seconda censura sarebbe infondata, considerato che la ricorrente aveva fornito ampia dimostrazione del carattere abusivo delle opere e che la sentenza non si è fondata su elementi indiziari né ha invertito l'onere della prova;
- c) quanto alla terza censura, l'inaffidabilità dell'ingrandimento di aerofotogrammetria del 1974 prodotto dall'appellante principale e l'assenza di titubanze nella relazione del consulente tecnico;
- d) infine, in merito alla quarta censura, la rilevanza della domanda di condono ai fini del decidere, essa avendo ad oggetto la superficie del corpo E.

3.7. Con nota dell'8 luglio 2019 il signor Scalzone, oltre a dedurre ulteriormente in merito alla domanda cautelare, ha eccepito, con riferimento all'appello incidentale, che:

- a) non sarebbe controversa la natura privata dell'area *de qua*, alla luce dei vari atti pubblici rogati negli anni e delle CTU rese sia nel giudizio penale che in quello civile;
- b) sarebbe indubbio il parere positivo espresso dalla Capitaneria di porto di Salerno;
- c) sarebbe corretto il calcolo degli standard e dei parcheggi, in ragione delle previsioni di cui all'art. 5 d.m. n. 1444/1968 e dell'art. 41-*sexies* l. n. 1150/1942 nonché in considerazione delle attrezzature integrative su cui può contare il proprietario (area in comodato destinata a parcheggio).

4. La Sezione, con l'ordinanza cautelare n. 3256 del 12 luglio 2019, ha respinto l'istanza cautelare presentata dall'appellante principale, rilevando testualmente che: “*Considerato preliminarmente che l'istanza cautelare in esame ha ad oggetto la sola sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata; ... ritenuto, in particolare, che le censure avanzate, peraltro sostanzialmente riprodotte delle difese del primo grado, appaiono prive di pregio, anche nella parte in cui viene contestata l'interpretazione della consulenza tecnica penale fornita dal primo giudice*”.

5. Con ulteriori memorie le parti hanno rispettivamente insistito nelle proprie difese e conclusioni, evidenziando altresì:

- a) il signor Scalzone, con specifico riferimento all'eccezione di inammissibilità dell'originario ricorso:
  - a.1) la tardività del deposito (da parte della signora Di Nardo) del titolo comprovante la proprietà dell'edificio concesso in comodato gratuito per l'esercizio dell'attività di bar ristorante;
  - a.2) l'avvenuto annullamento del relativo permesso di costruire, la cui legittimità ha trovato conferma in sede giurisdizionale con la sentenza n. 5419/2017 di questa Sezione;
  - a.3) l'avvenuta adozione dell'ordinanza di demolizione del medesimo immobile, la cui legittimità ha trovato conferma in sede giurisdizionale con la sentenza n. 2987/2021 di questa Sezione;
- b) la signora Di Nardo:
  - b.1) al fine di dimostrare la propria legittimazione ed il proprio interesse ad agire, la proposizione dell'azione dinanzi al T.a.r. Salerno, che ha visto coinvolto anche il signor Scalzone tesa ad ottenere la demolizione delle opere abusive esistenti all'interno dello stabilimento “Lido azzurro” e la pronuncia da parte del comune di Agropoli sul condono

presentato – per altre opere (sempre facenti parte di detto stabilimento balneare) – dal signor Scalzone (da cui è conseguita la sentenza n. 13/2019, mai oggetto di impugnativa e pertanto divenuta cosa giudicata tra le parti);  
b.2) l'irrelevanza del contratto di comodato gratuito prodotto solo in grado di appello dall'appellante principale, al fine di superare la contestata violazione dell'art. 5 del d.m. n. 1444/68;

b.3) la circostanza che la legittimità del permesso di costruire n. 5097/2015 relativo all'edificio di proprietà Di Nardo concesso in comodato gratuito sia ancora *sub judice*, vista la proposizione da parte della signora Di Nardo del ricorso per revocazione (r.g. n. 5536/2021) avverso la sentenza del Consiglio di Stato n. 2985/2021, con cui la Sezione ha dichiarato inammissibile l'opposizione di terzo dalla stessa presentata (Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 5419/2017);  
b.4) la tardività della memoria di replica depositata dal signor Scalzone, atteso che i termini di rito sono scaduti il giorno 17 giugno alle ore 12,00.

6. Con ricorso dinanzi al T.a.r. Campania, sede di Salerno (r.g. n. 1050/2019), il signor Carlo Scalzone impugnava l'ordinanza di demolizione n. 17/19, prot. n. 22025 del 17 giugno 2019, il diniego di condono edilizio, prot. n. 19761 del 30 maggio 2019, il preavviso di diniego dell'11 aprile 2019, prot. n. 13829 e l'ordinanza, prot. n. 22311 del 20 giugno 2019, di sospensione dell'attività di ristorazione del "Lido azzurro".

7. Il T.a.r. Campania, sede di Salerno, Sezione II, con la sentenza n. 901 del 15 luglio 2020, ha respinto il ricorso e ha condannato il ricorrente al pagamento in favore del comune di Agropoli delle spese di giudizio. Il Tribunale, in particolare, ha rilevato la manifesta infondatezza del ricorso in quanto avente ad oggetto degli atti sostanzialmente vincolati, in quanto esecutivi della pronuncia di annullamento di cui alla sentenza del medesimo T.a.r. n. 415 del 2019, anche alla luce della ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 3526 del 2019 di rigetto dell'istanza di sospensione di esecutività di tale sentenza.

3. Il signor Scalzone ha proposto appello (r.g. n. 1746/2021), per ottenere la riforma della sentenza impugnata e il conseguente accoglimento integrale del ricorso originario. In particolare, l'appellante, articolando un'unica censura rubricata "*Error in iudicando. Violazione art. 112 cpc. Omessa valutazione dei motivi di ricorso*", ha lamentato l'omessa pronuncia del primo giudice in merito alle deduzioni svolte dal ricorrente in ordine all'ordinanza di demolizione, avendo erroneamente considerato il solo diniego di condono. Per tali motivi l'appellante ha riproposto i seguenti motivi di ricorso non esaminati in primo grado:

i) "*Nei confronti dell'ordinanza di demolizione*":

i.i) "*Nullità per violazione della sentenza Tar Salerno n. 415/19. Violazione art. 21 septies legge n. 241/90. Violazione art. 112 cpa. Contraddittorietà. Travisamento di fatto e delle prove. Disparità di trattamento. Violazione art. 3 Cost. Illogicità, contraddittorietà. Violazione e errata applicazione art. 31 dPR n. 380/01*": l'ordinanza impugnata sarebbe illegittima per violazione della sentenza del T.a.r. n. 415/19 e per disparità di trattamento e illogicità, atteso che la fotografia ad alta risoluzione del 1974 era stata oggetto dell'analisi della perizia di cui al procedimento penale, sulle cui risultanze si sarebbe fondata detta pronuncia;

i.ii) "*Violazione art. 7 l. n. 241/90. Eccesso di potere per mancanza di motivazione, difetto d'istruttoria e contraddittorietà*": l'ordinanza di demolizione sarebbe illegittima per assenza di motivazione e di istruttoria, non avendo preso in considerazione il verbale dell'udienza penale in cui il consulente tecnico aveva espresso le proprie perplessità in ordine alla presenza degli immobili nella foto del 1974, né avendo considerato che con la d.i.a. del 2000 aveva sostanzialmente confermato la legittimità del compendio;

i.iii) "*Violazione artt. 6 e 7 della l. n. 241/90*": l'ordinanza di demolizione sarebbe illegittima, atteso che l'Ente non avrebbe accertato autonomamente fatti e documenti né valutato le prove fornite dal ricorrente, essendosi quindi fondato esclusivamente sulle risultanze della perizia;

ii) "*Nei confronti del diniego di condono*":

ii.i) "*Errata applicazione art. 32 co. 27 lett. a) l. 326/03. Violazione e mancata applicazione art. 32 co. 26 lett. a) l. n. 326/03. Allegato 1) punti da 4 a 6. Eccesso di potere. Presupposto erroneo. Difetto di istruttoria e di motivazione. Contraddittorietà, contrasto con i precedenti*": l'Ente non avrebbe considerato di aver attestato, a seguito del sopralluogo del giugno 2009, la regolarità edilizia dello stabilimento, in ragione della riscontrata apertura della tettoia, con la conseguenza che l'abuso, essendo un'opera minore, sarebbe suscettibile di sanatoria perché ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 32, comma 26, lett. a), della l. n. 326/03;

ii.ii) "*Violazione della stessa normativa di cui al precedente motivo di ricorso sotto diverso profilo. Violazione art. 3 l. 869/81. Violazione art. 1362 c.c.. Violazione art. 832 c.c.. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria contraddittorietà e assenza di motivazione. Violazione e falsa applicazione sentenza Tar SA n. 415/19. Violazione del principio di legittimo affidamento e di proporzionalità. Mancata valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti nel procedimento. Disparità di trattamento*": il diniego di sanatoria sarebbe altresì illegittimo in quanto il comune, per un verso, non avrebbe preso in considerazione le condizioni di necessità che avevano indotto il ricorrente alla chiusura della tettoia solo per il periodo invernale al fine di proteggere l'immobile dagli agenti naturali, per altro verso, avrebbe leso il legittimo affidamento ingenerato nell'istante dalla condotta della stessa Amministrazione.

7.1. Si è costituito in giudizio il comune di Agropoli, al fine di vedere dichiarato inammissibile, improcedibile e infondato l'appello.

7.2. Si è altresì costituita in giudizio la signora Di Nardo, la quale, con memoria depositata in data 4 giugno 2021, si è opposta all'appello chiedendone l'integrale rigetto. In particolare, l'appellata:

a) ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso cumulativo, avendo esso ad oggetto atti (ordine di demolizione, diniego di condono e ordine di sospensione) del tutto autonomi tra loro;

b) ha inoltre eccepito, parimenti in via preliminare, l'inammissibilità dell'appello perché meramente riproduttivo dei motivi di primo grado;

c) nel merito, con riferimento al primo motivo di appello, ha ritenuto non sussistente la asserita violazione dell'art. 112 c.p.c., avendo il T.a.r. esaminato compiutamente le diverse fattispecie di cui agli atti oggetto del ricorso;

d) in ordine alle censure riproposte, ha rilevato:

d.1) l'attendibilità delle risultanze della consulenza tecnica, a fronte dell'assenza di prova contraria del ricorrente;

d.2) la qualificazione da parte dello stesso interessato, all'interno della domanda di condono, della tipologia dell'abuso (tabella 1b), come tipologia 1 (opere realizzate in assenza o difformità del titolo abilitativo edilizio e non conformi alle norme urbanistiche ed alle prescrizioni degli strumenti urbanistici), per di più non ritenendole neppure pertinenze e/o accessori; circostanza, questa, peraltro confermata nell'istanza di ristrutturazione edilizia;

d.3) l'impossibilità di considerare l'abuso perpetrato – in area vincolata paesaggisticamente già prima dell'esecuzione delle opere - quale "minore", non potendo essere qualificato quale intervento di restauro e risanamento ovvero di manutenzione straordinaria, avendo per di più comportato aumento di superficie, ed essendo pertanto estraneo all'ambito previsto dai nn. 4, 5 e 6 dell'allegato 2 ex art. 32, comma 27, lett. d), d.l. 30 settembre 2003, n. 269;

d.4) ad ogni modo, l'impossibilità di sanatoria data sia dalla mancanza di conformità agli strumenti urbanistici, come confermato dallo stesso istante facendo rientrare l'abuso nella tipologia 1, che dalla circostanza che l'opera come configurata risulterebbe ultimata dopo il 31 marzo 2003.

7.3. In data 5 giugno 2021 l'appellante, nel richiamare una memoria dallo stesso depositata nel giudizio r.g. n. 5102/2019, ha rilevato che, qualora dovesse essere accolto il primo motivo di tale atto di appello, con conseguente inammissibilità del ricorso proposto dalla signora Di Nardo avverso il permesso di costruire rilasciato al signor Scalzone, dovrebbe trovare accoglimento anche l'appello r.g. n. 1746/2021, avendo il comune assunto i provvedimenti di demolizione, chiusura dell'attività commerciale e diniego di sanatoria in esecuzione della sentenza del T.a.r. n. 415/2019.

7.4. Il comune di Agropoli, con memoria difensiva del 7 giugno 2021, ha, in via preliminare, eccepito l'inammissibilità del ricorso cumulativo, non sussistendone i presupposti, e dell'appello, per omessa censura della sentenza impugnata. Nel merito, il comune si è opposto alle singole censure di appello, evidenziando la sussistenza dei requisiti per l'adozione degli impugnati provvedimenti.

7.5. Infine, con memoria di replica, la signora Di Nardo ha ribadito le proprie difese e conclusioni.

8. All'udienza dell'8 luglio 2021, svoltasi ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, entrambe le cause di cui al r.g. n. 5102/2019 e al r.g. n. 1746/2021 sono state trattenute in decisione dal Collegio.

9. In via preliminare, il Collegio rileva che l'appellante, con note depositate rispettivamente in data 17 marzo 2021 nel giudizio di appello r.g. n. 5102/2019 e in data 3 e 17 marzo 2021 nel giudizio di appello r.g. n. 1746/2021, ha fatto istanza di trattazione congiunta e di riunione dei due giudizi.

9.1. In accoglimento di tale istanza, il Collegio, in ragione della stretta connessione oggettiva e soggettiva esistente, dispone la riunione dei due giudizi.

9.2. A tal fine si ritiene di dover iniziare l'esame dall'appello r.g. n. 5102/2019, da considerare pregiudiziale rispetto all'analisi del secondo appello. Invero, tanto l'ordinanza di demolizione (dei manufatti C e parte di E) quanto il diniego di condono edilizio (relativo al manufatto D e a porzione del manufatto E) risultano fondati sulle risultanze della c.t.u. penale, a loro volta poste a fondamento della sentenza n. 415/2019 del T.a.r. di Salerno, di annullamento del titolo edilizio, oggetto dell'appello r.g. n. 5102/2019. L'ordinanza di sospensione, del resto, è consequenziale agli altri due atti.

10. L'appello principale è infondato e deve pertanto essere respinto.

10.1. In ragione di ciò, si ritiene preliminarmente di poter prescindere dall'esame della eccezione di tardività del deposito da parte della signora Di Nardo del titolo comprovante la proprietà dell'edificio e della eccezione di tardività della memoria di replica depositata dal signor Scalzone.

11. In via preliminare si rileva l'infondatezza dell'eccezione di inammissibilità dell'appello principale proposto dal signor Scalzone articolata da parte appellata, essendo state sviluppate per ogni motivo di appello, sebbene in forma sintetica, le censure alla sentenza impugnata.

12. Al riguardo, il Collegio ritiene infondata la prima censura con cui l'appellante insiste nell'eccezione di inammissibilità del ricorso già presentata in primo grado. Invero, alla luce degli elementi emersi nel corso del giudizio (di cui alcuni introdotti dallo stesso appellante – cfr. memoria depositata in data 4 giugno 2021), il rapporto di *vicinitas* derivante dalla titolarità del terreno confinante da parte della originaria ricorrente non appare una circostanza isolata, bensì risulta un elemento caratterizzato dal particolare interesse nutrito dalla signora Di Nardo nei confronti degli interventi oggetto di esame a causa del rapporto di concorrenza sussistente tra gli stabilimenti e i locali di somministrazione e ristorazione di proprietà dei confinanti controinteressati. Sul terreno di proprietà della signora Di Nardo, confinante con lo stabilimento balneare "Lido azzurro", insiste infatti, come dedotto dalla stessa e non contestato da controparte, una struttura denominata "Oasi sea side", destinata a bar ristorante e connessa con lo stabilimento balneare "Lido oasi", condotto dai suoi germani.

12.1. Al riguardo, il Collegio condivide le affermazioni rese, anche di recente, da questa Sezione (tra le altre, sez. IV, 24 dicembre 2020, n. 8313; sez. IV, 29 marzo 2018, n. 1977; 19 novembre 2015, n. 5278; 22 settembre 2014, n. 4764), secondo cui, il criterio della cd. *vicinitas* è rilevante al fine di individuare la legittimazione ad impugnare i provvedimenti autorizzatori in materia edilizia, riconoscendosi, in linea di principio, la legittimazione a contestare in

sede giurisdizionale i titoli edilizi, solo a chi sia titolare di immobili nella zona in cui è stata assentita l'edificazione e a coloro che si trovino in una situazione di "stabile collegamento" con la stessa. Peraltro, "la vicinitas non deve essere verificata in base al solo dato "fisico" della distanza, ma essa deve essere in concreto valutata dal Giudice in relazione alla entità ed alla destinazione dell'immobile edificando, dovendosi verificare anche le modificazioni di carico urbanistico e le conseguenze sul diritto alla salute e sulle ordinarie esigenze di vita che la nuova costruzione potrà apportare sui soggetti che hanno uno stabile collegamento con la zona interessata" (Cons. Stato, sez. IV, 3 maggio 2021, n. 3480).

13. Nel merito, il Collegio osserva che, nella perizia resa nell'ambito del procedimento penale incardinato presso la Procura della Repubblica di Vallo della Lucania (r.g.n.r. 1359/2009), il consulente tecnico rilevava che "Dai documenti presenti in atti si desume che lo stabilimento balneare "Lido Azzurro" esisteva già alla data del 28 aprile 1964 (concessione demanio marittimo prot. n° 300 del 28/4/1964) ed era di proprietà del sig. Garritano Raffaele. L'effettiva consistenza dello stabilimento succitato è desumibile solo dalla foto aerea (volo dell'1/8/1974), presente in atti e rilasciata dall'Istituto Geografico Militare di Firenze. L'esame della foto aerea evidenzia che alla data dell'1/8/1974 erano stati realizzati solo i manufatti A e B .... Stessa situazione si evince dalla carta tecnica di Agropoli, presente in atti e relativa alla restituzione di foto aerea eseguita con volo del 13/4/81. ... Diverso è lo stato dei luoghi alla data di presentazione della D.I.A. (4/4/2000) per lavori di manutenzione straordinaria allo stabilimento balneare. Infatti, nelle foto allegate alla pratica edilizia è evidente l'esistenza di un nuovo manufatto (indicato con la lettera C), realizzato, quindi, tra il 1981 ed il 1999, contrariamente a quanto asserito dal sig. Garritano Pasquale (proprietario dal 30/10/1997 in virtù di atto di donazione rep. n° 56896, racc. n° 22730 rogato dal notaio Cammarano da Salerno) nella dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, allegata alla stessa pratica edilizia, con la quale attesta che le opere edili dello stabilimento balneare "Lido Azzurro" risalgono a data antecedente il 1967. Ulteriore modifica dello stato dei luoghi si ha con la realizzazione dei manufatti D ed E, eseguita, molto probabilmente, dopo il mese di luglio 2001: data di ultimazione dei lavori di manutenzione straordinaria."

Il consulente tecnico, sulla scorta di tali considerazioni, riteneva pertanto che: "I manufatti A e B realizzati, per quanto è stato possibile accertare, prima del 1967 non necessitavano di licenza edilizia ai sensi dell'art. 31 della legge 1150/42 né dell'autorizzazione rilasciata della competente Soprintendenza ai Monumenti ai sensi dell'art. 7 della legge 1439/97 (vincolo imposto con D.M. 12/8/67). I manufatti C, D ed E sono stati realizzati, invece, in assenza di concessione edilizia e di autorizzazione paesaggistica. Per il solo manufatto D è stata inoltrata istanza di sanatoria, ai sensi della legge 326/2003, con avvenuto versamento dell'oblazione. A oggi non è stato ancora rilasciato il relativo permesso di costruire in sanatoria."

In conclusione, secondo il consulente, "Negli anni sessanta, prima dell'entrata in vigore della legge 765/67 e dell'imposizione del vincolo paesaggistico di cui al D.M. 12/8/67, alla via Kennedy, a ridosso dell'arenile, il sig. Garritano Guerino realizzò lo stabilimento balneare "Lido Azzurro". I manufatti all'epoca realizzati (foto aerea dell'1/8/1974 e carta tecnica relativa al volo del 13/4/1981) sono quelli indicati nella fig. 7 con le lettere A e B. Tra il 1981 ed il 1999, invece, lo stato dei luoghi subisce delle modifiche: viene realizzato il manufatto C. Nel mentre lo stabilimento era stato trasferito dal sig. Garritano Guerino, con atto di donazione del 30/10/1997, al sig. Garritano Pasquale. Successivamente all'ultimazione di lavori di manutenzione straordinaria (DIA prot. n° 984211859 del 4/4/2000), luglio 2001, vengono realizzati i manufatti D ed E. Il sig. Scalone Carlo, in qualità di legale rappresentante della società LU.VE. s.a.s., nuova proprietaria dello stabilimento balneare "Lido Azzurro", inoltra istanza di sanatoria di abusi edilizi ai sensi della legge 326/2003 relativamente ad un abuso (tipologia I) di 40 mq. corrispondenti al manufatto D, come si evince, in mancanza di grafici progettuali, dalla documentazione fotografica allegata. Pertanto, solo i manufatti A e B, essendo stati realizzati prima del 1967, non necessitavano né di licenza edilizia né di autorizzazione paesaggistica. I manufatti C, D ed E, invece, sono stati realizzati in assenza di concessione edilizia e di autorizzazione paesaggistica."

14. Alla luce di tali considerazioni, che, come correttamente osservato dal primo giudice, sebbene non siano dotate di efficacia probatoria assoluta introducono nel giudizio elementi indiziari univoci e determinati, il Collegio ravvisa che le dichiarazioni contenute nella relazione tecnica allegata al progetto relativo all'intervento *de quo* non sono pienamente veritiere quanto alla avvenuta realizzazione di tutti gli edifici in data anteriore al 1967. La particolare valorizzazione delle risultanze dell'accertamento peritale, peraltro, discende dalla mancata deduzione e allegazione, quanto meno in primo grado, di elementi contrari da parte del resistente (odierno appellante), che conducono a ritenere tali circostanze sostanzialmente non contestate.

15. Ad ogni modo, con riferimento alle difese di parte appellante nel presente giudizio di gravame, non possono essere ritenute rilevanti in senso contrario:

a) né le dichiarazioni rese a verbale dal perito, ad avviso dell'appellante da ritenersi dubitative, in quanto lo stesso, dopo aver relazionato in ordine alla fotografia del 1974, confermava la presenza di sole due parti dell'immobile, in ragione dell'esame della cartografia relativa al volo dell'aprile del 1981;

b) né l'ingrandimento della aerofotogrammetria su cui si fonda la difesa dell'appellante, con riferimento alla quale, oltre a non avere alcuna certezza in merito alla genuinità della riproduzione, non si riesce ad evincere con chiarezza la presenza dei corpi C, D e E.

16. In conclusione, deve pertanto essere ritenuto che prima del 1967 erano stati realizzati i soli manufatti A e B, mentre i manufatti C, D e E venivano edificati in un momento posteriore, dovendo pertanto essere qualificati (a differenza dei

primi) come abusivi perché privi di licenza edilizia e di autorizzazione paesaggistica (stante l'imposizione del vincolo paesaggistico all'area sin dal d.m. del 12 agosto 1967).

16.1. Del resto, non può dirsi che tale procedimento valutativo possa costituire una illegittima inversione dell'onere della prova, atteso che, alla luce della costante giurisprudenza (da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2021, n. 1254; *id.*, VI, 2 luglio 2020, n. 4267; *id.*, II, 8 maggio 2020, n. 2906), risulta pacifico l'assunto secondo cui gravi esclusivamente sul privato l'onere della prova in ordine alla data della realizzazione dell'opera edilizia al fine di poter escludere al riguardo la necessità di rilascio del titolo edilizio, poiché tale onere discende, in linea di principio, dagli artt. 63, comma 1, e 64, comma 1, c.p.a. in forza dei quali spetta al ricorrente l'onere della prova in ordine a circostanze che rientrano nella sua disponibilità.

17. In conclusione sull'appello principale, risultano pertanto infondate la seconda, la terza e la quarta censura. Al riguardo, va infatti precisato che gli interventi oggetto del permesso di costruire in esame non presentano natura conservativa, ma, per quanto risultante dalla stessa richiesta e dalla relativa relazione tecnica di asseverazione, costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia *ex art.* 10, comma 1, lett. c), d.P.R. n. 380/2001, non ammissibili per immobili abusivi ovvero in attesa di condono.

18. In ragione dell'infondatezza dell'appello principale, diviene improcedibile l'appello incidentale proposto dalla signora Di Nardo, da ritenere condizionato in quanto volto a vedere accertata la natura demaniale dell'area oggetto della richiesta di permesso al fine di rilevare l'insussistenza delle condizioni per il rilascio del titolo edilizio.

18.1. Parimenti improcedibili sono i motivi del ricorso di primo grado riproposti in questa sede dall'appellante incidentale, la cui proposizione è stata espressamente subordinata all'accoglimento dell'appello principale.

19. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l'appello r.g. n. 5102/2019 deve essere respinto e deve pertanto trovare conferma la impugnata sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione seconda, n. 901/2020.

20. Passando all'esame dell'appello r.g. n. 1746/2021, il Collegio ne rileva l'infondatezza nel merito, in tal modo potendo prescindere dall'esame delle eccezioni preliminari articolate dalla signora Di Nardo e dal comune di Agropoli inerenti all'inammissibilità tanto del ricorso cumulativo che dell'atto di appello.

21. Nel merito, si ritengono del tutto condivisibili le affermazioni rese dal primo giudice con la sentenza n. 901/2020 con riferimento alla natura sostanzialmente vincolata degli atti impugnati, in quanto adottati in esecuzione della pronuncia di annullamento di cui alla sentenza del medesimo T.a.r. n. 415 del 2019, la cui esecutività trovava conferma nella ordinanza del Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 3526 del 2019 di rigetto dell'istanza di sospensione dell'appellante Scalzone. Peraltro, tali conclusioni si rafforzano ulteriormente in virtù delle precedenti motivazioni rese in relazione all'appello r.g. n. 5102/2019, che hanno condotto al rigetto dell'impugnazione e quindi alla conferma della sentenza del T.a.r. n. 415/2019, e, in particolare, con riferimento alla abusività dei manufatti C, D e E e, pertanto, alla validità delle risultanze della richiamata consulenza penale, sulla quale, del resto, si fonda sia l'ordinanza di demolizione (dei manufatti C e parte di E) che il rigetto della domanda di condono (relativo al manufatto D e a porzione del manufatto E). Parimenti legittima risulta quindi l'impugnata ordinanza di sospensione dell'attività di ristorazione, da ritenere atto consequenziale dell'ordinanza di demolizione.

21.1. Peraltro, quanto al rigetto del condono, sebbene tali motivazioni possano ritenersi di per sé sufficienti a fondare il diniego, il Collegio rileva altresì la legittimità degli altri elementi considerati dal comune ostativi alla sanatoria, tra i quali emerge, in particolare, l'avvenuta ultimazione del manufatto D oggetto della richiesta di condono in data posteriore al 31 marzo 2003, termine fissato dall'art. 25 della legge n. 326/2003. Invero, dalla perizia resa nell'ambito del procedimento penale r.g.n.r. 1359/2009 presso la Procura della Repubblica di Vallo della Lucania, con riferimento al manufatto D, emerge che:

a) dalla foto aerea del 9 ottobre 2004 si notava la presenza di una mera copertura in lamiera;

b) dall'ortofoto 2006, reperibile sul portale cartografico del Ministero dell'ambiente, risultava la sola sostituzione del manto di copertura;

c) dalla fotografia rinvenibile nel fascicolo d'ufficio emergeva la chiusura del manufatto (muratura esterna ed infissi in alluminio), operazione da collocare pertanto in un momento successivo alla sostituzione del manto di copertura e, pertanto, avvenuta tra il 9 ottobre 2004 e il 2006.

D'altro canto, alcun fondamento assumono le deduzioni di parte appellante in ordine al legittimo affidamento asseritamente derivante dagli atti e dai comportamenti dell'Amministrazione e alla assenza di elementi attestanti l'avvenuta chiusura della tettoia per l'intera durata dell'anno.

22. In conclusione, in ragione di quanto esposto, l'appello r.g. n. 1746/2021 deve essere respinto e, per l'effetto, deve trovare conferma la impugnata sentenza del T.a.r. Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione II, n. 901/2020.

23. La particolarità della vicenda giustifica l'integrale compensazione delle spese del presente grado di giudizio. P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sugli appelli r.g. n. 5102 del 2019 e r.g. n. 1746 del 2021, come in epigrafe proposti:

riunisce gli appelli nn. 5102/2019 e 1746/2021 r.g.;

respinge l'appello r.g. n. 5102 del 2019 e dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla signora Lucia Di Nardo e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione seconda, n. 415/2019;

respinge l'appello r.g. n. 1746 del 2021 e, per l'effetto, conferma la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, Sezione staccata di Salerno, Sezione seconda, n. 901/2020;  
compensa integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso dal Consiglio di Stato, nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2021 svoltasi ai sensi dell'art. 25 d.l. n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Oberdan Forlenza, Presidente FF

Luca Lamberti, Consigliere

Alessandro Verrico, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Alessandro Verrico**

**IL PRESIDENTE**

**Oberdan Forlenza**

**IL SEGRETARIO**