

N. 07469/2021REG.PROV.COLL.

N. 07975/2014 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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7975 del 2014, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Fortunato, Dario Gioia, con domicilio eletto presso lo studio Guido Lenza in Roma, via XX Settembre, 98/E;

contro

Comune di San Chirico Raparo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Delfino, domiciliato presso la segreteria del Consiglio di Stato Segreteria in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

nei confronti

-OMISSIS-, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. -OMISSIS-, resa tra le parti, concernente demolizione opere edilizie abusive

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Chirico Raparo;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2021 il Cons. Marco Morgantini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata (n° -OMISSIS-) è stato respinto il ricorso proposto in primo grado avverso l'ordinanza di ingiunzione a demolire due tettoie.

La motivazione della sentenza appellata fa in particolare riferimento alle seguenti circostanze.

Con ordinanza n. -OMISSIS-(notificata in data 17.6.2013) il responsabile dell'Area Tecnica, ai sensi dell'art. 33, commi 1, 3 e 6 bis, DPR n. 380/2001, ingiungeva al dott. -OMISSIS- la demolizione delle due tettoie in questione ed il ripristino dello stato dei luoghi in conformità alle prescrizioni degli strumenti urbanistico-edilizi vigenti, in quanto tale intervento edilizio doveva essere qualificato come ristrutturazione edilizia e comunque le due tettoie erano state realizzate in una zona vincolata, perché ricadente nel Parco Nazionale dell'Appennino Lucano Val D'Agri-Lagonegrese, ed "in difformità dal Regolamento Urbanistico, senza il consenso dei terzi e senza deposito dei calcoli statici strutturali".

Infatti l'immobile, composto da un fabbricato di due livelli e dal relativo terreno pertinenziale, sito in -OMISSIS- e censito in Catasto al foglio n. -OMISSIS-, oggetto della controversia in esame, ricade nella Zona di Protezione Speciale e nel Parco Nazionale dell'Appennino Lucano Val D'Agri-Lagonegrese.

Pertanto tale immobile risulta sottoposto a vincolo paesaggistico ex art. 142, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 42/2004.

Il provvedimento impugnato in primo grado, sebbene denominato "ordinanza di demolizione", tenuto conto della motivazione in esso contenuta, quando richiama il vincolo relativo alla sottoposizione dell'immobile in questione al vincolo ex art. 146, comma 1, lett. f), d. lgs. n. 42/2004, perché ricadente nel Parco Nazionale dell'Appennino Lucano Val D'Agri-Lagonegrese, assume anche la configurazione di un provvedimento di annullamento dell'assenso alla d.i.a. del -OMISSIS- priva di autorizzazione paesaggistica.

Le due tettoie in questione hanno creato "superfici utili", ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 146, comma 4, secondo periodo, e 167, comma 4, lett. a), d. lgs. n. 42/2004 non può più essere rilasciata l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria.

L'assenza dell'autorizzazione paesaggistica costituisce senz'altro un interesse pubblico specifico diverso dal mero ripristino della legalità violata, che prevale sulla circostanza acclarata che le due tettoie di cui è causa erano state già realizzate in data 8.11.2012, cioè oltre 7 mesi prima dell'adozione del provvedimento impugnato, in quanto ai sensi del citato combinato disposto non può più essere rilasciata l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria.

Le tettoie in questione non potevano essere assentite con d.i.a..

La tettoia installata nel terreno adiacente al fabbricato con vano fuori terra sottostante, provvisto di apertura (che doveva essere utilizzato dai tecnici dell'Acquedotto Lucano), sebbene di natura pertinenziale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e.6), d.p.r. n. 380/2001 doveva essere qualificata come "nuova costruzione" e perciò necessitava del permesso di costruire, poiché era stata ubicata in una zona di pregio ambientale e/o paesaggistico.

A riprova di ciò, va evidenziato che l'immobile di cui si discorre ricade nell'ambito urbano destinato "Spazi aperti privati inedificabili" del vigente regolamento urbanistico ex art. 16 l.r. n. 23/1999, approvato con del. C.C. n. 63 del 19.12.2009.

Mentre l'altra tettoia, installata a destra dell'ingresso dell'abitazione del ricorrente su un solaio aggettante (tipo balcone), costruito al disopra di un'altra tettoia di proprietà della Sig.ra -OMISSIS-, rientra nell'ambito oggettivo dell'intervento di ristrutturazione edilizia ex artt. 3, comma 1, lett. d), e 10, comma 1, lett. c), d.p.r. n. 380/2001 e perciò necessitava del permesso di costruire, poiché costituisce un nuovo elemento che trasforma la sagoma ed il prospetto del preesistente organismo edilizio.

2. L'appellante lamenta error in iudicando - violazione di legge (artt. 3, 7 e 21 nonies della legge n. 241/1990 - in relazione agli artt. 22 e ss. del d.p.r. n. 380/2001) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria, erroneità manifesta, contraddittorietà, illogicità).

Ritiene in particolare che Il T.A.R., abbia errato, laddove ha ritenuto che "il provvedimento impugnato, sebbene denominato "ordinanza di demolizione", tenuto conto della motivazione in esso contenuta, quando richiama il vincolo relativo alla sottoposizione dell'immobile in questione al vincolo ex art. 146, comma 1, lett. f), d. lgs. n. 42/2004, perchè ricadente nel Parco Nazionale dell'Appennino

Lucano Val D'Agri - Lagonegrese, assume anche la configurazione di un provvedimento di annullamento del suddetto assenso alla d.i.a. del -OMISSIS-".

Infatti dalla lettura del provvedimento impugnato non si evince alcun riferimento alla d.i.a. del -OMISSIS-.

La motivazione del T.A.R., quindi, sarebbe errata in fatto.

Allo stesso modo, il mero richiamo del vincolo paesaggistico contenuto nell'ordinanza di demolizione, non sarebbe idoneo e sufficiente a configurare un motivo di annullamento della d.i.a. e/o della eventuale illegittimità della stessa, quando il provvedimento non l'ha richiamata in alcuna parte.

In tale contesto sarebbe evidente non solo l'erroneità della sentenza appellata ma, altresì, la fondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo, con il quale è stato evidenziato che non è consentito disporre la demolizione di un'opera in vigenza di un provvedimento di assenso edilizio (d.i.a.).

Osserva che ai fini della rimozione di un provvedimento illegittimo non è sufficiente il mero interesse al ripristino della legalità violata, ma occorre la preventiva valutazione:

- a - dell'interesse pubblico;
- b - della ragionevolezza dei tempi;
- c - dell'affidamento e degli interessi dei destinatari.

Tali presupposti però difetterebbero nel caso di specie.

Secondo l'appellante ai sensi dell'art. 38 del d.p.r. n. 380/2001, la P.A. avrebbe dovuto valutare, preventivamente, la possibilità di rimuovere il vizio ovvero l'acquisizione della compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art. 167 del d. lgs. n. 42/2004.

Sicché la sentenza appellata sarebbe errata anche nella parte in cui non ha annullato l'ordine di demolizione, fatte salve le ulteriori determinazioni della P.A..

2 - bis. La censura è infondata.

Infatti con la sentenza appellata è stato correttamente osservato sul punto quanto segue.

"Il provvedimento impugnato in primo grado, sebbene denominato "ordinanza di demolizione", tenuto conto della motivazione in esso contenuta, quando richiama il vincolo relativo alla sottoposizione dell'immobile in questione al vincolo ex art. 146, comma 1, lett. f), d. lgs. n. 42/2004, perché ricadente nel Parco Nazionale dell'Appennino Lucano Val D'Agri-Lagonegrese, assume anche la configurazione di un provvedimento di annullamento del suddetto assenso alla DIA del -OMISSIS-.

Secondo un indirizzo costante e pacifico, l'annullamento d'ufficio può essere adottato soltanto in presenza di un interesse pubblico specifico diverso dal mero ripristino della legalità violata, che deve essere comparato con l'interesse privato confliggente e valutato come prevalente.

Tale presupposto ricorre nella fattispecie in esame, perché le due tettoie in questione hanno creato "superfici utili", ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 146, comma 4, secondo periodo, e 167, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 42/2004 non può più essere rilasciata l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria.

Pertanto, dalla predette norme si desume che l'assenza dell'autorizzazione paesaggistica costituisce senz'altro un interesse pubblico specifico diverso dal mero ripristino della legalità violata, che prevale sulla circostanza acclarata che le due tettoie di cui è causa erano state già realizzate in data 8.11.2012, cioè oltre 7 mesi prima dell'adozione del provvedimento impugnato, in quanto ai sensi del citato

combinato disposto non può più essere rilasciata l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria."

Con la sentenza appellata è stata dunque correttamente affermata l'avvenuta considerazione dell'affidamento del privato in relazione alla valutazione dell'interesse pubblico, costituzionalmente protetto, alla salvaguardia del paesaggio, il quale ultimo è stato valutato prevalente rispetto all'interesse privato con congrua motivazione.

Vi è poi nell'ordinanza di demolizione un chiaro riferimento alla d.i.a. e alle circostanze che rendono tale d.i.a. illecita, con la conseguenza che è stato correttamente individuato nel corpo dell'ordinanza di demolizione un implicito provvedimento di annullamento del riscontro positivo sulla d.i.a..

3. L'appellante lamenta error in iudicando - violazione di legge (artt. 3, 7 e 21 nonies n. 241/1990 - in relazione agli artt. 22 e ss. del d.p.r. n. 380/2001) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta - sviamento). Secondo l'appellante la sentenza appellata sarebbe erronea ed antiggiuridica nella parte in cui ha ritenuto che "le due tettoie in questione hanno creato "superfici utili", ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 146, comma 4, secondo periodo, e 167, comma 4, lett. a), d. lgs. n. 42/2004 non può essere rilasciata l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria".

La realizzazione di una tettoia aperta su tre lati (l'una) o, addirittura, su quattro lati (l'altra), non configurerebbe una superficie utile rilevante ai fini del divieto di compatibilità paesaggistica di cui all'art. 167 - comma 4 del d.lgs. n. 42/2004.

La superficie utile dovrebbe coincidere con la superficie abitabile ovvero con i volumi effettivamente utilizzabili. In tale contesto, sarebbe evidente che una mera tettoia aperta esterna non comporta alcun incremento di superficie utile.

Osserva che l'eventuale incremento di superficie assumerebbe rilevanza solo se associato ad un incremento di volume, nella specie, inesistente.

Ritiene che l'autorizzazione postuma - se dovuta - può essere rilasciata in quanto l'intervento in oggetto non comporta alcun incremento di superfici utili e di volumi. Le tettoie sarebbero smontabili e solo poggiate, di conseguenza, l'appellante potrebbe smontarle, ripresentare la domanda di permesso di costruire (recte: scia) e realizzarle ex novo.

Trattasi, quindi, al più, di una mera violazione formale, tanto più ove le suddette tettoie, come accertato dal T.A.R., sono conformi alla disciplina edilizia ed urbanistica di zona.

Allo stesso modo, secondo l'appellante, trattandosi di due tettoie in legno, completamente aperte, sarebbero del tutto irrilevanti sotto il profilo paesaggistico.

3 -bis. La censura è infondata.

Con la sentenza appellata è stato correttamente affermato quanto segue.

La tettoia installata nel terreno adiacente al fabbricato con vano fuori terra sottostante, provvisto di apertura (che doveva essere utilizzato dai tecnici dell'Acquedotto Lucano), sebbene di natura pertinenziale, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. e.6), d.p.r. n. 380/2001 doveva essere qualificata come "nuova costruzione" e perciò necessitava del permesso di costruire e di autorizzazione paesaggistica, poiché era stata ubicata in una zona di pregio ambientale e/o paesaggistico.

A riprova di ciò, va evidenziato che l'immobile di cui si discorre ricade nell'ambito urbano destinato "Spazi aperti privati inedificabili" del vigente regolamento urbanistico ex art. 16 L.R. n. 23/1999, approvato con del. C.C. n. 63 del 19.12.2009. Mentre l'altra tettoia, installata a destra dell'ingresso dell'abitazione del ricorrente su un solaio aggettante (tipo balcone), costruito al disopra di un'altra tettoia di proprietà

della Sig.ra -OMISSIS-, rientra nell'ambito oggettivo dell'intervento di ristrutturazione edilizia ex artt. 3, comma 1, lett. d), e 10, comma 1, lett. c), DPR n. 380/2001 e perciò necessitava del permesso di costruire, poiché costituisce un nuovo elemento che trasforma la sagoma ed il prospetto del preesistente organismo edilizio.

Entrambi i manufatti hanno poi caratteristiche tali da alterare il paesaggio e dunque richiedono il previo rilascio, ove possibile, dell'autorizzazione paesaggistica, assente nel caso di specie.

4. L'appellante ritiene che se da un lato, avendo l'Autorità paesaggistica già espresso il parere favorevole nell'approvare il regolamento urbanistico, con tutti gli aspetti di dettaglio, il successivo parere non era certamente richiesto.

Dall'altro, essendo l'intervento in contestazione pienamente conforme a tutti gli aspetti di dettaglio previsti dall'art. 34 del regolamento urbanistico, non sussisterebbe alcun interesse pubblico alla relativa rimozione.

Ritiene poi che l'autorizzazione paesaggistica non fosse dovuta, in quanto il decreto istituito del Parco Nazionale dell'Appennino Lucano - Val d'Agri - Lagonegrese (d.p.r. dell'08.12.2007) lo ha escluso.

4 - bis. La censura è inammissibile perché non proposta in primo grado.

5. L'appellante lamenta error in iudicando - violazione di legge (artt. 3, 7 e 21 nonies l. n. 241/1990 - in relazione agli artt. 22 e ss. del d.p.r. n. 380/2001) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta - sviamento).

Lamenta in particolare che il Tar non ha esaminato la censura relativa al difetto di istruttoria e di motivazione.

La censura è infondata.

Infatti con la sentenza appellata è stato motivato in modo adeguato

- delle circostanze di fatto;
- degli atti del procedimento e della relativa istruttoria;
- della valutazione della legittimità del provvedimento impugnato in primo grado in relazione alle censure proposte.

6. L'appellante lamenta error in iudicando - violazione di legge (artt. 3, 7 e 21 nonies n. 241/1990 - in relazione agli arti. 22 e ss. del d.p.r. n. 380/2001) - eccesso di potere (difetto assoluto del presupposto - di istruttoria - erroneità manifesta - sviamento).

Lamenta in particolare che l'intervento in contestazione (realizzazione di due gazebo) sia pienamente conforme sia sotto il profilo urbanistico che paesaggistico, in quanto rispetterebbe puntualmente tutte le prescrizioni dettate dall'art. 34 del regolamento urbanistico comunale, il quale prevede espressamente la realizzazione di gazebo della tipologia in oggetto. E' erroneo, quindi, l'ordinanza impugnata, con la quale è stato ordinato "il ripristino dello stato dei luoghi in conformità alle prescrizioni degli strumenti urbanistico - edilizi vigenti".

Ritiene che la realizzazione del gazebo non abbia previsto alcuna opera in cemento armato. Si tratterebbe di un gazebo poggiato su opere regolarmente assentite e realizzate, senza ancoraggio.

La struttura, cioè, sarebbe stata realizzata con autonomo atto di assenso edilizio, mentre il gazebo, oggetto di d.i.a. è semplicemente poggiato sul massetto già realizzato e già assentito.

Il giudice di prime cure, quindi, sarebbe incorso in un evidente errore di fatto in quanto il massetto non è stato realizzato con la d.i.a. prot. n. -OMISSIS--.

Di conseguenza, trattasi di opere non soggette al preventivo deposito dei calcoli statici, anche in virtù della circolare della Regione Basilicata n. 78309/76AZ/2011.

6 - bis. La censura di violazione dell'art. 34 del regolamento urbanistico è inammissibile perché non proposta in primo grado.

Per il resto la censura è infondata.

Infatti con la sentenza appellata è stato correttamente affermato che per entrambe le tettoie occorreva l'autorizzazione sismica che nel caso di specie non è stata rilasciata. È infondata la tesi dell'appellante, secondo cui non occorreva alcuna autorizzazione sismica.

Infatti entrambe le tettoie sono state realizzate su un massetto di cemento armato avente lo spessore 30 cm., mentre le tettoie esentate dall'autorizzazione sismica ai sensi della delibera della giunta regionale n. 739 del 12.6.2012 sono solo quelle che non poggiano su strutture di cemento armato.

Sotto tale profilo non rileva che la sola realizzazione del massetto di cemento armato fosse già assentita.

7. Con il quinto e sesto motivo d'appello l'appellante ripropone i motivi articolati in primo grado ai fini dell'effetto devolutivo dell'appello.

7 - bis. Tali motivi d'appello sono inammissibili perché non contengono specifiche censure con riferimento alla sentenza appellata.

Il collegio osserva che l'effetto devolutivo dell'appello comporta che al giudice d'appello è attribuita la medesima cognizione attribuita al giudice di primo grado, restando però fermo il principio che l'appello deve censurare la sentenza appellata e non direttamente i provvedimenti impugnati in primo grado.

8. Parte appellante ha depositato in giudizio in data 5 novembre 2021, ossia solo tre giorni liberi prima dell'udienza, copia dei seguenti provvedimenti del Giudice Penale:
- richiesta di archiviazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di - OMISSIS- dell'11.03.2014, sul presupposto che "Gli indagati hanno effettuato i

lavori in forza della DIA prot. n. -OMISSIS--, integrata documentalmente su richiesta dell'U.T.C. di San Chirico Raparo, che in tale fase, non ha in nessun modo eccettuato la legittimità del titolo abilitante, se non solo successivamente alla chiusura dei lavori";

- provvedimento di archiviazione del G.I.P. di -OMISSIS- del 22.05.2014, sul presupposto che "... i lavori di cui si discute sono stati eseguiti in base ad una DIA e che il Comune non è intervenuto nei termini per vietare l'intervento".

Il comune di San Chirico Raparo eccetisce la tardività del deposito.

8 – bis. Il collegio dichiara l'inammissibilità di tale deposito per tardività.

Il collegio osserva altresì che, anche ove fosse ammissibile, tale deposito sarebbe comunque irrilevante, essendo la presente controversia, proposta davanti al giudice amministrativo, indipendente dal procedimento penale.

In conclusione l'appello deve essere respinto.

Conformemente a quanto statuito sulle spese in primo grado, tenuto conto dell'assenso, espresso in data -OMISSIS- dal Responsabile dell'Ufficio Tecnico comunale con il visto, attestante l'originario esito positivo della DIA del -OMISSIS-, sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese del giudizio d'appello.

P.Q.M.

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

Compensa le spese del giudizio d'appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Sabato, Presidente FF

Antonella Manzione, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Marco Morgantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Marco Morgantini

IL PRESIDENTE
Giovanni Sabato

IL SEGRETARIO