

N. 05132/2022REG.PROV.COLL.

N. 01604/2022 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 1604 del 2022, proposto da -OMISSIS-, rappresentato e difeso dall'avvocato Cinzia Morello, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Savino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Ente Parco Nazionale dell'Appennino -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di -OMISSIS- e di Ente Parco Nazionale dell'Appennino -OMISSIS-;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2022 il Cons. Fabrizio D'Alessandri e uditi per il Comune di -OMISSIS- l'avvocato Vincenzo Savino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La parte appellante ha gravato la sentenza del T.A.R. -OMISSIS-, che ha respinto il ricorso R.G. -OMISSIS-, proposto avverso il Comune di -OMISSIS- e l'Ente Parco Nazionale Appennino -OMISSIS- per l'annullamento del provvedimento, prot. num. 1260 del 18/03/2021, di rigetto dell'istanza di accertamento di conformità, ex art. 36 D.P.R. 380/2001.

In particolare, l'appellante è proprietaria di un terreno sito nel comune di -OMISSIS-, ricadente in zona agricola "E2" del PRG e sottoposto a vincolo paesaggistico ai sensi dell'art. 142 del D.Lgs. n. 42/2004, in quanto compreso nel Parco Naturale dell'Appennino -OMISSIS-.

Nel corso del tempo ha realizzato due manufatti senza previo rilascio di titoli di abilitazione edilizia e, in particolare:

- a) una tettoia in legno;
- b) un magazzino per ricovero mezzi.

L'Ente Parco Naturale dell'Appennino -OMISSIS-, con l'ordinanza n. 2 del 19/11/2015, ha ingiunto la demolizione dei manufatti abusivi, ai sensi dell'art. 29 della Legge n. 394/1991.

La medesima odierna appellante, stante la riconosciuta abusività delle opere, ha presentato alla Regione Basilicata una istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi dell'art. 167 D.Lgs. n. 42/2004 e della L.R. Basilicata n. 12/1996.

La Regione Basilicata, con determinazione n. 1282 del 7.12.2019, previa acquisizione dei pareri favorevoli della Commissione per il paesaggio del 09/10/2019 e della Soprintendenza, con provvedimento prot. 11494 del 29/11/2019, ha rilasciato l'autorizzazione paesaggistica solo per il magazzino, in considerazione del fatto che la demolizione e parziale ricostruzione dell'immobile non ha prodotto incrementi di superficie o volumetrie.

Per quest'ultimo immobile l'odierna appellante ha presentato istanza di accertamento di conformità, ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, per la demolizione parziale e ricostruzione della struttura in legno da destinare a magazzino pertinenziale.

Il Comune di -OMISSIS- ha rigettato l'istanza per sei diverse motivazioni:

“1. l'istanza è priva del requisito della legittimazione soggettiva della richiedente, dichiarato al paragrafo b) - "titolarità dell'intervento" della stessa istanza (cfr. punto 1.f.b), per quanto evidenziato al punto 18 (coordinato con i punti 16 e 17) del paragrafo "Considerato" della presente; 2. l'istanza è caratterizzata dall'errata qualificazione dell'intervento evidenziata ai punti : 3.vi (coordinato con i punti 1 - 2 - 3.i - 3.ii) - 4.i - 19.b.ii - 19.c.i - 20 del paragrafo "Considerato" della presente;

3. l'istanza è inficiata dalle false rappresentazioni grafiche e dichiarative evidenziate ai punti : 3.iii - 4.ii - 5 6 10 11 12 13 14 15 19.a.iii - 19.c.ii - 20 del paragrafo "Considerato" della presente;

4. il predetto intervento di «parziale demolizione e ricostruzione», essendo stato realizzato su fabbricato abusivo, è qualificabile come prosecuzione di un'attività edilizia abusiva, come evidenziato al punto 2 del paragrafo "Considerato" della presente, pertanto l'originaria illegittimità del manufatto originale, non consente l'accoglimento dell'istanza di sanatoria soltanto del predetto intervento di ristrutturazione successiva eseguito nel 2013, che, tra l'altro, ignora il successivo intervento abusivo relativo alla predetta realizzazione della pensilina (cfr. punto 14) ed è supportata con la falsa dichiarazione, ex D.P.R. n. 445/2000, della richiedente relativa allo stato legittimo del fabbricato A : «non sono stati reperiti titoli abilitativi essendo l'immobile di remota costruzione e non interessato successivamente da interventi edilizi per i quali era necessario di munirsi di titoli abilitativi» (cfr. punto 1.f.e), evidenziata al punto 4.ii del paragrafo "Considerato" della presente, e con la corrispondente falsa dichiarazione, ex art. 359 c.p., del geom. -OMISSIS- «volume esistente regolarmente eseguito» (cfr. punto 4.c), evidenziata al punto 19.b.ii del paragrafo "Considerato" della presente;

5. l'istanza è corredata da un atto di assenso "in sanatoria" propedeutico, costituito dalla determinazione dirigenziale n. 23AD.2019/D.01282 del 07.12.2019 (cfr. punto 6.c), relativa all'istanza di «compatibilità paesaggistica» «ai sensi dell'art. 167 del D.Lgs. 42/2004» che specifica che «infatti le opere eseguite sono consistite nella sostituzione di alcuni elementi strutturali, nella sostituzione dei pannelli di tompagnatura e della copertura nonché delle opere di finitura senza alterare la sagoma e la volumetria esistente» (cfr. relazione paesaggistica - Allegato H), che è

stata adottata sulla base delle false dichiarazioni del geom. -OMISSIS- che il fabbricato A era «già esistente e regolarmente eseguito» alla data della «demolizione parziale e ricostruzione parziale eseguita nell'anno 2013» (cfr. relazione tecnica - pag. 2 e pag. 4 - Allegato H) in mancanza della documentazione della consistenza dello stato ante operam (dimensioni - superficie - volume) del predetto fabbricato A, per dimostrare che con l'intervento abusivo del 2013 non c'è stata alcuna modifica di tali caratteristiche e per rispettare, quindi, i requisiti previsti dall'art. 167, comma 4. Lett. a) del D. Lgs. 42/2004 "L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi : a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di duelli legittimamente realizzati" (cfr. punto 3.c), e sulla base degli elaborati grafici «Planimetria catastale» e «Planimetria quotata» (cfr. elaborato A2 - elaborato A4 - Allegato H) che non costituiscono una esatta rappresentazione dello stato dei luoghi (cfr. punto 11 e 15), nonché in mancanza della rappresentazione (nelle relazioni e negli elaborati grafici) della pensilina realizzata abusivamente successivamente al 05.09.2017 (cfr. punto 14);

pertanto, il predetto provvedimento di accertamento della compatibilità paesaggistica risulta illegittimo ed è annullabile ai sensi dell'art. 21-nonies, comma 2-bis della L. 241/1990, come chiarito dalla sentenza n. 2216/2019 del 04.04.2019 del Consiglio di Stato, Sez. IV : "10.2. Premesso in punto di fatto che, come visto, la concessione veniva rilasciata sullo base di un presupposto erroneamente rappresentato dal richiedente in riferimento alla situazione giuridica dell'immobile da demolire, va rammentato che secondo la costante giurisprudenza:

a) allorquando una concessione sia stata ottenuta dall'interessato in base ad una falsa o comunque erronea rappresentazione della realtà è consentito all'Amministrazione di esercitare il proprio potere di autotutela ritirando l'atto stesso, senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico interesse, che, in tale ipotesi, deve ritenersi sussistente in re ipso. Risultando azzerato sia l'interesse del destinatario del provvedimento ampliativo da annullare, sia il tempo trascorso, quando il privato istante abbia ottenuto il permesso di costruire inducendo in errore l'Amministrazione attraverso una falsa rappresentazione della realtà;

b) anche dopo l'espressa previsione della necessaria considerazione degli interessi dei destinatari dei provvedimenti ampliativi e dei termine ragionevole in cui deve essere esercitata l'autotutela (art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990 e novella del 2005), l'Adunanza plenaria n. 8 del 2017, ha affermato "che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte";

c) anche l'ultima novella, con la legge n. 124 del 2015, all'art. 21-nonies cit. ha dettato una disciplina specifica per il caso di falsa rappresentazione dei fatti deve essere interpretata restrittivamente in riferimento alla necessità dell'accertamento processuale penale (Cons. Stato, sez. V, n. 3940 del 2018);

6. l'intervento abusivo di ristrutturazione edilizia eseguita nel 2013, comprendente anche le relative opere di sistemazione esterna (massetto in calcestruzzo cementizio, recinzioni con cancello e due muri di contenimento) e la realizzazione di un «WC di mt 2.45 x 1.30» del fabbricato A, costruito in assenza di alcun titolo abilitativo, dopo

il 1988, (cfr. punto 5.a e punto 5.b) non può ottenere il nulla osta di cui all'art. 13 della legge sulle aree protette, rilasciato in sanatoria, per i procedimenti di accertamento di conformità di cui all'art. 36 del d.P.R. n. 380/2001, i quali dovranno concludersi necessariamente con un provvedimento negativo, a pena di illegittimità; (come evidenziato al punto 22 del paragrafo "Considerato" della presente).”

La parte odierna appellante ha gravato il suddetto provvedimento dinanzi al T.A.R.-OMISSIS- che ha rigettato il ricorso, con la seguente motivazione:

“Il ricorso è infondato, anche se si tiene conto che, dopo l’Ordinanza di demolizione ex art. 29 L. n. 394/1991 del Direttore dell’Ente Parco Nazionale -OMISSIS- n. 2 del 19.11.2015 (notificata alla ricorrente in allegato alla nota del Parco prot. n. 5184 di pari data 19.11.2015, inviata pure agli Uffici Urbanistica e Compatibilità Ambientale della Regione Basilicata), con la quale, oltre a stabilire il termine di 90 giorni per l’esecuzione della demolizione, era stato espressamente richiamato anche l’art. 2, comma 1, L. n. 426/1998, specificando che “l’accertamento dell’inottemperanza alla presente Ordinanza costituisce titolo per l’acquisizione gratuita al patrimonio dell’Ente dell’area interessata dall’abuso e dell’area immediatamente circostante per una superficie complessiva pari a 10 volte la superficie interessata” (la ricorrente non ha impugnato tale Ordinanza di demolizione, sebbene: 1) recasse in calce l’espressa avvertenza che avrebbe dovuto essere impugnata entro 60 giorni dinanzi al TAR -OMISSIS- entro 120 giorni con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica; 2) fosse stata anche preceduta dalla comunicazione del Parco di avvio del procedimento ex art. 7 L. n. 241/1990 prot. n. 2303 del 29.5.2015, con la quale la ricorrente era stata informata che avrebbe potuto presentare l’istanza di permesso di costruire in sanatoria ex art. 36 DPR n. 380/2001, presentata, però, dalla ricorrente soltanto in data 12.1.2021), con la nota

prot. 1903 del 2.5.2017, invocata dalla ricorrente, il Responsabile del Servizio 1 dell'Ente Parco Nazionale -OMISSIS- ha affermato che "l'acquisizione gratuita, ai sensi dell'art. 31, comma 6, DPR n. 380/2001, non è di interesse di questo Ente" e, in seguito a tale nota, si dovesse ritenere che il fabbricato, demolito e ricostruito nel 2013, per il quale la Regione ha rilasciato l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, oggetto della controversia in esame, non è stato acquisito di diritto gratuitamente al patrimonio dell'Ente Parco Nazionale -OMISSIS-, per l'omessa ottemperanza all'Ordinanza di demolizione del Responsabile dell'Area Tecnica di tale Ente n. 2 del 19.11.2015.

Al riguardo, va rilevato che:

- l'art. 29, comma 2, L. n. 394/1991 si limita a prevedere che "in caso di inottemperanza" alle Ordinanze "di riduzione in pristino" i legali rappresentanti degli organismi di gestione dei Parchi Nazionali, provvedono "all'esecuzione in danno";
- sia il previgente art. 7, comma 6, L. n. 47/1985, sia il vigente art. 31, comma 6, DPR n. 380/2001 statuiscono che "per le opere abusivamente eseguite su terreni sottoposti, in base a Leggi statali o regionali, a vincolo di inedificabilità, l'acquisizione gratuita, nel caso di inottemperanza all'ingiunzione di demolizione, si verifica di diritto a favore delle Amministrazioni cui compete la vigilanza sull'osservanza del vincolo", specificando che "tali Amministrazioni provvedono alla demolizione delle opere abusive ed al ripristino dello stato dei luoghi a spese dei responsabili dell'abuso";
- successivamente all'art. 7, comma 6, L. n. 47/1985, prima l'art. 2, comma 1, L. n. 426/1998 ha precisato che "nelle aree naturali protette l'acquisizione gratuita delle opere abusive di cui all'art. 7, comma 6, L. n. 47/1985, si verifica di diritto a favore

degli organismi di gestione” e poi l’art. 1, comma 1104, L. n. 296/2006 ha ribadito che “nelle aree naturali protette l’acquisizione gratuita delle opere abusive di cui all’art. 7, comma 6, L. n. 47/1985, si verifica di diritto a favore degli organismi di gestione ovvero, in assenza di questi, a favore dei Comuni”.

Infatti, sebbene la VI[^] Sezione del Consiglio di Stato con la Sentenza n. 2017 del 30.3.2018 (cfr. pure C.d.S. Sez. VI Sent. n. 1502 del 4.3.2019, di riforma della Sentenza TAR Napoli Sez. III n. 3819/2017), relativa all’impugnazione di un provvedimento dell’Ente Parco Nazionale del Vesuvio di acquisizione gratuita al proprio patrimonio di abusi edilizi non demoliti in seguito all’emanazione della precedente ordinanza di demolizione, nel riformare la Sentenza TAR Napoli Sez. III n. 3746 del 12.7.2017, con la quale era stato ritenuto che “l’Ente avrebbe emanato l’atto in difetto assoluto di attribuzione, poiché le norme vigenti attribuirebbero il potere di disporre l’acquisizione gratuita esclusivamente al Comune nel cui territorio l’opera abusiva si trova” e che, poiché “l’art. 31 DPR n. 380/2001 avrebbe implicitamente abrogato l’art. 2, comma 1, L. n. 426/1998 e l’art. 29 L. n. 394/1991”, l’Ente gestore di un’area protetta, pur essendo titolare del potere di ingiungere la demolizione e la riduzione in pristino di opere abusive, in caso di inottemperanza a tali ordini non sarebbe titolare anche del potere di disporre l’acquisizione gratuita delle opere al proprio patrimonio e di procedere alla immissione in possesso e alla trascrizione, ha statuito che nel caso di abusi edilizi nell’area protetta di un Parco nazionale il Legislatore statale ha voluto concentrare i poteri repressivi nel legale rappresentante dell’Ente Parco, attesochè, poiché l’Ente Parco comprende i territori di più Comuni, risulta necessario che tali poteri siano esercitati direttamente dai Parchi Nazionali, in quanto sono le Autorità preposte alla tutela delle aree protette ed anche perché hanno una maggiore competenza nella valutazione del rispetto delle

norme di tutela delle aree protette, mentre non risulterebbe efficace il mero coordinamento dell'operato di più Comuni, sottolineando l'erroneità della tesi, secondo cui l'art. 31 DPR n. 380/2001 avrebbe abrogato l'art. 2, comma 1, L. n. 426/1998 e l'art. 1, comma 1104, L. n. 296/2006, sia perché tali norme sono speciali e comunque l'art. 1, comma 1104, L. n. 296/2006 è successivo al DPR n. 380/2001, sia perché il vigente art. 31, comma 6, DPR n. 380/2001 risulta identico al previgente art. 7, comma 6, L. n. 47/1985, potrebbe continuare ad avere fondamento un orientamento giurisprudenziale simile a quello espresso dalla III^a Sezione del TAR Napoli, più aderente al criterio di interpretazione letterale dei suddetti artt. 31, comma 6, DPR n. 380/2001, 2, comma 1, L. n. 426/1998 e 1, comma 1104, L. n. 296/2006 ed al principio generale che le norme, lesive degli interessi delle persone, vanno interpretate restrittivamente.

Comunque, prescindendo dall'acquisizione di diritto gratuitamente al patrimonio dell'Ente Parco Nazionale -OMISSIS-, per l'omessa ottemperanza all'Ordinanza di demolizione del Responsabile dell'Area Tecnica di tale Ente n. 2 del 19.11.2015, il ricorso in epigrafe risulta lo stesso infondato, atteso che:

1) come rilevato dal Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di -OMISSIS-: A) con l'istanza di autorizzazione paesaggistica del 18.7.2019 non era stato precisato che l'originario fabbricato, demolito e ricostruito nel 2013, era stato costruito abusivamente, anzi il Consulente Tecnico dell'istante aveva dichiarato che il volume esistente era stato "regolarmente eseguito"; B) nella specie, non sussiste il presupposto della doppia conformità, cioè la conformità sia alla normativa vigente al momento della realizzazione dell'abuso, sia alla normativa vigente al momento della presentazione dell'istanza di sanatoria, in quanto, prescindendo dalle circostanze che le planimetrie, allegate all'istanza ex art. 36 DPR n. 380/2001 del

12.1.2021, non rappresentano esattamente lo stato dei luoghi e che la volumetria indicata non corrisponde a quella effettiva, risultante dagli allegati elaborati grafici, il fabbricato, demolito e ricostruito nel 2013, ricadente nella Zona C7 del vigente PRG, non rispetta le distanze minime di: A) 5 m. dal terreno confinante, particella n. 775, di proprietà altrui, prescritta dalle Norme Tecniche di Attuazione; B) 10 m. ex art. 9 D.M. n. 1444 del 2.4.1968, in quanto il fabbricato frontistante è distante 2,05 m.;

2) secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale (cfr. C.d.S. Ad. Plen. Sent. n. 20 del 22.7.1999; C.d.S. Sez. VI Sentenze n. 2372 del 10.4.2020, n. 3734 del 3.6.2019 e n. 6615 del 22.11.2018; C.d.S. Sez. IV Sent. n. 1338 del 19.3.2014; C.d.S. Sez. V Sent. n. 1761 del 27.3.2000; TAR Salerno Sez. II Sentenze n. 456 del 19.2.2021 e n. 29 del 9.1.2020; TAR Lazio Sez. II bis Sent. n. 5373 del 29.4.2019; TAR Napoli Sez. III Sent. n. 319 del 21.1.2019; TAR Napoli Sez. IV Sent. n. 755 del 3.2.2015) i vincoli paesaggistici sopravvenuti si applicano agli abusi edilizi, anche se al momento della loro realizzazione non erano ancora stati istituiti”.

L'appellante ha gravato la sentenza proponendo i seguenti quattro motivi di ricorso: I – ERROR IN JUDICANDO – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 31 D.P.R. 380 DEL 2001) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 36 D.P.R.N. 380 DEL 2001) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LEGGE N. 241 DEL 1990) – VIOLAZIONE ED ERRATA APPLICAZIONE DI LEGGE (ART. 1 CO. 1104 LEGGE N. 296 DEL 2006) - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÁ – ILLOGICITÁ – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA – DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO – IRRAGIONEVOLEZZA).

In sintesi, l'appellante sostiene di essere legittimata attiva alla proposizione del giudizio perché non ha perso la proprietà dell'immobile abusivo.

L'Amministrazione ha solo accertato l'inottemperanza dell'ingiunzione demolitoria, ma non ha adottato alcun successivo atto idoneo al trasferimento della proprietà in capo al medesimo Ente Parco.

La sanzione della perdita della proprietà per inottemperanza all'ordine di remissione in pristino, pur se definita come una conseguenza di diritto, richiede l'adozione di un provvedimento amministrativo che definisca l'oggetto dell'acquisizione.

Inoltre, con la nota 1903/2017, l'Ente Parco -OMISSIS- ha comunicato l'avvio del procedimento teso alla demolizione in danno delle opere e, nel contempo, ha precisato che "l'acquisizione gratuita delle opere abusive ... non è di interesse di questo Ente".

Infine, un consolidato orientamento giurisprudenziale consente al privato di presentare l'istanza di accertamento di conformità anche dopo il decorso del termine di 90 giorni di cui all'art. 31 comma 3 del D.P.R. 380/2001, fintanto che non vengano irrogate le sanzioni successive.

II – ERROR IN JUDICANDO: VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 31 D.P.R. 380 DEL 2001) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 36 D.P.R.N. 380 DEL 2001) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LEGGE N. 241 DEL 1990) – VIOLAZIONE DI LEGGE (D.M. 1444/1968) - DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÀ – ILLOGICITÀ – ASSENZA DEL PRESUPPOSTO).

L'appellante impugna il capo di sentenza laddove ritiene legittimo il diniego impresso dal Comune per l'asserita edificazione del manufatto in spregio al rispetto delle distanze dal confine del lotto adiacente (p.lle 1195 e 775).

L'appellante assume che l'opera è posta sul confine dei lotti adiacenti e che il manufatto sarebbe stato realizzato prima dell'istituzione del Parco, avvenuta nel 2007.

Il fabbricato, inoltre, sarebbe stato realizzato nel 1958-59 e, quindi, prima dell'apposizione del vincolo paesaggistico,

Per quanto concerne viceversa il vincolo paesaggistico, il Comune di -OMISSIS-, la Soprintendenza di -OMISSIS- e la Regione hanno rilasciato il proprio parere favorevole di competenza in ordine all'accertamento di compatibilità.

L'accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 167 del D.lgs. n. 42/2004 presuppone la non alterazione delle volumetrie e superfici assentite e tutti i pareri sono stati rilasciati sul presupposto che la demolizione e la parziale ricostruzione del 2013, non ha prodotto incrementi di superficie e delle volumetrie assentite, così come confermato dalla perizia tecnica di parte fa espresso riferimento ad una ricostruzione parziale eseguita nell'anno 2013 con identità di sagoma, pianta ed elevazione del fabbricato esistente già in data antecedente al 1967 e sicuramente esistente al 1994 (cfr. cartografia RSDI-Regione Basilicata). Il fabbricato era, infatti, già riportato in atto di compravendita del 25.01.1989 (cfr. atto notarile di compravendita), laddove la sua esistenza si fa risalire, quale pertinenza, al 1958-59.

Inoltre, la disposizione contenuta nell'art. 9 D.M. n. 1444/1968 riguarderebbe solo i "nuovi edifici", intesi come edifici costruiti ex novo o sopraelevazioni di essi, e non edifici preesistenti.

III - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 36 D.P.R. N. 380 DEL 2001) –
VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LEGGE N. 241 DEL 1990) –
VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 6 LEGGE N. 241 DEL 1990) - ECCESSO DI
POTERE (ARBITRARIETÀ – ILLOGICITÀ – DIFETTO ASSOLUTO DI

ISTRUTTORIA – DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO - IRRAGIONEVOLEZZA).

L'appellante riproposto le doglianze formulate in primo grado e ritenute assorbite nella sentenza di rigetto.

Nello specifico, ha contestato la decisione dell'ente locale di rigettare l'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001, sul rilievo della non veritiera rappresentazione dei fatti circa la data di realizzazione dell'immobile iniziale.

Ciò sulla scorta della rilevata incompatibilità fra i dati forniti nella relazione tecnica di parte sull'esistenza del fabbricato già alla data di acquisto del terreno, avvenuto nel 1989, laddove invece il Comune di -OMISSIS- aveva acclarato che alcun manufatto risultasse visibile nell'ortofoto del 1988.

L'odierna parte appellante asserisce che il tecnico ha asseverato l'esistenza del fabbricato sin dal 1994. Tale circostanza sarebbe dimostrata anche dalla cartografia RSDI-Regione Basilicata allegata in atti.

La sussistenza del fabbricato in epoca antecedente alla istituzione del vincolo, si evince anche da precedenti pratiche edilizie risalenti agli anni 2000, già in possesso del comune.

In tale contesto, sebbene in generale l'onere di provare la data di realizzazione dell'immobile abusivo gravi su colui che ha commesso l'abuso, la deduzione da parte di quest'ultimo di concreti elementi a suo favore trasferisce il suddetto onere di prova contraria in capo all'amministrazione.

La determinazione del Comune in ordine alla data di realizzazione del fabbricato striderebbe con gli accertamenti eseguiti dalla Regione Basilicata e dalla

Soprintendenza che, rilasciando le autorizzazioni paesaggistiche, hanno considerato il manufatto già esistente al momento dell'esistenza del vincolo.

IV - VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 36 D.P.R. N. 380 DEL 2001) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 3 LEGGE N. 241 DEL 1990) – VIOLAZIONE DI LEGGE (ART. 13 LEGGE N. 394 DEL 1991) - ECCESSO DI POTERE (ARBITRARIETÁ – ILLOGICITÁ – DIFETTO ASSOLUTO DI ISTRUTTORIA – DIFETTO ASSOLUTO DEL PRESUPPOSTO – TRAVISAMENTO - IRRAGIONEVOLEZZA).

Il quarto motivo di appello riguarda il capo motivazionale del provvedimento amministrativo secondo cui l'intervento abusivo di parziale demolizione e ricostruzione eseguito nel 2013, non potrebbe ottenere il nulla osta dell'art. 13 Legge 394/1991.

E' stato contestato che il comune di -OMISSIS- avrebbe travalicato i limiti della propria competenza, atteso che si sarebbe espresso su questioni riservate all'Ente Parco.

L'ente comunale, secondo il costrutto offerto dalla ricorrente, avrebbe dovuto, in altri termini, rimettersi all'Ente Parco per l'acquisizione del parere di competenza previsto dalla citata Legge n. 394/1991.

Non può essere, infatti, opposto un diniego di condono motivato alla sola stregua della mera sussistenza dei vincoli (sopravvenuti, di inedificabilità), ma occorre verificare, in concreto, l'incompatibilità dell'opus con la tutela apprestata.

Infatti, nel caso di sopravvenienza di un vincolo di protezione, l'Amministrazione competente ad esaminare l'istanza di condono proposta ai sensi delle L. n. 47 del 1985 e L. n. 724 del 1994 deve acquisire il parere della Autorità preposta alla tutela

del vincolo sopravvenuto, la quale deve pronunciarsi tenendo conto del quadro normativo vigente al momento in cui esercita i propri poteri consultivi.

La valutazione dunque non potrebbe compiersi come se l'intervento fosse ancora da realizzare, e ciò è tanto più vero nei casi in cui le previsioni di tutela successivamente sopraggiunte a integrare la disciplina dell'area risultano del tutto incompatibili con la tipologia dell'intervento già realizzato. Pertanto, il sopravvenuto regime di inedificabilità dell'area non può considerarsi una condizione ex se preclusiva e insuperabile alla condonabilità degli edifici già realizzati, dovendo l'Amministrazione valutare se vi sia compatibilità tra le esigenze poste a base del vincolo e la permanenza in loco del manufatto abusivo.

Si sono costituiti in giudizio l'Ente Parco Nazionale Appennino -OMISSIS- rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato e il Comune di -OMISSIS-.

Entrambi hanno articolato argomentazioni difensive.

Il Comune di -OMISSIS- ha, peraltro, eccepito la violazione dell'art. 101 comma 1, cod. proc. amm., in quanto l'appello si limiterebbe a riproporre il ricorso di primo grado avverso il diniego espresso dall'ufficio tecnico di -OMISSIS- sull'istanza di permesso in sanatoria prot. n. 247 del 12/01/2021, ex art. 36 DPR n. 380/2001, omettendo di omettendo di contestare un capo specifico della sentenza.

Inoltre, il T.A.R. Basilicata avrebbe rigettato la domanda di primo grado, legittimando l'operato dell'Ufficio tecnico comunale, anche e soprattutto per molteplici altre ragioni non rilevate e non impugnate dalla ricorrente in sede dell'odierno appello.

Si dovrebbero, pertanto, ritenere inammissibili i motivi di ricorso proposti dalla ricorrente, in quanto privi di specifica e puntale impugnazione dei capi della sentenza gravata in questa sede.

All'udienza pubblica del 31.5.2022 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1) L'appello si palesa infondato e la sentenza gravata va confermata, con diversa motivazione, per le ragioni che seguono.

Il Collegio rileva, in via preliminare l'infondatezza delle eccezioni di inammissibilità dell'appello formulate dal Comune intimato, quanto nell'atto di gravame sono stati contestati anche le motivazioni della sentenza e l'appellante, anche in sede di riproposizione dei motivi di ricorso assorbiti in primo grado, ha effettivamente toccato tutte le autonome ragioni dell'atto di diniego impugnato.

2) Il medesimo Collegio rileva la fondatezza del primo motivo di appello, che ha contestato l'assenza della legittimazione soggettiva della parte odierna appellante all'istanza di accertamento di conformità a causa dell'intervenuta acquisizione di diritto dell'area nel patrimonio gratuito dell'Ente, in seguito alla mancata ottemperanza all'ordine di demolizione.

Al di là del sollevato profilo che, con la nota 1903/2017, l'Ente Parco -OMISSIS-, nel comunicare l'avvio del procedimento teso alla demolizione in danno delle opere, ha precisato che "l'acquisizione gratuita delle opere abusive ... non è di interesse di questo Ente", la circostanza dirimente appare quella dell'assenza di un atto formale di accertamento dell'inottemperanza che sancisce l'effetto traslativo in favore dell'Ente.

In particolare, seppure è vero che l'acquisizione gratuita opera di diritto a seguito dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione - in via generale ai sensi dell'art. 31,

comma 4, d.P.R. n. 380 del 2001, e nel caso di specie ex art. art. 1, comma 1104, L. n. 296/2006 trattandosi di area naturale protetta, il titolo per l'immissione in possesso del bene e per la trascrizione nei RR.II. è costituito dall'accertamento dell'inottemperanza all'ingiunzione a demolire un manufatto abusivo.

Per tale atto deve intendersi non il mero verbale di constatazione di inadempienza, atteso il suo carattere endoprocedimentale, ma solo il formale accertamento compiuto dall'organo dell'ente dotato della relativa potestà provvedimentale.

In generale, mentre il mero verbale di accertamento redatto dai vigili ha valenza endoprocedimentale ed efficacia meramente dichiarativa delle operazioni effettuate durante l'accesso ai luoghi, dal ricorso, al contrario è il formale atto di accertamento adottato dalla competente autorità amministrativa, ai sensi dell'art. 31, comma 4, d.P.R. n. 380 del 2001, che, facendo propri gli esiti del mero verbale, sancisce l'effetto acquisitivo e costituisce, previo notifica all'interessato, titolo per l'immissione in possesso del bene e per la trascrizione nei RR.II..

Solo a seguito di quest'ultimo atto formale di accertamento di inottemperanza ed acquisizione dell'area avviene il trasferimento della proprietà dell'area.

Fondata è anche l'argomentazione di parte appellante, secondo cui il privato di presentare l'istanza di accertamento di conformità anche dopo il decorso del termine di 90 giorni di cui all'art. 31, comma 3, del D.P.R. 380/2001, fintanto che non vengano irrogate le sanzioni successive o, meglio, sino a che l'immobile venga acquisito al patrimonio dell'ente pubblico a seguito del provvedimento di acquisizione o a seguito della demolizione dell'opera.

In altri termini, la domanda di accertamento di conformità di un'opera edilizia può essere presentata fino al momento in cui l'amministrazione pubblica non abbia portato a termine il procedimento sanzionatorio e abbia, dunque, accertato

formalmente l'inottemperanza all'ordine di demolizione e disposto la conseguente acquisizione gratuita del bene al patrimonio comunale (T.A.R. Piemonte, Sez. II, 02/04/2019, n. 381; T.A.R. Piemonte, Sez. II, n. 897/2018; T.A.R. Campania Napoli 5.5.2016, n. 2279; T.A.R. Campania-Salerno, 28.5.2014, n. 1017).

Nel caso di specie sarebbe stato comunque necessario un apposito provvedimento di formale acquisizione da parte dell'Amministrazione (Comune o Ente Parco che sia) per il trasferimento della proprietà dell'area.

Dalle risultanze degli atti, non risulta che tale provvedimento formale di accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione sia stato adottato e, pertanto, la parte appellante era legittimata a proporre l'istanza di accertamento di conformità.

2) L'appello deve, tuttavia, essere rigettato, con conferma della sentenza di primo grado per le seguenti motivazioni.

L'istanza di accertamento di conformità è stata rigettata dal Comune a causa, tra l'altro, dell'errata qualificazione dell'intervento da sanare, indicato come intervento di ristrutturazione con "parziale demolizione e ricostruzione".

In particolare, il provvedimento gravato ha rilevato come l'immobile risulti originariamente realizzato senza titolo abilitativo edilizio, per cui l'istanza di accertamento di conformità presentata per la "sola" ristrutturazione di un manufatto esistente non è corretta, essendo l'intervento da sanare intervenuto su un immobile abusivo.

Inoltre, sempre secondo il provvedimento gravato, l'originaria abusività del manufatto originale, non ha consentito l'accoglimento dell'istanza di sanatoria limitata al solo predetto intervento di ristrutturazione successiva eseguito nel 2013, e sarebbe supportata da una falsa dichiarazione, ex D.P.R. n. 445/2000, della

richiedente relativa allo stato legittimo del fabbricato iniziale “essendo l'immobile di remota costruzione e non interessato successivamente da interventi edilizi per i quali era necessario di munirsi di titoli abilitativi» e da una corrispondente falsa dichiarazione, ex art. 359 c.p., del geometra che ha curato la pratica di sanatoria che ha dichiarato il “volume esistente regolarmente eseguito”.

Al riguardo il Collegio rileva come presupposto per il rilascio dell'accertamento di conformità di opere di ristrutturazione dell'esistente (parziale demolizione e ricostruzione dell'immobile) sia la legittimità dell'immobile originario, in caso contrario non può essere rilasciato il provvedimento di sanatoria per le ulteriori opere successive (dovendosi nel caso chiedere un provvedimento sanante per l'intero immobile).

Le opere realizzate successivamente sarebbero, infatti, qualificabili come prosecuzione di un'attività edilizia abusiva non autonomamente ammissibili ad accertamento di conformità.

Nel caso di specie, mentre l'odierno appellante, ha più volte indicato - allegando evidenze ancorché contrastate dal Comune - che l'immobile è stato realizzato prima dell'imposizione dei vincoli paesaggistici, analoghe specifiche allegazioni non sono state fatte rispetto all'esistenza di un legittimo titolo abilitativo edilizio rispetto alla realizzazione dell'iniziale manufatto poi ristrutturato.

Il Collegio osserva, in punto di diritto, come sia principio consolidato in materia di sanatoria edilizia che l'onere nella prova di dimostrare il ricorrere delle circostanze previste dalla legge per l'accoglibilità dell'istanza di sanatoria verte in capo al richiedente (Cons. Stato Sez. VI, 15/11/2021, n. 7583), anche per quanto attiene alla data di realizzazione delle opere.

Allo stesso modo, in caso di contestazione dell'abusività di un'opera grava sul proprietario l'onere di dimostrare l'esistenza di un titolo edilizio oppure di fornire la prova della risaleza dell'immobile a un periodo precedente alle previsioni normative che hanno imposto la necessità del titolo abilitativo edilizio, in linea generale coincidente con la c. d. legge "ponte" n. 761 del 1967, che ha imposto l'obbligo generalizzato di previa licenza edilizia per le costruzioni realizzate al di fuori del perimetro del centro urbano, come quella di parte appellante (T.A.R. Campania Napoli Sez. IV, 19-10-2016, n. 4774; T.A.R. Lazio Latina Sez. I, 15/06/2016, n. 391; T.A.R. Campania Napoli Sez. II, 27-11-2014, n. 6118; Cons. St., sez. IV, 6 agosto 2014 n. 4208; Cons. St., sez. IV, 7 luglio 2014, n. 3414).

3) Nel caso di specie è pacifico che non via sia un permesso di costruire o altro titolo abilitativo edilizio per l'immobile iniziale per cui la legittimità di tale edificazione non può che ricercarsi nell'eventuale risaleza nel tempo del manufatto originario, ovvero alla sua realizzazione in un periodo storico in cui non vigeva l'onere di munirsi di titolo abilitativo ai fini dell'esercizio dello ius aedificandi.

In realtà, si ripete, le deduzioni di parte appellante sono state per la maggior parte rivolte a dimostrare la preesistenza dell'immobile all'imposizione dei vincoli paesaggistici.

Il profilo della legittimità del manufatto iniziale è stato incidentalmente toccato nel corpus dell'appello, con l'affermazione che il manufatto sarebbe stato presumibilmente realizzato negli anni 1958-59, ed affrontato funditus nel terzo motivo di appello.

Le risultanze allegate dall'appellante, tuttavia, non si palesano esaustive e anzi sono contrastate dal rilievo aerofotogrammetrico del Comune di -OMISSIS- eseguito nel 1986 e dall'ortofoto del 1988 estratta dal Geoportale della Basilicata RSDI - sezione

“Evoluzione del Territorio”, allagate dal Comune di -OMISSIS- al provvedimento gravato, che non evidenziano la presenza del manufatto in esame.

Tali concrete evidenze, peraltro, non sono state specificamente avversate dall'appellante.

In senso contrario l'appellante deduce “solo” che la relazione tecnica di parte afferma l'esistenza del fabbricato già alla data di acquisto del terreno, avvenuto nel 1989 (peraltro in base a una dichiarazione rilasciata dall'appellante), e il medesimo tecnico ha asseverato che il fabbricato era già esistente al 1994, come si può rilevare dalla Cartografia RSDI – Regione Basilicata-

Inoltre, sempre secondo l'appellante la sussistenza del fabbricato in epoca antecedente alla istituzione del vincolo, si evincerebbe anche da precedenti pratiche edilizie risalenti agli anni 2000, già in possesso del Comune, senza ulteriori specificazioni.

Altro elemento invocato dall'appellante sarebbero le risultanze degli accertamenti eseguiti dalla Regione Basilicata e dalla Soprintendenza che, rilasciando le autorizzazioni paesaggistiche, hanno considerato il manufatto già esistente al momento dell'esistenza del vincolo.

Alla luce di quanto indicato, il Collegio rileva come l'appellante non abbia assolto l'onere della prova inerente alla data del manufatto in un'epoca antecedente all'obbligo del rilascio del permesso di costruire.

Non vi alcuna evidenza certa che l'immobile è stato realizzato ante 1967, e anzi l'ortofoto lo daterebbe dopo il 1988, e in sostanza tra quell'anno e quello successivo di acquisto del terreno da parte dell'appellante.

Non ha rilevanza che la Regione Basilicata e la Soprintendenza hanno rilasciato l'autorizzazione paesaggistica a sanatoria, in quanto quest'ultima è un

provvedimento autonomo rispetto al permesso di costruire (ancorchè il primo è un presupposto del secondo), ha presupposti diversi e riguarda il solo aspetto di compatibilità paesaggistico e non profili edilizi o urbanistici tra i quali l'esistenza del titolo abilitativo.

Inoltre, l'autorizzazione paesaggistica è stata rilasciata sulla base delle dichiarazioni dell'appellante e, infine, la rilevanza della data è quella di imposizione del vincolo paesaggistico.

In ogni caso qualora in sede di procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica fossero emerse delle specifiche evidenze in ordine alla legittimità del manufatto anche dal punto di vista edilizio, non foss'altro sulla data di realizzazione dell'immobile, era preciso onere dell'appellante produrle in questa sede di giudizio.

Per questo motivo il Collegio deve confermare la legittimità del provvedimento di diniego gravato e, quindi, confermare la sentenza gravata.

4) Il Collegio rileva, inoltre, come il medesimo provvedimento gravato ha, altresì, rilevato l'assenza del nulla osta di cui all'art. 13 della legge n. 394/1991 sulle aree protette, necessario per il rilascio di concessioni o autorizzazioni edilizie.

L'art. 13 in questione prevede che "Il rilascio di concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco è sottoposto al preventivo nulla osta dell'Ente parco.

Il nulla osta verifica la conformità tra le disposizioni del piano e del regolamento e l'intervento ed è reso entro sessanta giorni dalla richiesta. Decorso inutilmente tale termine il nulla osta si intende rilasciato."

In effetti tale norma non prevede il rilascio di nulla osta in sanatoria e non ha rilievo l'argomento che l'Ente parco sia stato costituito solo nel 2007 e che, quindi sarebbe un vincolo sopravvenuto, in quanto le opere di ristrutturazione per le quali è stata

chiesta la sanatoria (a prescindere dalla questione dell'assenza del titolo per le opere iniziali) sono state realizzate nel 2013, quando già i vincoli legati all'Ente Parco erano sicuramente presenti.

5) Per le suesposte ragioni l'appello va rigettato e la sentenza gravata va confermata con diversa motivazione.

La presente decisione è stata assunta tenendo conto dell'ormai consolidato "principio della ragione più liquida", corollario del principio di economia processuale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., 5 gennaio 2015 n. 5 nonché Cass., Sez. un., 12 dicembre 2014 n. 26242), e le questioni sopra vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cass. civ., Sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663 e per il Consiglio di Stato, Sez. VI, 18 luglio 2016 n. 3176), con la conseguenza che gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le specifiche circostanze inerenti al ricorso in esame costituiscono elementi che militano per l'applicazione dell'art. 92 c.p.c., come richiamato espressamente dall'art. 26, comma 1, c.p.a. e depongono per la compensazione delle spese del grado di giudizio di appello tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta, confermando la sentenza gravata con diversa motivazione.

Compensa le spese del grado di appello.

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 degli articoli 5 e 6 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.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Italo Volpe, Consigliere

Francesco Frigida, Consigliere

Francesco Guarracino, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Giulio Castriota Scanderbeg

IL SEGRETARIO

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