

CONSIGLIO DI STATO, Sez. VI – Sentenza 5 settembre 2022, n. 7701

Permesso di costruire rilasciato in zona con vincolo paesaggistico in assenza di autorizzazione paesaggistica –
inefficacia del titolo – legittimo affidamento del privato

R.G. n. 8927/2021 – Camera di consiglio 30 giugno 2022 – Depositata il 5 settembre 2022 – Pres. Montedoro, Est. Ravasio

N. 07701/2022REG.PROV.COLL.

N. 08927/2021 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8927 del 2021, proposto da **** S.a.s., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Scotto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Pisciotta, non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Seconda) n. 00592/2021, resa tra le parti; Visti il ricorso in appello e i relativi allegati; Visti tutti gli atti della causa; Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 giugno 2022 il Cons. Roberta Ravasio e dato atto che nessuno è comparso tra le parti; Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La società appellante è proprietaria, in Comune di Pisciotta, del fondo censito al N.C.E.U. al Foglio ****, mapp. ****, **** e ****, che rientra nel perimetro del Parco nazionale del Cilento e Vallo di Diano e, come tale, è soggetta a vincolo di natura paesaggistica.
2. Sul fondo in questione è stato realizzato un fabbricato assentito con permesso di costruire n. 124/2006, rilasciato al precedente proprietario senza che fosse preventivamente acquisita la necessaria autorizzazione paesaggistica, inizialmente ritenuta "non dovuta".
3. I lavori venivano infatti sospesi dal Comune di Pisciotta, con provvedimento del 30 maggio 2007, per la necessità di acquisire l'autorizzazione paesaggistica.
4. Nell'ottobre successivo il proprietario presentava un progetto di variante in corso d'opera, che il Comune di Pisciotta assentiva con P.d.C. n. 51 del 31 ottobre 2007, rilasciato con la prescrizione che "l'inizio lavori in variante potrà avvenire soltanto dopo che sarà reso efficace il permesso di costruire".

5. I lavori assentiti con la variante venivano portati a termine, nonostante la mancata acquisizione della autorizzazione paesaggistica. Successivamente, nel 2008, l'immobile veniva ceduto in proprietà alla odierna appellante.
6. Nel 2010 il precedente proprietario del fondo e i funzionari del Comune venivano sottoposti a procedimento penale per vari reati connessi alla realizzazione dell'indicato edificio, in particolare per abuso d'ufficio, per il reato di cui all'art. 44 lett. e) del D.P.R. n. 380/2001, per aver realizzato in assenza di permesso di costruire opere consistenti in un fabbricato di tre piani fuori terra, ancora "al rustico"; e per la violazione dell'art. 181 del D. L.vo 42/2004. Il procedimento si concludeva con sentenza del GUP del Tribunale di Vallo della Lucania n. 7972013, che dichiarava il non luogo a procedere rilevando che i titoli edilizi rilasciati dal Comune di Pisciotta, in mancanza della autorizzazione paesaggistica, erano inefficaci ma non illegittimi; che non v'era prova della collusione tra i funzionari del Comune e il precedente proprietario, e che quest'ultimo aveva ceduto la proprietà dell'immobile.
7. Con istanza del 14 gennaio 2016 l'odierna appellante presentava richiesta di permesso di costruire per effettuare un intervento di completamento: con preavviso di rigetto del 26 ottobre 2016 e, poi, con diniego definitivo del 27 dicembre 2016 il Comune opponeva diniego, motivato sia con riferimento alla eccessiva altezza del fabbricato, sia con riferimento alla assenza di una autorizzazione paesaggistica precedente ai lavori di realizzazione del fabbricato, autorizzazione che il Comune riteneva non potesse essere acquisita ex post, a ciò ostando le previsioni di cui all'art. 146, comma 4 e 167 del D. L.vo 42/2004.
8. Con ordinanza n. 1 del 10 gennaio 2017 il Comune ingiungeva la demolizione del fabbricato.
9. Gli indicati provvedimenti sono stati impugnati dalla odierna appellante innanzi al TAR per la Campania, che, con la sentenza del cui appello si tratta, ha respinto l'impugnazione con la seguente motivazione: "Il ricorso è infondato e va respinto. Ed infatti, la carenza della autorizzazione paesaggistica, accertata nel corso delle indagini preliminari sfociate nella sentenza di non luogo a procedere n. 79/2014 del GUP del Tribunale di Vallo della Lucania, determina l'inefficacia del permesso di costruire n. 124/2006 e della variante in corso d'opera n. 51/2007, come del resto affermato nella citata sentenza penale. Inoltre, se è vero che l'immobile è assistito da permessi mai annullati in autotutela (ma comunque inefficaci), ciò non significa che sia possibile il rilascio di un successivo titolo edilizio, che ne autorizzi il completamento in violazione delle norme sulle altezze. Nulla è dovuto per spese del giudizio.".
10. Avverso tale decisione ha proposto appello la società **** s.a.s..
11. Il Comune non si è costituito in giudizio, nonostante la regolarità della notifica dell'atto d'appello: il Collegio dà atto che il Comune in primo grado non si era costituito in giudizio e quindi la notifica dell'atto d'appello deve intendersi ritualmente effettuata presso la sede della casa comunale.
12. In occasione della camera di consiglio dell'11 novembre 2021 il Collegio ha accolto la domanda incidentale di sospensione della sentenza impugnata ai soli fini della sollecita definizione del giudizio, disponendo contestualmente l'acquisizione, dalla Amministrazione, di chiarimenti con riferimento alla metodologia utilizzata per la misurazione dell'altezza del fabbricato.
13. Il Comune non ha ottemperato alla richiesta di chiarimenti.
14. La causa è stata chiamata alla udienza pubblica del 30 giugno 2022, in occasione della quale è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

15. Il Collegio ritiene di poter prescindere dalla acquisizione dei chiarimenti afferenti alle modalità di calcolo dell'altezza del fabbricato di proprietà dell'appellante, essendo l'appello infondato.
16. Con i primi due motivi l'appellante ha censurato le statuizioni di cui alla appellata sentenza – riportate integralmente nella esposizione in fatto, deducendo (i) la inadeguatezza della motivazione a individuare il percorso logico- argomentativo seguito e (ii) l'errore compiuto dal primo giudice "che avrebbe accertato

la originaria carenza della autorizzazione paesaggistica”, precedente ai lavori di realizzazione del fabbricato, basandosi solo sulle affermazioni contenute nella sentenza del GUP del Tribunale di Vallo della Lucania, pronunciamento non idoneo ad assurgere all’autorità di cosa giudicata, reso inter alios, e comunque, semmai, vincolante solo nei limiti dell’accertamento dei fatti, e non anche delle qualificazioni giuridiche.

16.1. Tali motivi d’appello non sono sufficienti a scalfire le statuizioni del primo giudice, le quali, ancorché estremamente sintetiche, non possono ritenersi né incomprensibili né giuridicamente scorrette.

16.2. L’assenza della autorizzazione paesaggistica preventiva, rispetto ai lavori assentiti con i P.d.C. n. 124/2006 e 51/2007, è menzionata esplicitamente, in primo luogo, nel preavviso di diniego del 26 ottobre 2016, ove si legge che i PdC rilasciati per la realizzazione del fabbricato e l’esecuzione dei relativi lavori sono avvenuti “senza la necessaria autorizzazione paesaggistica ai sensi dell’art. 146 del D. L.vo 42/2004, dal momento che all’epoca della presentazione delle istanze, del rilascio dei titoli edilizi e dell’inizio dei lavori, l’area su cui è stato costruito il fabbricato rientrava in “area tutelata per legge art 142 lett. f(D.Lgs. 42/2004”, dal momento che non trovava applicazione l’art. 142 comma 2 dello stesso D. Lgs. 42/2004, in quanto alla data del 06.09.1985, in assenza di PRG vigente nel Comune di Pisciotta, gli immobili distinti al foglio 19 p.lle 67-186 non ricadevano nella perimetrazione dei centri abitati del Comune di Pisciotta ai sensi dell’art. 18 della legge 22 ottobre 1971 n. 865”; il preavviso di diniego del 26 ottobre 2016 prosegue, poi, citando la previsione dell’art. 146, comma 4, del D. L.vo 42/2004, secondo cui “...l’autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi”, precisando inoltre che “la stessa non può essere rilasciata in termini di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi ed alle condizioni di cui agli artt. 167 e 181 del D. L.vo 42/2004”.

16.3. Nel diniego definitivo del 26 dicembre 2016 il Comune, dopo aver esaminato le osservazioni presentate dalla appellante, ha ribadito il diniego, soffermandosi con maggior dettaglio sulla non conformità dell’altezza del fabbricato alle norme urbanistiche vigenti, ma comunque riprendendo anche quanto già rilevato in punto assenza della autorizzazione paesaggistica.

16.4. A fronte della chiarissima contestazione mossa dal Comune, relativa alla assenza della autorizzazione paesaggistica preventiva ai lavori ed alla impossibilità di acquisirla ex post, la società appellante in giudizio non ha dimostrato l’esistenza della autorizzazione paesaggistica preventiva, né ha dimostrato che essa non fosse necessaria in ragione della non insistenza del vincolo paesaggistico sul bene immobile.

16.5. L’appellante, piuttosto, si è difesa allegando che sia il PdC del 2006 che quello rilasciato in variante nel 2007 attestano essere “NON DOVUTO” il nulla osta della Soprintendenza e “NON DOVUTA” l’autorizzazione dell’Ente Parco, ragione per cui si sarebbe “ingenerato nel precedente proprietario – e nella società acquirente, odierna appellante – un legittimo affidamento sulla validità del titolo edilizio in forza del quale è stato dato corso ai lavori di realizzazione del fabbricato, e sulla scorta del quale è stata poi avanzata la richiesta di permesso di costruire in completamento oggetto del provvedimento di diniego impugnato in prime cure.”.

16.6. Evidenziando, ulteriormente, che i titoli edilizi non sono mai stati annullati in autotutela, la società appellante ha lamentato che il Comune di Pisciotta, prima, e il TAR, dopo, non avrebbero in alcun modo valutato la posizione di assoluta buona fede in cui essa si trovava, dalla quale sarebbe conseguito il definitivo consolidamento dei titoli edilizi rilasciati nel 2006 e 2007.

16.7. In definitiva, la stessa appellante non contesta l’insistenza, sul fondo di sua proprietà, del vincolo paesaggistico, né contesta che esso trovasse applicazione: come precisato, la società appellante ha fatto, invece, appello, all’affidamento ingenerato dai titoli edilizi originariamente rilasciati dal Comune, per sostenere che i suddetti titoli si sarebbero “consolidati”.

22. Di conseguenza, anche a non tener conto delle statuizioni contenute nella sentenza del GUP del Tribunale di Vallo della Lucania, il presupposto di fatto sul quale si è fondato il ragionamento del primo giudice – ovvero l'assenza di una autorizzazione paesaggistica, necessaria per dare corso ai lavori assentiti con i PdC 124/2006 e 51/2007 – deve ritenersi provato, trattandosi di circostanza non efficacemente contestata dalla appellante.

16.8. Ciò chiarito va rammentato che l'art. 146 del D. L.vo 42/2004 stabilisce, ai commi 1 e 2, che i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell' articolo 142 , o in base alla legge, a termini degli articoli 136 , 143 , comma 1, lettera d), e 157 , devono "astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione", dalle autorità preposte alla tutela del vincolo paesaggistico. Al comma 4, inoltre, la norma precisa che "L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio."; sulla base di tali previsioni questo Consiglio di Stato ha già da tempo affermato il principio secondo cui la mancanza di autorizzazione paesaggistica rende di fatto le opere ineseguibili, in ragione del divieto di cui all'art. 146 comma 2, e giustifica, in caso di realizzazione, provvedimenti inibitori e sanzionatori; correlativamente il titolo edilizio nel frattempo eventualmente rilasciato, in assenza dell'autorizzazione paesaggistica, non è invalido, ma è inefficace (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14/12/2015, n. 5663; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8641 del 28 dicembre 2021; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3952 del 21 maggio 2021).

16.9. I lavori eseguiti sulla base di titoli edilizi legittimi, ma in assenza della necessaria autorizzazione paesaggistica, sono suscettibili di atti inibitori e sanzionatori in quanto di realizzati in violazione del divieto di cui all'art. 146, comma 2, del D. L.vo 42/2004 e, di fatto, in assenza di un titolo autorizzativo; essi integrano, perciò, un illecito edilizio e proprio per tale ragione si tratta di opere virtualmente inesistenti, in quanto suscettibili di essere oggetto di ingiunzione di demolizione, e come tali inidonee a costituire la base di ulteriori nuove opere.

16.10. Il Comune ha anche fatto rilevare, nel preavviso di rigetto e nel diniego di condono del 27 dicembre 2016, che l' autorizzazione paesaggistica mancante non avrebbe potuto essere rilasciata ex post, sia perché si tratta di titoli che debbono necessariamente precedere gli interventi edilizi (come afferma chiaramente il richiamato art. 146 del D. L.vo 42/2004), sia perché gli unici casi in cui è ammesso il rilascio di una autorizzazione paesaggistica ex post, intesa come "parere di compatibilità paesaggistica", sono indicati all'art. 167, comma 5, del D. L.vo 42/2004, e tra essi sono esclusi gli interventi che determinano creazione di superfici utili, di volumi o aumento della volumetria legittimamente realizzata: nel caso di specie l'intervento edilizio realizzato in mancanza di preventiva autorizzazione paesaggistica, sulla base dei PdC n. 124/2006 e 51/2007, si è compendiato nella costruzione di un fabbricato di tre piani fuori terra, oltre ad un piano sottotetto, e pertanto è da escludersi che per esso possa essere rilasciato il "parere di compatibilità paesaggistica" ai sensi dell'art. 167 del D. L.vo 42/2004.

16.11. Con riguardo ad uno degli ulteriori argomenti utilizzati dalla appellante, si osserva che il fatto che l'intervento oggetto di causa fosse soggetto al regime transitorio di cui all'art. 159 del D. L.vo 42/2004 non muta i termini della questione: infatti tale norma si limitava a prevedere un diverso procedimento di rilascio della autorizzazione paesaggistica, senza introdurre deroghe al divieto di dare corso alle opere prima del rilascio di essa.

16.12. In definitiva, la mancata acquisizione della necessaria autorizzazione paesaggistica, riferita alle opere assentite con i PdC 124/2006 e 51/2007, rende il fabbricato di proprietà dell'appellante illecito, non sanabile e soggetto a demolizione, e tale circostanza giustifica, di per sé sola, il diniego del Comune ad effettuare opere di completamento, a prescindere dalla conformità di esse alle norme urbanistiche vigenti.

16.13. Il decorso del tempo o, comunque, l'affidamento che la società appellante possa aver riposto sulla legittimità dei titoli edilizi e sulla non necessità dell'autorizzazione paesaggistica non costituiscono fatti

idonei a superare l'illiceità delle opere, dovendosi rammentare che gli illeciti edilizi sono sanzionati a prescindere dallo stato soggettivo di colpevolezza del responsabile dell'abuso; l'eventuale affidamento riposto dalla società appellante, pertanto, può assumere rilevanza solo in funzione di una eventuale causa risarcitoria.

16.14. Le considerazioni che precedono danno ragione della correttezza della decisione del primo giudice, nella parte in cui essa ha affermato l'inefficacia dei PdC n. 124/2006 e 51/2007, dalla quale discende l'illiceità del fabbricato esistente, e avrebbero giustificato, da sole, il respingimento del ricorso di primo grado.

17. Si può pertanto prescindere dalla disamina del terzo motivo d'appello, che ha ad oggetto la ritenuta non conformità del fabbricato esistente alle norme in materia di altezza dei fabbricati, e la statuizione del primo giudice che ha implicitamente ritenuto corretto, in parte qua, il diniego del 27 dicembre 2016: per le ragioni già riferite il fabbricato deve considerarsi abusivo in quanto realizzato sulla base di titoli edilizi che non hanno mai esplicato efficacia, e tale circostanza è da sola sufficiente a giustificare il diniego di realizzare ulteriori opere sul fabbricato in questione, a prescindere dal fatto che esso sia stato realizzato, o meno, nel rispetto delle norme urbanistiche di riferimento, e tanto a prescindere dalla legittimità dei PdC n. 124/2006 e 51/2007, che non è contestata e che, tuttavia, non hanno mai esplicato efficacia e non possono quindi porsi a base di ulteriori edificazioni.

18. Per quanto riguarda il quarto motivo d'appello, a mezzo del quale l'appellante assume che il diniego del 27 dicembre 2016 celerebbe un annullamento in autotutela dei PdC n. 124/2006 e 51/2007, nella misura in cui questi ultimi avrebbero autorizzato la realizzazione di un fabbricato di altezza non conforme alle norme vigenti, si tratta di censura dal cui esame può prescindersi, anche solo per la ragione che il diniego del 27 dicembre 2016 si giustifica senza bisogno di ulteriori motivi sulla rilevata assenza della autorizzazione paesaggistica.

19. In conclusione l'appello è infondato e la appellata sentenza va confermata, con motivazione integrata.

20. Nulla per le spese, in difetto di costituzione del Comune di Pisciotta.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge. Nulla per le spese. Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente
Alessandro Maggio, Consigliere
Giordano Lamberti, Consigliere
Davide Ponte, Consigliere
Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Roberta Ravasio Giancarlo Montedoro