

Pubblicato il 21/04/2022

N. 03026/2022REG.PROV.COLL.
N. 02127/2019 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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2127 del 2019, proposto da
-OMISSIS-, in proprio e quale titolare dell'attività agrituristica “-OMISSIS-”,
rappresentato e difeso dagli avvocati Antonella Storoni e Giovanni Corbyons,
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 Lorian Maccari, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero della Cultura (già Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del
Turismo) - Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio delle Marche,
in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma, via dei
Portoghesi, 12;

-OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Camiciola, con domicilio digitale
come da PEC da Registri di Giustizia;

per l'annullamento e/o la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) n. -OMISSIS-/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti il ricorso in appello incidentale proposto dalla -OMISSIS- s.r.l. e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS-, della Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio delle Marche e della -OMISSIS- S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Viste le conclusioni delle parti come da verbale;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2021 il Cons. Francesco De Luca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Ricorrendo dinnanzi a questo Consiglio, il Sig. -OMISSIS- appella la sentenza n. 522 del 2018, con cui il Tar Marche, in parte, ha dichiarato l'inammissibilità per difetto di giurisdizione, in altra parte, ha dichiarato improcedibile e rigettato i motivi di impugnazione (articolati nel ricorso introduttivo e nei successivi motivi aggiunti) svolti in prime cure, diretti ad ottenere l'annullamento:

- della nota prot. n. 719 del 10/2/2017, del Comune di -OMISSIS-, recante diniego dell'istanza di accertamento di conformità in sanatoria e di compatibilità paesaggistica in sanatoria presentata in data 27/5/2016;
- dell'ordinanza n. 1 del 10/2/2017 del Comune di -OMISSIS- recante “demolizione di opere abusive e riduzione in pristino dello stato dei luoghi (art. 31 DPR 380/01)”;
- del parere negativo della Commissione del paesaggio, istituita presso il Comune di -OMISSIS-, espresso nella seduta n. 5 del 13.7.2016;

- del verbale di accertamento di irregolarità edilizie del 15/12/2015 e della nota di trasmissione del 16/12/2015 prot. 0007341 del 18/12/2015;
- della nota di avvio del procedimento per l'applicazione delle disposizioni di legge previste dal DPR 380/01 e dell'ordine di rimessione in pristino del 16/12/2015 prot. 346 del 18/12/2015;
- dell'ordinanza del Comune di -OMISSIS- n. 2 del 22/2/2017 avente ad oggetto *“Diniego di accertamento di conformità (art. 36 DPR n. 380/2001, 181 D.lgs n. 42/04) Ingiunzione di demolizione opere abusive e riduzione in pristino dello stato dei luoghi (art. 31 DPR 06.06.2001 n. 380 e s.m.i.), Riadozione”*;
- della nota prot. n. 8706 del 22/5/2017 della Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici delle Marche - Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo.

In particolare, secondo quanto dedotto in appello:

- il Sig. -OMISSIS-, proprietario di un edificio colonico sito in -OMISSIS-, località -OMISSIS-, sede di un'attività ricettiva ed agrituristica, in prossimità del fiume -OMISSIS-, in zona Agricola E, sottoposta agli ambiti definiti delle categorie del paesaggio, nonché a vincolo idrogeologico e paesaggistico imposto con DCR n. 8 del 23/12/1985, ha realizzato taluni manufatti a servizio dell'attività agrituristica, senza previo atto di assenso comunale;
- con nota del 18.12.2015, n. 7341, l'Amministrazione comunale, sulla base di un sopralluogo del 9.10.2015, ha notificato al ricorrente un verbale di accertamento di irregolarità edilizie, contestando la realizzazione di tredici manufatti in assenza di titolo abilitativo e in difetto di autorizzazione paesaggistica; in pari data l'Ente ha comunicato l'avvio del procedimento di repressione degli abusi edilizi ex DPR n. 380/01;
- il Sig. -OMISSIS- ha presentato al Comune di -OMISSIS-: dapprima, in data 27.5.2016, un'istanza di sanatoria e una domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica in sanatoria relativamente ai primi cinque manufatti abusivi; successivamente, in data 15.10.2016, una seconda istanza di

sanatoria e di accertamento di compatibilità paesaggistica relativa ai rimanenti otto manufatti;

- in relazione alle istanze del 27.5.2016, la Commissione del paesaggio istituita presso il Comune di -OMISSIS- ha espresso parere di compatibilità paesaggistica sfavorevole nella seduta n. 5 del 13.7.2016; il Comune ha comunicato all'istante la trasmissione in data 3.8.2016 dell'istanza di sanatoria alla Soprintendenza per il parere di competenza, nonché con nota del 10.2.2017, n. 719, rilevato che la Soprintendenza non aveva espresso alcun parere, ha denegato l'istanza di sanatoria, richiamando il parere della Commissione del paesaggio, nonché rilevando che le opere *de quibus* comportavano un aumento di volume e di superficie utile, ragion per cui non risultavano conformi alle norme urbanistiche vigenti e non erano suscettibili ex art. D. Lgs. n. 42/04 di valutazione di compatibilità paesaggistica;
- con ordinanza n. 1 del 10.2.2017 il Comune ha ordinato la demolizione delle opere realizzate, oggetto sia del diniego di sanatoria n. 719/17, sia delle istanze del 15.10.2016;
- il Sig. -OMISSIS- ha, dunque, impugnato dinnanzi al Tar il diniego di sanatoria n. 719/17 e l'ordinanza di demolizione n. 1/2017, censurando l'omessa acquisizione del previo parere della Soprintendenza ex artt. 167 e 181 D. Lgs. n. 42/04; l'applicabilità dell'art. 167, comma 4, lett. a), D. lgs. n. 42/04; l'insussistenza, in relazione alle singole opere abusive, di motivi ostativi all'accertamento della compatibilità paesaggistica e alla sanatoria, sotto il profilo edilizio e urbanistico, degli abusi in contestazione; la genericità dell'ordine di demolizione e – comunque - la sua carente motivazione, l'impossibilità di qualificare i manufatti *de quibus* quali interventi di nuova costruzione, l'avvenuta adozione dell'ordine di demolizione in relazione ad opere ancora oggetto di istanza di sanatoria non evasa;
- l'Amministrazione comunale con ordinanza n. 2/2017, con diversa motivazione, ha rinnovato il diniego di sanatoria, nonché ha impartito l'ordine

di demolizione delle tredici opere oggetto delle istanze di sanatoria presentate dall'odierno appellante;

- tale provvedimento è stato impugnato con motivi aggiunti dalla parte ricorrente, incentrato sulle censure già articolate in via principale, nonché su ulteriori vizi autonomi;

- in pendenza di giudizio, la Soprintendenza per i Beni Architettonici e Paesaggistici delle Marche, successivamente al diniego comunale, in relazione all'istanza di sanatoria del 27.5.2016, ha espresso parere negativo ai sensi degli artt. 167 e 181 D. Lgs. n. 42/2004 per i manufatti 1, 2 e 4 oggetto dell'istanza del 27.5.2016 e parere favorevole per i manufatti 3 e 5;

- il Sig. -OMISSIS- ha impugnato con ulteriori motivi aggiunti il parere della Soprintendenza per la parte a sé sfavorevole; il medesimo parere, per la parte in cui ha accertato la compatibilità paesaggistica dei manufatti nn. 3 e 5, è stato impugnato con ricorso incidentale dalla controinteressata, -OMISSIS-;

- disposta istruttoria (tradottasi in un accertamento sulle effettive distanze dal fiume di ciascun manufatto e in chiarimenti tecnici sulla data di edificazione dei singoli manufatti), il giudice adito ha affermato la propria giurisdizione in relazione ai soli manufatti nn. 1, 2 e 10, declinandola in favore del Tribunale Superiore delle acque pubbliche per i rimanenti abusi; esaminato il merito delle censure riguardanti gli abusi nn. 1, 2 e 10, il Tar ha provveduto al rigetto e alla dichiarazione di improcedibilità dei relativi motivi di impugnazione;

- il Sig. -OMISSIS-, da un lato, ha riassunto il giudizio dinnanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche per le contestazioni riferite ai manufatti nn. 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12 e 13, dall'altro, ha appellato le statuizioni sfavorevoli di merito in relazione ai manufatti nn. 1, 2 e 10.

2. In particolare, secondo quanto emergente dalla sentenza gravata, il Tar ha rilevato che:

- in relazione agli abusi nn. 3-4-5-6-7-8-9-11-12-13 doveva affermarsi (con riferimento tanto al ricorso principale, quanto al ricorso incidentale) il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in favore del Tribunale Superiore

delle Acque Pubbliche, trattandosi di opere collocate a distanza inferiore di metri dieci dal piede degli argini;

- in relazione ai rimanenti abusi, risultava infondata la censura riferita alla violazione dell'art. 96 lett. f) del RD n. 523/1904, trattandosi di opere al di fuori della predetta fascia di dieci metri;

- l'ordinanza n. 2/2017 assumeva anche valenza di diniego di accertamento di conformità (edilizio-urbanistica e paesaggistica);

- con riferimento all'abuso n. 10 (ripostiglio e vano tecnico), operavano i limiti di sanatoria paesaggistica di cui agli artt. 167, comma 4, lett. a), e 181, comma 1-ter, lett. a), del D. Lgs. n. 42/2004, trattandosi di interventi che avevano determinato la creazione fisica di nuova superficie utile e di volume; il vincolo paesaggistico, risalente al 1985, risultava anteriore alla data di realizzazione delle opere e, comunque, dovevano operare i limiti di sanabilità introdotti nell'anno 2006 in ragione della regola "*tempus regit actum*"; né avrebbe potuto invocarsi la violazione dei principi di irretroattività delle norme afflittive, facendosi questione di illecito permanente nel tempo; risultava, inoltre, irrilevante l'omessa acquisizione preventiva del parere della Soprintendenza (chiesto solo per i primi cinque abusi), non potendo il Comune applicare in maniera diversa e discrezionale la normativa in esame; le questioni attinenti al diniego di sanatoria sotto il profilo edilizio-urbanistico potevano essere assorbite;

- con riguardo agli abusi nn. 1-2 (tettoie), risultava infondata la censura incentrata sull'omessa previa acquisizione del parere della Soprintendenza, in quanto non espresso entro il termine perentorio di novanta giorni; il che determinava l'improcedibilità dei secondi motivi aggiunti proposti avverso il parere (tardivo) della Soprintendenza; comunque, anche a volere ammettere la mancata creazione di nuova superficie e di volume, il diniego di sanatoria paesaggistica era basato anche su altre autonome considerazioni svolte dalla Commissione del paesaggio (incompatibilità per carenza delle caratteristiche che contraddistinguono le logge delle abitazioni tipiche rurali dei luoghi),

adeguatamente motivate con riferimento alle caratteristiche di altri edifici simili considerati paesaggisticamente compatibili (logge delle abitazioni tipiche rurali dei luoghi), desumibili, peraltro, non solo dai materiali utilizzati, ma anche dalla forma e dall'aspetto estetico del manufatto (cioè profili tipologici e ornamentali indipendenti dal tipo di materiale utilizzato); parimenti, le questioni attinenti alla loro visibilità (sempre dedotte nel paragrafo A.b) non risultavano pertinenti, facendo riferimento alle prescrizioni contenute nelle NTA del PRG, mentre nel caso in esame si discuteva di un parere di compatibilità paesaggistica connotato da ampi contenuti discrezionali (quindi non tipizzabili a priori); anche in tale caso, il Tar ha assorbito le questioni attinenti al diniego di sanatoria, sotto il profilo edilizio-urbanistico.

3. Il ricorrente in prime cure ha appellato la sentenza pronunciata dal Tar, deducendone l'erroneità con l'articolazione di plurimi motivi di impugnazione.

4. La Soprintendenza Archeologica delle Belle Arti e del Paesaggio delle Marche e il Comune di -OMISSIS- si sono costituiti in giudizio in resistenza all'appello.

5. La società -OMISSIS- (oggi Inerti Infrastrutture Italia srl), controinteressata in prime cure, si è costituita in giudizio, resistendo all'appello principale e proponendo appello incidentale avverso il capo decisorio con cui il Tar ha declinato la propria giurisdizione sul ricorso principale (relativamente ai manufatti nn. 3,4,5,6,7,8,9,11,12, e 13) e sul ricorso incidentale proposto in prime cure (riferito ai manufatti nn. 3 e 5).

6. Con istanza depositata in data 1 dicembre 2020 l'appellante principale ha chiesto la sospensione degli effetti del provvedimento impugnato e/o comunque l'adozione delle misure cautelari idonee a tutelare gli interessi del ricorrente.

7. Le parti hanno ulteriormente argomentato a sostegno delle rispettive conclusioni con memorie dell'8 gennaio 2021 (quanto all'Amministrazione

comunale e alla controinteressata) e dell'11 gennaio 2021 (quanto all'appellante e alla Soprintendenza). L'amministrazione comunale e l'appellante hanno depositato pure note di udienza in vista della camera di consiglio fissata per la trattazione della domanda cautelare.

8. Con ordinanza n. 63 del 2021 la Sezione, in accoglimento della domanda cautelare avanzata dall'appellante principale, ha sospeso l'esecutività della sentenza impugnata e fissato per il giorno 20 maggio 2021 l'udienza pubblica di discussione.

9. L'appellante principale, l'appellante incidentale e l'Amministrazione comunale, in vista dell'udienza pubblica di discussione del 20 maggio 2021, hanno insistito nelle proprie conclusioni mediante il deposito di memorie conclusionali e repliche; le medesime parti hanno, altresì, depositato note di udienza chiedendo la decisione della controversia. Le parti private hanno pure depositato documentazione.

10. Con ordinanza n. 3943 del 2021 la Sezione ha disposto il rinvio della causa ad una successiva udienza per consentire alle parti di prendere posizione - attraverso il deposito di memorie ai sensi dell'art. 73, comma 1, c.p.a - su una questione rilevata d'ufficio (concernente la possibile inammissibilità dell'appello incidentale per difetto di interesse), che non era stato possibile indicare alle parti nell'udienza del 20 maggio 2021, in quanto svoltasi in assenza di discussione orale.

In particolare, è stato chiesto alle parti di prendere posizione:

- quanto all'impugnazione incidentale del capo decisorio con cui il Tar aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso principale per difetto di giurisdizione, sull'ammissibilità dell'impugnazione proposta avverso statuizioni di rito, da un lato, dichiarative dell'inammissibilità dell'avverso ricorso, dall'altro, inidonee ad acquistare autorità di cosa giudicata in senso sostanziale e a spiegare, perciò, effetti lesivi in capo all'appellante incidentale al di fuori del processo nel quale sono state rese;

- quanto all'impugnazione incidentale del capo decisorio con cui il Tar aveva dichiarato l'inammissibilità del ricorso incidentale per difetto di giurisdizione, sulla sussistenza di un pregiudizio attuale e concreto in capo alla società - OMISSIS- S.r.l, tenuto conto che l'emissione della decisione del Tar non aveva, comunque, inciso sugli atti comunali censurati, da cui la stessa appellante incidentale sembrava trarre una posizione di vantaggio.

11. Le parti private e l'Amministrazione comunale hanno depositato memoria conclusionale, prendendo posizione sulle questioni poste dal Collegio (nel senso sia dell'ammissibilità dell'appello incidentale, sostenuta dall'Amministrazione comunale e dalla controinteressata, sia della sua inammissibilità, dedotta dall'appellante principale).

12. Le parti private hanno pure replicato alle avverse deduzioni.

13. Le parti private e l'Amministrazione comunale hanno depositato note di udienza chiedendo la decisione della controversia.

14. La causa è stata trattenuta in decisione nell'udienza pubblica del 21 dicembre 2021.

DIRITTO

1. Pregiudizialmente, il Collegio è chiamato a statuire sull'eccezione, opposta dall'appellante (cfr. memoria del 18 aprile 2021), di inutilizzabilità delle nuove relazioni tecniche prodotte dalla controinteressata in grado di appello.

L'eccezione è infondata.

Sebbene questo Consiglio (cfr. Sez. V 5 marzo 2014, n. 1058) abbia talvolta ritenuto inammissibile la produzione in appello di nuove perizie tecniche, ritenendo violato il divieto dei *nova* in sede di gravame posto dall'art. 104 c.p.a. (riferibile anche ai nuovi mezzi di prova), deve ritenersi che le consulenze tecniche di parte costituiscano una semplice allegazione difensiva a contenuto tecnico, risultando prive di autonomo valore probatorio.

Per l'effetto, tali atti sono sottratti al divieto di cui all'art. 104 c.p.a., potendo essere prodotti anche in appello alla stregua delle norme che disciplinano (anziché l'attività probatoria delle parti) l'attività defensionale suscettibile di

essere svolta in sede impugnatoria (cfr. Cass. civ. Sez. II, Ord., 24 agosto 2017, n. 20347 che, nello statuire sul divieto di nuove prove in appello posto dall'art. 345 c.p.c., ha precisato che *“una consulenza di parte deve essere considerata un mero atto difensivo, la cui produzione non può ricondursi in alcun modo al divieto di cui all'art. 345 c.p.c., e la cui allegazione al procedimento deve ritenersi regolata dalle norme che disciplinano tali atti. La natura tecnica del documento non vale, infatti, ad alterarne la natura, che resta quella di atto difensivo”*).

Per l'effetto, la produzione di una nuova consulenza tecnica in sede di gravame, valorizzata nell'ambito degli atti difensivi posti in essere dalla parte depositante, sebbene non possa, per ciò solo, essere idonea a dimostrare i fatti allegati, non risulta preclusa dal disposto dell'art. 104 c.p.a., dando luogo ad una mera deduzione tecnica concorrente a delineare la linea difensiva assunta dalla parte processuale.

Trattandosi di mere deduzioni ed essendo riservata al difensore costituito l'attività di rappresentanza processuale, la parte non potrebbe, tuttavia, limitarsi a rinviare alla consulenza tecnica all'uopo depositata, dovendo specificarne la rilevanza in relazione alle domande, eccezioni e difese svolte nell'ambito degli atti processuali (tipici) depositati in giudizio.

Di conseguenza, la consulenza tecnica depositata dalla controinteressata, sebbene non possa ritenersi inammissibile per violazione del divieto dei *nova* in appello, non potrebbe comunque ritenersi idonea a dimostrare i fatti allegati (non costituendo un mezzo di prova) e, comunque, potrebbe rilevare ai fini della decisione nella misura in cui sia richiamata negli atti processuali posti in essere dal difensore costituito a fondamento di una specifica contestazione, domanda od eccezione ritualmente introdotta in giudizio.

Come si osserverà *infra*, le doglianze articolate dall'appellante principale risultano comunque infondate prescindendo dalla disamina delle perizie depositate in appello dalla parte controinteressata, spesso pure incentrate su ragioni ostative alla sanatoria ulteriori rispetto a quelle che, desumibili dalla portata motivazionale dei provvedimenti impugnati in prime cure, sono

esaminabili nella presente sede giurisdizionale (cfr. la contestazione circa l'esistenza di una lottizzazione abusiva, manifestamente esulante dalle ragioni alla base delle determinazioni comunali).

2. L'infondatezza dell'appello principale esime, invece, il Collegio dallo statuire sulle eccezioni di inammissibilità dei motivi di impugnazione principale opposte alle parti appellate, il cui ipotetico accoglimento non arrecherebbe alle parti eccipienti un'utilità maggiore rispetto a quella ritraibile dal rigetto, nel merito, dell'impugnazione avversa.

3. Ciò premesso, è possibile soffermarsi sui motivi di appello principale, rinviandosi al prosieguo la trattazione dell'appello incidentale, ivi comprese le questioni di sua inammissibilità poste dalla Sezione con l'ordinanza n. 3493/21 cit.

4. Con il primo motivo di appello principale è censurato il capo decisorio con cui il Tar ha ritenuto che l'ordinanza n. 2/2017 assumesse (altresì) natura di diniego di sanatoria in relazione all'istanza del 15.10.2016.

4.1 Secondo la prospettazione dell'appellante:

- il provvedimento amministrativo dovrebbe essere inteso alla luce del senso fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la relativa connessione; sicché, operando l'ordinanza n. 2/2017 un riferimento alla sola domanda di accertamento di conformità presentata il 27.5.2016 e all'istruttoria sulla richiesta di compatibilità paesaggistica presentata in tale data, avrebbe dovuto escludersi che il medesimo provvedimento potesse valere anche come diniego di sanatoria dell'istanza del 15.10.2016;
- non avrebbe potuto argomentarsi diversamente sulla base di un mero chiarimento orale fornito dalla difesa comunale in pubblica udienza; anche in ragione del divieto di integrazione postuma della motivazione.

Tali deduzioni sarebbero riferibili anche alla precedente ordinanza n. 1/2017.

Al riguardo, il ricorrente ha pure rinviato alle censure svolte nell'ambito del motivo 5B del ricorso originario, pp. 28/29 e nel motivo 7A dei primi motivi aggiunti, pp. 31/32.

4.2 Il motivo di appello è infondato.

4.3 In primo luogo, deve precisarsi che l'appello non configura un *novum iudicium* ma una *revisio prioris instantiae* (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. IV, 3 febbraio 2020, n. 844), con la conseguenza che il *thema decidendum* su cui è chiamato a statuire questo Consiglio è definito, anziché dal ricorso dinnanzi al Tar, dal ricorso in appello, cui deve aversi riguardo al fine di garantire la corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

In particolare, la parte appellante è chiamata a dedurre specificatamente i fatti costitutivi delle domande proposte in grado di appello, sia quale specifica critica delle sfavorevoli statuizioni rese dal primo giudice, sia mediante un'espressa riproposizione delle domande non esaminate in primo grado, risultando al riguardo il rinvio indeterminato agli atti di primo grado, senza alcuna precisazione ulteriore del loro contenuto, inidoneo ad introdurre in giudizio questioni giuridiche esaminabili nel merito (trattandosi di una mera formula di stile insufficiente a soddisfare l'onere di espressa riproposizione ex art. 101, comma 2, c.p.a. - Cons. giust. amm. Sicilia, 30 aprile 2020, n. 2781).

Per l'effetto, il mero rinvio, pure operato dall'appellante, alle eccezioni, deduzioni ed allegazioni di primo grado non è idoneo ad introdurre specifiche censure esaminabili in sede impugnatoria.

4.4 Ciò precisato, è possibile soffermarsi sulle specifiche censure impugnatorie dedotte dalla parte ricorrente.

Al riguardo, si osserva che la giurisprudenza di questo Consiglio, statuendo sull'interpretazione degli atti amministrativi e sulla natura giuridica degli atti di conferma, ha chiarito che:

- l'interpretazione degli atti amministrativi soggiace alle stesse regole dettate dall'art. 1362 e ss. c.c. per l'interpretazione dei contratti, tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale in quanto compatibile con il provvedimento amministrativo, dovendo in ogni caso il giudice ricostruire l'intento dell'Amministrazione, ed il potere che essa ha inteso esercitare, in base al contenuto complessivo dell'atto (cd.

interpretazione sistematica), tenendo conto del rapporto tra le premesse ed il suo dispositivo e del fatto che, secondo il criterio di interpretazione di buona fede ex art. 1366 c.c., gli effetti degli atti amministrativi devono essere individuati solo in base a ciò che il destinatario può ragionevolmente intendere, anche in ragione del principio costituzionale di buon andamento, che impone all'Amministrazione di operare in modo chiaro e lineare, tale da fornire ai cittadini regole di condotte certe e sicure, soprattutto quando da esse possano derivare conseguenze negative (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 25 marzo 2021, n. 2514);

- qualora l'Amministrazione confermi una precedente determinazione, occorre distinguere tra atto di conferma in senso proprio e atto meramente confermativo;

- in particolare, l'atto di conferma in senso proprio è tipicamente funzionale alla manifestazione di una rinnovata volontà dispositiva dell'Amministrazione procedente all'esito di una nuova istruttoria, attuando un assetto di interesse sostitutivo rispetto a quello divisato nel provvedimento confermato, idoneo, dunque, ad assurgere a nuova fonte di regolazione del rapporto sostanziale;

- l'atto meramente confermativo, invece, “*non fa che ripetere la precedente volontà dell'Amministrazione, che come tale non viene toccata. Di conseguenza, solo nel caso del provvedimento di conferma in senso proprio vi è un procedimento; e, all'esito di questo, un nuovo provvedimento, sia pure di contenuto identico al precedente, che si sostituisce ad esso* (C.d.S., Sez. II, 12 giugno 2020, n. 3746; cfr. Sez. V, 17 aprile 2020, m. 2447 e 11 ottobre 2019, n. 6916; Sez. IV, 23 marzo 2020, n. 2035; Sez. III, 27 dicembre 2018, n. 7230; Sez. VI, 11 dicembre 2018, n. 6984)” (Consiglio di Stato, Sez. III, 18 novembre 2020, n. 7172).

Alla luce di tali coordinate emermeutiche, è possibile soffermarsi sul caso di specie.

4.5 Come risulta dalla documentazione in atti, con l'ordinanza n. 2/2017, all'esito di un'ulteriore istruttoria, comprovata da un apparato motivazionale arricchito, incentrato sulla disamina degli elementi caratteristici dei singoli

manufatti in contestazione, il Comune, da un lato, ha confermato in senso proprio le precedenti determinazioni assunte con il diniego di sanatoria n. 719/17 e l'ordinanza di demolizione n. 1/2017, dall'altro, ha pure rigettato l'istanza del 15.10.2016.

L'ordinanza n. 2/2017, sebbene non richiami espressamente l'istanza di sanatoria del 15.10.2016, ha infatti preso in esame anche le questioni poste con detta istanza, pervenendo al suo implicito rigetto (a prescindere da eventuali difese orali svolte dal Comune dinanzi al primo giudice).

La volontà provvedimentale, come chiarito da questo Consiglio, può essere infatti manifestata anche implicitamente: *“Nel campo del diritto amministrativo, come è noto, è ammessa la sussistenza del provvedimento implicito quando l'Amministrazione, pur non adottando formalmente un provvedimento, ne determina univocamente i contenuti sostanziali, o attraverso un comportamento conseguente, ovvero determinandosi in una direzione, anche con riferimento a fasi istruttorie coerentemente svolte, a cui non può essere ricondotto altro volere che quello equivalente al contenuto del provvedimento formale corrispondente, congiungendosi tra loro i due elementi di una manifestazione chiara di volontà dell'organo competente e della possibilità di desumere in modo non equivoco una specifica volontà provvedimentale, nel senso che l'atto implicito deve essere l'unica conseguenza possibile della presunta manifestazione di volontà (cfr., ex multis, Cons. St., Sez. VI, 27 novembre 2014, n. 5-OMISSIS- e, di recente, Cons. Stato, Sez. V, n. 589 del 2019)”* (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 20 gennaio 2020, n. 3).

Questo Consiglio ha, inoltre, rilevato come *“La presenza di un atto implicito può infatti desumersi indirettamente ma univocamente da altro provvedimento o dal comportamento esecutivo dell'amministrazione, di modo che esso se ne possa dire l'antecedente da punto di vista logico – giuridico”* (Consiglio di Stato, sez. V, 19 aprile 2019, n. 2543).

Avuto riguardo al tenore letterale dell'ordinanza *de qua*, la stessa:

a) nell'oggetto reca un riferimento non soltanto all'ingiunzione di demolizione, ma ancora prima al *“diniego di accertamento di conformità (art. 36*

DPR n. 380/01, 181 D. Lgs. n. 42/2004....”, senza limitare la portata di tale determinazione all’istanza del 27.5.2016;

b) descrive compiutamente tutte le opere in contestazione, comprese quelle oggetto dell’istanza di parte del 15.10.2016;

c) individua la destinazione urbanistica dell’area e i vincoli sulla stessa gravanti, ancora una volta in relazione a tutte le opere *de quibus*, senza limitarsi alle opere oggetto dell’istanza del 27.5.2016;

d) prevede chiaramente che tutte tali opere “*si configurano come nuova costruzione e comunque ricadono nella disciplina di cui all’art. 31 del DPR 06.06.2001 n. 380 e che le medesime risultano in contrasto con la normativa urbanistica vigente, sia al momento della realizzazione che alla data odierna e non sono suscettibili di sanatoria, ai sensi dell’art. 36 dello stesso Testo Unico*”, in tale modo esprimendo una valutazione ostativa alla sanatoria estendibile a tutte le opere in contestazione;

e) anche prendendo posizione sulle controdeduzioni svolte dall’odierno ricorrente con memorie difensive del 17.2.2016, ha specificatamente illustrato per tutti i manufatti le ragioni ostative alla sanatoria (pagg. 5-7), pure richiamando il contrasto con i divieti di cui agli artt. 167 e 181, comma 1 ter, D. Lgs. n. 42/04.

Risulta evidente, dunque, che il diniego di sanatoria è riferito a tutte le opere in contestazione, ivi comprese quelle oggetto dell’istanza del 15.10.2016, da ritenere, pertanto, rigettata dall’Amministrazione comunale, costituendo il relativo diniego l’antecedente dal punto di vista logico – giuridico dell’ordine di demolizione esplicitato nel contenuto dispositivo del provvedimento censurato.

4.6 Con l’ordinanza n. 2 del 2017, inoltre, l’Amministrazione ha confermato in senso proprio la pregressa ordinanza n. 1 del 2017, alla stregua di una nuova istruttoria, culminata in nuove ragioni alla base della determinazione assunta (cfr. la disamina delle osservazioni controdeduttive svolte dall’istante); con la conseguenza che l’ordinanza n. 2 del 2017, alla stregua di atto di

conferma in senso proprio, ha sostituito l'ordinanza n. 1 del 2017 nella regolazione del rapporto sostanziale.

Di conseguenza, non possono essere accolte le censure impugnatorie svolte contro l'ordinanza n. 1 del 2017, trattandosi di doglianze rivolte contro un atto ormai inefficace in quanto sostituito dall'ordinanza n. 2 del 2017 nella definizione dell'assetto di interessi attuato tra le parti.

4.7 In definitiva, il primo motivo di appello è infondato, in quanto il Comune, con l'ordinanza n. 2/17, non ha disposto la demolizione di opere abusive in pendenza del relativo procedimento di sanatoria, ma ha, dapprima, rigettato le istanze di accertamento di conformità e di compatibilità paesaggistica - disattendendo (altresì) l'istanza del 15.10.2016 e confermando in senso proprio l'ordinanza n. 1 del 2017 - per poi disporre la demolizione di opere *sine titulo* realizzate dal ricorrente in zona paesaggisticamente tutelata.

5. Con il secondo motivo di appello è censurato il capo decisorio con cui il Tar ha disatteso le censure concernenti la compatibilità paesaggistica del manufatto n. 10.

5.1 In particolare, secondo la prospettazione attorea:

- la statuizione giudiziale, incentrata sulla realizzazione di una nuova superficie utile e di un nuovo volume, sarebbe immotivata e, comunque, erronea;
- come censurato in prime cure, il manufatto in esame configurerebbe un locale ripostiglio e locale tecnico contenente un serbatoio dell'acqua, costruito in legno; il Comune, al riguardo, avrebbe contestato la difformità rispetto al PRG e la creazione di volumetria, quando, invece, il contrasto con il PRG non sarebbe stato specificato e, comunque, non sussisterebbe, ammettendo le leggi regionali nn. 13/90, 21/11 e 3/02, oltre che l'art. 26 NTA, ampliamenti, nuove costruzioni e spazi ricettivi a servizio dell'attività agricola ed agrituristica; quanto al volume, si tratterebbe di mere opere pertinenziali ex art. 3 DPR n. 380/01 non suscettibili di essere valutate in termini volumetrici, per essere ascrivibili (tra l'altro) agli interventi edilizi minori;

- sarebbe violato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, non avendo il Tar statuito su tutte le censure svolte in prime cure;
- non avrebbe potuto applicarsi, *ratione temporis*, l'art. 167, comma 4, lett. a), del D.Lgs. 42/2004, come modificato dall'art. 27, comma 1, del D. Lgs 157 del 24.3.2006, dovendo operare nella specie la disciplina sostanziale vigente al momento della commissione dell'abuso e, dunque, vigente fino al 12.5.2006, altrimenti violandosi il principio di irretroattività delle norme afflittive di cui all'art. 25 della Costituzione e 7 della CEDU;
- in caso di qualificazione dell'ordinanza n. 2/2017 quale diniego di sanatoria, il relativo provvedimento avrebbe dovuto essere preceduto dalla richiesta del parere della Soprintendenza sui profili di compatibilità paesaggistica e, comunque, avrebbe dovuto recare una motivazione specifica riferita ai profili di compatibilità paesaggistica.

L'appellante ha, infine, richiamato le censure in ordine alla conformità con la disciplina urbanistica ed edilizia, alla stregua di quanto previsto dalle leggi regionali nn. 13/90, 21/11 e 3/02, oltre che dall'art. 26 NTA.

5.2 Il motivo di appello è infondato.

5.3 Premessa, anche in tale caso, l'inidoneità del mero rinvio agli atti di primo grado ad introdurre specifiche censure esaminabili in sede impugnatoria, si osserva che la Sezione ha già affrontato il tema dell'applicabilità della disciplina recata dall'art. 27, comma 1, D. Lgs. n. 157/2006 – di modifica dell'art. 167 D. Lgs. n. 42/2004- ad interventi edilizi commessi anteriormente alla sua entrata in vigore, pervenendo ad una soluzione affermativa ed escludendo che ciò possa configurare una violazione del divieto di retroattività operante in materia sanzionatoria.

5.3.1 In particolare, è stato precisato (sentenza 6 settembre 2018, n. 5245) che:

- il divieto di sanatoria introdotto dall'art. 167 del codice del 2004 è applicabile solo a partire dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 157 del 2006, il che pone il problema del trattamento intertemporale degli interventi

realizzati prima dell'entrata in vigore del nuovo regime (che prescrive in ogni caso la demolizione del manufatto abusivo, a prescindere dalla sua astratta compatibilità paesaggistica, salvo fattispecie eccezionali delineati dal comma 4), più severo rispetto a quello previgente (che ammetteva la possibilità di irrogazione della sanzione pecuniaria, con salvezza dell'immobile o dell'intervento realizzato abusivamente, previo accertamento della sua compatibilità paesaggistica);

- la menzionata questione di diritto intertemporale (relativa all'applicabilità o meno del divieto di sanatoria *ex post* ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del nuovo, più severo, regime sanzionatorio) va risolta alla luce della natura della misura demolitoria in esame;

- trattandosi di misura ripristinatoria tradizionalmente ricondotta nel novero dei rimedi di amministrazione attiva, di ripristino del bene-interesse giuridico tutelato, ad essa non si applica il regime proprio delle sanzioni amministrative in senso stretto;

- non vengono quindi in rilievo i principi desumibili dalla legge n. 689 del 1981 in ordine alla irretroattività degli aggravamenti dei trattamenti sanzionatori della sanzione, bensì quello, proprio dell'amministrazione attiva, della immediata applicabilità del regime più efficace ai fini della realizzazione della tutela;

- a conclusioni diverse non è dato giungere neppure invocando un'interpretazione della normativa nazionale conforme ai principi affermati dalla Corte EDU in relazione all'art. 7 della Convenzione, il quale osta all'applicazione retroattiva della sanzione penale ai fini e per gli effetti della Convenzione;

- la Corte di Strasburgo ha individuato tre figure sintomatiche della natura penale di una sanzione (i cosiddetti criteri "*Engel*"): la qualificazione dell'illecito operata dal diritto nazionale; la natura della sanzione, alla luce della sua funzione punitiva-deterrente; la sua severità, ovvero la gravità del sacrificio imposto; trattasi di criteri «alternativi e non cumulativi», il che non

impedisce di adottare un «*approccio cumulativo se l'analisi separata di ciascun criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una "accusa in materia penale"* (Jussila c. Finlandia [GC], n. 73053/01, §§ 30 e 31, CEDU 2006-XIII, e Zaicevs c. Lettonia, n. 65022/01, § 31, CEDU 2007-IX)» (paragrafo 94);

- escluso che l'ordine di demolizione in esame abbia natura penale nel diritto interno, neppure ricorrono gli altri due criteri concorrenti, attinenti rispettivamente alla sostanza punitiva della misura e alla gravità del sacrificio imposto. Quanto al secondo indice, scopo della misura è, nelle intenzioni del legislatore esclusivamente quello di tutelare la pubblica funzione. Quanto al terzo indice, vertendosi in ordine alla demolizione di manufatti ulteriori rispetto all'immobile principale preesistente (il quale conserverebbe per il resto la sua funzionalità), appare assente quel connotato di "speciale" gravità, necessario perché la misura che non presenta finalità deterrente e punitiva possa essere assimilata, sul piano della sua afflittività, a una sanzione penale o a una sanzione amministrativa;

- non potrebbe neppure porsi un problema di tutela dell'affidamento del privato proprietario, possessore o detentore di immobili, che, al tempo della realizzazione e del completamento dell'intervento avrebbe potuto confidare in una sostanziale sanatoria dell'abuso, mediante pagamento di una sola pena pecuniaria, previo accertamento della compatibilità paesaggistica di quanto abusivamente realizzato; un tale problema potrebbe porsi in realtà soltanto per coloro che non per loro colpa abbiano visto esaminare in ritardo la loro posizione amministrativa. Nella specie, invece, la stessa ricorrente ha chiesto la verifica di compatibilità paesaggistica nel 2016 (documenti 6 e 11 del ricorso di primo grado), dunque anni dopo la modifica dell'art. 167 D. Lgs. n. 42/04 cit., attivandosi per ottenere la relativa sanatoria solo dopo i controlli amministrativi svolti dall'autorità comunale (richiamati nelle relazioni tecniche sub documenti 7).

5.3.2 Ne deriva che, come precisato da questo Consiglio, (sez. II, 31 maggio 2021, n. 4154), allorquando il Comune eserciti il potere repressivo a distanza di tempo dalla commissione dell'abuso, la disciplina sanzionatoria applicabile è quella vigente al momento dell'esercizio del potere sanzionatorio.

Ciò in quanto l'abuso edilizio e paesaggistico, rivestendo i caratteri dell'illecito permanente, si pone in perdurante contrasto con le norme tese al governo del territorio e alla tutela del paesaggio, sino al momento in cui non venga ripristinata la situazione preesistente.

Da ciò discende che, ai fini della repressione dell'illecito *de quo*, è comunque applicabile il regime sanzionatorio vigente al momento in cui l'Amministrazione dispone l'applicazione della sanzione, in quanto, attesa la natura permanente dell'illecito stesso, colui che ha realizzato l'abuso svolgendo un'attività già illecita al momento della sua esecuzione mantiene inalterato nel tempo l'obbligo di eliminare l'opera illecita, onde il potere di repressione può essere esercitato anche per fatti verificatisi prima dell'entrata in vigore della norma che disciplina tale potere.

Nel caso di specie, trova applicazione tale principio giuridico, in quanto i lavori, per come ammesso a pag. 4 del ricorso di primo grado, risalgono indicativamente intorno al 2000 e, comunque, sono successivi all'avvio dell'attività ricettiva ed agrituristica, risalente agli anni '90, per come dichiarato sempre a pag. 4 del ricorso di primo grado, con la conseguenza che all'epoca di realizzazione delle opere *de quibus* sussisteva già il vincolo paesaggistico (imposto con DCR n. 8 del 1985) e la conseguente necessità di ottenere la previa autorizzazione a protezione del vincolo di tutela, prevista dall'art. 7 L. n. 1497 del 1939; sicché lo svolgimento dell'attività edilizia in assenza della previa autorizzazione già integrava un illecito che, per la sua natura permanente, ha continuato senza soluzione di continuità a esprimere il proprio disvalore anche a seguito dell'entrata in vigore dello *jus superveniens*.

In definitiva, il regime sanzionatorio applicabile agli abusi *de quibus* è, in conformità al principio del *tempus regit actum*, quello vigente al momento della

sanzione, e non già quello in vigore all'epoca di consumazione dell'abuso (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 24 novembre 2016, n. 4943).

5.3.3 Alla stregua di tali considerazioni, il motivo di appello è infondato nella parte in cui tende ad impedire l'applicabilità al caso di specie dell'art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42/2004, come modificato dall'art. 27, comma 1, D. Lgs. n. 157/2006, costituente la disciplina vigente non soltanto al momento in cui l'Amministrazione ha assunto il provvedimento di diniego impugnato in prime cure (il che influisce sull'individuazione della disciplina operante ai fini paesaggistici), ma anche al momento di avvio del procedimento di compatibilità paesaggistica (il che rileva per escludere una posizione di legittimo affidamento all'uopo tutelabile in giudizio).

Non si è, dunque, in presenza di una sopravvenuta modifica normativa in pendenza del procedimento, tale da produrre un effetto inaspettato in danno dell'istante, avendo la ricorrente agito in sede amministrativa quando risultava già modificata la pregressa disciplina sanzionatoria.

Peraltro, sotto tale profilo, occorre pure precisare che in materia di repressione degli abusi edilizi, la giurisprudenza di questo Consiglio è ferma nell'escludere un affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo trascorso dalla realizzazione dell'abuso non legittima affatto (*ex multis*, Consiglio di Stato Sez. VI, 19 marzo 2021, n. 2380).

5.4 Individuata la disciplina applicabile nella specie, si rileva che l'art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42 del 2004, nella formulazione risultante dalle modifiche apportate dall'art. 27, comma 1, D. Lgs. n. 157/2006, contiene la regola della non sanabilità *ex post* degli abusi, sia sostanziali che formali. Il trasgressore, infatti, è «*sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese*», «*fatto salvo quanto previsto al comma 4*».

L'intenzione legislativa è chiara nel senso di precludere qualsiasi forma di legittimazione del “fatto compiuto”, in quanto l'esame di compatibilità paesaggistica deve sempre precedere la realizzazione dell'intervento. Il rigore

del precetto è ridimensionato soltanto da poche eccezioni tassative, tutte relative ad interventi privi di impatto sull'assetto del bene vincolato.

Segnatamente, sono suscettibili di accertamento postumo di compatibilità paesaggistica: gli interventi realizzati in assenza o difformità dell'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; l'impiego di materiali diversi da quelli prescritti dall'autorizzazione paesaggistica; i lavori configurabili come interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi della disciplina edilizia (art. 167, comma 4, cit.).

Sulla base di tali coordinate normative, occorre verificare se nella specie le opere per cui è causa fossero idonee a creare nuovi volumi o superfici utili e, in caso affermativo, se ai fini del rigetto dell'istanza di compatibilità paesaggistica fosse necessario il previo parere della Soprintendenza.

5.5 Sotto il primo profilo, secondo il consolidato indirizzo espresso dalla Sezione (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. VI, 22 ottobre 2021, n. 7117; Id., sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4468), il divieto di incremento dei volumi esistenti, imposto ai fini di tutela del paesaggio, si riferisce a qualsiasi nuova edificazione comportante creazione di volume, senza che sia possibile distinguere tra volume tecnico ed altro tipo di volume, sia esso interrato o meno.

5.5.1 Sul piano del metodo, va preliminarmente rimarcato che ciascun costruito normativo deve essere osservato con la "lente" del suo specifico contesto disciplinare. Le qualificazioni giuridiche rilevanti sotto il profilo urbanistico ed edilizio non sono automaticamente trasferibili quando si tratti di qualificare le opere sotto il profilo paesaggistico. La regola che in materia urbanistica porta ad escludere i "volumi tecnici" dal calcolo della volumetria edificabile, trova fondamento nel bilanciamento rinvenuto tra i vari e confliggenti interessi connessi all'uso del territorio. Non può pertanto essere invocata al fine di ampliare le eccezioni al divieto di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, il quale tutela un differente

interesse alla percezione visiva dei volumi, del tutto a prescindere dalla loro destinazione d'uso.

La conclusione, del resto, è avvalorata dalla stessa lettera della norma in discorso che, nel consentire l'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica, si riferisce esclusivamente ai *"lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati"*.

Non è consentito all'interprete ampliare la portata di tale norma, che costituisce eccezione al principio generale delle necessità del previo assenso, per ammettere fattispecie letteralmente, e senza distinzione alcune, escluse.

Né potrebbe dubitarsi della legittimità costituzionale dell'art. 167 D. Lgs. n. 42 del 2004 nella parte in cui prevede che siano sottoposti a valutazione di compatibilità ambientale e, quindi, possano essere mantenuti sul territorio nel caso di esito positivo di tale valutazione, solo quegli interventi elencati nelle lettere da a) a c) del comma 4 del citato art. 167 D.Lgs. n. 42 del 2004, tenuto conto che, come precisato anche in tale caso dalla Sezione (15 giugno 2020, n. 3805), la Costituzione *"rimette al legislatore di determinare i modi di acquisto, di godimento e i limiti della proprietà "allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti" (art. 42 Cost.), consentendo quindi che le facoltà dominicali dei beni di interesse paesaggistico possano essere conformate a tutela dei valori oggetto di protezione. Analoghe considerazioni possono farsi in merito all'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea, ai sensi del quale "l'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale"*".

5.5.2 Avuto riguardo al caso di specie, per come emergente dall'ordine n. 2 del 2017, il manufatto n. 10 integra un locale ripostiglio e tecnico, destinato a magazzino ripostiglio e locale tecnico a servizio dell'attività agrituristica realizzato con struttura in legno prefabbricata delle dimensioni di mq 13,90, altezza 2,40 ml e volume 33,36.

Tale locale è idoneo a generare una nuova superficie destinata a deposito e a produrre nuovo volume, da ravvisare ogniquale volta venga costruito, come

nella specie, almeno un piano di base e due superfici verticali contigue (cfr. Consiglio di Stato, sez. II, 4 maggio 2020, n. 2842).

Tale manufatto, dunque, risultava soggetto alla sanzione ripristinatoria, non rientrando tra le fattispecie per cui l'art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42 del 2004 prevede la possibilità dell'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica.

5.5.3 Peraltro, ferma rimanendo l'irrilevanza ai fini paesaggistici della distinzione dei manufatti in ragione della loro riconducibilità, sul piano edilizio, ad un volume tecnico o interrato, nella specie non si faceva comunque questione di opere meramente pertinenziali in ragione delle dimensioni e dell'autonomia funzionale caratterizzante il locale deposito.

Difatti, come precisato dalla giurisprudenza di questo Consiglio (*ex multis*, sez. VI, 25 marzo 2020, n. 2084), la nozione di pertinenza urbanistica è più ristretta rispetto a quella civilistica, definita dall'articolo 817 del codice civile.

La qualifica di pertinenza urbanistica è, in particolare, applicabile solo ad opere di modesta entità ed accessorie rispetto ad un'opera principale, ma non anche ad opere che, da un punto di vista delle dimensioni e della funzione, si connotino per una propria autonomia rispetto all'opera cd. principale e non siano coessenziali alla stessa, tali, cioè, che non ne risulti possibile una diversa destinazione economica.

A differenza della nozione di pertinenza di derivazione civilistica, ai fini edilizi, il manufatto può essere considerato una pertinenza quando, da un lato, sia preordinato ad un'oggettiva esigenza dell'edificio principale, essendo funzionalmente inserito al suo servizio, dall'altro, sia sfornito di un autonomo valore di mercato e non comporti carico urbanistico, esauendo la sua finalità nel rapporto funzionale con l'edificio principale.

Un manufatto destinato a deposito non può ritenersi coessenziale al bene principale, ben potendo essere successivamente utilizzato anche in modo autonomo e separato; con la conseguenza che nella specie non emergeva

neppure una mera pertinenza urbanistica, bensì una nuova costruzione per cui era preclusa la possibilità di accertamento di compatibilità paesaggistica.

5.6 Facendosi questione di un manufatto implicante nuovi volumi e superfici utili, esulante dall'ambito di applicazione dell'art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42/04, non potrebbe ritenersi che la mancata acquisizione del parere della Soprintendenza fosse di ostacolo al rigetto dell'istanza presentata dall'odierno appellante.

Nonostante non si registri in materia un univoco indirizzo esegetico (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 10 dicembre 2018 che, pure ammettendo in talune ipotesi la possibilità di evitare il coinvolgimento della Soprintendenza ai fini della sanatoria paesaggistica, richiama soltanto ai casi in cui il diniego sia giustificato unicamente da motivi giuridici, che non richiedano cioè alcun apprezzamento di fatto sulla tipologia delle opere edilizie realizzate, se implicanti o meno aumenti di volume e superficie coperta, e sulla natura del vincolo insistente sull'area), il Collegio ritiene che l'art. 167, comma 4, cit. ammetta l'accertamento della compatibilità paesaggistica in fattispecie eccezionali, al ricorrere delle quali occorre valutare in concreto la compatibilità dell'intervento con le ragioni di protezione sottese al vincolo di tutela.

Qualora, invece, l'intervento oggetto dell'istanza di parte non sia riconducibile a quelli per cui è previsto l'accertamento di compatibilità paesaggistica, facendosi questione di opere diverse da quelle contemplate dall'art. 167, comma 4, cit., non potrebbe trovare applicazione la relativa disciplina speciale, vantando l'istante una pretesa incompatibile con il quadro regolatorio di riferimento.

L'art. 167, comma 4, cit., infatti, subordina l'accertamento della compatibilità paesaggistica, da condurre *“secondo le procedure di cui al comma 5”*, al ricorrere di uno dei casi previsti dalle lettere a), b), e c).

Per l'effetto, qualora nessuno di tali casi sia integrato, non vi è luogo a provvedere ai sensi del comma 5 e, dunque, non occorre acquisire il parere

vincolante della soprintendenza ivi regolato, ben potendo l'Amministrazione richiesta pervenire, anche alla stregua del principio di economicità dell'azione amministrativa e di non aggravamento del procedimento, all'immediato rigetto dell'istanza di parte, vantando il richiedente una pretesa non tutelata dall'ordinamento.

In siffatte ipotesi, non si fa questione della concreta valutazione della compatibilità paesaggistica di opere comunque riconducibili al disposto dell'art. 167, comma 4, cit. - valutazione riservata alla Soprintendenza, per l'effetto da investire della relativa questione (ai fini dell'espressione del prescritto parere) a pena di illegittimità del provvedimento finale -; bensì si discorre di un'istanza di parte riferita ad opere per le quali è direttamente il legislatore a prevedere in via astratta e generare la non assoggettabilità alle *“procedure di cui al comma 5”* dell'art. 167 D. Lgs. n. 47/04, in quanto diverse da quelle contemplate dal comma 4, per le quali tali procedure devono essere rispettate; con la conseguenza che in tali ipotesi le procedure di cui al comma 5, implicanti l'acquisizione del parere di competenza della Soprintendenza, non sarebbero applicabili e la loro inosservanza non darebbe luogo ad una violazione di legge.

In altri termini, il presupposto per investire la Soprintendenza è da rinvenire nella presentazione di un'istanza per gli *“interventi di cui al comma 4”*, come previsto dall'art. 167, comma 5, tenuto conto che soltanto in tali ipotesi è ammissibile l'accertamento di compatibilità paesaggistica e, dunque, la Soprintendenza è abilitata a valutare, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, in sede di espressione del parere di competenza, l'idoneità delle opere a pregiudicare le ragioni di tutela sottese all'imposizione del vincolo; ove, invece, gli interventi fossero diversi da quelli di cui al comma 4, non potrebbero trovare applicazioni le disposizioni di cui al comma 5 dello stesso art. 167 e, dunque, non occorrerebbe acquisire il parere della Soprintendenza previsto nell'ambito delle relative procedure (invero inapplicabili).

5.7 Alla luce delle considerazioni volte, il motivo di appello risulta infondato, tenuto conto che, non risultando integrato alcuno dei casi previsti dal comma 4 dell'art. 167 cit. – stante l'emersione di una nuova costruzione, con creazione di nuovi superfici e volumi – non risultava realizzato il presupposto di applicabilità della procedura di compatibilità paesaggistica delineata dall'art. 167, comma 5, cit. e, dunque, il Comune ben poteva negare l'istanza presentata dal privato, in quanto riferita ad una pretesa di sanatoria non riconosciuta dalla normativa *ratione temporis* applicabile alla specie.

5.8 L'insussistenza dei presupposti per l'accertamento di compatibilità paesaggistica, correttamente rilevata dal primo giudice, esime il Collegio dall'esaminare le censure riferite all'incompatibilità delle opere *de quibus* rispetto alla normativa edilizia ed urbanistica vigente al momento della loro realizzazione e al momento della presentazione dell'istanza di accertamento di conformità ex art. 36 DPR n. 380/01.

L'autorizzazione paesaggistica (rilasciata anche in sanatoria) costituisce, infatti, atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio (Consiglio di Stato Sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1935); ragion per cui, una volta acclarata la legittimità del rigetto dell'istanza ex art. 167 D. Lgs. n. 42/04, non potendo ottenersi l'accertamento di compatibilità paesaggistica, è preclusa anche la possibilità di ottenere la sanatoria sul piano edilizio delle opere abusive così realizzate.

In definitiva, facendosi questione di opere integranti nuovi volumi e nuove superfici in zona paesaggisticamente vincolata, nella specie risultavano preclusi tanto l'accertamento di compatibilità paesaggistica quanto – di conseguenza – l'accertamento di conformità.

Per tali ragioni, il Tar, nell'assorbire le censure riferite alle violazioni urbanistiche ed edilizie, non è incorso in alcuna violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, tenuto conto che l'ipotetica conformità del manufatto alla disciplina urbanistica ed edilizia di riferimento non avrebbe comunque potuto arrecare alcuna utilità in capo al ricorrente: il

rilascio del titolo edilizio in sanatoria sarebbe stato infatti, in ogni caso, precluso dall'impossibilità dell'accertamento di compatibilità paesaggistica, stante l'emersione di opere diverse da quelle contemplate nell'art. 167, comma 4, D. Lgs. n. 42/04.

In tali ipotesi, l'assorbimento dei motivi di impugnazione non si traduce nella violazione dell'art. 112 c.p.c., bensì è funzionale a realizzare le esigenze di economica processuale.

5.9 Del resto, come precisato dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (n. 5 del 2015), *“nel caso in cui il provvedimento impugnato si fondi su una pluralità di ragioni autonome, il giudice, qualora ritenga infondate le censure indirizzate verso uno dei motivi assunti a base dell'atto controverso, idoneo, di per sé, a sostenerne ed a comprovarne la legittimità, ha la potestà di respingere il ricorso sulla sola base di tale rilievo, con assorbimento delle censure dedotte avverso altri capi del provvedimento, in quanto la conservazione dell'atto implica la perdita di interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze”*.

A fronte di un atto plurimotivato, infatti, è sufficiente riscontrare la legittimità di una delle autonome ragioni giustificatrici della decisione amministrativa, per condurre al rigetto dell'intero ricorso, tenuto conto che, anche in caso di fondatezza degli ulteriori motivi di doglianza riferiti alle distinte *rationes decidendi* poste a fondamento del provvedimento amministrativo, questo non potrebbe comunque essere annullato in quanto sorretto da un'autonoma ragione giustificatrice confermata in sede giurisdizionale.

Nel caso di specie, l'Amministrazione comunale ha addotto a fondamento dell'ordinanza n. 2 del 2017, in relazione al manufatto n. 10, sia la violazione della disciplina edilizia ed urbanistica, sia l'insussistenza dei presupposti per l'accertamento di compatibilità paesaggistica (evidenziando che trattasi di *“un edificio che comporta realizzazione di superficie utile lorda e conseguente volume, non conforme alle norme del PRG e di una struttura che non rispetta le caratteristiche di temporaneità stagionalità o precarietà. E' suscettibile anche di autonoma utilizzazione, realizza un incremento di superficie utile e di volume in contrasto con l'art. 181 comma 1*

ter lett. a) del D. Lgvo n. 42/2004”), pervenendo sulla base di tali autonome *rationes decidendi*, tanto al rigetto delle istanze ex artt. 36 DPR n. 380/01 e 146 D. Lgs. n. 42/04, quanto all’intimazione della demolizione delle opere abusive. Una volta riscontrata la legittimità della qualificazione delle opere *de quibus* come intervento comportante la realizzazione di nuovi volumi e superfici utili, come tale non assoggettabile ad accertamento postumo di compatibilità paesaggistica, e, per l’effetto, una volta ritenuta legittima un’autonoma *ratio decidendi* del provvedimento impugnato in prime cure, era ben possibile per il Tar – così come è possibile per questo Consiglio – prescindere dalla disamina delle censure riferite alle ulteriori *rationes decidendi*, relative alla violazione della disciplina urbanistica ed edilizia, la cui ipotetica fondatezza non avrebbe potuto e non potrebbe comunque arrecare alcuna utilità concreta in capo al ricorrente, essendo inidonea a determinare l’annullamento del provvedimento impugnato in prime cure, comunque da confermare nel suo contenuto dispositivo perché sorretto da un’autonoma ragione giustificatrice immune dai vizi censurati in giudizio.

6. Con il terzo motivo di appello è impugnato il capo decisorio con cui il Tar ha rigettato le doglianze riferite ai manufatti nn. 1 e 2, dirette ad ottenere l’annullamento del diniego del 10.2.2017, perché assunto prima del parere della Soprintendenza.

6.1 Secondo la prospettazione attorea, in caso di mancata espressione del parere della Soprintendenza nei termini, il Comune non avrebbe potuto legittimamente pronunciare sull’istanza di sanatoria del 27.5.2016.

Pertanto, sarebbe erronea anche la dichiarazione di improcedibilità dei secondi motivi aggiunti proposti avverso il parere della Soprintendenza, da ritenere illegittimo in quanto:

- la Soprintendenza avrebbe perso il potere di pronunciare sull’istanza, per decorrenza del termine di legge e per l’esaurimento del procedimento di sanatoria;

- in ogni caso, le tettoie negativamente valutate dall'Amministrazione statale (nn. 1,2 e 4) risultavano aperte in più di tre lati e realizzati con il colore delle terre e con struttura in legno e pietra, essendo schermate dalla vegetazione e non percepibili da alcun luogo di visuale o punto panoramico in ragione dell'ampia depressione naturale insistente in sito;
- il parere della Soprintendenza risultava immotivato e caratterizzato da espressioni di stile, oltre che contraddittorio rispetto agli accertamenti svolti dall'Amministrazione e richiamati nelle premesse dell'atto; analoghi vizi motivazionali e istruttori avrebbero dovuto riscontrarsi in relazione al riferimento, operato dalla Soprintendenza, alle caratteristiche delle logge delle abitazioni tipiche rurali proprie dei luoghi; peraltro, avrebbe dovuto configurarsi anche una sostanziale contraddizione e violazione della L.R. 13/90 e delle NTA al PRG del Comune di -OMISSIS-; il riferimento alle logge rurali non sarebbe stato conferente, attenendo le logge ad un edificio e non ad una pertinenza; il parere, infine, non avrebbe operato alcuna comparazione con il contesto circostante e con le attuali caratteristiche del sito (stante l'apertura dal 2013 di una cava in adiacenza all'area in esame);
- sussisterebbe, inoltre, una contraddittorietà tra il parere censurato in prime cure e un precedente giudizio di compatibilità paesaggistica, favorevole, ma per opere di maggiore consistenza e dimensione;
- risalendo gli interventi *de quibus* ad oltre 15/20 anni prima, sarebbe maturato un affidamento in capo al ricorrente, non valutato dalla Soprintendenza.

6.2 Il motivo di appello è infondato.

6.3 In ordine alle conseguenze discendenti dal decorso del termine perentorio di novanta giorni prescritto dall'art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04, sono prospettabili tre possibili soluzioni:

- a) quella della consumazione del potere per l'organo statale di rendere un qualunque parere (di carattere vincolante o meno);
- b) quella della permanenza in capo alla Soprintendenza del potere attribuito dall'art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04 di emanare un parere di carattere

vincolante, nonostante la decorrenza del relativo termine perentorio;

c) quella della residua possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento; il parere in parola perderebbe, tuttavia, il carattere di vincolatività e dovrebbe essere autonomamente valutato dall'amministrazione deputata all'adozione dell'atto autorizzatorio finale.

Trattasi di una problematica analoga a quella posta dal disposto di cui all'art. 146 D. Lgs. n. 42/04, in relazione al termine di quarantacinque giorni entro il quale la Soprintendenza è tenuta ad esprimere il parere di competenza ai fini del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Sotto tale ultimo profilo, questo Consiglio ha rilevato che la terza opzione sopra indicata, della perdita del carattere di vincolatività e obbligatorietà del parere, *“è fatta propria dalla Sezione, aderendo al più recente orientamento in tema (Cons. Stato, VI, 27 aprile 2015, n.2136).*

Infatti, da un lato, va riconosciuto il carattere perentorio del termine di quarantacinque giorni di cui al comma 5 dell'articolo 146 (così Cons. Stato, VI., sent. 15 marzo 2013, n. 1561). In questa ultima sentenza si è evidenziato come l'evoluzione normativa, la quale ha trasformato l'atto di controllo annullatorio in una forma di cogestione del vincolo, non ha inciso sulla perentorietà del termine entro il quale l'atto di esercizio del relativo potere può e deve essere adottato.

Dall'altro, evidenziato come il parere tardivo “è da considerarsi privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante” (ancora la sentenza 15 marzo 2013, n. 1561), è del pari vero che ciò non impedisce che il parere “possa comunque essere reso in favore dell'amministrazione procedente la quale dovrà quindi valutarlo in modo adeguato”.

Depone in tal senso il primo periodo del comma 9 del richiamato articolo 146 secondo cui “ decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto ”.

“Sussiste quindi un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del più volte richiamato termine per l'espressione del parere vincolante (rectius: conforme) da parte della Soprintendenza, l'Organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo” (Consiglio di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 8538).

6.4 Anche in relazione al parere della Soprintendenza prescritto dall'art. 167, comma 5 cit., sono state sostenute da questo Consiglio tanto la tesi della permanenza in capo alla Soprintendenza del potere di rendere il parere obbligatorio e vincolante, anche una volta decorso il termine di novanta giorni prescritto dal dato positivo - la cui decorrenza non influirebbe, dunque, sulla persistenza e sulla natura del parere all'uopo da esprimere (Consiglio di Stato, sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 895) -, quanto quella della residua possibilità per l'organo statale di rendere un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, che muterebbe, tuttavia, la propria natura, risultando privo di valenza obbligatoria e vincolante (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 novembre 2020, n. 7193).

Il Collegio intende aderire a tale secondo indirizzo, risultando maggiormente coerente:

- da un lato, con la lettera del dato positivo, che discorre di termine *“perentorio”*, con la conseguenza che l'inutile decorrenza di una tale tipologia di termine (perentorio) non potrebbe essere reputata irrilevante ai fini della persistenza in capo alla Soprintendenza del potere conferito dalla norma primaria (nella specie, configurante un potere di esprimere un parere obbligatorio e vincolante); come precisato da questo Consiglio, *“un termine può infatti essere considerato come perentorio o quando sia espressamente qualificato come tale o quando sia prevista la comminatoria di esclusioni o decadenze; lo stesso termine, ove non sia indicato come perentorio, ha funzione solo acceleratoria, cosicché il suo superamento non comporta la decadenza della potestà amministrativa al riguardo o l'illegittimità del provvedimento conclusivo”* (Consiglio di Stato Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1374),

con la conseguenza che la perentorietà del termine, esplicitata dal legislatore o desumibile dalla normativa di riferimento, risiede proprio nella decadenza discendente dalla sua inosservanza, non potendosi ritenere persistente quello specifico potere non esercitato entro il termine all'uopo assegnato *ex lege*;

- dall'altro, con le esigenze di tutela sottese alla disposizione prescrittiva del termine perentorio, da individuare sia nella tempestività dell'azione amministrativa, comunque da proseguire in assenza del parere tempestivo di competenza della Soprintendenza -prevedendo lo stesso comma 5 dell'art. 167 un secondo termine perentorio (di centottanta giorni) per la definizione del procedimento avviato con istanza di parte, a dimostrazione dell'esigenza di tempestiva adozione del provvedimento finale-, con conseguente negazione della natura obbligatoria del parere, da ritenere non più necessario ai fini dell'adozione del provvedimento finale; sia nelle esigenze di tutela paesaggistica, perdurando in materia la competenza istituzionale della Soprintendenza, da ritenere comunque abilitata, in quanto affidataria della cura dell'interesse pubblico (paesaggistico) coinvolto nell'esercizio dell'azione amministrativa, ad intervenire nel procedimento, anziché per esercitare il potere attribuito dall'art. 167, comma 5, cit. - da cui ormai l'autorità statale risulta decaduta per l'inutile decorrenza del termine perentorio -, per fornire il proprio contributo partecipativo, che l'Amministrazione procedente, ove non abbia ancora assunto la determinazione finale, è tenuta comunque a valutare nella definizione del procedimento.

Una tale soluzione risulta, inoltre, idonea ad assicurare una coerenza degli indirizzi interpretativi formati in materia di valutazione della compatibilità paesaggistica, sia preventiva ex art. 146 D. Lgs. n. 42/04, sia postuma ai sensi dell'art. 167 D. lgs. n. 42/04.

Come precisato da questo Consiglio, infatti *“i richiamati principi, relativi alla possibilità per l'amministrazione statale di rendere il parere pur dopo il termine previsto dalla legge ma alla perdita del suo carattere di vincolatività, con conseguente obbligo per l'amministrazione preposta al rilascio del titolo di operarne una autonoma e motivata*

valutazione, valgano anche per l'analoga fattispecie del parere soprintendentizio reso in materia di accertamento postumo della compatibilità paesaggistica. Invero, anche in tale fattispecie (art. 167 del d.lgs. n. 42/2004) la legge prevede una forma di cogestione del vincolo, caratterizzata dal rilascio dell'autorizzazione (postuma) da parte dell'amministrazione procedente, previo parere vincolante della Soprintendenza da rendersi entro un termine perentorio. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, deve, pertanto, essere condivisa la pronuncia del giudice di primo grado, il quale ha ritenuto che "il punto di mediazione fra le esigenze di celerità dell'azione amministrativa, tutelate con la perentorietà del termine, e di valutazione degli specifici interessi da parte degli enti o organi specifici è costituito, quindi, dalla permanenza del potere del Soprintendente di fornire il proprio apporto anche oltre il termine perentorio e dal dovere dell'amministrazione di tenerne conto, senza tuttavia esserne vincolata...." (Consiglio di Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179).

6.5 Alla luce di tali rilievi, deve ritenersi che la scadenza del termine di cui all'art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04:

- privi il parere della Soprintendenza dell'efficacia attribuitagli dalla legge (obbligatoria e vincolante);
- consenta, comunque, all'autorità statale di intervenire nel procedimento per esprimere il proprio parere, non più obbligatorio e vincolante, ma facoltativo e suscettibile di essere disatteso dall'organo procedente.

Per l'effetto, da un lato, la Soprintendenza sarebbe comunque abilitata ad esprimere il proprio parere nei confronti dell'Amministrazione procedente; dall'altro, facendosi questione di parere non più obbligatorio, l'Amministrazione procedente sarebbe comunque abilitata a definire il procedimento senza attendere il parere tardivo: l'art. 16, comma 3, L. n. 241/90, che impone di attendere il parere delle amministrazioni preposte (tra l'altro) alla tutela paesaggistica, fa infatti riferimento ai pareri che *"debbono essere rilasciati"* da tali amministrazioni e, dunque, ai soli pareri obbligatori, nella specie da individuare nel (solo) parere tempestivo, espresso entro il termine perentorio di novanta giorni.

Di conseguenza, sebbene il Comune sia tenuto a valutare in modo adeguato anche il parere tardivamente reso dalla Soprintendenza (al pari di ogni altro elemento istruttorio rilevante ai fini del decidere, ai sensi di quanto previsto dall'art. 10, comma 1, lett. b), L. n. 241/90), ciò può essere predicato a condizione che il parere sia reso prima dell'adozione del provvedimento finale, non potendo –con evidenza- valutarsi elementi valutativi acquisiti successivamente alla definizione del procedimento.

In definitiva, non essendo l'Amministrazione procedente tenuta ad attendere il parere tardivo ex art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04, ormai privo dei caratteri dell'obbligatorietà previsti dalla norma, l'adozione del provvedimento finale, in assenza del parere della Soprintendenza, una volta decorso il termine perentorio all'uopo assegnato dal legislatore, non potrebbe essere ritenuto illegittimo per contrasto con l'art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04.

6.6 L'applicazione di tali coordinate ermeneutiche al caso di specie conduce al rigetto del motivo di appello.

Dall'ordinanza n. 2 del 2017 risulta che l'istanza di accertamento di conformità era stata ritualmente trasmessa alla soprintendenza per i Beni Architettonici Paesaggistici delle Marche, la quale non aveva espresso alcun parere nel termine di legge.

La circostanza è confermata dalla documentazione in atti che dimostra come:
- il Comune di -OMISSIS-, con nota n. 4534 del 3.8.2016 (doc. 9 produzione ricorrente di primo grado), abbia comunicato alla Soprintendenza l'avvenuta presentazione in data 27.5.2016 dell'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica da parte del Sig. -OMISSIS- per l'esecuzione dei lavori di realizzazione di strutture pertinenziali (tettoie e locali interrati) a servizio dell'attività agrituristica sita in loc. -OMISSIS-; con tale nota è stato chiesto alla Soprintendenza il parere di competenza ai sensi dell'art. 181, comma 1 quater, D. Lgs. n. 42/2004;

- la richiesta comunale sia stata ricevuta dalla Soprintendenza in data 10.8.2016 (doc. 9 produzione dell'Amministrazione comunale in primo grado, recante il parere della Soprintendenza n. 8706/17, in cui si indica la data di ricezione della richiesta comunale);
- l'Amministrazione comunale abbia assunto il provvedimento definitivo (anche) del procedimento di compatibilità paesaggistica in data 22.2.2017 (ordinanza n. 2/17) e, dunque, una volta decorso il termine perentorio di novanta giorni previsto dall'art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04 per l'espressione del parere obbligatorio e vincolante di competenza della Soprintendenza;
- la Soprintendenza abbia reso il parere richiesto con nota n. 8706 del 22.5.2017 (doc. 9 produzione dell'Amministrazione comunale in primo grado).

Emerge, dunque, che, alla data di adozione dell'ordinanza n. 2 del 2017, da un lato, risultava decorso il termine perentorio di novanta giorni di cui all'art. 167, comma 5, D. lgs. n. 42/04, dall'altro, la Soprintendenza non aveva comunque ancora espresso alcun parere in ordine alla compatibilità paesaggistica delle opere in contestazione.

Di conseguenza, essendo scaduto il termine di novanta giorni in esame, il parere della Soprintendenza non risultava più obbligatorio alla stregua delle considerazioni sopra svolte e, per l'effetto, l'Amministrazione comunale poteva provvedere in ordine all'istanza di parte anche prescindendo dal parere dell'autorità paesaggistica statale, senza per ciò solo incorrere nella violazione dell'art. 167, comma 5 cit.

Peraltro, il parere espresso dalla Soprintendenza una volta definito il procedimento amministrativo non poteva produrre alcun effetto lesivo nei confronti della parte ricorrente - nella parte in cui aveva negato la compatibilità paesaggistica dei manufatti nn. 1 e 2 oggetto del presente motivo di appello -, facendosi questione di un atto inefficace, inidoneo a

condizionare la decisione comunale, già assunta con l'adozione del provvedimento conclusivo.

Risultando il parere tipicamente preordinato a rappresentare il punto di vista dell'organo consultivo in ordine alle questioni ancora da decidere, una volta intervenuta la relativa decisione, il parere tardivamente reso non potrebbe più svolgere la propria funzione tipica, non risultando pertanto idoneo a produrre alcun effetto lesivo in capo alla parte istante, già destinataria della determinazione adottata dall'Amministrazione procedente.

Il pregiudizio lamentato dal Sig. -OMISSIS- non poteva, in definitiva, discendere dal parere della Soprintendenza, bensì dal precedente provvedimento comunale con cui era stata già rigettata l'istanza di compatibilità paesaggistica e, per l'effetto, era stata già ordinata la demolizione delle opere abusive in concreto realizzate.

6.7 Ne discende la correttezza, anche sotto tali profili, della sentenza gravata, avendo correttamente il Tar escluso, da un lato, che l'adozione del provvedimento comunale in assenza del parere (tardivo) della Soprintendenza desse luogo ad una violazione di legge, dall'altro, che il parere della Soprintendenza, reso non solo dopo il decorso del termine perentorio di novanta giorni di cui all'art. 167, comma 5, cit., ma anche dopo l'adozione del provvedimento definitivo del procedimento, potesse manifestare una portata lesiva per il Sig. -OMISSIS-, con conseguente corretta declaratoria della carenza di interesse ad ottenere l'annullamento di un atto (parere della Soprintendenza) non lesivo per la parte ricorrente (con conseguente insussistenza delle condizioni per l'esame, nel merito, delle censure attoree, rivolte contro il parere dell'autorità statale).

7. Con il quarto motivo di appello è censurata l'erroneità del capo decisorio con cui il Tar ha rigettato i motivi di ricorso proposti avverso il diniego di compatibilità paesaggistica di cui al provvedimento n. 719/17 e all'ordinanza n. 2/2017, alla stregua del parere della Commissione del Paesaggio del 13.7.2016.

7.1 Secondo la prospettazione dell'appellante:

- il Tar avrebbe omesso di esaminare le censure svolte nel paragrafo A.a del terzo motivo di ricorso originario, incentrato sul difetto assoluto di motivazione del parere di non compatibilità paesaggistica emesso dal Comune;
- il riferimento alle logge non sarebbe pertinente, facendosi questione di tettoie; nonché il TAR avrebbe statuito su profili afferenti alla forma e all'aspetto tipico del manufatto non valorizzati in sede amministrativa;
- sarebbero, invece, pertinenti i riferimenti operati dal ricorrente alla non visibilità dei manufatti; profilo valorizzabile ai sensi dell'art. 26, punto 3, NTA anche ai fini paesaggistici, rilevante pure per evidenziare il difetto di istruttoria inficiante l'illegittimità delle determinazioni censurate.

7.2 Il motivo di appello è infondato.

7.3 Preliminarmente, giova richiamare i principi giurisprudenziali espressi da questo Consiglio in materia di autorizzazione paesaggistica, con particolare riguardo all'intensità dell'onere motivazionale gravante sull'Amministrazione e ai limiti del sindacato al riguardo esercitabile in sede giurisdizionale.

In particolare, *in subiecta materia* si è precisato che:

- gli atti adottati dall'autorità preposta alla tutela delle bellezze naturali costituiscono espressione di discrezionalità tecnica, in quanto tali sindacabili in sede di giurisdizione di legittimità, unicamente per manifesta illogicità o travisamento dei fatti o per inadeguatezza dell'istruttoria o della motivazione (Consiglio di Stato, sez. IV, 2 agosto 2021, n. 5674);
- la motivazione deve ritenersi sufficiente quando evidenzia l'impatto dell'opera sulla bellezza naturale e l'esigenza di tutelarla (Consiglio di Stato, sez. VI, 11 giugno 2021, n. 4539);
- l'obiettivo dell'Amministrazione, nell'esercizio della funzione di tutela del paesaggio, è quello di difendere, mercé un giudizio di comparazione, il contesto vincolato nel quale si collochi l'opera, tenendo sì presenti le effettive e reali condizioni dell'area d'intervento, ma pure se l'eventuale sovraccarico di

plurimi interventi in situ non abbia raggiunto un livello di saturazione incompatibile col vincolo (Consiglio di Stato, Sez. II, 15 settembre 2020, n. 5451).

7.4. Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, è possibile soffermarsi sul caso di specie.

La Commissione del Paesaggio ha espresso parere favorevole in relazione alle tettoie realizzate dall'odierno ricorrente, in quanto “*non sono compatibili paesaggisticamente e non hanno le caratteristiche delle logge delle abitazioni tipiche rurali proprie dei luoghi*” (doc. 3 ricorso di primo grado).

L'Amministrazione comunale, con l'ordinanza n. 2 del 2017, tra l'altro, ha provveduto alla puntuale descrizione delle opere *de quibus*, nonché ha richiamato il parere della Commissione del Paesaggio.

I manufatti di cui ai numeri 1 e 2 consistono in due tettoie.

Il primo manufatto configura una tettoia ad uso pertinenziale del fabbricato principale a servizio dell'attività agrituristica del proprietario, realizzata in aderenza al fabbricato esistente con struttura costituita da pilastri e travi in ferro, recante colonne rivestite esternamente con muratura di mattoni e copertura controsoffittata internamente con tavolato in legno; il manufatto risulta avere, tra l'altro, dimensioni di mq 114,21 e altezza media di 3.65 (3.80-3.50).

Il secondo manufatto configura, parimenti, una tettoia ad uso pertinenziale del fabbricato principale a servizio dell'attività agrituristica, realizzata in adiacenza alla tettoia n. 1 con struttura in legno, delle dimensioni di mq 36,54 e altezza media ml 2,86 (3.10-2.62).

La motivazione alla base della ravvisata incompatibilità paesaggistica delle opere *de quibus* non può ritenersi inadeguata, né l'operato amministrativo potrebbe essere censurato per difetto di istruttoria.

7.5 In via preliminare, si premette che, in ragione dell'effetto devolutivo proprio dell'appello, l'omessa pronuncia ovvero la contraddittorietà o l'erroneità della motivazione giudiziale non determinano l'annullamento con

rinvio della sentenza gravata (non ricorrendo alcuna delle fattispecie di rimessione al primo giudice ex art. 105 c.p.a.), né comportano la riforma della pronuncia di prime cure, ammissibile soltanto ove si giunga ad un diverso esito della controversia.

Pure di fronte ad una omessa pronuncia ovvero ad una motivazione contraddittoria o erronea, occorre che il giudice *a quem* verifichi se il contenuto dispositivo della decisione assunta dal Tar – nella specie di rigetto del ricorso – sia comunque corretto.

7.6 Nel caso di specie, si osserva che l'Amministrazione comunale ha puntualmente indicato le ragioni ostative alla compatibilità paesaggistica delle opere *de quibus*, sia evidenziando la presenza di manufatti comunque idonei ad esprimere una superficie utile e a generare nuovi volumi – con conseguente emersione di opere di per sé sottratte al procedimento di compatibilità paesaggistica – sia, comunque, descrivendo tali manufatti e facendo proprie le valutazioni negative della Commissione del Paesaggio, che aveva ravvisato, oltre che la non compatibilità paesaggistica delle tettoie (in ragione, dunque, dell'impossibilità di una loro riconduzione ai casi per cui la compatibilità paesaggistica è ammessa ai sensi dell'art. 167, comma 4, cit.), l'assenza delle caratteristiche delle logge delle abitazioni tipiche rurali proprie dei luoghi (il parere della Commissione del Paesaggio è infatti richiamato nell'ordinanza n. 2/17 e, dunque, concorre a delinearne l'apparato motivazionale).

Si è, dunque, in presenza di un atto plurimotivato, incentrato sia sull'incompatibilità paesaggistica dei manufatti in contestazione, che sull'assenza delle caratteristiche delle logge delle abitazioni rurali proprie dei luoghi: ne deriva che, alla stregua di quanto sopra precisato in materia di assorbimento dei motivi, la legittimità anche soltanto di una delle due autonome *rationes decidendi* è idonea a sorreggere la decisione comunale per cui è causa.

Al pari di quanto avvenuto in prime cure, è possibile soffermarsi nella specie anche soltanto un una di tali *rationes* e, in specie, su quella riguardante

l'assenza delle caratteristiche delle logge delle abitazioni rurali proprie dei luoghi, da sola idonea a giustificare la negata compatibilità paesaggistica delle opere *de quibus*.

Con tale espressione l'Amministrazione non ha certamente inteso qualificare i manufatti in contestazione come logge, emergendo chiaramente una loro descrizione e qualificazione in termini di tettoie nell'ambito del provvedimento definitivo - l'unico a manifestare la volontà dispositiva dell'Amministrazione procedente, fonte della regolazione sostanziale del rapporto con la parte istante -, ma ha evidenziato come le tettoie non si inserissero armoniosamente nel contesto paesaggistico circostante, connotato dalla presenza di logge delle abitazioni tipiche rurali, rispetto alle quali i manufatti in contestazione si differenziavano, non presentandone gli elementi caratteristici.

Tale motivazione è sufficiente, in quanto consente di evidenziare l'impatto dell'opera sulla bellezza naturale e l'esigenza di tutelarla, ponendo in tale modo il destinatario in condizione di percepire le ragioni di incompatibilità tra l'intervento progettato e le esigenze di tutela sottoposte al vincolo paesaggistico.

L'Amministrazione, infatti, ha tenuto adeguatamente conto dell'attuale stato dell'edificazione, caratterizzato da logge delle abitazioni tipiche rurali e delle incidenze negative derivanti dalle opere in concreto realizzate, provvedendo con il provvedimento definitivo (e con la *relatio* al parere della Commissione per il paesaggio) alla descrizione:

- delle opere abusive, mediante l'indicazione delle relative dimensioni, dei materiali impiegati e delle caratteristiche costruttive;
- del contesto paesaggistico in cui tali opere si collocavano, attraverso il riferimento alle caratteristiche logge delle abitazioni tipiche rurali;
- del rapporto tra manufatti e contesto, evidenziando come le tettoie, non presentando le caratteristiche tipiche degli immobili inseriti nel contesto tutelato, a prescindere dai materiali impiegati (profilo non influente, essendo

rivolti i rilievi amministrativi agli elementi tipologici abitativi), non si inserissero in maniera armonica nel paesaggio.

Ne deriva l'infondatezza del motivo di appello, essendosi in presenza di una valutazione discrezionale congruamente motivata, incentrata su una corretta ricostruzione dei fatti rilevanti ai fini del provvedere.

Non potrebbe argomentarsi diversamente sostenendo che le tettoie non erano visibili da alcun punto di vista, né dalle vie di accesso, né dai luoghi di accessibilità, né, infine, da alcun punto o percorso panoramico: difatti, da un lato, il vincolo paesaggistico appresta una tutela che non può ritenersi limitata al mero aspetto esteriore o immediatamente visibile dell'area vincolata, dall'altro, non può escludersi che la vegetazione, che in ipotesi coprirebbe le opere *de quibus* e che, dunque, sarebbe di ostacolo alla loro percezione visiva, possa venir meno (Consiglio di Stato, sez. VI, 12 ottobre 2018, n. 5894), aggravando il pregiudizio paesaggistico già discendente da opere insuscettibili di inserirsi in maniera armonica nel paesaggio.

Parimenti, non potrebbe invocarsi al riguardo una disposizione dettata in materia edilizia, quale l'art. 26, punto 3, NTA, implicante una valutazione differente rispetto a quella da svolgere ai sensi dell'art. 167 D. Lgs. n. 42/04.

Ciò che rileva nella specie, in definitiva, è l'inserimento di elementi disarmonici, peraltro di rilevanti dimensioni, rispetto alle caratteristiche del luogo, con l'emersione di manufatti idonei a produrre - anche tenuto conto della stessa percezione che possano avere i frequentatori della struttura recettiva o comunque coloro che si trovino nelle sue vicinanze - un impatto negativo sul contesto paesaggistico circostante tutelato.

Peraltro, giova pure precisare che, diversamente da quanto dedotto dall'appellante, alla stregua di quanto emergente dalle riproduzioni fotografiche sub all. 8 del ricorso in primo grado e sub doc. 2 prodotto dalla controinteressata in primo grado, risulta evidente l'impatto visivo delle tettoie in parola.

La tettoia n. 1, in particolare, in quanto realizzata in aderenza all'immobile principale, è idonea a costituire un collegamento qualificato con il relativo immobile di cui modifica la sagoma; la tettoia n. 2, in quanto adiacente alla tettoia n. 1, ne costituisce un ulteriore ampliamento, non potendo, dunque, negarsi, come infondatamente dedotto in appello, l'esistenza di un impatto visivo pregiudizievole per il bene paesaggistico tutelato.

8. Con il quinto motivo il ricorrente ha riproposto le censure assorbite in prime cure, riferite alla compatibilità urbanistica ed edilizia dei manufatti 1 e 2 per cui è causa.

8.1 In particolare, secondo la prospettazione attorea:

- le tettoie non costituirebbero aumento di volume e di superficie utile, facendosi questione di tettoie aperte per più di tre lati; comunque, si manterrebbero al di sotto del limite del 20% rispetto all'edificio principale fissato per le pertinenze dall'art. 3 lett. e), DPR n. 380/01, non potendo, dunque, essere qualificabili come nuova costruzione, né potendo essere computate ai fini volumetrici;
- la motivazione sottesa al contrasto con la normativa e la disciplina urbanistica vigenti sarebbe generica;
- la L.R. n. 13/90, così come la L.R. n. 21/2011 e la L.R. n. 3/2002, permetterebbero incrementi volumetrici in zona agricola e nuovi interventi collegati all'attività agrituristica; con conseguente erroneità della determinazione comunale incentrata sull'inapplicabilità dell'art. 60 NTA PPAR;
- la sanatoria paesaggistica sarebbe ammissibile ai sensi dell'art. 167, lett. c) e dell'art. 149 D. Lgs. n. 42/04.

8.2 Le censure riferite al procedimento di compatibilità paesaggistica sono infondate per le ragioni sopra svolte, nella disamina dei precedenti motivi di impugnazione, incentrate (oltre che sull'inidoneità del manufatto n. 10 ad integrare un'opera assoggettabile al procedimento di compatibilità paesaggistica ex art. 167, commi 4 e 5, D. Lgs. n. 42/04) sull'adeguatezza della

motivazione e dell'istruttoria alla base della valutazione di incompatibilità paesaggistica dei manufatti nn. 1 e 2, relativamente alla *ratio decidendi* incentrata sulle caratteristiche logge delle abitazioni tipiche rurali.

Le censure riguardanti la violazione della disciplina urbanistica ed edilizia, oltre che l'inidoneità delle opere *de quibus* ad integrare nuovi volumi o nuove superfici utili, pure alla base degli atti censurati in prime cure, al pari di quanto avvenuto in primo grado, possono essere invece assorbite in ragione della presenza di un atto plurimotivato, con la conseguenza che, come osservato, l'accertata legittimità di un'autonoma *ratio decidendi* (riferita all'incompatibilità paesaggistica, per l'inserimento non armonioso delle tettoie nel contesto circostante tutelato) consolida la determinazione amministrativa, a prescindere da eventuali profili di illegittimità riguardanti le ulteriori *rationes decidendi* fondanti la determinazione per cui è causa.

9. Con il sesto e il settimo motivo, esaminabili congiuntamente per ragioni di connessione, il ricorrente ha riproposto i motivi di illegittimità delle ordinanze di demolizione 1/2017 e 2/2017, anche in relazione ai manufatti nn. 1 e 2, incentrati:

- sull'omessa conclusione del procedimento di sanatoria previa espressione del parere della Soprintendenza, sull'ammissibilità della sanatoria paesaggistica, sull'errato riferimento alla normativa PAI, sulla generica motivazione incentrata sull'inapplicabilità dell'art. 60 NTA al PPAR, nonché sulla violazione della L.R. 13/90, della L.R. 21/11 sugli agriturismi (e prima L.R. 3/02) e dell'art. 26 delle NTA (sesto motivo);
- sul carattere pertinenziale e accessorio dei manufatti in esame, sull'omessa valutazione distinta delle varie opere, aventi natura scindibile; sul tempo decorso dalla realizzazione delle opere e dalla loro conoscenza da parte dell'Amministrazione, con conseguente emersione di un legittimo affidamento in capo al privato sulla esistenza e regolarità delle opere, nonché sulla mancata motivazione in ordine all'interesse pubblico prevalente e all'attività che ivi si svolge (settimo motivo).

9.1 Le censure in esame, nella parte in cui ripropongono le doglianze già scrutinate nella disamina dei precedenti motivi di impugnazione (cfr. la mancata acquisizione del parere della Soprintendenza, l'ammissibilità della sanatoria paesaggistica), devono essere disattese per le stesse ragioni ivi rappresentate; nella parte in cui intendono evidenziare l'illegittimità delle ulteriori *rationes decidendi* alla base delle decisioni comunali, riguardanti l'abusività dei manufatti *de quibus* (cfr. altri profili di censura svolti con il sesto motivo di appello, in specie riguardanti la normativa PAI, l'art. 60 NTA PPAR, la normativa urbanistica, anche alla stregua delle previsioni di cui alla L.R. n. 13/90 e alla L.R. n. 21/11), possono essere assorbite, in quanto non consentirebbero di arrecare alcuna utilità concreta al ricorrente.

Una volta stabilito che il manufatto n. 10, in quanto comportante nuovi volumi e nuove superfici utili, non poteva essere assoggettato al procedimento di compatibilità paesaggistica, nonché una volta rilevato che l'Amministrazione ha legittimamente negato la compatibilità paesaggistica dei manufatti nn. 1 e 2, emerge l'abusività delle opere *de quibus*, trattandosi di manufatti realizzati in zona paesaggisticamente vincolata, privi di autorizzazione paesaggistica, in assenza dei presupposti per fare luogo ad un accertamento postumo di compatibilità paesaggistica.

Mancando il titolo paesaggistico, non potrebbe essere rilasciato neppure il titolo edilizio abilitativo (per come sopra osservato) e, comunque, non potrebbe ammettersi la persistenza dei manufatti in zona vincolata, imponendosi la sanzione ripristinatoria ex art. 167, comma 1, c.p.a.

9.2 Risultano comunque infondate le censure riferite alla natura delle opere *de quibus*, non annoverabili tra gli interventi pertinenziali e accessori.

Difatti:

- il manufatto n. 10, come già rilevato, risulta caratterizzato dall'autonomia funzionale e da apprezzabili dimensioni, non potendo essere, dunque, annoverato tra gli interventi pertinenziali.

- le tettoie n. 1 e n. 2, parimenti, sono caratterizzate da dimensioni rilevanti (rispettivamente mq 114, 21 e altezza media 3,65, nonché mq 36,54 e altezza media m 2,86), non svolgendo una mera funzione di protezione dell'edificio preesistente dagli agenti atmosferici, ma risultando poste al servizio dell'attività agrituristica; le dimensioni delle opere e la loro autonomia funzionale, a servizio dell'attività economica (e non di un'opera principale), risultano ostative alla qualificazione in termini pertinenziali.

La circostanza che le opere siano serventi all'attività economica non potrebbe, parimenti, sottrarre la parte dall'obbligo di previa acquisizione del titolo edilizio e paesaggistico, facendosi questione di interventi di trasformazione del territorio.

9.3 Non possono essere accolte neppure le censure riferite alla considerazione atomistica delle opere *de quibus*, in quanto, al fine di valutare l'incidenza sull'assetto del territorio di un intervento edilizio, consistente in una pluralità di opere, va compiuto un apprezzamento globale, atteso che la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprenderne in modo adeguato l'impatto effettivo complessivo. I molteplici interventi eseguiti non vanno considerati, dunque, in maniera "frazionata" (Consiglio di Stato, sez. II, 18 maggio 2020, n. 3164).

Nel verificare l'unitarietà o la pluralità degli interventi edilizi, peraltro, non può tenersi conto del mero profilo strutturale, afferente alle tecniche costruttive del singolo manufatto, ma deve prendersi in esame anche l'elemento funzionale, al fine di verificare se le varie opere, pur strutturalmente separate, siano, tuttavia, strumentali al perseguimento del medesimo scopo pratico, consentendo la realizzazione dell'interesse sostanziale sotteso alla loro realizzazione.

Nella specie si fa questione di opere tutte preordinate ad una unitaria trasformazione edilizia ed urbanistica del territorio in funzione dello svolgimento dell'attività agrituristica, come tali insuscettibili di valutazione atomistica.

In ogni caso, nella specie, da un lato, l'Amministrazione ha pure provveduto ad indicare per le singole opere le ragioni ostative alla sanatoria e, dunque, alla permanenza in loco, date, per quanto di interesse, dall'incompatibilità paesaggistica delle tettoie e del locale deposito, anche singolarmente considerati; dall'altro, i manufatti nn. 1, 2 e 10, come appena osservato, pure se valutati atomisticamente, non potrebbero integrare un intervento pertinenziale.

9.4 Non potrebbe pervenirsi ad una diversa decisione neppure invocando l'affidamento ingenerato nel privato dalla persistenza delle opere da anni, senza contestazioni al riguardo svolte dall'Amministrazione, tenuto conto che, una volta emersa l'impossibilità di rilasciare il titolo paesaggistico in sanatoria, non avrebbe potuto legittimarsi la permanenza delle opere abusive, da assoggettare alla relativa sanzione ripristinatoria.

Del resto, l'ordinanza di demolizione costituisce doveroso e imprescindibile esercizio del potere sanzionatorio da parte della pubblica amministrazione. Trattasi di atto vincolato che non richiede specifica valutazione delle ragioni di interesse pubblico, né comparazione alcuna con gli interessi privati coinvolti e sacrificati, né motivazione sulla sussistenza dell'interesse pubblico concreto e attuale alla demolizione, non essendo ravvisabile l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto abusiva, che il tempo trascorso dalla realizzazione dell'abuso non legittima affatto (tra gli altri, Consiglio di Stato, sez. VI, 19 marzo 2021, n. 2380).

9.5 Infine, anche le doglianze riferite al rilascio di un'autorizzazione, a terzi, all'apertura di una cava estrattiva di rilevanti dimensioni a ridosso dell'agriturismo del ricorrente, e dopo le lamentele sorte in loco in riferimento all'attività di cava, non è idonea ad introdurre una specifica censura contro l'operato amministrativo, non individuandosi quale violazione al riguardo sarebbe stata commessa dall'Amministrazione.

In ogni caso, ove con tale censura la ricorrente avesse inteso dedurre un'irragionevole discriminazione, la stessa sarebbe stata comunque infondata.

Come precisato da questo Consiglio, un'irragionevole disparità di trattamento a fronte di scelte discrezionali è riscontrabile soltanto tra più atti successivi di un medesimo procedimento e in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato (*ex multis*, Consiglio di Stato, sez. II, 6 aprile 2021, n. 2776 e sez. IV, 22 marzo 2021, n. 2418); un diverso trattamento giuridico di fattispecie analoghe non può comunque essere invocato per estendere in proprio favore posizioni illegittime precedentemente riconosciute dall'Amministrazione, tenuto conto che, in applicazione del principio di legalità, la legittimità dell'operato dell'amministrazione non può comunque essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta in altra situazione (tra le altre, Consiglio di Stato, sez. VI, 30 dicembre 2019, n. 8893).

Nel caso di specie si è in presenza di procedimenti differenti, non emerge un'identità delle fattispecie in raffronto e, comunque, non potrebbe invocarsi la contraddittorietà provvedimento per disattendere il principio di legalità e, dunque, per giustificare l'estensione di posizioni illegittimamente riconosciute in favore di terzi soggetti.

L'apertura di una cava estrattiva, peraltro, non potrebbe, di per sé, giustificare l'inserimento in un contesto paesaggisticamente tutelato di manufatti non armoniosi con le caratteristiche tipologiche delle strutture edilizie preesistenti (il riferimento è alle logge delle abitazioni tipiche rurali).

10. Evidenziata l'infondatezza dell'appello principale, è possibile soffermarsi sull'appello incidentale, proposto dalla società controinteressata e avente ad oggetto il capo decisorio con cui il Tar ha declinato la propria giurisdizione sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, in relazione agli abusi commessi entro la fascia di 10 metri dal piede dell'argine di un corso d'acqua limitrofo all'area di edificazione.

10.1 In particolare, con il primo motivo di appello incidentale è censurata la declinatoria di giurisdizione sul ricorso principale (relativamente ai manufatti

3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, e 13), mentre con il secondo motivo è censurata la declinatoria di giurisdizione sul ricorso incidentale.

Secondo la prospettazione dell'appellante incidentale, la giurisdizione del TSAP non potrebbe operare qualora la violazione della servitù idraulica rappresenti soltanto una delle molteplici violazioni in materia urbanistica ed edilizia, paesaggistica, sismica e di altre tutele, devolute alla cognizione del giudice amministrativo, altrimenti venendo investito il TSAP anche di questioni devolute alla giurisdizione amministrativa; specie avuto riguardo al ricorso incidentale, con cui si ponevano sole questioni riferite alla compatibilità ambientale dei manufatti positivamente valutati dalla Soprintendenza.

10.2 La Sezione, con ordinanza n. 3943 del 21 maggio 2021, ha indicato alle parti talune questioni di inammissibilità dell'appello incidentale, sopra riassunte nella descrizione degli eventi processuali riferiti all'odierno giudizio.

Il Collegio, valutate anche le difese al riguardo svolte dalle parti, ritiene che l'appello debba ritenersi ammissibile, in quanto, sebbene proposto contro una pronuncia di prime cure che, declinando la giurisdizione, ha lasciato immutato un assetto di interessi sul piano sostanziale -attuato dai provvedimenti impugnati in via principale- favorevole alla controinteressata, è comunque volto a tutelare il diritto dell'appellante al giudice naturale precostituito per legge, da garantire a fronte di una sentenza che, consentendo la riproposizione della domanda dinnanzi al giudice *a quem*, espone la parte al rischio di una prosecuzione del giudizio dinnanzi ad un giudice diverso da quello ritenuto munito di giurisdizione.

10.3 Tale diritto, funzionale alla definizione della controversia nel merito da parte del giudice naturale precostituito per legge, non potrebbe, infatti, essere tutelato attraverso rimedi differenti rispetto all'immediata impugnazione del capo decisorio che statuisca sulla questione di giurisdizione.

10.3.1 Ai sensi di quanto previsto dall'art. 59, comma 2, L. n. 69/09, in caso di tempestiva riproposizione della domanda dinnanzi al giudice indicato come

avente giurisdizione, le parti, che non abbiano tempestivamente impugnato il capo declinatorio della giurisdizione, non potrebbero più rimettere in discussione la questione di giurisdizione, per le stesse preclusa.

Parimenti, la previsione di cui al comma 3 dell'art. 59 cit., che (qualora sulla questione di giurisdizione non si sono già pronunciate, nel processo, le sezioni unite della Corte di cassazione) consente al giudice davanti al quale la causa è riassunta di sollevare d'ufficio, con ordinanza, la questione davanti alle medesime sezioni unite della Corte di cassazione (fino alla prima udienza fissata per la trattazione del merito), non potrebbe comunque configurare un obbligo per il giudice *a quem* di sollevare la relativa questione ove richiesto dalle parti: non si è, in particolare, in presenza di un'eccezione a fronte della quale si pone un obbligo di corrispondenza del giudicante – risultando per le parti ormai preclusa, nel giudizio *a quem*, ogni contestazione in ordine alla questione di giurisdizione - bensì di una mera sollecitazione di un potere ufficioso il cui esercizio è rimesso alla discrezionalità del giudice procedente.

10.3.2 Si conferma, dunque, che la parte che intenda contestare il capo sulla giurisdizione, non dispone di rimedi ulteriori rispetto alla immediata impugnazione della relativa decisione, da ammettere pure ove la pronuncia così emessa non produca un pregiudizio sul piano sostanziale per l'appellante, lasciando immutato un assetto di interessi allo stesso favorevole.

Tale conclusione risulta coerente, altresì, con il disposto dell'art. 105, comma 2, c.p.a. che, delineando un rito speciale per l'appello avverso le sentenze che declinano la giurisdizione, ammette la proposizione immediata dell'impugnazione avverso la sentenza che statuisca soltanto sulla relativa questione di rito, senza distinguere, sotto il profilo soggettivo, a seconda che l'iniziativa impugnatoria sia assunta dal ricorrente o dalla parte controinteressata; a dimostrazione di come, a fronte di una pronuncia declinatoria di giurisdizione, sia configurabile una soccombenza in giudizio idonea a sostenere la proposizione dell'appello anche in capo alla parte

intimata in primo grado, che non abbia contestato la giurisdizione del giudice adito.

10.3.3 Non si ravvisano, dunque, ragioni per discostarsi dall'indirizzo già accolto dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (n. 24 del 2011), secondo cui *“una sentenza che declina la giurisdizione può se del caso essere contestata con i rimedi previsti per tale sentenza (nella specie: appello davanti alla competente Corte civile di appello), ma non può essere rimessa in discussione mediante eccezione o regolamento preventivo di giurisdizione (né nel giudizio a quo né nel giudizio riassunto): sia l'art. 11, comma 2 c.p.a., che l'art. 59, comma 2, l. n. 69/2009 attribuiscono alla sentenza che declina la giurisdizione l'attitudine a passare in giudicato (formale)”*.

Ne deriva che, come correttamente dedotto dalla controinteressata e dall'Amministrazione comunale, a fronte di una sentenza declinatoria della giurisdizione, a prescindere dall'iniziativa processuale che intenda intraprendere il ricorrente, suscettibile di estrinsecarsi pure nell'accettazione del *dictum* giudiziale e nella riproposizione della domanda dinnanzi al giudice indicato come munito di giurisdizione, la parte intimata (che non abbia contestato il difetto di giurisdizione del giudice adito con un'eccezione accolta in sentenza), interessata a sostenere l'esistenza della giurisdizione declinata dal giudice *a quo*, deve ritenersi soccombente sulla questione di giurisdizione e, dunque, interessata alla impugnazione, principale o incidentale, del relativo capo decisorio; ciò, a tutela del proprio diritto al giudice naturale precostituito per legge e, dunque, del diritto ad ottenere la decisione sul merito della controversia da parte del giudice ritenuto munito di giurisdizione secondo i pertinenti parametri normativi.

10.4 Tale conclusione, oltre ad essere compatibile con il disposto positivo, non potrebbe essere contestata evidenziando come ciò possa determinare il rischio della pendenza di giudizi paralleli, in sede impugnatoria e dinnanzi al giudice *a quem* (nel caso in cui una parte accetti il *dictum* giudiziale e riproponga la domanda dinnanzi al giudice indicato come munito di giurisdizione, mentre l'altra decida di provvedere alla sua contestazione

mediante la proposizione dell'impugnazione) e, dunque, il rischio di un conflitto di giurisdizione.

Al riguardo, deve effettivamente riconoscersi che, in caso di scelte processuali differenziate poste in essere dalle parti, volte rispettivamente alla riproposizione della domanda dinnanzi al giudice *a quem* e all'impugnazione della sentenza declinatoria pronunciata dal giudice *a quo* (come nella specie avvenuto, avendo il ricorrente riproposto la domanda dinnanzi al Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche e il controinteressato appellato la declinatoria di giurisdizione pronunciata dal Tar), sia possibile non solo una pendenza di giudizi paralleli - sulla stessa controversia – dinnanzi a giudici appartenenti ad ordini distinti, ma anche un conflitto di giurisdizione, qualora:

- l'impugnazione avverso la sentenza declinatoria di giurisdizione sia accolta e, dunque, la causa venga rimessa al primo giudice, che provvede alla decisione del merito;

- il giudice *a quem* non sollevi la questione di giurisdizione dinnanzi alle Sezioni Unite della Cassazione, entro la prima udienza fissata per la trattazione del merito, pervenendo alla definizione della controversia nel merito;

- le Sezioni Unite non si siano pronunciate, nell'ambito del processo, sulla questione di giurisdizione.

Tale eventualità, tuttavia, non potrebbe infirmare la tesi dell'ammissibilità dell'impugnazione immediata del capo concernente la declinatoria di giurisdizione, potendo essere rimediata attraverso la proposizione del conflitto di giurisdizione, costituente un rimedio azionabile anche oltre il limite temporale del giudicato formale (ex art. 362, comma 2, c.p.c., i conflitti di giurisdizione possono essere denunciati "*in ogni tempo*").

10.5 Alla luce delle considerazioni svolte, l'appello incidentale, avente ad oggetto la declinatoria di giurisdizione resa dal primo giudice tanto sul ricorso principale, quanto sul ricorso incidentale, sebbene proposto dalla parte controinteressata – che non riceve un pregiudizio sul piano sostanziale dalla

decisione giudiziale gravata -, deve ritenersi ammissibile, in quanto deputato alla tutela del diritto dell'appellante ad ottenere una decisione sul merito (anche ove perimetrato dalle domande avverse) da parte del giudice naturale precostituito per legge.

10.6 Tale appello non potrebbe essere ritenuto neppure tardivo, rivelandosi al riguardo infondata l'eccezione di irricevibilità opposta dall'appellante principale, argomentata sulla base del disposto dell'art. 105, comma 2, c.p.a.

Difatti, tale disposizione processuale prevede l'applicazione del rito camerale di cui all'art. 87, comma 3, c.p.a., connotato (altresì) dal dimezzamento dei termini processuali di impugnazione, soltanto per i *“giudizi di appello contro i provvedimenti dei tribunali amministrativi regionali che hanno declinato la giurisdizione o la competenza”* e, dunque, soltanto per i giudizi di appello in cui sia controversa esclusivamente la questione di giurisdizione, declinata dal giudice *a quo*.

Il rito camerale non potrebbe, invece, operare per i giudizi in cui si discorra non solo della questione di giurisdizione, ma anche di questioni di merito, soggette all'osservanza del pertinente rito processuale.

Tale soluzione è imposta sia dal dato letterale, che da ragioni sistematiche e teleologiche.

Sul piano letterale, come osservato, l'art. 105, comma 2, c.p.a. richiama i soli giudizi di appello contro sentenze declinatorie della giurisdizione, non regolando le diverse fattispecie in cui la sentenza gravata abbia statuito anche sul merito della vertenza, venendo impugnata anche in relazione a tali profili.

Sul piano sistematico, a fronte della presenza di azioni, promosse in via principale o incidentale, soggette a riti differenti, ai sensi dell'art. 32 c.p.a., deve trovare applicazione il rito ordinario salvo quanto previsto dal Titolo V, Libro IV del c.p.a., ragion per cui, a fronte di azioni impugnative proposte (in via principale e in via incidentale) nell'ambito dello stesso giudizio e soggette a riti differenti (impugnazione sulla sola questione di giurisdizione e impugnazione sulle questioni di merito), non può prevalere il rito camerale di cui all'art. 105, comma 2, c.p.a. e 87, comma 3, c.p.a.

Infine, sul piano teleologico, la ratio sottesa alla previsione dell'art. 105, comma 2, c.p.a. è quella di assicurare la tempestiva decisione della questione di giurisdizione, quando le parti sono chiamate a confrontarsi e il giudice è tenuto a statuire soltanto su tale profilo di rito; diversamente, qualora occorra risolvere anche il merito della vertenza, con l'emersione anche di ulteriori questioni, potenzialmente (come nella specie) pure numerose, non potrebbero comprimersi i termini processuali per il compimento degli atti difensivi - posti anche a garanzia dell'effettività della tutela giurisdizionale delle parti - applicando il rito camerale.

Per l'effetto, posto che nel presente giudizio non si discorre di sola questione di giurisdizione, ma si controverte anche sul merito della domanda di prime cure, alla luce dei numerosi motivi di appello principale proposto dal Sig. - OMISSIS-, non potrebbe applicarsi il disposto dell'art. 105, comma 2, c.p.a.

Di conseguenza, l'appello incidentale, in quanto proposto nel rispetto dei termini di impugnazione propri del rito ordinario, deve ritenersi ricevibile.

Né potrebbe argomentarsi diversamente ritenendo che l'appello sul capo declinatorio della giurisdizione dovesse essere proposto in via autonoma, ben potendo, ai sensi dell'art. 96, commi 3 e 4, c.p.a., impiegarsi il rimedio dell'impugnazione incidentale anche in relazione a capi autonomi (quale quello riferito, nella specie, alla questione di giurisdizione) rispetto a quelli censurati in via principale.

10.7 L'appello incidentale, sebbene ammissibile e ricevibile, è tuttavia infondato nel merito.

10.8 I motivi di impugnazione, per ragioni di connessione, possono essere esaminati congiuntamente.

In subiecta materia deve richiamarsi quanto statuito dalla Corte di cassazione nella sentenza n. 2710 del 2020, in cui, nel ripercorrere la giurisprudenza di legittimità formatasi sul riparto tra la giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche (come delimitata dal R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, art. 143), la giurisdizione del Tribunale regionale delle acque (costituente

organo in primo grado specializzato della giurisdizione ordinaria, cui l'art. 140 del medesimo R.D., attribuisce, tra l'altro, le controversie in cui si discuta, in via diretta, di diritti correlati alle derivazioni e utilizzazioni di acque pubbliche) e la giurisdizione amministrativa (del complesso TAR - Consiglio di Stato, comprensiva di tutte le controversie, concernenti atti solo strumentalmente inseriti in procedimenti finalizzati ad incidere sul regime delle acque pubbliche, in cui rileva esclusivamente l'interesse al rispetto delle norme di legge nelle procedure amministrative volte all'affidamento di concessioni o di appalti di opere relative a tali acque), è stato precisato che:

- deve riconoscersi la giurisdizione del Tribunale superiore non solo quando l'atto impugnato promani da organi amministrativi istituzionalmente preposti alla cura del settore delle acque pubbliche, ma anche quando l'atto, ancorché proveniente da organi diversi, finisca con l'incidere immediatamente - e non soltanto in via occasionale - sull'uso delle medesime acque pubbliche, se ed in quanto interferisca con i provvedimenti relativi a tale uso (ad esempio, autorizzando, impedendo o modificando i lavori relativi o determinando i modi di acquisto dei beni necessari all'esercizio ed alla realizzazione delle opere stesse) o sulla stessa struttura o consistenza dei beni demaniali;
- risulta necessario, per fondare la specializzata giurisdizione delle acque, che i provvedimenti impugnati, per effetto della loro incidenza sulla realizzazione, sospensione od eliminazione di un'opera idraulica riguardante un'acqua pubblica, concorrano, in concreto, a disciplinare direttamente le modalità di utilizzazione di quell'acqua o l'assetto e la struttura dei beni del demanio idrico, non essendo sufficiente che sui relativi regimi quelli incidano solo in via indiretta, riflessa, mediata od occasionale;
- nell'ambito della giurisdizione specializzata vanno, dunque, ricompresi anche i ricorsi avverso i provvedimenti che, pur costituendo esercizio di un potere non strettamente attinente alla materia delle acque ed inerendo ad interessi più generali e diversi ed eventualmente connessi rispetto agli interessi specifici relativi alla demanialità delle acque o ai rapporti concessori di beni del

demanio idrico, riguardino comunque l'utilizzazione di detto demanio, così incidendo in maniera diretta ed immediata sull'uso delle acque, interferendo con provvedimenti riguardanti tale uso, nonché autorizzando, impedendo o modificando i lavori relativi;

- ad analoga conclusione, nel senso della giurisdizione del Tribunale superiore delle acque pubbliche in unico grado di legittimità, occorre giungere quanto ai provvedimenti riguardanti gli ambiti territoriali ottimali, benché solo quando da essi discendano ricadute sull'organizzazione e sulla conduzione del sistema idrico integrato (che, mirando a garantire la gestione di tale servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, abbiano incidenza diretta sul regime delle acque pubbliche e del loro utilizzo);

- la giurisdizione del giudice specializzato è riconosciuta anche in caso di divieti di edificazione, quando siano informati alla ragione pubblicistica di assicurare la possibilità di sfruttamento delle acque demaniali, o di assicurare il libero deflusso delle acque che scorrono nei fiumi, torrenti, canali e scolatoi pubblici;

- al contrario, deve riconoscersi la giurisdizione del giudice amministrativo in caso di impugnativa di atti solo in via strumentale inseriti in procedimenti finalizzati ad incidere sul regime delle acque pubbliche e pertanto in grado di influirvi solo occasionalmente, in cui rileva esclusivamente l'interesse al rispetto delle norme di legge nelle procedure amministrative funzionali all'affidamento di concessioni o appalti di opere relative a tali acque; oppure in caso di prevalenza in concreto, nel provvedimento impugnato, della tutela di interessi pubblicistici diversi rispetto a quelli coinvolti dal regime delle acque pubbliche.

Alla stregua di tali coordinate ermeneutiche, deve confermarsi la sentenza gravata anche nella parte in cui il Tar ha declinato la propria giurisdizione in relazione ai motivi di impugnazione (svolti in via principale e incidentale) riferiti a manufatti compresi nella fascia di rispetto di dieci metri dal piede dell'argine di cui all'art. 96, lett. f), R.D. n. 523/1904, ai sensi del quale “*Sono*

lavori ed atti vietati in modo assoluto sulle acque pubbliche, loro alvei, sponde e difese i seguenti [...]le piantagioni di alberi e siepi, le fabbriche, gli scavi e lo smovimento del terreno a distanza dal piede degli argini e loro accessori come sopra, minore di quella stabilita dalle discipline vigenti nelle diverse località, ed in mancanza di tali discipline, a distanza minore di metri quattro per le piantagioni e smovimento del terreno e di metri dieci per le fabbriche e per gli scavi”.

Si fa, infatti, questione di divieto di edificazione, informato alla ragione pubblicistica di assicurare il libero deflusso delle acque che scorrono nei fiumi, torrenti, canali e scolatoi pubblici, la cui violazione influisce in via diretta ed immediata sul regime delle acque pubbliche.

Trattasi di indirizzo già accolto da questo Consiglio, secondo cui “*non c’è argomento più tipico della cognizione di legittimità del TSAP, fin dall’entrata in vigore dell’art. 96 del RD 523/1904, di quello del divieto di costruzioni di qualunque natura a meno di m 10 dal piede dell’argine, anzi è tal questione fu ed è tuttora l’ubi consistam della giurisdizione del TSAP sul demanio idrico, ai sensi dell’art. 143, I co., lett. a) del RD 1775/1933 (cfr. così TSAP, n. 35/2021)*” (Consiglio di Stato, sez. VI, 22 marzo 2021, n. 2424).

Per l’effetto, i motivi di appello incidentale devono essere disattesi.

Le doglianze articolate in prime cure, rispetto alle quali è stata declinata la giurisdizione amministrativa, riguardano determinazioni comunali che, sebbene promananti da un organo amministrativo diverso da quelli istituzionalmente preposti alla cura del settore delle acque pubbliche e ancorché deputate alla tutela di interessi più generali (paesaggistico, urbanistico ed edilizio) e diversi rispetto a quelli attinente alla materia delle acque, finiscono comunque con l’incidere immediatamente - e non soltanto in via occasionale - sull’uso delle acque pubbliche, escludendo la sanatoria e disponendo la rimozione di manufatti che, in quanto realizzati nella fascia di rispetto prevista dall’art. 96, lett. f), R.D. n. 523/1904, risultano pregiudizievoli per il libero deflusso e la possibilità di sfruttamento delle acque pubbliche (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 20 ottobre 2020, n. 6359).

In definitiva, deve escludersi la giurisdizione amministrativa sui motivi di doglianza articolati in primo grado, in via principale e in via incidentale, riguardanti opere (nn. 3-4-5-6-7-8-9-11-12-13) realizzate entro la fascia di rispetto prevista dall'art. 96, lett. f), R.D. n. 523/1904: sebbene argomentati sulla base della violazione delle disposizioni di tutela urbanistica, edilizia o paesaggistica, tali motivi di impugnazione investono determinazioni amministrative che immediatamente - e non soltanto in via occasionale - incidono sull'uso delle acque pubbliche, con conseguente loro attrazione alla giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche ai sensi dell'art. 143 R.D. 11/12/1933, n. 1775.

11. In conclusione, gli appelli, principale e incidentale, devono essere rigettati, con conferma della sentenza gravata.

La particolarità della controversia impone la compensazione integrale tra le parti delle spese di giudizio del grado di appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sul ricorso in appello principale e sul ricorso in appello incidentale, come in epigrafe proposti, li rigetta e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese di giudizio 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 dell'articolo 9, paragrafo 1, 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 nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le parti processuali.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Sergio De Felice, Presidente

Andrea Pannone, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Sergio De Felice

IL SEGRETARIO

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