

Lettura costituzionalmente orientata dell'art. 104, comma 2 c.p.a. e rapporto tra i procedimenti di condono edilizio e verifica di compatibilità ambientale

di Federica Stelli

Data di pubblicazione: 26-7-2026

In appello è inammissibile la produzione di nuovi documenti da parte dell'Amministrazione, atteso che il requisito dell'indispensabilità, di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a., va letto in coerenza con i principi di disponibilità e vicinanza della prova, contraddittorio, parità delle parti in ogni stato e grado del processo, cooperazione alla ragionevole durata del processo, che impediscono all'Amministrazione di colmare in appello il deficit probatorio laddove i documenti erano nella sua disponibilità e, pertanto, potevano essere prodotti nel procedimento e nel giudizio di primo grado.

Nei casi in cui non sia ancora definito il procedimento finalizzato ad ottenere il condono edilizio relativo a un immobile sito in un'area sottoposta a vincolo ambientale sorto successivamente alla presentazione dell'istanza, è illegittima l'ordinanza di demolizione del fabbricato oggetto della domanda di sanatoria.

Ne discende che la verifica ambientale non può mai intervenire prima dell'esito del procedimento instaurato con la presentazione dell'istanza di condono che sospende il potere dell'Amministrazione di adottare un'ordinanza di demolizione. Pertanto, solo a seguito della conclusione del suddetto iter procedimentale l'autorità preposta alla tutela del vincolo sopravvenuto ha il potere di rilasciare il nulla osta ed effettuare la verifica di compatibilità ambientale.

La legittimità della domanda di sanatoria va valutata alla luce della disciplina vigente al momento dell'adozione del provvedimento conclusivo, non all'epoca della realizzazione dell'opera, in virtù del principio tempus regit actum.

Guida alla lettura

Nella sentenza in commento, in armonia con le norme e con l'interpretazione degli istituti giuridici rilevanti, il Consiglio di Stato effettua un **equo bilanciamento tra le esigenze di tutela di aree di particolare valore naturalistico ambientale, ai sensi dell'art. 9 Cost., la legalità e la certezza del diritto e la piena attuazione dei principi costituzionalmente tutelati su cui si fonda il codice del processo amministrativo**, a seguito di un'approfondita disamina delle questioni procedurali e sostanziali di seguito illustrate.

In primis, il Collegio analizza *funditus* il **rapporto tra il procedimento preordinato ad ottenere il condono edilizio, cui è preposto il Comune, e quello finalizzato a garantire la**

tutela delle aree protette soggette a vincolo ambientale sopravvenuto, di competenza dell'Ente Parco, cui spetta la verifica di compatibilità ambientale, sottolineando come **il vincolo ambientale sopravvenuto non implica di per sé l'insanabilità dell'abuso edilizio**. I Giudici evidenziano, quindi, la **pregiudizialità della definizione del condono rispetto alla demolizione**, affermando che **l'Amministrazione non può emettere alcun provvedimento demolitorio prima che venga concluso il procedimento di sanatoria**.

Nella pronuncia viene analizzata, inoltre, **la questione di maggiore interesse sotto il profilo procedurale, ovvero i limiti del divieto dei nova in appello, previsto dall'art. 104, comma 2, c.p.a., e l'assorbimento improprio dei motivi**.

Giova premettere in fatto che l'Amministrazione ha agito in giudizio per ottenere la riforma della sentenza con cui il Giudice di primo grado aveva annullato l'ordinanza del Direttore Generale dell'Ente Parco Nazionale Vesuvio (di seguito Ente Parco) di demolizione e rimozione delle opere abusive. Il T.A.R. motiva sostenendo come l'autorità preposta alla tutela del vincolo ambientale non avesse considerato che nel 1986 il promissario acquirente di un fabbricato sito su un terreno agricolo nel Comune di Somma Vesuviana aveva presentato un'istanza di condono **non ancora esaminata dal Comune**. Nondimeno, l'Ente parco non concedeva il nulla osta, ex art. 13 L. n. 394/1991, disponendo l'eliminazione di tutte le opere.

Come su premesso, **il fulcro su cui si incentra la pronuncia in commento è l'inammissibilità dell'istanza istruttoria, presentata dall'Amministrazione, ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a.**, con cui quest'ultima ha chiesto l'acquisizione della documentazione fotografica attestante l'aumento dei volumi delle opere oggetto dell'ordinanza di demolizione, documenti che l'Ente appellante reputa indispensabili ai fini del decidere, atteso che, in tesi di parte ricorrente, sussisterebbe la suddetta discrepanza tra le opere oggetto della domanda di condono e quelle attuali, in difformità con quanto previsto dall'art. 13 della L. n. 394/1991.

Riguardo a tale aspetto, il Consiglio di Stato evidenzia la **genericità della contestazione**, richiamando l'art. 35, comma 12, L. n. 47/1985, per cui in pendenza del condono sono ammessi solo lavori di completamento dell'opera, ma non la sua sostituzione con un nuovo manufatto. In sentenza viene ben evidenziato che **la valutazione sull'eventuale difformità, ovvero una verifica sull'eventuale realizzazione di manufatti ulteriori, può essere effettuata solo al momento della conclusione del procedimento di condono**.

Il Collegio mette in luce il **rigore della disciplina del divieto dei nova in appello**, richiamando importanti precedenti, tra cui l'Adunanza Plenaria, 10 dicembre 2004, n. 14, nella quale i Giudici affermavano il **carattere assoluto della formulazione dell'art. 345 c.p.c.**, evidenziandone il rilievo costituzionale, ai sensi dell'art. 24 Cost. e all'art. 3 Cost., **disposizioni volte a garantire la pienezza della tutela giurisdizionale e la completa parità delle parti in ogni stato e grado del processo, escludendo ogni interpretazione che implichi una posizione di privilegio, sul piano processuale, di una parte a svantaggio delle altre**. Pertanto, il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa ha ritenuto che *"non trova giustificazione la diversa disciplina che verrebbe riservata all'eccezione di cui si tratta, rispetto a quella delle prove nuove in appello, per le quali il divieto sancito dal terzo comma*

dello stesso art. 345 c.p.c., per unanime convinzione, opera anche nei confronti della pubblica Amministrazione”.

L'attuale art. 104, comma 2, c.p.a. riproduce il dato testuale dell'art. 345, comma 3, c.p.c., contemplando le medesime eccezioni dell'indispensabilità della prova o della impossibilità di produrla in primo grado per causa non imputabile alla parte, come espressamente indicato nella relazione al codice del processo amministrativo, introducendo la regola generale del **divieto di attività istruttoria nel secondo grado di giudizio: “*le ipotesi poi contemplate dalla disposizione sono appunto “eccezioni” a tale regola generale; ne deriva che la loro interpretazione ed applicazione concreta non può risolversi nel sovvertire la regola generale che prevede un divieto di nuove prove in appello. In particolare, nel delineare quando una prova sia indispensabile ai sensi del comma 2 cit. e, dunque, ammissibile anche in appello, la norma in commento non può che essere letta alla luce delle ulteriori disposizioni processuali, che regolano l'attività delle parti in giudizio, nonché dei principi affermati dall'art. 2 del c.p.a.*” (Cons. Stato, Sez. VI, 31 gennaio 2025, n. 742).**

In armonia con i principi della parità delle parti, del contraddittorio, del giusto processo previsto dall'art. 111, comma 1, Cost., della cooperazione delle parti per la realizzazione della ragionevole durata del processo, richiamati dall'art. 2 c.p.a., il requisito dell'indispensabilità presuppone la verifica sull'impossibilità di acquisire contezza di quei fatti con altri mezzi, che la parte aveva l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge. Il potere del Giudice di acquisire d'ufficio nuove prove non può, infatti, essere esercitato per supplire all'ingiustificata carenza istruttoria in primo grado, sanando così decadenze probatorie imputabili alla parte e determinando in tal modo un uso distorto del metodo acquisitivo, temperamento al principio dispositivo a tutela della parte privata, laddove l'Amministrazione appellante avrebbe potuto produrre in primo grado i documenti di cui chiede l'ammissione, perché **già da allora erano nella sua disponibilità (prec. conformi: Cons. Stato, Sez. II, 5 maggio 2025, n. 3803; Cons. Stato, Sez. III, 7 maggio 2025, n. 3872; Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 2026, n. 907). Tale conclusione si fonda sulla stretta correlazione tra il **principio dispositivo** e il **principio di vicinanza della prova**.**

Come esposto in premessa, altro profilo esaminato dal Consiglio di Stato nella pronuncia in commento attiene alla **linea di confine tra il procedimento di condono edilizio di competenza comunale e i poteri attribuiti all'Ente Parco**. Sul punto, il Massimo Organo di Giustizia Amministrativa rimarca il **discrimen** tra i due procedimenti, riguardanti il **medesimo ambito territoriale, entrambi finalizzati al perseguimento di interessi pubblici che coesistono, ma non sono sovrapponibili**.

La linea di confine su delineata implica che l'Ente **preposto alla tutela ambientale non può con l'emissione di un'ordinanza demolitoria anticipare la conclusione del procedimento attivato per ottenere il condono, senza con ciò stesso vanificare la funzione cui esso è preordinato, alla luce del dato testuale e teleologico dell'art. 38, comma 1, L. n. 47/1985, secondo cui, in pendenza della procedura di sanatoria, l'Amministrazione non può adottare provvedimenti con cui ingiunga la rimozione e la remissione in pristino dei luoghi, dovendo prima stabilire se e in quale misura l'opera sia condonabile, come confermato da consolidata giurisprudenza richiamata dal Collegio in**

punto di **pregiudizialità della definizione del condono rispetto alla demolizione** (prec. conformi: Cons. Stato, Sez. VI, 8 agosto 2023, n. 7682; Cons. Stato, Sez. II, 21 gennaio 2025, n. 439; Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2023, n. 4496; Cons. Stato, Sez. VI, 15 gennaio 2021, n. 488). Dal dato letterale della disposizione su citata emerge, infatti, chiaramente che il **condono edilizio presuppone la permanenza dell'immobile**; pertanto, **gli eventuali provvedimenti sanzionatori emessi si intendono sospesi**. Tale circostanza comporta l'inutilità di una pronuncia giudiziale sulla legittimità delle opere realizzate, atteso che il Giudice non può effettuare una valutazione prognostica e pronunciarsi su un potere non esercitato dall'Amministrazione, ai sensi dell'art. 34, comma 2, c.p.a..

In virtù di un'interpretazione letterale e teleologica della normativa di riferimento, il Collegio mette bene in luce come, **ai sensi di quanto previsto dall'art. 33, comma 1, L. n. 47/1985, i vincoli di inedificabilità assoluta precludono il condono di un immobile abusivo solo laddove siano stati istituiti con atti entrati in vigore prima dell'abuso**; se, invece, il **vincolo è sopravvenuto, come nel caso di specie, sono configurabili a tal fine come vincoli relativi, ai sensi dell'art. 32, L. n. 47/1985** (precedenti conformi: Cons. Stato, Sez. VI, 5 febbraio 2025, n. 896; Cons. Stato, 20 dicembre n. 6114). Ne consegue che, **sulla base del principio *tempus regit actum* è necessario acquisire il parere dell'Ente Parco sulla compatibilità ambientale dell'intervento edilizio con il vincolo sopravvenuto, che, pertanto, non produce effetti retroattivi da cui discenda automaticamente l'insanabilità dell'abuso**; **occorre, infatti, una verifica concreta della compatibilità ambientale dell'intervento edilizio**, ai sensi degli artt. 32 e 33 della L. n. 47/1985, pena la violazione dei principi di legalità e certezza del diritto, pena la violazione dei principi di legalità e certezza del diritto.

Pertanto, i Giudici di Palazzo Spada, pur confermando la sentenza del T.A.R., adducono ragioni diverse, ritenendo come **il vincolo naturalistico sopravvenuto non sia irrilevante** per il sol fatto che l'abuso edilizio e la domanda di condono risalgano ad epoca anteriore alla costituzione dell'Ente Parco, in quanto la domanda di sanatoria deve essere valutata alla luce della disciplina vigente al momento della sua conclusione, non all'epoca della presentazione dell'istanza.

Il Consiglio di Stato riconosce, quindi, la fondatezza del primo motivo di appello, affermando che il sopravvenire del vincolo paesaggistico su un'area produce effetti giuridici, anche se l'opera è preesistente all'istituzione del vincolo. Nondimeno, ciò non implica la riforma della sentenza impugnata, in quanto **il ricorso di primo grado si fonda sull'aspetto relativo alla violazione dell'art. 38 L. n. 47/1985 e dell'art. 31 D.P.R. n. 380/2001, ovvero alla mancata previa conclusione del procedimento di condono, motivo ritenuto assorbente, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., attesa la sua riproposizione in sede di appello da parte dell'originario ricorrente**. Ciò in applicazione del principio secondo cui la correttezza di una singola censura non implica la riforma integrale della sentenza nei casi in cui sussiste un'autonoma motivazione idonea a sorreggerne il dispositivo ed evidenziarne la *ratio decidendi*.

Concludendo, la pronuncia è di particolare interesse non solo per aver chiarito il rapporto tra i procedimenti di condono edilizio e verifica di compatibilità ambientale, riaffermandone

l'autonomia funzionale e la scansione temporale, ma soprattutto per avere coordinato i profili sostanziali e processuali rilevanti, attraverso una lettura sistematica e rigorosa dell'art. 104, comma 2, c.p.a., che impone una valutazione del requisito dell'indispensabilità **non in astratto, ma in intima connessione con il principio di disponibilità e vicinanza della prova, nonché con i principi del contraddittorio, della parità delle parti e del giusto processo e della cooperazione tra il Giudice e le parti alla sua ragionevole durata, consacrati negli artt. 24, 111 Cost., richiamati nell'art. 2 c.p.a.** Da tale lettura emerge con chiarezza che il metodo acquisitivo, quale temperamento del principio dispositivo, non può essere utilizzato per colmare le lacune istruttorie imputabili all'Amministrazione, pena l'alterazione dell'equilibrio tra le parti, che tale norma mira a preservare. Una diversa interpretazione comporterebbe, infatti, il permanere in capo alla parte pubblica di un ingiustificato privilegio in sede processuale. In tale ottica, la sentenza è rilevante per aver consolidato una **lettura costituzionalmente orientata dell'art. 104, comma 2, c.p.a.**, confermandone e sviluppandone le implicazioni sistematiche, nel solco dell'orientamento inaugurato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14/2004.

Pubblicato il 21/04/2026

N. 03112/2026 REG.PROV.COLL.

N. 03577/2025 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Settima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 3577 del 2025, proposto da

Ente Parco Nazionale del Vesuvio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria *ex lege* in Roma,
via dei Portoghesi, 12;

contro

Comune di Somma Vesuviana, non costituito in giudizio;

Carmine Fortunio, rappresentato e difeso dall'avvocato Nicola De Marco, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione

Terza) n. 06208/2024, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Carmine Fortunio;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 dicembre 2025 il consigliere Angela

Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Nicola De Marco e l'Avvocato dello Stato Francesco Montanaro;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il presente giudizio in grado di appello ha ad oggetto la richiesta di riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sede di Napoli, 13 novembre 2024, n. 6208, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dal signor Carmine Fortunio al fine di ottenere l'annullamento dell'ordinanza n. 1 del 15 gennaio

2021 (Rif. Int. TEC-ABU 3153 del 14 giugno 2016), con la quale il Direttore dell'Ente Parco Nazionale del Vesuvio aveva ingiunto al ricorrente di provvedere, entro il termine di novanta giorni a decorrere dalla data di notifica, all'eliminazione o rimozione di tutte le opere abusive di cui all'informativa per CNR n. 19/2016 n. prot. 626 dell'8 giugno 2016 e annessa relazione tecnica prot. 10948 dell'8 giugno 2016 dell'Ufficio Tecnico di Somma Vesuviana e al ripristino dello stato dei luoghi (secondo idonee metodologie da realizzarsi).

2. La vicenda contenziosa è così sinteticamente riassumibile:

l'originario ricorrente è proprietario di un terreno agricolo nel comune di Somma Vesuviana avente una superficie catastale di are diciassette e centiare 28 individuato in catasto al foglio 27 particella 622 (ora particella n. 666), in virtù di atto di donazione ereditaria del defunto padre Fortunio Vincenzo del 17 novembre 2009 (Rep. 22337 Racc. 12978);

su detto terreno insiste un piccolo fabbricato composto da un piano terra di circa 85,50 mq di superficie lorda con copertura piana, ripartito in tre ambienti oltre un servizio igienico, un porticato in legno di circa mq 40 e annesso piazzale di manovra; - il promissario acquirente del terreno presentò in data 31 dicembre 1986 presso il Comune di Somma Vesuviana la richiesta di concessione edilizia in sanatoria ai sensi della L. n. 47/1985 per il suddetto fabbricato con il pagamento della relativa oblazione e con la dichiarazione della sua ultimazione nell'anno 1983;

con informativa per CNR n. 19/2016 n. prot. 626 dell'8 giugno 2016 e annessa relazione tecnica prot. n. 10948 dell'8 giugno 2016 dell'Ufficio Tecnico di Somma Vesuviana veniva comunicato all'Ente Parco che, a seguito di sopralluogo da parte del personale tecnico, era stato accertato che il ricorrente si era reso responsabile di attività edilizia abusiva in difformità del Piano del Parco e in assenza del nulla osta ai sensi dell'art. 13 della L. n. 394/1991 in agro del Comune di Somma Vesuviana località S. Maria;

a seguito della suddetta comunicazione, in forza dell'art. 29 della legge 394/1991 ss.mm.ii. (c.d. legge quadro sulle aree protette) con l'ordinanza impugnata il Direttore dell'Ente Parco disponeva l'eliminazione o rimozione di tutte le opere ritenute abusive di cui alla citata informativa e annessa relazione tecnica, in quanto prive di qualsiasi provvedimento autorizzativo ex art. 13 della Legge n. 394/1991.

L'ordinanza di demolizione è stata impugnata dal ricorrente dinanzi al Tar Campania, articolando cinque motivi di censura.

Il ricorrente ha lamentato, tra l'altro, che nell'adozione dell'ordinanza demolitoria l'Ente Parco avrebbe omesso completamente di valutare che, in relazione al fabbricato sul quale sono stati realizzati gli interventi oggetto di contestazione, è stata presentata, in data 31 dicembre 1986, istanza di condono non ancora esaminata dall'ente Comunale. Ha dedotto, pertanto, l'illegittimità dell'ordine di demolizione adottato in pendenza dell'istanza di condono perché in contrasto con l'art. 38 della L. n. 47/1985, il cui disposto impone all'amministrazione di astenersi, sino alla definizione del procedimento attivato per il rilascio della concessione in sanatoria, da ogni iniziativa repressiva che vanificherebbe *a priori* il rilascio del titolo abilitativo in sanatoria.

Con la sentenza qui appellata, il Tar ha accolto il ricorso dichiarando fondate le censure di cui al primo e al quarto motivo con le quali si era lamentata l'illegittimità dell'ordinanza di demolizione impugnata per violazione dell'art. 12 della L. 6 dicembre 1991, n. 394, che disciplina il piano per il Parco, per eccesso di potere e per insussistenza dei presupposti.

Segnatamente il Tar ha ritenuto che nella fattispecie per cui è causa la normativa richiamata a fondamento del provvedimento impugnato non fosse applicabile per la risolutiva circostanza che le opere abusive erano state realizzate quanto meno alla data di presentazione dell'istanza di condono – assunta al protocollo comunale del Comune di Somma Vesuviana il 31 dicembre 1986 – e a quel momento non solo il Piano del Parco Nazionale del Vesuvio non era stato adottato ma l'Ente Parco non era stato ancora istituito.

La realizzazione delle opere in epoca antecedente all'entrata in vigore della disciplina sulla tutela del Parco sarebbe, invece, provata dalla dichiarazione allegata alla domanda di concessione in sanatoria presentata in data 31 dicembre 1986 dal promissario acquirente del defunto Fortunio Vincenzo, dalle spontanee dichiarazioni rese dal ricorrente nonché dalla stessa relazione dell'U.T. di Somma Vesuviana dell'8 giugno 2016, in cui viene espressamente dichiarato che *“risulta una preesistenza dal 1982”*.

Il Tribunale, ravvisati tali profili di legittimità con valenza assorbente rispetto agli altri motivi di gravame (concernenti la pendenza della istanza di condono e la genericità della contestazione di una diversa consistenza tra l'esistente e quanto dichiarato nell'istanza), ha accolto il ricorso, annullando, per l'effetto, l'ordinanza impugnata.

Di tale sentenza l'Ente Parco Nazionale del Vesuvio chiede la riforma deducendone l'erroneità mediante due motivi di diritto così rubricati: *“I. Error in iudicando – Violazione e falsa applicazione degli artt. 6, 11, 12, 13 e 29 della legge 6 dicembre 1991, n. 394; II. Error in iudicando – Violazione degli artt. 12 e 13 della legge n. 394 del 1991 nonché degli artt. 2700 e 2697 cod. civ.”*.

In particolare, con tali mezzi l'Ente Parco è tornato a ribadire la piena legittimità del suo operato in quanto il provvedimento repressivo, col quale è stata ingiunta la demolizione di opere abusive in assenza di nullaosta, è finalizzato alla piena tutela dell'interesse pubblico alla salvaguardia dell'area protetta, scopo istituzionale dell'Ente resistente.

Parte appellante ha altresì formulato istanza istruttoria ex art. 104 cod. proc. amm. per l'ammissione della documentazione fotografica attestante l'aumento dei volumi delle opere oggetto dell'ordinanza di demolizione, come emerso dai rilievi dell'Ufficio Tecnico e del Corpo Forestale, precisando che tale documentazione sarebbe ammissibile *“essendo indispensabile ai fini della decisione della controversia”*, in quanto strumentale a completare il quadro della situazione processuale.

Si è costituito in resistenza all'appello l'originario ricorrente, il quale, oltre ad argomentare l'infondatezza delle censure rivolte alla sentenza, ha riproposto ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., i motivi assorbiti e non esaminati in primo grado, eccependo altresì l'inammissibilità ex art. 104 comma 2 cod. proc. amm. della produzione dei documenti nuovi da parte dell'Ente appellante.

La trattazione dell'istanza cautelare è stata abbinata al merito sull'accordo delle parti.

All'udienza pubblica del 16 dicembre 2025, la causa è stata discussa e assunta in decisione.

DIRITTO

Le censure possono essere così riepilogate.

Con il primo motivo d'appello si contesta la sentenza impugnata poiché ritiene inapplicabile al caso di specie il Piano del Parco Nazionale del Vesuvio e, di conseguenza, non soggetto ai

vincoli derivanti dal predetto piano e dalla legge 6 dicembre 1991, n. 394 (che, all'art. 34, ha istituito il "*Parco Nazionale del Vesuvio*") le opere oggetto della predetta istanza di condono.

Parte appellante deduce, infatti, che, contrariamente a quanto affermato dal giudice di prime cure, non rilevi la circostanza che l'istanza di condono in questione, peraltro ancora pendente, sia stata presentata in data anteriore alla redazione del Piano del parco, dal momento che, per costante giurisprudenza, nei procedimenti di condono riguardanti territori con vincoli di inedificabilità relativa si deve avere riguardo al regime vincolistico sussistente alla data di esame della domanda di sanatoria, secondo il principio *tempus regit actum*. Ne consegue che la liceità delle opere in questione andrà valutata alla luce di quanto previsto dalla legge n. 394 del 1991.

Sotto altro profilo, il vincolo naturalistico sull'area, ancorché sopravvenuto all'intervento edilizio, non può restare senza effetti sul piano giuridico, con la conseguenza che deve ritenersi sussistente l'onere procedimentale di acquisire il parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo in ordine alla assentibilità della domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca d'introduzione del vincolo, essendo tale valutazione funzionale all'esigenza di vagliare la compatibilità attuale dei manufatti realizzati abusivamente con lo speciale regime di tutela del bene soggetto al vincolo.

A sostegno dei propri assunti, l'Ente appellante sul piano normativo rammenta che:

- ai sensi dell'art. 12 della legge 6 dicembre 1991, n. 394, il piano del parco assicura "*La tutela dei valori naturali ed ambientali nonché storici, culturali, antropologici tradizionali affidata all'Ente parco*";
- in virtù del comma 7 del medesimo art. 12, il piano del parco "*sostituisce ad ogni livello i piani paesistici, i piani territoriali o urbanistici e ogni altro strumento di pianificazione*";
- l'art. 13 della legge n. 394 del 1991 disciplina l'istituto del nulla osta dell'Ente parco in relazione a concessioni o autorizzazioni relative ad interventi, impianti ed opere all'interno del parco.

In forza di tali norme l'Ente parco - pur se non investito dal procedimento per il condono edilizio (perché proposto al Comune territorialmente competente) - è titolare dei poteri che si esprimono nel rilascio o meno del nulla osta. Più in particolare, i poteri dell'Ente Parco sono preposti alla tutela di un interesse specifico volto a preservare l'ambiente all'interno di una zona di particolare valore naturalistico quale è il Parco. A tale interesse, l'ordinamento conferisce un particolare spessore, anche di rilievo costituzionale (art. 9 Cost.).

Col secondo motivo d'appello, si sostiene che la sentenza sia meritevole di riforma per aver erroneamente ritenuto che le opere oggetto dell'istanza di condono corrispondessero a quelle descritte nell'informativa CNR n.19/2016, nonostante siano riscontrabili evidenti aumenti di volume (anch'essi realizzati in assenza del provvedimento di cui all'art. 13 della legge n. 394 del 1991 e quindi in difformità al Piano del parco adottato ai sensi dell'art. 12 della medesima legge) rispetto alle opere per cui è stata proposta domanda di sanatoria, come accertato nel verbale di sopralluogo congiunto dell'Ufficio Tecnico e del Corpo Forestale, che fa piena prova e che, in ogni caso, non può essere smentito dalla dichiarazione di parte sulla preesistenza del

manufatto, essendo tale dichiarazione peraltro finalizzata all'ottenimento del condono.

Pertanto, il giudice di prime cure, ritenendo idonea tale istanza a provare che i manufatti in questione fossero stati realizzati in epoca antecedente all'emanazione del Piano del Parco, avrebbe di fatto operato sul punto un'illegittima inversione dell'onere della prova.

Inoltre, la non corrispondenza fra le opere oggetto del condono e quelle rilevate dall'informativa risulterebbe confermata dalla documentazione fotografica allegata relativa al sito in questione (f.27 particella 666, Somma Vesuviana), tratta dal *database* della città metropolitana di Napoli, la quale comproverebbe inequivocabilmente l'aumento dei volumi. Difatti, pur non essendo possibile comprovare con certezza la consistenza del presente risulterebbe che la sagoma non corrisponde a quella rilevata in sede di sopralluogo e che il fabbricato è stato oggetto di ampliamento

L'appello non è fondato, dovendo confermarsi la sentenza sia pur con diversa motivazione, anche in chiave integrativa delle statuizioni appellate.

Come sopra rilevato, la sentenza appellata ha annullato l'ordinanza di demolizione delle opere abusive adottata dall'Ente Parco ritenendo in sintesi non applicabili al fabbricato preesistente (risalente almeno al 1986, data della istanza di condono, e quindi ad un periodo antecedente l'entrata in vigore del Piano che *"è stato approvato dal Consiglio Regionale della Campania nella seduta del 19 gennaio 2010, pubblicato nel BURC n. 9 del 20 gennaio 2010 e successivamente nella Gazzetta Ufficiale Italiana n. 179 del 3 agosto 2010"*) la disciplina sull'Ente parco.

Ciò posto, l'Ente Parco ha ragione nell'affermare con il primo motivo d'appello che la disciplina sulla tutela del parco e il vincolo si applica anche a immobili preesistenti. Ciò in quanto, sulla base del principio *tempus regit actum*, rileva il complessivo regime giuridico dell'area alla data di emanazione del provvedimento conclusivo del procedimento.

La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, ancor di recente, ha ribadito il principio secondo il quale, se è vero che il vincolo sopravvenuto non può operare in via retroattiva, lo stesso non può neppure restare senza conseguenze sul piano giuridico, dovendosi ritenere sussistente l'onere di acquisire il parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo in ordine all'assentibilità della sanatoria delle opere abusivamente realizzate in precedenza alla sua apposizione (v., *ex multis*, Cons. Stato, VII, 3 ottobre 2025, n. 7754 e giurisprudenza ivi richiamata).

In proposito, basti qui solo rammentare che l'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con sentenza n. 20 del 1999 ha rilevato come il vincolo paesaggistico su un'area, ancorché sopravvenuto all'intervento edilizio non possa restare senza conseguenze sul piano giuridico, derivandone, indefettibilmente, che deve ritenersi sussistente l'onere procedimentale di acquisire il prescritto parere dell'autorità preposta alla tutela del vincolo in ordine all'assentibilità della domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca d'introduzione del vincolo, per essere tale valutazione funzionale all'esigenza di vagliare l'attuale compatibilità dei manufatti realizzati abusivamente con lo speciale regime di tutela del bene compendiatore

nel vincolo.

Ne consegue che nella fattispecie in esame non può considerarsi irrilevante o indifferente, *tamquam si non esset*, per l'amministrazione preposta al governo del territorio, il sopraggiungere di un vincolo paesaggistico incompatibile con l'opera, anche se all'epoca in cui fu realizzata tale vincolo non sussisteva.

Tuttavia, trattandosi nella specie di vincolo pacificamente sopravvenuto alla realizzazione delle opere oggetto dell'istanza di condono, esso non rende l'istanza di condono *a priori* inammissibile: invero, in base a quanto previsto dall'art. 33, comma 1, della L. n. 47/85, i vincoli di inedificabilità assoluta precludono *a priori* la condonabilità di un manufatto abusivo solo quando siano stati imposti con atti entrati in vigore prima della realizzazione dell'abuso. Viceversa, quando siffatti vincoli abbiano preso efficacia in un momento successivo alla realizzazione dell'abuso, assumono, ai fini della definizione delle pratiche di condono, la natura di vincoli relativi ai sensi dell'art. 32, l. 28 febbraio 1985 n. 47, che impongono un apprezzamento "*concreto di compatibilità*" (cfr. *ex multis* Cons. Stato, VI, 5 febbraio 2025, n. 896 che richiama sul punto Cons. Stato, 20 dicembre 2013, n. 6114).

Dunque, il vincolo sopravvenuto non preclude di per sé la condonabilità delle opere ma richiede una valutazione in concreto sulla compatibilità dell'opera con il vincolo "*naturalistico ambientale*" sopravvenuto che non può consistere nel mero richiamo del vincolo (Cons. Stato, n. 896/2025 cit.).

Pertanto, deve al contempo rilevarsi che la fondatezza - per le ragioni sopra esposte - del primo motivo d'appello non conduce alla riforma della sentenza gravata, che è suscettibile di conferma con diversa motivazione, in quanto il ricorso di primo grado è fondato sotto l'assorbente profilo della mancata previa definizione dell'istanza di condono pendente, dedotto col secondo motivo di doglianza (rubricato "*Violazione art. 38 L. 47/85 e art. 31 DPR 380/2001, eccesso di potere per erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, carenza di istruttoria e di motivazione*"), qui ritualmente riproposto dall'originario ricorrente ai sensi e per gli effetti dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm.

In linea di fatto, è pacifico che il promissario acquirente dal defunto padre dell'odierna parte appellante in data 31 dicembre 1986 presentò, in relazione al fabbricato e alle opere in questione, domanda di condono ai sensi della L. n. 47/1985, dando luogo al relativo procedimento presso il Comune di Somma Vesuviana, e che tale domanda è a tutt'oggi pendente in fase istruttoria e non è mai stata conclusa da alcun provvedimento.

Con l'ordinanza impugnata in prime cure l'Ente Parco ha ordinato la demolizione delle opere accertate, relative al medesimo immobile oggetto della domanda di condono pendente.

In linea di diritto, va ribadito il principio a mente del quale sono illegittimi gli ordini sanzionatori di demolizione di opere abusive emessi in pendenza del termine o in presenza della già avvenuta presentazione dell'istanza di condono edilizio, senza la sua previa formale definizione (cfr. *ex multis* Cons. Stato, II, 21 gennaio 2025, n. 439; Cons. Stato, VI, 3 maggio 2023, n. 4496; Consiglio di Stato, VI, 15 gennaio 2021, n. 488).

In linea generale, va poi ribadito che la normativa riferita al condono edilizio postula la permanenza dell'immobile da regolarizzare e non ammette, in pendenza del procedimento, la demolizione (cfr. ad es. Consiglio di Stato, VI, 8 agosto 2023, n. 7682).

Fino alla definizione delle domande di condono edilizio eventualmente presentate tutti i provvedimenti amministrativi adottati e adottandi aventi a oggetto sanzioni per abusi edilizi devono intendersi sospesi (come prevedono gli artt. 38, comma 1 e 44 della legge 47/1985); ne consegue che non appare ammissibile una valutazione prognostica da parte del giudice relativamente all'esito dell'istanza di condono, prima che su di essa si sia determinata l'Amministrazione competente; ancora meno lo appare da parte della stessa amministrazione, stante l'autonomia e specificità dell'*iter* condonistico. Solo una volta esitata negativamente l'istanza di condono, infatti, sarà possibile disporre la demolizione del bene, privando per l'effetto di ogni utilità una decisione circa l'attuale legittimità (o illegittimità) delle opere (Cons. Stato, Sezione II, n. 439/2025 cit.).

L'amministrazione non può dunque neanche invocare il prevedibile esito di una istanza che è nella sua disponibilità e che il giudice non può vagliare, trattandosi di poteri amministrativi non ancora esercitati.

È pur vero che nel caso di specie l'amministrazione ha fatto riferimento, con il secondo motivo di appello, ad alcuni elementi potenzialmente ostativi alla sanatoria richiesta, quali asserite difformità, in termini di ampliamento di volumi, rispetto all'opera per la quale pende domanda di sanatoria.

Si tratta, tuttavia, di censure infondate e, allo stato, comunque non accoglibili.

In proposito, va innanzitutto dichiarata l'inammissibilità ex art. 104 comma 2 c.p.a. della produzione, da parte dell'Ente appellante e nel solo giudizio di gravame, dei documenti distinti come "4a", "4b", "4c" e "4d" e costituiti da asseriti rilievi aerofotogrammetrici, privi di data certa, del fabbricato, trattandosi di nuove prove che, essendo già nella disponibilità dell'amministrazione, dovevano essere fornite nel procedimento e nel giudizio di primo grado.

Al riguardo, appare utile ricordare l'insegnamento dell'Adunanza plenaria (cfr. Cons. st., ad. plen. 14/2004) per cui la completa parità delle parti nel processo s'impone come valore di rilevanza costituzionale (cfr. art. 24 Cost.). Ne consegue, non solo la necessità che la norma posta per regolare il processo assicuri detta parità in ogni stato e grado di esso, ma anche l'erroneità di ogni interpretazione di tale norma dalla quale possa evincersi una posizione di privilegio, sul piano processuale, di una parte a discapito delle altre.

Nel giudizio amministrativo d'appello la produzione di documenti nuovi è disciplinata dall'art. 104, comma 2, c.p.a., che ne ammette la produzione se il collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, ovvero se la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile.

La valutazione di indispensabilità, pur costituendo autonomo presupposto per l'ammissione di nuove prove e la produzione di nuovi documenti, deve tenere in considerazione la correlazione

- tipica del processo amministrativo - tra onere della prova e disponibilità della prova stessa: l'onere della prova cioè sussiste nei limiti della disponibilità e non oltre di modo che - qualora il privato ricorrente non sia nella disponibilità della prova - venga sollevato dal relativo onere, che verrà addossato sulla pubblica amministrazione, la quale dovrà depositare gli atti che siano nella sua disponibilità (Cons. Stato IV, n. 5560/2021).

Il potere istruttorio attribuito al giudice d'appello non è illimitato e, alla luce di una interpretazione costituzionalmente orientata e rispettosa dei principi del giusto processo e della parità delle parti, non può supplire a violazioni dell'onere probatorio, specie quando tale onere ricade sulla parte pubblica in base al principio della "vicinanza alla prova" che è strettamente collegato a quello della disponibilità della prova.

Di conseguenza, il potere del giudice di appello di acquisire d'ufficio nuove prove, che ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa, non è esercitabile quando la lacuna istruttoria è interamente imputabile alla parte pubblica che aveva la piena disponibilità delle prove, perché altrimenti si consentirebbe alla p.a., titolare sul piano sostanziale di poteri autoritativi e unilaterali, di replicare sul piano processuale tale supremazia nei confronti del privato.

Inoltre, il potere istruttorio attribuito al giudice d'appello non può essere esercitato – in chiave agevolativa a favore di una delle parti - per sanare preclusioni e decadenze già verificatesi in primo grado, poiché si tratterebbe della produzione non di nuove prove, bensì di prove dalle quali la parte è decaduta (Cons. Stato, Sezione VI 31 gennaio 2025 n. 742; cfr. Cons. Stato, Sezione IV 5 maggio 2025 n. 3803; C. St. Sezione III 7 maggio 2025 n. 3872).

Va dunque condivisa un'interpretazione del requisito dell'indispensabilità che presupponga comunque la verificata impossibilità di acquisire la conoscenza di quei fatti con altri mezzi, che la parte aveva l'onere di fornire nelle forme e nei tempi stabiliti dalla legge processuale. Si tratta di un'interpretazione conforme ai principi della parità delle parti, del contraddittorio e del giusto processo previsto dall'articolo 111, primo comma, della Costituzione, principi che sono stati recepiti dall'art. 2 del c.p.a. e che il processo amministrativo deve attuare (Cons. Stato, VI, 5 febbraio 2025 n. 907).

Infatti, nel processo amministrativo il principio di parità delle parti, di cui all'art. 2 c.p.a., regola anche l'acquisizione e la valutazione delle prove e il metodo acquisitivo che tempera il principio dispositivo serve a colmare la disparità esistente sul piano sostanziale tra pubblica amministrazione e privato: la prima titolare di poteri unilaterali e autoritativi dispone degli atti dei procedimenti e il secondo titolare di una posizione soggettiva che può essere negativamente incisa senza il suo consenso è garantito dal suo diritto di conoscere gli atti dei procedimenti.

Da ciò consegue che il metodo acquisitivo nell'acquisizione delle prove non può essere utilizzato a svantaggio della parte privata per supplire a oneri probatori non assolti dall'amministrazione, pena la violazione del principio della parità delle parti. Alla luce di tali principi e delle riportate coordinate ermeneutiche, appare evidente che la lacuna istruttoria è, dunque, interamente imputabile alla parte pubblica e non sussistono i presupposti affinché il Collegio possa colmarla ritenendo indispensabili i documenti ai fini della decisione della causa

in quanto se, da un lato, l'amministrazione appellante aveva già la disponibilità della prova in questione (non essendo, quindi, affatto dimostrato che la parte non abbia potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile), dall'altro l'esigenza istruttoria non è sorta solo in appello (Cons. Stato, sezione VII 24 dicembre 2024 n. 10370; cfr. Cons. Stato, sezione VI, 21 maggio 2024 n. 4492).

Tanto *in limine* rilevato, non può ritenersi adeguatamente comprovata – nel contesto documentale e probatorio proprio del presente giudizio d'appello – l'allegazione di alterità tra il fabbricato rappresentato nell'istanza di condono e il manufatto rilevato in sede di sopralluogo dell'8 giugno 2016.

In questa sede, stante l'inammissibilità delle nuove prove prodotte da parte appellante, può solo ritenersi dimostrato, come si legge nella suddetta relazione di sopralluogo, che sul terreno, pervenuto per donazione all'appellato, *“da accertamenti fatti sulle cartografie in possesso di quest'ufficio risulta una preesistenza dal 1982”*, tale affermazione dimostrando – semmai - che un manufatto insistesse sul terreno ora di proprietà dell'odierno appellato già prima dell'anno 1983. Per tale manufatto, come si è detto, nel 1986 il promissario acquirente presentò al Comune di Somma Vesuviana una istanza che non è stata ancora definita.

Peraltro, nella medesima relazione di sopralluogo si precisa che *“trattandosi di aerofotogrammetrico con rapporto in scala 1.5000 non è possibile comprovare con certezza la consistenza del preesistente”*, pur inferendosi la diversità di sagoma a cagione di un supposto “ampliamento”.

Tale genericità, con conseguente omessa indicazione di ciò che sarebbe stato oggetto di ampliamento e di difformità rispetto alla preesistenza, non consente, allo stato, se non previa definizione dell'istanza di condono, di compiere alcun confronto tra le dimensioni approssimative del manufatto rilevate nella relazione di sopralluogo e quelle indicate nel *“calcolo della superficie da condonare”* allegato all'istanza di condono del 31 dicembre 1986. Di conseguenza, non è sufficientemente dimostrata la non corrispondenza tra immobile dichiarato nell'istanza a suo tempo presentata e l'esistente.

Infatti, come dedotto dall'appellato, l'ordinanza impugnata in primo grado nemmeno consente di intendere con esattezza quale sarebbe l'effettiva consistenza delle opere abusive da demolire, ivi difettando ogni riferimento all'istanza di condono e a quanto ivi rappresentato.

In proposito, deve rammentarsi che, come noto, la legislazione statale in materia di condono presuppone la permanenza dell'opera da condonare nel corso del procedimento di condono; in pendenza di tale procedimento, sono ammessi solo lavori di completamento dell'opera stessa, come risulta dalla chiara formulazione dell' art. 35, comma 12, l. n. 47 del 1985; non è invece ammissibile la sua sostituzione con un nuovo manufatto, anche se identico dal punto di vista volumetrico, della sagoma e della superficie (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. II, 28 maggio 2019, n. 3471).

Ora l'Ente Parco evidenzia in giudizio che sulla base dei rilievi aerofotogrammetrici vi sarebbe una differente consistenza tra l'immobile di cui all'istanza di condono e l'esistente, perché vi

sarebbero stati presunti ampliamenti (“forse” tettoie) e l’aggiunta di un’area pavimentata. Quindi sarebbero state realizzate in epoca successiva all’istituzione dell’Ente Parco opere di ampliamento del manufatto che avrebbero reso necessario il nulla osta ai sensi dell’art. 13 della legge n. 394 del 1991.

Questa, in sintesi, la prospettazione dell’Ente appellante.

Senonché – oltre al fatto che sul punto l’istruttoria è carente – è dirimente osservare che, trattandosi di asserite difformità sul medesimo immobile e concernenti le stesse opere, in ogni caso occorre preliminarmente, rispetto all’adozione del provvedimento sanzionatorio, la definizione del procedimento di condono pendente, anche attraverso la verifica della non condonabilità di un immobile (o di parti di esso) preesistente alla istituzione del Parco, valutando l’eventuale e distinta realizzazione di mutamenti ulteriori rispetto a quanto posto a base dell’istanza di condono.

D’altronde, nel perdurante silenzio del Comune di Somma Vesuviana, non può obliterarsi che l’istanza di condono, ancora oggi non definita, risalga a circa quarant’anni fa e, in particolare, a circa venticinque anni prima dell’acquisizione donativa da parte dell’odierno appellato

Dai principi sin qui richiamati emerge all’evidenza l’onere per il Comune di Somma Vesuviana della previa definizione della domanda di condono, attraverso l’applicazione della relativa disciplina peculiare, anche con riferimento agli (eventuali) lavori ulteriori e alla distinzione tra questi e le opere oggetto della domanda.

Invero, l’ordinanza di demolizione non contiene in ogni caso alcuna considerazione che consenta di poter affermare che, in forza della complessiva trasformazione dell’immobile o per altra ragione ostativa, il Comune abbia ritenuto inammissibile o improcedibile o, comunque, abbia respinto la domanda di condono (Cons. Stato, sezione VI, 24 luglio 2024 n. 6693).

Il Comune deve, infatti, accertare se l’immobile è difforme rispetto alla domanda di condono e verificare prima di demolire cosa sia (eventualmente) condonabile e cosa non lo sia.

Nell’ambito di tale procedimento, di natura urbanistica, di competenza comunale l’Ente Parco sarà chiamato ad esprimere il nulla – osta di sua competenza, di natura naturalistico-ambientale: difatti, come del resto correttamente rammentato dall’Ente appellante, i due procedimenti, pur se paralleli, mirano al perseguimento di interessi pubblici coesistenti, ma tra loro non sovrapponibili, aventi ad oggetto lo stesso ambito territoriale.

All’esito di tale doverosa attività residueranno, in relazione alle opere non condonate e non compatibili con *“la tutela dei valori naturali ed ambientali nonché storici, culturali, antropologici tradizionali affidata all’Ente parco”*, gli obblighi di sanzione derivanti dalla ordinaria disciplina sulla vigilanza edilizia.

Alla luce delle considerazioni che precedono, pertanto, l’appello va respinto, dovendo confermarsi la sentenza impugnata con diversa motivazione, in quanto il ricorso di primo grado è fondato e va confermato il suo accoglimento sotto l’assorbente profilo predetto, dedotto col

secondo motivo del ricorso originario.

Quanto alle spese di giudizio, alla luce del principio della soccombenza, vanno poste a carico di parte appellante e in favore dell'appellato, nell'importo liquidato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, confermando la sentenza del Tar in epigrafe indicata, di accoglimento del ricorso di primo grado e annullamento dell'impugnata ordinanza di demolizione, nei sensi indicati in motivazione.

Condanna l'Ente Parco Nazionale del Vesuvio al pagamento delle spese del grado di giudizio che liquida a favore dell'appellato Carmine Fortunio in complessivi €

4.000,00 (quattromila/00), oltre oneri e accessori se per legge dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 dicembre 2025 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Chieppa, Presidente

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Sergio Zeuli, Consigliere

Pietro De Berardinis, Consigliere

Marco Valentini, Consigliere