



*Fondazione de Iure Publico*  
*Centro Studi Giuridici sulla Pubblica Amministrazione*  
20124 MILANO Corso Italia, 8 Tel. 02.66989008 Fax. 02.67384578  
<http://www.deiurepublico.it>

**LA DISCIPLINA DELLA TUTELA DEL PAESAGGIO:  
ANALISI NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE  
IN MATERIA DI PIANIFICAZIONE PAESAGGISTICA,  
AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA, ABUSI E  
SANATORIE IN AREE SOGGETTE A VINCOLI**

*Dispensa a cura*  
*dell'Avv. Bruno Bianchi*  
*Presidente Fondazione de Iure Publico*



**CORSO FORMATIVO ONLINE**  
**martedì 21 febbraio 2023**



**LA DISCIPLINA DELLA TUTELA DEL PAESAGGIO: ANALISI NORMATIVA E  
GIURISPRUDENZIALE IN MATERIA DI PIANIFICAZIONE PAESAGGISTICA,  
AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA, ABUSI E SANATORIE IN AREE SOGGETTE A  
VINCOLI**

1. <i>La pianificazione paesaggistica e il rapporto con gli altri strumenti di pianificazione territoriale.</i>	4
2. <i>Le implicazioni paesaggistiche nella pianificazione regionale: la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità della normativa lombarda.</i>	7
3. <i>L'autorizzazione paesaggistica e i principi su cui è improntato il procedimento.</i>	9
4. <i>Il parere tardivo della Soprintendenza nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica: i diversi orientamenti della giurisprudenza amministrativa circa l'operatività del silenzio-assenso.</i>	13
5. <i>I criteri per la riconducibilità degli interventi eseguiti in area sottoposta a vincolo paesaggistico tra quelli non soggetti ad autorizzazione o tra quelli soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato</i>	15.
6. <i>I rapporti tra autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire.</i>	19
7. <i>Le condizioni per l'operatività della cd. autorizzazione paesaggistica postuma.</i>	20
8. <i>Abusi edilizi in area con vincolo paesaggistico: no alla sanatoria.</i>	22
9. <i>La fiscalizzazione degli abusi edilizi in presenza vincoli paesaggistici.</i>	23
10. <i>Il condono nell'ipotesi di vincolo paesaggistico sopravvenuto alla presentazione dell'istanza.</i>	25

## 1. La pianificazione paesaggistica e il rapporto con gli altri strumenti di pianificazione territoriale.

La presente trattazione, avendo ad oggetto la disciplina posta a tutela del paesaggio alla luce dei più recenti pronunciamenti della giurisprudenza, non può che prendere le mosse dalla normativa vigente in materia di pianificazione paesaggistica quale strumento fondamentale al quale viene demandato il compito di apprestare le idonee misure di salvaguardia del paesaggio e al quale il legislatore ha riconosciuto una posizione di primazia rispetto agli altri strumenti di governo del territorio.

A migliore comprensione di quanto si dirà nel proseguo appare opportuno fornire sin da ora un *breve excursus* dell'evoluzione normativa in materia, ricordando per sommi capi come la - seppur risalente - attenzione al patrimonio storico e culturale italiano abbia trovato un significativo approdo dapprima nella legge n. 778 del 1922 e, successivamente, nelle due leggi del 1939, la n. 1497 («Protezione delle bellezze naturali») e la n. 1089 («Tutela delle cose di interesse artistico e storico»), passando poi per la legge n. 431 del 1985 (di conversione del d.l. n. 312/1985, meglio nota come cd. «Legge Galasso») e per il D.lgs. n. 490/1999 (cd. «Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali»), per giungere all'attuale D.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 recante il cd. «Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio»<sup>1</sup>.

Fermo quanto premesso in termini generali, il principio di pianificazione dei valori paesaggistici - riconosciuto sin dalla legge n. 1497/1939 mediante un piano territoriale paesistico quale atto regolamentare volto ad impedire che le «bellezze naturali» fossero «utilizzate in modo pregiudizievole alla bellezza panoramica» - ha assunto una rilevanza centrale nel D.lgs. n. 42/2004 che ha inserito la disciplina della «Pianificazione paesaggistica» all'articolo 135 - tra le «Disposizioni generali» del titolo I relative ai beni paesaggistici - per poi normarla compiutamente al Capo III (articoli da 143 a 145).

L'articolo 135 al primo comma dispone che «lo Stato e le regioni assicurano che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti che lo costituiscono. A tale fine le regioni sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio mediante piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi di seguito denominati: "piani paesaggistici"». I piani paesaggistici sono di competenza regionale<sup>2</sup> - salvi i casi nei quali «l'elaborazione dei piani paesaggistici avviene congiuntamente tra Ministero e regioni, limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d), nelle forme previste dal medesimo articolo 143».<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> <https://rivista.inarcassa.it/professione/normativa-paesaggistica-storia-ed-evoluzione>.

<sup>2</sup> Rimane comunque ferma la competenza statale nell'individuazione delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale in materia di tutela del paesaggio.

<sup>3</sup> L'articolo 143, comma 1 alle lett. b), c) e d) dispone che: «L'elaborazione del piano paesaggistico comprende almeno: (...)

b) ricognizione degli immobili e delle aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'articolo 136, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione delle specifiche prescrizioni d'uso, a termini dell'articolo 138, comma 1, fatto salvo il disposto di cui agli articoli 140, comma 2, e 141-bis;

c) ricognizione delle aree di cui al comma 1 dell'articolo 142, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione di prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei caratteri distintivi di dette aree e, compatibilmente con essi, la valorizzazione;

d) eventuale individuazione di ulteriori immobili od aree, di notevole interesse pubblico a termini dell'articolo 134, comma 1, lettera».

Passando all'analisi dell'articolo 143 – quale norma di rilievo contenuta nel Capo III - preme qui evidenziare, segnatamente, il disposto di cui al secondo comma secondo cui *«le regioni, il Ministero ed il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare possono stipulare intese per la definizione delle modalità di elaborazione congiunta dei piani paesaggistici, salvo quanto previsto dall'articolo 135, comma 1, terzo periodo. Nell'intesa è stabilito il termine entro il quale deve essere completata l'elaborazione del piano»*.<sup>4</sup>

L'ultimo comma dell'art. 143 si occupa di regolare i rapporti tra piano paesaggistico e gli altri strumenti di pianificazione territoriale e chiarisce come *«a far data dalla approvazione del piano le relative previsioni e prescrizioni sono immediatamente cogenti e prevalenti sulle previsioni dei piani territoriali ed urbanistici»*.

L'articolo 145, rubricato *«Coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione»*, è dedicato principalmente all'efficacia della pianificazione paesaggistica ed al rapporto, da sempre di difficile coabitazione, con l'urbanistica. In particolare, al comma terzo è previsto che *«le previsioni dei piani paesaggistici di cui agli articoli 143 e 156 non sono derogabili da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico, sono cogenti per gli strumenti urbanistici dei comuni, delle città metropolitane e delle province, sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici, stabiliscono norme di salvaguardia applicabili in attesa dell'adeguamento degli strumenti urbanistici e sono altresì vincolanti per gli interventi settoriali. Per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette»*.

La formula utilizzata dal Codice per affermare la prevalenza del piano paesistico sugli altri strumenti di pianificazione si concretizza nello sviluppo degli effetti di cui esso è capace: immediata prevalenza su disposizioni difformi degli strumenti urbanistici; previsione di norme di salvaguardia; vincolatività per gli interventi settoriali.<sup>5</sup>

In materia, non si può che prendere le mosse dalla nota sentenza n. 387/2007 con cui la Corte costituzionale ha affermato la rilevanza del valore primario e assoluto del paesaggio, in grado di sovrapporsi e prevalere rispetto alle pianificazioni urbanistiche ed in siffatta più ampia prospettiva si colloca il principio della gerarchia degli strumenti di pianificazione dei diversi livelli territoriali espresso dal citato articolo 145 del D.lgs. n. 42/2004 che, al tempo stesso, è considerata norma interposta in riferimento all'articolo 117 Cost. in materia di *«conservazione ambientale e paesaggistica»* ed esprime un principio fondamentale in materia di *«governo del territorio»*.

In questo senso, i giudici costituzionali hanno evidenziato che l'impronta unitaria della pianificazione paesaggistica *«è assunta a valore imprescindibile, non derogabile dal legislatore regionale in quanto espressione di un intervento teso a stabilire una metodologia uniforme nel rispetto della*

---

<sup>4</sup> La norma prosegue prevedendo che *«Il piano è oggetto di apposito accordo fra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241. L'accordo stabilisce altresì i presupposti, le modalità ed i tempi per la revisione del piano, con particolare riferimento all'eventuale sopravvenienza di dichiarazioni emanate ai sensi degli articoli 140 e 141 o di integrazioni disposte ai sensi dell'articolo 141-bis. Il piano è approvato con provvedimento regionale entro il termine fissato nell'accordo. Decorso inutilmente tale termine, il piano, limitatamente ai beni paesaggistici di cui alle lettere b), c) e d) del comma 1, è approvato in via sostitutiva con decreto del Ministro, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare»*.

<sup>5</sup> *«Il paesaggio nel titolo V della costituzione e nel D. lgs. 42/2004 "codice dei beni culturali e del paesaggio" a cura di Paride Cesare Credi.*

*legislazione di tutela dei beni culturali e paesaggistici sull'intero territorio nazionale».*<sup>6</sup> Come anche più recentemente affermato dalla Consulta «il principio di prevalenza della tutela paesaggistica deve essere declinato nel senso che al legislatore regionale è impedito non solo adottare normative che derogino o contrastino con norme di tutela paesaggistica che pongono obblighi o divieti, ossia con previsioni di tutela in senso stretto, ma, altresì, introdurre limiti o condizioni, in qualsiasi forma, senza che ciò sia giustificato da più stringenti ragioni di tutela, le quali possono se del caso trovare riconoscimento anche negli strumenti urbanistici regionali o comunali, tanto più, poi, se dette limitazioni trovino giustificazione in mere esigenze urbanistiche» (Corte Costituzionale, 21 aprile 2021, n.74).

I giudici amministrativi si sono posti nel medesimo solco e hanno affermato che «i piani paesaggistici sono in cima alla piramide degli strumenti di pianificazione del territorio e ad essi devono conformarsi in caso di contrasto gli altri strumenti urbanistici».<sup>7</sup> In proposito, il Consiglio di Stato ha evidenziato che i principi cardine ai quali detto coordinamento si ispira sono:

- «a) il riconoscimento in capo all'organo ministeriale del potere di individuare le linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale per quanto riguarda la tutela del paesaggio;*
- b) il rilievo nazionale e accentrato dell'esercizio del potere in questione, con precipue finalità di indirizzo della pianificazione e di direzione ai fini del conferimento di funzioni e compiti alle Regioni e agli Enti locali;*
- c) il principio del coordinamento dei piani paesaggistici rispetto agli altri strumenti di pianificazione territoriale e di settore, nonché rispetto a piani, programmi e progetti nazionali e regionali di sviluppo economico;*
- d) l'espressa inderogabilità delle previsioni contenute nei piani paesaggistici di cui agli articoli 143 e 156 del medesimo Codice da parte di piani, programmi e progetti nazionali o regionali di sviluppo economico; l'espressa cogenza delle previsioni medesime rispetto agli strumenti urbanistici degli Enti territoriali minori (comuni, città metropolitane e province); l'espressa prevalenza delle stesse sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici e sulle normative di settore;*
- e) l'obbligo di conformazione e di adeguamento degli strumenti di pianificazione urbanistica e territoriale degli Enti locali minori alle previsioni dei piani paesaggistici, secondo le procedure previste dalla legge regionale».* (Consiglio di Stato sez. IV, 14 maggio 2021, n.3820).

Al termine della presente disamina si evince che il «Codice dei beni culturali» ha attribuito al piano paesaggistico straordinarie potenzialità e ciò deve spingere alla creazione di piani in grado di realizzare un assetto territoriale soddisfacente, orientati verso un'idea di sostenibilità che tuteli il territorio e favorisca allo stesso tempo lo sviluppo della qualità paesaggistica attraverso la valorizzazione della risorsa-paesaggio.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Corte Costituzionale, 29 gennaio 2016, n.11.

<sup>7</sup> Consiglio di Stato, sez. IV, 24 febbraio 2020, n. 1355.

<sup>8</sup> «Il diritto al paesaggio. Tutela, valorizzazione, vincolo ed autorizzazione», MAGNOSI F., Exeo edizioni, Padova, 2011.

2. *Le implicazioni paesaggistiche nella pianificazione regionale: la Corte Costituzionale dichiara l'illegittimità della normativa lombarda.*

Posto quanto sin qui rappresentato in ordine al principio di preminenza della pianificazione paesaggistica, preme ora soffermarsi sulle relative implicazioni nella pianificazione regionale alla luce della recente sentenza Corte Costituzionale n. 251 del 19 dicembre 2022.

Con la pronuncia *de qua*, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'articolo 6, comma 1, lett. a), della L.R. Lombardia 16 dicembre 2021, n. 23 che, in assenza di un piano paesaggistico elaborato congiuntamente dallo Stato e dalla Regione, consente l'ampliamento della superficie dei fabbricati da destinare ad attività agrituristica, atteso che la norma introduce il rischio di pregiudicare scelte di tutela del paesaggio che devono essere necessariamente condivise, con conseguente violazione della competenza statale stabilita dall'articolo 117, secondo comma, lettera s)<sup>9</sup>, Cost in relazione al principio di necessaria pianificazione paesaggistica e, in connessione con esso, al principio di leale collaborazione.

Nello specifico, la norma regionale ha sostituito il secondo periodo del comma 3 dell'articolo 154 della L.R. Lombardia 5 dicembre 2008, n. 31 (*Testo unico delle leggi regionali in materia di agricoltura, foreste, pesca e sviluppo rurale*) - che, nel testo vigente prima della modifica, recitava: «*Il riuso degli immobili rurali destinati ad agriturismo, anche distaccati, può avvenire attraverso interventi di ristrutturazione edilizia, di restauro e risanamento conservativo e attraverso ampliamenti necessari all'adeguamento igienico-sanitario e tecnologico. È, altresì, consentito, per una sola volta, l'ampliamento nella misura massima del dieci per cento della superficie lorda di pavimento destinata a uso agrituristico sulla base della potenzialità agrituristica risultante dal certificato di connessione*» - disponendo che «*è, altresì, consentito, per una sola volta, l'ampliamento nella misura massima del dieci per cento della superficie lorda dei fabbricati, individuati nel certificato di connessione, già destinati o da destinare all'attività agrituristica*».

Secondo il Presidente del Consiglio dei ministri tale generalizzata possibilità di realizzare incrementi volumetrici nella misura anzidetta era stata prevista senza alcuna considerazione o riferimento al contesto paesaggistico: in particolare, è stato contestato al legislatore regionale di non aver tenuto conto che solo al piano paesaggistico elaborato d'intesa tra Stato e Regione spetta stabilire per ciascuna area tutelata le prescrizioni d'uso e individuare la tipologia delle trasformazioni compatibili e di quelle vietate, nonché le condizioni delle eventuali trasformazioni determinando la violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., in relazione agli artt. 135, 143 e 145 del «*Codice dei beni culturali*».

Del pari è stata oppugnata la violazione del principio di leale collaborazione, poiché il carattere unilaterale dell'iniziativa assunta dalla Regione si poneva in contrasto con il protocollo d'intesa sottoscritto il 21 luglio 2017 dalla Regione Lombardia e dal Ministero della cultura avente ad oggetto la redazione congiunta del piano paesaggistico.

Infine, il ricorrente ha contestato la violazione dell'articolo 9 Cost., a causa dell'abbassamento del livello di tutela paesaggistica determinato dalla norma impugnata.

---

<sup>9</sup> L'articolo 117, comma 2 dispone che: «*Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:(...) s) tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*».

La Regione, nel richiedere la dichiarazione di inammissibilità delle questioni promosse, ha rilevato che la norma impugnata, avendo carattere urbanistico, era espressione della competenza legislativa regionale in materia di governo di territorio *ex* articolo 117, comma 3 Cost. e di quella esclusiva in materia di agricoltura, senza porsi in contrasto con i principi generali di tutela del paesaggio sanciti dal Codice. Pertanto, ad avviso della resistente, la doglianza del ricorrente legata alla mancanza di un piano paesaggistico predisposto in attuazione del principio di leale collaborazione non poteva tradursi in una censura avverso una norma disciplinante altro.

La Corte Costituzionale, nel dichiarare fondate le questioni sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, ha osservato che, consentendo l'ampliamento nella misura massima del dieci per cento della superficie lorda (e non di pavimento) dei fabbricati da destinare ad attività agrituristica, la disposizione regionale impugnata ha introdotto la possibilità di aumentare la volumetria degli edifici esistenti in zona agricola senza prevedere al contempo una espressa e adeguata clausola di salvaguardia dei beni sottoposti a tutela paesaggistica.

Ad avviso della Corte, *«nel caso di specie, d'altro canto, l'omessa indicazione, da parte della norma regionale impugnata, della espressa necessità di rispettare il piano paesaggistico o il codice di settore non può ritenersi compensata dalla possibilità di un'interpretazione rispettosa dei vincoli suddetti»*. Infatti, come ripetutamente affermato dalla Consulta, *«una tale omissione non determina di per sé l'illegittimità costituzionale della disposizione solo ove nella stessa regione sia operante un piano paesaggistico approvato secondo quanto previsto dagli artt. 135, 143 e 145 cod. beni culturali (sentenze n. 187 e n. 24 del 2022, n. 124 e n. 54 del 2021). Laddove invece un piano paesaggistico codeciso tra lo Stato e la regione non sia stato ancora approvato, “occorre maggiore cautela nel valutare la portata precettiva delle norme che intersechino profili attinenti con tale pianificazione”, e ciò “[n]on perché la Regione non possa in nessun caso attivare le proprie competenze legislative, ma perché va evitato il rischio che esse [...] permettano il consolidamento di situazioni tali da ostacolare il compiuto sviluppo della pianificazione paesaggistica” (sentenza n. 187 del 2022)»*.

Dirimente è stata, quindi, la circostanza che la pianificazione paesaggistica nella Regione Lombardia è attualmente rimessa non a un piano codeciso fra Stato e Regione, ma al piano territoriale regionale (PTR): *«per quanto, dunque, non si possa negare che la Regione Lombardia risulti dotata - e lo sia in effetti già da prima dell'entrata in vigore del Codice dei beni culturali e del paesaggio - di uno strumento di pianificazione specificamente orientato alla tutela del paesaggio, tuttora operante come parte del PTR, è altrettanto evidente che tale pianificazione esprime scelte imputabili in via esclusiva alla Regione stessa, alle quali lo Stato è rimasto estraneo, e che resta ancora inattuato, nella Regione, il modello di pianificazione paesaggistica prescritto dal medesimo Codice, il cui tratto caratterizzante è costituito appunto dall'elaborazione congiunta dello Stato e della Regione»*.

L'indiscussa prevalenza del piano paesaggistico così elaborato - ripetutamente ribadita dalla Corte - non costituisce una mera petizione di principio, ma sottende quel dovere di assicurare *«che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti»* previsto dal comma 1 dell'articolo 135 e che rinviene il suo imprescindibile presupposto nella visione d'insieme delle aree da tutelare e dei contesti in cui le medesime sono inserite.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> tra le più recenti, sentenze n. 240, n. 229, n. 221, n. 192, n. 187, n. 45 e n. 24 del 2022; n. 261, n. 257, n. 251, n. 201, n. 164, n. 141, n. 74, n. 54 e n. 29 del 2021; n. 276 e n. 240 del 2020.



I principi di elaborazione congiunta, inderogabilità e prevalenza del piano paesaggistico si impongono, quindi, al legislatore regionale, il quale non può né esplicitamente derogare ai vincoli della pianificazione paesaggistica, né aggirarli introducendo, in assenza del piano codicistico, previsioni atte a pregiudicare le scelte condivise di tutela che nel piano stesso troveranno necessaria espressione.

In definitiva, *«la mancanza di un piano paesaggistico frutto del pieno coinvolgimento dello Stato e della Regione e l'impossibilità di trarre dalla normativa regionale un'interpretazione tale da far ritenere comunque operanti i vincoli paesaggistici determinano l'illegittimità costituzionale della norma impugnata per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. in relazione al principio della necessaria pianificazione paesaggistica e, in connessione con esso, al principio di leale collaborazione»*; a ciò si aggiunge che *«è violato, infine, anche l'art. 9 Cost. in ragione dell'evidente abbassamento del livello di tutela paesaggistica derivante da una previsione che estende la possibilità di ampliamento dei fabbricati rurali, senza considerare gli effetti sul paesaggio»*.

### 3. L'autorizzazione paesaggistica e i principi su cui è improntato il procedimento.

Tra gli strumenti posti dal legislatore volti alla tutela del paesaggio riveste un ruolo fondamentale l'autorizzazione paesaggistica mediante la quale l'autorità amministrativa esercita un controllo circa la compatibilità, in riferimento alla salvaguardia dei valori di identità del territorio, dei progetti delle opere da realizzare nelle aree vincolate.

La regolamentazione del potere autorizzatorio in materia paesaggistica è il risultato di una costante evoluzione normativa volta a contemperare l'esigenza pubblicistica all'integrità del paesaggio e la salvaguardia delle facoltà connesse al diritto dominicale dei beni sottoposti a vincolo che, talvolta, legittima la compressione dello *ius aedificandi* in favore della tutela di interessi paesaggistici ed ambientali. In via generale, la sussistenza di un vincolo paesaggistico ha l'effetto di determinare un regime di inedificabilità relativa che comporta l'assoggettamento alla preventiva deliberazione dell'autorità preposta alla tutela del bene protetto, di ogni progetto concernente la trasformazione e l'uso del bene.<sup>11</sup>

Gli interventi incidenti sul paesaggio possono ricadere sotto diverse discipline a seconda del rispettivo tipo: vi sono interventi assoggettati a regime autorizzatorio cd. «ordinario» di cui all'articolo 146 del «Codice dei beni culturali e del paesaggio»; interventi cui si applica il procedimento autorizzatorio «semplificato» e interventi «liberi», cioè esclusi dall'obbligo di autorizzazione.

L'articolo 146, rubricato «Autorizzazione» e inserito nel capo IV «Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela» del Codice, viene annoverato tra le disposizioni portanti dell'intero impianto codicistico dal momento che, nel disciplinare il regime e le modalità per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica obbligatoria, persegue la finalità di *«garantire una concreta ed efficace azione impositiva al regime vincolistico predisposto dall'ordinamento»*.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Cfr. G. GUZZO - E. DEL GRECO, La tutela del paesaggio: tra quadro normativo e giurisprudenziale e criticità di sistema, in LexItalia.it, 2017, p. 15.

<sup>12</sup> Così M.R. Spasiano, Commento all'art. 146, in M.A. Sandulli (a cura di), Codice dei beni culturali e del paesaggio, Milano, 2019, 1306.

Più nel dettaglio, l'articolo 146, al primo comma stabilisce che «i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione», avendo «l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione», come disposto dal secondo comma.

La previsione della documentazione posta a corredo dell'istanza è preordinata proprio alla «verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato» (articolo 146, comma 3). L'importanza di tale verifica è sottolineata dalla previsione secondo cui essa costituisce «atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio» ed è anche il motivo per cui, fuori dai casi di cui all'articolo 167, comma 4 e 5 del Codice, è preclusa la possibilità di rilasciare l'autorizzazione in sanatoria successivamente alla realizzazione degli interventi (articolo 146, comma 4).<sup>13</sup>

Soffermandosi ora sulla disamina degli aspetti procedurali, il comma quinto stabilisce che «sull'istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all'articolo 143, commi 4 e 5<sup>14</sup>. Il parere del soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d)<sup>15</sup>,

<sup>13</sup> Per un approfondimento su questi aspetti si rinvia, in particolare, al paragrafo 6 e 7.

<sup>14</sup> Si ricorda che l'articolo 143 («Piano paesaggistico») al comma 4 sancisce che «il piano può prevedere:

- a) la individuazione di aree soggette a tutela ai sensi dell'articolo 142 e non interessate da specifici procedimenti o provvedimenti ai sensi degli articoli 136, 138, 139, 140, 141 e 157, nelle quali la realizzazione di interventi può avvenire previo accertamento, nell'ambito del procedimento ordinato al rilascio del titolo edilizio, della conformità degli interventi medesimi alle previsioni del piano paesaggistico e dello strumento urbanistico comunale;
- b) la individuazione delle aree gravemente compromesse o degradate nelle quali la realizzazione degli interventi effettivamente volti al recupero ed alla riqualificazione non richiede il rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 146».

Il comma quinto della norma stabilisce che «l'entrata in vigore delle disposizioni di cui al comma 4 è subordinata all'approvazione degli strumenti urbanistici adeguati al piano paesaggistico, ai sensi dell'articolo 145, commi 3 e 4».

<sup>15</sup> L'articolo 140 – rubricato «Dichiarazione di notevole interesse pubblico e relative misure di conoscenza» - al comma secondo prescrive che «la dichiarazione di notevole interesse pubblico detta la specifica disciplina intesa ad assicurare la conservazione dei valori espressi dagli aspetti e caratteri peculiari del territorio considerato. Essa costituisce parte integrante del piano paesaggistico e non è suscettibile di rimozioni o modifiche nel corso del procedimento di redazione o revisione del piano medesimo».

L'articolo 141 – rubricato «Provvedimenti ministeriali» - al primo comma stabilisce che «le disposizioni di cui agli articoli 139 e 140 si applicano anche ai procedimenti di dichiarazione di notevole interesse pubblico di cui all'articolo 138, comma 3. In tale caso i comuni interessati, ricevuta la proposta di dichiarazione formulata dal soprintendente, provvedono agli adempimenti indicati all'articolo 139, comma 1, mentre agli adempimenti indicati ai commi 2, 3 e 4 del medesimo articolo 139 provvede direttamente il soprintendente».

L'articolo 141-bis – rubricato «Integrazione del contenuto delle dichiarazioni di notevole interesse pubblico» - sancisce che «il Ministero e le regioni provvedono ad integrare le dichiarazioni di notevole interesse pubblico rispettivamente adottate con la specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2», riconoscendo

*nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione».*

A mente del comma sesto *«la regione esercita la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio avvalendosi di propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali»* potendo tuttavia *«delegarne l'esercizio, per i rispettivi territori, a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull'ordinamento degli enti locali, agli enti parco, ovvero a comuni, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia».*

Il successivo comma settimo prevede che *«l'amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, ricevuta l'istanza dell'interessato, verifica se ricorrono i presupposti per l'applicazione dell'articolo 149, comma 1, alla stregua dei criteri fissati ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d)»*, stabilendo che *«qualora detti presupposti non ricorrano, l'amministrazione verifica se l'istanza stessa sia corredata della documentazione di cui al comma 3, provvedendo, ove necessario, a richiedere le opportune integrazioni e a svolgere gli accertamenti del caso».* Successivamente, *«entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, l'amministrazione effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti al soprintendente, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo».*

In virtù del disposto di cui al comma 8 dell'articolo 146 cit., *«il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti»* e che, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi

---

*al comma secondo il potere sostitutivo del Ministero «qualora le regioni non provvedano alle integrazioni di loro competenza entro il 31 dicembre 2009» ed affermando al comma terzo che «i provvedimenti integrativi adottati ai sensi dei commi 1 e 2 producono gli effetti previsti dal secondo periodo del comma 2 dell'articolo 140 e sono sottoposti al regime di pubblicità stabilito dai commi 3 e 4 del medesimo articolo».*

L'articolo 143 («Piano paesaggistico»), come evidenziato, stabilisce al primo comma che l'elaborazione del piano paesaggistico comprende almeno *«[...] b) ricognizione degli immobili e delle aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'articolo 136, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione delle specifiche prescrizioni d'uso, a termini dell'articolo 138, comma 1, fatto salvo il disposto di cui agli articoli 140, comma 2, e 141-bis;*

*c) ricognizione delle aree di cui al comma 1 dell'articolo 142, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione di prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei caratteri distintivi di dette aree e, compatibilmente con essi, la valorizzazione;*

*d) eventuale individuazione di ulteriori immobili od aree, di notevole interesse pubblico a termini dell'articolo 134, comma 1, lettera c), loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione delle specifiche prescrizioni d'uso, a termini dell'articolo 138, comma 1; [...].».*

dell'articolo 10-bis della l. n. 241/1990; «entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità».

In proposito, la giurisprudenza ha evidenziato che «il contraddittorio tra le parti pubbliche e private nel procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica si distingue per una peculiare declinazione dei principi della collaborazione e della buona fede cui è improntato il rapporto amministrativo (art. 1 co. 2-bis l. n. 241/1990), i quali, in presenza di ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza, debbono assumere la veste del c.d. «dissenso costruttivo», vale a dire dell'obbligo delle amministrazioni coinvolte di collaborare lealmente con la parte privata per consentirle di apportare al progetto le modifiche necessarie a renderlo compatibile con i valori tutelati dal vincolo. Tale obbligo non si traduce, evidentemente, nel farsi carico delle modifiche occorrenti a conformare il progetto, ma nel fornire all'interessato le indicazioni necessarie per orientarsi con cognizione di causa fra le più alternative praticabili in astratto, nella ricerca della soluzione compatibile con la disciplina vincolistica» (T.A.R. Firenze, (Toscana) sez. II, 21 marzo 2022, n. 353).

I poteri sostitutivi in caso di inerzia di una o più amministrazioni partecipi al procedimento sono disciplinati dal nono e dal decimo comma, i quali sanciscono rispettivamente che «decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione»<sup>16</sup> e che «decorso inutilmente il termine indicato all'ultimo periodo del comma 8 senza che l'amministrazione si sia pronunciata, l'interessato può richiedere l'autorizzazione in via sostitutiva alla regione, che vi provvede, anche mediante un commissario ad acta, entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora la regione non abbia delegato gli enti indicati al comma 6 al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e sia essa stessa inadempiente, la richiesta del rilascio in via sostitutiva è presentata al soprintendente».

Posto che la procedura sin qui descritta attiene al procedimento cd. «ordinario», si rileva che il medesimo comma 9 detta un'ulteriore prescrizione che assume notevole importanza alla luce di quanto si dirà nel prosieguo in relazione al procedimento cd. «semplificato», prevedendo che «con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni»: in attuazione di tale disposizione è stato invero emanato il D.P.R. n. 139 del 2010<sup>17</sup>, oggetto di successiva abrogazione da parte del regolamento di cui al D.P.R. n. 31/2017<sup>18</sup>.

Nel concludere l'analisi del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, da ultimo, si evidenzia che ai sensi del comma 11 «l'autorizzazione paesaggistica è trasmessa, senza indugio, alla soprintendenza che ha reso il parere nel corso del procedimento, nonché, unitamente allo stesso parere, alla regione ovvero agli altri enti pubblici territoriali interessati e, ove esistente, all'ente parco nel cui territorio si trova l'immobile o l'area sottoposti al vincolo».

---

<sup>16</sup> Per un approfondimento su questo aspetto si rinvia, in particolare, al paragrafo 4.

<sup>17</sup> Rubricato «Regolamento recante procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità, a norma dell'articolo 146, comma 9, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni».

<sup>18</sup> Per un approfondimento su questo aspetto si rinvia, in particolare, al paragrafo 8.

4. *Il parere tardivo della Soprintendenza nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica: i diversi orientamenti della giurisprudenza amministrativa circa l'operatività del silenzio-assenso.*

Dopo aver analizzato la disciplina posta dall'articolo 146 in riferimento agli aspetti procedurali del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, si intende ora soffermarsi su quanto previsto dal comma 9 del D.lgs. 42/2004 secondo cui «*decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione*».

Detta disposizione ha generato un articolato contrasto in giurisprudenza amministrativa in ordine all'applicabilità dell'articolo 17-bis della legge n. 241/1990<sup>19</sup> nonché alla validità del parere tardivo della Soprintendenza e alla sua indefettibilità, o meno, ai fini del successivo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica da parte dell'amministrazione competente, i cui differenti orientamenti sono stati riportati dalla recente sentenza T.A.R. Salerno, (Campania) sez. II, 2 novembre 2022, n. 2896.

I giudici salernitani, nell'affrontare la tematica *de qua*, hanno evidenziato preliminarmente che «*il comune punto di partenza delle opposte opinioni è che l'articolo 17-bis si attaglia ai soli procedimenti cd. "orizzontali", ossia con fase decisoria pluristrutturata. La disposizione richiede, cioè, che le due amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di un potere decisivo sostanziale. Al contrario, nel caso in cui un'amministrazione abbia un ruolo meramente formale, nel senso che raccoglie e trasmette l'istanza all'altra amministrazione, unica decidente, la decisione risulta mono-strutturata ed il beneficiario del provvedimento va individuato nel solo soggetto privato (procedimento c.d. "orizzontale")*».

---

<sup>19</sup> Si rammenta che l'articolo 17-bis – rubricato «*Effetti del silenzio e dell'inerzia nei rapporti tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*» dispone che: «1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Esclusi i casi di cui al comma 3, quando per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi è prevista la proposta di una o più amministrazioni pubbliche diverse da quella competente ad adottare l'atto, la proposta stessa è trasmessa entro trenta giorni dal ricevimento della richiesta da parte di quest'ultima amministrazione. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; lo stesso termine si applica qualora dette esigenze istruttorie siano rappresentate dall'amministrazione proponente nei casi di cui al secondo periodo. Non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini.

2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. Esclusi i casi di cui al comma 3, qualora la proposta non sia trasmessa nei termini di cui al comma 1, secondo periodo, l'amministrazione competente può comunque procedere. In tal caso, lo schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, è trasmesso all'amministrazione che avrebbe dovuto formulare la proposta per acquisirne l'assenso ai sensi del presente articolo. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento.

3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi».

Ciò premesso, il filone negativo all'operatività del silenzio assenso in materia di autorizzazione paesaggistica muove dal fatto che essa costituisce un provvedimento mono-strutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte privata interessata e non della P.A. procedente. Il rapporto tra Regione/Ente locale e Soprintendenza è dunque meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire non la fase decisoria, ma quella istruttoria.

Viene rimarcata, inoltre, l'estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di «ogni forma di attenuazione determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi», atteso che il parere è «atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica», in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica «deve essere ... tecnico e proprio del caso concreto».

In base all'indirizzo suesposto, dunque, «il parere reso tardivamente non è inefficace ma non vincola la P.A. procedente, alla quale tocca tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici».<sup>20</sup> Tanto, in applicazione del comma 9 dell'articolo 146, in base al quale, «decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione»: norma non espressamente abrogata dall'articolo 17-bis della legge n. 241/1990, la quale istituisce una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso.

Un originale orientamento di segno contrario, ma in realtà dotato di ricadute pratiche alquanto simili all'articolo 17-bis, è stato più recentemente assunto dalla Sezione VI del Consiglio che, preliminarmente nega che esistano ragioni di natura sostanziali per negare che sul parere soprintendentizio si possa formare il silenzio assenso, non inferendosi ciò dal mero fatto che il procedimento "principale" sia avviato ad istanza di un privato ed anzi evidenziando «che la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, disegnata dall'art. 146 del D.lgs. 42/2004, per vari aspetti rispecchia quella del silenzio assenso ex art. 17-bis».<sup>21</sup>

L'ostacolo all'applicazione della norma semplificatoria è, viceversa, costituito dalla scansione procedimentale indicata dal comma 9 dell'articolo 146, secondo cui «"l'amministrazione competente", cioè la regione o l'ente delegato, "provvede comunque": dal che si desume che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta ad adottare il provvedimento finale in maniera espressa, ma non necessariamente nel senso precedentemente prefigurato».

Più precisamente, «se presupposto all'art. 146, comma 9, vi fosse la formazione di un silenzio assenso ai sensi dell'art. 17-bis, la norma avrebbe dovuto prevedere, per coerenza, che anche il tal caso l'amministrazione procedente adottasse il provvedimento finale "in conformità": in tal caso, "in conformità" alla proposta iniziale, sulla quale la Soprintendenza non ha espresso motivi ostativi». Tanto, induce a ritenere che «il legislatore non ha voluto che si producesse tale effetto, quale conseguenza del comportamento silente della Soprintendenza, come è reso evidente dal fatto che in tal caso l'amministrazione procedente è tenuta a provvedere "comunque" e non "in conformità"».

Ciò nondimeno, i giudici di Palazzo Spada hanno osservato che «dal punto di vista pratico cambia poco rispetto alla fattispecie del silenzio assenso ex art. 17-bis, perché è evidente che il provvedimento finale, anche in tal caso, deve rispecchiare la proposta originaria trasmessa alla Soprintendenza: diversamente il provvedimento adottato risulterebbe illegittimo in quanto emesso su una proposta non precedentemente sottoposta al parere della Soprintendenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 5799 dell'11 dicembre 2017);

<sup>20</sup> cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; *idem*, 29 marzo 2021, n. 2640; *idem*, 7 aprile 2022, n. 2584.

<sup>21</sup> cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 24 maggio 2022, n. 4098.

*l'amministrazione procedente, tuttavia, non essendosi formato un silenzio assenso da parte della Soprintendenza, potrebbe avere un ripensamento e quindi potrebbe decidere di riformulare la proposta originaria, senza perciò incorrere in un provvedimento in autotutela, non essendosi ancora formato un provvedimento definitivo». Pertanto, «l'atto finale dell'amministrazione procedente, a meno di un "ripensamento" circa la propria posizione originaria, non potrà che essere favorevole al privato, pena l'illegittimità di un diniego, che sarebbe emesso in assenza di una precedente proposta in tal senso sottoposta al parere della Soprintendenza».*

La sentenza in commento richiama, infine, un terzo orientamento di segno positivo "senza condizioni" all'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso al parere della Soprintendenza, che muove dalla considerazione per cui tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluri-strutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione. Ne consegue che, a tali pareri, si applica pertanto l'articolo 17-bis, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 241/1990.

Secondo tale indirizzo giurisprudenziale *«la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-bis consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini, di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso»*.<sup>22</sup>

Così, altre sentenze, pur non affrontando il tema dell'operatività dell'articolo 17-bis, definiscono il parere della Soprintendenza *«espressione di cogestione attiva del vincolo paesaggistico»* (Consiglio di Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; *idem*, 18 marzo 2021, n. 2358; *idem*, 19 marzo 2021 n. 2390), *«nel quale l'apprezzamento di merito correlato alla tutela del valore paesaggistico è rimesso alla Soprintendenza»*. (Consiglio di Stato, sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145).

A fronte di tale ricognizione sugli orientamenti della giurisprudenza sul silenzio assenso relativo alla richiesta di parere effettuata dall'Amministrazione alla Soprintendenza, il T.A.R. Salerno ha dichiarato di aderire al primo - oramai consolidato - contrario all'applicabilità dell'articolo 17-bis al parere paesaggistico: di conseguenza, il parere della Soprintendenza tardivamente reso non è inefficace, ma semplicemente non vincolante per la P.A. procedente, alla quale spetta tenerne conto, valutando motivatamente ed in concreto anche gli aspetti paesaggistici.

5. *I criteri per la riconducibilità degli interventi eseguiti in area sottoposta a vincolo paesaggistico tra quelli non soggetti ad autorizzazione o tra quelli soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato.*

La recente pronuncia Cassazione penale sez. III, n. 36545/2022, offre lo spunto per tornare sul tema dei rapporti tra «Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio» e il D.P.R. n. 31/2017 fornendo chiarimenti applicativi sui criteri per la riconducibilità degli interventi eseguiti in area sottoposta a vincolo nel novero di quelli non soggetti ad autorizzazione (cioè quelli di cui all'elenco Allegato

---

<sup>22</sup> cfr. Consiglio di Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; *idem*, sez. VI, 1° ottobre 2019, n. 6556; *idem*, sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; *idem*, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255).

«A» al citato D.P.R. n. 31/2017) o di quelli di lieve entità soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato (di cui all'elenco Allegato «B» del medesimo regolamento).<sup>23</sup>

Prima di soffermarsi su il principio di diritto enunciato nella sentenza *de qua*, appare opportuno ricordare che il menzionato D.P.R. n. 31/2017 - approvato in attuazione della previsione di cui al comma 9 dell'articolo 146 del D.lgs. n. 42/2004 - contiene il «Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata»<sup>24</sup>, il quale opera in una duplice direzione: estende gli interventi soggetti ad autorizzazione semplificata, con passaggio dal procedimento ordinario di cui all'articolo 146 del D.lgs. n. 42/2004 a quello semplificato<sup>25</sup> e amplia il novero degli interventi "liberi" (dettagliati sia nell'elenco di cui all'Allegato «A» di detto Regolamento, sia all'articolo 4 di quest'ultimo<sup>26</sup>).

Nell'indicato Allegato «A» vengono individuate trentuno tipologie di interventi - con le relative limitazioni - tra cui:

*«A.1. Opere interne che non alterano l'aspetto esteriore degli edifici, comunque denominate ai fini urbanistico-edilizi, anche ove comportanti mutamento della destinazione d'uso;*

*A.2. interventi sui prospetti o sulle coperture degli edifici, purché eseguiti nel rispetto degli eventuali piani del colore vigenti nel comune e delle caratteristiche architettoniche, morfo-tipologiche, dei materiali e delle finiture esistenti, quali: rifacimento di intonaci, tinteggiature, rivestimenti esterni o manti di copertura; opere di manutenzione di balconi, terrazze o scale esterne; integrazione o sostituzione di vetrine e dispositivi di protezione delle attività economiche, di finiture esterne o manufatti quali infissi, cornici, parapetti, lattonerie, lucernari, comignoli e simili; interventi di coibentazione volti a migliorare l'efficienza energetica degli edifici che non comportino la realizzazione di elementi o manufatti emergenti dalla sagoma, ivi compresi quelli eseguiti sulle falde di copertura. Alle medesime condizioni non è altresì soggetta ad autorizzazione la realizzazione o la modifica di aperture esterne o di finestre a tetto, purché tali interventi non interessino i beni vincolati ai sensi del Codice, art. 136, comma 1, lettere a), b) e c) limitatamente, per quest'ultima, agli immobili di interesse storico-architettonico o storico-testimoniale, ivi compresa l'edilizia rurale tradizionale, isolati o ricompresi nei centri o nuclei storici;*

<sup>23</sup> Cassazione penale sez. III, 14 settembre 2022, n. 36545.

<sup>24</sup> Il Regolamento di cui al D.P.R. n. 31/2017 è integrato da 4 allegati:

Allegato «A» (art. 2, co. 1): elenco degli interventi ed opere in aree vincolate esclusi dall'autorizzazione paesaggistica;

Allegato «B» (art. 3, co. 1): elenco degli interventi di lieve entità soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato;

Allegato «C» (art. 8, co. 1): facsimile dell'istanza di autorizzazione paesaggistica con "procedimento semplificato";

Allegato «D» (art. 8, co. 1): relazione paesaggistica semplificata.

<sup>25</sup> Il procedimento di autorizzazione paesaggistica semplificata si applica agli interventi e le opere di lieve entità (indicate nell'Allegato «B») e alle istanze di rinnovo di autorizzazioni paesaggistiche scadute da non più di un anno e relative ad interventi in tutto o in parte non eseguiti, a condizione che il progetto risulti conforme a quanto in precedenza autorizzato e alle specifiche prescrizioni di tutela eventualmente sopravvenute. Qualora con l'istanza di rinnovo siano chieste anche variazioni progettuali che comportino interventi di non lieve entità, si applica il procedimento autorizzatorio ordinario di cui all'articolo 146 del Codice.

<sup>26</sup> L'articolo 4, comma 1 - rubricato «Esonero dall'obbligo di autorizzazione paesaggistica per particolari categorie di interventi» - prevede che «qualora nel provvedimento di vincolo, ovvero nel piano paesaggistico, siano contenute le specifiche prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione e la tutela del bene paesaggistico, le seguenti categorie di interventi ed opere sono esonerate dall'obbligo di autorizzazione paesaggistica semplificata:

a) gli interventi e le opere di cui alle voci A.2, ultimo periodo, A.5, A.7, A.13 e A.14 dell'Allegato «A», sottoposti al procedimento autorizzatorio semplificato in base al combinato disposto delle corrispondenti voci degli Allegati «A» e «B» nel caso in cui riguardino aree o immobili vincolati ai sensi dell'articolo 136, comma 1, del Codice, lettere a), b) e c), limitatamente, per quest'ultima, agli immobili di interesse storico-architettonico o storico-testimoniale, ivi compresa l'edilizia rurale tradizionale, isolati o ricompresi nei centri o nuclei storici;

b) gli interventi e le opere di cui alle voci B.6, B.13, B.26 e B.36»<sup>26</sup>.



*A.3. interventi che abbiano finalità di consolidamento statico degli edifici, ivi compresi gli interventi che si rendano necessari per il miglioramento o l'adeguamento ai fini antisismici, purché non comportanti modifiche alle caratteristiche morfotipologiche, ai materiali di finitura o di rivestimento, o alla volumetria e all'altezza dell'edificio;*

*A.4. interventi indispensabili per l'eliminazione di barriere architettoniche, quali la realizzazione di rampe esterne per il superamento di dislivelli non superiori a 60 cm, l'installazione di apparecchi servoscala esterni, nonché la realizzazione, negli spazi pertinenziali interni non visibili dallo spazio pubblico, di ascensori esterni o di altri manufatti consimili;*

*A.16. occupazione temporanea di suolo privato, pubblico o di uso pubblico mediante installazione di strutture o di manufatti semplicemente ancorati al suolo senza opere murarie o di fondazione, per manifestazioni, spettacoli, eventi o per esposizioni e vendita di merci, per il solo periodo di svolgimento della manifestazione, comunque non superiore a 120 giorni nell'anno solare;»*

Si osserva che, il regime applicativo dell'allegato in menzione è caratterizzato - in numerose voci che lo compongono - dalla presenza di specifiche condizioni e di particolari presupposti per l'operatività dell'esclusione della previa autorizzazione paesaggistica «con la conseguenza che, in mancanza di tali condizioni e presupposti, l'intervento o l'opera contemplati dalla voce si assoggettano al regime autorizzativo semplificato e trovano necessaria previsione nelle corrispondenti voci dell'Allegato B»<sup>27</sup>.

Il citato Allegato «B» si compone di 42 punti che individuano gli interventi di lieve entità per i quali è possibile ricorrere al procedimento semplificato descritto dal D.P.R. n. 31/2017 al fine di ottenere l'autorizzazione paesaggistica. Tra tali tipologie di opere sono ricompresi, ad esempio:

*«B.1. Incrementi di volume non superiori al 10 per cento della volumetria della costruzione originaria e comunque non superiori a 100 mc, eseguiti nel rispetto delle caratteristiche architettoniche, morfotipologiche, dei materiali e delle finiture esistenti. Ogni ulteriore incremento sullo stesso immobile da eseguirsi nei cinque anni successivi all'ultimazione lavori è sottoposto a procedimento autorizzatorio ordinario;*

*B.2. realizzazione o modifica di aperture esterne o finestre a tetto riguardanti beni vincolati ai sensi del Codice, art. 136, comma 1, lettere a), b e c) limitatamente, per quest'ultima, agli immobili di interesse storico-architettonico o storico-testimoniale, ivi compresa l'edilizia rurale tradizionale, isolati o ricompresi nei centri o nuclei storici, purché tali interventi siano eseguiti nel rispetto delle caratteristiche architettoniche, morfo-tipologiche, dei materiali e delle finiture esistenti;*

*B.3. interventi sui prospetti, diversi da quelli di cui alla voce B.2, comportanti alterazione dell'aspetto esteriore degli edifici mediante modifica delle caratteristiche architettoniche, morfo-tipologiche, dei materiali o delle finiture esistenti, quali: modifica delle facciate mediante realizzazione o riconfigurazione di aperture esterne, ivi comprese vetrine e dispositivi di protezione delle attività economiche, o di manufatti quali cornicioni, ringhiere, parapetti; interventi sulle finiture esterne, con rifacimento di intonaci, tinteggiature o rivestimenti esterni, modificativi di quelli preesistenti; realizzazione, modifica o chiusura di balconi o terrazze; realizzazione o modifica sostanziale di scale esterne;*

---

<sup>27</sup> Circolare del MiBACT n. 42 del 21 luglio 2017, prot. n. 21322, «applicativa del D.P.R. n. 31 del 2017».

*B.4. interventi sulle coperture, diversi da quelli di cui alla voce B.2, comportanti alterazione dell'aspetto esteriore degli edifici mediante modifica delle caratteristiche architettoniche, morfo-tipologiche, dei materiali o delle finiture esistenti, quali: rifacimento del manto del tetto con materiali diversi; modifiche alle coperture finalizzate all'installazione di impianti tecnologici; modifiche alla inclinazione o alla configurazione delle falde; realizzazione di lastrici solari o terrazze a tasca; inserimento di canne fumarie o comignoli; realizzazione di finestre a tetto, lucernari, abbaini o elementi consimili;*

*B.5. interventi di adeguamento alla normativa antisismica ovvero finalizzati al contenimento dei consumi energetici degli edifici, laddove comportanti innovazioni nelle caratteristiche morfotipologiche, ovvero nei materiali di finitura o di rivestimento preesistenti;*

*B.6. interventi necessari per il superamento di barriere architettoniche, laddove comportanti la realizzazione di rampe per il superamento di dislivelli superiori a 60 cm, ovvero la realizzazione di ascensori esterni o di manufatti consimili che alterino la sagoma dell'edificio e siano visibili dallo spazio pubblico;*

*B.25. occupazione temporanea di suolo privato, pubblico, o di uso pubblico, mediante installazione di strutture o di manufatti semplicemente ancorati al suolo senza opere murarie o di fondazione per manifestazioni, spettacoli, eventi, o per esposizioni e vendita di merci, per un periodo superiore a 120 e non superiore a 180 giorni nell'anno solare;»*

Come anticipato, tali interventi sono in molti casi speculari a quelli “liberi” indicati nell'Allegato «A»: sono cioè assoggettati alla procedura semplificata interventi della stessa specie di quelli liberalizzati, ma che vanno oltre la soglia quantitativa, o i limiti oggettivi, definiti nel relativo allegato.

Chiarito il quadro normativo di riferimento, la Corte di Cassazione, nel giudicare necessario il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica anche per le opere precarie idonee a pregiudicare i valori paesaggistici tutelati dal vincolo, ha spiegato che l'elenco degli interventi non assoggettati ad autorizzazione paesaggistica (o soggetti ad autorizzazione semplificata) deve essere letto e interpretato secondo un criterio di stretta interpretazione, che tenga conto della finalità di tale regolamento e del sistema nel quale esso si inserisce.

Infatti, «la regola generale di cui al D.Lgs. n. 42 del 2004 art. 146 (codice dei beni culturali e del paesaggio), che prescrive che ogni intervento che comporti modificazioni o rechi pregiudizio all'aspetto esteriore delle aree vincolate e soggetto al previo dell'autorizzazione paesaggistica, consacrata in una fonte di rango primario, non può certamente essere derogata da una fonte di rango secondario, quale è il suddetto regolamento 31/2017, che è di attuazione e non di delegificazione, e dunque non può liberalizzare interventi che per la norma di rango primario sono assoggettati ad autorizzazione».

Sulla scorta di tali considerazioni, gli ermellini hanno affermato il principio di diritto per cui «l'accertamento, in punto di fatto, della riconducibilità degli interventi eseguiti in area sottoposta a vincolo paesaggistico nel novero di quelli non soggetti ad autorizzazione (cioè quelli di cui all'elenco allegato sub A al D.P.R. n. 31 del 2017) o tra quelli di lieve entità soggetti a procedimento autorizzatorio semplificato (di cui all'elenco allegato sub B del medesimo regolamento), deve essere condotto attenendosi a una interpretazione logico sistematica di carattere finalistico delle disposizioni del regolamento, che determini l'applicazione delle disposizioni derogatorie solamente agli interventi di lieve entità, ossia gli interventi che per tipologia, caratteristiche e contesto in cui si inseriscono non siano idonei a pregiudicare i valori paesaggistici tutelati dal vincolo».

6. *I rapporti tra autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire.*

Il tema dei rapporti tra autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire affonda le sue radici nella risalente legge n. 1497/1939 (*«Protezione delle bellezze naturali»*) in cui, la “ratio” istitutiva dell’articolo 7<sup>28</sup> risiedeva nella considerazione che la verifica della conformità alle norme urbanistiche dell’opera realizzanda, garantita del preventivo assentimento comunale, assicurava la coerenza dell’intervento con l’interesse urbanistico, ma non comportava la valutazione dell’interesse ambientale, tutelato dall’apposizione del relativo vincolo, con la conseguente necessità di un provvedimento autorizzativo “ad hoc”.<sup>29</sup>

I due ricordati interessi pubblici - che per il legislatore nascono autonomi e distinti - vengono disciplinati come degni di una tutela autonoma e indipendente quand’anche riguardino un medesimo bene; questo spiega la differenziazione tra i due provvedimenti e la loro autonomia sancita dalla richiamata legge n. 1497/1939, come dal D.lgs. n. 490/1999, e successivamente confermata dal D.lgs. n. 42/2004 al comma 4 dell’articolo 146.

Il primo periodo del comma quarto dell’articolo 146 del D.lgs. 42/2004 dispone, infatti, che *«l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio»*; mentre il secondo inciso, prevedendo che *«fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi»*, sembra rafforzare il divieto sancito in dal già esaminato comma 2 dell’articolo in menzione che inibisce l’inizio dei lavori sino a quando non sia stata rilasciata l’autorizzazione paesaggistica.<sup>30</sup>

Il procedimento del rilascio del nulla osta paesaggistico è un procedimento parallelo e autonomo rispetto a quello per il rilascio del titolo abilitativo edilizio; così come autonome, seppure collegate da un rapporto di presupposizione ed interdipendenza perché vertenti sullo stesso oggetto, risultano le valutazioni rimesse all’autorità amministrativa in merito agli interessi paesaggistici e a quelli urbanistici: le prime finalizzate a verificare la consistenza urbanistica dell’edificazione rispetto ai parametri della zona, le seconde a rilevare la percezione dell’inserimento della consistenza edilizia nello spazio rispetto al contesto paesaggistico di riferimento. Ne deriva che il parametro di riferimento per la valutazione dell’aspetto paesaggistico non coincide con la disciplina urbanistico edilizia, ma nella specifica disciplina dettata per lo specifico vincolo.

In ragione di quanto sopra, il Consiglio di Stato ha statuito che *«il fatto che siano stati rilasciati i titoli edilizi, pur in assenza dell'autorizzazione paesaggistica, non può in alcun modo legittimare anche sotto il profilo paesaggistico il fabbricato in quanto tale esito si porrebbe in contrasto con il principio espresso dalla*

---

<sup>28</sup> L’articolo 7 della L. 1497/1939 disponeva che *«I proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, dell'immobile, il quale sia stato oggetto nei pubblicati elenchi delle località, non possono distruggerlo né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio a quel suo esteriore aspetto che è protetto dalla presente legge. Essi, pertanto, debbono presentare i progetti dei lavori che vogliano intraprendere alla competente regia Soprintendenza e astenersi dal mettervi mano sino a tanto che non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione. È fatto obbligo al regio Soprintendente, di pronunciarsi sui detti progetti nel termine massimo di tre mesi dalla loro presentazione»*.

<sup>29</sup> *«Permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica»*; Rivista giuridica urbanistica 2006– Pagliari Giorgio.

<sup>30</sup> Si rammenta che l’articolo 146, comma 2 dispone che *«i soggetti di cui al comma 1 hanno l'obbligo di presentare alle amministrazioni competenti il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione»*.

Corte Costituzionale (cfr. Corte Cost. 196/2004) secondo la quale l'interesse paesaggistico deve sempre essere valutato espressamente anche nell'ambito del bilanciamento con altri interessi pubblici nonché con la giurisprudenza di questo Consiglio che, nelle materie che coinvolgono interessi sensibili, quale quello paesaggistico, limita l'istituto del silenzio assenso solo al ricorrere di previsioni normative specifiche e nel rispetto di tutti i vincoli ordinamentali (cfr. Cons. St. n. 6591/2008)». (Consiglio di Stato, sez. VI, 3 maggio 2022, n. 3446).

Pertanto, «la mancanza di autorizzazione paesaggistica rende di fatto le opere ineseguibili e giustifica, in caso di realizzazione, provvedimenti inibitori e sanzionatori in quanto realizzati in violazione del divieto di cui all'art. 146, comma 2, del D.lgs. n. 42/2004 e, di fatto, in assenza di un titolo autorizzativo; correlativamente il titolo edilizio nel frattempo eventualmente rilasciato, in assenza dell'autorizzazione paesaggistica, non è invalido, ma è inefficace»<sup>31</sup>. (Consiglio di Stato, sez. VI, 5 settembre 2022, n. 7701).

#### 7. Le condizioni per l'operatività della cd. autorizzazione paesaggistica postuma.

Strettamente connesso al tema del rapporto tra titolo edilizio e autorizzazione paesaggistica è quello relativo all'applicabilità della disciplina della sanatoria edilizia - introdotta ad opera dell'articolo 13 della legge n. 47/1985 ed oggi disciplinata dall'articolo 36 del D.P.R. n. 380/2001 - agli interventi abusivi ricadenti in ambito di vincolo paesaggistico.

Prima dell'entrata in vigore del cd. «Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio» il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma non era previsto espressamente in quanto la legge sulla «Protezione delle bellezze naturali» (legge n. 1497/1939) nulla diceva a proposito, limitandosi a prevedere a livello sanzionatorio (articolo 15) per il caso di interventi eseguiti in assenza di autorizzazione da parte della Soprintendenza ex articolo 7 e, secondo una valutazione di opportunità del Ministero, la demolizione a carico del trasgressore delle opere abusivamente eseguite o il pagamento di una sanzione amministrativa commisurata alla maggiore somma tra il danno arrecato e il profitto conseguito in ragione della violazione commessa.<sup>32</sup>

Pur in assenza di un'espressa previsione normativa, la giurisprudenza intravide in tale meccanismo sanzionatorio un'implicita conferma della possibilità di rilasciare un'autorizzazione paesaggistica postuma posto che la messa in pristino non era l'esito necessario una volta accertata la violazione e l'opera poteva essere mantenuta a fronte del pagamento di una sanzione

<sup>31</sup> cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 14 dicembre 2015, n. 5663; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 dicembre 2021, n. 8641; Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 2021, n. 3952.

<sup>32</sup> L'articolo 15, della legge n. 1497/1939 disponeva che: «Indipendentemente dalle sanzioni comminate dal codice penale, chi non ottempera agli obblighi e agli ordini di cui alla presente legge è tenuto, secondo che il Ministero dell'educazione nazionale ritenga più opportuno, nell'interesse della protezione delle bellezze naturali e panoramiche, alla demolizione a proprie spese delle opere abusivamente eseguite o al pagamento di una indennità equivalente alla maggiore somma tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la commessa trasgressione. Se il trasgressore non provvede alla demolizione entro il termine prefissogli ha facoltà di provvedere d'ufficio il Ministero dell'educazione nazionale, per mezzo del Prefetto. La nota delle spese è resa esecutoria con provvedimento del Ministro ed è riscossa secondo le norme della vigente legge sulla riscossione delle entrate patrimoniali dello Stato. L'indennità di cui al primo comma è determinata dal Ministro per l'educazione nazionale in base a perizia degli uffici del Genio civile o della Milizia forestale assistiti dal regio Soprintendente. Se il trasgressore non accetta la misura fissata dal Ministro l'indennità è determinata insindacabilmente da un collegio di tre periti da nominarsi uno dal Ministro, l'altro dal trasgressore e il terzo dal Presidente del tribunale. Le relative spese sono anticipate dal trasgressore. Il provvedimento emesso dal Ministro ai sensi del terzo comma di questo articolo è esecutivo quando l'interessato abbia dato la sua adesione in iscritto, o quando entro tre mesi dalla notificazione, egli non abbia aderito né, facendo il prescritto deposito delle spese, abbia dichiarato di voler provocare il giudizio del collegio peritale. Il provvedimento emesso dal Ministro in seguito alla pronuncia del collegio dei periti è immediatamente esecutivo. L'indennità, comunque determinata, è riscossa nei modi di cui al comma 2° di questo articolo affluisce a uno speciale capitolo del bilancio di entrata dello Stato».

pecuniaria. E' stato infatti rilevato che *«l'esame sistematico della disciplina di cui agli art. 7 e 15 l. n. 1497 del 1939 e dell'art. 13 l. n. 47 del 1985 consente di concludere nel senso della possibilità di formalizzare attraverso una autorizzazione postuma - in parte equipollente alla fattispecie di cui all'art. 7 - la verifica di compatibilità ambientale implicita nel meccanismo sanzionatorio di cui all'art. 17, così conferendo alla legittimazione paesaggistica una veste formale spendibile ai fini della favorevole definizione del separato procedimento di cui all'art. 13 l. n. 47 del 1985»*<sup>33</sup>.

Con l'entrata in vigore del cd. *«Codice dei beni culturali e del paesaggio»* il legislatore ha introdotto per la prima volta nel nostro ordinamento il divieto di autorizzazione postuma: infatti, nonostante la disciplina sanzionatoria di cui al Capo II riproponesse all'articolo 167 l'alternativa tra rimessione in pristino e pagamento della sanzione pecuniaria, al comma 10, lett. c) dell'articolo 146, era previsto che *«l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi»*

Tuttavia, a solo due anni di distanza, l'impedimento totale alla sanabilità delle opere abusive in area soggetta a vincolo paesaggistico è stato temperato dal D.lgs. n. 1578/2006, (recante *«Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali»*), con il quale il legislatore è intervenuto sul testo del Codice prevedendo al comma 12 dell'articolo 146, che: *«l'autorizzazione paesaggistica, fuori dai casi di cui all' articolo 167, commi 4 e 5, non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi»*.

Il quadro è rimasto sostanzialmente immutato anche successivamente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 63/2008 - rubricato *«Ulteriori disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione ai beni culturali»* - che nel riscrivere l'articolo 146 ha mantenuto ferma la previsione dell'autorizzazione paesaggistica postuma spostandola al comma quarto dell'articolo 146, il quale dopo aver previsto che *«l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio»*, dispone espressamente che *«fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi»*.

I commi quarto e quinto della norma dell'articolo 167 regolano le limitate ipotesi in cui è ammissibile la cd. *«sanatoria paesaggistica postuma»*: al comma quarto dell'articolo 167, è previsto che *«l'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi:*

- a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati;*
- b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;*
- c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380».*

Il successivo comma quinto stabilisce con riguardo agli aspetti procedurali che *«il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi»*.

---

<sup>33</sup> Consiglio di Stato sez. VI, 10 marzo 2004, n.1205.

Viene così disposto che l'autorità competente si pronuncia sulla domanda «entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni».

La norma in commento prescrive altresì che «qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. L'importo della sanzione pecuniaria è determinato previa perizia di stima. In caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria di cui al comma 1».

Da ultimo, il comma quinto dichiara espressamente che «la domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata ai sensi dell'articolo 181, comma 1-quater, si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma».

In ordine alla tematica *de qua* si vuole in primo luogo evidenziare che il generale divieto di sanatoria *ex post* dettato all'articolo 146 al comma quarto è stato ritenuto – sia da indicazioni ministeriali, sia dalla più consolidata giurisprudenza amministrativa<sup>34</sup> – operante solamente a partire dall'entrata in vigore del primo decreto correttivo al D.lgs. n. 42/2004 (ci si riferisce al D.lgs. n. 157/2006<sup>35</sup>), momento di culmine del regime transitorio.

In secondo luogo, con riferimento alle limitate ipotesi consentite di cd. «compatibilità paesaggistica postuma», autorevole indirizzo pretorio ha statuito che «il rinvio ai concetti di volumetria e superficie utile, previsto dall'art. 167, co. 4, D.Lgs. n. 42/2004, per cui l'autorità preposta alla gestione del vincolo nei casi indicati accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, non può che interpretarsi nel senso di un rinvio al significato tecnico -giuridico che tali concetti assumono in materia urbanistico -edilizia, trattandosi di nozioni tecniche specificate dalla normativa urbanistico -edilizia e non dal Codice dei beni culturali e del paesaggio», derivandone che «non può quindi ammettersi, anche ai fini di certezza del diritto, che il concetto di superficie utile in ambito paesaggistico possa avere un significato differente e più ampio rispetto a quello utilizzato nella materia urbanistica ed edilizia, e tale da ricomprendervi sempre, ed in ogni caso, superfici calpestabili esterne» (Consiglio di Stato, sez. VI, 17 marzo 2022, n. 1932).

#### 8. Abusi edilizi in area con vincolo paesaggistico: no alla sanatoria.

Eccettuate le limitate fattispecie previste dall'esaminato comma 4 dell'articolo 167 del D.lgs. n. 42/2004, in presenza di un vincolo paesaggistico è precluso il rilascio del permesso di costruire in sanatoria *ex* articolo 36, del D.P.R. n. 380/ 2001, stante il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma previsto dall'articolo 146.

In proposito, la recente pronuncia Cassazione n. 554/2023 ha ricordato che «la concessione rilasciata a seguito di accertamento di conformità (art. 36 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti; non estingue i reati paesaggistici previsti dal d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che sono soggetti ad una disciplina difforme e differenziata, legittimamente e

---

<sup>34</sup> Cfr. Parere Prot. n. 9907 del 28.05.2012 del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo; T.A.R. Brescia, sez. I, n. 148/2017; Consiglio di Stato, sez. VI, n. 922/2017.

<sup>35</sup> Recante «Disposizioni correttive ed integrative al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio».

*costituzionalmente distinta, avente oggettività giuridica diversa, rispetto a quella che riguarda l'assetto del territorio sotto il profilo edilizio» (Cassazione Penale, sez. III, 11 gennaio 2023, n. 544).*

Ciò posto, secondo il costante orientamento della giurisprudenza, «il rilascio postumo dell'autorizzazione paesaggistica al di fuori dei limiti in cui essa è consentita ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, non consente la sanatoria urbanistica ex art. 36 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e non produce alcun effetto estintivo dei reati edilizi né preclude l'emissione dell'ordine di rimessione in pristino dell'immobile abusivo edificato in zona vincolata».

Invero, «poiché l'autorizzazione paesaggistica, secondo l'art. 146, comma 4, del d.lgs. 42 del 2004, costituisce un atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio, lo stesso permesso di costruire resta subordinato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica la quale, però, sempre secondo la norma richiamata, non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi, tranne nei casi dei cd. abusi minori, tassativamente individuati dall'art. 167, commi 4 e 5, d.lgs. n. 42 del 2004. Tale preclusione, considerato che l'autorizzazione paesaggistica è presupposto per il rilascio del permesso di costruire, impedisce di conseguenza anche la sanatoria urbanistica ai sensi dell'art. 36 d.P.R. n. 380 del 2001».

La giurisprudenza amministrativa ha così sostenuto che la sanatoria di cui all'articolo 36 del D.P.R. n. 380/2001 si fonda «sul rilascio di un provvedimento abilitativo sanante da parte della competente Amministrazione, sempre possibile previo accertamento di conformità o di non contrasto delle opere abusive non assentite agli strumenti urbanistici vigenti nel momento della realizzazione e in quello della richiesta, previo accertamento di compatibilità paesaggistica nelle ipotesi in cui l'area sia assoggettata a vincolo paesaggistico e che è tassativamente limitato alle sole fattispecie contemplate dall'art. 167 comma 4, d.lg. 22 gennaio 2004, n. 42, come da ultimo sostituito per effetto dell'art. 27, d.lg. 24 marzo 2006, n. 157» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 1874/2019).

Peraltro, è stato osservato che «siffatta disciplina normativa è strettamente connessa con la particolare rilevanza costituzionale attribuita ai beni ambientali, in quanto la garanzia degli stessi non è solo fine a sé stessa, ma anche strumentale alla preservazione di beni fondamentali come la salute e la vita», evidenziando come «la scelta del legislatore di consentire l'autorizzazione paesaggistica postuma esclusivamente per i c.d. "abusi minori" è in linea con i principi costituzionali della ragionevolezza e della parità di trattamento, oltre che con quelli dell'ordinamento comunitario, perché si muove su un piano di coerenza con l'accentuato profilo costituzionale dell'interesse pubblico alla preservazione del paesaggio» (T.A.R. Napoli, sez. VII, n. 4077/2022).

#### 9. La fiscalizzazione degli abusi edilizi in presenza vincoli paesaggistici.

Un'ulteriore casistica di rilievo attiene alle ipotesi di cd. «fiscalizzazione» dell'abuso edilizio riconducibili al secondo comma dell'articolo 33 («Interventi di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità»), al secondo comma dell'articolo 34 («Interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire») ed al primo comma dell'articolo 37 («Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità») del D.P.R. n. 380/2001, con le quali si prevede - laddove non sia possibile procedere alla regolarizzazione degli abusi - che in luogo della sanzione demolitoria o ripristinatoria venga irrogata una sanzione pecuniaria, secondo i criteri e le modalità di cui alle stesse norme.

La giurisprudenza amministrativa si è mostrata contraria all'operatività di tale meccanismo in presenza di un vincolo paesaggistico: al riguardo giova richiamare una recente sentenza con cui il Consiglio di Stato, confermando un orientamento pressoché costante, dopo aver fornito alcune precisazioni circa l'applicazione del menzionato articolo 34, si è soffermato sulla relativa applicabilità in caso di abusi commessi in area vincolata.

In primo luogo, la sentenza n. 10231 del 21 novembre 2022, ha ricordato che ai sensi dell' articolo 34, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 380/2001 *«quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente o il responsabile dell'ufficio applica una sanzione pari al doppio del costo di produzione, stabilito in base alla legge 27 luglio 1978, n. 392, della parte dell'opera realizzata in difformità dal permesso di costruire, se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale, determinato a cura della agenzia del territorio, per le opere adibite ad usi diversi da quello residenziale. 2-bis. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 23, comma 01, eseguiti in parziale difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività»*. (Consiglio di Stato sez. VI, 21 novembre 2022, n. 10231).

La norma, richiamando il concetto di opere eseguire *“in conformità”*, allude implicitamente al fatto che la parte che può essere pregiudicata dalla demolizione deve risultare già assistita, quantomeno al momento in cui viene ordinata la rimozione delle opere *“non conformi”*, da un titolo edilizio: diversamente opinando, e quindi ammettendo che la *«fiscalizzazione»* di un abuso edilizio debba essere valutata anche a salvaguardia di opere abusive la cui legittimità non sia già stata stabilita e cristallizzata in un provvedimento formale, si finirebbe per paralizzare, o comunque per rallentare notevolmente, l'attività sanzionatoria delle amministrazioni comunali, che risponde, per definizione, ad un interesse pubblico.

In proposito, il Consiglio di Stato ha sottolineato che colui che costruisce un'opera abusiva, *“innestandola”* su un'opera a sua volta abusiva, sceglie da solo di porsi in una situazione illecita foriera di possibili conseguenze dannose, tra le quali una è rappresentata proprio dalla possibilità che l'ordine di demolizione per la parte non sanabile venga emesso a prescindere dalla valutazione relativa alla sanabilità, o meno, dell'altra parte abusiva, mentre un'altra conseguenza dannosa è data dal costo delle opere aggiuntive che si rendono necessarie per eseguire la demolizione senza pregiudizio dell'altra parte. Da questo punto di vista, infatti, l'autore dell'abuso edilizio non sanabile non vanta alcuna legittima aspettativa ad accedere al beneficio della cd. *«fiscalizzazione»*, salvo il caso in cui l'abuso non sanabile si sia innestato su un immobile realizzato sulla base di un titolo edilizio annullato in epoca successiva.

Ciò precisato, in caso di abusi commessi in area soggetta a vincolo paesaggistico, il Consiglio di Stato ha ribadito che *«in nessun caso il beneficio della sanzione pecuniaria, concessa ai sensi dell'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001, può comportare - come sostiene l'appellante - una deroga ai agli artt. 142 e segg. e 167 del D. L.vo 42/2004, legittimando ipso facto il mantenimento di un'opera priva di autorizzazione paesaggistica o di compatibilità ex art. 167 del D. L.vo 42/2004: tale norma, infatti, al comma 1 dispone che la violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte terza, comporta sempre la rimessione in pristino a spese del responsabile, salvo, appunto, che non ricorrano le condizioni per accertare a posteriori la compatibilità ambientale, evidenziando che la tutela dell'ambiente-paesaggio è sempre prioritaria rispetto all'interesse del privato di realizzare e mantenere un'opera edilizia, ancorché conforme alle normativa urbanistica ed edilizia»*.



Sulla scorta di quanto sopra, «la realizzazione di opere in assenza della dovuta preventiva autorizzazione paesaggistica implica invariabilmente la rimozione: ciò è quanto ha stabilito, in modo incontrovertibile, il legislatore all'art. 167, comma 1, del D.lgs. n. 42/2004, prevedendo al comma 4 alcune limitate deroghe, proprio al fine di consentire la sanatoria di alcuni abusi minori; anche ricorrendo tali deroghe, il mantenimento dell'opera è soggetta al riconoscimento della compatibilità ambientale dell'opera, da parte della Soprintendenza».

Sul punto, è stato altresì evidenziato che la qualificazione delle opere abusive come suscettibili, o meno, di accertamento di compatibilità ambientale ex articolo 167, comma 4, cit., non implica l'esercizio di discrezionalità amministrativa, e così come tale verifica può essere effettuata in sede giurisdizionale, può anche essere effettuata da un Comune nel corso dell'istruttoria di una pratica di sanatoria, senza che ciò implichi invasione della sfera di competenza della Soprintendenza.

Sotto ulteriore profilo, con la sentenza *de qua*, i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito il principio consolidato per la proposizione dell'istanza di accertamento di conformità successivamente all'adozione dell'ordine di demolizione «non incide sulla legittimità della previa ordinanza di demolizione pregiudicandone definitivamente l'efficacia ma soltanto sospendendone gli effetti fino alla definizione, espressa o tacita, dell'istanza, con il risultato che essa potrà essere portata ad esecuzione se l'istanza è rigettata decorrendo il relativo termine di adempimento dalla conoscenza del diniego».

#### 10. Il condono nell'ipotesi di vincolo paesaggistico sopravvenuto alla presentazione dell'istanza.

In conclusione della presente disamina si ritiene opportuno illustrare la recente pronuncia Consiglio di Stato n. 65/2023 resa in ordine alla disciplina del condono edilizio di cui alla legge n. 47/1985 (cd. legge sul primo condono edilizio) in caso di vincolo paesaggistico sopravvenuto alla presentazione dell'istanza: in particolare, si intende affrontare la questione se, ai fini del condono, sia necessario acquisire il parere dell'autorità tutoria anche per le opere abusive che insistono su aree sottoposte a vincolo dopo la loro realizzazione.<sup>36</sup>

I giudici di Palazzo Spada, nel pronunciarsi sulla tematica *de qua*, hanno rievocato i principi di diritto affermati dall'Adunanza plenaria n. 20/1999 che ha sancito «la necessità di acquisire il parere dell'autorità tutoria anche per le opere abusive che insistono su aree sottoposte a vincolo apposto dopo la loro realizzazione. Secondo tale statuizione: i) l'uso dei participi passati “eseguite” e “sottoposti”, nell'espressione “opere eseguite su aree sottoposte a vincolo”, utilizzata dal legislatore nell'edizione originaria del primo comma dell'articolo 32 della L. 47/85, non rappresenta sicuro riferimento alla sola ipotesi di opera abusivamente costruita su area già gravata da vincolo nel momento della sua realizzazione; ii) la sussistenza di espressi riferimenti ai vincoli sopravvenuti in alcune delle disposizioni della L. n. 47/1985 non depone per una lettura in senso opposto della previsione che di tale specificazione è priva; al contrario, il silenzio mantenuto in proposito ben può essere significativo proprio dell'intento di non attribuire alcuna rilevanza al momento in cui il vincolo risulti imposto; iii) il riferimento ai vincoli di inedificabilità assoluta istituiti prima della realizzazione degli abusi contenuto all'interno dell'art. 33, comma 1, della L. n. 47/1985, non consente di desumere la sussistenza di una volontà del legislatore di ritenere privi di qualsiasi rilevanza i vincoli, della medesima natura, istituiti in epoca successiva: sia perché un simile ragionare sarebbe privo di logica, a cospetto della rilevanza del vincolo, sia perché si tratta di una

---

<sup>36</sup> Consiglio di Stato sez. VI, 3 gennaio 2023, n. 65.

situazione che, in realtà, può trovare la sua disciplina nell'articolo 32, che comunque consente astrattamente la sanabilità delle opere realizzate su aree vincolate in epoca successiva, a condizione che vi sia il parere conforme dell'autorità tutoria; iv) i valori tutelati dai vincoli ambientali e paesaggistici non tollerano che la relativa disciplina possa essere determinata da altra fonte se non una norma positiva, non potendo, a tal fine, influire il momento in cui l'interessato ha presentato la domanda di condono o quella di scadenza del termine fissato dal legislatore per la presentazione delle domande di condono; v) di conseguenza, "la disposizione di portata generale di cui all'art. 32, primo comma, relativa ai vincoli che appongono limiti all'edificazione, non reca alcuna deroga a questi principi, cosicché essa deve interpretarsi nel senso che l'obbligo di pronuncia da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo sussiste in relazione alla esistenza del vincolo al momento in cui deve essere valutata la domanda di sanatoria, a prescindere dall'epoca d'introduzione del vincolo. E appare altresì evidente che tale valutazione corrisponde alla esigenza di vagliare l'attuale compatibilità, con il vincolo, dei manufatti realizzati abusivamente"; vi) inoltre, all'argomento secondo cui, in tal modo, la parte rimane esposta a subire un trattamento differente a seconda della tempistica con cui viene trattata la domanda di condono, l'Adunanza Plenaria replica come segue: "per un verso, [...] addurre inconvenienti non è un buon argomento ermeneutico e, per altro verso, [...] l'ordinamento appresta idonei strumenti di sollecitazione e, se del caso, di sostituzione dell'Amministrazione inerte"».

A fronte di tale insegnamento, il Consiglio di Stato ha evidenziato come sia indispensabile operare una valutazione degli abusi alla luce dei vincoli anche se sopravvenuti ed ha ritenuto che l'operatività del principio elaborato dall'Adunanza plenaria relativo all'interpretazione del disposto di cui all'articolo 32 della L. n. 47/1985 non deve essere limitato alla versione antecedente alle modifiche apportate dalle previsioni di cui all'articolo 2, commi 43 e 44, della L. n. 662/1996.

In proposito, la pronuncia in esame ha richiamato la sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4683/2022<sup>37</sup> che, dopo aver confrontato le varie versioni dell'articolo 32 della L. 47/1985 (nel dettaglio, quelle vigenti al 1.1.1995, al 1.1.1997 e al 1.1.2003), ha rilevato che «al primo comma, è enunciato il principio per cui "il rilascio della concessione o della autorizzazione in sanatoria per opere eseguite su aree sottoposte a vincolo, ivi comprese quelle ricadenti nei parchi nazionali e regionali, è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso"; solo con la previsione di cui all'art. 2, comma 44, della L. n. 662/1996 si inserisce un comma 3 contenente la seguente disposizione: "Il rilascio della concessione edilizia o dell'autorizzazione in sanatoria per opere eseguite su immobili soggetti alle leggi 1° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, ed al decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431, nonché in relazione a vincoli imposti da leggi statali e regionali e dagli strumenti urbanistici, a tutela di interessi idrogeologici e delle falde idriche nonché dei parchi e delle aree protette nazionali e regionali qualora istituiti prima dell'abuso, è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso. Qualora tale parere non venga reso entro centottanta giorni dalla domanda il richiedente può impugnare il silenzio-rifiuto dell'amministrazione».

Inoltre, è stato evidenziato come «nelle tre versioni del disposto normativo prese in considerazione, si trovi l'identica previsione secondo cui "Sono suscettibili di sanatoria, alle condizioni sottoindicate, le opere insistenti su aree vincolate dopo la loro esecuzione e che risultino: a) in difformità della legge 2 febbraio 1974, n. 64, e successive modificazioni, quando possano essere collaudate secondo il disposto del quarto comma dell'art. 35; b) in contrasto con le norme urbanistiche che prevedono la destinazione ad edifici pubblici od a spazi pubblici, purché non in contrasto con le previsioni delle varianti di recupero di cui al capo III; c) in contrasto con le norme del decreto ministeriale 1° aprile 1968 pubblicato nella G.U. n. 96 del 13 aprile 1968,

<sup>37</sup> Consiglio di Stato, Sez. VI, 8 giugno 2022, n. 4683.

*sempre che le opere stesse non costituiscano minaccia alla sicurezza del traffico. Qualora non si verificano le condizioni di cui alle precedenti lettere, si applicano le disposizioni dell'art. 33"».*

Le differenze rilevabili tra le tre versioni attengono, piuttosto, al modo in cui è stata disciplinata l'acquisizione del parere di cui al comma 1; infatti: «i) nella versione entrata in vigore al 1 gennaio 1995 si prevedeva la formazione del silenzio rifiuto dopo 180 giorni, fatta eccezione per alcuni casi relativi ad opere non comportanti volumi o superfici, per i quali si prevedeva la formazione del silenzio assenso dopo 120 giorni; ii) nella versione entrata in vigore al 1 gennaio 1997, in vigore sino al 1 ottobre 2003, era enunciata, al comma 1, la regola generale del silenzio assenso, decorsi 180 giorni dalla richiesta di parere, e al comma 3 la regola del silenzio rifiuto, sempre decorsi 180 giorni, per le istanze di condono aventi ad oggetto opere insistenti su aree assoggettate, prima della realizzazione delle opere abusive, ai vincoli di cui alle leggi nn. 1089 e 1497 del 1939, alla legge n. 431/85, nonché a vincoli idrogeologici o a vincoli connessi alla istituzione di parchi nazionali e regionali; iii) infine, nella versione entrata in vigore il 2 ottobre 2003, il legislatore ritorna alla regola generale per cui con il decorso di 180 giorni si forma il silenzio rifiuto sulla richiesta di parere, mentre è confermata la non necessità di esso per le violazioni contenute nel 2 per cento delle misure prescritte».

Alla luce di quanto sopra, ad avviso dei giudici, «la normativa del 2003 non si differenzia per aver introdotto specificamente, per le opere insistenti su aree vincolate solo in epoca successiva alla realizzazione, il parere di compatibilità da parte dell'autorità tutoria: dunque non v'è spazio per supporre che tale parere non fosse necessario in base alla legislazione precedente». Inoltre, anche la previsione che genericamente enuncia la necessità del parere favorevole per le opere abusive “eseguite su aree sottoposte a vincolo”, è rimasta sostanzialmente invariata, e - come precisato già dall'Adunanza Plenaria - il lessico utilizzato rende tale proposizione riferibile sia alle aree vincolate prima della realizzazione degli abusi, sia alle aree vincolate dopo questo momento.

In particolare, la previsione di cui all'articolo 32, comma 3, della L. n. 47/1985, nella versione vigente tra il 1 gennaio 1997 e il 1 gennaio 2003, non introduce un regime differenziato, rendendo obbligatorio il parere dell'autorità tutoria solo per le opere insistenti su aree vincolate in epoca anteriore alla realizzazione delle opere: «è invece evidente, dalla lettura congiunta tra il comma 1 e il comma 3 dell'art. 32 L. 47/85, come modificato dalla L. 662/96, che i vincoli contemplati al comma 3, "qualora istituiti prima dell'abuso", determinavano, decorsi i 180 giorni dalla richiesta di parere, la formazione di un silenzio rigetto; ciò, tuttavia, non determina l'irrilevanza dei vincoli istituiti in epoca successiva, ben potendo operare, fuori dalle ipotesi contemplate al comma 3, la regola generale enunciata al comma 1 (in base alla quale il decorso dei 180 giorni determinava la formazione del silenzio assenso sulla richiesta di parere), tenuto conto del fatto che tale comma imponeva l'acquisizione del parere favorevole senza distinguere tra aree sottoposte a vincolo prima o dopo la realizzazione delle opere abusive (come rilevato anche dalla Adunanza Plenaria)».

In sostanza, «con le modifiche apportate all'art. 32 della L. 47/85 dalla L. 662/96 il legislatore non ha inteso esonerare dalla necessità del parere favorevole le opere abusive insistenti su aree vincolate in epoca successiva alla loro realizzazione, ma ha piuttosto diversificato le modalità di acquisizione del parere relativamente alle opere realizzate su aree vincolate, stabilendo la regola generale del silenzio assenso, ma derogando a tale regola per i vincoli più rilevanti (quelli indicati al comma 3), imposti in epoca antecedente alla realizzazione delle opere abusive, per i quali reintroduceva la regola del silenzio rifiuto».

Pertanto, «la previsione contenuta all'art. 32, comma 3, della L. 47/85, nella versione vigente dal 1 gennaio 1997 al 1 gennaio 2003 (che, nella prospettiva degli appellanti, renderebbe non operante al caso di specie i

*principi affermati dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato), non può ritenersi utile al fine di ricavare la volontà del legislatore di richiedere il parere favorevole dell'autorità preposta alla tutela del vincolo solo per le opere realizzate su aree già in precedenza vincolate» in quanto «una diversa conclusione avrebbe potuto essere presa in considerazione solo se con le modifiche apportate con il D.L. 269/2003 il legislatore avesse esplicitato la necessità del parere dell'autorità tutoria per le opere insistenti su aree vincolate in epoca successiva alla loro realizzazione: una simile modifica, infatti, avrebbe fatto sorgere il dubbio che detto parere non fosse necessario in base alla legislazione condonistica previgente, e in ogni caso la non applicabilità delle modifiche introdotte con il D.L. n. 269/2003, affermata dall'art. 32, comma 43 bis, del D.L. n. 269/2003, avrebbe imposto una specifica riflessione sul punto».*

Posto che una simile precisazione non è stata introdotta nel corpo dell'articolo 32 della L. n. 47/1985, nel caso di sopravvenienza di un vincolo di protezione, «l'Amministrazione competente ad esaminare l'istanza di condono proposta ai sensi delle leggi n. 47 del 1985 e n. 724 del 1994 deve acquisire il parere della Autorità preposta alla tutela del vincolo sopravvenuto, la quale deve pronunciarsi tenendo conto del quadro normativo vigente al momento in cui esercita i propri poteri consultivi. Inoltre, per quanto sussista l'onere procedimentale di acquisire il necessario parere in ordine alla assentibilità della domanda di sanatoria - a prescindere dall'epoca d'introduzione del vincolo - l'Autorità preposta deve esprimere non una valutazione di "conformità" delle opere alle predette previsioni, trattandosi di un vincolo non esistente al momento della loro realizzazione, bensì un parere di "compatibilità" paesaggistica dell'intervento edilizio abusivo (Consiglio di Stato, sez. VI, 30 settembre 2015, n. 4564; Id., Sez. VI, 23 dicembre 2019, n. 8704)». Infatti, «quando le previsioni di tutela sono sopraggiunte alla realizzazione dell'intervento edilizio, la valutazione non potrebbe compiersi come se l'intervento fosse ancora da realizzare, e ciò è tanto più vero nei casi in cui le previsioni di tutela successivamente sopraggiunte ad integrare la disciplina dell'area risultano del tutto incompatibili con la tipologia dell'intervento già realizzato».

In definitiva, «il vincolo sopravvenuto non può considerarsi una condizione ex se preclusiva e insuperabile alla condonabilità degli edifici già realizzati, dovendo l'Amministrazione valutare se vi sia compatibilità tra le esigenze poste a base del vincolo - anche sulla salvaguardia della pubblica incolumità - e la permanenza in loco del manufatto abusivo (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 1041). Si tratta, inoltre, di valutazioni sindacabili in sede giurisdizionale soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta ovvero errore di fatto conclamato (cfr.: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2015, n. 5844; Id., 28 ottobre 2015, n. 4925; Id., 4 giugno 2015, n. 2751)».