



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>

RASSEGNA GIURISPRUDENZIALE E PROFILI RILEVANTI IN TEMA DI PIANIFICAZIONE URBANISTICA, EDILIZIA, AMBIENTE E PAESAGGIO

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



DISPENSA DELLA GIORNATA DI STUDIO
7 novembre 2023

Rassegna giurisprudenziale e profili rilevanti in tema di pianificazione urbanistica, edilizia, ambiente e paesaggio

1. *Potestà pianificatoria: discrezionalità e ambito di estensione del potere di pianificazione urbanistica.*
Pag. 5
2. *Pianificazione urbanistica e tutela delle aspettative edificatorie dei privati.*
Pag.5
3. *Riflessi della pianificazione sulla proprietà privata: gli istituti della perequazione e della compensazione.*
Pag. 7
4. *Diritti edificatori e cessione di cubatura nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.*
Pag. 13
5. *Il regime giuridico dei vincoli conformativi e dei vincoli espropriativi nella pianificazione urbanistica: differenze e ripercussioni.*
Pag. 18
6. *Usucapione a favore della P.A. in assenza di una procedura espropriativa dell'immobile per pubblica utilità.*
Pag. 19
7. *Convenzione di lottizzazione: la scadenza del termine per urbanizzare l'area.*
Pag. 20
8. *Piani di recupero: la significativa urbanizzazione dell'area non può derogare all'obbligo dello strumento attuativo*
Pag.21
9. *L'attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica.*
Pag. 22
10. *Standards urbanistici e deroga delle distanze minime: la pronuncia della Corte Costituzionale.*
Pag. 24
11. *Limiti di altezza tra fabbricati: il punto del Consiglio di Stato sui limiti fissati dal D.M. n. 1444/1968.*
Pag. 26
12. *Calcolo delle distanze tra edifici: i criteri stabiliti dai giudici di legittimità.*
Pag. 28
13. *Convenzioni tra privati in deroga alle distanze minime: i limiti di ammissibilità.*
Pag. 28
14. *Il possesso ad usucapionem di una servitù di mantenimento a distanza illegale di una costruzione.*
Pag. 29
15. *Valutazioni ambientali: VIA e VAS a confronto.*
Pag. 30

16. *L'incidenza della regolarità edilizia e urbanistica nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.*
Pag. 31
17. *Sanatoria in area paesaggistica: i limiti all'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica.*
Pag. 34
18. *Condonò edilizio in aree sottoposte a vincolo ambientale e paesistico sopravvenuto.*
Pag. 35
19. *La nozione di "volume utile" in ambito paesaggistico e le differenze rispetto alla nozione urbanistica.*
Pag. 39
20. *La compatibilità paesaggistica "speciale" alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato.*
Pag. 39

1. *Potestà pianificatoria: discrezionalità e ambito di estensione del potere di pianificazione urbanistica.*

La presente disamina intende passare in rassegna i più significativi approdi giurisprudenziali in ordine ad alcuni tra i profili maggiormente dibattuti e tra gli istituti di maggior interesse in materia di pianificazione urbanistica, edilizia, ambiente e paesaggio: ragioni di sinteticità impongono pertanto di procedere illustrando solo talune delle posizioni assunte dalle pronunce di legittimità e di merito relativamente ad aspetti che più frequentemente assumono rilievo nella prassi.

Appare opportuno prendere le mosse della trattazione che segue richiamando quanto statuito in tema di potestà pianificatoria comunale, ricordando che «[...] secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale [...] le scelte urbanistiche effettuate dalla P.A. sono accompagnata da un'ampia valutazione discrezionale che nel merito appaiono insindacabili, e attaccabili solo per errori di fatto e abnormità delle scelte» e che «in ragione di tale discrezionalità tecnico-amministrativa, l'Amministrazione non è tenuta a fornire un'apposita motivazione in ordine alle scelte operate in sede di pianificazione del territorio, che siano collimanti con i fini generali dello strumento urbanistico [...]»: si è osservato, pertanto, che «le scelte adottate per ciò che attiene alla destinazione delle singole aree non necessitano di specifica motivazione se non nel caso che dette scelte vadano ad incidere su posizioni giuridicamente qualificate di cui i destinatari sono titolari [...]. Invero le posizioni differenziate in presenza delle quali l'Amministrazione è tenuta a fornire idonea e specifica motivazione circa la scelta urbanistica operata sono quelle rappresentate dall'esistenza di piano e/o progetti di lottizzazione già approvati oppure da giudicati già formati [...]» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4072/2015)¹.

Tale indirizzo pretorio è stato ribadito anche in tempi recenti, essendo stato riaffermato il «[...] noto principio generale secondo cui le scelte urbanistiche pubbliche, connotate da ampia discrezionalità, sono sindacabili dinanzi al giudice amministrativo solo allegando gravi vizi logico-valutativi o procedurali [...]

le possibili discrezionali opzioni urbanistiche non sono condizionate dalla pregressa indicazione, nella precedente strumentazione, di destinazioni d'uso edificatorie diverse e più favorevoli; le nuove scelte semmai potrebbero necessitare soltanto di specifica motivazione, ma solo qualora quel precedente favor aedificandi poi cessato avesse assunto una prima concretizzazione in una disciplina urbanistica in itinere tale da ingenerare un'aspettativa qualificata alla conservazione della destinazione precedente [...]» (Consiglio di Stato, sez. II, n. 3255/2020).

2. *Pianificazione urbanistica e tutela delle aspettative edificatorie dei privati.*

Si segnala che - nel solco dell'orientamento sopra menzionato - con la sentenza n. 7723 del 9 agosto 2023, la quarta sezione del Consiglio di Stato ha ribadito i «principi elaborati dalla consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato [...] sui limiti della tutela delle aspettative edificatorie dei privati rispetto all'esercizio di poteri pianificatori urbanistici, ambientali e paesaggistici, secondo cui:

¹ <https://www.exeo.it/Articoli/7470/discrezionalita-scelte-urbanistiche.aspx>

a) le scelte di pianificazione sono espressione di un'amplissima valutazione discrezionale, insindacabile nel merito, salvo che non siano inficiate da errori di fatto o da abnormi illogicità;

b) anche la destinazione data alle singole aree non necessita di apposita motivazione (c.d. polverizzazione della motivazione), oltre quella che si può evincere dai criteri generali, di ordine tecnico discrezionale, seguiti nell'impostazione del piano stesso, essendo sufficiente l'espresso riferimento alla relazione di accompagnamento al progetto di modificazione allo strumento urbanistico generale, a meno che particolari situazioni non abbiano creato aspettative o affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiano meritevoli di specifiche considerazioni;

c) la semplice reformatio in peius della disciplina urbanistica attraverso il ridimensionamento dell'attitudine edificatoria di un'area è interdetta solo da determinazioni vincolanti per l'amministrazione in ordine ad una diversa "zonizzazione" dell'area stessa, ovvero tali da fondare legittime aspettative potendosi configurare un affidamento qualificato del privato esclusivamente in presenza di convenzioni di lottizzazione, accordi di diritto privato intercorsi tra il Comune e i proprietari delle aree, aspettative nascenti da giudicati di annullamento di dinieghi di concessione edilizia o di silenzio - rifiuto su una domanda di concessione o ancora nella modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo [...];

d) con riferimento all'esercizio dei poteri pianificatori urbanistici, la tutela dell'affidamento è riservata ai seguenti tassativi casi:

d1) superamento degli standard minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968, con l'avvertenza che la motivazione ulteriore va riferita esclusivamente alle previsioni urbanistiche complessive di sovradimensionamento, indipendentemente dal riferimento alla destinazione di zona;

d2) pregresse convenzioni edificatorie già stipulate;

d3) giudicati (di annullamento di dinieghi edilizi o di silenzio rifiuto su domande di rilascio di titoli edilizi), recanti il riconoscimento del diritto di edificare;

d4) modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo;

d5) una posizione di vantaggio (derivante da una convenzione urbanistica o da un giudicato) può essere riconosciuta (e quindi essere oggetto della tutela da parte del giudice amministrativo) soltanto quando abbia ad oggetto interessi oppositivi e non invece quando si tratti di interessi pretensivi, come è nel caso in esame in cui si tratta dell'esercizio dello ius variandi su istanza del privato;

e) le scelte contenute negli strumenti di pianificazione urbanistica possono contemplare il sovradimensionamento degli standard [...], fatto salvo l'obbligo di una motivazione rafforzata che illustri le ragioni per le quali si è deciso di prevedere una dotazione di standard superiore a quella minima fissata dalla legge sebbene non si richieda nemmeno in tal caso una motivazione puntuale che riguardi le singole aree [...];

f) il potere di pianificazione urbanistica del territorio non è limitato alla individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale, con particolare riferimento alla disciplina delle possibilità e dei limiti edificatori delle stesse, ma deve essere retamente inteso in relazione ad un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo, ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell'utilizzo delle aree, realizzi anche finalità economico - sociali della comunità locale (non in contrasto ma anzi in armonico rapporto con analoghi interessi di altre comunità territoriali, regionali e dello Stato), nel quadro di rispetto e positiva attuazione di valori costituzionalmente tutelati; sotto tale angolazione è ben possibile che la destinazione agricola sia imposta a determinati suoli per finalità di conservazione ambientale [...], senza che ciò possa essere ascritto all'esercizio di un larvato potere espropriativo [...];

g) in sede di adozione del p.r.g., il Comune può legittimamente introdurre vincoli o limitazioni di carattere ambientale [...]. La sussistenza di competenze statali e regionali in materia di tutela di determinati ambiti territoriali storicamente qualificati e di pregio naturale non esclude che la tutela di questi stessi beni sia perseguita in sede di adozione e approvazione di un p.r.g. Il p.r.g., nell'indicare i limiti da osservare per l'edificazione nelle zone a carattere storico, ambientale e paesistico, può disporre, infatti, che determinate aree siano sottoposte a vincoli conservativi, indipendentemente da quelli disposti da altri livelli di pianificazione nel perseguimento della salvaguardia delle cose di interesse ambientale [...]» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 7723/2023)².

3. Riflessi della pianificazione sulla proprietà privata: gli istituti della perequazione e della compensazione.

Con riguardo alla pianificazione urbanistica meritano senz'altro di essere menzionate le tecniche pianificatorie basate sull'utilizzo e sulla circolazione dei diritti edificatori: ci si riferisce, in particolare, agli istituti della perequazione e della compensazione, che – unitamente a quelle forme di incentivazione che muovono dall'attribuzione di diritti edificatori in funzione premiale – ne costituiscono il fulcro.

Rinviando ad autonoma trattazione per la puntuale disamina di tutti gli aspetti di rilievo, in questa sede preme in primo luogo richiamare la pronuncia resa nel 2020 dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, che rappresenta uno tra i più significativi precedenti in materia.

Tale decisione ha evidenziato – tra l'altro – che «i diritti edificatori, di progressiva diffusione nelle procedure e nelle prassi di pianificazione urbanistica a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, si pongono [...] quale strumento di evoluzione e superamento della metodica della c.d. “zonizzazione”».

Per quanto anche quest'ultima (associata al regime degli standard edilizi di cui all'art. 17 della “L. Ponte” n. 765 del 1967, modificativa della L. urbanistica fondamentale del 1942) costituisca una tappa evolutiva di modernizzazione e razionalizzazione della pianificazione urbanistica – mediante la suddivisione del territorio comunale in varie zone di qualificazione, intervento e destinazione d'uso – rispondente ad un governo territoriale il più possibile ordinato, oggettivo e soddisfacente di tutte le complesse esigenze facenti capo alle comunità locali, se ne sono di essa al contempo riconosciuti i limiti. Rappresentati, da un lato, dalla disparità

² <https://www.latribuna.it/news/i-limiti-della-tutela-delle-aspettative-edificatorie-dei-privati-rispetto-all-esercizio-di-poteri-pianificatori-urbanistici-ambientali-e-paesaggistici/>

di trattamento riservata ai proprietari di fondi del tutto omogenei a seconda della casualità della loro ubicazione (tanto da determinare, in condizioni analoghe di partenza, ora effetti sostanzialmente ablativi ed ora vere e proprie rendite di posizione correlate alla edificabilità della zona di assegnazione ed alla sua misura) e, dall'altro, dai costi e dai tempi gravanti sugli enti pubblici attuatori per l'acquisizione espropriativa di determinate aree e la loro trasformazione a destinazione pubblica.

Si tratta di controindicazioni che la c.d. urbanistica consensuale e postvincolistica - a sua volta espressione d'ambito della più ampia nozione definita di amministrazione per accordi - intende evitare o attenuare proprio attraverso il riconoscimento ai proprietari chiamati a concorrere alla pianificazione generale di una posizione giuridica qualificata a fronte della cessione pattizia dei suoli, ovvero della imposizione su di essi di restrizioni o anche di vincoli assoluti di inedificabilità.

È appunto l'insieme indistinto di queste posizioni giuridiche qualificate che viene riassuntivamente indicato con il sintagma "diritti edificatori".

I quali, va detto fin d'ora, non negano, ma anzi presuppongono - consentendone variamente l'esercizio delocalizzato - che lo jus aedificandi costituisca una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà del suolo, sebbene sottoposto alle condizioni conformative e di utilità sociale previste dalla legge e dagli strumenti urbanistici, secondo quanto già affermato, ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio, dalla Corte Costituzionale con la fondamentale sentenza n. 5/1980, ed ancora recentemente ribadito da queste stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 7454/20.

Il comune denominatore dei diritti edificatori in questione è dato - al di là dei menzionati obiettivi di politica generale nel governo del territorio - dalla loro riconosciuta scorporabilità dal terreno che li ha originati, e dalla conseguente loro autonoma cedibilità negoziale; intendendosi per tale la possibilità - oggi sancita dall'art. 2643, n. 2 bis cit. del loro trasferimento oneroso tra privati indipendentemente dal trasferimento del terreno. E questa autonomia, in assenza di previsioni normative ostative, viene talora concepita ed attuata in termini estremamente ampi, perché estesi fino alla possibilità di cartolarizzazione del diritto edificatorio (con circolazione assimilabile a quella dei titoli di credito), ovvero anche di sua dematerializzazione (con circolazione attestata dalle annotazioni sui "registri dei diritti edificatori" tenuti dai Comuni così come previsto da talune leggi regionali)».

Si è precisato, dunque, che «nel caso dell'urbanistica perequativa, si ha distribuzione paritetica e proporzionale - tra tutti i proprietari di un determinato ambito territoriale o lotto tanto del vantaggio costituito dalla edificabilità, quanto dell'onere di contribuzione ai costi di riqualificazione, urbanizzazione e realizzazione di aree a servizi di pubblica utilità o verde. In questo modo, a tutti i suoli dell'ambito territoriale di intervento viene riconosciuto un valore edificatorio costante, indipendentemente dalla effettiva e specifica collocazione, all'interno di esso, dei fabbricati assentiti; collocazione che, stante appunto l'effetto distributivo-perequativo, risulta in definitiva indifferente per i singoli proprietari, i cui terreni saranno comunque destinatari di una quota uguale di edificabilità» e che, come «ha osservato Cass. n. 27575/18 (che si è pronunciata [...] sulla tassabilità Ici dei diritti edificatori rinvenienti dalla perequazione [...]) [...] "il meccanismo consiste nell'assegnazione all'insieme delle aree, pur con diverse destinazioni, pubbliche e private costituenti un comparto, di un indice perequativo, inferiore all'indice fondiario attribuito alle aree destinate all'edificazione. Nella sostanza il privato non subisce un vincolo e non è gravato dall'obbligo di soggiacere all'esproprio, ma sarà titolare dell'onere previsto dal piano perequativo il cui assolvimento gli permetterà di partecipare ai vantaggi del piano stesso".

La perequazione limitata ad un ambito territoriale omogeneo e composto da terreni contigui trova radice in un istituto - quello del comparto edilizio - non nuovo, perchè già previsto nell'art. 870 c.c. e nell'art. 23 della L. urbanistica del 1942».

Ciò posto, si è pure precisato che «accanto a questa modalità di perequazione, c.d. “ristretta”, le legislazioni regionali conoscono tuttavia anche una tecnica di perequazione estesa, in forza della quale l'effetto distributivo, sia della edificabilità sia degli oneri di trasformazione, può coinvolgere anche ambiti territoriali non contigui (dunque non di comparto in senso stretto), eventualmente riferiti all'intero territorio comunale (o anche, come pure talvolta previsto, intercomunale) interessato dalla trasformazione stessa.

I diritti edificatori provenienti da interventi perequativi sono assegnati direttamente dal piano urbanistico e sono negoziabili a seguito dell'approvazione di quest'ultimo, ferma restando la possibilità della PA di procedere ad una successiva revisione del potere di pianificazione».

Diversamente, «nel caso della compensazione urbanistica (ovvero, come talvolta anche si legge, della perequazione compensativa) la PA attribuisce al proprietario un indice di capacità edificatoria (credito edilizio o volumetrico) fruibile su altra area di proprietà pubblica o privata, non necessariamente contigua e di anche successiva individuazione; ciò a fronte della cessione gratuita dell'area oggetto di trasformazione pubblica, ovvero di imposizione su di essa di un vincolo assoluto di inedificabilità o preordinato all'esproprio.

La compensazione urbanistica - che può prevedere anche diverse forme attuative, ad esempio di permuta tra aree, ovvero di mantenimento in capo al privato della proprietà dell'area destinata alla realizzazione di servizi pubblici, dati al medesimo in gestione convenzionata - può fungere da strumento della pianificazione generale tradizionale (compensazione infrastrutturale), ovvero dipendere dall'esigenza di tenere indenne un proprietario al quale venga imposto un vincolo di fare o non fare per ragioni ambientali-paesaggistiche (compensazione ambientale) [...].

Il diritto edificatorio proveniente da interventi compensativi può trovare fondamento, ad esempio in ordine alla sua quantificazione, nel piano regolatore generale, ma viene assegnato (ed è dunque trasferibile tra privati) solo all'esito della cessione dell'area o dell'imposizione del vincolo; trattandosi di un istituto con funzione corrispettiva o indennitaria di un'edificabilità soppressa, esso risulta indifferente alle successive variazioni di piano.

Inoltre, mentre il diritto edificatorio di origine perequativa viene riconosciuto al proprietario del fondo come una qualità intrinseca del suolo (che partecipa fin dall'inizio di un indice di edificabilità suo proprio, così come prestabilito e “spalmato” all'interno di un determinato ambito territoriale di trasformazione), il diritto edificatorio di origine compensativa deriva dall'adempimento di un rapporto sinallagmatico in senso lato, avente ad oggetto un terreno urbanisticamente non edificabile, ristorato con l'assegnazione al proprietario di un quid volumetrico da spendere su altra area.

Nel caso del diritto edificatorio di origine compensativa, particolarmente evidente è la progressività dell'iter perfezionativo della fattispecie, dal momento che quest'ultima si articola - seguendo la metafora aviatoria utilizzata in materia dagli urbanisti - in una fase (o area) di “decollo”, costituita dall'assegnazione del titolo volumetrico indennitario al proprietario che ha subito il vincolo; di una fase (o area) di “atterraggio”, data

dalla individuazione ed assegnazione del terreno sul quale il diritto edificatorio può essere concretamente esercitato; di una fase di “volo” rappresentata dall’arco temporale intermedio durante il quale l’area di atterraggio ancora non è stata individuata, e pur tuttavia il diritto edificatorio è suscettibile di circolare da sé» (Cassazione civile sez. un., n. 23902/2020).

Nell’ambito della Regione Lombardia tali istituti trovano il proprio fondamento normativo all’articolo 11 della L.R. n. 12/2005: tale disposizione rappresenta invero la norma cardine in relazione all’operare delle tecniche di pianificazione basate sull’utilizzo e sulla circolazione dei diritti edificatori, avendo ad oggetto – come indicato dalla stessa rubrica – i meccanismi di «compensazione, perequazione ed incentivazione urbanistica».

I commi da 1 a 2-ter dell’articolo in commento trattano l’istituto della perequazione: si segnala, in particolare, che il primo comma configura una forma di perequazione cd. «ristretta» ed il secondo comma di perequazione cd. «estesa» (in quanto riferita all’intero territorio comunale), mentre il comma 2-ter ha ad oggetto «forme di perequazione territoriale intercomunale»; al terzo comma viene disciplinato l’istituto della compensazione; al quarto comma il registro comunale dei diritti edificatori; infine, ai commi 5 e seguenti, viene in rilievo un’importante ipotesi di incentivazione urbanistica basata sull’assegnazione di diritti edificatori in funzione premiale³.

In proposito si evidenzia che la più recente giurisprudenza amministrativa di merito ha avuto cura di chiarire che *«la perequazione – disciplinata dall’art. 11, commi 1 e 2, L.R. n. 12/2005 – ha la precipua finalità di mitigare le disuguaglianze che si producono con la pianificazione urbanistica e, come tale, è esercitata discrezionalmente dall’amministrazione comunale.*

Sul punto, è esaustivo il richiamo a quanto già osservato dalla Sezione in tema [...]: “L’art. 11 della legge regionale 15 marzo 2005 n. 12 disciplina gli istituti della perequazione, della compensazione e della incentivazione urbanistica. La prima ha la finalità di eliminare le disuguaglianze che la pianificazione tradizionale produce fra proprietari di aree aventi caratteristiche simili. Tali disuguaglianze si creano in quanto, come noto, nell’ambito della pianificazione, accanto alle aree destinate ad ospitare la “città privata”, e cioè quella parte dell’edificato di pertinenza privata destinata ad ospitare edifici funzionali al soddisfacimento degli interessi della proprietà, si colloca la c.d. “città pubblica” cui vanno ascritte le aree destinate ad ospitare servizi pubblici. Queste ultime, nel modello di pianificazione tradizionale, sono private di ogni capacità edificatoria ed hanno, quindi, un valore di mercato molto basso se non nullo (a differenza delle aree che appartengono invece alla città privata le quali, proprio perché dotate di capacità edificatoria, hanno in genere valori di mercato molto alti). Al fine di ovviare a tale sperequazione, i Comuni italiani, in sede di pianificazione, adottano diverse soluzioni, perlopiù basate sull’attribuzione di un indice di edificabilità virtuale alle aree destinate alla città pubblica, non utilizzabile su tali aree ma trasferibile sui suoli suscettibili di sfruttamento edificatorio. Si assicura, in tal modo, la valorizzazione delle aree della città pubblica, atteso che esse assumono in tal modo un valore commerciabile generato appunto dal valore dei diritti edificatori che esse esprimono.

I modelli di perequazione previsti dalla legislazione lombarda sono due, disciplinati rispettivamente dal primo e dal secondo comma del citato articolo 11.

³ Al riguardo si rimanda al disposto della norma.

Il primo modello si identifica nella cosiddetta perequazione di comparto, in quanto incidente su aree limitate del territorio comunale inserite in un medesimo comparto. Stabilisce il primo comma dell'art. 11 che 'sulla base dei criteri definiti dal documento di piano, i piani attuativi e gli atti di programmazione negoziata con valenza territoriale possono ripartire tra tutti i proprietari degli immobili interessati dagli interventi i diritti edificatori e gli oneri derivanti dalla dotazione di aree per opere di urbanizzazione mediante l'attribuzione di un identico indice di edificabilità territoriale, confermate le volumetrie degli edifici esistenti, se mantenuti. Ai fini della realizzazione della volumetria complessiva derivante dall'indice di edificabilità attribuito, i predetti piani ed atti di programmazione individuano gli eventuali edifici esistenti, le aree ove è concentrata l'edificazione e le aree da cedere gratuitamente al comune o da asservirsi, per la realizzazione di servizi ed infrastrutture, nonché per le compensazioni urbanistiche in permuta con aree di cui al comma 3'. In base a questo modello, alle aree inserite in uno stesso comparto viene attribuito un identico indice edificatorio (reale), a prescindere dal fatto che le stesse siano in concreto destinate allo sfruttamento ovvero alla cessione alla mano pubblica. Il piano attuativo individua poi i suoli ove concentrare l'edificazione e quelli destinati ad ospitare le opere di urbanizzazione. Anche queste ultime aree esprimono dunque capacità edificatoria; di conseguenza, i loro proprietari conseguono, comunque, un beneficio economico che rende indifferente, sotto il profilo economico appunto, la scelta dei siti ove verrà concentrata, in concreto, l'edificazione.

Il secondo comma dell'art. 11 disciplina invece la perequazione c.d. 'estesa' in quanto riferita all'intero territorio comunale. Stabilisce tale norma che 'sulla base dei criteri di cui al comma 1, nel piano delle regole i comuni, a fini di perequazione urbanistica, possono attribuire a tutte le aree del territorio comunale, ad eccezione delle aree destinate all'agricoltura e di quelle non soggette a trasformazione urbanistica, un identico indice di edificabilità territoriale, inferiore a quello minimo fondiario, differenziato per parti del territorio comunale, disciplinandone altresì il rapporto con la volumetria degli edifici esistenti, in relazione ai vari tipi di intervento previsti. In caso di avvalimento di tale facoltà, nel piano delle regole è inoltre regolamentata la cessione gratuita al comune delle aree destinate nel piano stesso alla realizzazione di opere di urbanizzazione, ovvero di servizi ed attrezzature pubbliche o di interesse pubblico o generale, da effettuarsi all'atto della utilizzazione dei diritti edificatori, così come determinati in applicazione di detto criterio perequativo'. La norma prevede, quindi, l'individuazione di due indici: un indice territoriale che, con riferimento alle aree omogenee aventi caratteristiche similari collocate in specifiche parti del territorio comunale, deve essere identico; ed un indice minimo fondiario, di valore più elevato rispetto all'indice territoriale, che costituisce un valore soglia al di sotto del quale lo sfruttamento edificatorio dell'area non può avvenire. In questo modo i titolari delle aree suscettibili di sfruttamento sono costretti ad acquisire diritti edificatori dai proprietari delle aree destinate alla città pubblica, e a trasferire, dunque, a questi, parte del valore economico dei propri fondi.

Ora, poiché, come detto, l'istituto della perequazione ha quale propria finalità quella di evitare ingiusti trattamenti differenziati, esso presuppone che le situazioni di fatto su cui va ad incidere presentino caratteristiche analoghe. Per questa ragione, i commi primo e secondo dell'articolo 11 della l.r. n. 12 del 2005 prevedono che la perequazione operi solo per gli ambiti soggetti a trasformazione [...]. Solamente quando le caratteristiche ontologiche dei suoli siano simili e tali da renderli tutti destinati all'edificazione, si rende necessario evitare che i diversi proprietari ricevano trattamenti differenziati.

Non è invece possibile perequare aree che abbiano caratteristiche ontologiche diverse, giacché in tal caso si creerebbero surrettizie forme di disuguaglianza. Inoltre, la legge esclude, come detto, che possano essere oggetto di perequazione i suoli agricoli e quelli inseriti in ambiti non soggetti a trasformazione (esplicito in tal senso è, come visto, l'art. 11, comma 2, della l.r. n. 12 del 2005)».

Dall'altro lato – ha osservato la medesima pronuncia in esame – «l'istituto della compensazione – di cui all'art. 11, comma 3, L.R. n. 12/2005 – presuppone l'esistenza di un vincolo espropriativo e consiste in una procedura alternativa all'esproprio. A differenza della perequazione, la cessione compensativa si caratterizza per l'individuazione da parte del pianificatore di aree, destinate alla costruzione della città pubblica, rispetto ai quali l'amministrazione non può rinunciare a priori al vincolo ed alla facoltà imperativa ed unilaterale di acquisizione coattiva delle aree. In queste aree, il Comune appone il vincolo pre-espropriativo ed entro il termine di cinque anni deve fare ricorso all'espropriazione, con la possibilità di ristorare il proprietario mediante attribuzione di "crediti compensativi" od aree in permuta in luogo dell'usuale indennizzo pecuniario [...]. Ancora più esplicitamente, la Sezione ha chiarito che "l'istituto della compensazione, a differenza di quello della perequazione, non ha quale precipua finalità quella di mitigare le disuguaglianze che si producono con la pianificazione urbanistica: esso semplicemente mira ad individuare una forma di remunerazione alternativa a quella pecuniaria per i proprietari dei suoli destinati all'espropriazione, consistente nell'attribuzione di diritti edificatori che potranno essere trasferiti, anche mediante cessione onerosa [...], ai proprietari delle aree destinate all'edificazione" (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 3 luglio 2020, n. 1279; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. II, 29 giugno 2020, n. 1234; altresì, 21 gennaio 2019, n. 119; 30 giugno 2017, n. 1468; 2 marzo 2015, n. 596; 11 giugno 2014, n. 1542)» (T.A.R. Milano, sez. II, n. 1098/2021).

La predetta impostazione è stata confermata anche dal Consiglio di Stato, il quale ha rilevato che la perequazione di cui ai commi 1 e 2 della L.R. n. 12/2005 risulta «caratterizzata dalla precipua finalità di mitigare le possibili disuguaglianze che si producono con la pianificazione urbanistica secondo il tradizionale criterio della zonizzazione», mentre «la compensazione (art. 11, comma 3, della medesima legge regionale) [...] presuppone l'esistenza di un vincolo espropriativo e consiste in una procedura che contempla una forma di ristoro economico del proprietario non mediante l'attribuzione dell'indennità ma con l'assegnazione di diritti edificatori. La compensazione non è tanto diretta a limitare o bilanciare le disuguaglianze implicate dalle scelte del pianificatore quanto invece a individuare una forma di remunerazione alternativa a quella pecuniaria per i proprietari dei suoli destinati all'espropriazione, che si sostanzia nell'assegnazione di diritti edificatori» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 5609/2022).

In argomento, infine, preme citare un importante precedente in ordine al registro comunale dei diritti edificatori: ha osservato il Consiglio di Stato che «il "registro delle cessioni dei diritti edificatori" è stato istituito in conformità al citato art. 11 comma 4 della l.r. n. 12/2005, secondo il quale "I diritti edificatori attribuiti a titolo di perequazione e di compensazione ... sono commerciabili e vengono collocati privilegiando gli ambiti di rigenerazione urbana. I Comuni istituiscono il registro delle cessioni dei diritti edificatori, aggiornato e reso pubblico secondo modalità stabilite dagli stessi comuni"», ricordando «[...] come premessa, che la pubblicità degli atti concernenti i diritti edificatori è prevista e disciplinata in via generale dall'art. 2643 n. 2 bis del codice civile, come introdotto dall'art. 5 comma 3 del d.l. 13 maggio 2011 n. 70 convertito nella l. 12 luglio 2011 n. 106, per cui "Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione: ... 2 bis) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale..."» e che «è controversa la natura giuridica dei diritti edificatori. Nel corso degli anni sono state prospettate diverse ricostruzioni che vanno dalle teorie che ne affermano la natura reale - con diversificazioni interne (diritto di proprietà su un bene immateriale, diritto di servitù, nuovo diritto reale) - alle teorie che ne affermano la natura obbligatoria (da ultimo, si v. Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2021, n. 16080)».

Orbene, si è detto, «[...] la norma riportata inserisce la pubblicità di questi diritti nel sistema della trascrizione immobiliare, disciplinato come è ben noto dal codice civile, che ne fissa in via generale i presupposti, le modalità e gli effetti, in particolare per dirimere ai sensi dell'art. 2644 c.c. i conflitti fra più aventi causa dallo stesso autore, in modo uniforme per tutto il territorio nazionale, con la sola limitata eccezione del sistema tavolare delle province ex austriache.

[...] Si tratta di una normativa che fa parte dell'«ordinamento civile» dello Stato, soggetto per quanto qui interessa alla competenza legislativa esclusiva dello Stato stesso ai sensi dell'art. 117 comma 1 lettera l) della Costituzione, in quanto comprende rapporti di natura privatistica, per i quali vi sono imprescindibili esigenze di uniforme trattamento su tutto il territorio nazionale (sul principio, per tutte C. cost. 23 ottobre 2007 n. 431) che escludono interventi localistici delle Regioni».

Ciò posto, è stato statuito che «in termini generali un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 11 comma 4 della l.r. 12/2005 esclude in radice che il registro da esso previsto possa avere una valenza generale e quindi possa porsi come strumento di pubblicità immobiliare parallelo e potenzialmente alternativo al sistema della trascrizione previsto dall'ordinamento generale; la norma va invece interpretata in modo restrittivo, limitandone l'applicazione ai soli casi in base ad essa espressamente disciplinati»: diversamente, invero, «il contrasto con l'art. 117 comma 1 lettera l) sarebbe evidente, perché si andrebbe a creare uno strumento in conflitto con l'uniformità di disciplina richiesta dalla norma costituzionale, messa in discussione non solo per quanto riguarda la Regione Lombardia, cui la norma è per definizione limitata, ma anche a livello di singolo Comune di questa Regione, dato che come si è visto l'istituzione del registro è di fatto solo eventuale, e non ne è previsto un modello uniforme».

Nel caso di specie - che ha interessato il capoluogo lombardo - è stato dato atto che «il Comune di Milano non ha affatto inteso muoversi in senso diverso, dato che il registro così come da esso configurato si pone come semplice strumento di pubblicità notizia, che dà per presupposto il sistema delle trascrizioni e non intende certo sostituirsi ad esso. Come pure si è visto, la disciplina concreta del registro è infatti diversa da quella dei registri immobiliari nazionali, essendo sufficiente rilevare che non prevede né un registro generale d'ordine per dare priorità ad una formalità rispetto all'altra, né un'efficacia delle iscrizioni in termini paragonabili a quella prevista dall'art. 2644 c.c. Il registro si limita invece a fornire un ausilio per la migliore conoscibilità di una categoria ben precisa di atti, quelli collegati all'attuazione del PGT approvato, con il ragionevole intento di facilitarne la commercializzazione. In tali termini, come correttamente ritenuto dal Comune, non può essere impiegato per dare pubblicità ad atti o situazioni di tipo diverso [...]» (Consiglio di Stato, sez. IV, 5469/2023).

4. Diritti edificatori e cessione di cubatura nella giurisprudenza del Consiglio di Stato.

In tema di diritti edificatori appare di estremo rilievo anche l'istituto della cessione di cubatura, che oltre ad interessare la giurisprudenza civile, è stato recentemente oggetto di una pronuncia del Consiglio di Stato che si intende qui richiamare.

Il Supremo Consesso amministrativo ha, difatti, ricordato che «tale istituto ha trovato la propria specifica ragion d'essere (e si è sviluppato) dopo l'introduzione: i) di limiti inderogabili di densità edilizia in base all'art. 17 della legge n. 765/1967 (che ha introdotto l'art. 41-quinquies della legge urbanistica n. 1150/1942); ii) degli standard edilizi di cui al d.m. n. 1444/1968.

In particolare, l'art. 41-quinquies della legge urbanistica ha stabilito che il piano regolatore debba prevedere limiti inderogabili di densità edilizia, rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi e che tali limiti debbano essere definiti per zone territoriali omogenee.

In tal modo lo ius aedificandi, inerente alla proprietà del suolo e di essa manifestazione, può essere attuato secondo quanto stabilito dagli atti di pianificazione i quali ne stabiliscono, oltre che la destinazione, gli indici di edificazione. Questi ultimi, a loro volta, in rapporto all'estensione dell'area, determinano la capacità edificatoria (o cubatura) realizzabile [...].

Con la cessione di cubatura, la capacità edificatoria viene incrementata con il trasferimento di diritti edificatori provenienti da un'altra area, che ne rimane priva, in tutto o in parte, mentre tali diritti sono utilizzati dal fondo ricevente».

Si è dunque precisato che «l'istituto in questione è il frutto della elaborazione giurisprudenziale. Infatti, pur in mancanza di una espressa disposizione scritta, la giurisprudenza - e in particolare la giurisprudenza amministrativa - ha riconosciuto che i diritti edificatori che un terreno possiede possono essere alienati o ceduti autonomamente dall'alienazione o cessione del terreno medesimo poiché gli stessi costituiscono un'utilità separata dal terreno cui ineriscono (v. inizialmente Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 1971, n. 632; Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 1973, n. 178; Cass. civ., sez. II, 29 giugno 1971, n. 4245; poi anche sez. V, n. 3637 del 2000, n. 400 del 1998, n. 1382 del 1994, n. 291 del 1991)» e che «il presupposto logico del c.d. "asservimento" (del fondo che si priva della propria capacità edificatoria in favore del fondo che la riceve) consiste nell'interesse della p.a. affinché sia osservato il rapporto tra superficie edificabile e volumi realizzabili nell'area interessata ma, al tempo stesso, nella sostanziale indifferenza alla materiale collocazione di fabbricati, fermi restando evidentemente i limiti di cubatura realizzabile in un determinato ambito territoriale, fissati dal piano, oltre al rispetto delle distanze e delle eventuali prescrizioni sulla superficie minima dei lotti (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5496; Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488; Cons. Stato, sez. V, 3 marzo 2003, n. 1172; Cons. Stato, sez. V, 11 aprile 1991, n. 530; Cons. Stato, sez. IV, 19 dicembre 1987, n. 795)».

Ciò posto, si è osservato che «il trasferimento della cubatura è tuttavia subordinato al soddisfacimento, pena l'invalidità dell'asservimento, di alcuni presupposti:

i) l'omogeneità di destinazione d'uso (Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 2006, n. 2488; Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6734; Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 1994, n. 193; Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 1993, n. 26; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 1991, n. 291);

ii) la contiguità territoriale (i fondi, seppur non necessariamente adiacenti, devono essere significativamente vicini, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 2003, n. 1278), altrimenti ne risulterebbero stravolte proprio le previsioni di piano sulla densità edificatoria di zona e incrinata l'inderogabilità delle relative prescrizioni;

iii) la possibilità che gli stessi strumenti urbanistici vietino, in via immediata e diretta, tali operazioni per alcune aree oppure adottino scelte sui limiti di volumetria che conducano a un esito analogo (Cass. civ., sez. V, 14 maggio 2007, n. 10979; Cass. civ., sez. V, 14 maggio 2003, n. 7417)».

Tanto chiarito, si è parimenti sottolineato che «la cessione di cubatura costituisce un genus, al cui interno si pongono sia gli atti tra privati volti a fare transitare direttamente potestà edificatoria da una proprietà all'altra, nei limiti consentiti, sia i diritti edificatori direttamente generati dalla p.a. nell'ambito della c.d. urbanistica consensuale, nelle forme della perequazione, della compensazione e della premialità, variamente declinate dalla legislazione regionale e dagli strumenti pianificatori locali.

Il tratto distintivo tra i due modelli è costituito in primo luogo dalla necessaria associazione, nella seconda ipotesi, di una procedura pubblicistica (o che comunque coinvolge direttamente la p.a. attraverso lo schema convenzionale) all'atto o agli atti conclusi iure privatorum, mentre nella prima ipotesi la p.a. interviene esclusivamente al momento del rilascio del permesso di costruire.

Inoltre, nella prima ipotesi è già individuata, al momento della cessione, anche l'area che beneficia dell'incremento di capacità edificatoria, mentre la seconda ipotesi conosce la c.d. fase di volo, durante la quale i diritti edificatori sono temporaneamente privi di area di riferimento.

Il tratto comune a entrambe le ipotesi è peraltro dato dal distacco e dalla separata negoziazione e trasferimento dello ius aedificandi rispetto alla specifica proprietà del suolo da cui originano».

In questa prospettiva il Consiglio di Stato ha affermato - richiamando quanto statuito dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione - che «la cessione di cubatura si iscrive pertanto comunque nell'ambito della materia dei diritti edificatori globalmente considerati (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 16080 del 2021). Nella cessione di cubatura il trasferimento (totale o parziale) della capacità edificatoria del fondo avviene - tra privati - a favore di un'area fin dall'inizio ben determinata, se non necessariamente contigua quantomeno prossima, e di destinazione urbanistica omogenea. Come si è detto, non vi è incidenza sulla pianificazione generale, attesa l'invarianza della cubatura complessiva, l'omogeneità delle aree coinvolte e l'estraneità alla cessione in sé della p.a. (tanto che viene talvolta definita come intervento di "micropianificazione urbanistica ad iniziativa privata"), alla quale sarà tuttavia demandato di assentire il rilascio, a favore del cessionario, del permesso di costruire maggiorato della quota di cubatura trasferita (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 23902 del 2020)».

In termini di qualificazione giuridica i giudici di Palazzo Spada hanno, infine, notato che «sebbene si tratti di tema ampiamente discusso, un orientamento assegna alla cessione di cubatura natura di atto costitutivo o traslativo di un diritto reale, quale espressione del diritto di proprietà insito nello sfruttamento edilizio del suolo.

Occorre ammettere tuttavia che maggiori sono le difficoltà a collocare la cessione di cubatura in un coerente quadro, che a ben vedere sfugge alle tradizionali classificazioni dei diritti reali per essere spesso ricondotto a una figura atipica di diritto reale, non disciplinata espressamente dal codice civile.

In tal senso risulta comunque problematica la completa assimilazione al diritto di superficie (mancando l'alterità tra proprietà del suolo e proprietà della costruzione), al diritto di servitù prediale quale impedimento alla costruzione o alla sovraelevazione (risultando problematici, rispetto alla categoria codicistica della servitù, l'assenso della p.a. al permesso di costruire conseguente, l'attivazione del privato cedente ai fini del rilascio del permesso in favore dell'acquirente, l'assenza di una necessaria vicinanza tra i fondi laddove è dato rilievo all'appartenenza alla medesima zona urbanistica).

Anche di recente, tuttavia, è stato escluso che la cessione di cubatura consista in un atto traslativo, ed ancor meno costitutivo, di un diritto reale (Cass. civ., n. 18291 del 2020, con ulteriori richiami) per affermarne il carattere obbligatorio, mentre il trasferimento della cubatura - nei confronti dei terzi, così come tra le parti - deriverebbe esclusivamente dal provvedimento concessorio, discrezionale e non vincolato (Cass. n. 1352 del 1996; Cass. n. 20623 del 2009 in motiv., Cass. n. 24948 del 2018), tanto per evitare che si configurino contratti fra privati in danno dell'interesse pubblico al corretto governo del territorio la cui cura è affidata in primis all'ente locale.

La medesima esigenza è salvaguardata dalla giurisprudenza amministrativa che pure colloca l'atto in questione in un contesto di tipo meramente obbligatorio (cfr. ex multis Cons. Stato, sez. VI, n. 4861 del 2016). Il trasferimento di cubatura, infatti, non dipenderebbe dall'accordo tra le parti, ma solamente dal rilascio del permesso di costruire da parte della p.a. (per la qualificazione dell'asservimento quale fattispecie negoziale atipica ad effetti obbligatori, che realizza una specie particolare di relazione pertinenziale v. Cons. Stato, Ad. plen. n. 3 del 2009; sez. IV, n. 3969 del 2015; sez. V, n. 4757 del 2013; n. 4531 del 2013).

Ne costituisce conferma la procedura necessaria al fine dell'apposizione del vincolo di asservimento; infatti, il c.d. vincolo di asservimento rispettivamente a carico e a favore del fondo si costituisce, sia per le parti che per i terzi, per effetto del rilascio della concessione edilizia, che legittima lo ius aedificandi del cessionario sul suolo attiguo, sì che nessun risarcimento è dovuto al cedente (Cass., 12 settembre 1998, n. 9081; in senso conforme, 22 febbraio 1996, n. 1352; 29 giugno 1981, n. 4245; Cons. Stato, sez. IV, n. 3969 del 2015)».

Si è quindi rammentato – come già si è avuto modo di ricordare - che «alcuni elementi di maggiore certezza e stabilità sono stati immessi nel sistema di diritto positivo dal n. 2-bis del primo comma dell'art. 2643 c.c. (introdotto dal decreto-legge n. 70/2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 106/2011), il quale prevede che siano resi pubblici con il mezzo della trascrizione i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale.

Sebbene già prima dell'introduzione del n. 2-bis al primo comma dell'art. 2643 del codice civile il trasferimento di cubatura fosse stato ritenuto opponibile ai terzi poiché l'asservimento del fondo cedente a favore del fondo accipiente costituisce comunque una qualità obiettiva del fondo opponibile anche al terzo acquirente [...] è indubbio tuttavia che la modifica codicistica abbia rafforzato la pubblicità e la tutela dei terzi.

Pur non avendo disciplinato espressamente e compiutamente la cessione di diritti edificatori, dalla novella al codice possono essere chiaramente enucleati almeno i seguenti principi:

- i) l'autonomia delle disposizioni regionali o di quelle di piano nella disciplina della cessione di cubatura;*
- ii) l'ampiezza della cessione di cubatura ("diritti edificatori comunque denominati", il che - al di là degli obiettivi principalmente perseguiti dal legislatore - non consente di circoscrivere la novella ai soli trasferimenti di diritti edificatori di uno solo dei due tipi prima citati);*
- iii) il favor con cui il legislatore nazionale ha guardato all'istituto (ferma la specifica disciplina statale, regionale o di piano).*

Di tale favor costituiscono espressione alcune decisioni della giurisprudenza amministrativa volte a valorizzare l'istituto in questione, perché altrimenti "negare la possibilità del trasferimento di diritti edificatori nell'ambito di una stessa zona omogenea, con la motivazione del mancato rispetto del parametro dell'indice edificatorio fondiario del lotto beneficiario, equivarrebbe ad una sostanziale abrogazione dell'istituto introdotto dal citato art. 5 d.l. n. 70/2011, perseguendo l'istituto in esame il precipuo fine di aumentare la capacità edificatoria del lotto di proprietà del cessionario, anche e proprio nei casi in cui la capacità edificatoria del lotto sia già esaurita, che, diversamente, non sarebbe necessario l'acquisto di diritti edificatori provenienti da altro immobile (il tutto, purché venga rispettato l'indice territoriale dell'intera zona)" (Cons. Stato, sez. VI, n. 4861 del 2016, che ha inoltre escluso, ai fini dell'ammissibilità del trasferimento dei diritti edificatori, la rilevanza che nel caso di specie l'interessata avesse, in aggiunta, già usufruito anche di un bonus di cubatura connesso al risanamento energetico, trovando tale bonus applicazione sulla base di precise disposizioni provinciali, di natura primaria; analogamente, cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 1398 del 2016).

Si potrebbe anzi derivare dall'espressa previsione argomento per il carattere non reale dei diritti edificatori (cfr. Cass. civ., sez. un., n. 16080 del 2021), se non altro perché altrimenti sarebbero stati già prima trascrivibili in base alla disciplina generale. Va poi considerato che la qualificazione di "diritti" edificatori affrancherebbe tale istituto da posizioni giuridiche meno piene. Come ha sottolineato la Cassazione (cfr. n. 16080/2021 cit.), va rimarcata "la collocazione dell'istituto all'interno del sistema di tutela dei diritti per mezzo della trascrizione, a sua volta intrinsecamente connesso alla vicenda traslativa, costitutiva o modificativa...il che comporta la netta rivalutazione del sostrato privatistico della cessione di cubatura, ricollocando l'effetto traslativo suo proprio nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti, non già del procedimento amministrativo". Il permesso di costruire concorrerebbe non al trasferimento in sé tra i privati della cubatura, quanto alla sua fruibilità in conformità alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie; "il permesso di costruire - seppure per certi versi anomalo perché chiesto e rilasciato per una volumetria aumentata - continua ad operare su un piano non dissimile da quello 'normale' dei provvedimenti genericamente ampliativi della sfera giuridica del privato e, segnatamente, da quello che regola ordinariamente l'esercizio diretto dello ius aedificandi da parte del proprietario". Peraltro, le implicazioni di non-realtà non comporterebbero la negazione dell'inerenza al fondo del diritto sulla cubatura ceduta, quanto l'attribuzione ad essa di un'incidenza più identitaria e funzionale che coesenziale alla natura dell'istituto.

Come ha posto in evidenza il Consiglio di Stato (v., sez. IV, n. 4861 del 2016), "la disposizione normativa, peraltro, quale unico presupposto di disciplina resta evidentemente lacunosa perché trascura la circostanza che la cessione di cubatura non è un mero negozio bilaterale tra privati ma, per trovare la propria concreta attuazione ancorché prevista dalla legge statale, necessita inevitabilmente non solo di "non essere vietata" dagli strumenti urbanistici ma anche di coordinarsi con gli stessi, inserendovisi in modo armonico. Fermo quindi che il legislatore nazionale ha inteso dettare una indicazione di favore per la cessione di cubatura in un'ottica di sviluppo economico, resta evidente come, al di là dell'affermazione di principio, si sia trascurato di dettagliare il non semplice aspetto di quali siano gli elementi imprescindibili del PRGC che possono comunque ostare, al di là dell'espresso divieto, alla cessione. In tale contesto la giurisprudenza ha svolto una inevitabile funzione di supplenza elaborando, in linea di massima, i seguenti principi: la cessione di cubatura può trovare concreta attuazione là dove i due fondi rispettivamente cedente e cessionario siano omogenei e contigui"».

In conclusione si è sancito che «[...] coerentemente con i principi richiamati, la giurisprudenza amministrativa, per la legittimità della cessione di cubatura, richiede non solo l'omogeneità d'area

territoriale ma anche la contiguità dei fondi, e ha riconosciuto utilizzabili asservimenti riferiti ad aree, anche se non contigue sul piano fisico, vicine però in modo significativo (Cons. Stato, sez. VI, n. 1515 del 2016, in precedenza cfr. ad es. Cons. Stato, Sez. VI, n. 6734 del 2003).

La giurisprudenza è inoltre intervenuta per chiarire i rapporti tra strumenti di pianificazione, densità edilizia territoriale, densità edilizia fondiaria e la necessità che l'indice di edificabilità sia rapportato all'effettiva superficie suscettibile di edificazione in modo da potere individuare la volumetria assentibile con il permesso di costruire (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 5419 del 2017)» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4417/2022).

5. Il regime giuridico dei vincoli conformativi e dei vincoli espropriativi nella pianificazione urbanistica: differenze e ripercussioni.

Una delle questioni che più di frequente rileva nella prassi amministrativa concerne la distinzione tra vincoli urbanistici di tipo conformativo ed espropriativo, anche alla stregua delle significative ripercussioni che tale qualificazione viene ad assumere in concreto.

In ordine alla problematica *de qua* la giurisprudenza è stata più volte chiamata a pronunciarsi: non potendo, per ovvie ragioni di sinteticità, riportare tutte le molteplici pronunce intervenute sull'argomento, preme segnalare una recente decisione che ha il pregio di fornire un quadro sufficientemente esaustivo della posizione attualmente prevalente.

È stato osservato, invero, che «[...] in sostanziale sintonia con la giurisprudenza civilistica, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha rilevato come, per stabilire la natura conformativa o espropriativa di un vincolo, occorra verificare se la sua imposizione consenta al privato di realizzare l'opera: "secondo gli insegnamenti della giurisprudenza (v. Corte cass, sez. 1, sentenza n. 10325/2016), per affermarsi la natura espropriativa del vincolo deve concorrere un triplice ordine di presupposti:

- in primo luogo, che si traduca in un'imposizione a titolo particolare incidente su beni determinati al precipuo fine della precisa e puntuale localizzazione di un intervento edilizio che, per natura e scopo, sia di esclusiva appropriazione e fruizione collettiva;

- in secondo luogo, che la relativa realizzazione risulti incompatibile con la proprietà privata e, perciò, presupponga ineluttabilmente, per il suo compimento, l'espropriazione del bene;

- in terzo luogo, che l'imposizione determini l'inedificabilità del bene colpito e, dunque, lo svuotamento del contenuto del diritto di proprietà, incidendo sul suo godimento, tanto da renderlo inutilizzabile rispetto alla sua destinazione naturale, ovvero da diminuirne in modo significativo il valore di scambio. Ciò nel quadro del più generale principio secondo cui "la variante al piano regolatore generale che imponga solo un vincolo particolare incidente su beni determinati, in funzione non già di una generale destinazione di zona, ma della localizzazione di un'opera pubblica, la cui realizzazione non può coesistere con la proprietà privata, lo stesso va qualificato come preordinato alla relativa espropriazione e da esso deve, dunque, prescindere nella qualificazione dell'area" (Cons. Stato, sez. IV, 17 marzo 2022, n. 1940, sulle orme di Cass. civ., sez. I, 19 maggio 2016, n. 10325; si vedano anche Cons. Stato sez. II, 4 febbraio 2022, n. 782; sez. VI, 30 gennaio 2020, n. 783)».

Si è pure ricordato che *«la particolare importanza che assume la possibilità che il privato possa continuare ad usufruire del valore di mercato del bene ai fini dell'individuazione della natura conformativa o espropriativa del vincolo urbanistico è poi ben sottolineata da una decisione amministrativa di primo grado che è pienamente condivisa dalla Sezione e che può pertanto essere utilmente richiamata: "sotto altra angolazione interpretativa giurisprudenziale,onde stabilire la natura - conformativa o espropriativa - di un vincolo, occorre verificare se la sua imposizione ammetta, comunque, la realizzazione dell'opera da parte del privato e se, in presenza di tale possibilità, quest'ultimo possa porre l'opera medesima sul mercato e sfruttarla economicamente (come nell'ipotesi destinazione ad attrezzature ricreative o sportive, a verde pubblico, a parcheggio pubblico: cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. IV, n. 5582/2015; n. 4022/2016; n. 4748/2017; sez. VI, n. 783/2020; sez. II, n. 6455/2020; TAR Puglia, Lecce, sez. I, n. 1027/2018; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, n. 6634/2018): solo in tal caso, infatti, si può affermare che non vi sia uno svuotamento del diritto di proprietà; diversamente, qualora dell'opera realizzata, comunque destinata ad una pubblica utilizzazione, l'unico esclusivo fruitore sia l'ente pubblico, si ha un sostanziale svuotamento del contenuto economico del diritto di proprietà, con relativa configurazione del vincolo a guisa sostanzialmente espropriativa (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, n. 3623/2016; TAR Emilia Romagna, Parma, n. 187/2018; TAR Sicilia, Palermo, sez. III, n. 519/2020)" (T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 21 luglio 2021, n. 1810)» (T.A.R. Firenze (Toscana), sez. I, n. 656/2023).*

6. Usucapione a favore della P.A. in assenza di una procedura espropriativa dell'immobile per pubblica utilità.

In tema di espropriazione uno degli istituti maggiormente discussi è quello – di origine giurisprudenziale - relativo alla cd. *«occupazione usurpativa»*, che ricorre nel momento in cui la privazione del possesso di un terreno privato da parte della P.A. avviene in assenza dei necessari presupposti di legge (quali, a titolo esemplificativo, la dichiarazione di pubblica utilità ovvero la dichiarazione di indifferibilità ed urgenza) nonostante si verifichi l'occupazione con contestuale trasformazione irreversibile del suolo stesso⁴.

In argomento, in questa sede si intende segnalare una recente pronuncia della Corte di Cassazione, alla cui attenzione si è posta una questione giuridica consistente nel seguente quesito: *«[...] può considerarsi quale idoneo possesso "ad usucapionem" [...] quello conseguito ed esercitato dalla P.A. per effetto di un'occupazione usurpativa, cioè non assistita "a monte" dall'instaurazione di una legittima procedura espropriativa dell'immobile per pubblica utilità?»*

Orbene, la pronuncia *de qua* ha in primis rilevato che *«la Corte di appello ha, con l'impugnata sentenza, risposto positivamente, aderendo - in base alla valorizzazione delle ragioni addotte a sostegno dell'indirizzo ritenuto preferibile e più convincente - all'orientamento maggioritario della giurisprudenza (amministrativa e di legittimità), sul presupposto della ravvisata compatibilità tra usucapione a favore della P.A. e occupazione usurpativa, ovvero disancorata dall'esercizio dei poteri ablatori o in carenza dei presupposti per esercitarli in funzione della realizzazione di una procedura espropriativa per pubblica utilità, e ciò sul presupposto che, verificandosi tale situazione, la P.A. viene a trovarsi in una posizione paritetica con il privato proprietario dell'immobile, il quale - a fronte di un possesso di tal fatta da parte della stessa P.A. - rimane legittimato ad esercitare le azioni di "restitutio in integrum" o di risarcimento danni, contestando la sussistenza delle necessarie condizioni imposte dall'art. 1158 c.c., per l'acquisto a titolo originario del bene controverso da parte della P.A.»*.

⁴ <https://www.diritto.it/le-condotte-illecite-della-pubblica-amministrazione-incidenti-sul-diritto-di-proprietà/>

Ciò detto, la Cassazione ha ritenuto di confermare la sentenza di appello atteso che «[...] alla stregua del chiaro principio enunciato con la sentenza n. 11147/2012 della I Sez. civ. (peraltro costituente l'unico precedente in termini sulla specifica questione, richiamato anche nella stessa decisione della Corte di appello), si è, condivisibilmente, ritenuto che l'occupazione usurpativa di un fondo da parte della P.A. è compatibile con l'usucapione del fondo medesimo da parte dell'ente occupante, in quanto la totale assenza dei presupposti di esercizio del potere ablativo, che connota detta occupazione, lascia intatta la facoltà del proprietario di rivendicare il bene, salvo il limite di diritto comune dell'intervenuta usucapione, senza che assuma rilievo, in senso contrario, la facoltà di acquisizione sanante del D.P.R. n. 327 del 2001, ex art. 42-bis, essendo l'acquisto postumo del diritto di proprietà logicamente incompatibile con l'intervenuto acquisto retroattivo del medesimo diritto a titolo di usucapione.

Si è, inoltre, aggiunto che, a fronte di una mera condotta della P.A., illecita proprio perché avulsa dall'esercizio di poteri espropriativi, l'evocazione dell'art. 97 Cost. [...] non può considerarsi pertinente, dovendo, nella situazione data, trovare applicazione la disciplina di diritto comune.

L'impianto argomentativo e l'approdo raggiunto dalla richiamata pronuncia risultano giustificati anche in conseguenza dei principi espressi dalle Sezioni unite con la precedente sentenza n. 21575/2011, con cui si è riconosciuto, in presenza di un'occupazione usurpativa della P.A. (comunque idonea a fondare un possesso utile "ad usucapionem"), il diritto del proprietario dell'immobile illegittimamente occupato di esercitare l'azione recuperatoria o risarcitoria e, in difetto dell'instaurazione della prima ed in conseguenza del possesso ultraventennale da parte della P.A., legittima, in favore di quest'ultima, la dichiarazione di acquisto per usucapione.

L'appena citata sentenza delle Sezioni unite ha, in particolare, precisato, da un lato, che "non è vero che la realizzazione abusiva (al di fuori di una valida procedura ablativa o di imposizione coattiva di una servitù) di un'opera privata di pubblica utilità privi il proprietario del fondo del diritto alla "restituito in integrum" (in piena conformità, del resto, ai principi affermati dalla CEDU), e, dall'altro, che "l'usucapione fa venir meno l'elemento costitutivo della fattispecie risarcitoria, consistente nell'illiceità della condotta lesiva della situazione giuridica soggettiva dedotta, non solo per il periodo successivo al decorso del termine, ma anche per quello anteriore, in virtù della retroattività degli effetti dell'acquisto, stabilita per garantire, alla scadenza del termine necessario, la piena realizzazione dell'interesse all'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto"» (Cassazione civile, sez. II, n. 18445/2023)⁵.

7. Convenzione di lottizzazione: la scadenza del termine per urbanizzare l'area.

In materia di convenzioni di lottizzazione la giurisprudenza maggioritaria ha chiarito che «la scadenza del termine per l'ultimazione dell'esecuzione delle opere di urbanizzazione previste nella convenzione urbanistica non fa venire meno la relativa obbligazione, mentre proprio da tale momento, in base all'art. 2935 c.c., inizia a decorrere l'ordinario termine di prescrizione decennale, ai sensi dell'art. 2946 del codice civile (cfr., Cons. Stato, sez. II, 20 aprile 2020 n. 2532; Id., sez. IV, 14 maggio 2019, n. 3127n. 3126).

Sicché, il Comune, una volta consumato il termine di validità della convenzione, ha dieci anni di tempo per poter azionare i diritti ivi previsti (cfr., Cons. Stato, sez. IV, 15 ottobre 2019, n. 7008).

⁵ <https://www.dirittopa.it/it/interventi/espropriazione/occupazione-senza-titolo-e-usucapione-del-fondo-occupato/>

La scadenza della convenzione di lottizzazione riguarda, infatti, l'efficacia del regime urbanistico introdotto dalla convenzione, non anche gli effetti obbligatori che la stessa convenzione va a produrre tra le parti, con la conseguenza che le parti possono anche il termine di scadenza esigere - nel rispetto del termine ordinario di prescrizione decorrente dalla scadenza dello strumento urbanistico attuativo - l'adempimento degli obblighi che la controparte si è assunta con la convenzione, quali la corresponsione di somme a titolo di oneri o la realizzazione di opere di urbanizzazione (cfr., Cons. Stato, sez. II, 4 maggio 2020, n. 2843; Id.. sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4278).

Ne deriva che la prescrizione decorre solo dal termine ultimo di validità della convenzione, ordinariamente previsto in dieci anni o nel diverso termine stabilito dalle parti; mentre il Comune, una volta consumato il termine di validità della convenzione, ha ancora dieci anni di tempo, ovvero il termine ordinario di prescrizione, per poter azionare i diritti previsti dalla convenzione stessa» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8526/2023).

8. Piani di recupero: la significativa urbanizzazione dell'area non può derogare all'obbligo dello strumento attuativo.

Con riferimento ai piani di recupero urbanistico una recente pronuncia – richiamando i più significativi orientamenti giurisprudenziali - ha precisato che «sono strumenti pianificatori attuativi che assolvono ad una funzione “riparatoria” del tessuto urbano, fronteggiando una situazione creata in via di fatto e tenendo conto, oltre alla esigenza di recupero dei nuclei abusivi, anche delle generali esigenze di pianificazione del territorio comunale (Cons. St., sez. II, sent. n. 6762/ 2020). In particolare, i piani di recupero costituiscono “lo strumento individuato dal legislatore per attuare il riequilibrio urbanistico di aree degradate o colpite da più o meno estesi fenomeni di edilizia “spontanea” e incontrollata, legittimati, appunto, ex post. Essi, cioè, hanno sì l'obiettivo di “recupero fisico” degli edifici, ma collocandolo in operazioni di più ampio respiro su scala urbanistica, in quanto mirate alla rivitalizzazione di un particolare comprensorio urbano” (cfr. Cons. Stato, sez. II, 17.05.2021, n. 3836)».

Si è osservato che «l'esistenza di una “edificazione disomogenea” non solo giustifica la previsione urbanistica che subordina la modifica dei luoghi alla emanazione del piano di recupero, ma impone che questo piano vi sia e sia concretamente attuato, per restituire ordine all'abitato e riorganizzare il disegno urbanistico di completamento della zona (cfr., Consiglio di Stato sez. V, n. 5078/2014; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2470/2012)», derivandone che «non è possibile ipotizzare una deroga all'obbligo dello strumento attuativo anche nelle zone significativamente urbanizzate. In giurisprudenza, infatti, si è condivisibilmente affermato che il piano di recupero configura “lo strumento per attuare il riequilibrio nelle aree degradate e non è ipotizzabile che in tali aree, pur compromesse da fenomeni di urbanizzazione spontanea e incontrollata, il piano attuativo possa essere eluso con titoli edilizi singoli per costruire, pur attenendo questi ultimi a lotti prospicienti su aree urbanizzate e interclusi”, in quanto lo stesso “ottiene non soltanto al recupero fisico degli edifici, ma anche e soprattutto rappresenta un'operazione complessa a scala urbanistica, che deve puntare alla rivitalizzazione di un comprensorio urbano”, con la conseguenza che “il piano attuativo è necessario non solo per i lotti interclusi insistenti in zone urbanizzate, ma anche per le aree (...) già compromesse da fenomeni di urbanizzazione spontanea e incontrollata”, e l'imposizione di una previa scelta di pianificazione urbanistica che condiziona e a cui sono subordinati gli interventi edificatori singoli trae la propria giustificazione (meglio sarebbe a dire la propria necessità) “proprio in considerazione

del fatto che la zona in questione, in quanto già compromessa sotto l'aspetto urbanistico, ambientale e paesistico, abbia bisogno di necessari interventi di riqualificazione ambientale e paesistica" (cfr. Cons. St., Sez. V., 14.10.2014, n. 5078)».

Si è statuito, in particolare, che «il Piano di recupero può essere effettuato anche in zone di completa edificazione [...], posto che "la previsione della necessità di un piano di recupero mira proprio a far sì che tutte le modifiche della zona individuata si ispirino a criteri omogenei e a una ordinata modifica ed equilibrato sviluppo e assetto del territorio, per migliorare la vivibilità degli abitanti e per evitare uno sviluppo incontrollato senza attenersi alle regole volte al miglioramento dell'area. Come ha già rilevato questo Consiglio, l'esistenza di una 'edificazione disomogenea' non solo giustifica la previsione urbanistica che subordina la modifica dei luoghi alla emanazione del piano di recupero, ma impone che questo piano vi sia e sia concretamente attuato, per restituire ordine all'abitato e riorganizzare il disegno urbanistico di completamento della zona" (cfr., Cons. St., n. 5078/2014)» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 8141/2023)⁶.

9. L'attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica.

L'articolo 9 del D.P.R. n. 380/2001 regola l'«Attività edilizia in assenza di pianificazione urbanistica», stabilendo al primo comma che «salvi i più restrittivi limiti fissati dalle leggi regionali e nel rispetto delle norme previste dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490⁷, nei comuni sprovvisti di strumenti urbanistici sono consentiti:

a) gli interventi previsti dalle lettere a), b) e c) del primo comma dell'articolo 3⁸ che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse;

b) fuori dal perimetro dei centri abitati, gli interventi di nuova edificazione nel limite della densità massima fondiaria di 0,03 metri cubi per metro quadro; in caso di interventi a destinazione produttiva, la superficie coperta non può comunque superare un decimo dell'area di proprietà».

Il comma secondo della disposizione prevede inoltre che «nelle aree nelle quali non siano stati approvati gli strumenti urbanistici attuativi previsti dagli strumenti urbanistici generali come presupposto per l'edificazione, oltre agli interventi indicati al comma 1, lettera a), sono consentiti gli interventi di cui alla lettera d) del primo comma dell'articolo 3 del presente testo unico che riguardino singole unità immobiliari o parti di esse»: si tratta, cioè degli interventi di ristrutturazione edilizia. Inoltre, prosegue la norma, «tali ultimi interventi sono consentiti anche se riguardino globalmente uno o più edifici e modifichino fino al 25 per cento delle destinazioni preesistenti, purché il titolare del permesso si impegni, con atto trascritto a favore del comune e a cura e spese dell'interessato, a praticare, limitatamente alla percentuale mantenuta ad uso residenziale, prezzi di vendita e canoni di locazione concordati con il comune ed a concorrere negli oneri di urbanizzazione di cui alla sezione II del capo II del presente titolo».

In proposito preme rammentare che la giurisprudenza ha chiarito che «la finalità della norma è quella di realizzare un temperamento tra gli interessi del privato, di esercitare comunque lo jus aedificandi a

⁶ <https://lexambiente.it/materie/urbanistica/64-consiglio-di-stato64/17085-urbanistica-piani-di-recupero-urbanistico.html>

⁷ Il riferimento, attualmente, è da intendersi al D.lgs. n. 42/2004 (cd. «Codice dei beni culturali e del paesaggio»).

⁸ Si tratta degli interventi di manutenzione ordinaria, manutenzione straordinaria e quelli di restauro e risanamento conservativo.

fronte dell'omesso esercizio del potere pianificatorio, e dell'amministrazione di non vedersi pregiudicata in fatto la funzione di regolamentazione urbanistica (cfr. Corte costituzionale n. 84 del 2017).

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 84 del 2017, si è pronunciata sui limiti agli interventi di nuova edificazione a destinazione produttiva, fuori del perimetro dei centri abitati, nei comuni sprovvisti di strumenti urbanistici, dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, lettera b), del decreto legislativo 6 giugno 2001, n. 378, recante "Disposizioni legislative in materia edilizia (Testo B)", trasfuso nell'art. 9, comma 1, lettera b), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, recante il "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (Testo A)", sollevate, in riferimento agli artt. 3, 41, primo comma, 42, secondo e terzo comma, 76 e 117, terzo comma, della Costituzione.

Ai sensi dell'art. 9, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 380 del 2001, per la realizzazione di un insediamento produttivo in "zona bianca" e fuori dal perimetro del centro abitato, è richiesto un doppio limite previsto dalla citata disposizione, riferito sia alla soglia di cubatura consentita, sia alla misura massima della superficie coperta realizzabile (cfr. Cons. Stato, sez. IV, n. 1461 del 2010, che richiama Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 2009, n. 679; 26 settembre 2008, n. 4661; 19 giugno 2006, n. 3658).

La norma, pertanto, individua due requisiti generali ed autonomi, aventi contenuto eterogeneo, che devono contestualmente concorrere ai fini del rilascio del titolo edilizio ed il regime in questione, per sua natura transitorio, ha natura di mera salvaguardia in attesa della futura pianificazione» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2390/2020).

Sotto distinto profilo è stato, peraltro, precisato che «"l'esigenza di un piano di lottizzazione, quale presupposto per il rilascio della concessione edilizia, si impone anche al fine di un armonico raccordo con il preesistente aggregato abitativo, allo scopo di potenziare le opere di urbanizzazione già esistenti e, quindi, anche alla più limitata funzione di armonizzare aree già compromesse ed urbanizzate, che richiedano una necessaria pianificazione della maglia e perciò anche in caso di lotto intercluso o di altri casi analoghi di zona già edificata e urbanizzata." (Consiglio di Stato Sez. IV, 20 aprile 2018, n. 2397) e che "In linea di principio, sono eccezionali e di stretta interpretazione i casi in cui il P.R.G. (o lo strumento urbanistico equivalente) consenta il rilascio del permesso di costruire diretto, senza previa approvazione dello strumento attuativo. Pure in presenza di una zona (in tesi) già urbanizzata, la necessità dello strumento attuativo è esclusa solo nei casi nei quali la situazione di fatto, in presenza di una pressoché completa edificazione della zona, sia addirittura incompatibile con un piano attuativo (ad es. il lotto residuale ed intercluso in area completamente urbanizzata), ma non anche nell'ipotesi in cui per effetto di una edificazione disomogenea ci si trovi di fronte ad una situazione che esige un intervento idoneo a restituire efficienza all'abitato, riordinando e talora definendo ex novo un disegno urbanistico di completamento della zona (ad esempio, completando il sistema della viabilità secondaria nella zona o integrando l'urbanizzazione esistente per garantire il rispetto degli standards minimi per spazi e servizi pubblici e le condizioni per l'armonico collegamento con le zone contigue, già asservite all'edificazione)" (Consiglio di Stato Sez. IV, 08 febbraio 2018, n. 825 e Consiglio di Stato Sez. IV, 12 luglio 2018, n. 4271)» e richiamata la pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato «per la quale, qualora lo strumento urbanistico generale subordini l'edificabilità alla previa emanazione di un piano attuativo, ai sensi dell'art. 9 del testo unico n. 380 del 2001 l'emanazione di questo va considerata indefettibile, tranne il caso pressoché di scuola in cui un terreno di ridotte dimensioni sia completamente circondato da edifici (Sez. IV, nn. 6814 e 6802 del 2020; nn. 8490 e 7463 del 2019; Sez. I, n. 1718 del 2019;

Sez. IV, n. 2707 del 2012; nn. 6625, 2674 e 840 del 2008; n. 3007 del 2007; 4812 del 2003)» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 8313/2020)⁹.

10. Standards urbanistici e deroga delle distanze minime: la pronuncia della Corte Costituzionale.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 85 del 2023, si è espressa sulle questioni di legittimità costituzionale dell'articolo 2-bis, comma 1 del D.P.R. n. 380/2001 in riferimento agli articoli 3 e 117, commi secondo, lettere m) e s) della Costituzione e, «in via consequenziale», dell'articolo 103, comma 1-bis della L.R. n. 12/2005 in relazione all'articolo 117, commi secondo, lettere m) e s), e terzo della Costituzione.

Per quanto qui di interesse - anticipando che con la decisione in commento sono state dichiarate inammissibili le questioni sollevate - si evidenzia come la Corte abbia illustrato brevemente «le coordinate normative entro le quali si collocano le questioni in esame», precisando che «la disciplina degli standard urbanistici rinvia il suo fondamento nell'art. 17 della legge 6 agosto 1967, n. 765 (Modifiche ed integrazioni alla legge urbanistica 17 agosto 1942, n. 1150), con cui è stato introdotto l'art. 41-quinquies della legge n. 1150 del 1942, il quale, ai commi ottavo e nono, stabilisce che:

«[8] In tutti i comuni, ai fini della formazione di nuovi strumenti urbanistici o della revisione di quelli esistenti, debbono essere osservati limiti inderogabili di densità edilizia, di altezza, di distanza tra i fabbricati, nonché rapporti massimi tra spazi destinati agli insediamenti residenziali e produttivi e spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi.

[9] I limiti e i rapporti previsti dal precedente comma sono definiti per zone territoriali omogenee, con decreto del Ministro per i lavori pubblici di concerto con quello per l'interno, sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici. In sede di prima applicazione della presente legge, tale decreto viene emanato entro sei mesi dall'entrata in vigore della medesima».

All'attuazione di quanto specificamente previsto dal predetto comma nono ha provveduto il d.m. n. 1444 del 1968, il quale ha optato per l'individuazione delle percentuali di dotazioni infrastrutturali strettamente collegate alle destinazioni funzionali delle diverse zone in cui doveva essere ripartito dal piano regolatore generale il territorio comunale. Gli artt. da 3 a 5, infatti, definiscono riassuntivamente le percentuali e le quantità di aree da destinare a «spazi pubblici [,] attività collettive, a verde pubblico o a parcheggi», differenziate in ragione del fabbisogno attribuito a ciascuna zona territoriale omogenea.

Tale sistema, strettamente correlato all'esigenza di regolare l'ordinato sviluppo delle infrastrutture soprattutto nel tessuto urbano, è rimasto sostanzialmente invariato pur nel momento in cui le regioni si sono dotate di una legislazione urbanistica improntata a diversi modelli pianificatori».

La Corte ha così ricordato che nel caso della Regione Lombardia «ciò è avvenuto dapprima con la legge della Regione Lombardia 15 aprile 1975, n. 51 (Disciplina urbanistica del territorio regionale e misure di salvaguardia per la tutela del patrimonio naturale e paesistico) e, successivamente, con la legge reg. Lombardia n. 12 del 2005. Quest'ultima, all'art. 9, affida al piano dei servizi il compito di assicurare «una dotazione globale di aree per attrezzature pubbliche e di interesse pubblico o generale, le eventuali aree per l'edilizia residenziale pubblica e da dotazione a verde, i corridoi ecologici e il sistema del verde di connessione tra territorio rurale e quello edificato» (comma 1)» evidenziando come «tra i criteri cui i comuni si devono

⁹ Cfr. anche <https://www.deiurepubblico.it/maggio-2021-attivita-edilizia-svolta-in-assenza-di-pianificazione-urbanistica-ai-sensi-dellarticolo-9-d-p-r-n-380/>

attenere nella redazione del piano dei servizi vengono elencati parametri non rigidamente vincolati alle funzioni assegnate alle varie porzioni del territorio comunale, dovendo la dotazione di infrastrutture dipendere dalla popolazione stabilmente residente per come gravitante sulle diverse tipologie di servizi distribuiti sul territorio, dalla popolazione da insediare secondo le previsioni del documento di piano e su quella comunque presente sul territorio (pendolari e turisti) (comma 2). Il medesimo articolo, al comma 3, stabilisce altresì che «è comunque assicurata una dotazione minima di aree per attrezzature pubbliche e di interesse pubblico pari a diciotto metri quadrati per abitante» [...]» e che «l'introduzione di tali regole, destinate a vincolare i comuni lombardi chiamati, dopo l'approvazione della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005, ad aggiornare gli strumenti pianificatori generali, ha spinto il legislatore lombardo a prevedere che questi ultimi potessero derogare in via più generale alle disposizioni contenute nel d.m. n. 1444 del 1968.

Con l'art. 103, comma 1-bis, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005 aggiunto dall'art. 1, comma 1, lettera xxx), della legge reg. Lombardia n. 4 del 2008, si è infatti stabilito che «[a]i fini dell'adeguamento, ai sensi dell'articolo 26, commi 2 e 3, degli strumenti urbanistici vigenti, non si applicano le disposizioni del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 [...], fatto salvo, limitatamente agli interventi di nuova costruzione, il rispetto della distanza minima tra fabbricati pari a dieci metri, derogabile tra fabbricati inseriti all'interno di piani attuativi e di ambiti con previsioni planivolumetriche oggetto di convenzionamento unitario».

Nell'ambito di questa evoluzione normativa [...] è successivamente intervenuto l'art. 2-bis, comma 1, t.u. edilizia, inserito dall'art. 30, comma 1, lettera 0a), del d.l. n. 69 del 2013, come convertito. Esso stabilisce che «[f]erma restando la competenza statale in materia di ordinamento civile con riferimento al diritto di proprietà e alle connesse norme del codice civile e alle disposizioni integrative, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano possono prevedere, con proprie leggi e regolamenti, disposizioni derogatorie al decreto del Ministro dei lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, e possono dettare disposizioni sugli spazi da destinare agli insediamenti residenziali, a quelli produttivi, a quelli riservati alle attività collettive, al verde e ai parcheggi, nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali». Disposizione, questa, che ha dato luogo a incertezze applicative».

Orbene, poste tali premesse la Corte ha ritenuto, da un lato, «manifestamente errato il presupposto da cui muove il rimettente, secondo cui l'art. 103, comma 1-bis, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005 costituirebbe «attuazione di quanto stabilito» nell'art. 2-bis, comma 1, t.u. edilizia» atteso che «la disposizione regionale è stata inserita nel 2008 all'interno della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005 nel 2008, e, quindi, in un momento in cui l'art. 2-bis, comma 1, t.u. edilizia (introdotto solo con il d.l. n. 69 del 2013, come convertito) e la supposta deroga in esso contenuta non facevano ancora parte dell'ordinamento giuridico» dovendo, pertanto «escludersi che tra le due disposizioni sussista quel nesso di reciproca implicazione che vi ha visto il rimettente restando così del tutto indimostrata, con riguardo alla questione avente ad oggetto l'art. 2-bis, comma 1, t.u. edilizia, la necessità che «il giudice debba effettivamente applicare la disposizione della cui legittimità costituzionale dubita nel procedimento pendente avanti a sé (ex plurimis, sentenze n. 202 e n. 15 del 2021, n. 253 del 2019 e n. 20 del 2018)» (sentenza n. 31 del 2022)»; dall'altro parimenti erroneo è stato considerato «l'ulteriore assunto del rimettente, secondo cui la decisione comunale di sovradimensionare gli standard costituirebbe esercizio di un potere derogatorio riconducibile al richiamato art. 103, comma 1-bis, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005.

Quest'ultimo stabilisce infatti [...] che i comuni lombardi sono autorizzati a derogare alle disposizioni del d.m. n. 1444 del 1968 «[a]i fini dell'adeguamento, ai sensi dell'articolo 26, commi 2 e 3, degli strumenti urbanistici vigenti». Tali ultime previsioni si riferiscono ai termini a disposizione dei comuni per avviare il procedimento di adeguamento dei piani regolatori generali alla nuova conformazione dei piani di governo del territorio.

L'art. 26, comma 2, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005 disponeva che i comuni deliberassero l'avvio del procedimento di adeguamento dei piani regolatori generali vigenti entro un anno dall'entrata in vigore della medesima legge e procedessero «all'approvazione di tutti gli atti di PGT secondo i principi, i contenuti ed il procedimento» ivi stabiliti.

Il comma 3 del medesimo articolo, nella formulazione originaria, tramite il rinvio al precedente art. 25, comma 2, disciplinava i tempi di adeguamento dello strumento urbanistico generale nel caso in cui questo fosse stato approvato prima dell'entrata in vigore della legge reg. Lombardia n. 51 del 1975.

Dopo le novità apportate dall'art. 1, comma 1, lettera f), della legge della Regione Lombardia 10 marzo 2009, n. 5 (Disposizioni in materia di territorio e opere pubbliche - Collegato ordinamentale), l'art. 26, comma 3, della legge reg. Lombardia n. 12 del 2005 regola oggi l'avvio del procedimento di approvazione del piano di governo del territorio, che deve essere stato deliberato dai comuni entro il 15 settembre 2009.

Alla luce di ciò, si deve ritenere che la deroga consentita dal citato art. 103, comma 1-bis (introdotto con la legge reg. Lombardia n. 4 del 2008) ha avuto un ambito di applicazione limitato sia dal punto di vista funzionale che temporale, avendo operato unicamente nella fase in cui i comuni hanno adeguato i loro piani regolatori generali (PRG) in vista dell'adozione dei piani di governo del territorio (PGT).

Come nel caso oggetto della sentenza n. 13 del 2020, anche in quello in esame il rimettente non ha motivato intorno alla rilevanza di una questione riguardante una «disciplina volta a regolare la sola fase transitoria di adeguamento degli strumenti urbanistici vigenti, modulata secondo precise scansioni temporali, e non la revisione dei piani di governo del territorio già approvati». Anche la giurisprudenza amministrativa, del resto, ha ritenuto che i comuni lombardi siano autorizzati a derogare agli standard previsti dalla normativa statale «solo in sede di redazione dei nuovi PGT sostitutivi dei precedenti PRG» (Consiglio di Stato, sezione quarta, sentenza 23 dicembre 2021, n. 8561, e TAR Lombardia, sezione seconda, sentenza 14 agosto 2020, n. 1576; analogamente, Consiglio di Stato, sezione seconda, sentenza 7 febbraio 2020, n. 985, e TAR Lombardia, sezione seconda, sentenza 22 luglio 2020, n. 1413)».

Per tali ragioni è stato quindi ritenuto che «nel giudizio a quo, non operando né la deroga di cui alla norma statale, né, ancor prima, quella di cui alla norma regionale, l'asserito sovradimensionamento della dotazione a standard vada riferito, ai fini del sindacato sul relativo potere discrezionale del Comune, ai limiti e ai rapporti disciplinati dallo stesso d.m. n. 1444 del 1968, che risulta applicabile alla fattispecie da cui trae origine la controversia.

Le questioni sollevate sono quindi inammissibili, perché esse, e in particolare quelle aventi ad oggetto l'art. 2-bis, comma 1, t.u. edilizia, muovono da un presupposto interpretativo manifestamente erroneo, che le rende prive del requisito della rilevanza» (Corte costituzionale, sentenza n. 85/2023).

11. Limiti di altezza tra fabbricati: il punto del Consiglio di Stato sui limiti fissati dal D.M. n. 1444/1968.

L'articolo 8 del D.M. n. 1444/1968 prescrive che «le altezze massime degli edifici per le diverse zone territoriali omogenee sono stabilite come segue:

1) Zone A):

per le operazioni di risanamento conservativo non è consentito superare le altezze degli edifici preesistenti, computate senza tener conto di soprastrutture o di sopraelevazioni aggiunte alle antiche strutture;

per le eventuali trasformazioni o nuove costruzioni che risultino ammissibili, l'altezza massima di ogni edificio non può superare l'altezza degli edifici circostanti di carattere storico-artistico.

2) Zone B):

l'altezza massima dei nuovi edifici non può superare l'altezza degli edifici preesistenti e circostanti, con la eccezione di edifici che formino oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con previsioni planovolumetriche, sempre che rispettino i limiti di densità fondiaria di cui all'art. 7.

3) Zone C): *contigue o in diretto rapporto visuale con zone del tipo A): le altezze massime dei nuovi edifici non possono superare altezze compatibili con quelle degli edifici delle zone A) predette.*

4) *Edifici ricadenti in altre zone: le altezze massime sono stabilite dagli strumenti urbanistici in relazione alle norme sulle distanze tra i fabbricati di cui al successivo art. 9».*

In relazione a tale disposizione è stato statuito che «il dato letterale della norma indica chiaramente che si debba far riferimento a una serie ristretta di edifici, identificabili in quelli circostanti, vale a dire immediatamente limitrofi. Non vi è alcuna ragione, testuale o logica, per estendere, invece, l'ambito dell'area di raffronto a tutto il "contesto urbanistico" [...]. Anzi, una simile lata interpretazione finirebbe per svuotare di senso la previsione, rendendo, in sostanza, comparabili tra loro edifici anche posti in isolati stradali diversi e dunque, aventi differenti ubicazioni di riferimento.

Proprio in relazione a una formulazione testuale identica a quella del D.M. in esame contenuta nelle N.T.A. di uno strumento urbanistico, il Consiglio di Stato (Sez. IV, 09/09/2014, n. 4553) ha ritenuto che "laddove lo strumento urbanistico comunale prescrive che, in una certa zona di piano, l'altezza massima degli edifici di nuova costruzione non possa superare la media dell'altezza di quelli preesistenti circostanti, tale media non può che limitarsi ai soli edifici limitrofi a quello costruendo, a rischio altrimenti di svuotare la norma urbanistica di qualunque significato, mentre essa è appunto preordinata ad evitare che fabbricati contigui o vicini presentino altezze marcatamente differenti, considerato, peraltro, che l'assetto edilizio mira a rendere omogenei gli assetti costruttivi rientranti in zone di limitata estensione (così Consiglio Stato sez. V, 21 ottobre 1995, n. 1448) (Cons. di Stato, sez. IV, n. 3184/2013)".

Medesima ratio è rinvenibile nell'art. 8 del decreto ministeriale, sicché non vi è ragione di discostarsi dalla costante interpretazione della giurisprudenza» (T.A.R. Milano (Lombardia) sez. II, n. 1576/2020).

Ai fini dell'applicazione della norma de qua si è osservato che «per la definizione del concetto di "circostante o limitrofo" rileva la costante giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 9 settembre 2014, n. 4553; 14 maggio 2014, n. 2469), secondo cui, in applicazione del criterio letterale (privilegiato dall'art. 12 delle preleggi), la locuzione "edifici circostanti" indica lessicalmente gli edifici che si trovano intorno all'area oggetto del permesso, senza a tali fini poter estendere l'area di interesse ad ulteriori concetti come zona o fasce territoriale o comparto.

Ciò nonostante, l'intento di restringere l'area di confronto non può essere portata all'estremo di poter ritenere rilevanti ai fini del calcolo dell'altezza ammissibile i soli edifici confinanti, trattandosi di locuzione di distinto significato oggettivamente riferibile ad un ambito più circoscritto» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3115/2023)¹⁰.

Si segnala, inoltre, un ulteriore precedente del Consiglio di Stato con il quale si è ritenuto che la valutazione dell'altezza degli edifici preesistenti non vada circoscritta all'interno della zona di interesse, né presupponga una identità di zona, atteso che «[...] la differenziazione per zone introduce un elemento di discontinuità e di frammentazione che, oltre a rendere più complessa e difficoltosa l'applicazione del criterio degli edifici preesistenti e circostanti (ai quali viene aggiunto, praeter legem e in via meramente interpretativa, quello dell'identità di zona), contrasta con la finalità del D.M. che è quella di garantire un'omogeneità nell'altezza dei nuovi edifici rispetto a quella degli edifici preesistenti, finalità che la differenziazione per zone è suscettibile di pregiudicare» (Consiglio di Stato, sez. II, n. 8670/2023)¹¹.

12. Calcolo delle distanze tra edifici: i criteri stabiliti dai giudici di legittimità.

Con riferimento alle modalità di calcolo delle distanze tra edifici, preme richiamare una significativa pronuncia della Cassazione che, con la sentenza n. 10580 del 2019, ha ribadito «il consolidato orientamento di questa Corte, secondo cui "le distanze tra edifici non si misurano in modo radiale come avviene per le distanze rispetto alle vedute, ma in modo lineare; anzitutto lo scopo del limite imposto dall'art. 873 c.c., è quello di impedire la formazione di intercapedini nocive, sicché la norma cennata non trova giustificazione se non nel caso che i due fabbricati, sorgenti da bande opposte rispetto alla linea di confine, si fronteggino, anche in minima parte, nel senso che, supponendo di farle avanzare verso il confine in linea retta, si incontrino almeno in un punto" (così Cass. 2548/1972, più di recente cfr. Cass. 9649/2016). Ai Comuni, pertanto, è sì consentito, ai sensi dell'art. 873 c.p.c., stabilire negli strumenti urbanistici distanze maggiori, ma non alterare il metodo di calcolo lineare».

13. Convenzioni tra privati in deroga alle distanze minime: i limiti di ammissibilità.

A mente dell'indirizzo pretorio maggioritario «[...] in tema di distanze legali nelle costruzioni le prescrizioni contenute nei piani regolatori e nei regolamenti edilizi, essendo dettate - contrariamente a quelle del codice civile - a tutela dell'interesse generale a un prefigurato modello urbanistico, non sono derogabili dai privati. Ne consegue l'invalidità - anche nei rapporti interni - delle convenzioni stipulate fra proprietari confinanti le quali si rivelino in contrasto con le norme urbanistiche in materia di distanze, salva peraltro rimanendo la possibilità - per questi ultimi - di accordarsi sulla ripartizione tra i rispettivi fondi del distacco da osservare" (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 2117 del 04/02/2004, Rv. 569890; conformi, Cass. Sez. 3, Sentenza n. 6170 del 22/03/2005, Rv. 581472; Cass. Sez. 2, Sentenza n. 9751 del 23/04/2010, Rv. 612554; Cass. Sez. 2, Ordinanza n. 26270 del 18/10/2018, Rv. 650783)» (Cassazione civile, sez. II, 06/11/2020, n. 24827/2020).

Si è statuito, invero, che «[...] secondo consolidato orientamento giurisprudenziale, mentre le deroghe pattizie sono consentite relativamente alle norme sulle distanze di cui all'art. 873 c.c., dettate a tutela dei reciproci diritti soggettivi dei singoli, non altrettanto può dirsi in relazione alle disposizioni regolamentari in

¹⁰ <https://www.lavoripubblici.it/news/violazione-distanze-altezze-tra-edifici-chiarimenti-consiglio-stato-30786>

¹¹ <https://lexambiente.it/materie/urbanistica/64-consiglio-di-stato64/17131-urbanistica-limiti-di-altezza-degli-edifici.html>

materia di distanze, poichè in tal caso la concessa azione di riduzione in pristino è volta a mantenere in vita un potere privato, concorrente con quello amministrativo, idoneo ad assicurare, attraverso la rimozione dell'opera illegittima, lo stesso risultato pratico perseguibile con i propri mezzi dalla P. A. e la completa attuazione dell'interesse generale alla realizzazione del modello urbanistico prefigurato: ciò a maggior ragione quando la norma regolamentare imponga di calcolare la distanza dal confine tra i fondi» con la conseguenza che, ove pure detto consenso fosse inteso come esplicitante la volontà delle parti di derogare alle norme regolamentari in tema di distanze dal confine, «si tratterebbe comunque di convenzione senz'altro invalida, trattandosi di norme inderogabili perchè non si limitano a disciplinare i rapporti intersoggettivi di vicinato, ma mirano a tutelare anche interessi generali (cfr. Cass. Sez. 2, 04/05/2018, n. 10734; Cass. Sez. 2, 28/09/2004, n. 19449; Cass. Sez. 2, 04/02/2004, n. 2117; Cass. Sez. 2, 23/11/1999, n. 12984; Cass. Sez. 2, 29/04/1998, n. 4353; Cass. Sez. 2, 16/11/1985, n. 5626)» (Cassazione civile, sez. II, n. 3684/2021).

14. Il possesso ad usucapionem di una servitù di mantenimento a distanza illegale di una costruzione.

La pronuncia sopra ricordata ha affermato, peraltro, che per mantenere una costruzione a distanza minore di quella prescritta dalla legge, non è sufficiente una dichiarazione unilaterale del proprietario del fondo vicino che acconsenta alla corrispondente servitù, «*ma è necessario un contratto - essendo inidoneo, per i diritti reali, un atto ricognitivo - che dia luogo, appunto, alla costituzione di una servitù prediale, ex art. 1058 c.c., risolvendosi in una menomazione di carattere reale per l'immobile che alla distanza legale avrebbe diritto, a vantaggio del fondo contiguo che ne trae il corrispondente beneficio (arg. da Cass. Sez. 2, 29/04/1998, n. 4353). Ed allora, per l'esistenza di una valida volontà costitutiva di servitù in deroga alle distanze delle costruzioni o vedute, pur non occorrendo alcuna formula sacramentale, è comunque indispensabile che detta volontà sia deducibile da una dichiarazione scritta da cui risultino i termini precisi del rapporto reale tra vicini, nel senso che l'accordo faccia venir meno il limite legale per il proprietario del fondo dominante, che così acquista la facoltà di invadere la sfera esclusiva del fondo servente (cfr. Cass. Sez. 3, 29/01/1982, n. 577; Cass. Sez. 2, 14/06/1976, n. 2207; Cass. Sez. 2, 19/06/1984, n. 3630)»* (Cassazione civile, sez. II, n. 3684/2021).

Sul punto deve ricordarsi, invero, di come la giurisprudenza - chiamata a confrontarsi con la tesi per la quale sarebbe usucapibile la servitù di mantenimento di un'opera eretta in violazione della disciplina in materia di distanza - in un primo momento abbia ritenuto non ammissibile tale ipotesi laddove risultassero violate le norme inderogabili degli strumenti urbanistici locali, non potendo l'ordinamento accordare tutela ad una situazione che, attraverso l'inerzia del vicino, fosse idonea a determinare un aggiramento dell'interesse pubblico cui sono prevalentemente dirette le disposizioni *de quibus*¹².

Successivamente, capovolgendo tale indirizzo, la Corte di Cassazione ha mutato posizione, ritenendo ammissibile l'acquisto per usucapione della servitù avente ad oggetto il mantenimento di una costruzione a distanza inferiore a quella fissata dalle norme del codice civile o da quelle dei regolamenti e degli strumenti urbanistici locali (Cassazione civile, sez. II, n. 4240/2010)¹³, finanche nel caso in cui la costruzione sia abusiva, sul rilievo che il difetto della concessione edilizia esaurisce la

¹² Cassazione civile, sez. II, n. 20769/2007.

¹³ <https://www.professionegiustizia.it/documenti/notizia/2021/usucapione-costruzione-distanza-irregolare-cassazione>

sua rilevanza nell'ambito del rapporto pubblicistico, senza incidere sui requisiti del possesso *ad usucapionem* (Cassazione civile, sez. II, n. 3979/2013).

15. Valutazioni ambientali: VIA e VAS a confronto.

Passando all'esame della disciplina in tema di valutazioni ambientali nella pianificazione, preme richiamare «la giurisprudenza che si è espressa in materia di rapporto tra valutazione ambientale strategica (VAS) e valutazione di impatto ambientale (VIA)», la quale ha statuito che:

«- "la VAS concerne la pianificazione e la programmazione alle quali l'amministrazione è obbligata, ed è concomitante alla stessa così da favorire l'emersione e l'evidenziazione dell'interesse ambientale di modo che esso venga in via prioritaria considerato dall'amministrazione; la VIA concerne i singoli progetti ed è necessaria ai fini della verifica dell'entità dell'impatto ambientale dell'opera proposta, in guisa da stimolare soluzioni mitigative da valutare secondo il principio dello sviluppo sostenibile, sino all'opzione "zero", qualora l'impatto non sia evitabile neanche con l'adozione di cautele" (Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 2014, n. 2569);

- La valutazione ambientale strategica (c.d. v.a.s.), introdotta dal d.lg. 3 aprile 2006 n. 152 è una valutazione di compatibilità ambientale relativa ai piani e ai programmi, così come stabilito dall'art. 5 comma 1 lett.a) del succitato d.lg., e non già ai singoli progetti, per i quali il legislatore ha predisposto il diverso strumento del procedimento di valutazione impatto ambientale (cd. v.i.a.) [Cons. Stato, Sez. IV., 6 maggio 2013, n. 2446];

- Con particolare riguardo alla VIA, poi, essa "analizza l'impatto ambientale del singolo progetto, il che vuol dire che essa prende in esame impatti inevitabilmente più circoscritti - perché il progetto riguarda una porzione del territorio in ogni caso più ridotta rispetto a quella investita dal piano - ma maggiormente valutabili - perché il progetto, rispetto al piano, si basa su dati concreti, necessariamente definiti e più attuali rispetto a quelli avuti presenti in sede di redazione del piano e quindi di effettuazione della VAS" (T.A.R. Marche, sez. I, 6 marzo 2014, n. 291);

[...] ne deriva da quanto detto che, mentre la VAS compie una valutazione di piani e programmi in senso più in orizzontale e dunque generale su effetti negativi per l'ambiente e, soprattutto, sulle possibili misure di mitigazione, quello compiuto nella VIA sui singoli progetti ossia gli atti applicativi del piano (che debbono essere coerenti con la pianificazione oggetto della VAS) è gioco forza un giudizio più in verticale e dunque condotto con maggiore analiticità, approfondimento e specificità con riguardo non solo agli effetti ma anche - e soprattutto - alle misure di mitigazione e di compensazione da implementare con il progetto stesso;

[...] A siffatte conclusioni è agevole pervenire non solo sulla base della giurisprudenza testé richiamata ma anche sulla base di una piana lettura del dato normativo di cui al codice dell'ambiente (decreto legislativo n. 152 del 2006) da cui si ricava che:

- gli effetti e gli impatti significativi debbono essere descritti sia nel rapporto ambientale di cui all'art. 13, comma 4, del suddetto codice ambiente (VAS), sia nello studio di impatto ambientale di cui al successivo art. 22 stesso codice in materia di VIA (cfr. comma 3, lettera b);

- le misure di mitigazione debbono essere contemplate sia nel "Rapporto VAS" (cfr. Allegato VI, lettera g) sia nello "Studio VIA" (cfr. art. 22, comma 3, lettera c);

- ad ogni buon conto, con riguardo al "Rapporto VAS" [...] "le informazioni da fornire nel rapporto ambientale ... possono essere ragionevolmente richieste ... tenuto conto del livello delle conoscenze e dei metodi di valutazione correnti, dei contenuti e del livello di dettaglio del piano o del programma";

- e ciò sta proprio a significare che nel "Rapporto VAS" le indicazioni su impatti negativi e correlate misure di mitigazione debbono essere sì fornite ma in modo anche più generale (e non generico) ossia con un livello di dettaglio e di approfondimento che può ben essere rinviato alla successiva ed eventuale fase di VIA sui singoli progetti che saranno poi formulati sulla base proprio delle previsioni di piano» (Consiglio di Stato, sez. V, 26/05/2023, n. 5219/2023).

16. L'incidenza della regolarità edilizia e urbanistica nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato ha chiarito che, in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, la valutazione dell'autorità procedente deve tener conto dei soli profili paesaggistici ed ambientali: la verifica non può dunque riguardare anche gli aspetti attinenti alla regolarità urbanistica ed edilizia dell'opera, quali lo stato legittimo dell'immobile di cui all'articolo 9-bis, comma 1-bis del D.P.R. n. 380/2001¹⁴.

Preliminarmente sono stati richiamati i dati normativi rilevanti nella fattispecie oggetto di causa:

«a) art. 9 bis, commi 1 e 1bis, del d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 per cui:

<<1. Ai fini della presentazione, del rilascio o della formazione dei titoli abilitativi previsti dal presente testo unico, le amministrazioni sono tenute ad acquisire d'ufficio i documenti, le informazioni e i dati, compresi quelli catastali, che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni e non possono richiedere attestazioni, comunque denominate, o perizie sulla veridicità e sull'autenticità di tali documenti, informazioni e dati.

1-bis. Lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali...>>;

b) art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 che, ai primi 4 commi, stabilisce che:

<<1. 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.

¹⁴ <https://www.legislazione.it/10023618/news-edilizia-appalti-professioni-tecniche-sicurezza-ambiente/autorizzazione-paesaggistica-e-regolarita-edilizia-e-urbanistica>

2. 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.

3. La documentazione a corredo del progetto è preordinata alla verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato. Essa è individuata, su proposta del Ministro, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, e può essere aggiornata o integrata con il medesimo procedimento.

4. L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio...>>;

c) art. 146 comma 6 del d.lgs. n. 42 del 2004 per cui <<6. La regione esercita la funzione autorizzatoria in materia di paesaggio avvalendosi di propri uffici dotati di adeguate competenze tecnico-scientifiche e idonee risorse strumentali. Può 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>>;

d) art. 8, comma 1, del d.P.R. n. 31 del 2017 che prevede che <<1. L'istanza di autorizzazione paesaggistica relativa agli interventi di lieve entità è compilata - anche in modalità telematica - secondo il modello semplificato di cui all'Allegato "C" ed è corredata da una relazione paesaggistica semplificata, redatta da un tecnico abilitato, nelle forme di cui all'Allegato "D". Nella relazione sono indicati i contenuti precettivi della disciplina paesaggistica vigente nell'area, è descritto lo stato attuale dell'area interessata dall'intervento, è attestata la conformità del progetto alle specifiche prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici, se esistenti, è descritta la compatibilità del progetto stesso con i valori paesaggistici che qualificano il contesto di riferimento e sono altresì indicate le eventuali misure di inserimento paesaggistico previste>>.

Così delineato il quadro normativo rilevante nella vicenda sottoposta all'esame del Supremo Consesso amministrativo, è stato affermato che il tenore testuale dell'articolo 9-bis del D.P.R. n. 380 del 2001 prevede chiaramente che «l'accertamento dello stato legittimo dell'immobile sul quale debbano essere autorizzati ulteriori lavori valga per il rilascio di tutti i titoli di cui al medesimo t.u. edilizia - compresi quelli relativi alla normativa tecnica di cui alla parte II del medesimo t.u. (fra cui quelli concernenti la disciplina antisismica, sul conglomerato cementizio, sulle barriere architettoniche) - tra i quali non rientra l'autorizzazione paesaggistica».

Si è peraltro ricordato «che «il problema del significato e dell'estensione dell'accertamento dello "stato legittimo" è stato esaminato di recente dalla Corte costituzionale (Corte cost. n. 217 del 2022) che, chiamata a pronunciarsi dalla Presidenza del Consiglio dei ministri sulla legittimità costituzionale dell'art. 7 della legge della Regione Veneto 30 giugno 2021, n. 19 (Semplificazioni in materia urbanistica ed edilizia per il rilancio del settore delle costruzioni e la promozione della rigenerazione urbana e del contenimento del consumo di suolo - "Veneto cantiere veloce") - che ha introdotto l'art. 93-bis nella legge della Regione Veneto 27 giugno 1985, n. 61 (Norme per l'assetto e l'uso del territorio) prevedendo, rispetto a due distinte fattispecie, altrettante definizioni del concetto di stato legittimo degli immobili a fini edilizio-urbanistici - ha

ricosciuto fondata la questione propostale, prospettata in riferimento all'art. 117, terzo comma, Cost., relativamente all'art. 9 bis, comma 1bis, t.u. edilizia.

Nella suddetta pronuncia la Corte ha sottolineato che <<5.- La disposizione regionale impugnata afferisce all'urbanistica e all'edilizia e, pertanto, si ascrive - secondo la giurisprudenza di questa Corte - alla materia di legislazione concorrente "governo del territorio", di cui all'art. 117, terzo comma, Cost. (ex plurimis, sentenze n. 245, n. 124, n. 77, n. 64 e n. 2 del 2021, n. 70 del 2020, n. 290, n. 264, n. 175 e n. 2 del 2019, n. 68 del 2018, n. 232, n. 107, n. 84 e n. 73 del 2017, n. 233 del 2015, n. 272 del 2013, n. 303 del 2003). Relativamente a tale ambito, deve certamente condividersi l'assunto del ricorso, che ravvisa un principio fondamentale della materia nell'art. 9-bis, comma 1-bis, t.u. edilizia, introdotto dall'art. 10, comma 1, lettera d), numero 1), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale), convertito, con modificazioni, nella legge 11 settembre 2020, n. 120...>>.

Esaminando la disciplina dettata in tale articolo, la Corte, nella decisione citata, ha, in particolare, evidenziato che <<5.2.- La previsione statale individua, dunque, in termini generali, la documentazione idonea ad attestare lo "stato legittimo dell'immobile", definendo i tratti di un paradigma le cui funzioni - comprovate anche dai lavori preparatori - sono quelle di semplificare l'azione amministrativa nel settore edilizio, di agevolare i controlli pubblici sulla regolarità dell'attività edilizio-urbanistica e di assicurare la certezza nella circolazione dei diritti su beni immobili>> precisando che <<Il contenuto prescrittivo di ampio respiro e le finalità generali perseguite dalla norma depongono a favore della sua qualifica in termini di principio fondamentale della materia, ciò che trova conferma nella sua stessa collocazione topografica nell'ambito delle "Disposizioni generali" del Titolo II della Parte I t.u. edilizia, dedicato ai "Titoli abilitativi"...>>.

[...] Tanto premesso, seguendo il ragionamento sviluppato dalla Corte costituzionale nella citata sentenza, non può dubitarsi che i criteri di determinazione dello stato legittimo dell'immobile rappresentino un principio fondamentale della materia, "che richiede una disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale" e non ammette modifiche o integrazioni né da parte di previsioni regionali difformi, né, deve concludersi, da parte di disposizioni relative ad ambiti ed interessi diversi a quello urbanistico-edilizio, sia pure eventualmente connessi ad esso come quello paesaggistico».

Si è così sostenuto che «anche per la giurisprudenza di questo Consiglio (sez. II, 13 febbraio 2023 n. 1489; sez. IV, 19 maggio 2020 n. 3170) in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica si deve tener conto dei soli profili paesaggistici ed ambientali non potendo (più) verificarsi in quella sede anche il cd. "stato legittimo" dell'immobile.

[...] Tale soluzione ermeneutica, oltre ad essere coerente con il preciso dettato dell'art. 9 bis del t.u. edilizia, rappresenta il risultato del puntuale raffronto tra:

a) il nuovo "Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata" (d.P.R. 13 febbraio 2017 n. 31) che all'art. 8 - Semplificazione documentale - prescrive che nella relazione paesaggistica semplificata debbano essere indicati soltanto <<i contenuti precettivi della disciplina paesaggistica vigente nell'area,... lo stato attuale dell'area interessata dall'intervento, ... la conformità del progetto alle specifiche prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici, se esistenti, ...la compatibilità del progetto stesso con i valori paesaggistici che qualificano il contesto di riferimento e ... le eventuali misure di inserimento paesaggistico previste>>;

b) il precedente "Regolamento recante procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità a norma dell'art. 146 comma 9 del decreto legislativo 22 gennaio 2004 n. 42" (d.P.R. 9 luglio 2010 n. 139) che, all'art. 2, sempre in tema di "Semplificazione documentale", richiedeva che nella medesima relazione il tecnico abilitato attestasse <<altresì la conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia>>.

Da tale modifica normativa deriva la necessità, come detto, per l'autorità procedente (titolare della cura degli interessi paesaggistici, in questo caso il Comune), di valutare specificamente in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica l'incidenza dell'intervento progettato dal richiedente sul paesaggio in senso lato, e non gli aspetti attinenti alla regolarità urbanistica ed edilizia dell'opera, stante l'autonomia strutturale e funzionale del titolo paesaggistico rispetto a quelli implicanti l'accertamento della legittimità urbanistico-edilizia del medesimo progetto (cfr. fra le tante Cons. Stato, sez. IV, 13 aprile 2016 n. 1436; 21 agosto 2013 n. 4234; 27 novembre 2010 n. 8260 e sez. VI, 3 maggio 2022 n. 3446). La medesima autonomia dei profili paesaggistici dagli aspetti urbanistico-edilizi si riscontra nel "diritto vivente" della giurisprudenza costituzionale e penale (della Cassazione), secondo il quale i reati in materia edilizia e paesaggistica si riferiscono alla tutela di interessi pubblici e beni giuridici distinti, con tutte le conseguenze in tema di concorso dei reati, cause di estinzione del reato, e via scorrendo (cfr. Corte cost. n. 439 del 2007, n. 378 del 2007, n. 144 del 2007, Cass. pen., sez. III, 22 marzo 2013, n. 13783; sez. un., 28 novembre 2001, Salvini, sez. V, 7 settembre 1999, Savia; sez. III, 4 aprile 1995, Marano).

[...] Una interpretazione contraria, che ammetta una commistione tra i diversi profili e una "confusione" dei poteri, <<si pone in contrasto con il principio di legalità che innerva l'azione amministrativa, perché amplia praeter legem (o contra legem) quello che è l'ambito di competenza dell'amministrazione procedente, in quanto la obbligherebbe a considerare e a pronunciarsi su profili non rimessi, dal legislatore, alla sua cura e al suo apprezzamento>>, frustrando <<anche ulteriori principi dell'attività amministrativa, quali quelli di non aggravamento del procedimento e di certezza dell'azione amministrativa>> (Cons. Stato sez. IV n. 3170 del 2020 cit.)» (Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3006/2023).

17. Sanatoria in area paesaggistica: i limiti all'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica.

L'articolo 167- rubricato «Ordine di remissione in pristino o di versamento di indennità pecuniaria» - del D.lgs. n. 42/2004 (cd. «Codice dei beni culturali e del paesaggio») regola le sanzioni amministrative applicabili in caso di realizzazione di abusi paesaggistici, prevedendo al primo comma che «in caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte terza, il trasgressore è sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese, fatto salvo quanto previsto al comma 4»: i commi 4 e 5 della norma, invero, disciplina la cd. «compatibilità paesaggistica».

Per quanto qui di interesse si evidenzia che il comma quarto, in particolare, sancisce 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»¹⁵.

Come chiarito dalla giurisprudenza, pertanto, «l'art. 167 cit., recante la disciplina delle sanzioni amministrative previste per la violazione delle prescrizioni poste a tutela dei beni paesaggistici, contiene (nella sua attuale formulazione) la regola della non sanabilità ex post degli abusi, sia sostanziali che formali. La ratio è quella di precludere qualsiasi forma di legittimazione del fatto compiuto, in quanto l'esame di compatibilità paesaggistica deve sempre precedere la realizzazione dell'intervento. Il rigore del precetto è ridimensionato soltanto da poche eccezioni tassative, tutte relative ad interventi privi di impatto sull'assetto del bene vincolato.

Sono suscettibili di accertamento postumo di compatibilità paesaggistica: gli interventi realizzati in assenza o difformità dell'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; l'impiego di materiali diversi da quelli prescritti dall'autorizzazione paesaggistica; i lavori configurabili come interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi della disciplina edilizia (comma 4)» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 9952/2022).

18. Condonò edilizio in aree sottoposte a vincolo ambientale e paesistico sopravvenuto.

Con la sentenza n. 4683 del 2022 il Consiglio di Stato ha ribadito il principio sancito dall'Adunanza Plenaria n. 20 del 1999, secondo cui nelle domande di condonò edilizio è obbligatorio acquisire il parere dell'autorità preposta anche per le opere abusive che insistono su aree assoggettate a vincolo dopo la loro realizzazione¹⁶.

La pronuncia in commento ha richiamato, invero, «la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 20/1999, la quale si è pronunciata sulla questione se, ai fini del condonò edilizio, sia necessario acquisire il parere dell'autorità tutoria anche per le opere abusive che insistono su aree sottoposte a vincolo dopo la loro realizzazione» precisando che «l'Adunanza Plenaria, ha affermato i seguenti principi:

- l'uso dei participi passati "eseguite" e "sottoposte", nell'espressione "opere eseguite su aree sottoposte a vincolo", utilizzata dal legislatore nel 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;

- la circostanza, poi, che, quando ha inteso considerare anche il vincolo sopravvenuto al compimento dell'opera, il legislatore lo ha fatto esplicitamente, come nell'art. 32, comma 4, 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;

¹⁵ Ciò posto, deve anche rammentarsi che ai fini dell'applicazione delle sanzioni penali – e relative ipotesi di cd. «sanatoria» – occorre far riferimento all'articolo 181 del medesimo testo normativo, rubricato «Opere eseguite in assenza di autorizzazione o in difformità da essa».

¹⁶ <https://www.studiotecnicozagliai.it/condono-edilizio-e-sopravvenienza-vincoli-posteriori-alla-domanda/>

- dal fatto che l'art. 33, comma 1, prende specificamente in considerazione i vincoli di inedificabilità assoluta istituiti prima della realizzazione delle opere abusive, non può desumersi la 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 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;

- 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: ha precisato, a tale proposito, l'Adunanza Plenaria, che "la cura del pubblico interesse, in che si concreta la pubblica funzione, ha come sua qualità essenziale la legalità: è la legge che attribuisce la funzione e ne definisce le modalità di esercizio, anche attraverso la definizione dei limiti entro i quali possono ricevere attenzione gli altri interessi, pubblici e privati, con i quali l'esercizio della funzione interferisce. Compito, questo, per altro, che nessun'altra norma può svolgere se non quella vigente al tempo in cui la funzione si esplica ("tempus regit actum"). Ne consegue che la pubblica Amministrazione, sulla quale a norma dell'art. 97 Cost. incombe più pressante l'obbligo di osservare la legge, deve necessariamente tener conto, nel momento in cui provvede, della norma vigente e delle qualificazioni giuridiche che essa impone.";

- 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 (C.S., V, 22 dicembre 1994 n. 1574)";

- 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 ha infine replicato che "per un verso, che addurre inconvenienti non è un buon argomento ermeneutico e, per altro verso, che, ad ogni modo, l'ordinamento appresta idonei strumenti di sollecitazione e, se del caso, di sostituzione dell'Amministrazione inerte"».

Ciò premesso, il Collegio non ha ritenuto di doversi discostare dagli approdi cui è pervenuta la ricordata decisione, rilevando, inoltre che «confrontando le versioni dell'art. 32, L. 47/85 vigenti al 1 gennaio 1995, al 1 gennaio 1997 e al 1 gennaio 2003 si constata che:

(i) 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"; tale principio è enunciato in modo identico in tutte e tre le versioni; solo nella versione modificata dalla L. 662/96, vigente dal 1 gennaio 1997 al 1 ottobre 2003, l'art. 32 contiene anche un comma (comma 3), che si leggeva come segue: "Il rilascio della concessione edilizia o della autorizzazione in sanatoria per opere eseguite su immobili soggetti alla legge 1° giugno 1939, n. 1089, 29 giugno 1939, n. 1497, ed al decreto-legge

27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni, della 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 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".

(ii) vi si trova poi, in tutte e tre le versioni, 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, sempre che le opere stesse non costituiscano minaccia alla sicurezza del traffico. Qualora non si verifichino le condizioni di cui alle precedenti lettere, si applicano le disposizioni dell'art. 33".

(iii) 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: a) 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; b) nella versione entrata in vigore al 1 gennaio 1997, in vigore sino al 1 ottobre 2003, è 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; la L. n. 662/96 ha, inoltre, escluso la necessità del parere per le violazioni non eccedenti il 2 per cento delle misure prescritte; c) infine, nella versione entrata in vigore il 2 ottobre 2003, ancora in vigore, il legislatore è ritornato alla regola generale per cui con il decorso di 180 giorni si forma il silenzio rifiuto sulla richiesta di parere, mentre è stata confermata la non necessità di esso per le violazioni contenute nel 2 per cento delle misure prescritte.

[...] Quanto sopra evidenzia che:

- 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;

- 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 dall'Adunanza Plenaria – il lessico utilizzato rende tale proposizione riferibile sia alle aree vincolate prima della realizzazione degli abusi, sia alle aree vincolate dopo tale momento;

- in particolare il Collegio ritiene che l'art. 32, comma 3, della L. 47/85, nella versione vigente tra il 1 gennaio 1997 e il 1 gennaio 2003, non ha introdotto 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 determinava l'irrelevanza 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;

- dunque, anche la previsione invocata dall'appellante, contenuta all'art. 32, comma 3, della L. 47/85, nella versione vigente dal 1 gennaio 1997 al 1 gennaio 2003, non è 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 definitiva, si è osservato che «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. Tuttavia una simile precisazione non è stata introdotta nel corpo dell'art. 32, della L. 47/85, e quindi si deve ritenere che il principio enunciato dall'Adunanza Plenaria con la decisione sopra ricordata mantiene attualità corrispondendo alla volontà del legislatore, che altrimenti, nel 2003, sarebbe intervenuto per correggere gli effetti di tale orientamento giurisprudenziale» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 4683/2022).

Tale impostazione è stata condivisa, più di recente, anche dalla sentenza n. 65 del 2023, nella quale il Consiglio di Stato ha richiamato i medesimi precedenti e ritenuto che «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)» (Consiglio di Stato, sez. VI, n. 65/2023)¹⁷.

¹⁷ <https://www.deiurepublico.it/marzo-2023-condono-e-vincolo-paesaggistico-sopravvenuto/>

19. La nozione di “volume utile” in ambito paesaggistico e le differenze rispetto alla nozione urbanistica.

Nella giurisprudenza amministrativa si rinvencono differenti orientamenti in ordine alla definizione delle nozioni di «superfici utili o volumi» rilevanti ai fini dell'accertamento di compatibilità paesaggistica di cui all'articolo 167, commi 4 e 5 del cd. «Codice dei beni culturali e del paesaggio», che – come visto – pone stringenti limiti in tal senso.

In proposito preme evidenziare come sia stato ritenuto che *«la nozione di superficie e volume utile è diversa ai fini urbanistici e ai fini paesistici. Mentre nelle valutazioni di natura urbanistica attraverso il volume utile viene misurata la consistenza dei diritti edificatori (che sono consumati da alcune tipologie costruttive, ad esempio l'edificazione fuori terra, e non da altre, ad esempio la realizzazione di locali tecnici), nei giudizi paesistici è utile solo il volume percepibile come ingombro alla visuale o come innovazione non diluibile nell'insieme paesistico (v. TAR Brescia Sez. I 23 febbraio 2016 n. 281; TAR Brescia Sez. I 8 gennaio 2015 n. 14; TAR Brescia Sez. I 15 ottobre 2014 n. 1057)»*, con la conseguenza che *«un volume o una superficie irrilevanti ai fini urbanistici potrebbero creare un ingombro o un impatto intollerabile per il paesaggio, e dunque sarebbe utile in base ai parametri estetici attraverso cui viene data protezione al vincolo paesistico»* (T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. I, n. 567/2023)¹⁸.

20. La compatibilità paesaggistica “speciale” alla luce della giurisprudenza del Consiglio di Stato.

In conclusione si evidenzia che la VI sezione del Consiglio di Stato ha recentemente reso una pronuncia in tema di accertamento della compatibilità paesaggistica – la n. 4801 del 2023 – destinata a creare un precedente giurisprudenziale di rilievo in ragione delle implicazioni che i principi in essa affermati sono suscettibili di esplicitare sulla futura applicazione della disciplina di cui al primo comma dell'articolo 17 del D.P.R. n. 31/2017 (*«Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata»*), a mente del quale *«nel caso di violazione degli obblighi previsti dal presente decreto [...] si applica l'articolo 167 del Codice. In tali casi l'autorità preposta alla gestione del vincolo e il Soprintendente, nell'esercizio delle funzioni di cui all'articolo 167, comma 4, del Codice, dispongono la rimessione in pristino solo quando non sia in alcun modo possibile dettare prescrizioni che consentano la compatibilità paesaggistica dell'intervento e delle opere»*.

Mediante il precedente in esame, invero, i giudici di Palazzo Spada hanno chiarito la portata della procedura di compatibilità paesaggistica cd. «speciale» di cui alla predetta norma: dopo aver richiamato l'attenzione *«sul fatto che l'allegato “B” al D.P.R. n. 31/2017 contempla, tra le opere soggette a procedura semplificata di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, svariati interventi che, secondo la lettera dell'art. 167, comma 4, lett. a), sono esclusi dalla possibilità di accedere alla compatibilità paesaggistica»*, si è sancito che *«per gli interventi rientranti nell'allegato B [...] la violazione di alcuna delle norme del Regolamento, in particolare la violazione della prescrizione che impone la preventiva acquisizione della autorizzazione paesaggistica in forma semplificata, rimane regolata dall'art. 17 del D.P.R. n. 31/2017, che rinvia all'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004, in tal modo ammettendo la possibilità di acquisire l'autorizzazione paesaggistica postuma (ovvero la compatibilità paesaggistica), anche se l'intervento si sia compendiato nella creazione di superfici utili o di nuova volumetria. Qui si apprezza un contrasto tra tale*

¹⁸ <https://www.lavoripubblici.it/news/Volume-utile-dal-TAR-la-differenza-ai-fini-urbanistici-e-paesistici-20051>

norma e l'art. 167, comma 4 [...] – che invece esclude dalla compatibilità paesaggistica qualsiasi intervento che si sia tradotto in un aumento di superficie o di volumetria utile – che può e deve essere risolto sulla base del principio di specialità».

È stato così statuito che «[...] l'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004, norma generale, deve quindi essere applicato in modo coordinato con le disposizioni speciali del D.P.R. n. 31/2017; pertanto non si può escludere a priori che interventi che si siano tradotti nell'aumento di volumi o di superficie utili siano soggetti all'applicazione dell'art. 17, comma 1, del D.P.R. n. 31/2017».

Con la pronuncia de qua si è peraltro precisato che «la valutazione di compatibilità paesaggistica compiuta ai fini dell'art. 17, comma 1, del D.P.R. n. 31/2017 coincide solo parzialmente con la valutazione di compatibilità paesaggistica “ordinaria”, disciplinata in via esclusiva dall'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004: ciò per la ragione [...] che l'art. 17 cit. esprime chiaramente l'intento di evitare la demolizione delle opere soggette al D.P.R. n. 31/2017, ove risulti possibile rendere le opere compatibili con il vincolo paesaggistico, mediante l'adozione di apposite misure», ritenendo di poter affermare «[...] che la valutazione richiesta dall'art. 17, comma 1, cit. comporta una verifica ulteriore rispetto a quella “ordinaria”, imponendo all'amministrazione la ricerca e l'individuazione di misure - ovviamente diverse dalla rimozione - idonee a rendere l'intervento compatibile con il vincolo, nell'ambito di uno sforzo finalizzato al mantenimento di un'opera che, per definizione, deve qualificarsi “di lieve entità”. L'art. 17, comma 1, del D.P.R. n. 31/2017, insomma, anche sul punto in esame deroga alla disciplina generale di cui all'art. 167, comma 4, del D. L.vo 42/2004, imponendo all'amministrazione competente di valutare la compatibilità paesaggistica in una prospettiva differente, cioè quella del tendenziale mantenimento dell'opera realizzata in assenza della autorizzazione paesaggistica semplificata»¹⁹.

¹⁹ <https://www.brunobianchiepartners.it/2023/07/10/nota-professionale-consiglio-di-stato-sez-vi-sentenza-n-4801-del-2023-compatibilita-paesaggistica-speciale-profilo-di-ius-superveniens/>

NOTE

[illegible]

NOTE

[illegible]