



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>

Interventi edilizi, titoli abilitativi, distanze e tutela del paesaggio: le regole per costruire secondo la più recente giurisprudenza

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



CORSO FORMATIVO ONLINE
martedì 5 Marzo 2024

**Interventi edilizi, titoli abilitativi, distanze e tutela del paesaggio:
le regole per costruire secondo la più recente giurisprudenza**

1. *Strutture edilizie leggere: requisiti, differenze e titoli abilitativi*
Pag. 4
2. *Modifiche dei prospetti su edifici esistenti: la corretta classificazione dell'intervento*
Pag. 6
3. *Demolizione e ricostruzione su area diversa o con modifica di sagoma e prospetti*
Pag. 7
4. *Interventi edilizi in centro storico: le regole per il rifacimento del tetto*
Pag. 9
5. *Interventi edilizi in condominio: condizioni e limiti*
Pag. 10
6. *Titoli edilizi e pianificazione attuativa: i limiti all'attività edilizia in assenza di strumenti urbanistici di attuazione*
Pag. 11
7. *Permesso di costruire: limiti e applicazioni dell'istituto del silenzio-assenso*
Pag. 12
8. *Decadenza del permesso di costruire: gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa sulla necessità di un provvedimento formale*
Pag. 14
9. *Contribuito di costruzione: il criterio di determinazione degli oneri concessori*
Pag. 16
10. *Le condizioni per il perfezionamento della SCIA*
Pag. 18
11. *Manutenzione straordinaria e cambio di destinazione d'uso: l'ambito applicativo della CILA*
Pag. 19
12. *Poteri e oneri di vigilanza del Comune sulla CILA*
Pag. 21
13. *Distanze tra edifici e superfici aggettanti*
Pag. 22
14. *L'importanza della distinzione tra "luci" e "vedute" in materia di distanze*
Pag. 23
15. *Condizioni e limiti per derogare i 10 metri nei gruppi di edifici: il caso del cappotto termico*
Pag. 24
16. *Distanze legali in caso di mutamento della normativa: il punto della Suprema Corte di Cassazione*
Pag. 25
17. *Tutela del paesaggio: il divieto di incremento dei volumi esistenti*
Pag. 27
18. *Autorizzazione paesaggistica: il caso delle opere pertinenziali su un'area tutelata*
Pag. 28
19. *Il controverso tema del silenzio-assenso in materia paesaggistica: le indicazioni del Consiglio di Stato*
Pag. 29
20. *Titoli edilizi e autorizzazione paesaggistica: gli effetti della mancata preventiva acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica*
Pag. 31

1. Strutture edilizie leggere: requisiti, differenze e titoli abilitativi

La presente disamina intende fornire un approfondimento di ordine pratico alle problematiche che sorgono nella realizzazione di interventi edilizi, condotto muovendo dalle sollecitazioni fornite dall'ampia casistica dei contenziosi in atto e dalle cospicue rassegne giurisprudenziali che interpretano e chiariscono il quadro normativo.

Appare opportuno prendere le mosse della trattazione che segue richiamando quanto statuito dall'art. 6 del D.P.R. n. 380/2001 che, *“fatte salve le prescrizioni degli strumenti urbanistici comunali, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, le norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, quelle relative all'efficienza energetica, di tutela dal rischio idrogeologico, nonché le disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42”*, elenca una serie di opere eseguibili senza alcun titolo abilitativo.

Tra gli interventi edilizi rientranti nella categoria dell'attività edilizia libera, l'art. 6, comma 1 lett. e-quinquies contempla *“gli elementi di arredo delle aree pertinenziali degli edifici”*; tale previsione, come evidenziato dalla giurisprudenza di legittimità, deve essere coordinata con il principio contenuto nel precedente art. 3, comma 1, lett. e.1)¹, *“sicché, esso non si riferisce a strutture che ampliano il preesistente edificio, ma a manufatti separati, realizzati a servizio dello stesso nelle aree pertinenziali. E proprio a questi si riferisce il c.d. “glossario” delle opere libere contenuto nel d.m. 2 marzo 2018, che riconduce a tale categoria il gazebo ed il pergolato, purché il manufatto sia «di limitate dimensioni e non stabilmente infisso al suolo»”* (Cassazione penale sez. III, 02/10/2018, n. 54692).

In tale prospettazione, l'elemento distintivo che differenzia gli interventi edilizi che necessitano di un titolo abilitativo dagli altri è costituito dalla finalità di trasformazione dell'organismo edilizio, in termini di diversità rispetto al precedente.

Orbene, *“Gli interventi consistenti nell'installazione di tettoie o di altre strutture analoghe, comunque apposte a parti di preesistenti edifici come strutture accessorie di protezione o di riparo di spazi liberi, cioè non compresi entro coperture volumetriche previste in un progetto assentito, possono ritenersi sottratti al regime del permesso di costruire soltanto ove la loro conformazione e le loro ridotte dimensioni rendano evidente e riconoscibile la loro finalità di arredo o di riparo e protezione (anche da agenti atmosferici) dell'immobile cui accedono; tali strutture non possono viceversa ritenersi installabili senza permesso di costruire allorché le loro dimensioni siano di entità tale da arrecare una visibile alterazione all'edificio o alle parti dello stesso su cui vengono inserite”* (Consiglio di Stato sez. VII, 09/01/2023, n. 237). E' dunque necessario il preventivo rilascio dell'atto di assenso edificatorio anche per la realizzazione di una tettoia *“quando essa abbia consistenza strutturale e morfologica non riconducibile alla tipologia della tettoia aperta, quale “elemento di arredo” di cui all'art. 3 d. lgs. 25 novembre 2016 n. 222 o, secondo il*

¹ L'art. 3, comma 1, lett. e) dispone che sono da considerarsi *“interventi di nuova costruzione”*: *“e.1) la costruzione di manufatti edilizi fuori terra o interrati, ovvero l'ampliamento di quelli esistenti all'esterno della sagoma esistente, fermo restando, per gli interventi pertinenziali, quanto previsto alla lettera e.6)”*; *“e.6) gli interventi pertinenziali che le norme tecniche degli strumenti urbanistici, in relazione alla zonizzazione e al pregio ambientale e paesaggistico delle aree, qualificano come interventi di nuova costruzione, ovvero che comportino la realizzazione di un volume superiore al 20% del volume dell'edificio principale”*.

glossario adottato con il d. min. 2 marzo 2018, quale "pergotenda" (Consiglio di Stato sez. VI, 14/06/2023, n.5873).

La cd. "pergotenda", realizzabile liberamente al pari delle tettoie leggere non tamponate lateralmente almeno su tre lati, è descritta come "una struttura leggera, non stabilmente infissa al suolo, idonea a supportare la « tenda », anche in materiale plastico (c.d. « pergotenda »), a condizione che: – l'opera principale sia costituita, appunto, dalla « tenda » quale elemento di protezione dal sole e dagli agenti atmosferici, finalizzata a una migliore fruizione dello spazio esterno; – la struttura rappresenti un mero elemento accessorio rispetto alla tenda, necessario al sostegno e all'estensione della stessa; – gli elementi di copertura e di chiusura (la « tenda ») siano non soltanto facilmente amovibili ma anche completamente retraibili, in materiale plastico o in tessuto, comunque privi di elementi di fissità, stabilità e permanenza tali da creare uno spazio chiuso, stabilmente configurato. In altri termini, per aversi una "pergotenda" e non già una "tettoia", è necessario che l'eventuale copertura in materiale plastico sia completamente retrattile, ovvero «impacchettabile», così da escludere la realizzazione di nuovo volume" (T.A.R. Salerno, (Campania) sez. II, 03/08/2023, n.1904).

Lo stesso orientamento giurisprudenziale amministrativo conferma nella stessa direzione che "Ai fini edilizi, rientra nella definizione di pergolato, la cui realizzazione non richiede il rilascio di alcun titolo edilizio, il manufatto aperto su tre lati e nella parte superiore realizzato in struttura leggera, facilmente amovibile in quanto privo di fondamenta, che funge da sostegno per piante rampicanti, attraverso le quali realizzare riparo e/o ombreggiatura di superfici di modeste dimensioni. Al contrario, qualora il pergolato sia coperto, seppure parzialmente, anche nella parte superiore con una copertura non facilmente amovibile, deve essere correttamente qualificato come tettoia la cui realizzazione soggiace alla disciplina urbanistica e, pertanto, richiede il rilascio del titolo edilizio" (Consiglio di Stato sez. VI, 22/09/2023, n.8475).

Sulla differenza tra pergolati, gazebo e verande si richiama la pronuncia T.A.R. Salerno, (Campania) sez. II, 13/07/2023, n.1682 secondo cui "Il pergolato assolve tendenzialmente una mera funzione ornamentale, allorché però sia realizzato in una struttura leggera in legno o in altro materiale di minimo peso, sia facilmente amovibile in quanto privo di fondamenta, e funga da sostegno per piante rampicanti, attraverso le quali realizzare riparo e ombreggiatura di superfici di modeste dimensioni. Dalla pergola si distingue il gazebo quale struttura leggera, non aderente ad altro immobile, coperta nella parte superiore ed aperta ai lati, realizzata con una struttura portante in ferro battuto, in alluminio o in legno strutturale, talvolta chiuso ai lati da tende facilmente rimovibili, che può essere realizzato sia come struttura temporanea, sia in modo permanente per la migliore fruibilità di spazi aperti come giardini o ampi terrazzi. Diversamente la veranda, realizzabile su balconi, terrazzi, attici o giardini, è caratterizzata da ampie superfici vetrate che all'occorrenza si aprono tramite finestre scorrevoli o a libro con la conseguenza che essa, dal punto di vista edilizio, determina un aumento della volumetria dell'edificio e una modifica della sua sagoma e necessita quindi del permesso di costruire²".

² Sul punto, si rammenta che l'art. 33-quater, D.L. n. 115/2022 ha integrato l'elenco contenuto nell'art. 6 comma 1, indicando alla lett. b-bis) un altro caso di edilizia libera: "gli interventi di realizzazione e installazione di vetrate panoramiche amovibili e totalmente trasparenti, cosiddette VEPA, dirette ad assolvere a funzioni temporanee di protezione dagli agenti atmosferici, miglioramento delle prestazioni acustiche ed energetiche, riduzione delle dispersioni termiche, parziale impermeabilizzazione dalle acque meteoriche dei balconi aggettanti dal corpo dell'edificio o di logge rientranti all'interno dell'edificio, purché tali elementi non configurino spazi stabilmente chiusi con conseguente variazione di volumi e di superfici, come definiti dal regolamento edilizio-tipo, che possano generare nuova volumetria o comportare il mutamento della destinazione d'uso dell'immobile anche da superficie accessoria a superficie utile. Tali strutture devono favorire una naturale microaerazione che consenta la circolazione di un costante flusso di

In quest'ottica, il Consiglio di Stato ha chiarito i presupposti per fare rientrare i *dehors* nell'edilizia libera ex art. 6, comma 1 lett. e-bis)³: *“i dehors, strutture a servizio di attività commerciali installate su suolo pubblico, che di fatto assumono una consistenza che varia dalla semplice tenda, o ombrellone ad ampie falde, al box munito di infissi chiusi tipo veranda, possono essere installati liberamente ove rispondano alle caratteristiche di cui all'art. 6, comma 1, lett. e-bis), del d.P.R. n. 380 del 2001, dovendo quindi possedere due caratteristiche: uno funzionale, consistente cioè nella finalizzazione alle esigenze dell'attività, che devono tuttavia essere « contingenti e temporanee », intendendosi per tali quelle che, in senso obiettivo, assumono un carattere ontologicamente temporaneo, quanto alla loro durata, e contingente, quanto alla ragione che ne determina la realizzazione, e che in ogni caso (cioè quale che ne sia la « contingenza » determinante), non superano comunque i centottanta giorni (termine che, è bene ribadirlo, deve comprendere anche i tempi di allestimento e smontaggio, riducendosi in tal modo l'uso effettivo ad un periodo inferiore ai predetti 180 giorni); l'altro strutturale, ovvero l'avvenuta realizzazione con materiali e modalità tali da consentirne la rapida rimozione una volta venuta meno l'esigenza funzionale (e quindi al più tardi nel termine di centottanta giorni dal giorno di avvio dell'istallazione, coincidente con quello di comunicazione all'amministrazione competente)”* (Consiglio di Stato sez. II, 13/02/2023, n.1489).

2. Modifiche dei prospetti su edifici esistenti: la corretta classificazione dell'intervento

Nel corso degli anni l'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001, recante *“Definizioni degli interventi edilizi”*, è stato interessato da progressivi interventi legislativi che hanno inciso sulla configurazione dell'ambito applicativo con particolare riguardo agli interventi di manutenzione straordinaria e ristrutturazione edilizia ampliandone la portata.

In particolare, solo a seguito delle modifiche intervenute per effetto dell'art. 10, comma 1, lett. b) n. 1 del D.L. n. 76/2020, sono stati inserite tra le opere di manutenzione straordinaria ex art. 3, comma 1 lett. b) anche *“le modifiche ai prospetti degli edifici legittimamente realizzati necessarie per mantenere o acquisire l'agibilità dell'edificio ovvero per l'accesso allo stesso, che non pregiudichino il decoro architettonico dell'edificio, purché l'intervento risulti conforme alla vigente disciplina urbanistica ed edilizia e non abbia ad oggetto immobili sottoposti a tutela “di cui al Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio e del d.lgs. 42/2004”*.

Tanto che, la giurisprudenza formatasi sulla norma nella sua formulazione antecedente escludeva pacificamente che la modifica dei prospetti (quali l'apertura di nuove finestre, la chiusura di quelle preesistenti o il loro spostamento, l'apertura di una nuova porta di ingresso sulla facciata dell'edificio o comunque su una parete esterna dello stesso, la trasformazione di vani finestra in

arieggiamento a garanzia della salubrità dei vani interni domestici ed avere caratteristiche tecnico-costruttive e profilo estetico tali da ridurre al minimo l'impatto visivo e l'ingombro apparente e da non modificare le preesistenti linee architettoniche”. Sicché, come osservato da T.A.R. Roma, (Lazio) sez. II, 12/10/2023, n.15129, solo le verande dotate di queste caratteristiche morfologiche sono state esonerate dal preventivo titolo edilizio.

³ L'art. 6, comma 1 lett. e-bis) dispone che sono eseguiti senza alcun titolo abilitativo *“le opere stagionali e quelle dirette a soddisfare obiettive esigenze, contingenti e temporanee, purché destinate ad essere immediatamente rimosse al cessare della temporanea necessità e, comunque, entro un termine non superiore a centottanta giorni comprensivo dei tempi di allestimento e smontaggio del manufatto, previa comunicazione di avvio dei lavori all'amministrazione comunale”*.

altrettante porte-finestre) fosse riconducibile alla manutenzione straordinaria, richiedendo piuttosto il permesso di costruire (cfr. Consiglio di Stato sez. I, 09/05/2012 n. 380 secondo cui *“La creazione di balconi e l'apertura di finestre, modificando il prospetto principale dell'abitazione non sono da considerare quale opera di manutenzione straordinaria e ciò si verifica anche se non venga alterata la volumetria dell'edificio, perché nuovi balconi e nuove finestre ne alterano i prospetti ed, in definitiva, la sagoma”*).

Ora, in considerazione di questa diversa qualificazione dell'intervento, per la modifica dei prospetti è sufficiente la presentazione di una SCIA semplice ex art. 22, comma 1, lett. a) del D.P.R. n. 380/2001 secondo il quale *“sono realizzabili mediante la segnalazione certificata di inizio di attività di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, nonché in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente: a) gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b), qualora riguardino le parti strutturali dell'edificio o i prospetti; [...]”*⁴.

Diversamente, in mancanza dei presupposti prescritti dall'art. 3, comma 1, lett. b), le modifiche potrebbero essere considerate quali interventi di ristrutturazione edilizia leggera per i quali è necessaria la presentazione della SCIA ai sensi dell'art. 22, comma 1 lett. c) del D.P.R. n. 380/2001⁵, ma solo quando tali interventi non ricadano nel regime degli interventi di ristrutturazione pesante soggetti a permesso di costruire ai sensi dell'art. 10, comma 1 lett. c) del D.P.R. n. 380/2001⁶.

3. Demolizione e ricostruzione su area diversa o con modifica di sagoma e prospetti

Per effetto della modifica all'art. 3, comma 1 lett. d)⁷, rientrano nella nozione di “ristrutturazione edilizia” anche *“gli interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per*

⁴ In proposito, si segnala Consiglio di Stato sez. VI, 24/01/2022, n.467 secondo cui *“Non sono riconducibili tra gli interventi c.d. di “edilizia libera”, individuati dall'art. 6 d.P.R. n. 380/2001, nonché dall'art. 3, lett. e.5), quelli che si compendiano nella trasformazione di finestre in porte-finestre. Simili interventi, infatti, comportando una modifica dei prospetti, sono suscettibili tra gli interventi di manutenzione straordinaria di cui all'art. 3, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 380/01, e pertanto devono essere segnalati con s.c.i.a. (art. 22, lett. b), d.P.R. 380/2001)”*.

⁵ L'art. 22, comma 1 lett. c) del D.P.R. n. 380/2001 ricomprende *“gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), diversi da quelli indicati nell'articolo 10, comma 1, lettera c)”*.

⁶ L'art. 10, comma 1 lett. c) del D.P.R. n. 380/2001 sottopone alla presentazione della presentazione del permesso di costruire *“gli interventi di ristrutturazione edilizia che portino ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, nei casi in cui comportino anche modifiche della volumetria complessiva degli edifici ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma o della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti di immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, , e, inoltre, gli interventi di ristrutturazione edilizia che comportino la demolizione e ricostruzione di edifici situati in aree tutelate ai sensi degli articoli 136, comma 1, lettere c) e d), e 142 del codice di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, o il ripristino di edifici, crollati o demoliti, situati nelle medesime aree, in entrambi i casi ove siano previste modifiche della sagoma o dei prospetti o del sedime o delle caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente oppure siano previsti incrementi di volumetria”*.

⁷ Lettera modificata dall'art. 10, comma 1, lett. b), della legge n. 120/2020, poi dall'art. 28, comma 5-bis, lett. a), legge n. 34/2022, poi dall'art. 14, comma 1-ter, legge n. 91/2022.

l'istallazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico. L'intervento può prevedere altresì, nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana. Costituiscono inoltre ristrutturazione edilizia gli interventi volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza".

Tale flessibilità derogatoria non è stata ammessa "con riferimento agli immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ad eccezione degli edifici situati in aree tutelate ai sensi degli articoli 136, comma 1, lettere c) e d), e 142 del medesimo decreto legislativo, nonché, fatte salve le previsioni legislative e degli strumenti urbanistici, a quelli ubicati nelle zone omogenee A di cui al decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, o in zone a queste assimilabili in base alla normativa regionale e ai piani urbanistici comunali, nei centri e nuclei storici consolidati e negli ulteriori ambiti di particolare pregio storico e architettonico"; ne deriva che, in tali ipotesi, "gli interventi di demolizione e ricostruzione e gli interventi di ripristino di edifici crollati o demoliti costituiscono interventi di ristrutturazione edilizia soltanto ove siano mantenuti sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche dell'edificio preesistente e non siano previsti incrementi di volumetria".

Sul perimetro applicativo di tale norma, il T.A.R. Palermo (Sicilia), sez. II 20/07/2023 n. 2409 ha osservato che tale modifica normativa "non ha affatto inteso ricomprendere in tale fattispecie il - diverso caso - della demolizione di un edificio sito in un luogo, da ricostruire in un luogo del tutto diverso (più o meno distante dal primo); essa, piuttosto, ha ampliato la possibilità di riutilizzare, anche in modo particolarmente ampio, il suolo già consumato". Invero, "diversamente opinando, andrebbe quasi a svanire il confine tra ristrutturazione edilizia e nuova edificazione [si rammenta che quest'ultima tuttora ricomprende, senza distinzioni, la costruzione di manufatti edilizi fuori terra ex art. 3, co. 1, lett. e. 1), D.P.R. n. 380/2001]; distinzione che, invece, rimane ferma anche nel sistema definito dalle recenti modifiche al testo unico dell'edilizia".

Può, quindi, considerarsi tuttora valida la distinzione tra ristrutturazione edilizia e nuova costruzione, più volte delineata dalla giurisprudenza amministrativa a mente della quale "sussiste una ristrutturazione edilizia nel caso in cui viene modificato un immobile già esistente, ma nel rispetto delle caratteristiche fondamentali dello stesso, nel caso in cui invece il manufatto sia stato totalmente trasformato, non solo con un apprezzabile aumento volumetrico, ma anche mediante un disegno sagomale con connotati alquanto diversi da quelli della struttura originaria, l'intervento deve essere considerato quale intervento di nuova costruzione" (Consiglio di Stato sez. VI, 13/06/2023, n.5769).

In ossequio ai principi sovente ribaditi dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato può concludersi che "occorre conservare sempre una identificabile linea distintiva tra le nozioni di ristrutturazione edilizia e di nuova costruzione, potendo configurarsi la prima solo quando le modifiche volumetriche e di sagoma siano di portata limitata e comunque riconducibili all'organismo preesistente", con la conseguenza che "nella nozione di nuova costruzione possono rientrare anche gli interventi di ristrutturazione qualora, in considerazione dell'entità delle modifiche apportate al volume e alla collocazione dell'immobile, possa parlarsi di una modifica radicale dello stesso, con la conseguenza che l'opera realizzata nel suo complesso sia oggettivamente diversa da quella preesistente". In ogni caso, "rientrano nella diversa categoria della cosiddetta ristrutturazione edilizia "pesante", contemplata dall'art. 10 t.u. ed., norma che sostanzialmente assimila l'intervento di ristrutturazione edilizia caratterizzato da incrementi volumetrici ovvero di sagoma e

prospetti a quello di una nuova costruzione, quantomeno per le porzioni che costituiscono un novum rispetto alla preesistenza, subordinandone la realizzazione al previo rilascio del permesso di costruire⁸.

4. *Interventi edilizi in centro storico: le regole per il rifacimento del tetto*

Dopo aver analizzato l'ambito applicativo posto dal T.U. Edilizia in riferimento agli interventi di manutenzione straordinaria e ristrutturazione edilizia appare interessante richiamare la pronuncia Consiglio di Stato sez. VII, 18/08/2023 n. 7806 in merito all'intervento di rifacimento del tetto eseguito all'interno di un centro storico.

Sul punto, occorre premettere che il D.M. n. 1444/1968 contempla i centri storici tra le zone "A" (cioè le parti del territorio interessante da agglomerati urbani che rivestono carattere storico, artistico e di particolare pregio ambientale o da porzioni di esso) dettando una disciplina limitativa su densità edilizia, altezze e distanze e rimandando la definizione degli interventi edilizi consentiti, sia a livello urbanistico che architettonico, ai piani regolatori e ai piani attuativi corrispettivi dei singoli Comuni.

In tale prospettazione, nel caso sottoposto al giudizio di Palazzo Spada, il piano di recupero comunale del Centro Storico riconosceva la possibilità di eseguire interventi di ristrutturazione edilizia con aumenti della superficie utile interna al perimetro murario preesistente e del numero di piani, ma senza modifica delle pendenze medie delle coperture e dell'altezza massima di ciascun fronte. Sulla scorta di ciò, i giudici hanno ritenuto in contrasto con la normativa urbanistica la demolizione della precedente falda di copertura e ricostruzione della stessa con travi in legno e tavolato in legno, con modifica delle quote in altezza (ovvero portando la parte della gronda da circa cm. 20 la minima e circa cm. 220 la massima, a quote modificate con cm. 197 la minima e 257 la massima) che ne hanno determinato un netto innalzamento rispetto alla quota che essa originariamente aveva in quel punto arretrato (l'altezza del tetto degradante era molto più bassa in quanto prossima alla fine della pendenza, che arrivava a quota 20 cm nella preesistente linea di gronda), con la realizzazione di due ampie finestre sul fronte che così si è creato *ex novo*, lì dove c'era solo il tetto.

Sempre in tema di interventi edilizi in centro storico la recente sentenza T.A.R. Lazio (Roma) sez. II, 09/01/2024, n. 423 ha giudicato illegittimo l'intervento volto alla realizzazione di una terrazza totalmente scoperta anziché incastonata nel tetto a falde in quanto *"implica con evidenza la violazione delle norme del p.r.g., tanto per l'obbligo di mantenere inalterate le architetture, per gli edifici aventi carattere storico, tanto quanto all'obbligo di non turbare o compromettere le architetture caratteristiche dell'ambiente, per gli edifici non aventi carattere storico"*. In tale pronuncia, il T.A.R. non si è limitato ad accertare l'inerzia del Comune nel riscontrare l'istanza della vicina volta a sollecitare l'esercizio dei poteri inibitori da parte dell'ente, ma si è spinto ad ordinare al Comune l'esercizio dei dovuti provvedimenti stante l'assenza di discrezionalità in capo al Comune a causa della patente violazione delle norme urbanistiche.

⁸ cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 13/06/2023, n.5769.

5. *Interventi edilizi in condominio: condizioni e limiti*

In tema di interventi edilizi eseguiti all'interno di un appartamento in condominio occorre richiamare la disciplina civilista posta all'art. 1122 c.c., rubricato *“Opere su parti di proprietà o uso individuale”*, la quale vieta di compiere, nel piano o nelle porzioni di piano di proprietà esclusiva, opere che possano danneggiare le parti comuni o il decoro architettonico dell'edificio e le sue condizioni di sicurezza.

Sul punto, il costante orientamento della giurisprudenza si è espresso nel senso che *“Costituisce innovazione lesiva del decoro architettonico del fabbricato condominiale, come tale vietata, non solo quella che ne alteri le linee architettoniche, ma anche quella che comunque si rifletta negativamente sull'aspetto armonico di esso, a prescindere dal pregio estetico che possa avere l'edificio”*. Difatti, *“Ai fini della tutela del decoro architettonico dell'edificio condominiale, non occorre che il fabbricato abbia un particolare pregio artistico, né rileva che tale fisionomia sia stata già compromessa da precedenti interventi sull'immobile. Nel valutare l'impatto di un'opera modificativa sul decoro architettonico è da adottare un criterio di reciproco temperamento tra i rilievi attribuiti all'unitarietà di linee e di stile originaria, alle menomazioni apportate da precedenti modifiche e all'alterazione prodotta dall'opera modificativa sottoposta a giudizio, senza che possa conferirsi rilevanza da sola decisiva, al fine di escludere un'attuale lesione del decoro architettonico, al degrado estetico prodotto da precedenti alterazioni”* (Cassazione civile sez. II, 02/08/2023, n.23510).

L'inclusione del pregiudizio di ordine estetico discende dal principio più generale per cui la nozione di *“danno”* rilevante per l'applicabilità dell'articolo in commento si riferisce non soltanto a quello materiale - che incide cioè fisicamente sulla cosa comune - ma anche a quello funzionale, che invece colpisce, menomandole, le utilità che possono ricavarsi dai beni comuni. Così qualificato, il decoro è un bene che interessa tutti i condomini ed è suscettibile di valutazione economica - ognuno di essi può ottenere in via di adempimento coattivo l'obbligo di fare *ex art. 2933 c.c.* avente ad oggetto la demolizione delle opere lesive illegittimamente eseguite.

Altra ipotesi ricondotta - per identità di *ratio* - alla fattispecie definita dall'art. 1122 c.c. è stata individuata dalla giurisprudenza nell'art. 1127 c.c. che riconosce al proprietario dell'ultimo piano (ovvero al proprietario esclusivo del lastrico solare) il diritto di elevare nuovi piani o nuove fabbriche, salvo che risulti altrimenti dal titolo. Il legislatore ha previsto ai successivi commi 2 e 3 un limite all'esistenza stessa di tale diritto ove le condizioni statiche dell'edificio non lo consentono, riconoscendo altresì ai condomini la facoltà di opporsi alla sopraelevazione laddove quest'ultima pregiudichi l'aspetto architettonico dell'edificio o ne diminuisca notevolmente l'aria o la luce dei piani sottostanti.

A riguardo, la pronuncia Cassazione civile sez. II, 11/05/2023 n. 12795 richiama la sua consolidata giurisprudenza secondo cui *“la nozione di sopraelevazione ex art. 1127 c.c. comprende non solo il caso della realizzazione di nuovi piani o nuove fabbriche, ma anche quello della trasformazione dei locali preesistenti mediante l'incremento delle superfici e delle volumetrie, seppure indipendentemente dall'altezza del fabbricato”*. Inoltre, in merito alla nozione di *“decoro architettonico”* è stato ribadito come la stessa possa essere pattiziamente rafforzata nel regolamento condominiale, sicché *“la sopraelevazione non è ammessa non solo se le condizioni statiche dell'edificio non la permettono, ma anche se risulti lesiva dell'aspetto architettonico dell'edificio, così come risulti eventualmente definito nel regolamento di condominio, ovvero risulti necessaria l'autorizzazione dei condomini”*.

Quanto alla possibilità per il condomino proprietario del piano sottostante al tetto comune di aprire delle finestre per dare aria e luce alla sua proprietà, la giurisprudenza si è espressa nel senso che *“l'apertura di finestre ovvero la trasformazione di luci in vedute su un cortile comune rientra nei poteri spettanti ai singoli condomini. Difatti, nell'ambito delle facoltà riconosciute ai condomini ex art. 1102 c.c., rientra quella di praticare aperture che consentano di ricevere aria e luce dal cortile comune o di affacciarsi sullo stesso, senza che ciò violi gli artt. 901-907 c.c., posto che tali modalità d'uso non ostacolino il godimento da parte degli altri compartecipi, né pregiudichino gli altri immobili”* (Cassazione civile sez. II, 19/07/2018, n.19265).

In tale prospettazione, l'apertura di finestre su un cortile condominiale - sempre che non alteri il decoro architettonico dell'edificio - costituisce opere legittima ed inidonea all'esercizio di un diritto di servitù di veduta, sia per il principio *nemini res sua servit*, sia per la considerazione che i cortili comuni, assolvendo alla precipua finalità di dare aria e luce agli immobili circostanti, sono fruibili a tale scopo dai condomini, cui spetta anche la facoltà di praticare aperture che consentano di ricevere aria e luce dal cortile comune o di affacciarsi sullo stesso, senza incorrere nelle limitazioni prescritte in tema di luci e vedute a tutela dei proprietari di fondi confinanti di proprietà esclusiva.

Parimenti, le norme sulle distanze legali, fundamentalmente rivolte a regolare rapporti tra proprietà autonome e contigue, sono applicabili anche nei rapporti tra il condominio e il singolo condomino di un edificio nel caso in cui esse siano compatibili con l'applicazione delle disposizioni particolari relative all'uso delle cose comuni (art. 1102 c.c.). Ne consegue che, *“qualora il giudice verifichi che l'uso della cosa comune sia avvenuto nell'esercizio dei poteri e nel rispetto dei limiti stabiliti dall'art. 1102 c.c. a tutela degli altri comproprietari, deve ritenersi legittima l'opera realizzata senza il rispetto delle norme sulle distanze tra proprietà contigue, applicabili, di regola, anche in ambito condominiale, purché la relativa osservanza sia compatibile con la particolare struttura dell'edificio condominiale”* (Cassazione civile sez. II, 19/04/2023, n.10477).

6. Titoli edilizi e pianificazione attuativa: i limiti all'attività edilizia in assenza di strumenti urbanistici di attuazione

La recente sentenza Consiglio di Stato sez. IV, 16/01/2024, n.534 analizza la tematica relativa al rapporto tra pianificazione attuativa e la possibilità di realizzare interventi diretti, senza la preventiva approvazione del piano urbanistico attuativo.

Da un punto di vista definitorio, come evidenziato anche dalla pronuncia *de qua*, il piano attuativo ha carattere di tendenziale stabilità in quanto specifica le modifiche del territorio in una prospettiva in cui si definisce nel dettaglio la pianificazione; ciò lo differenzia dal piano regolatore che ha una prospettiva più di massima circa l'utilizzazione dei suoli relativamente a quello che è consentito e a quello che è vietato nel territorio comunale sotto il profilo urbanistico ed edilizio. Di

⁹ Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di appello che, ritenendo applicabili le norme sulle distanze ex art. 907 c.c. a discapito dell'art. 1102 c.c., aveva ordinato la rimozione di una passerella appoggiata al muro perimetrale comune, costituente un nuovo accesso all'appartamento di un condomino, senza verificare l'esistenza di un concreto pregiudizio all'appartamento sottostante.

conseguenza, già nel sistema delineato dalla legge urbanistica n. 1150/1942 la pianificazione di cui si discorre fungeva da condizione necessaria e indisponibile per il rilascio dei titoli abilitativi.

In quest'ottica, la giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che *“In materia edilizia costituisce ius receptum l'eccezionalità dei casi in cui il piano regolatore generale consenta il rilascio del permesso di costruire diretto, senza previa approvazione dello strumento attuativo; pure in presenza di una zona già urbanizzata, la necessità dello strumento attuativo è esclusa solo nei casi nei quali la situazione di fatto, caratterizzata da una pressoché completa edificazione della zona, sia addirittura incompatibile con un piano attuativo, 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”*.

In linea generale, quindi, l'intervenuta edificazione come causa di esenzione dell'esigenza del piano attuativo è eccezionale in quanto invertirebbe l'ordine logico della pianificazione che si pone come preventiva alla realizzazione degli immobili; ossia non è ipotizzabile, in quanto contrario al buon andamento, che mediante l'edificazione di fatto - e quindi mediante la realizzazione di edifici poi condonati o sulla base di un titolo illegittimamente rilasciato - venga invertito l'ordine logico previsto dalle disposizioni locali in materia urbanistica. Diversamente opinando si rischierebbe un circuito “vizioso” che consentirebbe - sulla scorta di realizzazioni originariamente illegittime - di pervenire “a regime” a superare la pianificazione territoriale e quindi un sistema di regolare svolgimento dell'attività edilizia¹⁰. È il Comune che, attesa la previsione del piano attuativo, deve riappropriarsi della pianificazione al fine di svolgere le primarie funzioni che gli competono quale ente vigilante sull'attività urbanistico-edilizia nel territorio (cfr. art. 27 del D.P.R. n. 380/2001).

Per completezza, va comunque dato conto della tesi secondo cui quando sia ravvisabile una sostanziale, anche se non completa, urbanizzazione dell'intero comprensorio a cui appartiene l'area oggetto della richiesta edilizia, la mancanza dello strumento attuativo, in sé e per sé, non può essere invocata ad esclusivo fondamento del diniego di concessione edilizia. Sul punto, la pronuncia in commento ha rilevato come *“è comunque l'Amministrazione, infatti, a dover condurre un'adeguata istruttoria al fine di valutare lo stato di urbanizzazione già presente nella zona ed evidenziare le concrete ed ulteriori esigenze di urbanizzazione indotte dalla nuova costruzione (cfr. Consiglio di Stato sez. II, 03/12/ 2019, n. 8270); e detta valutazione circa la congruità del grado di urbanizzazione - che spetta unicamente al Comune - è caratterizzata da un amplissimo margine di discrezionalità al punto che non può essere sottoposta al sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, salvo che sotto il profilo della palese illogicità ed irragionevolezza delle determinazioni assunte o per essere le determinazioni stesse inficiate da errori di fatto (cfr. Consiglio di Stato sez. IV,04/05/2010, n. 2545)”*.

7. Permesso di costruire: limiti e applicazioni dell'istituto del silenzio-assenso

La sentenza Consiglio di Stato sez. VI, 30/11/2023 n. 10382 si colloca nel dibattito giurisprudenziale avente ad oggetto l'individuazione delle condizioni in presenza delle quali si possa ritenere formato il silenzio-assenso sulla richiesta di permesso di costruire non riscontrata

¹⁰ cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 27/06/2023, n. 6268.

espressamente dalla P.A. ed aderisce all'orientamento secondo cui il silenzio-assenso si forma a prescindere dalla sussistenza dei presupposti sostanziali prescritti dalla normativa di riferimento¹¹.

La pronuncia in esame, dopo aver acclarato il principio secondo cui *“il silenzio assenso è un principio generale posto a presidio della celerità dell'azione amministrativa, nonché della semplificazione e della certezza dei rapporti con i cittadini, principio che in ultima analisi risponde a quello di buon andamento previsto dall'art. 97 della Costituzione”*, si sofferma sul valore del silenzio statuendo che *“anche ove l'attività oggetto del provvedimento di cui si chiede l'adozione non sia conforme alle norme, si rende comunque configurabile la formazione del silenzio assenso. Ciò, si ritiene confermato da puntuali ed univoci indici normativi con il quali il legislatore ha inteso chiaramente sconfessare la tesi secondo cui la possibilità di conseguire il silenzio-assenso sarebbe legata, non solo al decorso del termine, ma anche alla ricorrenza di tutti gli elementi richiesti dalla legge per il rilascio del titolo abilitativo”*.

Al riguardo, viene richiamata la giurisprudenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 08/07/2022, n. 5746 secondo cui *“Segnatamente, deve tenersi conto delle seguenti disposizioni: “i) l'espressa previsione della annullabilità d'ufficio anche nel caso in cui il “provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20”, presuppone evidentemente che la violazione di legge non incide sul perfezionamento della fattispecie, bensì rileva (secondo i canoni generali) in termini di illegittimità dell'atto; ii) l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020) - nella parte in cui afferma che “Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni” - conferma che, decorso il termine, all'Amministrazione residua soltanto il potere di autotutela; iii) l'art. 2, comma 2-bis - prevedendo che “Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo [...]” (analoga, ma non identica, disposizione è contenuta all'ultimo periodo dell'art. 20, comma 8, del d.P.R. n. 380 del 2001) - stabilisce, al fine di ovviare alle perduranti incertezze circa il regime di formazione del silenzio-assenso, che il privato ha diritto ad un'attestazione che deve dare unicamente conto dell'inutile decorso dei termini del procedimento (in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie rimaste inevase e di provvedimenti di diniego tempestivamente intervenuti); iv) l'abrogazione dell'art. 21, comma 2, della legge n. 241 del 1990 che assoggettava a sanzione coloro che avessero dato corso all'attività secondo il modulo del silenzio-assenso, “in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente”; v) l'art. 21, comma 1, della legge n. 241 del 1990 - secondo cui: “Con la segnalazione o con la domanda di cui agli articoli 19 e 20 l'interessato deve dichiarare la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti. In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni non è ammessa la conformazione dell'attività e dei suoi effetti a legge o la sanatoria prevista dagli articoli medesimi [...]”, da cui si desume che, in caso di*

¹¹ Si rammenta che l'art. 20, comma 7 del D.P.R. n. 380/2001 *“Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Fermi restando gli effetti comunque prodotti dal silenzio, lo sportello unico per l'edilizia rilascia anche in via telematica, entro quindici giorni dalla richiesta dell'interessato, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti”*.

dichiarazioni non false, ma semplicemente incomplete, il silenzio-assenso si perfeziona comunque (al riguardo, sussiste una antinomia, che non rileva sciogliere in questa sede, con l'art. 21-nonies, comma 2-bis, della legge n. 241 del 1990, il quale riconduce all'autotutela anche l'ipotesi di "provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato", salva la possibilità di auto-annullamento anche dopo la scadenza del termine di dodici mesi)".

Sulla scorta di quanto sopra, è stato evidenziato che nella situazione di attuale interesse, al fine di dare un senso alla previsione normativa in forza della quale opera il silenzio come manifestazione della volontà della Amministrazione, è necessaria una sua applicazione che sia il più possibile scevra da ulteriori filtri applicativi onde evitarne una neutralizzazione nei fatti: "non si tratta quindi di valutare se la domanda, in astratto sia assentibile in quanto in possesso di tutti i requisiti ma piuttosto se la domanda possiede quel minimum di elementi essenziali per il suo esame e non rappresenti erroneamente i fatti. In tali condizioni è l'amministrazione che deve svolgere il procedimento nei tempi prefissati dalla legge pena la formazione del silenzio". Diversamente opinando, "la mancata applicazione della disciplina sul silenzio in considerazione della frapposizione per tale via di un "filtro" - non legislativamente previsto - comporterebbe la neutralizzazione della forza della disposizione sul silenzio, posta a garanzia dei cittadini, ed il conseguente spostamento in sede giurisdizionale della valutazione circa la congruità dell'istanza. Né - in una ottica di bilanciamento degli interessi in gioco - l'amministrazione rimane priva di possibilità di agire stante il potere di annullamento d'ufficio a fronte del formarsi del silenzio a causa dell'inadempimento a provvedere nei termini¹²".

8. *Decadenza del permesso di costruire: gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa sulla necessità di un provvedimento formale*

L'art. 15, comma 2 del D.P.R. n. 380/2001, nel prevedere che decorsi i termini di inizio e di ultimazione lavori "il permesso decade di diritto per la parte non eseguita, tranne che, anteriormente alla scadenza, venga richiesta una proroga", ha determinato il sorgere in giurisprudenza di un contrasto circa la necessità o meno dell'adozione di un provvedimento formale dinanzi alla decadenza del permesso di costruire.

Secondo una prima interpretazione la decadenza non dipende da un atto amministrativo, ma dal semplice fatto dell'inutile decorso del tempo; sicché "Una volta che sia inutilmente decorso il termine per il compimento dei lavori, la decadenza si produce dunque di diritto, qualora il termine stesso non sia stato prorogato, senza che peraltro vi sia bisogno di alcuna pronuncia espressa da parte dell'amministrazione, a differenza di quanto avviene per la proroga, che invece richiede un provvedimento motivato (Cons. Stato, sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1451). La pronuncia espressa della decadenza, infatti, non è nemmeno necessaria, giacché, diversamente opinando, si farebbe dipendere la decadenza non solo - secondo lo schema legale - dal comportamento inerte del titolare del permesso di costruire, ma anche dall'intervento della pubblica amministrazione, che potrebbe in taluni casi adottare il provvedimento espresso e in altri casi omettere di farlo, con possibili disparità di trattamento tra situazioni che nella sostanza si presenterebbero identiche" (T.A.R. Toscana, sez. III, 03/03/2022, n. 271).

¹² ex multis Consiglio di Stato sez. IV, 04/09/2023, n. 8156.

Di contro, l'orientamento della giurisprudenza amministrativa più recente, in specie del Consiglio di Stato, sostiene che la decadenza del permesso di costruire deve essere previamente "contestata" dall'amministrazione all'interessato mediante l'avvio di un procedimento *ad hoc* al fine di consentire a quest'ultimo di controdedurre in ordine alle ragioni, di fatto e di diritto, che gli avrebbero impedito di completare i lavori assentiti nei termini all'uopo previsti dall'art. 15 D.P.R. n. 380/2001 e, dunque, fornire al Comune tutti gli elementi utili alla valutazione circa l'effettiva decadenza del titolo edilizio. Sulla scorta di ciò, è stato affermato che *"in conformità coi principi generali di trasparenza e certezza giuridica ex artt. 1 e 2 l. n. 241 del 1990, è sempre richiesto che l'amministrazione si pronunci con provvedimenti espressi, sia pure con valenza ricognitiva di effetti discendenti direttamente dalla legge, sicché risulta necessaria l'adozione di un formale provvedimento in relazione all'esercizio del potere attribuito dall'art. 15 t.u. edilizia"* (Consiglio di Stato sez. IV, 16/03/2023, n. 2757).

In ordine ai caratteri del provvedimento di decadenza, la giurisprudenza si è espressa in merito alla *ratio* complessiva della disciplina dell'art. 15 del D.P.R. n. 380/2001 (T.U. Edilizia) nel senso che essa consiste nell'obiettivo *"di mantenere il controllo sull'attività di edificazione, ovviamente per sua natura non istantanea, non solo al momento del rilascio del titolo abilitativo ma, anche, successivamente al momento della realizzazione, garantendo solo entro limiti temporali ragionevoli il compimento dell'opera iniziata"*; ed in merito alla declaratoria di decadenza del permesso di costruire ha sancito che *"costituisce un provvedimento avente non solo carattere strettamente vincolato all'accertamento del mancato inizio o completamento dei lavori entro i termini stabiliti dall'art. 15, comma 2, ma anche natura ricognitiva del venir meno degli effetti del titolo precedentemente rilasciato"* (Consiglio di Stato sez. VI, 20/12/2022, n.11110).

Sull'onere della prova circa il mancato inizio dei lavori, come osservato da Consiglio di Stato sez. IV, 23/05/2022, n. 4033, lo stesso *"incombe al Comune che ne dichiara la decadenza, alla stregua del principio generale in forza del quale i presupposti dell'atto adottato devono essere accertati dall'autorità emanante"*. In proposito, la recente pronuncia del Consiglio di Stato sez. VI, 07/12/2023, n. 10611 si è espressa sul concetto di *"effettivo inizio dei lavori"* affermando che *"Ai sensi dell'art. 15, comma 3 del D.P.R. 5 giugno 2001 n. 380 (T.U. Edilizia) l'inizio lavori va inteso a fronte di concreti lavori edilizi che possono desumersi dagli indizi rilevati sul posto; pertanto i lavori debbono ritenersi iniziati quando consistano nel concentramento di mezzi e di uomini, cioè nell'impianto del cantiere, nell'innalzamento di elementi portanti, nella elevazione di muri e nella esecuzione di scavi preordinati al gettito delle fondazioni del costruendo edificio per evitare che il termine di decadenza del permesso possa essere eluso con ricorso ad interventi fittizi e simbolici"*.

Si segnala, inoltre, la giurisprudenza che attribuisce alla nozione di inizio lavori di un significato elastico per cui *"L'inizio dei lavori richiesto per evitare la decadenza del titolo edilizio deve essere sempre rapportato all'entità e alle dimensioni dell'intervento edilizio autorizzato, in quanto la stessa nozione di inizio lavori è dinamica, dovendosi parametrare all'opera definitiva. Pertanto, è legittima la determinazione con la quale il Comune nega la sussistenza dei presupposti per la pronuncia di decadenza del titolo per la realizzazione di un parcheggio a raso con modeste opere accessorie per mancato inizio dei lavori nel termine prescritto di un anno dal relativo rilascio, decisione fondata sulla base della valutazione dell'entità delle opere effettuate, consistenti nell'allestimento del cantiere (picchetti, recinzioni ecc.) nonché nello sbancamento e spianamento del terreno di rilevanti dimensioni"* (Consiglio di Stato sez. IV, 07/02/2023, n.1314).

9. Contribuito di costruzione: il criterio di determinazione degli oneri concessori

La recente pronuncia T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 22/01/2024, n.160 offre lo spunto per ribadire alcuni aspetti riguardanti l'istituto del contributo di costruzione il quale - normato dall'art. 16 del D.P.R. n. 380 del 2001 e articolato nelle due voci inerenti agli oneri di urbanizzazione e al costo di costruzione - rappresenta una compartecipazione del privato alla spesa pubblica occorrente alla realizzazione delle opere di urbanizzazione.

Invero, fin dalla legge che ha introdotto nell'ordinamento il principio della onerosità del titolo a costruire (art. 1 della legge n. 10/1977), la ragione della compartecipazione alla spesa pubblica del privato è da ricollegare sul piano eziologico al *surplus* di opere di urbanizzazione che l'amministrazione comunale è tenuta ad affrontare in relazione al nuovo intervento edificatorio del richiedente il titolo edilizio¹³. Più nello specifico, gli oneri di urbanizzazione, di natura latamente corrispettiva, hanno la funzione di compensare la collettività per il nuovo ulteriore carico urbanistico che si riversa sulla zona a causa della consentita attività edificatoria; mentre il costo di costruzione è stato configurato alla stregua di una prestazione di natura pubblica, determinata tenendo conto della produzione di ricchezza generata dallo sfruttamento del territorio, ovvero quale compartecipazione comunale all'incremento di valore della proprietà immobiliare del costruttore¹⁴.

Il citato art. 16 del D.P.R. n. 380/2001 dispone che *“L'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comuni”*, in relazione a una serie di indicatori tipizzati (comma 4); in mancanza di definizione delle tabelle parametriche regionali e fino alla definizione delle tabelle stesse, *“i comuni provvedono, in via provvisoria, con deliberazione del consiglio comunale”* (comma 5), come del pari *“Ogni cinque anni i comuni provvedono ad aggiornare gli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria, in conformità alle relative disposizioni regionali, in relazione ai riscontri e prevedibili costi delle opere di urbanizzazione primaria, secondaria e generale”* (comma 6).

Il costo di costruzione per i nuovi edifici, invece, *“è determinato periodicamente dalle regioni con riferimento ai costi massimi ammissibili per l'edilizia agevolata, definiti dalle stesse regioni a norma della lettera g) del primo comma dell'articolo 4 della legge 5 agosto 1978, n. 457. Con lo stesso provvedimento le regioni identificano classi di edifici con caratteristiche superiori a quelle considerate nelle vigenti disposizioni di legge per l'edilizia agevolata, per le quali sono determinate maggiorazioni del detto costo di costruzione in misura non superiore al 50 per cento. Nei periodi intercorrenti tra le determinazioni regionali, ovvero in eventuale assenza di tali determinazioni, il costo di costruzione è adeguato annualmente, ed autonomamente, in ragione dell'intervenuta variazione dei costi di costruzione accertata dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT). Il contributo afferente al permesso di costruire comprende una quota di detto costo, variabile dal 5 per cento al 20 per cento, che viene determinata dalle regioni in funzione delle caratteristiche e delle tipologie*

¹³ Consiglio di Stato, Ad. plen., 7 dicembre 2016, n. 24; altresì, Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 12; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 23 luglio 2020, n. 1418; II, 15 maggio 2020, n. 828.

¹⁴ *ex multis*, Consiglio di Stato, II, 15 giugno 2021, n. 4633; II, 9 dicembre 2019, n. 8377; V, 21 novembre 2018, n. 6592.

delle costruzioni e della loro destinazione ed ubicazione” (comma 9); “Nel caso di interventi su edifici esistenti il costo di costruzione è determinato in relazione al costo degli interventi stessi, così come individuati dal comune in base ai progetti presentati per ottenere il permesso di costruire. Al fine di incentivare il recupero del patrimonio edilizio esistente, per gli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'articolo 3, comma 1, lettera d), i comuni hanno comunque la facoltà di deliberare che i costi di costruzione ad essi relativi siano inferiori ai valori determinati per le nuove costruzioni” (comma 10).

Il contributo di costruzione, quale corrispettivo di diritto pubblico proprio per il fondamentale principio dell'onerosità del titolo edilizio recepito dall'art. 16 del D.P.R. n. 380/2001 (cfr. Corte costituzionale, 10/04/2020, n. 64), “*benché esso non sia legato da un rigido vincolo di sinallagmaticità rispetto del rilascio del permesso di costruire, rientra anche, e coerentemente, nel novero delle prestazioni patrimoniali imposte di cui all'art. 23 Cost. (Consiglio di Stato, Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 12; IV, 7 novembre 2017, n. 5133). La debenza del contributo di costruzione, di conseguenza, è direttamente correlata all'effettiva trasformazione urbanistica ed edilizia e quindi al concreto impatto che la stessa determina sul territorio¹⁵*”. Pertanto “*qualora il privato rinunci o non utilizzi il permesso di costruire, sorge in capo all'amministrazione, ex art. 2033 cod. civ., l'obbligo di restituzione delle somme corrisposte a titolo di contributo per oneri di urbanizzazione e costo di costruzione nonché, conseguentemente, il diritto del privato a pretenderne la restituzione; con la precisazione che il diritto alla restituzione sorge non solamente nel caso in cui la mancata realizzazione delle opere sia totale, ma anche ove il permesso di costruire sia stato utilizzato solo parzialmente¹⁶*” (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 22/01/2024, n.160).

Il termine entro il quale il privato deve agire per chiedere la restituzione delle somme versate è quello di prescrizione decennale (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 30/08/2018, n. 12), con la dovuta precisazione che, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, “*la decorrenza del termine di prescrizione decennale relativo alla restituzione di somme pagate a titolo di oneri di urbanizzazione e costo di costruzione va poi calcolata partendo dal momento in cui il diritto al rimborso può essere effettivamente esercitato dal privato in applicazione di un principio generale di cui all'art. 2935 c.c. Di conseguenza, il diritto di credito del titolare di una concessione edilizia non utilizzata di ottenere la restituzione di quanto corrisposto per oneri di urbanizzazione, decorre non dalla data del rilascio dell'atto di assenso edificatorio, bensì dalla data in cui il titolare comunica all'Amministrazione la propria intenzione di rinunciare al titolo abilitativo o dalla data di adozione da parte dell'amministrazione medesima del provvedimento che dichiara la decadenza del permesso di costruire per scadenza dei termini iniziali o finali¹⁷*” (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. IV, 22/01/2024, n.160).

Sotto ulteriore profilo, secondo quanto citato dalla richiamata pronuncia Consiglio di Stato, Ad. plen., n. 12/2018, “*la pubblica amministrazione, nel corso di tale rapporto, può pertanto sempre rideterminare, sia a favore che a sfavore del privato, l'importo di tale contributo, in principio erroneamente liquidato, richiedendone o rimborsandone a questi la differenza nell'ordinario termine di prescrizione decennale (art. 2946 c.c.) decorrente dal rilascio del titolo edilizio, senza incorrere in alcuna decadenza, mentre per parte sua il privato non è tenuto ad impugnare gli atti determinativi del contributo nel termine di*

¹⁵ cfr. Consiglio di Stato, II, 15 giugno 2021, n. 4633.

¹⁶ T.A.R. Lombardia, Milano, II, 7 gennaio 2016, n. 12; altresì, Consiglio di Stato, Ad. plen., 30 agosto 2018, n. 12; II, 15 giugno 2021, n. 4633; IV, 15 ottobre 2019, n. 7020; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 23 luglio 2020, n. 1418; T.A.R. Lombardia, Brescia, II, 2 maggio 2019, n. 426; T.A.R. Puglia, Bari, III, 3 aprile 2018, n. 488; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 1° marzo 2017, n. 496; T.A.R. Sicilia, Catania, II, 27 gennaio 2017, n. 189.

¹⁷ Consiglio di Stato, IV, 11 gennaio 2021, n. 349; altresì, T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, II, 1° luglio 2013, n. 489.

decadenza, potendo ricorrere al giudice amministrativo, munito di giurisdizione esclusiva ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. f), c.p.a., nel medesimo termine di dieci anni, anche con un'azione di mero accertamento”.

La sentenza in commento afferma da ultimo che l'amministrazione comunale, nel richiedere i detti importi con atti non aventi natura autoritativa, agisce quindi secondo le norme di diritto privato ai sensi dell'art. 1, comma 1-bis, della legge n. 241/1990, ma l'operatività del principio del legittimo affidamento del privato esclude comunque l'applicabilità dell'art. 1431 c.c. relativo alla disciplina dell'errore riconoscibile in quanto la complessità delle operazioni di calcolo o l'eventuale incertezza dell'applicazione delle tabelle per ragioni tecniche non possono essere considerati eventi estranei o ignoti alla sfera del debitore, tanto più che lo stesso è chiamato, *“con l'ordinaria diligenza di cui agli artt. 1175,1375 c.c., a controllarne l'esattezza sin dal primo atto di determinazione”*. Unica eccezione si riscontra nella ipotesi in cui la conoscibilità ovvero la verificabilità del contributo non siano possibili *“con il normale sforzo richiesto al debitore”*¹⁸.

10. Le condizioni per il perfezionamento della SCIA

Un'altra tematica su cui si sono registrati cospicui interventi da parte della giurisprudenza riguarda la possibilità che la SCIA si perfezioni o meno in caso di incompletezza o di non veridicità delle dichiarazioni rese dal privato, ovvero di insussistenza dei presupposti per avviare l'attività con lo strumento in esame.

Giova premettere che, per giurisprudenza consolidata, la SCIA ha natura di atto soggettivamente e oggettivamente privato con il quale si comunica alla P.A. l'intenzione di intraprendere una data attività direttamente ammessa dalla legge ed alla cui presentazione segue, decorso il termine di legge, la decadenza dell'amministrazione del potere di inibire tale attività. Essa, dunque, non è assimilabile a un'istanza su cui l'Amministrazione sia tenuta a provvedere, con la conseguenza che *“la segnalazione certificata di inizio di attività, costituente uno strumento di liberalizzazione delle attività private - non più sottoposte ad un controllo amministrativo di tipo preventivo, ma avviabili sulla base di una mera segnalazione da sottoporre al successivo controllo amministrativo - perché possa produrre effetti giuridici deve, dunque, rispondere al modello tipizzato dal legislatore, occorrendo, pertanto, non soltanto che le attività in concreto avviate siano riconducibili alle fattispecie astratte per cui è ammesso l'utilizzo della SCIA, ma anche che la segnalazione all'uopo presentata risulti veritiera e completa, essendo corredata dalla documentazione occorrente a porre l'Amministrazione in condizione di potere svolgere la successiva attività di verifica entro i termini all'uopo applicabili”* (Consiglio di Stato sez. VII, 21/02/2023, n.1782).

In questo senso, si registra un consistente orientamento giurisprudenziale secondo cui *“in caso di intervento edilizio realizzato all'esito di presentazione di s.c.i.a., per il quale era tuttavia precluso il ricorso a detto titolo abilitativo, esigendosi di contro il rilascio di permesso di costruire, non trova applicazione il termine decadenziale per l'esercizio del potere inibitorio previsto dall'art. 19 della l. n. 241 del 1990, il cui decorso esaurisce gli ordinari poteri di vigilanza edilizia, in quanto tale termine opera solamente nelle ipotesi in cui gli interventi realizzati o realizzandi rientrino fra quelli eseguibili mediante s.c.i.a.; per gli interventi*

¹⁸ Consiglio di Stato, Ad. plen., 30/08/2018, n. 12.

soggetti a permesso di costruire, invece, deve applicarsi il comma 2-bis dell'art. 21 della medesima legge a mente del quale restano ferme le attribuzioni di vigilanza, prevenzione e controllo su attività soggette ad atti di assenso da parte di pubbliche amministrazioni previste da leggi vigenti, anche se è stato dato inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20" (T.A.R. Bari (Puglia), sez. I, 11/11/2023, n. 1321).

Analogamente, il Consiglio di Stato si è ripetutamente espresso, in termini più generali, nel senso che affinché la SCIA possa essere idonea allo scopo sono necessarie la sussistenza e la completezza della relativa documentazione, dovendo la stessa, anche se intesa quale atto del privato, corrispondere al modello legale per poter produrre effetti¹⁹; e ancora "deve [...] ritenersi che una SCIA fondata su documenti incompleti o non veritieri, non corrispondendo al modello legale, non possa ritenersi efficace e, quindi, non sia idonea a legittimare lo svolgimento dell'attività privata, suscettibile di essere inibita senza i limiti temporali dettati dall'art. 19, commi 3 e 4, L. n. 241 del 1990, giustificati - come osservato - dall'inerzia serbata dall'organo precedente che, pur in condizione di provvedere, abbia omissso tempestivamente di svolgere le prescritte verifiche di competenza" (Consiglio di Stato sez. IV, 07/04/2021, n. 2799).

Quanto alla SCIA edilizia, dunque, "è necessario che sia veritiera la "dettagliata relazione a firma di un progettista abilitato e dagli opportuni elaborati progettuali, che asseveri la conformità delle opere da realizzare agli strumenti urbanistici approvati e non in contrasto con quelli adottati ed ai regolamenti edilizi vigenti, nonché il rispetto delle norme di sicurezza e di quelle igienico-sanitarie", richiesta dall'art. 23, co. 1 d.p.r. 380/01" (T.A.R. Palermo, (Sicilia) sez. II, 05/01/2022, n.19).

11. Manutenzione straordinaria e cambio di destinazione d'uso: l'ambito applicativo della CILA

Al fine della corretta individuazione del titolo edilizio necessario per il passaggio da una categoria funzionale all'altra, la pronuncia Consiglio di Stato sez. II, 24/04/2023, n. 4110 si è soffermata sull'individuazione dell'esatta accezione da attribuire al riferimento di "mutamenti urbanisticamente rilevanti delle destinazioni d'uso implicanti incremento del carico urbanistico" di cui all'art. 3, lett. b) del D.P.R. n. 380/2001 in relazione agli interventi edilizi di manutenzione straordinaria.

I giudici di Palazzo Spada, nell'accogliere il ricorso promosso da un Comune avverso una sentenza con cui il T.A.R. aveva dichiarato illegittima l'ordinanza comunale che aveva dichiarato inefficace la CILA riferita al cambio d'uso senza opere da commerciale ad artigianale e ordinato la rimessione in pristino, hanno spiegato che, anche successivamente alla riforma introdotta dal D.L. n. 76/2020, "le modifiche di destinazione d'uso possono conseguire agli interventi riconducibili al concetto di manutenzione straordinaria sono solo quelle tra categorie urbanistiche omogenee, tale essendo l'inequivoco significato della dicitura "urbanisticamente rilevanti" e "non implicanti aumento del carico urbanistico" previsto dall'art. 3, comma 1, lett. b), del d.P.R. n. 380 del 2001, anche nella sua attuale formulazione".

Invero, esso va individuato avuto riguardo alle previsioni dell'art. 23-ter inserito nel D.P.R. n. 380/2001 col cd. decreto "Sblocca Italia" (D.L. n. 133/2014), che le ha introdotte al preciso scopo di omogeneizzare le scelte di governo del territorio, evitando frammentazioni finanche terminologiche sicuramente contrarie ai più elementari principi di certezza del diritto e foriere di

¹⁹ Consiglio di Stato sez. V, 08/03/2018, n. 2584.

oneri aggiuntivi per i cittadini-utenti. Sicché, la disposizione che riduce a cinque le categorie previste “individua, almeno in termini astratti e generali, raggruppamenti connotati da valutata similarità di carico urbanistico, tanto da qualificare “rilevante”, appunto, il mutamento della destinazione d'uso dall'una all'altra, seppure non accompagnato dall'esecuzione di opere edilizie (c.d. mutamento “funzionale”, appunto)”.

Ciò detto, da un punto di vista pratico è possibile affermare che le modifiche di destinazione che possono conseguire agli interventi riconducibili al concetto di manutenzione straordinaria sono solo quelle tra categorie urbanistiche omogenee senza opere; di qui, l'inadeguatezza della CILA a legittimare l'intervento in quanto “Va ricordato a tale riguardo come la c.d. comunicazione di inizio lavori asseverata (CILA) con il d.lgs. n. 222/2016 è divenuta il titolo general-residuale, necessario per tutti gli interventi edilizi per i quali le norme del testo unico non impongono la SCIA o il permesso di costruire ovvero che non rientrano ai sensi dell'art. 6 nell'attività edilizia libera. Con tale scelta si è radicalmente cambiata l'opzione normativa di cui al previgente comma 4 del richiamato art. 6 che, al contrario, lasciava aperta la categoria della SCIA e tipizzava in maniera specifica gli interventi sottoposti a CILA. A ciò è conseguito che sono ricondotte alla CILA opere quantitativamente rilevanti, quali - come è dato evincere da una lettura a contrario dell'art. 22 - gli interventi di manutenzione straordinaria leggera, appunto, ovvero quelli che, pur comportando cambi di destinazione d'uso urbanisticamente non rilevanti, non riguardano parti strutturali dell'edificio e non incidono sui prospetti”.

Ciò posto, il Consiglio di Stato si è soffermato sulle conseguenze dell'errato utilizzo della CILA ex art. 6-bis del D.P.R. n. 380/2001, richiamando il parere reso dalla Commissione speciale chiamata ad esprimersi sul testo provvisorio del d.lgs. n. 222/2016 (parere n. 1784/2016) secondo cui “In tali casi l'amministrazione non può che disporre degli ordinari poteri repressivi e sanzionatori dell'abuso, come peraltro implicitamente previsto dalla stessa disposizione, laddove fa salve “le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia [...]”.

La differenza di regime tra la previsione di un potere meramente sanzionatorio (in caso di CILA) e quella di un potere repressivo, inibitorio e conformativo, nonché di controllo postumo in 'autotutela' rispetto alla SCIA si spiegherebbe, secondo il parere, “alla stregua dei principi di proporzionalità e di adeguatezza, tenuto conto che nella materia edilizia il legislatore ha costruito un sistema speciale, in cui il controllo dei poteri pubblici è meno invasivo qualora le attività private non determinino un significativo impatto sul territorio, secondo un modello che potrebbe essere chiamato di 'semplificazione progressiva’”, il quale implica che “l'attività assoggettata a CILA non solo è libera, come nei casi di SCIA, ma, a differenza di quest'ultima, non è sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere 'soltanto' conosciuta dall'amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio”.

Preso atto di questa impostazione, è stato evidenziato che, “proprio la mancata previsione di sistematicità dei controlli rischia di tradursi in un sostanziale pregiudizio per il privato, che non vedrebbe mai stabilizzarsi la legittimità del proprio progetto, di talché la presentazione della CILA, considerata anche la modesta entità della sanzione per la sua omissione, avrebbe in sostanza l'unico effetto di attirare l'attenzione dell'amministrazione sull'intervento, esponendolo ad libitum, in caso di errore sul contesto tecnico-normativo di riferimento, alle più gravi sanzioni per l'attività totalmente abusiva, che l'ordinamento

correttamente esclude quando l'amministrazione abbia omissis di esercitare i dovuti controlli ordinari di legittimità sulla SCIA o sull'istanza di permesso".

Per scongiurare i predetti rischi e, per offrire al privato una maggiore tutela, la sentenza, richiamando Consiglio di Stato sez. IV, 23/04/2021 n. 3275, ha inteso mutuare *in subiecta materia* i principi via via consolidatisi con riferimento alla separazione tra autotutela decisoria e esecutiva in materia di SCIA o DIA., in particolare dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 45/2019, secondo cui "la c.i.l.a. condivide con la s.c.i.a. l'intima natura giuridica, sicché trovano applicazione i limiti di tempo e di motivazione declinati nell'art. 19, commi 3, 4, 6-bis e 6-ter l. n. 241/1990, in combinato disposto con il richiamo alle "condizioni" di cui all'art. 21-nonies della medesima normativa²⁰".

12. Poteri e oneri di vigilanza del Comune sulla CILA

La recente pronuncia T.A.R. Calabria sez. II, 07/12/2023, n. 1602 permette di fare un ulteriore approfondimento riguardo agli orientamenti della giurisprudenza amministrativa circa le conseguenze dell'errato utilizzo della CILA. Invero, nel discostarsi dall'orientamento espresso dall'esaminata sentenza Consiglio di Stato sez. II, 24/04/2023, n. 4110, i giudici richiamano il diverso orientamento secondo cui, "considerata la specifica natura della citata comunicazione, anche laddove sia trascorso un rilevante lasso temporale dalla sua trasmissione al Comune, non è precluso all'amministrazione l'esercizio degli ordinari poteri repressivi e sanzionatori qualora ci si trovi al cospetto di interventi che, secondo la prospettazione della parte lesa, esulino dal regime della predetta comunicazione²¹".

La pronuncia in commento prosegue evidenziando che, sebbene la non perfetta tecnica di redazione della legislazione lasci evidentemente spazio ad entrambe le opzioni ermeneutiche, a favore di quella per cui non vi sarebbe in capo all'amministrazione il sistematico potere di verifica e inibizione dell'intervento sottoposto a CILA, ma solo quello – successivo – di reprimere gli abusi, depongono le seguenti considerazioni: *"In primo luogo, occorre riconnettere un significato alla scelta legislativa, nel 2016, di creare un nuovo regime di interventi edilizi, accanto a quelli - già noti - dell'attività edilizia libera, dell'attività soggetta SCIA, dell'attività realizzabile con SCIA in sostituzione del permesso di costruire e delle opere edili soggette a permesso di costruire. L'assimilazione, quanto ai poteri esercitabili dall'amministrazione, della CILA alla SCIA scolorirebbe eccessivamente le diversità tra i due regimi, finendo per privare di sostanziale significato l'intervento legislativo.[...]In secondo luogo, la CILA contempla la presenza di un'asseverazione da parte di un tecnico abilitato, «il quale attesta, sotto la propria responsabilità, che i lavori sono conformi agli strumenti urbanistici approvati e ai regolamenti edilizi vigenti, nonché che sono compatibili con la normativa in materia sismica e con quella sul rendimento energetico nell'edilizia e che non vi è interessamento delle parti strutturali dell'edificio» (art. 6-bis d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380). Tale asseverazione non è richiesta, invece, in caso di SCIA. Il maggiore onere posto in capo al privato nel contesto della CILA deve trovare una giustificazione, e al Tribunale pare che essa vada individuata proprio nel venir meno – in capo all'amministrazione – del potere/dovere sistematico di controllo delle comunicazioni, ferma restando la possibilità di interventi repressivi in caso di uso abusivo dell'istituto".*

²⁰ Sotto tale profilo, l'atto impugnato è stato giudicato esente da censure in quanto i passaggi procedurali intercorsi, se anche evidenziano sul piano formale comprensibili incertezze di inquadramento dogmatico, attestano su quello sostanziale la tempestività della reazione del Comune all'attività abusiva, tale da escludere qualsiasi necessità di tutela dell'affidamento.

²¹ cfr. Cons. Stato, Sez. VII, 28/04/2023, n. 4327; Cons. Stato, Sez. II, 13/10/2022, n. 8759; T.A.R. Lombardia Milano, Sez. II, 24/02/2022, n. 462; T.A.R. Campania – Napoli, Sez. IV, 06/04/ 2020, n. 1338.

In quest'ottica, anche la recente pronuncia T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. II, 23/12/2023, n. 3180 ha ribadito che *“Giacché la CILA, di cui all'art. 6 bis d.p.r. 380/2001, è uno strumento di liberalizzazione dell'attività edilizia e, diversamente dalla SCIA, non è soggetta a controllo sistematico dell'amministrazione entro termini perentori, non può ritenersi che questa si consolidi ove non prontamente inibita, il comune potendo - e dovendo - ricorrere ai poteri di vigilanza e di repressione degli abusi, come del resto implicato nello stesso art. 6 bis d.p.r. 380/2001, laddove fa salvoe “le prescrizioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistico-edilizia vigente, e comunque nel rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia”*.

13. Distanze tra edifici e superfici aggettanti

Il tema delle distanze tra edifici apre molteplici profili di interesse oggetto di analisi e dibattito da parte della giurisprudenza, anche a causa del suo carattere trasversale attinente sia alla sfera privatistica sia a quella pubblicistica.

Per quanto attiene al profilo pubblicistico è noto che l'art. 9 del D.M. n 1444/1968, nel prescrivere per i nuovi edifici ricadenti in zone diverse dalle zone A *“la distanza minima assoluta di metri 10 tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti”*, predetermina in via generale ed astratta le distanze tra le edifici in considerazione delle esigenze collettive connesse ai bisogni di igiene e di sicurezza; tale previsione risulta coerente con il perseguimento dell'interesse pubblico e non già con la tutela del diritto dominicale dei proprietari degli immobili finitimi alla nuova costruzione, tutela che è invece assicurata dalla disciplina delle distanze fra costruzioni prevista dal codice civile²².

Quanto all'esatta portata oggettiva della norma, con riguardo alle nozioni di *“parete finestrata”* e *“pareti antistanti”*, secondo il costante orientamento della giurisprudenza nella verifica dell'osservanza delle distanze vanno considerati i balconi, nonché tutte le sporgenze destinate, per i loro caratteri strutturali e funzionali, ad ampliare la superficie abitativa dei vani che vi accedono²³. Sicché, assumo rilievo anche tutti gli elementi costruttivi, anche accessori, qualunque sia la loro funzione, purché abbiano i caratteri della solidità, della stabilità e della immobilizzazione, escludendo sporti e aggetti di modeste dimensioni con funzione meramente decorativa e di rifinitura, perché rientrano nel concetto di *“costruzione”* le parti dell'edificio, quali scale, terrazze e corpi avanzati cd. *“aggettanti”* che, seppure non corrispondano a volumi abitativi coperti, sono destinate ad estendere ed ampliare la consistenza del fabbricato. In tal senso, è stato affermato che *“Non sono computabili nel calcolo della distanza fra edifici gli sporti, le parti che hanno funzione ornamentale e decorativa (es. le mensole, le lesene, i risalti verticali), le canalizzazioni di gronde e i loro sostegni, gli aggetti, gli elementi di ridotte dimensioni e gli altri manufatti di minima entità, mentre non possono essere esclusi dal computo le pensiline, i balconi e tutte quelle sporgenze che, per le particolari dimensioni, sono destinate anche ad estendere e ampliare la parte concretamente utilizzabile per l'uso abitativo dell'edificio”* (Consiglio di Stato sez. VI, 18/01/2021, n.521).

²² cfr. Consiglio di Stato 10/09/2018, n. 5307; Corte di Cassazione civile 19/02/2019, n. 4834.

²³ cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 10/10/2023, n.8834.

Sempre su questa linea, si pone anche il consolidato orientamento interpretativo del giudice civile secondo cui *“La eccezionale non computabilità, ai fini delle distanze, di elementi della costruzione può quindi riguardare solo quegli sporti o aggetti che non siano idonei a determinare intercapedini dannose o pericolose, consistendo in sporgenze di limitata entità, con funzione complementare di decoro o di rifinitura, mentre vengono in considerazione le sporgenze, implicanti, perciò, un ampliamento dell'edificio in superficie e volume, come, appunto, i balconi formati da solette aggettanti (anche se scoperti), o i pianerottoli di prolungamento dei setti in cemento armato, di apprezzabile profondità, ampiezza e consistenza, stabilmente incorporati nell'immobile, e ciò a maggior ragione qualora le distanze tra costruzioni siano stabilite in un regolamento edilizio comunale che non preveda espressamente un diverso regime giuridico per le costruzioni accessorie”* (Cassazione civile sez. II, 04/01/2024, n. 239).

14. L'importanza della distinzione tra “luci” e “vedute” in materia di distanze

Il richiamato art. 9 del D.M. 1444/1968, nel fissare la distanza minima che deve intercorrere tra *“pareti finestrate e pareti di edifici antistanti”*, fa espresso ed esclusivo riferimento alle *“pareti finestrate”* per tali dovendosi intendere, in assenza di una precisa definizione normativa²⁴, *“le pareti munite di finestre qualificabili come vedute, senza ricomprendere quelle sulle quali si aprono semplici luci”²⁵*.

Sul punto, la recente pronuncia T.A.R. Salerno, (Campania) sez. III, 01/12/2023, n.2841 ha ribadito come *“la semplice possibilità di vedere o guardare frontalmente, che del resto è connaturata al genus “finestre o aperture”, non basta ad integrare la figura specifica della veduta; né peraltro è incompatibile con la più neutra nozione di “luce”, che, in negativo, è caratterizzata dal non permettere “di affacciarsi sul fondo del vicino”. È questo, di contro, il requisito tipico ed esclusivo della veduta, la quale proprio perché permette di “affacciarsi” e quindi di “guardare” non solo di fronte, ma anche “obliquamente e lateralmente”, conferisce all'apertura quella speciale attitudine visiva - consistente nell'assoggettare il fondo alieno ad una visione mobile e globale - che esula dalla semplice luce e da essa la discrimina.*

Orbene, *“per la sussistenza della veduta è necessaria la presenza cumulativa dei requisiti della inspectio, intesa come possibilità di vedere o guardare frontalmente il fondo del vicino, e della prospectio, intesa come affaccio mediante la sporgenza del capo dall'apertura che consente di guardare anche obliquamente e lateralmente il fondo del vicino”*. Posto che deve ritenersi esclusa l'esistenza di un *“tertium genus”* diverso dalle luci e dalle vedute, *“va valutata quale luce e, pertanto, sottoposta alle relative prescrizioni legali, anche in difetto dei requisiti a tale scopo prescritti dalla legge, l'apertura che sia priva del carattere di veduta o prospetto; in tal caso, dunque, il proprietario del fondo vicino può sempre pretenderne la regolarizzazione, tenuto conto che il possesso di luci irregolari, sprovvisto di titolo e fondato sulla mera tolleranza del vicino, non può condurre all'acquisto, per usucapione della corrispondente servitù”²⁶*.

²⁴ L'art. 900 c.c. si limita a disporre che *“Le finestre o altre aperture sul fondo del vicino sono di due specie: luci, quando danno il passaggio alla luce e all'aria, ma non permettono di affacciarsi sul fondo del vicino; vedute o prospetti, quando permettono di affacciarsi e di guardare di fronte, obliquamente o lateralmente”*.

²⁵ Consiglio di Stato sez. IV, 05/10/2015, n.4628.

²⁶ T.A.R. Salerno, (Campania) sez. III, 01/12/2023, n.2841.

Sulla non applicabilità dell'art. 9 del D.M. n. 1444/1968 in punto di distanza minima in presenza di aperture da qualificare come "luci", del resto, è stato evidenziato che, in tali casi, non vi è *"da parte dell'Amministrazione la necessità di procedere a un'accurata ed approfondita disanima dei rapporti tra i vicini o i condomini, rientrando la presenza di eventuali diritti ostativi o la supposta pretesa di lesioni di diritti soggettivi, quali quelli di luce e veduta, nell'ambito delle controversie tra privati, che gli stessi privati potranno difendere nelle opportune sedi, e non all'aspetto della legittimità degli atti autorizzatori dell'esercizio dello ius edificandi anche in sede di sanatoria"*²⁷.

Per completezza espositiva, si dà atto dell'esistenza di un diverso orientamento giurisprudenziale in forza del quale vengono ricomprese all'interno della "parete finestrata" non solo le mere aperture aventi natura di veduta, ma altresì le aperture qualificabili come semplici luci. In questo senso, si segnala la pronuncia Consiglio di Stato sez. II, 30/03/2022, n. 2326 secondo cui per *"pareti finestrate", "ai sensi dell'art. 9 del d.m. 2 aprile 1968 n. 1444, devono intendersi, non soltanto le pareti munite di "vedute", ma più in generale tutte le pareti munite di aperture di qualsiasi genere verso l'esterno, quali porte, balconi, finestre di ogni tipo (di veduta o di luce) e considerato altresì che basta che sia finestrata anche una sola delle due pareti"*²⁸.

15. Condizioni e limiti per derogare i 10 metri nei gruppi di edifici: il caso del cappotto termico

Come osservato dalla pronuncia Consiglio di Stato sez. IV, 17/05/2023, n.4933, *"Le uniche eccezioni alla regola della distanza minima di dieci metri tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti sono: i) gli interventi di risanamento conservativo; (ii) le ristrutturazioni di edifici situati nelle zone omogenee A (centri e nuclei storici), dove le distanze tra edifici non possono essere inferiori a quelle intercorrenti tra i volumi edificati preesistenti, computati senza tener conto di costruzioni aggiuntive di epoca recente e prive di valore storico, artistico o ambientale; iii) i gruppi di edifici che formano oggetto di piani particolareggiati o lottizzazioni convenzionate con specifiche previsioni planivolumetriche; iv) la particolare deroga prevista per finalità di risparmio energetico (id est, il "cappotto termico") di cui all'art. 2-bis, comma 1-ter, d.P.R. n. 380/2001, introdotto con d.l. n. 76/2020"*.

Ora, appare interessante soffermarsi sull'eccezione relativa ai piani particolareggiati o di lottizzazione prevista espressamente dal terzo comma dell'art. 9 del D.M. n. 1444/1968, sui cui la recente pronuncia Cassazione civile sez. II, 04/01/2024, n. 236 ha chiarito che *"agli effetti dell'art. 9, comma 3, del d.m. n. 1444 del 1968, sono ammesse distanze inferiori a quelle indicate nei precedenti commi di tale norma soltanto a condizione che sia stato approvato un apposito piano particolareggiato o di lottizzazione esteso alla intera zona, finalizzato a rendere esecutive le previsioni dello strumento urbanistico generale, contenente le disposizioni planivolumetriche degli edifici previsti nella medesima zona e avente ad oggetto la realizzazione contestuale di "gruppi di edifici", e cioè di una pluralità di nuovi fabbricati, rimanendo perciò estranea a tale fattispecie l'ipotesi della realizzazione di un unico nuovo fabbricato che si sia inserito nel contesto di un isolato già edificato"*.

²⁷ T.A.R. Salerno, (Campania) sez. III, 01/12/2023, n.2841.

²⁸ cfr. Consiglio di Stato, sez. IV 22 ottobre 2013 n. 5557.

Sulla deroga per il cd. "cappotto termico" prevista dall'art. 14, comma 7, del D.lgs. n. 102/2014 (poi sostituito dal D.lgs. n. 73/2020²⁹), nella sentenza n. 6764 del 11/07/2023 il Consiglio di Stato si è pronunciato sul ricorso promosso da alcuni privati per l'annullamento della concessione edilizia con cui l'Amministrazione comunale aveva autorizzato i confinanti all'apposizione di un isolamento termico integrale con intonaco dell'edificio per uno strato complessivo di 12 cm - con conseguente violazione del limite di edificabilità previsto dal piano di attuazione e delle distanze legali tra edifici e confini - giustificata dal Comune ai ricorrenti mediante l'applicazione dell'art. 127, comma 6 della legge provinciale Bolzano n. 13/1997.

Il Consiglio di Stato non ha accolto il ricorso degli appellati in quanto, se da una parte non può essere accolto il richiamo all'art. 127, comma 6 dell'invocata legge provinciale n. 13/1997 (dichiarato incostituzionale dalla sentenza Corte cost. n. 114/2012 per violazione dell'art. 9 del D.M. n. 1444/1968 e, dunque, per violazione della competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento civile); dall'altra "Si deve però considerare che l'art. 14, comma 7, del d.lgs. 102 del 04.07.2014 (in materia di efficienza energetica) ha stabilito che entro i limiti del maggior spessore delle murature esterne e degli elementi di chiusura superiori ed inferiori, necessario per ottenere una riduzione minima del 10 per cento dei limiti di trasmittanza previsti dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, è permesso derogare, nell'ambito delle pertinenti procedure di rilascio dei titoli abitativi di cui al titolo II del d.p.r. 380/2001, a quanto previsto dalle normative nazionali, regionali o dai regolamenti edilizi comunali, in merito alle distanze minime tra edifici, alle distanze minime dai confini di proprietà, alle distanze minime di protezione del nastro stradale e ferroviario, nonché alle altezze massime degli edifici (cfr. Cassazione civile, sez. II, 18/06/2020, n. 11845: L'art. 14 d.lgs. 102/2014 e l'art. 11 d.lgs. 115/2008 prevedono che in relazione agli interventi di riqualificazione energetica degli edifici che comportino aumenti di spessore delle pareti esterne si possa, entro certi limiti, derogare alle distanze degli edifici dai confini, alla condizione, però, che l'intervento sia tale da ottenere una riduzione minima del dieci per cento dei limiti di trasmittanza previsti dal d.lgs. 192/2005 e successive modificazioni)".

16. Distanze legali in caso di mutamento della normativa: il punto della Suprema Corte di Cassazione

L'incidenza dello *ius superveniens* in materia di distanza tra costruzioni è stata indagata ampiamente dalla giurisprudenza a mente della quale "in materia di distanze nelle costruzioni, infatti, qualora subentri una disposizione derogatoria favorevole al costruttore, si consolida – salvi gli effetti di un eventuale giudicato sull'illegittimità della costruzione – il diritto di quest'ultimo a mantenere l'opera alla distanza inferiore, se, a quel tempo, la stessa sia già ultimata, restando irrilevanti le vicende normative successive. Il sopravvenire della disciplina normativa meno restrittiva comporta, invero, che l'edificio in contrasto con la regolamentazione in vigore al momento della sua ultimazione, ma conforme alla nuova, non

²⁹ L'art. 14, comma 7, del D.L. n. 102/2014 – come modificato dal D.lgs. n. 73/2020 – dispone che "Nel caso di interventi di manutenzione straordinaria, restauro e ristrutturazione edilizia, il maggior spessore delle murature esterne e degli elementi di chiusura superiori ed inferiori, necessario per ottenere una riduzione minima del 10 per cento dei limiti di trasmittanza previsti dal decreto legislativo 19 agosto 2005, n. 192, e successive modificazioni, certificata con le modalità di cui al medesimo decreto legislativo, non è considerato nei computi per la determinazione dei volumi, delle altezze, delle superfici e dei rapporti di copertura. Entro i limiti del maggior spessore di cui sopra, è permesso derogare, nell'ambito delle pertinenti procedure di rilascio dei titoli abitativi di cui al titolo II del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, a quanto previsto dalle normative nazionali, regionali o dai regolamenti edilizi comunali, in merito alle distanze minime tra edifici, alle distanze minime dai confini di proprietà, alle distanze minime di protezione del nastro stradale e ferroviario, nonché alle altezze massime degli edifici. Le deroghe vanno esercitate nel rispetto delle distanze minime riportate nel codice civile".

possa più essere ritenuto illegittimo, cosicché il confinante non può pretendere l'abbattimento o, comunque, la riduzione alle dimensioni previste dalle norme vigenti al momento della sua costruzione" (Cassazione civile sez. II, 11/05/2023, n.12751³⁰).

Sotto ulteriore profilo la sentenza *de qua* ha ricordato che, "in tema di distanze tra costruzioni, il D.M. n. 2 aprile 1968 n. 1444, art. 9 comma 2, essendo stato emanato su delega della l. 17 agosto 1942 n. 1150, art. 41 quinquies (cd. legge urbanistica), aggiunto dalla l. 6 agosto 1967 n. 765, art. 17, ha efficacia di legge dello Stato, sicché le sue disposizioni in tema di limiti inderogabili di densità, altezza e distanza tra i fabbricati prevalgono sulle contrastanti previsioni dei regolamenti locali successivi, ai quali si sostituiscono per inserzione automatica³¹".

Del pari, come osservato dalla già richiamata pronuncia Consiglio di Stato n. 4933/2023, i limiti fissati dal D.M. n. 1444/1968 "integrano il regime delle distanze nelle costruzioni con efficacia precettiva, in quanto perseguono l'interesse pubblico di tutela igienico sanitaria collettiva, e non la tutela del diritto dominicale dei proprietari degli immobili confinanti alla nuova costruzione (regolata, invece, dal codice civile). Ration per cui, le distanze di dieci metri tra pareti finestrate e pareti di edifici antistanti devono ritenersi inderogabili, come tali vincolanti sia per i comuni in sede di formazione o revisione degli strumenti urbanistici, sia per i privati (i confinanti non potrebbero, con patti stipulati tra loro, derogarle)³²".

Ciò posto, quanto alla disciplina posta dai regolamenti edilizi, si segnala la recente pronuncia Cassazione civile sez. II, 05/10/2023, n. 28041 secondo cui "I regolamenti edilizi in materia di distanze tra costruzioni contengono norme di immediata applicazione, salvo il limite, nel caso di norme più restrittive, dei cosiddetti diritti quesiti (per cui la disciplina più restrittiva non si applica alle costruzioni che,

³⁰ Nella pronuncia in menzione, i giudici hanno ricostruito la disciplina della deroga alle distanze in ipotesi di demolizione e ricostruzione per effetto delle modifiche apportate all'art. 3, comma 1 lett. d) e all'art. 2-bis, comma 1-ter del D.P.R. n. 380/2001 dalla legge n. 120/2020, per poi giudicare l'intervento non rientrante nel regime derogatorio in quanto "Si tratta di costruzione realizzata dal privato in violazione del D.M. n.1944-68, art. 9, in ragione dell'entità delle modificazioni apportate al volume ed alla collocazione del fabbricato, che rendevano l'opera realizzata nel suo complesso oggettivamente diversa da quella preesistente. L'opera aumentava il volume e modificava la sagoma dell'edificio demolito, senza rispettare le distanze preesistenti, e cioè di quelle conformi alla normativa vigente al momento in cui è stato realizzato l'intervento originario". Allo stato attuale della normativa, in ogni caso di demolizione con ricostruzione - e quindi anche in presenza di aumento di volumetria nei casi consentiti dall'art. 3, lett. d) del D.P.R. n. 380/2001 - la costruzione deve rispettare le distanze preesistente; come chiarito anche dalla relazione ministeriale al decreto semplificazioni (D.L. n. 76 del 2020), "l'art. 2, comma 1-ter, ha rimosso il vincolo del medesimo sedime e della medesima sagoma ma solo per gli interventi di ristrutturazione con demolizione e ricostruzione disciplinati da un piano urbanistico che preveda un programma di rigenerazione urbana, nella specie non sussistente".

³¹ Ulteriore profilo di ricorso riguardava la qualificazione dell'intervento edilizio che, ad avviso dei ricorrenti, trattandosi di "sopralzo" di un edificio preesistente e non di nuova costruzione, doveva ritenersi legittimo ai sensi dell'art. 5 delle NTA del Comune secondo cui "in caso di sopralzo la verifica delle distanze si intende soddisfatta ove siano mantenuti i rapporti e le distanze esistenti", in luogo della distanza di metri dieci rispetto alle pareti finestrate dei fabbricati antistanti applicabile agli interventi di nuova costruzione e di ampliamento ai sensi dell'art. 8 delle NTA. Sotto tale profilo, poiché l'intervento edilizio era diverso dal preesistente manufatto per forma, altezza, volume e superficie, i giudici hanno statuito che doveva osservarsi la distanza di dieci metri dall'edificio frontistante, per inserzione automatica dell'art. 9 del D.M. n. 1444/1968 ed in conformità all'art. 8 delle NTA del Comune.

³² Nella pronuncia *de qua* la Cassazione ha accolto il ricorso promosso da un Comune avverso la sentenza resa dal T.A.R. Puglia, giudicando legittimo l'annullamento in autotutela del permesso di costruire, nonché la comunicazione di (asserita) formazione del silenzio assenso sulla istanza di permesso di costruire, sul presupposto dell'illegittimità della fonte normativa secondaria (piano urbanistico generale) rispetto alla fonte nazionale sovraordinata di cui al D.M. n. 1444/1968.

alla data dell'entrata in vigore della normativa, possano considerarsi già sorte), e, nel caso di norme più favorevoli, dell'eventuale giudicato formatosi sulla legittimità o meno della costruzione. Ne consegue la inammissibilità dell'ordine di demolizione di costruzioni che, illegittime secondo le norme vigenti al momento della loro realizzazione, tali non siano più alla stregua delle norme vigenti al momento della decisione, salvo, ove ne ricorrano le condizioni, il diritto al risarcimento dei danni prodottisi medio tempore, ossia di quelli conseguenti alla illegittimità della costruzione nel periodo compreso tra la sua costruzione e l'avvento della nuova disciplina”.

17. Tutela del paesaggio: il divieto di incremento dei volumi esistenti

La tutela e la valorizzazione dei beni culturali e del paesaggio trovano regolamentazione nel D.lgs. n. 42/2004 che, al fine di garantire una concreta ed efficace azione impositiva al regime vincolistico predisposto dall'ordinamento, all'art. 146 limita qualsiasi attività da parte di chiunque si trovi in una relazione qualificata con il bene sottoposto a tutela, subordinando le eventuali attività al preventivo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

In tale prospettiva, va evidenziato che le qualificazioni giuridiche rilevanti sotto il profilo urbanistico ed edilizio non hanno rilevanza quando si tratta di qualificare le opere sotto il profilo paesaggistico, con conseguente inoperatività della regola che in materia urbanistica porta ad escludere i “volumi tecnici” dal calcolo della volumetria edificabile. Pertanto, *“le opere realizzate su aree sottoposte a vincolo hanno un'indubbia rilevanza paesaggistica; rilevanza che è presente anche se si tratta di volumi tecnici o eventuali pertinenze in quanto le esigenze di tutela dell'area sottoposta a vincolo paesaggistico possono anche esigere l'immodificabilità dello stato dei luoghi”* (Consiglio di Stato sez. VI, 17/10/2022, n. 8785).

Si rammenta che, in giurisprudenza amministrativa, la nozione di “volume tecnico³³” corrisponde ad un'opera priva di qualsiasi autonomia funzionale, anche solo potenziale, perché destinata solo a contenere, senza possibilità di alternative e, comunque, per una consistenza volumetrica del tutto contenuta, impianti serventi di una costruzione principale per essenziali esigenze tecnico-funzionali di essa; i volumi tecnici degli edifici sono esclusi dal calcolo della volumetria a condizione che non assumano le caratteristiche di vano chiuso, utilizzabile e suscettibile di abitabilità.

In questo senso, nella sentenza del 13/06/2023 n. 5807, il Consiglio di Stato si è pronunciato su una controversia insorta a seguito del diniego alla richiesta di autorizzazione paesaggistica presentata ai sensi dell'art. 146 D.lgs. n. 42/2004 per la realizzazione di una piscina fuori terra da installare su un terreno pertinenziale del fabbricato di proprietà dei ricorrenti ed ha ritenuto che la stessa, integrando un intervento di nuova costruzione in quanto volumetricamente rilevante, necessitava del previo rilascio del permesso di costruire nonché dell'autorizzazione paesaggistica.

³³ Alla voce n. 31 dell'Allegato A del Regolamento Edilizio Tipo *“Sono volumi tecnici i vani e gli spazi strettamente necessari a contenere ed a consentire l'accesso alle apparecchiature degli impianti tecnici al servizio dell'edificio (idrico, termico, di condizionamento e di climatizzazione, di sollevamento, di sicurezza, telefonico ecc.)”.*

Come sopra anticipato, ad avviso dei giudici, posto che *“la nozione di volume utile (come anche di superficie utile) deve essere interpretata (alla luce della circolare del Ministero per i beni e le attività culturali n. 33 del 26 giugno 2009, nonché della prevalente giurisprudenza amministrativa) nel senso di qualsiasi opera edilizia calpestabile e/o che può essere sfruttata per qualunque uso, atteso che il concetto di utilità ha un significato differente nella normativa in materia di tutela del paesaggio rispetto alla disciplina edilizia”*, la realizzazione di una piscina ha senz’altro determinato la creazione di volume, ovvero l’aumento di quelli già realizzati. In questa accezione, il Consiglio di Stato ha più volte enunciato l’importante principio secondo cui *“Il divieto di incremento dei volumi esistenti, imposto ai fini di tutela del paesaggio, si riferisce a qualsiasi nuova opera comportante creazione di volume, senza che sia possibile distinguere tra volume tecnico e altro tipo di volume, sia esso interrato o meno”*.

18. Autorizzazione paesaggistica: il caso delle opere pertinenziali su un’area tutelata

Nella trattazione della casistica in discorso appare interessante soffermarsi ulteriormente sulle prescrizioni imposte nella realizzazione di interventi edilizi in area tutelata, con particolare riferimento all’esecuzione di interventi edilizi rientranti nel perimetro applicato del già richiamato art. 6 del D.P.R. n. 380/2001 che, nell’elencare una serie di opere eseguibili senza alcun titolo abilitativo, ne subordina in ogni caso la realizzazione al rispetto delle disposizioni contenute nel Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al D.lgs. n. 42/2004, con conseguente abusività delle stesse nel caso in cui non sia stata ottenuta alcuna preventiva autorizzazione paesaggistica.

Il questo senso, il Consiglio di Stato si è recentemente pronunciato circa la legittima realizzazione di una tettoia con doghe in legno a copertura di un balcone – in sostituzione di una preesistente tettoia in ondulino di plastica - senza il preventivo rilascio dell’autorizzazione paesaggistica giudicando tale manufatto incompatibile con la tutela paesaggistica della zona. Invero, come correttamente osservato dal T.A.R. adito, all’interno di un territorio protetto *“anche opere astrattamente riconducibili al concetto di pertinenza -se realizzate senza titolo- debbono comunque sottostare a misure ripristinatorie e di reintegro ambientale [...]. Laddove gli illeciti edilizi ricadano in zona assoggettata a vincolo paesaggistico, stante l’alterazione dell’aspetto esteriore, gli stessi risultano soggetti alla previa acquisizione dell’autorizzazione paesaggistica, con la conseguenza che, quand’anche si ritenessero le opere pertinenziali o precarie e, quindi, assentibili con mera DIA, l’applicazione della sanzione demolitoria è, comunque, doverosa ove non sia stata ottenuta alcuna autorizzazione paesistica”* (Consiglio di Stato sez. VII, 06/11/2023, n.9557).

Ed invero, *“l’art. 27, d.P.R. n. 380/2001 impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico”*. *“Infatti, per le opere abusive eseguite in assenza di titolo edilizio e di autorizzazione paesaggistica in aree vincolate, vige un principio di indifferenza del titolo necessario all’esecuzione di interventi in dette zone, essendo legittimo l’esercizio del potere repressivo in ogni caso, a prescindere, appunto, dal titolo edilizio ritenuto più idoneo e corretto per realizzare l’intervento edilizio nella zona vincolata; ciò che rileva, ai fini dell’irrogazione della sanzione ripristinatoria, è il fatto che lo stesso è stato posto in essere in zona vincolata e in assoluta carenza di titolo abilitativo, sia sotto il profilo paesaggistico che urbanistico³⁴”*.

³⁴ Consiglio di Stato sez. VII, 06/11/2023, n.9557.

19. Il controverso tema del silenzio-assenso in materia paesaggistica: le indicazioni del Consiglio di Stato

La pronuncia Consiglio di Stato sez. IV 02/10/2023 n. 8610 ha decretato il necessario appianamento del contrasto sorto in seno alla giurisprudenza amministrativa circa l'applicabilità del silenzio-assenso cd. "orizzontale"³⁵ agli atti di tutela degli interessi sensibili e segnatamente al parere paesaggistico reso tardivamente nel corso di una conferenza dei servizi indetta ai sensi dell'art. 14-bis della legge 241/1990. Trattasi di una questione strettamente correlata a quella dell'applicabilità o meno al procedimento di autorizzazione paesaggistica dell'art. 17-bis della legge n. 241/1990 relativo al silenzio endo-procedimentale.

I giudici di Palazzo Spada, dopo aver ripercorso il quadro normativo³⁶ e giurisprudenziale³⁷ di riferimento, hanno affermato che l'orientamento che esclude l'operatività del meccanismo del silenzio-assenso di cui all'art. 17-bis della legge n. 241/1990 in relazione alle fattispecie di tutela degli interessi paesaggistici incontra obiezioni difficilmente superabili.

In primo luogo, non è ritenuta convincente l'attribuzione alla Soprintendenza nell'ambito del procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica di un ruolo meramente consultivo dal momento che trascura il delicato equilibrio sotteso all'art. 146 D.lgs. n. 42/2004, che si traduce nel carattere necessariamente vincolante del parere reso dalla Soprintendenza coerentemente al riparto delle funzioni legislative sancito dall'art. 117 cost. Tale impostazione, che trova conferma sul piano sistematico negli artt. 16 e 17 e nell'art. 17-bis della legge n. 241/1990

³⁵ Da distinguere dal cd. silenzio-assenso "verticale", il quale contrasta con il generale principio stabilito dall'art. 20, comma 4 della legge n. 241/1990 che esclude radicalmente l'applicazione del silenzio-assenso nei rapporti verticali tra privati e P.A. preposte alla tutela degli "interessi sensibili", tra cui quelli relativi agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico. Sul punto, cfr. Corte cost. n. 160/2021 che, nel dichiarare l'illegittimità dell'art. 8, comma 6 della L.R. Siciliana n. 5/2019 che aveva introdotto il silenzio-assenso verticale sulla domanda di autorizzazione paesaggistica, ha formulato argomentazioni significative a sostegno della compatibilità costituzionale dell'applicazione del silenzio-assenso orizzontale agli interessi paesaggistici.

³⁶ Anteriormente alla cd. "riforma Madia" (legge n. 124/2015) in base all'articolo 146 del D.lgs. n. 42/2004 l'autorità competente alla gestione del vincolo doveva provvedere sulla domanda del privato entro 60 giorni, acquisito il parere del soprintendente, da rendere entro 45 giorni dalla ricezione degli atti. In caso di parere non emesso nel termine suindicato, veniva in rilievo la fattispecie del cd. silenzio devolutivo, nel senso che, decorso inutilmente il termine senza che la soprintendenza avesse comunicato il parere, il comune aveva il dovere funzionale di decidere da solo e doveva provvedere sulla domanda; *"tuttavia, il potere della soprintendenza di esprimere il suo parere non si consumava automaticamente allo scadere del termine di 45 giorni per essa previsto, ma solo nel momento in cui il comune chiudeva il procedimento con l'adozione della formale autorizzazione paesaggistica"*. Nell'ambito della cd. riforma Madia il legislatore si è marcatamente discostato dalla tradizionale impostazione basata sul riconoscimento di una tutela rafforzata degli interessi sensibili nell'ambito del procedimento amministrativo, la quale si traduceva nella previsione di un regime di specialità nell'uso degli strumenti di semplificazione previsti nella legge n. 241/1990. E in effetti, prima di tale riforma, gli istituti contemplati nel Capo IV, rubricato *"Semplificazione dell'azione amministrativa"*, l. n. 241 del 1990 - quali la conferenza di servizi (art. 14 e ss.), l'attività consultiva (art. 16), l'acquisizione di valutazioni tecniche (art. 17), la SCIA (art. 19) e il silenzio-assenso (art. 20) - ricevevano nella disciplina generale dei procedimenti coinvolgenti interessi sensibili un'applicazione fortemente attenuata.

³⁷ Anche successivamente alla riforma *de qua* parte della giurisprudenza ha continuato a fare applicazione del cd. "silenzio-devolutivo" con la conseguenza che, decorso inutilmente il termine, l'organo statale non era privato del potere di esprimersi, ma il parere della Soprintendenza passava da vincolante a obbligatorio (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 29/03/2021, n. 2640)

aventi rispettivamente a oggetto i pareri istruttori (e le valutazioni tecniche) e quelli decisori, ha notevoli implicazioni sul relativo regime normativo in quanto solo con riferimento ai pareri meramente istruttori di cui al citato art. 17 il legislatore ha ritenuto non configurabile il silenzio-assenso; *“La ragione risiede, all'evidenza, nella circostanza per cui in tale caso l'autorità decidente è unica e, quindi, per definizione non indefettibile. Di contro, nella fattispecie di cui all'art. 17-bis si configura una decisione a “doppia chiave” e dunque un'ipotesi di cogestione della funzione (cd. decisione pluristrutturata)”*, in cui l'eventuale silenzio serbato dall'autorità co-decidente consolida la scelta dell'autorità procedente, che è comunque dotata di competenza (sia pure non esclusiva) in materia³⁸.

Del pari, l'indirizzo restrittivo non si concilia con le lettere e con le ragioni giustificative degli artt. 14-bis e 17-bis della legge n. 241/1990 con cui il legislatore ha cercato di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra la tutela degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta entro termini ragionevoli all'operatore economico che, diversamente opinando, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica. Del resto, *“a sostegno della conclusione per cui le disposizioni di cui agli artt. 14-bis e 17-bis sono animate da un'analogia ragione giustificatrice, merita di essere richiamata la decisione della Corte costituzionale n. 246/2018 (cfr. par. 4.2.3.1.) nella quale è stato chiarito che l'art. 17-bis, sebbene collocato al di fuori degli articoli espressamente dedicati alla conferenza di servizi (artt. 14-14-quinquies), trova applicazione anche nel caso in cui occorra convocare la conferenza di servizi in quanto il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi”*.

E' stato osservato inoltre come le esigenze di completezza dell'istruttoria non sono incise dal silenzio-assenso e non possono essere invocate per limitarne l'applicazione in quanto, come statuito da Corte Costituzionale n. 160/2021, *“il silenzio assenso ex art. 17-bis non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo – che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva – influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per silentium; per l'effetto l'amministrazione procedente è sempre tenuta a condurre un'istruttoria completa ed a elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'amministrazione codecidente. In tale prospettiva, l'assenso del Soprintendente sulla proposta di accoglimento ricevuta dall'amministrazione procedente si forma per silentium, ma ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa”*.

Sulla scorta di quanto sopra, la natura vincolante del parere garantisce che lo Stato mantenga un ruolo determinate rispetto al merito della procedura autorizzatoria; dall'altro che, nell'ipotesi in cui l'amministrazione interpellata sia rimasta inerte, l'amministrazione procedente valuti comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione interpellata assumendo, all'esito della formazione del silenzio-assenso ex art. 17-bis, una decisione conclusiva del

³⁸ Ulteriori indici ermeneutici in favore della tesi della natura co-decisoria del parere della Soprintendenza si ricavano anche dal D.P.R. n. 31/2017 (Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata), che, all'art. 11 (Semplificazioni procedurali), comma 9, prevede espressamente che *“In caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione procedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica”*. Tale disposizione è chiarissima nel qualificare il parere (semplificato) della soprintendenza come atto co-decisorio ai sensi dell'art. 17-bis.

procedimento che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisto.

In tale composito quadro, non può nemmeno dirsi decisiva l'obiezione che fa perno sulla considerazione per cui, applicando lo schema del silenzio-assenso al parere paesaggistico della Soprintendenza verrebbe sacrificato il principio della competenza, inibendo alla stessa di tutelare l'interesse paesaggistico successivamente alla scadenza del termine entro il quale avrebbe dovuto rendere il proprio parere in quanto *“la competenza della Soprintendenza resta garantita sia pure entro termini stringenti entro i quali deve esercitare la propria funzione. Cionondimeno, in caso di mancata attivazione entro i termini, resta ferma la possibilità della Soprintendenza di poter agire in autotutela secondo il principio del contrarius actus [...]in base al quale l'eventuale esercizio dell'autotutela deve seguire il medesimo procedimento d'emanazione dell'atto che si intende rimuovere o modificare”*.

A seguito della summenzionata ricostruzione, i giudici di Palazzo Spada concludono affermando che, anche a voler prescindere dai rilievi formulati, la recente introduzione del comma 8-bis all'art. 2 della legge n. 241/1990³⁹ ha sancito il definitivo superamento dell'indirizzo giurisprudenziale contrario all'applicazione del silenzio-assenso orizzontale al parere paesaggistico, prevedendo che le determinazioni tardive sono prive di effetti nei confronti dell'autorità competente. La lettera di tale disposizione, riferendosi espressamente alle fattispecie del silenzio maturato nel corso di una conferenza di servizi *ex art. 14-bis*, e nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 17-bis, è inequivocabile nell'affermare il principio - che non ammette eccezioni - secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto privi di carattere vincolante.

20. Titoli edilizi e autorizzazione paesaggistica: gli effetti della mancata preventiva acquisizione dell'autorizzazione paesaggistica

Il rapporto tra autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire è un rapporto di presupposizione, necessitato e strumentale tra le valutazioni paesaggistiche e quelle urbanistiche, operante anche quando le disposizioni urbanistiche sono dettate tenendo conto pure dei valori paesaggistici di un'area dal momento che la tutela del paesaggio - avente valore costituzionale e funzione di preminente interesse pubblico - è nettamente distinta da quella urbanistica.

Il procedimento del rilascio del nulla osta paesaggistico è un procedimento parallelo e autonomo rispetto a quello per il rilascio del titolo abilitativo edilizio⁴⁰ in quanto, come statuito da Consiglio

³⁹ L'art. 2, comma 8-bis della legge n. 241/1990 - introdotto dall'art. 12, comma 1, lettera a), legge n. 120/2020 - dispone che *“Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-ter, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, commi 3 e 6-bis, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni”*.

⁴⁰ L'art. 146, comma 4 del D.lgs. n. 42/2004 dispone, infatti, che *“l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio”*, mentre il secondo inciso, prevedendo che *“fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi”*, sembra

di Stato sez. VI, 20/01/2023, n. 682, *“l'autorizzazione paesaggistica ed il titolo edilizio si giustappongono ed i rispettivi apprezzamenti rispondo ad interesse pubblici distinti e tipizzati: l'uno valuta, in forza d'apprezzamento tecnico discrezionale, la compatibilità dell'intervento edilizio proposto, mentre l'altro, con autonomia e specifica istruttoria, accerta la conformità urbanistica-edilizia del manufatto”*.

Pertanto, in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, l'autorità procedente titolare della cura degli interessi paesaggistici deve valutare specificamente 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 progetto⁴¹. La medesima autonomia dei profili paesaggistici dagli aspetti urbanistico-edilizi si riscontra nel “diritto vivente” della giurisprudenza costituzionale e penale (della Cassazione), secondo cui 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 discorrendo⁴².

Un'interpretazione contraria, che ammettesse 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, 24/03/2023, n.3006).

Sulla scorta di ciò, il possibile rilascio di uno dei due atti di assenso non comporta il necessario rilascio anche dell'altro, come la mancanza del necessario titolo edilizio non consente la realizzazione di un'opera anche se per la stessa è stato rilasciato l'assenso a fini paesaggistici⁴³. D'altra parte, *“la mancata preventiva acquisizione della autorizzazione paesaggistica, di cui all'art. 146, D.lgs. n. 42/2004, non incide sulla legittimità del titolo edilizio ma sulla sua efficacia, con la conseguenza che i lavori non possono essere iniziati, finché non intervenga il nulla osta de quo”* (Consiglio di Stato sez. IV, 04/09/2023, n.8147).

rafforzare il divieto sancito dal comma 2 per cui *“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”*.

⁴¹ 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.

⁴² cfr. Corte cost. n. 439 del 2007, n. 378 del 2007, n. 144 del 2007, Cass. pen., sez. III, 22 marzo 2013, n. 13783.

⁴³ T.A.R. Salerno, (Campania) sez. III, 03/07/2023, n.1607.

