



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>

Paesaggio: gli sviluppi della giurisprudenza in materia di tutela e di pianificazione

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



CORSO FORMATIVO ONLINE
martedì 21 Marzo 2024

Paesaggio: gli sviluppi della giurisprudenza in materia di tutela e di pianificazione

1. *Il rapporto tra pianificazione urbanistica e tutela degli interessi paesaggistici e ambientali*
Pag. 4
2. *La valutazione ambientale strategica: alcune precisazioni giurisprudenziali*
Pag. 5
3. *Il parere paesaggistico della Soprintendenza sul piano attuativo pregiudica il rilascio dei titoli edilizi: i chiarimenti del Consiglio di Stato*
Pag. 6
4. *Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni nella pianificazione paesaggistica*
Pag. 7
5. *L'autorizzazione paesaggistica: presupposti e limiti*
Pag. 8
6. *Il procedimento autorizzatorio semplificato nel rinnovo degli atti di autorizzazione paesaggistica*
Pag. 10
7. *Il caso dei manufatti in edilizia libera in zona vincolata*
Pag. 11
8. *La partecipazione procedimentale nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica*
Pag. 12
9. *L'adequatezza della motivazione nel diniego di autorizzazione paesaggistica: il cd. dissenso costruttivo*
Pag. 13
10. *Discrezionalità amministrativa e tutela del paesaggio*
Pag. 14
11. *Il silenzio-assenso nel procedimento di autorizzazione paesaggistica: le indicazioni del Consiglio di Stato*
Pag. 15
12. *Il potere della Soprintendenza di annullare il nulla osta paesaggistico comunale*
Pag. 17
13. *Accertamento postumo di compatibilità paesaggistica: i limiti di ammissibilità*
Pag. 18
14. *La nozione di "superficie utile" rilevante ai fini del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma*
Pag. 19
15. *Il caso degli abusi edilizi realizzati prima dell'apposizione del vincolo paesaggistico*
Pag. 20
16. *La sanzione paesaggistica ex art. 167 del D.lgs. n. 42/2004 alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale*
Pag. 21
17. *Autorizzazione paesaggistica postuma e sanatoria edilizia*
Pag. 23
18. *Condizioni e presupposti per il condono delle opere abusive realizzate in aree soggette a vincolo paesaggistico*
Pag. 24
19. *Sanatorie paesaggistiche in rapporto ai reati paesaggistici*
Pag. 25
20. *Lavori eseguiti in forza di autorizzazioni paesaggistiche illegittime: la giurisprudenza di legittimità sul reato di abuso paesaggistico*
Pag. 27

1. Il rapporto tra pianificazione urbanistica e tutela degli interessi paesaggistici e ambientali

La presente rassegna intende esaminare, in modo non esaustivo ma significativo, la giurisprudenza più recente relativa alla tutela ed al controllo di gestione dei beni paesaggistici normata dal D.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (c.d. *“Codice dei beni culturali e del paesaggio”*).

Giova premettere che la tutela del paesaggio e dell’ambiente è principio fondamentale della Costituzione (art. 9) ed ha carattere di preminenza rispetto agli altri beni giuridici che vengono in rilievo nella difesa del territorio, di tal che anche le previsioni degli strumenti urbanistici devono necessariamente coordinarsi con quelle sottese alla difesa di tali valori.

In proposito, la recente pronuncia Consiglio di Stato, Sez. IV, 14/09/2023, n. 8325 ha affrontato nuovamente il tema dell’esatta estensione del potere pianificatorio degli Enti territoriali avuto riguardo alla tutela degli interessi paesaggistici evidenziando che: *“L’urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo e armonico del medesimo; uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli, in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio”*.

La nuova visione prospettica della disciplina pianificatoria non può non riflettersi anche a livello dei contenuti dello strumento urbanistico comunale, avendo la giurisprudenza amministrativa da tempo ritenuto che *“il potere di gestione in chiave urbanistica del territorio, proprio perché comprende tra i suoi fini anche la protezione dell’ambiente, quale fattore condizionante le relative scelte può legittimamente indirizzarsi verso valutazioni discrezionali che privilegino la qualità della vita, anche in parti del territorio comprensive di beni immobili non aventi le caratteristiche intrinseche e peculiari che ne comportino livelli sovraordinati di tutela”* (Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 1998, n. 1734).

In tale ordine di idee, è stato ulteriormente osservato che *“i limiti imposti alla proprietà privata attraverso destinazioni d’uso che garantiscano la salvaguardia ambientale non devono essere valutati in sede giurisdizionale alla luce delle specifiche leggi che garantiscono la tutela del paesaggio, ma sulla base dei criteri propri della materia urbanistica”, per cui “l’esercizio del potere di conformazione urbanistica è compatibile con la tutela paesistica, trattandosi di forme complementari di protezione preordinate a curare con diversi strumenti distinti interessi pubblici con la conseguenza che pur non sussistendo alcuna fungibilità tra le legislazioni di settore, le stesse possono riferirsi contestualmente allo stesso oggetto”* (Cons. Stato, sez. IV, n. 1734 cit.; id. 6 marzo 1998, n. 382).

In coerenza con tali coordinate di fondo della funzione di pianificazione, modernamente intesa, *“oggi, può, nondimeno, fondatamente affermarsi che anche i titolari del potere urbanistico possono oramai concorrere alla tutela (aggiuntiva) di tali ulteriori interessi. Tale cambio di paradigma è peraltro rispettoso del principio di legalità, trovando fondamento nell’art. 7, comma 2, n. 5 della legge urbanistica n. 1150 del 1942, a mente del quale il piano regolatore deve indicare i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale e paesaggistico”, con la conseguenza che “la tutela di questi ulteriori interessi, oggi, non deve*

più necessariamente essere imposta alla pianificazione urbanistica da vincoli eteronomi, potendo essere, come avvenuto nel caso in esame, espressione della discrezionalità pianificatoria del comune”¹.

2. La valutazione ambientale strategica: alcune precisazioni giurisprudenziali

Passando all’esame delle valutazioni ambientali nella pianificazione, la *“valutazione degli effetti di determinati piani e programmi sull’ambiente naturale”* è stata introdotta nella Comunità europea dalla Direttiva 2001/42/CE, detta Direttiva VAS, che rappresenta un importante contributo all’attuazione delle strategie comunitarie per lo sviluppo sostenibile rendendo operativa l’integrazione della dimensione ambientale nei processi decisionali strategici. A livello nazionale la Direttiva 2001/42/CE è stata recepita con la Parte II del D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (c.d. *“T.U. ambiente”*).

In particolare, l’art. 5, comma 1 del D.lgs. n. 152/2006 dispone che *“Ai fini del presente decreto si intende per: a) la valutazione ambientale strategica, nel seguito valutazione ambientale strategica, di seguito VAS: il processo che comprende, secondo le disposizioni di cui al titolo II della seconda parte del presente decreto, lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l’elaborazione del rapporto ambientale, lo svolgimento di consultazioni, la valutazione del piano o del programma, del rapporto e degli esiti delle consultazioni, l’espressione di un parere motivato, l’informazione sulla decisione ed il monitoraggio”*.

A tale proposito, preme richiamare la giurisprudenza che si è espressa in materia di rapporto tra valutazione ambientale strategica (VAS) e valutazione di impatto ambientale² (VIA), la quale ha statuito che, *“pur sussistendo dei punti di contatto fra i due istituti, la seconda si discosta dalla prima quanto ad ambito applicativo, mirando alla valutazione preventiva degli effetti sull’ambiente non tanto di attività progettuali, quanto di azioni pianificatorie e programmatiche, anticipando, così, lo strumento della tutela ad una fase antecedente alla redazione e stesura del singolo progetto da realizzare”*. Detto altrimenti, *“la VAS presenta un carattere complessivo e non può approfondire, per ogni singola opera, tutti i profili ambientali, poiché, essendo finalizzata alla soluzione di problemi su scala geografica più ampia, si concentra sugli impatti strategici, mentre è compito della VIA operare a livello di specifico intervento”* (T.A.R. Milano, (Lombardia) sez. III, 10/10/2023, n.2261).

Ciò posto, il procedimento di verifica di assoggettabilità a VAS di cui all’art. 12 del D.lgs. n. 152/2006³, soggiace ai principi generali dell’attività amministrativa, sicché *“Al fine di scongiurare un*

¹ Il Consiglio di Stato ha respinto i ricorsi promossi da parte di una società proprietaria di un’area con riferimento alla quale una variante al P.R.G. comunale aveva introdotto nuovi vincoli procedurali e di destinazione d’uso - per gli interventi di riorganizzazione infrastrutturale e di riqualificazione della fascia litoranea *“al fine di mantenere unitariamente l’immagine tipica del paesaggio, connotandone la funzione turistica”* - ritenuti dalla società ricorrente, da una parte, eccessivamente limitanti per lo sviluppo edificatorio delle aree interessate dalla variante e, dall’altra, privi di adeguate motivazioni a sostegno della compromissione degli interessi dei privati.

² L’art. 5, comma 1 del D.lg. n. 152/2006 definisce alla lett. b) la valutazione d’impatto ambientale (c.d. *“VIA come”*), *“il processo che comprende, secondo le disposizioni di cui al Titolo III della parte seconda del presente decreto, l’elaborazione e la presentazione dello studio d’impatto ambientale da parte del proponente, lo svolgimento delle consultazioni, la valutazione dello studio d’impatto ambientale, delle eventuali informazioni supplementari fornite dal proponente e degli esiti delle consultazioni, l’adozione del provvedimento di VIA in merito agli impatti ambientali del progetto, l’integrazione del provvedimento di VIA nel provvedimento di approvazione o autorizzazione del progetto”*.

³ Lo stesso art. 12, rubricato *“Verifica di assoggettabilità”*, al comma 6 prevede che *“La verifica di assoggettabilità a VAS ovvero la VAS relative a modifiche a piani e programmi ovvero a strumenti attuativi di piani o programmi già sottoposti positivamente alla verifica di assoggettabilità di cui all’articolo 12 o alla VAS di cui agli articoli da 12 a 17, si*

inutile aggravamento del procedimento, le modifiche di piani e programmi già sottoposti a V.A.S. necessitano di una nuova valutazione soltanto nei casi in cui le variazioni apportate siano suscettibili di recare un potenziale pregiudizio all'ambiente e non siano state preventivamente considerate nell'ambito della precedente V.A.S.. In questo caso, l'amministrazione procedente deve esplicitare, con una motivazione rafforzata, le ragioni che giustificano il nuovo assoggettamento alla procedura di V.A.S., evidenziando i significativi effetti ambientali ulteriori rispetto a quelli già analizzati nella procedura svolta per il piano originario" (C.G.A. della Regione Siciliana, parere 05/09/ 2023, n. 395).

Quanto alla possibilità di contestare la procedura di VAS, la giurisprudenza si è espressa nel senso che *"In caso di contestazione dell'illegittimità della procedura di valutazione ambientale strategica (v.a.s.) il ricorrente è tenuto a dimostrare che dagli esiti di tale procedura sia derivata l'assunzione di scelte pianificatorie lesive del proprio interesse: l'interesse a impugnare lo strumento pianificatorio non può infatti esaurirsi nella generica aspettativa a una migliore pianificazione dei suoli di propria spettanza, richiedendosi, invece che le determinazioni lesive fondanti l'interesse a ricorrere siano effettivamente condizionate, ossia causalmente riconducibili in modo decisivo, alle preliminari conclusioni raggiunte in sede di v.a.s., con la conseguenza che l'istante ha l'onere di precisare come e perché tali conclusioni abbiano svolto un tale ruolo decisivo sulle opzioni relative ai suoli in sua proprietà" (T.A.R. Firenze (Toscana) sez. I, 23/06/2023, n. 641).*

3. Il parere paesaggistico della Soprintendenza sul piano attuativo pregiudica il rilascio dei titoli edilizi: i chiarimenti del Consiglio di Stato

La recente pronuncia Consiglio di Stato, Sez. IV, 04/01/2024, n. 144 ha evidenziato che *"Il parere paesaggistico espresso sul piano attuativo può avere un valore "pregiudicante" anche sul successivo procedimento di rilascio dei titoli edilizi purché il parere precedentemente espresso, relativamente alla fase urbanistica, esaurisca la discrezionalità anche su quegli aspetti che, a rigore, dovrebbero essere oggetto del successivo parere sui titoli edilizi; è, cioè, necessario che la Soprintendenza abbia considerato gli aspetti paesaggistici dei singoli interventi e si sia espressa in merito ad essa, e comunque sempre che fosse possibile esprimersi a livello di piano su questo o quell'aspetto".*

In particolare, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, *"il parere della Soprintendenza reso in sede di formazione di uno strumento urbanistico non assorbe il vaglio soprintendentizio di cui all'art. 159 (oggi: all'art. 146), se non limitatamente a quanto già manifestato circa gli elementi del singolo manufatto che già sono espressi e definiti, senza margini ulteriori di variazione, nella progettazione del piano attuativo (come nelle lottizzazioni può essere, ad es., per la localizzazione o l'allineamento dei singoli fabbricati)sottoposto a quel preventivo parere" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 23/11/2011 n. 6156)".*

Sicché, *"la valutazione avente ad oggetto il piano di lottizzazione non può assorbire, rifluendo a cascata su tutti gli interventi che in tale piano si inseriscono, la valutazione su ogni singolo intervento, perché altrimenti si cancellerebbe, contro la legge (la quale vuole sia valutato e legittimato ogni singolo intervento), la necessità dell'autonoma autorizzazione per ciascuno dei vari manufatti. Per ogni intervento, infatti, devono essere considerate le individue caratteristiche costruttive, il concreto inserimento nel tessuto esistente, le dimensioni e l'ubicazione, al fine di valutarne la sua compatibilità con il vincolo" (Consiglio di Stato, Sez. VI, 06/06/2011 n. 3342)".*

limita ai soli effetti significativi sull'ambiente che non siano stati precedentemente considerati dagli strumenti normativamente sovraordinati".

Il Consiglio di Stato ha inoltre ribadito che *“una volta approvato il piano attuativo, rimane necessaria l'autonoma autorizzazione per ogni singola edificazione. L'autorizzazione, a sua volta, ha ad oggetto le caratteristiche costruttive, il concreto inserimento nel tessuto esistente, le dimensioni e l'ubicazione, al fine di valutarne la compatibilità con il vincolo. La relativa valutazione è esperita in concreto;...”* (Cons. Stato, Sez. VI, 17 agosto 2021 n. 5905).⁴

I principi enunciati sono, del resto, consentanei e coerenti con i principi di legalità e di tipicità che innervano e conformano l'ordinamento e l'attività amministrativa, scandendo i presupposti e le modalità di esercizio del potere, nonché i suoi effetti nell'ordinamento e rispetto alla sfera giuridica del destinatario; *“Risulterebbe del tutto incongruo rispetto a questi principi prevedere che nell'ambito di un determinato procedimento, teleologicamente orientato alla tutela di un diverso interesse - nel caso di specie, il sub-procedimento di verifica di assoggettabilità a V.a.s. del piano di recupero presentato dalla società, finalizzato alla tutela dell'ambiente da impatti ambientali significativi - l'amministrazione debba pronunciarsi su aspetti che esulano da quel procedimento e che sono preordinati alla tutela di un interesse che è oggetto di un differente procedimento, verificandosi, altrimenti, effetti per silentium del tutto incongrui e imprevisi sia sul piano teleologico, rispetto alla tutela dell'interesse cui l'esercizio del potere si riconnette, sia rispetto all'oggetto dell'istruttoria, che è incentrata necessariamente, ove condotta secondo legge, su profili differenti”*.

4. Il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni nella pianificazione paesaggistica

L'art. 135 del D.lgs. n. 42/2004, rubricato *“Pianificazione paesaggistica”*, stabilisce al comma 1 che *“[l]o Stato e le regioni assicurano che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti che lo costituiscono”*; che *“[a] tale fine le regioni sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio mediante piani paesaggistici, ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi di seguito denominati: “piani paesaggistici”*”; e che *“[l]’elaborazione dei piani paesaggistici avviene congiuntamente tra Ministero e regioni, limitatamente ai beni paesaggistici di cui all’articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d), nelle forme previste dal medesimo articolo 143”*.

In proposito, la giurisprudenza costituzionale è ormai consolidata e costante nell’affermare che *“seppure l’obbligo di pianificazione congiunta investa i beni paesaggistici di cui all’art. 143, comma 1, lettere b), c) e d), del d.lgs. n. 42 del 2004, «non è ammissibile la “generale esclusione o la previsione di una mera partecipazione degli organi ministeriali” in procedimenti che richiedono la cooperazione congiunta: in tali ipotesi la tutela paesaggistica verrebbe degradata, “da valore unitario prevalente e a concertazione rigorosamente necessaria, in mera esigenza urbanistica” (sentenza n. 64 del 2015)» (sentenza n. 66 del 2018; già, negli stessi termini, sentenza n. 197 del 2014). L’unitarietà del valore della tutela paesaggistica comporta, dunque, l’impossibilità di scindere il procedimento di pianificazione paesaggistica in subprocedimenti che vedano del tutto assente la componente statale”* (Corte costituzionale, 17/11/2020, n.240⁴).

Secondo i giudici delle leggi, *“la disciplina statale volta a proteggere l’ambiente e il paesaggio viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza; essa richiede una strategia istituzionale ad ampio raggio, che si esplica in un’attività pianificatoria estesa sull’intero territorio nazionale affidata congiuntamente allo Stato e alle Regioni. [...] È in questa*

⁴ Nel caso di specie, la Corte Costituzionale ha accolto il ricorso promosso dal Governo per l’annullamento del Piano Territoriale Paesaggistico Regionale del Lazio in quanto approvato unilateralmente dal Consiglio regionale, senza il coinvolgimento del ministero dei Beni culturali e del Turismo.

prospettiva che il codice dei beni culturali e del paesaggio pone, all'art. 135, un obbligo di elaborazione congiunta del piano paesaggistico, con riferimento agli immobili e alle aree dichiarati di notevole interesse pubblico ai sensi dell'art. 136 (le cosiddette "bellezze naturali"), alle aree tutelate direttamente dalla legge ai sensi dell'art. 142 (le cosiddette "zone Galasso", come territori costieri, fiumi, torrenti, parchi) e, infine, agli ulteriori immobili ed aree di notevole interesse pubblico (art. 143, lettera d)". Tale obbligo costituisce "un principio inderogabile della legislazione statale, un riflesso della necessaria "impronta unitaria della pianificazione paesaggistica" (sentenza n. 64 del 2015), e mira a "garantire, attraverso la partecipazione degli organi ministeriali ai procedimenti in materia, l'effettiva ed uniforme tutela dell'ambiente" (sentenza n. 210 del 2016)» (sentenza n. 86 del 2019, ma già nello stesso senso, ex plurimis, sentenze n. 178, 68 e n. 66 del 2018, n. 210 del 2016, n. 64 del 2015, n. 197 del 2014, n. 211 del 2013)".

In tale direzione, "lo spirito che deve informare il procedimento di adozione e di approvazione dei piani paesaggistici è improntato al principio di leale collaborazione, caratterizzato dalla sua elasticità e adattabilità che se, da un lato, lo rendono particolarmente idoneo a regolare in modo dinamico i rapporti in questione, attenuando i dualismi ed evitando eccessivi irrigidimenti, dall'altro lato richiedono continue precisazioni e concretizzazioni. Lo schema delle reiterate trattative, più volte richiamato nella giurisprudenza costituzionale per alludere al corretto funzionamento dei meccanismi di leale collaborazione, esprime al meglio la necessità di un confronto costante, paritario e leale tra le parti, che deve caratterizzare ogni fase del procedimento e non seguire la sua conclusione".

In definitiva, i principi di elaborazione congiunta, inderogabilità e prevalenza del piano paesaggistico si impongono al legislatore regionale, il quale non può né esplicitamente derogare ai vincoli della pianificazione paesaggistica, né aggirarli introducendo, in assenza del piano codeciso, previsioni atte a pregiudicare le scelte condivise di tutela che nel piano stesso troveranno necessaria espressione. In tale prospettiva, è stato affermato che "L'omessa indicazione, da parte di una norma regionale, della espressa necessità di rispettare il piano paesaggistico o il codice di settore non ne determina di per sé l'illegittimità costituzionale ove nella regione sia operante un piano paesaggistico codeciso. Laddove, invece, quest'ultimo non sia stato approvato occorre maggiore cautela nel valutare la portata precettiva delle norme che intersechino profili attinenti con la pianificazione paesaggistica, sicché i ritardi nella elaborazione del detto piano paesaggistico devono essere compensati con l'esplicitazione del necessario rispetto della normativa posta a tutela del paesaggio"⁵ (Corte Costituzionale, 19/12/2022, n.251).

5. L'autorizzazione paesaggistica: presupposti e limiti

Il vincolo paesaggistico rappresenta un limite all'esercizio del diritto alla proprietà privata e trova la sua specifica garanzia nel provvedimento autorizzatorio attraverso il quale l'Autorità

⁵ Nel caso di specie, è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 6, comma 1, lett. a), L.R. Lombardia n. 23/2021 che, modificando l'art. 154, comma 3, L.R. n. 31/2008, consentiva l'ampliamento, nella misura massima del dieci per cento, della superficie lorda dei fabbricati da destinare ad attività agrituristica. La disposizione impugnata dal Governo introduceva la possibilità di aumentare la volumetria degli edifici esistenti in zona agricola, senza prevedere una espressa e adeguata clausola di salvaguardia dei beni sottoposti a tutela paesaggistica. Né, l'omessa indicazione della espressa necessità di rispettare il Piano paesaggistico o il Codice di settore poteva ritenersi compensata dalla possibilità di un'interpretazione rispettosa dei vincoli suddetti, risultando dirimente la circostanza che la pianificazione paesaggistica nella Regione non era rimessa a un piano codeciso, ma al piano territoriale regionale approvato dal Consiglio regionale. La disposizione è stata giudicata in violazione anche dell'art. 9 Cost., in ragione dell'evidente abbassamento del livello di tutela paesaggistica derivante da una previsione che estendeva la possibilità di ampliamento dei fabbricati rurali, senza considerare gli effetti sul paesaggio.

amministrativa esercita un controllo preventivo circa la compatibilità, in riferimento alla salvaguardia dei valori di identità del territorio, dei progetti delle opere da realizzare nelle aree vincolate.

Il vincolo paesaggistico è affidato in cogestione a due distinti soggetti giuridici, quello regionale (o Ente subdelegato) e quello statale (Soprintendenza): al primo è rimesso il potere autorizzatorio, al secondo quello consultivo, esercitato tramite il rilascio del parere di compatibilità paesaggistica che costituisce *“un atto endoprocedimentale emanato nell'ambito di quella sequenza di atti ed attività preordinata al rilascio del provvedimento di autorizzazione paesaggistica (o del suo diniego). Le valutazioni espresse sono finalizzate, dunque, all'apprezzamento dei profili di tutela paesaggistica che si consolideranno, all'esito del procedimento, nel provvedimento di autorizzazione o di diniego di autorizzazione paesaggistica”* (Consiglio di Stato Sez. IV, 28/12/2023, n.11286).

L'art. 146 del D.lgs. n. 42/2004 viene annoverato tra le disposizioni portanti dell'intero impianto codicistico dal momento che, disciplinando il regime e le modalità per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica obbligatoria, persegue la finalità di *“garantire una concreta ed efficace azione impositiva al regime vincolistico predisposto dall'ordinamento”*. L'art. 146 richiama la distinzione tra *“interessi paesaggistici”* e *“interessi urbanistici”* stabilendo al comma quarto che *“L'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio”*, e che *“Fuori dai casi di cui all'art. 167, commi 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi”*.

Sulla distinzione tra valutazioni paesaggistiche e aspetti edilizi e sul relativo impatto in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, i giudici di Palazzo Spada hanno evidenziato che *“L'ambito proprio delle valutazioni paesaggistiche va distinto da quello relativo agli aspetti urbanistico-edilizi dell'opera. I rispettivi apprezzamenti, pur esprimendosi sullo stesso oggetto, obbediscono a interessi pubblici distinti e tipizzati: l'uno, con specifico procedimento, valuta – in forza d'apprezzamento tecnico discrezionale – la compatibilità paesaggistica dell'intervento edilizio proposto; l'altro, con autonoma e specifica istruttoria, accerta – nel rispetto dei parametri normativi che vincolano l'esercizio del potere – la conformità urbanistico-edilizia del manufatto”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, 20/01/2023, n. 682). Ne deriva *“la necessità per l'Autorità procedente di valutare specificamente in sede di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica l'incidenza dell'intervento progettato dal richiedente sul paesaggio in senso lato, e non gli aspetti attinenti alla regolarità urbanistica ed edilizia dell'opera, stante l'autonomia strutturale e funzionale del titolo paesaggistico rispetto a quelli implicanti l'accertamento della legittimità urbanistico-edilizia del medesimo progetto. La medesima autonomia dei profili paesaggistici dagli aspetti urbanistico-edilizi si riscontra nel “diritto vivente”, secondo il quale i reati in materia edilizia e paesaggistica si riferiscono alla tutela di interessi pubblici e beni giuridici distinti, con tutte le conseguenze in tema di concorso dei reati, cause di estinzione del reato, e via discorrendo”* (Consiglio di Stato, Sez. IV, 24/03/ n. 3006).

Sul rapporto esistente tra il titolo paesaggistico ed il titolo edilizio, la sentenza Consiglio di Stato, Sez. IV, 11/04/2023, n.3638 ha rilevato l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale con riguardo agli effetti della mancata preventiva acquisizione della autorizzazione paesaggistica.

In particolare, secondo un primo orientamento giurisprudenziale *“l'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42/2004, costituisca atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento edilizio: essa dà luogo ad un rapporto di presupposizione necessitato e strumentale tra valutazioni paesistiche e valutazioni urbanistiche, in modo tale che questi due apprezzamenti sono destinati ad esprimersi sullo stesso oggetto in stretta successione provvedimentale, con la conseguenza*

che l'autorizzazione paesaggistica va acquisita prima di intraprendere il procedimento edilizio, il quale non può essere definito positivamente per l'interessato in assenza del previo conseguimento del titolo di compatibilità paesaggistica (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 febbraio 2016 n. 521 e 27 novembre 2010n. 8260)".

Altra parte della giurisprudenza ritiene invece che *"il permesso di costruire possa essere rilasciato anche in mancanza di autorizzazione paesaggistica, fermo restando che è inefficace e i lavori non possono essere iniziati, finché non interviene il nulla osta paesaggistico (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 21 maggio 2021 n. 3952; 13 aprile 2016, n. 1436); l'autorizzazione paesaggistica si configurerebbe quindi come condizione di efficacia del permesso di costruire".*

6. Il procedimento autorizzatorio semplificato nel rinnovo degli atti di autorizzazione paesaggistica

La pronuncia Consiglio di Stato, Sez. VI, 02/05/2023, n. 4445 offre lo spunto per soffermarsi sul termine di efficacia dell'autorizzazione paesaggistica, nonché sul procedimento per il rinnovo della stessa con particolare riferimento alle autorizzazioni rilasciate per opere da eseguirsi da parte di Amministrazioni statali.

Per quanto ivi di interesse si rileva in primo luogo che l'art. 146, comma 4 del Codice prevede che *"L'autorizzazione è efficace per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'esecuzione dei progettati lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione"*⁶; l'efficacia dell'autorizzazione paesaggistica, quindi, non costituisce termine di durata dell'autorizzazione, ma termine di ultimazione delle opere progettate, sicché, ultimate le opere entro tale termine, non deve ritenersi necessario il rinnovo dell'autorizzazione medesima⁷.

Ciò posto, l'iter per richiedere l'autorizzazione in parola è contenuto nello stesso art. 146, con la specificazione che, per le opere da eseguirsi da parte di Amministrazioni statali, occorre procedere secondo il successivo art. 147 del D.lgs. n. 42/2004 secondo cui *"Qualora la richiesta di autorizzazione prevista dall'articolo 146 riguardi opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali, ivi compresi gli alloggi di servizio per il personale militare, l'autorizzazione viene rilasciata in esito ad una conferenza di servizi indetta ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo"*.

Quanto all'istanza per il rinnovo della stessa, non sempre è necessario il ricorso al procedimento autorizzativo ordinario ai sensi delle richiamate norme in quanto il D.P.R. n. 31/2017 – *"Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata"* – individua all'art. 7 i presupposti all'accesso al *"Procedimento autorizzatorio semplificato per il rinnovo di autorizzazioni paesaggistiche"*.

Nello specifico, è prescritto che:

"1. Oltre agli interventi di lieve entità indicati nell'elenco di cui all'Allegato «B», sono assoggettate a procedimento semplificato di autorizzazione paesaggistica le istanze di rinnovo di autorizzazioni

⁶ L'art. 146, comma 4 del D.lgs. n. 42/2004 dispone che *"L'autorizzazione è efficace per un periodo di cinque anni, scaduto il quale l'esecuzione dei progettati lavori deve essere sottoposta a nuova autorizzazione. I lavori iniziati nel corso del quinquennio di efficacia dell'autorizzazione possono essere conclusi entro e non oltre l'anno successivo la scadenza del quinquennio medesimo. Il termine di efficacia dell'autorizzazione decorre dal giorno in cui acquista efficacia il titolo edilizio eventualmente necessario per la realizzazione dell'intervento, a meno che il ritardo in ordine al rilascio e alla conseguente efficacia di quest'ultimo non sia dipeso da circostanze imputabili all'interessato"*.

⁷ In tal senso cfr. Cass., Sez. III, 29/06/2019, n. 24149; Cass., Sez. III, 30/06/2016, n. 36107.

paesaggistiche, anche rilasciate ai sensi dell'articolo 146 del Codice, scadute da non più di un anno e relative ad interventi in tutto o in parte non eseguiti, a condizione che il progetto risulti conforme a quanto in precedenza autorizzato e alle specifiche prescrizioni di tutela eventualmente sopravvenute.

2. Qualora con l'istanza di rinnovo siano chieste anche variazioni progettuali che comportino interventi di non lieve entità, si applica il procedimento autorizzatorio ordinario di cui all'articolo 146 del Codice.

3. L'istanza di rinnovo non è corredata dalla relazione paesaggistica semplificata nei casi in cui non siano richieste variazioni progettuali e non siano sopravvenute specifiche prescrizioni di tutela. Alle autorizzazioni rinnovate si applica la disposizione di cui all'articolo 146, comma 4, del Codice, con riferimento alla conclusione dei lavori entro e non oltre l'anno successivo la scadenza del quinquennio di efficacia della nuova autorizzazione".

Sulla scorta del delineato quadro normativo, la pronuncia Consiglio di Stato n. 4445/2023 ha giudicato legittimo il ricorso alla procedura semplificata - senza indizione della conferenza di servizi prevista dal richiamato art. 147 del D.lgs. n. 42/2004 - nell'ipotesi di mero rinnovo dell'autorizzazione paesaggistica richiesto tempestivamente nell'anno dalla scadenza del termine di efficacia della originaria autorizzazione e in assenza di nuove prescrizioni di tutela o di modifiche al progetto originariamente approvato. Invero, a differenza di quanto previsto dall'art. 147 del D.lgs. n. 42/2004, il richiamato art. 7 "non prescrive la obbligatoria indizione di una conferenza dei servizi, se non quando sia necessario acquisire ulteriori atti di assenso (cfr. art. 11, comma 2⁸). D'altra parte, è stato osservato che "il fatto che il predetto art. 7 non precluda espressamente la possibilità di indire una conferenza di servizi non è circostanza giuridicamente idonea a rendere tale adempimento obbligatorio e come tale sanzionabile in caso di omissione".

7. Il caso dei manufatti in edilizia libera in zona vincolata

L'art. 6 del D.P.R. n. 380/2001, nell'indicare le opere realizzabili in regime di attività edilizia libera, ne condiziona l'esecuzione al "rispetto delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienicosanitarie, di quelle relative all'efficienza energetica, di tutela dal rischio idrogeologico, nonché delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42".

Come emerge chiaramente dal testo della norma "il regime dell'attività edilizia libera, ovvero non soggetta ad alcun titolo abilitativo, di cui all'art. 6 cit., non è applicabile agli interventi che, pur rientrando nelle tipologie di tale disposizione, siano in contrasto con le previsioni indicate nell'incipit della stessa, tra cui la normativa in materia di tutela del paesaggio: così Cass., Sez. III, 17 ottobre 2023 n. 42238". Sicché, "nessun rilievo può avere la circostanza che le opere eseguite senza previa autorizzazione paesistica ricadano, sotto il profilo urbanistico, nell'attività edilizia libera in quanto le norme urbanistiche e quelle paesistiche hanno finalità diverse, e anche quando utilizzano gli stessi parametri (ad esempio, volumi e superfici utili) associano agli stessi un significato diverso. Ad esempio, un volume utile per la disciplina urbanistica è tale anche per la disciplina paesistica solo se ha un impatto evidente sul paesaggio tutelato. Per converso, un'opera

⁸ L'art. 11, comma 2 del D.P.R. n. 31/2017 dispone che "Ove l'intervento o le opere richiedano uno o più atti di assenso comunque denominati, ulteriori all'autorizzazione paesaggistica semplificata e al titolo abilitativo edilizio, i soggetti di cui all'articolo 9 indicano la conferenza di servizi, ai sensi degli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. In tal caso, i termini previsti per le amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica e dei beni culturali sono dimezzati".

di contenuto edilizio ridotto o minimo richiede comunque l'autorizzazione paesaggistica, quando intercetti un elemento paesistico di pregio. Una conferma è desumibile dall'art. 167, comma 4, d.lgs. n. 42/2004, che tra le fattispecie idonee alla sanatoria paesistica indica la manutenzione ordinaria e straordinaria, ossia opere di edilizia libera (manutenzione ordinaria) o sottoposte a SCIA (manutenzione straordinaria)” (T.A.R. Brescia, (Lombardia) Sez. II, 08/07/2020, n.528).

Parimenti, 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 in quanto *“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 pertinentziali o precarie e, quindi, assentibili con mera DIA, l'applicazione della sanzione demolitoria è, comunque, doverosa ove non sia stata ottenuta alcuna autorizzazione paesistica”. 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 urbanistico” (Consiglio di Stato Sez. VII, 06/11/2023, n.9557).*

In definitiva, come affermato anche da Consiglio di Stato Sez. VI, 27/03/2024, n.2916, *“In caso di vincolo paesaggistico sull'area, qualsiasi intervento edilizio che risulti idoneo ad alterare il pregresso stato dei luoghi deve essere preceduto da autorizzazione paesaggistica, in sua assenza della quale è soggetto a sanzione demolitoria (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 08/11/2021, n. 7426)”*. Analogamente, è stato precisato che *“la valutazione di un intervento edilizio consistente in una pluralità di opere deve effettuarsi in modo globale e non in termini atomistici (Consiglio di Stato, Sez. VI, 15/02/2021, n. 1350). Infatti, la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprendere l'effettiva portata dell'operazione”*.

8. La partecipazione procedimentale nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica

La partecipazione procedimentale, codificata dalla Legge n. 241/1990, ha trovato recepimento nel procedimento amministrativo volto all'adozione del nulla osta paesaggistico negli istituti della richiesta di chiarimenti all'istante, della comunicazione di avvio del procedimento e della comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento della domanda, rispettivamente disciplinati agli articoli 7 e 10-bis della legge n. 241/1990.

La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 norma al comma 7 la comunicazione di avvio del procedimento prevedendo che, qualora non ricorrano i presupposti dell'art. 149, l'Amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica *“verifica se l'istanza stessa sia corredata della documentazione di cui al comma 3, provvedendo, ove necessario, a richiedere le opportune integrazioni e a svolgere gli accertamenti del caso” e “trasmette al soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, e dà comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti al soprintendente, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo”*.

Il successivo comma 8 prevede che, una volta ricevuta la proposta di provvedimento formulata dall'Autorità competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, il Soprintendente rende il proprio parere vincolante *"limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti"*. Lo stesso Soprintendente, *"in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità"*.

La norma delinea il meccanismo voluto dal legislatore per coordinare l'operato delle Autorità coinvolte nella cogestione del vincolo paesaggistico, che si concretizza nell'affidare alla Soprintendenza - che si sia espressa contro l'accoglimento dell'istanza - il preavviso di provvedimento negativo. Sul punto, come osservato dal T.A.R. Firenze, Sez. III, 18/04/2023, n.412, l'obbligo di preavviso di rigetto *"si riferisce al diniego dell'autorizzazione paesaggistica, e non anche all'adozione del parere contrario da parte della Soprintendenza"*. Ciò, *"è reso inequivoco dal chiaro tenore testuale della disposizione in esame, la quale tiene ben distinto il "parere negativo" del Soprintendente dal "provvedimento negativo", riservato alla Regione o all'autorità da essa delegata, chiamata appunto (si veda l'inciso finale dell'art. 146 co. 8) a "provvedere in conformità" entro venti giorni dalla ricezione del "parere", a conferma del fatto che il preavviso di diniego si riferisce al provvedimento finale e non al parere della Soprintendenza"*. Ulteriore conferma di tale conclusione si trae dal rinvio all'art. 10-bis della legge n. 241/1990 per cui *"La comunicazione dei motivi ostativi contiene, per definizione, le ragioni "contrarie all'accoglimento dell'istanza" e, preannunciando la conclusione negativa del procedimento, non può riguardare un atto privo di valenza provvedimentale, ancorché vincolante, qual è il parere della Soprintendenza"*.

9. L'adeguatezza della motivazione nel diniego di autorizzazione paesaggistica: il cd. dissenso costruttivo

La recente sentenza Consiglio di Stato, Sez. VI, 14/02/ 2024 n. 1504 ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *"in tema di determinazioni paesaggistiche l'amministrazione è tenuta ad esternare adeguatamente l'apprezzamento comparativo, da un lato, del contenuto del vincolo e, dall'altro, di tutte le rilevanti circostanze di fatto relative al manufatto ed al suo inserimento nel contesto protetto"*.

Ne consegue che, *"il diniego di autorizzazione paesaggistica non può limitarsi ad esprimere valutazioni apodittiche e stereotipate, dovendo specificare le ragioni del rigetto dell'istanza con riferimento concreto alla fattispecie coinvolta (sia in relazione al vincolo che ai caratteri del manufatto), ovvero - previo l'esame delle sue caratteristiche concrete e l'analitica individuazione degli elementi di contrasto con il vincolo da tutelare - esplicitare i motivi del contrasto tra le opere da realizzarsi e le ragioni di tutela dell'area interessata dall'apposizione del vincolo mediante l'esternazione delle specifiche ragioni per le quali si ritiene che un'opera non sia idonea a inserirsi nell'ambiente circostante"*.

Sicché, *"In caso di richiesta di autorizzazione paesaggistica la Soprintendenza e, dunque, il Ministero della Cultura, non può limitarsi a denegare la compatibilità paesaggistica delle singole opere di urbanizzazione, senza preliminarmente evidenziare, in fase procedimentale, le modifiche progettuali funzionali a renderle coerenti con i valori di zona. Non è possibile emettere un diniego all'intervento edilizio, senza indicare al proponente le possibili soluzioni edificatorie assentibili, in quanto tale diniego si porrebbe in contrasto con il principio di leale collaborazione, il quale impone alla Soprintendenza di esprimere un dissenso costruttivo"* (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II quater, 06/03/ 2023, n. 3631).

Il c.d. “dissenso costruttivo” è ampiamente riconosciuto dalla giurisprudenza secondo cui “Il contraddittorio tra le parti pubbliche e private nel procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica si distingue per una peculiare declinazione dei principi della collaborazione e della buona fede cui è improntato il rapporto amministrativo (art. 1 co. 2-bis l. n. 241/1990), i quali, in presenza di ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza, debbono assumere la veste del c.d. "dissenso costruttivo", vale a dire dell'obbligo delle amministrazioni coinvolte di collaborare lealmente con la parte privata per consentirle di apportare al progetto le modifiche necessarie a renderlo compatibile con i valori tutelati dal vincolo. Tale obbligo non si traduce, evidentemente, nel farsi carico delle modifiche occorrenti a conformare il progetto, ma nel fornire all'interessato le indicazioni necessarie per orientarsi con cognizione di causa fra le più alternative praticabili in astratto, nella ricerca della soluzione compatibile con la disciplina vincolistica” (T.A.R. Firenze, (Toscana) sez. II, 21/03/2022, n.353).

10. Discrezionalità amministrativa e tutela del paesaggio

Le considerazioni che precedono richiedono di fare un ulteriore approfondimento sull'esatta individuazione della natura del potere e della latitudine della discrezionalità esercitata dall'Amministrazione nel rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, nonché sui margini di sindacabilità in sede giurisdizionale.

In proposito, si richiama la pronuncia Consiglio di Stato Sez. IV, 18/04/2023, n.3892 secondo cui “in materia di autorizzazione paesaggistica il giudizio affidato all'Amministrazione preposta è connotato, infatti, da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecniche specialistiche proprie di settori scientifici disciplinari della storia, delle scienze ambientali, dell'arte e dell'architettura, caratterizzati da ampi margini di opinabilità”.

L'apprezzamento così compiuto è, quindi, sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche; sicché, “in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile (Cons. Stato, sez. VI, 10 marzo 2023, n. 2559 sulla tutela del paesaggio costiero in Puglia; 27 maggio 2021, n. 4096; sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145; sez. VI, 16 giugno 2020, n. 3885; sez. VI, 17 marzo 2020, n. 1903; sez. VI, 24 agosto 2018, n. 5049)”.

Osserva, nondimeno, la sentenza che “negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. Così come per i "diritti" (cfr. sentenza della Corte costituzionale n. 85 del 2013), anche per gli "interessi" di rango costituzionale (vieppiù quando assegnati alla cura di corpi amministrativi diversi) va ribadito che a nessuno di essi la Carta garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere "sistemica" e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca, alla costante ricerca di un punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, che deve essere individuato - dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo - secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Se il principio di proporzionalità rappresenta il criterio alla stregua del quale mediare e comporre il potenziale conflitto tra i diversi valori costituzionali all'interno di un quadro argomentativo razionale, il principio di integrazione costituisce la direttiva di metodo. La piena integrazione tra le varie discipline incidenti sull'uso del territorio, richiede di abbandonare il modello delle "tutele parallele"

degli interessi differenziati che radicalizzano il conflitto tra i diversi soggetti chiamati ad intervenire nei processi decisionali”⁹.

In tale prospettazione è stato evidenziato che, “A differenza delle scelte politico-amministrative (c.d. “discrezionalità amministrativa”) - dove il sindacato giurisdizionale è incentrato sulla “ragionevole” ponderazione degli interessi, pubblici e privati, non previamente selezionati e graduati dalle norme - le valutazioni dei fatti complessi richiedenti particolari competenze (c.d. “discrezionalità tecnica”) vanno vagliate al lume del diverso e più severo parametro della estrinseca “attendibilità” tecnico-scientifica. È ben possibile per l’interessato - oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica contestare, secondo i consueti indici di eccesso di potere, l’apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l’onere di metterne seriamente in discussione l’attendibilità tecnico-scientifica”. Sulla scorta di ciò, “Se questo onere non viene assolto in modo rigoroso e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili - come avviene nell’ipotesi di specie - il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall’organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell’interessato” ¹⁰.

11. Il silenzio-assenso nel procedimento di autorizzazione paesaggistica: le indicazioni del Consiglio di Stato

L’art. 146, comma 8 del D.lgs. 42/2004 prevede che, ai fini del rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, “il Soprintendente rende il parere richiesto di cui al comma 5 [...] entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti”. Il successivo comma 9 sancisce che “decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l’amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”.

In merito all’applicabilità del meccanismo di cui all’art. 17-bis della legge n. 241/1990 al rilascio dell’autorizzazione paesaggistica - in caso di mancato o tardivo parere della Soprintendenza - appare interessante richiamare la recente pronuncia Consiglio di Stato Sez. VII, 02/02/2024, n. 1093 che, nell’aderire all’orientamento favorevole all’applicabilità del silenzio-assenso “orizzontale” al

⁹ v. Consiglio di stato sez. VI, 03/04/ 2023, n. 3406.

¹⁰ Nella fattispecie in esame, i giudici di Palazzo Spada hanno rigettato l’appello, ritenendo che la Soprintendenza, nell’esercizio della sua funzione consultiva di diniego della richiesta autorizzazione paesaggistica per l’edificazione di opere di riqualificazione urbanistica, avesse indicato le condizioni imprescindibili affinché l’interesse paesaggistico, di cui è affidataria per legge, potesse dirsi efficacemente salvaguardato, senza incorrere nel lamentato vizio istruttorio. Nel caso *de quo*, l’Amministrazione, nel parere impugnato, aveva illustrato adeguatamente le ragioni che l’avevano spinta ad esprimersi negativamente, non prescindendo dalle attuali condizioni della zona, ma considerando la necessità di preservare l’area verde contraddistinta da un notevole e attuale interesse paesaggistico-ambientale, ritenuto inconciliabile con lo specifico intervento proposto. In tale prospettazione, è stato peraltro evidenziato altresì che “L’avvenuta edificazione di un’area immobiliare o le sue condizioni di degrado non costituiscono ragione sufficiente per recedere dall’intento di proteggere i valori estetici o culturali ad essa legati, poiché l’imposizione del vincolo implica una serie di cautele conservative del bene nonché la cessazione degli usi incompatibili con la conservazione dell’integrità dello stesso. L’ambiente, ai fini dell’imposizione del vincolo paesaggistico e della sua tutela, rileva non solo come paesaggio, ma soprattutto come assetto del territorio, comprensivo degli aspetti scientifico – naturalistici (come quelli relativi alla protezione di una particolare flora e fauna), pur non afferenti specificamente ai profili estetici della zona. Si aggiunge, altresì, la constatazione dell’importanza ancora maggiore di salvaguardare un’area verde, quando questa appaia già in parte compromessa e gravemente minacciata dalla crescente urbanizzazione e dall’incremento di consumo del suolo”.

parere paesaggistico, ne ha riconosciuto l'applicabilità anche al procedimento di "accertamento della compatibilità paesaggistica" di cui all'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004¹¹.

In particolare, è stato affermato che *"L'esegesi che ne ha dato il Consiglio di Stato, sia nell'esercizio della funzione consultiva (Adunanza della Commissione speciale del 23 giugno 2016, parere n. 1640), sia in quella giurisdizionale [Consiglio di Stato, Sezione IV, sentenza 2 ottobre 2023, n. 8610, a valere anche come precedente specifico e conforme ai sensi degli artt. 74, comma 1 e 88, comma 2, lett. d), c.p.a.], è univoca nel senso di affermare che: "l'art. 17-bis riveste nei rapporti tra amministrazioni pubbliche una portata generale analoga a quella del nuovo articolo 21-nonies nei rapporti tra amministrazioni e privati, e che "il Consiglio di Stato ritiene si possa parlare di un 'nuovo paradigma': in tutti i casi in cui il procedimento amministrativo è destinato a concludersi con una decisione 'pluristrutturata' (nel senso che la decisione finale da parte dell'Amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra Amministrazione), il silenzio dell'Amministrazione interpellata, che rimanga inerte non esternando alcuna volontà, non ha più l'effetto di precludere l'adozione del provvedimento finale ma è, al contrario, equiparato ope legis a un atto di assenso e consente all'Amministrazione procedente l'adozione del provvedimento conclusivo. La portata generale di tale nuovo paradigma fornisce una importante indicazione sul piano applicativo dell'art. 17-bis, poiché ne consente una interpretazione estensiva, quale che sia l'amministrazione coinvolta e quale che sia la natura del procedimento pluristrutturato (cfr. infra, i punti successivi). (così il citato parere n. 1640/2016)".*

Ed inoltre che, *"Nell'ambito della disciplina del procedimento di autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146, D.Lgs. n. 42/2004, va esteso anche al parere, da rendersi da parte della Soprintendenza, il meccanismo del silenzio assenso previsto dall'art. 17-bis della L. n. 241/90, applicabile anche in seno a una conferenza di servizi. Tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluri-strutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione procedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione". Al riguardo è stato evidenziato che il parere della Soprintendenza è "espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico. A tali pareri si applicherebbe pertanto l'art. 17-bis della legge n. 241/1990, diversamente che ai pareri consultivi (non vincolanti), che restano assoggettati alla disciplina di cui agli artt. 16 e 17. Dunque, alla stregua di tale ricostruzione, la formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17-bis consente di estendere il meccanismo del silenzio assenso anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali di modo che, scaduto il termine fissato dalla normativa di settore, vale la regola generale del silenzio assenso. Di conseguenza il parere della Soprintendenza per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi è da considerarsi tamquam non esset" (così la citata sentenza n. 8610/2023)¹²".*

¹¹ L'art. 167, comma 5 del D.lgs. n. 42/2004 dispone che "[...] L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. [...]".

¹² Si rammenta che in merito allo specifico tema dell'efficacia del parere della Soprintendenza trasmesso o emanato oltre il termine si sono formati due orientamenti contrastanti tra loro. Secondo un primo orientamento, al quale aderisce il Collegio con la sentenza in esame, il parere trasmesso o formulato oltre il termine *"deve essere considerato privo dell'efficacia attribuitagli dalla legge, dunque privo di valenza obbligatoria e vincolante"* (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 24 maggio 2021 n. 3431; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 14 gennaio 2021 n. 271; Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2020 n. 388; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 29 novembre 2021 n. 2589, secondo cui il parere deve dichiararsi inefficace e non *"semplicemente privo di "carattere vincolante"*. Secondo un orientamento contrario il decorso del termine non preclude *"alla Soprintendenza stessa di provvedere e neppure sottrae al parere tardivo la sua ordinaria attitudine conformativa; non vi è, infatti, nell'invocato art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio alcuna espressa comminatoria di decadenza della Soprintendenza dall'esercizio del relativo potere, una volta decorso il termine ivi previsto"*: cfr., in questo senso, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 5 gennaio 2017 n. 138, e, più di recente, Cons. Stato, Sez. IV, 7 aprile 2022 n. 2584; T.A.R. Calabria, Catanzaro, Sez. I, 7 febbraio 2022 n. 169".

Sulla scorta di tali coordinate esegetiche, i giudici di Palazzo Spada hanno ritenuto *“definitivamente formato il silenzio assenso sulla richiesta di parere obbligatorio formulata ai sensi dell’art. 167, comma 5, D.lgs. n. 42/2004”* in quanto trascorso il prescritto termine di 90 giorni.

12. Il potere della Soprintendenza di annullare il nulla osta paesaggistico comunale

La sentenza Consiglio di Stato Sez. VI, 04/10/2023, n. 8648 - nel pronunciarsi sull’esercizio del potere di annullamento del nulla-osta paesaggistico da parte della Soprintendenza di cui all’art. 159 del D.lgs. n. 42/2004¹³ - ha ribadito il consolidato orientamento secondo cui sotto la vigenza di tale disciplina *“l'eventuale annullamento del nulla osta paesaggistico comunale, da parte della Soprintendenza, risulta riferibile a qualsiasi vizio di legittimità, riscontrato nella valutazione formulata in concreto dall'ente territoriale, ivi compreso l'eccesso di potere in ogni sua figura sintomatica (sviamento, insufficiente motivazione, difetto di istruttoria, illogicità manifesta)”*.

Sicché, l’unico limite che la Soprintendenza competente incontra in tema di annullamento dell’autorizzazione paesaggistica è costituito dal divieto di effettuare *“un riesame complessivo delle valutazioni compiute dall'ente competente tale da consentire la sovrapposizione o sostituzione di una nuova valutazione di merito a quella compiuta in sede di rilascio dell'autorizzazione (Consiglio di Stato, Ad. Plen., 14/12/2001, n. 9; cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 14/09/2012, n. 4562)”*.

È stato così affermato che *“Tale limite sussiste, però, soltanto se l'ente che rilascia l'autorizzazione di base abbia adempiuto al suo obbligo di motivare in maniera adeguata in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'opera. In caso contrario sussiste un vizio d'illegittimità per difetto o insufficienza della motivazione e ben possono gli organi ministeriali annullare il provvedimento adottato per vizio di motivazione e indicare - anche per evidenziare l'eccesso di potere nell'atto esaminato - le ragioni di merito che concludono per la non compatibilità delle opere realizzate con i valori tutelati (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 05/03/2014, n. 1034; Consiglio di Stato, sez. VI, 18/01/2012, n. 173; Consiglio di Stato, sez. VI, 21/09/2011, n. 5292)”*.

In proposito, la giurisprudenza ha affermato che *“la motivazione può ritenersi adeguata quando risponde a un modello che contempra, in modo dettagliato, la descrizione: I) dell'edificio mediante indicazione delle dimensioni, delle forme, dei colori e dei materiali impiegati; II) del contesto paesaggistico in cui esso si colloca, anche mediante l'indicazione di eventuali altri immobili esistenti, della loro posizione e dimensioni; III) del rapporto tra edificio e contesto, anche mediante l'indicazione dell'impatto visivo al fine di stabilire se esso si inserisca in maniera armonica nel paesaggio (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 04/10/2013, n. 4899)”*. Inoltre, è stato rilevato che *“non appare ammissibile che la motivazione di un provvedimento autorizzatorio paesaggistico possa esaurirsi nell'integrale richiamo "per relationem", senza esprimere un'autonoma valutazione dell'ente preposto alla gestione del vincolo (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 11/09/2013, n. 4481)”*.

¹³ L’art. 159 – rubricato *“Regime transitorio in materia di autorizzazione paesaggistica”* - del D.lgs. n. 42/2004 dispone che *“La soprintendenza, se ritiene l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio, dettate ai sensi del presente titolo, può annullarla, con provvedimento motivato, entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa, completa documentazione. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 6, comma 6-bis, del regolamento di cui al decreto del Ministro per i beni culturali e ambientali 13 giugno 1994, n. 495”*. Si rammenta che, a partire dalla data del 1 gennaio 2010, è cessato il regime transitorio previsto dall’articolo 159 del Codice ed è in vigore la procedura ordinaria prevista dall’articolo 146 del D.lgs. 42/2004, di competenza regionale (salvo delega ad altro ente pubblico) caratterizzata dall’intervento della Soprintendenza non più in via successiva, bensì preventiva mediante il rilascio di un parere entro un termine perentorio.

13. Accertamento postumo di compatibilità paesaggistica: i limiti di ammissibilità

L'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004 - collocato nella Parte IV, Titolo I, Capo II, dedicato alle sanzioni amministrative per le violazioni paesaggistiche - contiene, nella sua attuale formulazione, la regola della non sanabilità *ex post* degli abusi, sia sostanziali che formali, al fine di precludere qualsiasi forma di legittimazione del fatto compiuto, in quanto l'esame di compatibilità paesaggistica deve sempre precedere la realizzazione dell'intervento¹⁴.

Il rigore del precetto è ridimensionato soltanto da poche eccezioni tassative, tutte relative ad interventi privi di impatto sull'assetto del bene vincolato: in particolare, secondo quanto disposto dall'art. 167, comma 4 del D.lgs. n. 42/2004, l'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica è consentito: *"a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380"*¹⁵.

In tali casi, il successivo comma 5 - rubricato *"Ordine di rimessione in pristino o di versamento di indennità pecuniaria"* - del D.lgs. n. 42/2004 dispone che *"Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. Qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. L'importo della sanzione pecuniaria è determinato previa perizia di stima. In caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria di cui al comma 1. La domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata ai sensi dell'articolo 181, comma 1-quater, si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma"*.

Sul punto, il T.A.R. Brescia, (Lombardia) sez. II, 13/04/2023, n.333 ha osservato che, *"Trattandosi di norma eccezionale, perché deroga alla regola generale del preventivo rilascio di autorizzazione paesaggistica, il precitato comma 4 dell'articolo 167 del cd. 'Codice dei beni culturali' è di stretta interpretazione e per tale ragione la sanatoria è esclusa anche se ricorre alternativamente solo un aumento di volumetria o un aumento di superficie, e qualunque sia la natura del volume realizzato, tecnico o meno, interrato, seminterrato o in superficie"*.

¹⁴L'art. 167, rubricato *"Ordine di rimessione in pristino o di versamento di indennità pecuniaria"*, al comma 1 dispone che *"In caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte terza, il trasgressore è sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese, fatto salvo quanto previsto al comma 4"*.

¹⁵ Va ricordato che l'art. 146 del D.lgs. n. 42/2004, nella sua stesura originaria, prevedeva (comma 10, lett. c) quale regola generale il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma, affermando che il titolo in questione non poteva essere rilasciato *"in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi"*. Solo con il D.lgs. n. 157/2006 (c.d. primo correttivo ambientale) la materia è stata profondamente innovata, stemperando la tassatività di tale divieto assoluto.

La giurisprudenza ha inoltre precisato che *“L'illecito paesaggistico, al pari di quello edilizio, perdura fino all'avvenuto ripristino dell'originario stato dei luoghi o al rilascio dei titoli abilitativi in sanatoria; la situazione di illiceità cessa, difatti, nel momento in cui interviene l'accertamento postumo della compatibilità paesaggistica del manufatto abusivo e, dunque, quando l'ordinamento riconosce la conformità dell'opera agli interessi che il vincolo paesaggistico mira a tutelare”* (T.A.R. Brescia, (Lombardia) Sez. I, 28/06/2023, n.554).

14. La nozione di “superficie utile” rilevante ai fini del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma

Il richiamato art. 167, comma 4 lett. a) del D.lgs. n. 42/2004, nel disporre che *“L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi: a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati [...]”*, preclude il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma in caso di incremento delle superfici illegittimamente edificate.

In proposito, la recente pronuncia Consiglio di Stato Sez. VI, 07/02/2024, n.1241 ha ribadito l'orientamento giurisprudenziale secondo cui *“il rinvio ai concetti di volumetria e superficie utile, di cui all'art. 167, comma 4, d.lgs. n. 42/2004, per cui l'autorità preposta alla gestione del vincolo nei casi indicati accerta la compatibilità paesaggistica, deve interpretarsi nel senso di un rinvio, in via primaria, al significato tecnico - giuridico che tali concetti hanno in materia urbanistico - edilizia, in quanto si tratta di nozioni tecniche non specificate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, bensì dalla normativa urbanistico - edilizia”*.

Sulla scorta di ciò, è stato affermato che *“In tema di compatibilità paesaggistica, anche ai fini di certezza del diritto, non può ritenersi ammissibile che, in ambito paesaggistico ex art. 167 d.lg. n. 42/2004, il concetto di superficie utile possa avere un significato diverso e più ampio rispetto a quello utilizzato nella materia urbanistica ed edilizia, tale da ricomprendervi sempre e comunque superfici calpestabili esterne (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 17/03/2022, n. 1932). Ad esempio, il mero ampliamento di superfici esterne accessorie, qualificabili come balconi, ballatoi o terrazze, non costituisce da sé solo motivo ostativo all'avvio del procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica postuma, atteso che l'art. 167 del d. lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 annovera - tra le cause ostative alla sanatoria - la creazione delle sole superfici utili e non anche delle superfici accessorie (cfr. ad es. Consiglio di Stato, sez. VI, 26/04/2021, n. 3352)”¹⁶*.

Con specifico riferimento alle nozioni di “superfici utili” e “superfici accessorie”, la pronuncia T.A.R. Salerno, (Campania) Sez. II, 22/03/2023, n.654, ha precisato che *“le nozioni tecniche in questione non sono specificate dal Codice dei beni culturali e del paesaggio, ma solo dalle normative sulle costruzioni (in via*

¹⁶ Applicando tali coordinate alla fattispecie in parola, con riferimento alla “copertura della pergola”, i giudici di Palazzo Spada hanno condiviso la conclusione del T.A.R., dovendosi ritenere esclusa *“la creazione di nuove superfici utili o volumi, posto che non si tratta di una veranda, bensì di una tettoia coperta, avuto riguardo alla quale l'unica novità rispetto alla situazione pregressa è l'inserimento di una perlina di legno sotto le canne, per cui non può ritenersi realizzato alcuna nuova superficie utile o volume”*. A diverse conclusioni sono giunti in ordine ai lavori realizzati su di una veranda, già autorizzata, della superficie di 14,30 mq. in quanto, contrariamente a quanto prospettato dal T.A.R., è stato rilevato *“un incremento sia di volume che di superficie utile, in quanto risultano essere stati introdotti elementi non solo di copertura più solida e chiusura più ampi ed esclusivi di prima, tali da favorire la permanenza e lo sfruttamento residenziale, ma anche sedute ed elementi di cucina (lavandino ecc.) tali da trasformare la sfruttabilità del volume e della superficie, rendendoli quindi utili ed utilizzabili in termini ben più ampi rispetto al pregresso”*.

esemplificativa e non esaustiva, circolare del Ministero dei lavori pubblici 23 luglio 1960, n. 1820; artt. 5 e 6 d.m. 2 agosto 1969; art. 3 d.m. 10 maggio 1977; art. 1 d.m. 26 aprile 1991; art. 6 d.m. 5 agosto 1994), dove la superficie utile (SU) coincide -in estrema sintesi- con l'area abitabile (superficie di pavimento degli alloggi misurata al netto di murature, pilastri, tramezzi, sguinci, vani di porte e finestre, di eventuali scale interne, di logge e balconi) mentre per superficie accessoria (SA) si intendono le parti dell'edificio destinate ad accessori e servizi (cantine, locali tecnologici, vano ascensore e scale, terrazze, balconi, logge e quant'altro)" (Consiglio di Stato, sez. VI, 1 dicembre 2014, n. 5932; cfr. anche Consiglio di Stato, sez. VI, 13 maggio 2016, n. 1945)".

*È stato poi aggiunto che, "La necessità di distinguere le nozioni di superficie utile e di superficie accessoria trova attuale conferma nel Regolamento edilizio-tipo approvato in sede di Intesa Stato-Regioni, in attuazione dell'art. 4, comma 1-sexies del d. P.R. 6 giugno 2001, n. 380, pubblicato sulla G.U. n. 268 del 16 novembre 2016, comunque invocabile quale parametro esegetico nell'interpretazione della pertinente disciplina edilizia. [...] Per quanto più di interesse, alla stregua di quanto emergente dal Regolamento edilizio-tipo: -la superficie utile è rappresentata dalla sola superficie di pavimento degli spazi di un edificio misurata al netto della superficie accessoria e di murature, pilastri, tramezzi, sguinci e vani di porte e finestre; - la superficie accessoria è, invece, rappresentata dalla superficie di pavimento degli spazi di un edificio aventi caratteri di servizio rispetto alla destinazione d'uso della costruzione medesima, misurata al netto di murature, pilastri, tramezzi, sguinci e vani di porte e finestre, comprendente, a titolo esemplificativo, anche i ballatoi, le logge, i balconi e le terrazze"*¹⁷.

15. Il caso degli abusi edilizi realizzati prima dell'apposizione del vincolo paesaggistico

Un problema che può porsi nella prassi è quello di individuare la disciplina applicabile ad interventi difformi ricadenti in un'area che oggi è paesaggisticamente vincolata, ma che tale non era al momento dell'esecuzione dell'intervento.

Come si è visto, la normativa del Codice dei beni culturali e del paesaggio nulla prevede in ordine all'ipotesi di vincolo paesaggistico sopravvenuto rispetto alla realizzazione delle opere: il tratto caratterizzante della sanatoria paesaggistica, scolpito dall'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004, è che i lavori che si intendono sanare siano stati realizzati *"in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica"* presupponendo che al momento dell'esecuzione dei lavori in difformità sussistesse il vincolo e, con esso, la necessità di conseguire l'autorizzazione paesaggistica e di attenersi alle prescrizioni in essa contenute. Tuttavia, il vincolo paesaggistico intervenuto successivamente non resta privo di conseguenze sulla richiesta di sanatoria, dovendo l'Autorità preposta alla tutela del vincolo paesistico valutare – sulla base di rilevazioni e di giudizi puntuali – se la conservazione dell'opera risulti attualmente compatibile con la salvaguardia del bene protetto.

La circostanza è confermata dal Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo nel recente parere del 8 gennaio 2024 che, nel richiamare le più recenti pronunce della giurisprudenza amministrativa in materia, ha affermato che, in sede di accertamento di conformità ai sensi dell'art.

¹⁷ Sulla scorta di tale distinzione, il T.A.R. ha statuito che l'ampliamento di superfici accessorie esterne (qualificabili come balconi o ballatoi o terrazze), *"sebbene sussumibili sotto la nozione di superfici utili lorde ai sensi di quanto previsto dalla normativa urbanistica comunale citata, non integrava gli estremi della superficie utile ai sensi dell'art. 167 D. Lgs. n. 42 del 2004, non potendo, dunque, ritenersi di per sé come ostativo all'avvio del procedimento di autorizzazione postuma paesaggistica, comunque necessario facendosi questione di opere comportanti un mutamento dello stato dei luoghi esterni, in relazione alle quali occorre, dunque, verificare la sua compatibilità con i valori paesaggistici espressi dall'area in cui l'intervento edilizio è stato realizzato"*.

36 relativo ad un immobile sottoposto a vincolo paesaggistico intervenuto successivamente alla realizzazione dell'abuso, *"la verifica di compatibilità paesaggistica dell'intervento nel suo complesso va effettuata ai sensi dell'art. 167 co. 5 del Codice (in combinata lettura con l'art. 146, il cui richiamo deve intendersi funzionale – e quindi essenziale – ai fini del riempimento delle lacune di disciplina procedimentale rinvenibile nel dettato del citato co. 5 dell'art. 167) senza i limiti di cui all'art. 167 co. 4 e dell'art. 146 co. 4 del Codice"*.

La differenza tra il regime dell'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica ex art. 167 e quello dell'autorizzazione paesaggistica ordinaria ex art. 146 è evidente: solo nel primo caso la possibilità di conseguire il titolo è limitata ad interventi che *"non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati"*, o *"abbiano impiegato materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica"* e siano comunque configurabili quali *"interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. n. 380/2001"*, limitazioni oggettive che non sussistono nel caso dell'art. 146, ferma unicamente la verifica della compatibilità dell'intervento con i valori paesaggistici tutelati dal vincolo.

Altra questione riguarda la mancanza di una disciplina *ad hoc* del profilo paesaggistico in seno al procedimento di condono edilizio su cui si segnala la pronuncia Consiglio di Stato, Sez. VI, 03/10/2023 n. 64 secondo cui *"il vincolo sopravvenuto non può considerarsi una condizione ex se preclusiva e insuperabile alla condonabilità degli edifici già realizzati, dovendo l'Amministrazione valutare se vi sia compatibilità tra le esigenze poste a base del vincolo - anche sulla salvaguardia della pubblica incolumità - e la permanenza in loco del manufatto abusivo (Consiglio di Stato, Sez. VI, 4 febbraio 2021, n. 1041)"*.

16. La sanzione paesaggistica ex art. 167 del D.lgs. n. 42/2004 alla luce delle pronunce della Corte Costituzionale

Il tema della sanzione pecuniaria prevista dal quinto comma dell'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004 in caso di accertamento postumo di compatibilità paesaggistica è stato oggetto della recente pronuncia n. 19/2024 con cui la Corte costituzionale è stata nuovamente chiamata dal T.A.R. di Milano – sezione staccata di Brescia - a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 83 della L.R. n. 12/2005 in riferimento all'art. 117, comma 2 lett. s) Cost., in relazione agli artt. 146 e 167, comma 5 del D.lgs. n. 42/2004¹⁸.

L'art. 83 L.R. n. 12/2005 - censurato dal giudice *a quo* nel testo introdotto dall'art. 27, comma 1, L.R. n. 17/2018¹⁹ - stabilisce che *"l'applicazione della sanzione pecuniaria, prevista dall'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004, in alternativa alla rimessione in pristino, è obbligatoria anche nell'ipotesi di assenza di danno"*

¹⁸ La questione – su cui la Corte si era pronunciata con la recente ordinanza n. 22/2023 di inammissibilità per irrilevanza della questione *«per avere il giudice a quo [...] già deciso i due unici motivi del ricorso, respingendoli entrambi, con la conseguenza che, all'atto della rimessione della questione, la sua potestas iudicandi si era già esaurita»* - sorge dall'impugnativa del provvedimento con cui un Comune, dopo avere accertato la compatibilità paesaggistica di opere realizzate senza autorizzazione in un complesso industriale sito in un'area parzialmente assoggettata a vincolo paesaggistico, irrogava al trasgressore la sanzione pecuniaria prevista all'art. 167, comma 5 del D.lgs. n. 42/2004, calcolando l'importo con il criterio introdotto dall'art. 83 della L.R. n. 12/2005.

¹⁹ Giova infatti rammentare che nella sua versione originaria si limitava a prevedere che *"L'applicazione della sanzione pecuniaria, prevista dall'articolo 167 del D.lgs. 42/2004, in alternativa alla rimessione in pristino, è obbligatoria anche nell'ipotesi di assenza di danno ambientale e, in tal caso, deve essere quantificata in relazione al profitto conseguito e, comunque, in misura non inferiore a cinquecento euro"*.

ambientale e, in tale caso, deve essere quantificata in relazione al profitto conseguito e, comunque, in misura non inferiore all'ottanta per cento del costo teorico di realizzazione delle opere e/o lavori abusivi desumibile dal relativo computo metrico estimativo e dai prezzi unitari risultanti dai listini della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura della provincia, in ogni caso, con la sanzione minima di cinquecento euro".

Come osservato dal giudice rimettente, in caso di assenza di danno ambientale, la quantificazione della sanzione nella misura non inferiore all'ottanta per cento del costo teorico di costruzione delle opere e/o lavori abusivi, con il minimo inderogabile di cinquecento euro, non è prevista dalla disciplina adottata dallo Stato nell'esercizio della sua competenza legislativa esclusiva ai sensi dell'art. 117, secondo comma lett. s) in materia di *"tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali"*; in particolare, non è prevista dall'art. 167, comma 5 del D.lgs. n. 42/2004 che utilizza quali parametri per la determinazione della sanzione il *"danno arrecato"* e il *"profitto conseguito mediante la trasgressione"*.

La Corte, dopo aver ricostruito preliminarmente il quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento della disciplina posta dall'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004, ha ritenuto fondata la questione di legittimità in quanto *"da un lato, la misura prevista dall'art. 167, comma 5, cod. beni culturali costituisce, come si è detto, una sanzione amministrativa pecuniaria riparatoria. D'altro lato, non è dubitabile che la norma regionale abbia inciso sulla determinazione del quantum di tale sanzione"*²⁰. Sulla scorta di ciò, nel rammentare che *"la competenza a prevedere sanzioni amministrative non costituisce materia a sé stante, ma "accede alle materie sostanziali" [...] alle quali le sanzioni si riferiscono, spettando dunque la loro previsione all'ente "nella cui sfera di competenza rientra la disciplina la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile [...]"*, ha concluso che la *"la disciplina sostanziale a cui si riferisce la sanzione pecuniaria in esame deve*

²⁰ La Corte non ha ritenuto fondata la difesa regionale secondo cui il legislatore regionale avrebbe completato *"l'apparato di tutela di cui al D. Lgs. n. 42/2004"* poiché la norma regionale non è censurata perché avrebbe arrecato un *vulnus* alla tutela del paesaggio, ma per violazione della competenza legislativa statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. s), Cost.. In secondo luogo, *"Quanto al dedotto completamente «[del]l'apparato di tutela di cui al D. Lgs. n. 42/2004», è sufficiente osservare che anche la potestà di colmare per via legislativa asserite lacune di norme sanzionatorie spetta al soggetto dotato di competenza nell'ambito materiale cui le sanzioni stesse si riferiscono (quindi, nella specie, allo Stato). Né si può ritenere - aderendo a un assunto che traspare dalle difese della Regione - che la norma sanzionatoria in oggetto non violi la competenza legislativa esclusiva dello Stato perché avrebbe elevato la tutela dell'ambiente, com'è consentito fare alle Regioni, a certe condizioni, nell'esercizio di competenze interferenti con quella ambientale"* dal momento che la Regione non può interferire con la disciplina dettata dal Codice dei beni culturali e del paesaggio. In ogni caso, *"non è corretto affermare che, sempre al fine di elevare la tutela ambientale, l'intervento legislativo regionale avrebbe effettivamente colmato una lacuna dell'art. 167, comma 5, D.lgs. n. 42/2004, completandone il dettato per l'ipotesi di assenza sia di danno ambientale sia di profitto. La norma statale, infatti, ben può essere interpretata nel senso che in tale ipotesi non sia irrogabile alcuna sanzione, non senza considerare che la sfera di efficacia della norma censurata è più ampia di quella prospettata dalla Regione, poiché introduce «comunque» la sanzione pari all'ottanta per cento del costo teorico di realizzazione, anche nel caso in cui un profitto esista, ma sia quantificabile in misura inferiore"*. Del pari, il giudice delle leggi ha ritenuto priva di fondamento la difesa regionale secondo cui l'art. 83, nella parte censurata, potrebbe essere ricondotto alle materie attribuite alla competenza legislativa concorrente delle Regioni dall'art. 117, terzo comma, Cost. poiché, ove manchi un danno ambientale, la sanzione ricadrebbe nell'ambito della *"gestione"* dei beni ambientali, rientrante nella materia *"valorizzazione dei beni culturali e ambientali"*, o nell'ambito della difesa del territorio, riconducibile alla materia *"governo del territorio"*. Sicché, l'eventuale assenza di un danno ambientale non costituisce una ragione idonea a scindere il collegamento tra la sanzione e la disciplina di tutela paesaggistica in quanto *"L'atto sanzionabile, come si è detto, è costituito dall'inosservanza delle norme che disciplinano uno dei fondamentali istituti di protezione ambientale, quale l'autorizzazione paesaggistica. La conseguente sanzione riparatoria, alternativa alla riduzione in pristino nei casi tassativi di abusi suscettibili di accertamento di compatibilità paesaggistica, partecipa della medesima natura di ricomposizione della legalità violata propria della misura di carattere reale, a prescindere dall'effettiva produzione di un danno ambientale. In ragione di ciò, il danno si configura come un mero criterio di commisurazione della sanzione e non ne condiziona l'applicabilità"*.

necessariamente ascrivere alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali" di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., stante l'esistenza di un evidente interesse unitario alla tutela del paesaggio e a un eguale trattamento in tutto il territorio nazionale della tipologia di abusi paesaggistici suscettibili di accertamento di compatibilità".

Accertata la violazione del riparto di competenze tra Stato e Regioni, la Corte, nell'osservare che il rimettente non ha circoscritto il *petitum* alle parti dell'art. 83 aggiunte dalla richiamata L.R. n. 17/2018, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della L.R. Lombardia n. 12/2005, limitatamente alle parole "e, comunque, in misura non inferiore all'ottanta per cento del costo teorico di realizzazione delle opere e/o lavori abusivi desumibile dal relativo computo metrico estimativo e dai prezzi unitari risultanti dai listini della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura della provincia, in ogni caso, con la sanzione minima di cinquecento euro".

Per effetto della succitata sentenza, le disposizioni regionali inerenti alla quantificazione delle sanzioni minime in materia di sanzioni amministrative a tutela del paesaggio hanno cessato la loro efficacia dal 22.02.2024 ai sensi dell'art. 136 Cost.²¹, con conseguente applicazione esclusiva della disciplina statale prevista dall'art. 167 del D.lgs. n. 42/2004. In tale prospettiva, si segnala che, con deliberazione n. XII/2118 dell'8 aprile 2024 "Proposta di progetto di legge – Prima legge di revisione normativa ordinamentale 2024", la Giunta regionale ha attivato un'iniziativa legislativa volta ad abrogare l'art. 83 della L.R. n. 12/2005.

Nel frattempo, al fine di evitare qualsiasi dubbio interpretativo della legge regionale nel testo risultante a seguito della declaratoria di relativa parziale illegittimità, il Comunicato regionale n. 55 del 9 maggio 2024 - recante "Indicazioni per la corretta applicazione delle sanzioni amministrative in materia paesaggistica a seguito della sentenza della Corte costituzionale n. 19/2024 relativa all'art. 83 della l.r. 12/2005" - ha ricordato che "secondo il principio statuito dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, l'efficacia retroattiva della sentenza dichiarativa dell'illegittimità costituzionale di una norma di legge non si estende ai rapporti esauriti, ossia a quei rapporti che, sorti precedentemente alla pronuncia della Corte costituzionale, abbiano dato luogo a situazioni giuridiche ormai consolidate ed intangibili in virtù del passaggio in giudicato di decisioni giudiziali, della definitività di provvedimenti amministrativi non più impugnabili, del completo esaurimento degli effetti di atti negoziali, del decorso dei termini di prescrizione o decadenza, ovvero del compimento di altri atti o fatti rilevanti sul piano sostanziale o processuale". Pertanto, "i provvedimenti sanzionatori assunti dagli enti competenti in applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 83 della l.r. 12/2005 divenuti definitivi e non più impugnabili, non sono pregiudicati dalla sentenza n. 19/2024. Diversamente, gli effetti della sentenza della Corte si dispiegano su provvedimenti non ancora definitivi (ad esempio in caso non siano ancora scaduti i termini per un ricorso giurisdizionale oppure sia ancora pendente una impugnazione dinanzi al TAR o a diverso giudice competente)".

17. Autorizzazione paesaggistica postuma e sanatoria edilizia

In caso di abusi in area vincolata assume grande incidenza la disciplina della sanatoria paesaggistica degli interventi edilizi abusivi. Invero, se da un lato si afferma che i procedimenti attivati con le

²¹ Si rammenta che, ai sensi dell'art. 136 Cost. "Quando la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione. La decisione della Corte è pubblicata e comunicata alle Camere ed ai Consigli regionali interessati, affinché, ove lo ritengano necessario, provvedano nelle forme costituzionali".

istanze di autorizzazione paesaggistica postuma e di sanatoria edilizia sono tra loro autonomi ed indipendenti – attenendo l'uno alla compatibilità con il vincolo paesaggistico dell'opera abusiva e l'altro alla sua conformità alla disciplina urbanistico-edilizia - dall'altro lato, data la prevalenza della matrice paesaggistica su quella finalizzata al corretto ordinamento del territorio, la valutazione paesaggistica condiziona la positiva conclusione del procedimento di sanatoria edilizia.

Sul punto, come ricordato da Cassazione Penale, Sez. III, 11/01/2023, n. 544, “il rilascio postumo dell'autorizzazione paesaggistica al di fuori dei limiti in cui essa è consentita ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, non consente la sanatoria urbanistica ex art. 36 d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, e non produce alcun effetto estintivo dei reati edilizi né preclude l'emissione dell'ordine di rimessione in pristino dell'immobile abusivo edificato in zona vincolata. Poiché l'autorizzazione paesaggistica, secondo l'art. 146, comma 4, del d.lgs. 42 del 2004, costituisce un atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio, lo stesso permesso di costruire resta subordinato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica la quale, però, sempre secondo la norma richiamata, non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi, tranne nei casi dei cd. abusi minori, tassativamente individuati dall'art. 167, commi 4 e 5, d.lgs. n. 42 del 2004”.

In tale prospettiva, la pronuncia Cassazione Penale Sez. III, 02/02/2023, n.575 ha evidenziato che *“il reato ex art. 44 lett. c) D.P.R. n. 380 del 2001 richiede l'assenza del titolo edilizio e della autorizzazione paesaggistica e, in caso di rilascio, prima dell'edificazione, del solo permesso di costruire, in assenza comunque della autorizzazione paesaggistica, tale ultima circostanza determina l'inefficacia del titolo edilizio rilasciato, il quale, in altri termini, non è in grado, in tale peculiare caso, di spiegare di per sé alcun effetto giuridico, nemmeno nel limitato ambito del solo profilo edilizio che è strettamente connesso al profilo paesaggistico”*.

Consegue che nel caso, ulteriore, ma certamente correlato sotto il profilo della logica giuridica, di avvio, in presenza di opera abusiva già realizzata, di una procedura di sanatoria ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, in zona vincolata, *“il rilascio postumo del permesso di costruire, in assenza di autorizzazione paesaggistica (...) non può sanare neppure il limitato profilo urbanistico dell'intervento già posto in essere. Pena, in caso contrario, il paradosso per cui, in caso di rilascio, ab origine, ovvero prima dell'edificazione poi contestata, di un permesso di costruire tuttavia non accompagnato dalla preventiva autorizzazione paesaggistica, ricorrerebbero, come è stabilmente acclarato, tanto il reato ex art. 44 lett. c) del D.P.R. n. 380 del 2001 che il reato paesaggistico ex art. 181 del D.Lgs. n. 42/04. Mentre, nel caso certamente più grave, in cui si costruisca già senza alcun previo titolo, neppure edilizio, e tuttavia si ottenga, solo successivamente, il solo permesso di costruire, si verrebbe quantomeno a "sanare" il reato edilizio ex art. 44 lett. c) citato²²”*.

18. Condizioni e presupposti per il condono delle opere abusive realizzate in aree soggette a vincolo paesaggistico

La procedura di sanatoria esaminata deve essere distinta da quella più rigorosa prevista per il condono edilizio in quanto, come confermato dalla recente pronuncia Consiglio di Stato Sez. VI, 20/02/2024, n.1707, *“l'art. 32, comma 27, lett. d), della L. n. 326/2003 esclude dalla possibilità di sanatoria le opere abusive di cui ai numeri 1, 2 e 3 dell'allegato 1 alla citata legge, ossia le nuove costruzioni realizzate*

²² Cassazione Penale sez. III, 02/02/2023, n.575.

su aree soggette a vincoli paesaggistici, qualora non conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici, a prescindere dal se questi ultimi contengano vincoli di inedificabilità assoluta o relativa”.

In particolare, con riferimento al c.d. "terzo condono" è stato rilevato che *“l'art. 32 del d.l. n. 269/2003, convertito con modificazioni dalla l. n. 326/2003, fissa limiti più stringenti rispetto ai precedenti "primo" e "secondo" condono (leggi nn. 47/1985 e 724/1994), escludendo la possibilità di conseguire il condono nelle zone sottoposte a vincolo paesaggistico qualora sussistano congiuntamente due condizioni ostative: a) il vincolo di inedificabilità sia preesistente all'esecuzione delle opere abusive; b) le opere realizzate in assenza o in difformità del titolo abilitativo non siano conformi alle norme e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”* - da cui consegue che *“l'applicabilità del terzo condono in riferimento alle opere realizzate in zona vincolata è limitata alle sole opere di restauro e risanamento conservativo o di manutenzione straordinaria, su immobili già esistenti, se e in quanto conformi alle norme urbanistiche e alle prescrizioni degli strumenti urbanistici”.*

In merito si segnala anche Cassazione Penale, Sez. III, 10/01/2023 n. 396, secondo cui il perseguimento di lavori edilizi su un immobile abusivo dopo la scadenza del termine per il condono, senza che il permesso in sanatoria sia stato rilasciato, determina la produzione di due effetti giuridici: *“la commissione di un ulteriore reato, trattandosi di lavori edilizi su immobile abusivo, e la non concedibilità del condono richiesto, perché la data a cui fa riferimento la legge serve a fotografare la situazione di fatto esistente su cui valutare la possibilità di rilasciare il titolo in sanatoria”.*

La pronuncia in menzione affronta altresì la questione relativa all'applicabilità dell'istituto della c.d. “fiscalizzazione” in riferimento agli abusi edilizi commessi in zona soggetto a vincolo paesaggistico richiamando il costante orientamento della giurisprudenza secondo cui *“in tema di violazioni edilizie, la cd. procedura di «fiscalizzazione» dell'abuso di cui all'art. 34, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 – secondo la quale, per le opere eseguite in parziale difformità, quando la demolizione non può avvenire senza pregiudizio della parte eseguita in conformità, il dirigente dell'ufficio preposto dispone, in luogo della demolizione, una sanzione amministrativa più elevata – non è mai applicabile alle opere realizzate in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, perché queste non possono essere mai essere ritenute «in parziale difformità», atteso che tutti gli interventi realizzati in tale zona eseguiti in difformità dal titolo abilitativo si considerano in variazione essenziale e, quindi, in difformità totale rispetto all'intervento autorizzato”.*

19. Sanatorie paesaggistiche in rapporto ai reati paesaggistici

In tema di lavori eseguiti sui beni muniti di tutela paesaggistica, in assenza o in difformità dalla prescritta autorizzazione, l'art. 181 del D.lgs. n. 42/2004 - collocato nella Parte IV, Titolo II, Capo II, dedicato alle sanzioni penali per le violazioni paesaggistiche - prevede al comma 1 che *“Chiunque, senza la prescritta autorizzazione o in difformità di essa, esegue lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici è punito con le pene previste dall'articolo 44, lettera c), del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380”*²³ e al comma 1-bis che *“La pena è della reclusione da uno a quattro anni qualora i lavori di cui al comma 1: [...] abbiano comportato un aumento dei manufatti superiore al trenta per cento della volumetria della costruzione*

²³ Si rammenta che l'art. 44, comma 1 del D.P.R. n. 380/2001 dispone che *“Salvo che il fatto costituisca più grave reato e ferme le sanzioni amministrative, si applica: [...] c) l'arresto fino a due anni e l'ammenda da 15.493 a 51.645 euro nel caso di lottizzazione abusiva di terreni a scopo edilizio, come previsto dal primo comma dell'articolo 30. La stessa pena si applica anche nel caso di interventi edilizi nelle zone sottoposte a vincolo storico, artistico, archeologico, paesistico, ambientale, in variazione essenziale, in totale difformità o in assenza del permesso”.*

originaria o, in alternativa, un ampliamento della medesima superiore a settecentocinquanta metri cubi, ovvero ancora abbiano comportato una nuova costruzione con una volumetria superiore ai mille metri cubi”²⁴.

Il successivo comma 1-ter aggiunge che *“Ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 167, qualora l'autorità amministrativa competente accerti la compatibilità paesaggistica secondo le procedure di cui al comma 1-quater, la disposizione di cui al comma 1 non si applica: a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) per i lavori configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380”.*

L'orientamento espresso dalla giurisprudenza di legittimità ha affermato che *“ il reato contemplato dal D.lgs. n. 42 del 2004, art 181, è un reato formale e di pericolo che si perfeziona, indipendentemente dal danno arrecato al paesaggio, con la semplice esecuzione di interventi non autorizzati idonei ad incidere negativamente sull'originario assetto dei luoghi sottoposti a protezione [...] e come sia di tutta evidenza, attesa la posizione di estremo rigore del legislatore in tema di tutela del paesaggio, che assume rilievo, ai fini della configurabilità del reato contemplato dal menzionato art. 181, ogni intervento astrattamente idoneo ad incidere, modificandolo, sull'originario assetto del territorio sottoposto a vincolo paesaggistico ed eseguito in assenza o in difformità della prescritta autorizzazione”* (Cassazione penale Sez. III, 10/03/2022, n.12936).

In tale prospettazione, *“l'individuazione della potenzialità lesiva di detti interventi deve essere effettuata mediante una valutazione ex ante, diretta quindi ad accertare non già se vi sia stato un danno al paesaggio ed all'ambiente, bensì se il tipo di intervento fosse astrattamente idoneo a ledere il bene giuridico tutelato [...] e che, proprio per tali ragioni, è richiesta la preventiva valutazione da parte dell'ente preposto alla tutela del vincolo per ogni intervento, anche modesto e diverso da quelli contemplati dalla disciplina urbanistica e edilizia”.*

Sulla base di tali considerazioni si è ribadito che *“il reato paesaggistico è configurabile anche se la condotta consiste nell'esecuzione di interventi senza autorizzazione i cui effetti, per il mero decorso del tempo e senza l'azione dell'uomo, siano venuti meno restituendo ai luoghi l'originario assetto” e “la punibilità del reato in questione è esclusa solo nell'ipotesi di interventi di “minima entità”, inidonei, già in astratto, a porre in pericolo il paesaggio, e a pregiudicare il bene paesaggistico-ambientale”, per giungere alla conclusione che riguardo agli abusi paesaggistici, “il principio di offensività opera in relazione alla attitudine della condotta posta in essere ad arrecare pregiudizio al bene protetto, in quanto la natura di reato di pericolo della violazione non richiede la causazione di un danno e la incidenza della condotta medesima sull'assetto del territorio non viene meno neppure qualora venga attestata, dall'amministrazione competente, la compatibilità paesaggistica dell'intervento eseguito”.*

Sotto ulteriore profilo, la recente pronuncia Consiglio di Stato Sez. VI, 15/03/2024, n.2559 offre lo spunto soffermarsi sulla sanatoria paesaggistico-ambientale “eccezionale” di cui alla legge n. 308/2004 in rapporto alla configurabilità del reato paesaggistico.

In via preliminare, appare utile rammentare che la disciplina normativa di cui ai commi 37 e 39, art. 1, legge n. 308/2004 dispone che *“Per i lavori compiuti su beni paesaggistici entro e non oltre il 30 settembre 2004 senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa, l'accertamento di*

²⁴ La pronuncia Corte costituzionale n. 56/2016 ha dichiarato l'illegittimità dell' art. 181 comma 1-bis lett. a) secondo cui *“ricadano su immobili od aree che, per le loro caratteristiche paesaggistiche, siano stati dichiarati di notevole interesse pubblico con apposito provvedimento emanato in epoca antecedente alla realizzazione dei lavori”*, e parte della lett. b) in cui era previsto che *“ricadano su immobili od aree tutelati per legge ai sensi dell'articolo 142”.*

compatibilità paesaggistica dei lavori effettivamente eseguiti, anche rispetto all'autorizzazione eventualmente rilasciata, comporta l'estinzione del reato di cui all'articolo 181 del decreto legislativo n. 42 del 2004, e di ogni altro reato in materia paesaggistica alle seguenti condizioni: a) che le tipologie edilizie realizzate e i materiali utilizzati, anche se diversi da quelli indicati nell'eventuale autorizzazione, rientrino fra quelli previsti e assentiti dagli strumenti di pianificazione paesaggistica, ove vigenti, o, altrimenti, siano giudicati compatibili con il contesto paesaggistico; b) che i trasgressori abbiano previamente pagato: 1) la sanzione pecuniaria di cui all'articolo 167 del decreto legislativo n. 42 del 2004, maggiorata da un terzo alla metà; 2) una sanzione pecuniaria aggiuntiva determinata, dall'autorità amministrativa competente all'applicazione della sanzione di cui al precedente numero 1), tra un minimo di tremila euro ed un massimo di cinquantamila euro" (comma 37). Il successivo comma 39 dispone, poi, che: "Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati all'intervento, presenta la domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica all'autorità preposta alla gestione del vincolo entro il termine perentorio del 31 gennaio 2005. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda, previo parere della soprintendenza".

In proposito, la giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente affermato che "la sanatoria paesaggistico-ambientale "eccezionale" di cui alla l. 308/2004, ha risvolti solo in ambito penale, determinando, ove riconosciuta, l'estinzione del reato ambientale. La stessa, tuttavia, non produce effetti sul piano delle vicende amministrative". Sicché, "la domanda di compatibilità paesaggistica ex art. 1 commi 37 ss., l. 15 dicembre 2004 n. 308 rileva ai soli fini del conseguimento di un condono penale, con effetti di estinzione del reato ambientale, ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative; ciò si desume dalla lettera stessa della legge (cfr. art. 1, comma 37, cit.), la quale ha riguardo ai soli effetti penali, senza menzionare in alcun modo quelli amministrativi, sia dalla mancanza di norme di coordinamento con la disciplina in materia di condono edilizio, che è la risultante di un complesso bilanciamento di interessi, con plausibile limitazione dell'operatività del condono, nelle aree vincolate, alle sole opere conformi alle previsioni urbanistiche"²⁵.

20. Lavori eseguiti in forza di autorizzazioni paesaggistiche illegittime: la giurisprudenza di legittimità sul reato di abuso paesaggistico

La pronuncia Cassazione penale Sez. III, 23/04/2021, n.22832 ha ribadito che "costituisce principio consolidato quello in forza del quale la violazione del D.lgs. n. 42 del 2004, art. 181, comma 1, è integrata da lavori di qualsiasi genere, eseguiti sui beni muniti di tutela paesaggistica, in assenza della prescritta autorizzazione o in difformità da essa, senza che assuma rilievo la distinzione tra le ipotesi di difformità parziale o totale, rilevante, invece, nella disciplina urbanistica".

Altrettanto consolidato è l'insegnamento secondo cui, "tra le contravvenzioni previste dal D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, e dal D.lgs. n. 42 del 2004, art. 181, comma 1, è configurabile un'ipotesi di concorso formale di reati, con la conseguente inapplicabilità del divieto del bis in idem stabilito dall'art. 649 c.p.p., attesa la diversa obiettività giuridica e la diversa condotta punita; questa, infatti, va individuata, nel reato edilizio, nella esecuzione di un'opera senza permesso di costruire posta a prevalente tutela dell'assetto urbanistico e, nel secondo, senza la autorizzazione della competente sovrintendenza prevista a tutela, prevalentemente, del patrimonio artistico, storico e archeologico".

Ancora, "in tema di reati edilizi, la contravvenzione di esecuzione di lavori sine titolo sussiste anche nel caso in cui il permesso di costruire, pur apparentemente formato, sia illegittimo per contrasto con la disciplina

²⁵ Consiglio di Stato sez. VI, 15/03/2024, n.2559.

urbanistico-edilizia di fonte normativa o risultante dalla pianificazione". Ebbene, lo stesso principio è stato poi affermato anche con riferimento al reato di cui all'art. 181, comma 1 del D.lgs. n. 42/2004, evidenziandosi che, in tema di reati paesaggistici, "analogamente a quanto si ritiene per i reati urbanistici, il giudice penale ha il potere-dovere di verificare in via incidentale la legittimità della autorizzazione paesaggistica, senza che ciò comporti l'eventuale "disapplicazione" dell'atto amministrativo ai sensi della L. 20 marzo 1865, n. 2248, art. 5, allegato E, in quanto il suo esame riguarda solo l'integrazione o meno della fattispecie penale con riferimento all'interesse sostanziale tutelato, e rispetto a tale fattispecie "gli elementi di natura extra-penale convergono organicamente, assumendo una valenza descrittiva".

Sulla scorta di ciò, "occorre allora sostenere la configurabilità del reato di cui al D.lgs. n. 42 del 2004, art. 181, comma 1, allorquando l'autorizzazione paesaggistica sia stata rilasciata per un intervento edilizio la cui realizzazione determina - in modo macroscopico - un volume superiore a quello consentito dalla disciplina urbanistica". Invero, "da un lato (e come già richiamato), appare del tutto persuasivo ritenere che il reato di cui al D.lgs. n. 42 del 2004, art. 181, comma 1, analogamente a quello di cui al D.P.R. n. 380 del 2001, art. 44, comma 1, lett. b) e c), è configurabile non solo quando i lavori sono eseguiti senza autorizzazione paesaggistica, ma pure quando sono realizzati sulla base di un'autorizzazione paesaggistica illegittima. D'altro lato, poi, risulta corretto affermare che è tale anche quella che permette di realizzare, su beni paesaggistici, opere che non potrebbero essere consentite neppure sotto il profilo edilizio ed urbanistico, come, appunto, avviene nel caso di edificazione di immobili caratterizzati da volumi assenti solo in conseguenza di un illegittimo "accorpamento" di fondi"²⁶.

Ed infatti, "se l'art. 146, comma 7 del D.lgs. n. 42/2004 prevede che "l'amministrazione effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici", l'art. 145, del medesimo D.lgs. stabilisce lo stretto coordinamento tra la pianificazione paesaggistica e quella urbanistica, con prevalenza cogente della prima sulla seconda in caso di eventuale difformità, così attribuendo anche a quest'ultima una funzione di tutela del paesaggio".

²⁶ Nel caso di specie, la Cassazione penale ha confermato la sentenza di condanna emessa dalla Corte di Appello contro i ricorrenti per avere consentito e realizzato - a seguito del rilascio di un illecito permesso di costruire e di una non valida autorizzazione paesaggistica in zona sottoposta a vincolo - opere edili non consentite perché eseguite con volumetria non ammissibile sul relativo lotto (stante il difetto della "reciproca prossimità dei fondi" quale condizione di legittimità della cessione di cubatura) e previa predisposizione di una relazione paesaggistica nella quale si attestava falsamente la conformità ambientale dell'intervento.