



PAUSANIA
Rivista di Diritto Urbanistico

20/2023

Articoli pubblicati a ottobre e novembre 2023

SOMMARIO

URBANISTICA	4
Sulla motivazione delle scelte urbanistiche del comune, di Fabio Cusano	4
Piano di recupero in zone urbanizzate, di Paolo Urbani	7
Sulla discrezionalità del Comune in materia di pianificazione urbanistica, di Paolo Urbani	9
EDILIZIA	11
Il TAR Veneto sulla fascia di rispetto cimiteriale a Costermano sul Garda, di Fabio Cusano	11
Sull'accesso alle pratiche edilizie, di Fabio Cusano	16
Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, di Fabio Cusano	19
I poteri di vigilanza del Comune sulla CILA, di Fabio Cusano	23
Per le pratiche edilizie vige il principio della massima trasparenza, di Fabio Cusano	27
Il parere della Commissione edilizia non è necessario per l'emanazione dell'ordinanza di demolizione, di Fabio Cusano	29
Sull'annullamento in autotutela del permesso di costruire, di Fabio Cusano	30
La demo-ricostruzione su diversa area di sedime, di Fabio Cusano	32
La formazione del silenzio assenso è esclusa allorché l'istanza di condono non possiede i requisiti sostanziali per il suo accoglimento, di Fabio Cusano	34
Sugli interventi edilizi in pendenza del procedimento di condono, di Fabio Cusano	35
Il permesso di costruire per cambio d'uso dei locali accessori, di Fabio Cusano	37
Ancora sui poteri di vigilanza del Comune sulla CILA, di Fabio Cusano	39
L'Adunanza Plenaria sull'ordine di demolizione (AP 16/2023), di Fabio Cusano	41
Il principio di indifferenza del titolo nella demolizione di opere in zone vincolate, di Fabio Cusano	47
L'annullamento del titolo in sanatoria, di Fabio Cusano	50
Il cambio di destinazione d'uso in area vincolata, di Fabio Cusano	52
Le variazioni essenziali assoggettabili a sanzione demolitoria, di Fabio Cusano	54
La dichiarazione di fine lavori, di Fabio Cusano	57
Ancora sul principio di indifferenza del titolo negli abusi edilizi in zone paesaggistiche, di Fabio Cusano	60
Lo stato legittimo di un immobile è quello che risulta dai titoli edilizi, di Fabio Cusano	63
L'onere di provare la data di ultimazione dei lavori in caso di condono incombe sull'istante, di Fabio Cusano	66
Di nuovo sulla fiscalizzazione dell'abuso edilizio, di Paolo Urbani	68
Ancora sull'onere della prova dell'ultimazione delle opere abusive in caso di condono, di Fabio Cusano	70
L'amministrazione deve limitarsi a valutare se il titolo di proprietà abbia o meno le caratteristiche giuridico-formali per provare la disponibilità dell'immobile in capo all'istante, di Paolo Urbani	73
Il requisito di ultimazione dell'opera in caso di condono, di Fabio Cusano	75
PAESAGGIO E BENI CULTURALI, AMBIENTE ED ENERGIA	78

La Regione Lazio deve esercitare i poteri sostitutivi nel caso della fioritura algale del Lago di Vico, di Fabio Cusano	78
L'autorizzazione paesaggistica va acquisita prima di intraprendere il procedimento edilizio, di Fabio Cusano	81
La protezione dell'ambiente rientra tra i fini della gestione urbanistica del territorio, di Fabio Cusano	83
Il rapporto tra autorizzazione paesaggistica e titolo edilizio, di Fabio Cusano	87
L'autorizzazione unica per impianti agrivoltaici, di Fabio Cusano	89
Il TAR Sardegna afferma la preminenza dell'interesse produttivo-energetico rinnovabile alla tutela del paesaggio, di Fabio Cusano	97
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, di Fabio Cusano	101
CORTE COSTITUZIONALE	118
La Corte costituzionale sul trasferimento degli alloggi statali per il sisma del 1980, di Fabio Cusano	118
Incostituzionale la pianificazione strategica del sistema portuale per violazione del principio di leale collaborazione, di Fabio Cusano	121
ALTRO	124
Inammissibili gli atti processuali troppo lunghi, di Fabio Cusano	124

URBANISTICA

Sulla motivazione delle scelte urbanistiche del comune, di Fabio Cusano

Con sentenza 25 maggio 2023, n. 511, il TAR Toscana, sez. I, ha ribadito che le variazioni apportate allo strumento urbanistico adottato, derivanti dall'accoglimento delle osservazioni e/o opposizioni presentate dai soggetti privati, possono essere approvate senza l'emanazione di un nuovo atto di riadozione dello strumento urbanistico e conseguente fase di nuova pubblicazione dello strumento urbanistico riadottato. Viceversa, l'emanazione dell'atto di riadozione dello strumento urbanistico e la conseguente fase della nuova pubblicazione risultano obbligatorie nel caso di variazioni che non derivano dall'accoglimento delle osservazioni e/o opposizioni dei soggetti privati o dalle osservazioni formulate dalla Regione, ma da modifiche apportate d'Ufficio dal Comune, come quelle che modificano il regime giuridico dei terreni da privato a pubblico, in quanto in tal caso i soggetti privati verrebbero privati del potere, garantito dall'ordinamento giuridico, di presentare osservazioni e/o opposizioni. Inoltre, rientra nella piena discrezionalità dell'Ente imprimere ad una determinata zona un certo regime urbanistico-edilizio: per tale ragione, la destinazione data dagli strumenti urbanistici alle singole aree del territorio non necessita di apposita motivazione, salvo che particolari situazioni abbiano creato aspettative o affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiano meritevoli di specifiche considerazioni. Le uniche evenienze che richiedono una più incisiva e singolare motivazione degli strumenti urbanistici generali sono rappresentate dai seguenti casi: dal superamento degli standard minimi di cui al D.M. 02/04/1968; dalla lesione dell'affidamento qualificato del privato derivante da convenzioni di lottizzazione o accordi di diritto privato intercorsi con il Comune, o delle aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione; dalla modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo. Nessun affidamento deriva, invece, dalla diversa destinazione urbanistica pregressa della medesima area, rispetto alla quale l'amministrazione conserva ampia discrezionalità, ben potendo apportare modificazioni peggiorative rispetto agli interessi del proprietario, titolare di una generica aspettativa al mantenimento della destinazione urbanistica gradita, ovvero a una reformatio in melius, analoga a quella di ogni altro proprietario di aree che aspiri ad una utilizzazione comunque proficua dell'immobile.

La ricorrente apprendeva che il nuovo Piano Operativo Comunale approvato con deliberazione del 2022 aveva apposto sull'area di odierno interesse un vincolo preordinato all'esproprio, inserendola nell'allegato D allo strumento urbanistico, come "parcheggio pubblico"; da successive verifiche, apprendeva che il vincolo non era originariamente inserito nello strumento urbanistico adottato, ma che l'Ufficio Tecnico comunale aveva presentato una specifica osservazione; osservazione che era stata accolta dalla delibera C.C. del 2020.

La deliberazione di approvazione del Piano Operativo Comunale e la presupposta delib. C.C. del 2020 erano impugnate dalla ricorrente.

Ad avviso del TAR, non risultano necessarie molte argomentazioni per concludere per la piena fondatezza delle censure proposte con il ricorso.

Una giurisprudenza ha rilevato come "le variazioni apportate allo strumento urbanistico adottato, derivanti dall'accoglimento delle osservazioni e/o opposizioni presentate dai soggetti privati, possano essere approvate senza l'emanazione di un nuovo atto di riadozione dello strumento urbanistico e conseguente fase di nuova pubblicazione dello strumento urbanistico riadottato; al contrario, l'emanazione dell'atto di riadozione dello strumento urbanistico e la conseguente fase della nuova pubblicazione dello strumento urbanistico riadottato risultano

obbligatorie nel caso di variazioni delle previsioni dello strumento urbanistico adottato, che non derivano dall'accoglimento delle osservazioni e/o opposizioni dei soggetti privati o dalle osservazioni formulate dalla Regione, ma da modifiche apportate d'ufficio dal Comune, come quelle che modificano il regime giuridico dei terreni da privato a pubblico, in quanto in tal caso i soggetti privati verrebbero privati del potere, garantito dall'ordinamento giuridico, di presentare osservazioni e/o opposizioni" (T.A.R. Basilicata, 1° dicembre 2010, n. 971).

Nel caso di specie, al di là del discutibile ricorso allo strumento giuridico delle osservazioni da parte dell'Ufficio tecnico del Comune, risulta evidente come la modificazione dell'impostazione dello strumento urbanistico in itinere sia stata disposta d'ufficio dalla stessa Amministrazione comunale precedente e come pertanto non possano trovare applicazione i principi sopra richiamati che esentano dall'obbligo di ripubblicazione dello strumento giuridico modificato le modificazioni che derivino dall'accoglimento di osservazioni presentate da privati o dalla Regione (nell'esercizio delle sue essenziali funzioni di coordinamento con gli strumenti di pianificazione sovraordinati).

Risulta pertanto evidente la consistente lesione delle facoltà partecipative della ricorrente che deriva dall'artificioso "sdoppiamento" del Comune (che ha assunto il doppio ruolo di proponente l'osservazione e di autorità deputata alla decisione delle osservazioni).

La lesione delle facoltà partecipative della ricorrente si inserisce poi in un contesto complessivo in cui la ricorrente, per effetto dei giudicati formati nei precedenti contenziosi instaurati nei confronti dell'Amministrazione comunale (il riferimento è ai due giudicati formati sulle sentenze del 2018 del 2020 della III Sezione del T.A.R. Toscana), risulta indubbiamente titolare di una posizione di affidamento qualificato più intensa dell'ordinaria posizione del normale cittadino interessato dalla pianificazione urbanistica.

A questo proposito deve, infatti, essere richiamata la pacifica giurisprudenza della Sezione, peraltro perfettamente in linea con l'impostazione ormai tradizionale della materia, che ha rilevato come rientri "nella piena discrezionalità dell'Ente imprimere ad una determinata zona un certo regime urbanistico-edilizio: per tale ragione, la destinazione data dagli strumenti urbanistici alle singole aree del territorio non necessita di apposita motivazione, salvo che particolari situazioni abbiano creato aspettative o affidamenti in favore di soggetti le cui posizioni appaiano meritevoli di specifiche considerazioni. Le uniche evenienze che richiedono una più incisiva e singolare motivazione degli strumenti urbanistici generali sono rappresentate dai seguenti casi: dal superamento degli standard minimi di cui al d.m. 2 aprile 1968; dalla lesione dell'affidamento qualificato del privato derivante da convenzioni di lottizzazione o accordi di diritto privato intercorsi con il Comune, o delle aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione; dalla modificazione in zona agricola della destinazione di un'area limitata, interclusa da fondi edificati in modo non abusivo. Nessun affidamento deriva, invece, dalla diversa destinazione urbanistica pregressa della medesima area, rispetto alla quale l'amministrazione conserva ampia discrezionalità, ben potendo apportare modificazioni peggiorative rispetto agli interessi del proprietario, titolare di una generica aspettativa generica al mantenimento della destinazione urbanistica gradita, ovvero a una reformatio in melius, analoga a quella di ogni altro proprietario di aree che aspiri ad una utilizzazione comunque proficua dell'immobile. Ai fini della legittimità di nuove scelte di pianificazione, non è pertanto richiesta un'indagine individuale su ogni singola area al fine di giustificarne la sua specifica idoneità a soddisfare esigenze pubbliche, né può essere invocata la c.d. polverizzazione della motivazione, la quale si porrebbe in contrasto con la natura generale dell'atto di pianificazione o di governo del territorio" (T.A.R. Toscana, sez. I, 1° febbraio 2016, n. 176; 28 gennaio 2016, n. 146; si tratta di soluzione consolidata: per la giurisprudenza della Terza Sezione, si veda T.A.R. Toscana, sez. III, 26 marzo 2012, n. 605).

Nel caso di specie, un sicuro affidamento tutelato della ricorrente in ordine alla possibilità di realizzare l'intervento di sistemazione a parcheggio progettato (possibilità che sarebbe resa sicuramente impossibile dall'apposizione del vincolo preordinato all'espropriazione) deriva sicuramente dai due giudicati sopra richiamati e formati con riferimento ad altrettanti dinieghi di realizzare un intervento che, al contrario, risulta pienamente compatibile con la strumentazione urbanistica del contesto in riferimento, come ampiamente argomentato dalla due sentenze rese dalla Terza Sezione del T.A.R. sulla vicenda.

Il ricorso è stato pertanto accolto, con conseguenziale annullamento del Piano Operativo Comunale approvato con la deliberazione del 2022 del Consiglio comunale, nella parte di interesse della ricorrente, ovvero con riferimento al vincolo preordinato all'espropriazione.

<https://www.pausania.it/sulla-motivazione-delle-scelte-urbanistiche-del-comune-di-fabio-cusano/>

Piano di recupero in zone urbanizzate, di Paolo Urbani

Con sentenza 1° settembre 2023, n. 8141, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che i piani di recupero urbanistico sono strumenti pianificatori attuativi che assolvono ad una funzione “riparatoria” del tessuto urbano, fronteggiando una situazione creatasi in via di fatto e tenendo conto, oltre alla esigenza di recupero dei nuclei abusivi, anche delle generali esigenze di pianificazione del territorio comunale. In particolare, i piani di recupero costituiscono lo strumento individuato dal legislatore per attuare il riequilibrio urbanistico di aree degradate o colpite da più o meno estesi fenomeni di edilizia “spontanea” e incontrollata, legittimati, appunto, ex post. L’esistenza di una edificazione disomogenea non solo giustifica la previsione urbanistica che subordina la modifica dei luoghi alla emanazione del piano di recupero, ma impone che questo piano vi sia e sia concretamente attuato, per restituire ordine all’abitato e riorganizzare il disegno urbanistico di completamento della zona. Ne deriva che non è possibile ipotizzare una deroga all’obbligo dello strumento attuativo anche nelle zone significativamente urbanizzate.

I ricorrenti sono proprietari di un fabbricato. Il suolo su cui sorge il fabbricato, realizzato in assenza di titolo abilitativo, ricade in zona AR1 (Comparti di recupero urbanistico) come indicato dall’attuale PRG.

Gli appellanti inoltravano al Comune, ai sensi dell’art. 36 D.P.R. 380/2001, una richiesta di permesso di costruire in sanatoria.

Il Comune rigettava l’istanza motivando che “trattasi di edificio con destinazione d’uso residenziale e relative pertinenze ricadente in zona Z.T.O. AR1 – Comparti di Recupero Urbanistico, la cui edificazione è subordinata alla redazione dei Piani di Recupero ex l. n. 47/85”. Pertanto, l’Amministrazione concludeva che, in assenza di detti piani, il PRG vigente consentiva solo: “interventi di recupero sull’esistente e divieto assoluto di edificazione sulle rimanenti aree esistenti”.

I ricorrenti impugnavano tale provvedimento innanzi al TAR, che respingeva il ricorso.

I ricorrenti hanno proposto appello.

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

L’esistenza di una “edificazione disomogenea” non solo giustifica la previsione urbanistica che subordina la modifica dei luoghi alla emanazione del piano di recupero, ma impone che questo piano vi sia e sia concretamente attuato, per restituire ordine all’abitato e riorganizzare il disegno urbanistico di completamento della zona (cfr., Consiglio di Stato sez. V, n. 5078/2014; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 2470/2012).

Per tutto quanto esposto, non è possibile ipotizzare una deroga all’obbligo dello strumento attuativo anche nelle zone significativamente urbanizzate. In giurisprudenza, infatti, si è condivisibilmente affermato che il piano di recupero configura “lo strumento per attuare il riequilibrio nelle aree degradate e non è ipotizzabile che in tali aree, pur compromesse da fenomeni di urbanizzazione spontanea e incontrollata, il piano attuativo possa essere eluso con

titoli edilizi singoli per costruire, pur attenendo questi ultimi a lotti prospicienti su aree urbanizzate e interclusi”, in quanto lo stesso “attiene non soltanto al recupero fisico degli edifici, ma anche e soprattutto rappresenta un’operazione complessa a scala urbanistica, che deve puntare alla rivitalizzazione di un comprensorio urbano”, con la conseguenza che “il piano attuativo è necessario non solo per i lotti interclusi insistenti in zone urbanizzate, ma anche per le aree (...) già compromesse da fenomeni di urbanizzazione spontanea e incontrollata”, e l’imposizione di una previa scelta di pianificazione urbanistica che condiziona e a cui sono subordinati gli interventi edificatori singoli trae la propria giustificazione (meglio sarebbe a dire la propria necessità) “proprio in considerazione del fatto che la zona in questione, in quanto già compromessa sotto l’aspetto urbanistico, ambientale e paesistico, abbia bisogno di necessari interventi di riqualificazione ambientale e paesistica” (cfr. Cons. St., Sez. V., 14.10.2014, n. 5078).

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

Pertanto, l’appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/piano-di-recupero-in-zone-urbanizzate-di-paolo-urbani/>

Sulla discrezionalità del Comune in materia di pianificazione urbanistica, di Paolo Urbani

Con sentenza 21 settembre 2023, n. 8443, il Consiglio di Stato, sez. II, ha ribadito che la discrezionalità del Comune in materia di pianificazione urbanistica può essere esercitata anche prevedendo delle “sottozone” all’interno di quelle individuate dal d.m. n. 1444 del 1968 (secondo il modello della c.d. “microzonizzazione”) nel rispetto del principio di ragionevolezza e dunque, da un lato, in presenza di oggettive circostanze che differenzino tali aree e, dall’altro, assicurando l’omogeneità di disciplina tra parti del territorio aventi caratteristiche comuni.

L’appellante impugna la sentenza che ha respinto i ricorsi proposti avverso il diniego di sanatoria e la successiva ordinanza di demolizione emessi rispetto a un edificio di sua proprietà.

In linea generale, si deve ribadire che la discrezionalità del Comune in materia di pianificazione urbanistica può essere esercitata anche prevedendo delle “sottozone” all’interno di quelle individuate dal d.m. n. 1444 del 1968 (secondo il modello della c.d. “microzonizzazione”) nel rispetto del principio di ragionevolezza e dunque, da un lato, in presenza di oggettive circostanze che differenzino tali aree e, dall’altro, assicurando l’omogeneità di disciplina tra parti del territorio aventi caratteristiche comuni (in termini analoghi, si v. Cons. St., sez. IV, sent. n. 844 del 2016 e precedenti ivi citati).

Nel caso di specie, le Norme tecniche di attuazione-NTA del Piano regolatore esecutivo-PRE del Comune distinguono, all’interno della zona B (c.d. “zona di completamento”, che a norma l’art. 47 comprende «le porzioni di territorio urbanizzato ad esclusiva o prevalente destinazione residenziale»), diverse “sottozone”, ripartite tra quelle B1-Tessuti della città consolidata e quelle B2-Zone insediate suburbane.

Il minimo comune denominatore che il pianificatore ha ravvisato tra le sottozone B2 risiede dunque nell’esigenza di evitare un’ulteriore espansione dell’abitato.

Nella specie, dunque, il Comune ha esercitato la propria discrezionalità in maniera non irragionevole, perché ha consentito la nuova edificazione in parti del territorio a forte urbanizzazione e prevalente destinazione residenziale, così da permettere il completamento del tessuto esistente (fino alla sua effettiva e completa saturazione nonché nell’ambito dei parametri previsti), mentre l’ha vietata in aree che, per varie ragioni, ha ritenuto di conservare nell’attuale configurazione, con decisione di merito sottratta al sindacato giurisdizionale.

Le argomentazioni dell’appellante non sono condivisibili nemmeno laddove questi denuncia una presunta disparità di trattamento tra la disciplina delle zone B1, in cui è consentita la nuova edificazione, e quella delle zone B2, in cui è vietata.

Per giurisprudenza consolidata, infatti, in sede di pianificazione urbanistica la valutazione dell’idoneità delle aree a soddisfare specifici interessi urbanistici rientra nei limiti dell’esercizio del potere discrezionale dell’Amministrazione, rispetto al quale, a meno che non siano riscontrabili errori di fatto o abnormi illogicità, non è neppure configurabile il vizio di eccesso di potere per disparità di trattamento basata sulla comparazione tra aree differenti (tra le tante, si v. Cons. St., sez. II, sent. n. 3806 del 2019).

Nella specie, l’illogicità non è dimostrata nemmeno ponendo in evidenza chela nuova costruzione è ammessa anche in zone B1 densamente urbanizzate o addirittura “sature”: il rilievo, se mai, potrebbe essere portato a sostegno di una critica alla disciplina di tali zone, ma non prova certo l’irragionevolezza della scelta di vietare l’edificazione nella zona B2.1, la quale trova una sua giustificazione nelle caratteristiche dell’area e nell’obiettivo di mantenimento del pianificatore.

In queste circostanze, la costruzione di un edificio come quello che è oggetto dei provvedimenti censurati costituisce un abuso “sostanziale”, perché realizzato in contrasto con lo

strumento urbanistico: pertanto, sia il diniego di sanatoria, sia la successiva ordinanza di demolizione rappresentano atti doverosi a contenuto vincolato.

L'appello è quindi stato rigettato.

<https://www.pausania.it/sulla-discrezionalita-del-comune-in-materia-di-pianificazione-urbanistica-di-paolo-urbani/>

EDILIZIA

Il TAR Veneto sulla fascia di rispetto cimiteriale a Costermano sul Garda, di Fabio Cusano

Il 9 gennaio 2023, con sentenza n. 13, il TAR Veneto, sez. I, ha ribadito che la riduzione della fascia di rispetto ai sensi dell'articolo 338, comma 5, del R.D. 1265/1938, è consentita solo previa valutazione dell'interesse pubblico prevalente e della compatibilità degli interventi con le esigenze di tutela relative agli aspetti igienico-sanitari, ambientali, urbanistici e di tranquillità dei luoghi.

Nel Comune di Costermano sul Garda è situato un Cimitero Militare Tedesco, la cui disciplina si fonda sull'Accordo internazionale tra la Repubblica Italiana e la Repubblica Federale di Germania sulle tombe di guerra, sottoscritto a Bonn il 22 dicembre 1955 e ratificato con legge del 12 agosto 1957 n. 801. L'art. 11 del Trattato demanda la gestione del Cimitero e l'espletamento di tutti i relativi compiti per conto del Governo della Repubblica Federale di Germania, al Volksbund Deutsche Kriegsgraberfuersorge (d'ora in poi VDK), e l'art. 12 dispone che le modalità di esecuzione del Trattato sono regolate direttamente tra VDK e le competenti Autorità italiane.

Il Comune di Costermano sul Garda intende realizzare un centro diurno per anziani ad una distanza inferiore a 200 m dal Cimitero. A tal fine con deliberazioni consiliari del 2021 e del 2022, ha adottato ed approvato la variante al piano degli interventi, unitamente al testo di un accordo di pianificazione urbanistica recepito ai sensi dell'art. 6 della legge regionale n. 11 del 2004.

VDK nel corso della procedura ha presentato delle osservazioni chiedendo lo stralcio di tale intervento, evidenziando la violazione della fascia di rispetto cimiteriale e il mancato rispetto della disciplina prevista dal Trattato internazionale, che prevede la necessità di una valutazione congiunta tra le parti contraenti, circa l'eventuale impatto negativo che l'intervento urbanistico potrebbe provocare in termini ambientali e della tranquillità dei luoghi.

Il Comune in sede di controdeduzioni ha respinto l'osservazione, dichiarando di ritenere non più vigente la fascia di rispetto di 200 m prevista dall'art. 338 del R.D. n. 1265 del 1934, perché il sito ha perduto la condizione per essere considerato come cimitero, ed ha acquisito le caratteristiche del sacrario, al quale non si applicano le fasce di rispetto cimiteriale come conseguenza del decorso del termine decennale dall'inumazione dell'ultima salma.

VDK, per conto del Governo tedesco, e la Presidenza del Consiglio dei ministri, il Ministero della Difesa ed il Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, impugnano gli atti di formazione della variante al piano degli interventi deducendone l'illegittimità sotto diversi profili.

Per quanto riguarda i motivi di ricorso di VDK inerenti all'Accordo si rinvia alla sentenza.

Per quanto di nostro interesse in merito alla disciplina urbanistica, con il terzo motivo, VDK deduce la violazione dell'art. 338, quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, dell'art. 41, comma 4-bis, della legge regionale n. 11 del 2004, dell'art. 8.5 delle norme tecniche di attuazione allegate al piano di assetto del territorio, la carenza di presupposto e di istruttoria, nonché il difetto assoluto di motivazione. In particolare, VDK lamenta che non è stato dato corso all'obbligo motivazionale imposto dal citato art. 41, comma 4-bis della legge regionale n.11 del 2004, che ammette la riduzione della zona di rispetto, da effettuare mediante una deroga di volta in volta votata dal Consiglio comunale, per l'attuazione di opere pubbliche e la realizzazione di singoli interventi urbanistici aventi rilevanza pubblica previa tuttavia una "valutazione dell'interesse pubblico prevalente e della compatibilità degli interventi con le esigenze di tutela relative agli aspetti igienico-sanitari, ambientali, urbanistici e di tranquillità dei luoghi".

Nel caso in esame, deduce VDK, tale motivazione è stata del tutto omessa, non vi è stata

una valutazione del caso specifico, e si è agito in base ad una prescrizione contenuta nello strumento urbanistico che ha operato una generalizzata riduzione della fascia di rispetto, senza neppure rilevare che una parte dell'area di intervento, come risulta dalla cartografia, ricade addirittura all'interno della fascia di rispetto di inedificabilità assoluta di 50 m.

Per quanto riguarda il motivo di ricorso del Governo italiano inerente all'Accordo si rinvia alla sentenza.

Con il secondo motivo, viene dedotta la violazione del combinato disposto degli articoli 338, quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, e 41, comma 1, lett. e), e comma 4 bis, della legge regionale n. 11 del 2004, in quanto il Comune ha ridotto la fascia di rispetto attraverso una variante al piano degli interventi e non attraverso una variante al piano di assetto del territorio, nonché il difetto di istruttoria e di motivazione rispetto agli oneri imposti dalla normativa regionale, la quale demanda solamente al piano di assetto del territorio il potere di riduzione delle fasce di rispetto cimiteriale. Secondo le Amministrazioni statali ricorrenti, non vi è infatti alcuna previsione nel piano di assetto del territorio che consenta l'esecuzione di un'opera pubblica o di un intervento urbanistico comportante, come nel caso di specie, la costruzione di nuovi edifici, ai sensi dell'art. 338, quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, ed è stata omessa qualsiasi valutazione circa l'impatto che l'intervento urbanistico potrebbe provocare in termini ambientali, urbanistici e di tranquillità dei luoghi, il che evidenzia un difetto di istruttoria e di motivazione non colmabile neppure mediante la lettura degli atti endoprocedimentali.

Per comprendere la natura dell'atto impugnato, è necessario premettere che la legge urbanistica regionale 23 aprile 2004, n. 11, all'art. 18, comma 6, prevede che la variante divenga efficace quindici giorni dopo la sua pubblicazione sull'albo pretorio, e che la trasmissione alla Giunta regionale dell'aggiornamento del quadro conoscitivo costituisca una condizione per poter procedere alla pubblicazione della variante.

Il Comune, con apposito atto del 2022, ha dato avviso dell'avvenuta esecuzione di tali adempimenti e del conseguente deposito della variante, comunicando che la stessa sarebbe divenuta efficace decorsi quindici giorni dalla pubblicazione dell'avviso.

In entrambi i ricorsi si è costituito il Comune di Costermano sul Garda eccependo in rito l'inammissibilità e la tardività dei ricorsi, e chiedendone la reiezione nel merito.

Preliminarmente sono state esaminate le eccezioni in rito.

Secondo il Comune di Costermano sul Garda i ricorsi sono inammissibili perché si fondano sull'erroneo presupposto che la realizzazione del centro diurno per anziani sia stata resa possibile per effetto della riduzione della fascia di rispetto cimiteriale da 200 m a 50 m, operata dalla variante al piano degli interventi.

Il Comune sostiene invece che la riduzione della fascia di rispetto non sia stata disposta dalla variante al piano degli interventi, ma dalla variante al piano di assetto del territorio adottata ed approvata nel 2016.

Da tale premessa secondo il Comune discenderebbe l'inammissibilità del ricorso proposto da VDK, con il quale è stata impugnata la variante al piano degli interventi, perché un eventuale suo annullamento non soddisferebbe l'interesse fatto valere in giudizio, dato che rimarrebbe comunque valida ed efficace la riduzione della fascia di rispetto disposta dalla variante al piano di assetto del territorio divenuta ormai inoppugnabile.

La medesima eccezione è formulata dal Comune di Costermano anche con riguardo al ricorso proposto dalle Amministrazioni statali, con l'ulteriore precisazione che in questo caso deve ritenersi anche tardiva l'impugnazione, formulata in via subordinata, della variante al piano degli interventi approvata nel 2016.

Tali eccezioni non colgono nel segno.

Una corretta ricostruzione dell'effettivo contenuto delle varianti urbanistiche che si sono succedute nel tempo, dimostra non è fondatamente sostenibile che la variante al piano di assetto del territorio abbia disposto una riduzione della fascia di rispetto cimiteriale idonea a consentire la realizzazione di nuovi insediamenti urbanistici e la costruzione di nuovi edifici ad una distanza inferiore a 200 m dal cimitero.

Come è noto l'art. 338 del R.D. n. 1265 del 1934, per effetto delle modifiche allo stesso apportate dall'articolo 28, comma 1, lettera b), della legge 1° agosto 2002, n. 166, ai commi quarto e quinto, prevede due diverse tipologie di deroghe alla fascia di rispetto cimiteriale.

La regola generale prevista dal primo comma del citato art. 338, dispone che i cimiteri devono essere collocati alla distanza di almeno 200 metri dal centro abitato, ed è vietato costruire intorno ai cimiteri nuovi edifici entro il raggio di 200 metri.

La deroga prevista nella prima ipotesi del quarto comma, è consentita per la costruzione di nuovi cimiteri o per l'ampliamento di quelli già esistenti ad una distanza inferiore a 200 metri, purché non oltre il limite di 50 metri, quando ricorrono anche alternativamente le due condizioni previste dalla norma, ossia quando non sia possibile provvedere altrimenti ovvero quando l'impianto cimiteriale sia separato dal centro urbano da strade pubbliche, fiumi, laghi o dislivelli naturali rilevanti, ovvero da ponti o da impianti ferroviari.

In base alla seconda ipotesi del quinto comma, la deroga è consentita allorché si debba dare esecuzione ad un'opera pubblica o all'attuazione di un intervento urbanistico, purché non vi ostino ragioni igienico sanitarie. In questo caso è previsto che il Consiglio comunale possa autorizzare, previo parere favorevole della competente azienda sanitaria locale, la riduzione della zona di rispetto tenendo conto degli elementi ambientali di pregio dell'area, l'ampliamento di edifici preesistenti o la costruzione di nuovi edifici o la realizzazione di parcheggi, attrezzature sportive, locali tecnici e serre.

Una puntuale ricostruzione del contenuto delle varianti che si sono succedute nel tempo è compiuta dal Comune di Costermano.

Come risulta dalla documentazione versata agli atti, e precisato dallo stesso Comune nelle proprie difese, dopo una iniziale riduzione della fascia di rispetto cimiteriale ad opera degli strumenti urbanistici, la stessa è stata riestesa a 200 m con la variante al piano di assetto del territorio approvata con deliberazione della Giunta regionale del 2015.

La variante al piano di assetto al territorio ha effettivamente introdotto una deroga a tale fascia di rispetto.

Tuttavia, la deroga, rispetto al Cimitero Militare Tedesco, è stata espressamente limitata alla previsione di cui al quarto comma del citato art. 338, del R.D. n.1265 del 1934, che si riferisce alla ipotesi della deroga funzionale all'ampliamento del cimitero, e non alla diversa ipotesi del quinto comma relativa a nuovi insediamenti urbanistici.

Infatti l'art. 8.5 delle norme tecniche allegate al piano di assetto del territorio contiene una generica previsione, nella parte delle "direttive" prive di effetto immediatamente conformativo e prescrittivo, in cui si afferma che sono individuate, oltre ai cimiteri e alle fasce di rispetto, anche le aree "di riduzione della fascia di rispetto cimiteriali su parere favorevole rilasciato dalla competente Azienda Sanitaria Locale, all'interno delle quali è ammessa l'applicazione del comma 5 dell'art. 338 del RD 1265/1934, nonché l'applicazione dell'art. 4 della LR 4/2015".

Si tratta tuttavia di una previsione non rilevante nella fattispecie in esame, in quanto la norma prosegue precisando che "in tali fasce di riduzione viene applicata la relativa normativa di zona per le aree urbane consolidate esistenti previste dagli strumenti di pianificazione, purché già assoggettate a PUA", evenienza quest'ultima che non ricorre nel caso in esame.

Rispetto al Cimitero Tedesco di guerra rilevano invece le previsioni del documento

denominato “relazione di progetto e relazione comparativa” che costituisce parte integrante della variante al piano di assetto del territorio, in cui si afferma che “la riduzione delle fasce di rispetto cimiteriali ad una distanza inferiore a 200 metri è stata effettuata secondo i criteri di cui al comma 4 dell’art. 338 del RD n. 12645 del 27 luglio 1934” e si riporta testualmente il contenuto del quarto comma della norma citata. La relazione ribadisce nuovamente che “si è proceduto ad analizzare lo stato di fatto dei luoghi per capire dove poter effettuare la riduzione della fascia di rispetto cimiteriale da 200 metri a 50 metri nei casi previsti dal comma 4 lett. b) dell’art. 338 del RD 1265/1934 e smi”.

La successiva variante al piano di assetto del territorio non ha modificato tali previsioni ed è intervenuta ad integrare solo la parte cartografica.

Dalla documentazione versata in atti risulta pertanto confermato che nella variante al piano di assetto del territorio non vi è alcun riferimento ad una riduzione alla fascia di rispetto cimiteriale ai sensi dell’art. 338, quinto comma, ma solo ai sensi del quarto comma il quale, come sopra visto, riguarda solo le ipotesi di costruzione di nuovi cimiteri o l’ampliamento di quelli già esistenti.

Pertanto, non vi è alcun elemento che supporti le eccezioni in rito del Comune relative alla mancata o comunque tardiva impugnazione della variante al piano di assetto del territorio. Questa, infatti, contiene solo previsioni non lesive per le parti ricorrenti, perché favorevoli agli interessi di cui esse sono portatrici, dal momento che introducono una deroga alla fascia di rispetto finalizzata solamente ad un eventuale ampliamento del cimitero, e non necessitano di essere impugate nel giudizio in esame: l’unico provvedimento autonomamente e direttamente lesivo è infatti costituito dalla variante al piano degli interventi che ha consentito la realizzazione di un nuovo insediamento, il centro diurno per anziani, in deroga alle fasce di rispetto cimiteriali.

L’eccezione di inammissibilità o tardività dei ricorsi è pertanto infondata.

Nel merito i ricorsi devono essere accolti in ragione della fondatezza delle censure con le quali le parti ricorrenti deducono la violazione della disciplina prevista dal Trattato internazionale e della legge urbanistica regionale.

Si rinvia alla sentenza per il primo profilo, mentre si esamina il secondo per quanto di nostro interesse.

Ad avviso del TAR, sono fondate le censure proposte con il terzo motivo del ricorso proposto da VDK e con il secondo motivo proposto dalle Amministrazioni statali, con le quali le parti ricorrenti lamentano la violazione della disciplina urbanistica.

Infatti, come sopra visto, la variante al piano di assetto del territorio si era limitata a prevedere una deroga alle fasce di rispetto cimiteriali espressamente solo ai sensi dell’art. 338, quarto comma, del R.D. n. 1265 del 1934, che si riferisce alla realizzazione di nuovi cimiteri o all’ampliamento di quelli esistenti, e non all’insediamento di interventi urbanistici previsti dal quinto comma della medesima norma.

Ne discende che il Comune di Costermano sul Garda ha introdotto per la prima volta con la variante al piano degli interventi del 2021 una previsione volta alla realizzazione di nuovi edifici in deroga alla fascia di rispetto cimiteriale, contravvenendo all’art. 41, comma 1, lett. e), della legge regionale n. 11 del 2004, che riserva al piano di assetto del territorio e non al piano degli interventi l’individuazione delle fasce di rispetto cimiteriali.

Risulta altresì violato anche il comma 4 bis del medesimo articolo, il quale prevede che la riduzione della fascia di rispetto ai sensi dell’articolo 338, quinto comma, del R.D. n. 1265 del 1938, possa essere consentita solo previa valutazione dell’interesse pubblico prevalente e della compatibilità degli interventi con le esigenze di tutela relative agli aspetti igienico-sanitari, ambientali, urbanistici e di tranquillità dei luoghi, valutazioni queste che dalla documentazione versata in atti non risultano essere state effettuate.

In definitiva il ricorso è stato accolto.

<https://www.pausania.it/il-tar-veneto-sulla-fascia-di-rispetto-cimiteriale-a-costermano-sul-garda-di-fabio-cusano/>

Sull'accesso alle pratiche edilizie, di Fabio Cusano

Con sentenza 23 agosto 2023, n. 529, il TAR Marche (sez. II) ha ribadito che in tema di accesso agli atti ai sensi della L. 241/1990, per la tutela degli interessi giuridici, anche non giudiziari, l'accesso va sempre garantito, senza limitazioni che non siano strettamente necessarie; conseguentemente, va escluso che l'Amministrazione possa legittimamente assumere quale unico fondamento del diniego di accesso agli atti la mancanza del consenso all'accesso da parte dei soggetti controinteressati, atteso che la normativa in materia di accesso ai documenti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardano, rimette sempre all'Amministrazione destinataria della richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l'opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati.

Con istanza di accesso acquisita al protocollo del Comune, il ricorrente ha chiesto alla società – in qualità di soggetto gestore dell'Ippodromo – informazioni in merito alla decisione di chiudere la struttura per taluni interventi di manutenzione straordinaria, nonché al Comune la copia delle autorizzazioni edilizie ad effettuare tali lavori eventualmente rilasciate, ai sensi della legge n. 241/1990. A sostegno dell'istanza, il ricorrente ha prospettato il proprio interesse all'accesso, consistente nell'esigenza di valutare la legittimità della chiusura dell'Ippodromo in relazione alla tipologia e all'entità dei lavori da eseguire, tenuto conto del danno che tale chiusura comporterebbe agli operatori ippici e anche alla stessa società, di cui il medesimo ha dichiarato di essere socio.

Il Comune, dopo aver comunicato alla controinteressata l'istanza di accesso allo stesso rivolta e dopo aver ricevuto dall'anzidetta società l'opposizione all'ostensione degli atti (dal momento che il ricorrente avrebbe perso la qualità di socio della società e dunque non avrebbe alcun interesse all'ostensione), sulla base degli accertamenti condotti e di quanto emerso in sede di contraddittorio procedimentale, ha negato l'accesso.

Avverso tale diniego, il ricorrente ha proposto ricorso.

Ad avviso del TAR, il ricorso è fondato e va accolto nei sensi che si vanno ad esporre.

È principio giurisprudenziale pacifico (ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2017, n. 4838; sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2269; sez. III, 16 maggio 2016, n. 1978; sez. IV, 6 agosto 2014, n. 4209) quello secondo cui, al di là delle ipotesi di accesso generalizzato, deve accedersi a una nozione ampia di "strumentalità" del diritto di accesso, nel senso che la domanda ostensiva deve essere volta alla cura di un interesse diretto, concreto, attuale e non meramente emulativo o potenziale, connesso alla disponibilità dell'atto o del documento del quale si richiede l'accesso, senza tuttavia imporsi che l'accesso al documento sia unicamente e necessariamente strumentale all'esercizio del diritto di difesa in giudizio, ma ammettendosi che la richiamata "strumentalità" vada intesa in termini di utilità per la difesa di un interesse giuridicamente rilevante. Più in dettaglio, si è affermato che l'accesso "assume invece una valenza autonoma, non dipendente dalla sorte del processo principale, ma anche dall'eventuale infondatezza o inammissibilità della domanda giudiziale che il richiedente, una volta conosciuti gli atti in questione, potrebbe proporre (cfr. tra le più recenti, Cons. St., Sez. V, 23 febbraio 2010 n. 1067). Ed invero, il diritto di accesso ai documenti amministrativi, introdotto dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, a norma dell'art. 22 comma 2 della stessa legge, come sostituito dall'art. 15, l. 11 febbraio 2005 n. 15, costituisce un principio generale dell'ordinamento giuridico, il quale si colloca in un sistema ispirato al contemperamento delle esigenze di celerità ed efficienza dell'azione amministrativa con i principi di partecipazione e di concreta conoscibilità della funzione pubblica da parte dell'amministrato, basato sul riconoscimento del principio di pubblicità dei documenti amministrativi. In quest'ottica, il

“collegamento” tra l’interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l’accesso e la documentazione oggetto della relativa istanza, di cui al cit. art. 22, comma 1, lett. b), non può che essere inteso in senso ampio, posto che la documentazione richiesta deve essere, genericamente, mezzo utile per la difesa dell’interesse giuridicamente rilevante, e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 2010 n. 3309, 10 gennaio 2007 n. 55 e 7 settembre 2004 n. 5873)” (Cons. Stato, sez. III, 13 gennaio 2012, n. 116).

Stante la necessità di contemperamento tra esigenze contrapposte (ampia trasparenza ed esclusione di istanze pretestuose), il diritto all’accesso documentale – pur essendo finalizzato ad assicurare la trasparenza dell’azione amministrativa e a favorirne lo svolgimento imparziale – non si configura come un’azione popolare, esercitabile da chiunque, indipendentemente da una posizione giuridicamente differenziata, ma è consentito soltanto a coloro ai quali gli atti si riferiscono direttamente o indirettamente, e comunque solo laddove essi se ne possano avvalere per tutelare una posizione giuridicamente rilevante (Cons. Stato, sez. V, 14 settembre 2017, n. 4346).

In applicazione dei suesposti principi, la legittimazione all’accesso agli atti della P.A. va riconosciuta a chi è in grado di dimostrare che gli atti oggetto dell’accesso hanno prodotto o possano produrre effetti diretti o indiretti nei suoi confronti, a prescindere dalla lesione di una posizione giuridica (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 giugno 2018, n. 3938).

Quanto ai rapporti tra diritto di accesso e riservatezza dei terzi, l’art. 24, comma 6, lettera d), della legge n. 241 del 1990 dispone che con norme regolamentari possono prevedersi casi di sottrazione all’accesso di documenti amministrativi, segnatamente “quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all’amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono”; il successivo comma 7 prevede, inoltre, che “deve comunque essere garantito ai richiedenti l’accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l’accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall’articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale”.

Deve, pertanto, affermarsi che, per la tutela degli interessi giuridici, anche non giudiziari, l’accesso va sempre garantito, senza limitazioni che non siano strettamente necessarie; conseguentemente, va escluso che l’Amministrazione possa legittimamente assumere quale unico fondamento del diniego di accesso agli atti la mancanza del consenso all’accesso da parte dei soggetti controinteressati, atteso che la normativa in materia di accesso ai documenti, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardano, rimette sempre all’Amministrazione destinataria della richiesta di accesso il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l’opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati (TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 20 aprile 2018, n. 201 e 16 marzo 2015, n. 281).

Ciò premesso in termini generali, con riferimento al caso in esame si osserva che né l’Amministrazione né la controinteressata hanno rappresentato l’esistenza di alcun motivo di riservatezza o segretezza atto a giustificare la limitazione al diritto di accesso del ricorrente ai documenti richiesti (titoli edilizi eventualmente rilasciati dal Comune per i lavori da eseguirsi presso l’Ippodromo, che ne hanno reso necessaria la chiusura), e neppure si tratta di atti che, per loro natura, sono sottratti all’accesso.

Il ricorrente, poi, ha sufficientemente specificato il proprio interesse all’accesso, a nulla

rilevando le argomentazioni dedotte dalla controinteressata (e quindi dal Comune) circa l'avvenuta perdita, in capo al medesimo, della qualità di socio (circostanza, peraltro, contestata dall'istante e non del tutto pacifica, tenuto conto dei contenziosi in atto).

In ogni caso, l'interesse personale, differenziato e concreto del ricorrente al rilascio della documentazione amministrativa richiesta al Comune è suffragato anche a prescindere dall'esistenza e dall'attualità del pregiudizio che pure viene enunciato nell'istanza di accesso, dal momento che, al fine di valutare la sussistenza di tale interesse occorre avere riguardo alle finalità che l'istante dichiara di perseguire, postulando l'art. 22 della legge n. 241/1990 un legame tra la finalità dichiarata e il documento richiesto (TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 20 aprile 2018, n. 201, citata).

Osserva, infine, il Collegio che l'accoglimento della domanda di accesso non può essere condizionato da valutazioni circa la fondatezza della pretesa alla cui tutela l'acquisizione della documentazione è strumentale, "posto che il diritto di accesso è autonomo rispetto alla posizione giuridica posta a base della relativa istanza e prescinde da ogni valutazione circa la fondatezza della pretesa" (cfr., ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 3 settembre 2014, n. 4493; TAR Campania, Napoli, sez. V, 28 ottobre 2005, n. 17844).

Alla stregua delle considerazioni che precedono, il ricorso deve essere accolto, con conseguente declaratoria del diritto del ricorrente di accedere alle autorizzazioni edilizie ad effettuare i lavori nell'Ippodromo oggetto dell'istanza di accesso rivolta al Comune e con conseguente ordine al predetto Comune di rilasciare la relativa documentazione nel termine di giorni 30 dalla comunicazione in via amministrativa della sentenza.

<https://www.pausania.it/sullaccesso-alle-pratiche-edilizie-di-fabio-cusano/>

Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, di Fabio Cusano

Con sentenza 11 settembre 2023, n. 2068, il TAR Milano (sez. II) ha ribadito che in tema di perfezionamento del titolo edilizio a seguito dell'inerzia dell'amministrazione, il comma 8 dell'art. 20 del D.P.R. 380/2001, prevede che decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali. La conformità dell'intervento alla normativa urbanistica non è dunque necessaria ai fini della formazione del silenzio-assenso. Pertanto, il titolo edilizio si forma per il solo decorso del tempo, salva la possibilità per l'amministrazione, qualora accerti che l'intervento non sia conforme, di intervenire esercitando il potere di autotutela.

La società, odierna ricorrente, è proprietaria di un immobile ad uso industriale di un piano fuori terra situato nel territorio del Comune di Milano.

Nel 2020, tale società ha presentato al Comune di Milano istanza di rilascio di permesso di costruire al fine di realizzare sul predetto immobile un intervento qualificato di ristrutturazione edilizia, consistente nella totale demolizione e successiva realizzazione, con modifica di sagoma e di sedime, di un immobile ad uso residenziale, di due piani fuori terra (oltre ad uno interrato), mediante il recupero della superficie lorda (S.L.) dichiarata esistente.

Con provvedimento 2022, il Comune ha respinto l'istanza.

Contro questo provvedimento è principalmente diretto l'atto introduttivo del presente giudizio.

Dopo la proposizione del ricorso, la ricorrente ha depositato presso il Comune di Milano una SCIA alternativa al permesso di costruire avente in sostanza ad oggetto il medesimo intervento per il quale era stata in precedenza presentata istanza di rilascio del titolo edilizio.

Il Comune di Milano ha inibito la realizzazione dei lavori rilevando la sussistenza delle medesime criticità evidenziate nel provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di costruire.

Questo provvedimento è stato impugnato mediante la proposizione di motivi aggiunti.

Si è costituito in giudizio, per opporsi all'accoglimento delle domande avverse, il Comune di Milano.

Il Collegio ha ritenuto che le domande di annullamento del provvedimento di rigetto dell'istanza di rilascio del permesso di costruire e del provvedimento di inibitoria della SCIA siano fondate, essendo meritevoli di accoglimento le censure dedotte nel primo motivo del ricorso introduttivo e nel primo motivo dei motivi aggiunti. Con queste censure la stessa ricorrente sostiene che il tardivo intervento dell'Amministrazione avrebbe determinato la formazione del silenzio assenso sull'istanza di rilascio del titolo edilizio ed il consolidamento della SCIA, con la conseguenza che la stessa Amministrazione avrebbe potuto incidere sulla fattispecie, negando la possibilità di realizzazione delle opere, esclusivamente esercitando il potere di autotutela.

Dal combinato disposto dei commi terzo e sesto dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 si ricava che, nel caso in cui sia stato emanato l'atto di preavviso di rigetto, il termine per la conclusione del procedimento instaurato a seguito di presentazione di domanda di rilascio di permesso di costruire è pari a cento giorni, di cui sessanta assegnati al responsabile del procedimento per la formulazione della sua proposta, e quaranta assegnati all'organo competente per l'adozione del provvedimento finale. In base ai commi 4 e 5 dello stesso art. 20, il termine assegnato al responsabile del procedimento può essere sospeso nel caso in cui egli rivolga

formale invito al proponente ad apportare modifiche al progetto, e può essere interrotto, per una sola volta, entro trenta giorni dalla presentazione della domanda, esclusivamente per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata.

Analoghe disposizioni sono contenute nell'art. 38 della legge regionale n. 12 del 2005, il quale peraltro assegna all'amministrazione termini meno ampi.

Il comma 8 dell'art. 20 del d.P.R. n. 380 del 2001 stabilisce poi che "Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali".

Nonostante l'esplicita previsione normativa, secondo la ancora prevalente giurisprudenza, il mero decorso del termine non è di per sé sufficiente alla formazione del silenzio-assenso essendo a tal fine anche necessario che l'intervento edilizio sia conforme agli strumenti urbanistici ed alle altre disposizioni di legge. Questo orientamento si fonda sulla constatazione che, in caso contrario, si determinerebbe una situazione di sostanziale disparità tra ipotesi sostanzialmente identiche, dipendente solo dal sollecito (o meno) esercizio del potere amministrativo e, dove non fosse ipotizzabile l'intervento in via di autotutela dell'amministrazione, si verrebbe a configurare una disapplicazione di norme per mero (e casuale) decorso del tempo (cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 1 settembre 2022, n. 7631; id., sez. VI, 8 settembre 2021 n. 6235; 1 luglio 2021, n. 5018; id. sez. IV, 7 gennaio 2019 n. 113; id. 1 giugno 2018, n. 3317; T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 marzo 2023, n. 219; T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I, 10 marzo 2022, n. 74; T.A.R. Puglia Bari, sez. III, 25 febbraio 2022, n. 293; T.A.R. Lazio Roma, sez. II-bis, 24 dicembre 2021, n. 13490).

Secondo un diverso e più recente orientamento (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 14 marzo 2023, n. 2661; id., 8 luglio 2022, n. 5746) la conformità dell'intervento alla normativa urbanistica non è invece necessaria ai fini della formazione del silenzio-assenso. Sostiene questa giurisprudenza che la conformità dell'intervento alla normativa urbanistico edilizia costituisce requisito di validità del titolo tacito formatosi con il silenzio-assenso e non requisito di perfezionamento della fattispecie: il titolo edilizio si forma quindi per il solo decorso del tempo salva la possibilità per l'amministrazione, qualora accerti che l'intervento non sia conforme, di intervenire esercitando il potere di autotutela. Si precisa che, diversamente opinando, la norma che prevede la formazione del silenzio-assenso sarebbe di scarsa utilità per colui che, dopo aver proposto la domanda di rilascio del permesso di costruire, non riceva alcuna risposta dall'amministrazione posto che quest'ultima potrebbe sempre intervenire senza oneri e vincoli procedurali, disconoscendo in qualunque tempo gli effetti della domanda stessa. A supporto di questa conclusione viene anche richiamato l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990 (introdotto dal decreto-legge n. 76 del 2020, convertito dalla legge n. 120 del 2020), nella parte in cui afferma che "Le determinazioni relative [...] agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli [...] 20, comma 1, [...] sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni". Questa norma, precisando che l'amministrazione può intervenire in autotutela per annullare il titolo tacito illegittimo, ammette infatti che il silenzio-assenso possa formarsi anche quando la domanda non sia conforme alla vigente normativa (mentre la soluzione opposta, che esclude che sulla domanda riguardante un intervento non conforme possa formarsi il silenzio-assenso, sottrae questa fattispecie alla disciplina della annullabilità).

La medesima conclusione può peraltro ricavarsi dalla lettura dell'art. 21-nonies, primo comma, della n. 241 del 1990 il quale stabilisce che l'amministrazione può annullare d'ufficio (e quindi per ragioni di legittimità) il provvedimento tacito formatosi per silenzio-assenso ai sensi del

precedente art. 20.

Valorizzando l'art. 2, comma 8-bis, della legge n. 241 del 1990, altra parte della giurisprudenza è addirittura pervenuta ad affermare che la domanda di annullamento del provvedimento di diniego della richiesta di rilascio del permesso di costruire emanato successivamente al decorso del termine per la formazione degli effetti del silenzio assenso è inammissibile in quanto non supportata da alcun interesse a ricorrere, e ciò proprio in ragione del fatto che il provvedimento tardivo, essendo inefficace per espressa previsione normativa, è privo di idoneità lesiva (cfr. T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 10 gennaio 2022, n. 171).

Ritiene il Collegio in questo contesto che sia preferibile, in quanto più aderente al dato normativo, la tesi proposta dalla più recente giurisprudenza che, come visto, esclude che la conformità alla normativa urbanistico edilizia sia elemento necessario per la formazione del silenzio-assenso.

Ciò precisato, va ora osservato che, come detto, nel caso concreto, la ricorrente ha presentato domanda di rilascio del permesso di costruire nel 2020, mentre l'Amministrazione ha emanato il provvedimento di rigetto solo nel 2022, ben oltre il termine assegnato dalla legge per la conclusione del procedimento.

L'Amministrazione, nelle proprie difese, pur illustrando ampiamente la complicata vicenda procedimentale, non ha eccepito l'intervenuta sospensione o interruzione del termine le quali, come visto, possono essere determinate esclusivamente dagli atti specificamente indicati dall'art. 20, commi 4 e 5, del d.P.R. n. 380 del 2001 (formale invito al proponente di apportare modifiche al progetto e motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata). Neppure è stato eccepito che l'immobile di cui è causa ricada in area soggetta a vincoli relativi all'assetto idrogeologico, ambientali, paesaggistici o culturali, essendosi l'Amministrazione limitata nelle proprie difese ad affermare genericamente che il diniego espresso dagli atti impugnati sarebbe anche funzionale alla tutela di interessi riguardanti la tutela dell'igiene e della salute pubblica.

Ne consegue che sull'istanza proposta dalla ricorrente si è formato il silenzio-assenso e che, quindi, l'Amministrazione, per disconoscere gli effetti, avrebbe dovuto intervenire esercitando il potere di autotutela ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990.

Analoghe considerazioni possono essere svolte con riferimento al provvedimento di inibitoria della SCIA presentata nel 2022, posto che lo stesso è intervenuto ben oltre il termine di trenta giorni previsto dall'art. 19, comma 6-bis, della legge n. 241 del 1990, quando l'Amministrazione, in base al precedente comma 3 dello stesso articolo, sarebbe potuta intervenire solo osservando le limitazioni previste per l'esercizio del potere di autotutela. Si precisa a questo proposito che nessun rilievo può avere, ai fini che qui interessano, il ritardo con cui è avvenuta la protocollazione della SCIA proposta dalla ricorrente, posto che il termine di cui al citato art. 19, comma 6-bis, della legge n. 241 del 1990 decorre, ai sensi del precedente comma 3, dal giorno di ricevimento della segnalazione.

Poiché i provvedimenti impugnati sono stati adottati sul mero presupposto della contrarietà dell'intervento proposto dalla ricorrente alla vigente normativa, senza effettuare alcuna comparazione di interessi e, comunque, in assenza di ogni valutazione riguardante gli elementi che, ai sensi dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990, costituiscono presupposto per l'esercizio del potere di autotutela, deve ribadirsi la fondatezza delle censure esaminate.

Per tutte queste ragioni il ricorso è stato accolto.

<https://www.pausania.it/decorso-inutilmente-il-termine-per-ladozione-del-provvedimento-conclusivo-sulla-domanda-di-permesso-di-costruire-si-intende-formato-il-silenzio-assenso-di-fabio->

[cusano/](#)

I poteri di vigilanza del Comune sulla CILA, di Fabio Cusano

Con sentenza 2 ottobre 2023, n. 2192, il TAR Milano, sez. IV, ha ribadito che, considerata la specifica natura della CILA, anche laddove sia trascorso un rilevante lasso temporale dalla sua trasmissione al Comune, non è precluso all'Amministrazione l'esercizio degli ordinari poteri repressivi e sanzionatori qualora ci si trovi al cospetto di interventi che, secondo la prospettazione della parte lesa, esulino dal regime della predetta comunicazione. L'utilizzo di un titolo inidoneo, difatti, rende abusivo l'intervento e impone al Comune l'adozione dei suoi poteri generali di vigilanza in ambito edilizio.

I ricorrenti hanno chiesto la declaratoria di illegittimità del silenzio serbato dal Comune di Milano sull'istanza da essi presentata e datata 2023 al fine della adozione di provvedimenti ai sensi dell'art. 19 della L. 241/1990 in merito alla SCIA 2022 nonché di provvedimenti repressivi di abusi edilizi ai sensi degli art. 27 ss. D.P.R. 380/2001.

Il ricorrente è proprietario di un'unità immobiliare sita in un fabbricato condominiale ricompreso nella zona omogenea A del territorio comunale, riconosciuto come complesso edilizio con valore architettonico intrinseco. A partire dal 2020, la Società controinteressata ha avviato, presso un'unità immobiliare condotta in locazione e sita al primo piano del fabbricato, una attività ricettiva (non alberghiera) di foresteria lombarda, oggetto di SCIA del 2020. La presenza di tale attività avrebbe causato seri disagi sia all'intero condominio che ai singoli condomini, sotto il profilo della lesione della quiete, del decoro, della sicurezza e della destinazione dell'immobile. Con la CILA del 2021, avente a oggetto "manutenzione straordinaria interna con cambio di destinazione d'uso" e la successiva CILA in variante del 2022, la controinteressata ha inoltre avviato la realizzazione di lavori di manutenzione straordinaria presso un'altra unità immobiliare condotta in locazione e sita al secondo piano del medesimo edificio, al fine di avviare un'attività alberghiera. Con la SCIA del 2022, la predetta controinteressata ha segnalato al Comune di Milano la "nuova apertura di attività di albergo". L'avvio di siffatta attività ha ulteriormente aggravato i disagi subiti dal condominio e dai suoi condomini. Pertanto, nel 2023, i ricorrenti hanno presentato al Comune di Milano una istanza finalizzata a sollecitare gli Uffici a verificare la legittimità sia degli interventi edilizi effettuati che dell'attività ricettiva avviata e ad adottare i conseguenti provvedimenti inibitori e repressivi. Tuttavia, decorsi i trenta giorni successivi alla presentazione della suddetta istanza, l'Amministrazione comunale ha comunicato di aver avviato un "procedimento amministrativo ai sensi degli artt. 7, 8 e 10 L.241/1990 finalizzato alla dichiarazione di inammissibilità della CILA" del 2022, sostitutiva della CILA del 2021.

Ritenendo tale comunicazione non idonea a superare l'inerzia dell'Amministrazione comunale e assumendo l'illegittimità del correlato silenzio, i ricorrenti hanno dedotto la violazione dell'art. 19, commi 3, 4 e 6-ter, della legge n. 241 del 1990, nonché degli artt. 27 e ss. del D.P.R. n. 380 del 2001.

In via preliminare, con riguardo alla richiesta di intervento in materia di CILA, il Collegio aderisce all'orientamento secondo il quale, considerata la specifica natura della citata comunicazione, anche laddove sia trascorso un rilevante lasso temporale dalla sua trasmissione al Comune, non è precluso all'Amministrazione l'esercizio degli ordinari poteri repressivi e sanzionatori qualora ci si trovi al cospetto di interventi che, secondo la prospettazione della parte lesa, esulino dal regime della predetta comunicazione (cfr. Consiglio di Stato, VII, 28 aprile 2023, n. 4327; II, 13 ottobre 2022, n. 8759; T.A.R. Lombardia, Milano, II, 24 febbraio 2022, n. 462; T.A.R. Campania, Napoli, IV, 6 aprile 2020, n. 1338).

L'utilizzo di un titolo inidoneo, difatti, rende abusivo l'intervento e impone al Comune l'adozione dei suoi poteri generali di vigilanza in ambito edilizio: in particolare l'art. 27, comma 1,

del D.P.R. n. 380 del 2001 prevede che “il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale esercita, anche secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell’ente, la vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia nel territorio comunale per assicurarne la rispondenza alle norme di legge e di regolamento, alle prescrizioni degli strumenti urbanistici ed alle modalità esecutive fissate nei titoli abilitativi”.

Ciò è in linea con un condivisibile orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, pur in presenza di sempre maggiori spazi di semplificazione procedimentale anche in ambito edilizio, «esistono tuttavia dei limiti insormontabili che non consentono di derubricare gli interventi “maggiori” al titolo “minore”. Se pertanto il privato ha sempre la possibilità di optare per il permesso di costruire, laddove gli sarebbe possibile agire tramite semplice d.i.a. (oggi s.c.i.a.) non vale il reciproco, per cui nei casi in cui è ritenuto necessario l’avallo esplicito dell’intervento, l’utilizzo di qualsivoglia altra forma di comunicazione, ivi comprese quelle nuove introdotte nel tempo (si pensi alla c.d. comunicazione inizio lavori -C.I.L.- o comunicazione inizio lavori asseverata -C.I.L.A.) appare sostanzialmente inutile. Esso, cioè, si palesa tamquam non esset ai fini della legittimazione dell’intervento, che resta abusivo. Al riguardo, la Sezione ritiene utile richiamare gli orientamenti della Suprema Corte relativi alla disciplina sanzionatoria ritenuta applicabile, laddove ha ribadito che integra il reato di esecuzione dei lavori in totale difformità dal permesso di costruire la realizzazione di interventi edilizi su un preesistente manufatto, comportanti modifiche alla sagoma ed incrementi di superficie o volumetrici, non essendo gli stessi inquadrabili nella categoria delle varianti minori o leggere, soggette a mera segnalazione certificata di inizio attività (cfr. ex plurimis Cass. Pen., sez. IV, 18 settembre 2019, n. 38611). L’utilizzo, infatti, di un titolo edilizio completamente inadeguato a “coprire” l’intervento realizzato, non elide la natura illecita dello stesso, sì da poter comunque scongiurare l’intervento sanzionatorio del Comune nell’ambito del proprio generico potere di vigilanza (art. 27 del T.U.E.)» (Consiglio di Stato, II, 15 dicembre 2020, n. 8032; con riguardo all’uso improprio della c.i.l.a., cfr. T.A.R. Campania, Napoli, VII, 25 febbraio 2021, n. 1273; anche T.A.R. Lombardia, Milano, II, 27 giugno 2022, n. 1508).

A supporto di tale conclusione deve essere altresì richiamato l’orientamento giurisprudenziale che assume la doverosità – in via derogatoria – dell’intervento in “autotutela” (sebbene sui generis) dell’Amministrazione sulla s.c.i.a., in presenza di una sollecitazione del terzo che si assume lesa dalla predetta segnalazione (cfr. Consiglio di Stato, II, 7 marzo 2023, n. 2371; VI, 8 luglio 2021, n. 5208), da ritenersi applicabile, a fortiori, pure agli interventi effettuati previa presentazione della c.i.l.a., soprattutto nel caso se ne contesti un utilizzo improprio (sulla sussistenza, in via generale, dell’obbligo comunale di provvedere comunque sull’istanza di repressione di abusi edilizi, presentata dal proprietario dell’area confinante a quella di realizzazione delle opere abusive, cfr. Consiglio di Stato, VI, 27 aprile 2021, n. 3430).

Ne discende il rigetto dell’eccezione di tardività dell’azione proposta dai ricorrenti avverso il silenzio comunale in ordine alla verifica della legittimità della CILA del 2022 (sostitutiva della CILA del 2021).

Tuttavia, con il provvedimento del Comune di Milano del 2023 è stata dichiarata, in via definitiva, l’inammissibilità della CILA presentata dalla controinteressata ed è stato ordinato il ripristino dello stato dei luoghi; pertanto, la parte del ricorso avente a oggetto il silenzio sulla richiesta di verifica della legittimità della predetta CILA è divenuta improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, essendo intervenuto il provvedimento conclusivo del procedimento.

Quanto alla dedotta tardività dell’azione anche rispetto alla SCIA ricettiva datata 2022, la stessa non si ritiene sussistente, visto che il termine ultimo per l’intervento in “autotutela” scadeva il 2023 (dovendo effettuarsi entro dodici mesi, ai sensi dell’art. 21 nonies, comma 1, della legge n. 241 del 1990), iniziando a decorrere lo stesso dalla scadenza del termine per l’esercizio degli

ordinari poteri di verifica (stabilito in sessanta giorni dall'art. 19, comma 3, della legge n. 241 del 1990). I ricorrenti hanno presentato la propria istanza all'Amministrazione nel 2023 e hanno depositato il ricorso oggetto di scrutinio nella presente sede nel 2023.

Nemmeno può ritenersi idoneo a determinare l'inammissibilità (e/o l'improcedibilità) del ricorso in tale parte (ovvero sulla SCIA ricettiva) l'intervenuto avvio, sia da parte del Comune di Milano che della Città Metropolitana di Milano, del procedimento finalizzato a vietare la prosecuzione dell'attività ricettiva alberghiera ed extralberghiera svolta dalla controinteressata nell'immobile, tenuto conto che l'obbligo di provvedere "non può considerarsi assolto mediante l'adozione di atti meramente interlocutori, finalizzati a stimolare il contraddittorio infraprocedimentale, per propria natura non idonei a manifestare la volontà dispositiva dell'ente procedente e, dunque, a configurare una decisione provvedimento sulle questioni oggetto del procedimento" (Consiglio di Stato, VI, 27 aprile 2021, n. 3430; anche, T.A.R. Sicilia, Catania, I, 19 maggio 2022, n. 1384; T.A.R. Veneto, II, 29 gennaio 2020, n. 101; T.A.R. Lombardia, Milano, I, 16 settembre 2019, n. 1979).

Passando all'esame della parte del ricorso relativa alla dedotta inerzia dell'Amministrazione comunale in ordine alla richiesta di repressione dell'attività ricettiva avviata con la SCIA del 2022, la stessa è fondata.

Va premesso che «l'autotutela di cui al comma 4 dell'articolo 19 della legge n. 241/1990 presenta alcune peculiarità rispetto al generale potere di autotutela, in quanto, mentre di regola si assume che questo sia ampiamente discrezionale nell'apprezzamento dell'interesse pubblico che può imporre l'esercizio e non coercibile (al punto che la p.a. non ha neanche l'obbligo di rispondere a eventuali istanze con cui il privato ne solleciti l'esercizio), ciò non vale in questo caso laddove, anche per l'intima connessione di tale potere col più generale dovere di vigilanza che incombe al Comune sull'attività edilizia ai fini dell'ordinato assetto del territorio, a fronte di un'istanza di intervento ai sensi dell'articolo 19, comma 4, l'Amministrazione ha il dovere di rispondere, essendo la sua discrezionalità limitata solo alla verifica della sussistenza o meno dei presupposti di cui all'articolo 21-nonies (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 611; id., sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610)» (Consiglio di Stato, IV, 11 marzo 2022, n. 1737; anche VI, 8 luglio 2021, n. 5208).

Infatti, «non può dubitarsi della sussistenza dell'obbligo comunale di provvedere sull'istanza di repressione di abusi edilizi, presentata dal proprietario dell'area confinante a quella di realizzazione delle opere abusive, "il quale, appunto per tal aspetto che s'invera nel concetto di vicinitas, gode d'una legittimazione differenziata rispetto alla collettività subendo gli effetti (nocivi) immediati e diretti della commissione dell'eventuale illecito edilizio non represso nell'area limitrofa alla sua proprietà (arg. ex Cons. St., IV, 29 aprile 2014 n. 2228), onde egli è titolare d'un interesse legittimo all'esercizio di tali poteri di vigilanza e, quindi, può proporre l'azione a seguito del silenzio ai sensi dell'art. 31 c.p.a. (cfr. così Cons. St., IV, 2 febbraio 2011 n. 744; id., VI, 17 gennaio 2014 n. 233), che segue il rito di cui ai successivi artt. 112 e ss." (Consiglio di Stato, sez. IV, 9 novembre 2015, n. 5087)» (Consiglio di Stato, VI, 27 aprile 2021, n. 3430).

Come già rilevato in precedenza, tale obbligo di provvedere persiste fino a quando non viene adottato il provvedimento finale, che supera lo stato di inerzia e assicura al privato una decisione che investa la fondatezza o meno della sua pretesa, non potendo a tal fine ritenersi soddisfatti atti endoprocedimentali meramente preparatori, ivi compresi il preavviso di rigetto o la comunicazione di avvio del procedimento di "autotutela", visto che tali atti non definiscono in via conclusiva la questione oggetto di contestazione. Pertanto, il rilievo formulato dalla difesa comunale in ordine all'avvenuta instaurazione, nel 2023, del procedimento finalizzato a vietare la prosecuzione dell'attività ricettiva alberghiera ed extralberghiera svolta dalla controinteressata nell'immobile non

può determinare l'improcedibilità della domanda con riguardo alla SCIA ricettiva.

Deve aggiungersi, peraltro, che l'obbligo di provvedere non riguarda il merito della vicenda e quindi non impone all'Amministrazione di aderire alla prospettazione del terzo denunciante, spettando soltanto all'Ente comunale il compito di stabilire la legittimità o meno dell'intervento edilizio contestato (cfr. Consiglio di Stato, IV, 11 marzo 2022, n. 1737); ove, in sede di verifica, si accertasse la regolarità dell'intervento, da formalizzare poi in un provvedimento espresso, sarebbe onere del privato asseritamente leso contestare tale determinazione, instaurando una ordinaria azione impugnatoria ex art. 29 cod. proc. amm.

Di conseguenza, il ricorso, nella parte in cui si riferisce al silenzio comunale in ordine alla SCIA ricettiva del 2022, deve essere accolto, ordinando al Comune di Milano di concludere il procedimento con un provvedimento espresso nel termine di trenta giorni dalla notifica o comunicazione della sentenza.

<https://www.pausania.it/i-poteri-di-vigilanza-del-comune-sulla-cila-di-fabio-cusano/>

Per le pratiche edilizie vige il principio della massima trasparenza, di Fabio Cusano

Con sentenza 28 giugno 2023, n. 3897, il TAR Napoli, sez. VIII, ha ribadito che per le pratiche edilizie vige il principio della massima trasparenza, in quanto i titoli edilizi sono atti soggetti a pubblicazione. Infatti, i titoli edilizi e i relativi atti erano già oggetto di pubblicazione nella vigenza della L. 17/08/1942, n. 1150 (Legge urbanistica). In particolare, l'art. 31, L. 1150/1942 prevedeva la completa ostensibilità dei titoli edilizi e della relativa documentazione. Tale previsione è stata poi confermata dall'art. 20, comma 6, del D.P.R. 380/2001, che prevede la pubblicazione all'albo pretorio del permesso di costruire. Inoltre, ha sancito che in tema di accesso civico, con riguardo alle relazioni tecniche, planimetrie, sezioni e tabelle di dimensionamento dei titoli edilizi, non può configurarsi alcuna lesione di interessi economici e commerciali dei destinatari, né quanto alla tutela del diritto d'autore o a segreti commerciali, trattandosi di mere rappresentazioni grafiche ed elaborati utili a trasporre sul piano reale e delineare l'oggetto, la localizzazione e gli sviluppi planimetrici dell'attività edilizia realizzata.

Il ricorrente deduce che presentava istanza di accesso civico per la visione degli atti relativi a due permessi di costruire della cui esistenza veniva a conoscenza attraverso l'avviso pubblico previsto dall'art. 20, comma 6 del D.P.R. n. 380/2001; dopo un'interlocuzione con l'amministrazione, gli veniva negato l'accesso sulla scorta di una serie di motivazioni quali la natura endoprocedimentale degli atti richiesti, la sussistenza di un possibile pregiudizio concreto alla tutela di dati personali, nonché, la presenza di interessi economici e commerciali tra cui la proprietà intellettuale (ciò, con specifico riferimento agli elaborati progettuali).

Il ricorrente ha, pertanto, intrapreso la presente azione volta all'annullamento del provvedimento espresso di diniego adottato dal Comune con conseguente accertamento del suo diritto ad accedere alla documentazione richiesta.

A sostegno del gravame deduce la violazione della normativa in materia di accesso civico (artt. 5 e 5bis del decreto legislativo n. 33/2013).

Ad avviso del TAR, il ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

La giurisprudenza amministrativa (cfr. TAR Napoli, n. 5937/2022) ha chiarito che l'art. 5 del d.lg. n. 33/2013 "garantisce a chiunque il diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, anche al di fuori degli obblighi di pubblicazione previsti dallo stesso decreto. L'esercizio del diritto – dichiaratamente funzionale a favorire il controllo diffuso sull'operato delle amministrazioni pubbliche ed a promuovere la partecipazione dei cittadini al dibattito pubblico – non è sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, ed è subordinato alla sola tutela degli interessi giuridicamente rilevanti identificati dal successivo articolo 5-bis" (Tar Toscana, sez. III, sent. 896/2021).

Nella fattispecie, come in casi analoghi esaminati dalla giurisprudenza, con specifico riferimento al diritto alla riservatezza non vi è alcun motivo di presumere che, in concreto, la pratica edilizia in questione contenga dati personali che non siano già conosciuti (cfr. Tar Puglia, Bari, sez. I, sent. 382/2022).

In linea di principio va poi osservato, in accordo con le citate pronunce, che per le pratiche edilizie vige il principio della massima trasparenza, in quanto i titoli edilizi sono atti soggetti a pubblicazione (i titoli edilizi e i relativi atti erano oggetto di pubblicazione nella vigenza della l. 1150/42 così come modificata dalla l. 765/67).

L'art. 31 l. 1150/42 prevedeva la completa ostensibilità dei titoli edilizi e della relativa documentazione. Tale previsione è stata confermata dall'art. 20, comma 6, D.P.R. n. 380/01 che prevede la pubblicazione all'albo pretorio del permesso di costruire).

Non emerge, inoltre, in alcun modo che l'accesso agli atti che hanno condotto al rilascio dei titoli edilizi possa recare un pregiudizio concreto a "interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale" (cfr. lettera c) del comma 2, dell'art. 5 bis del d.lg. n. 33/2013).

In particolare, con riguardo alle relazioni tecniche, planimetrie, sezioni e tabelle di dimensionamento di ciascuno dei titoli edilizi rilasciati, non può configurarsi alcuna lesione di interessi economici e commerciali dei destinatari, né quanto alla tutela del diritto d'autore o a segreti commerciali, trattandosi di mere rappresentazioni grafiche ed elaborati utili a trasporre sul piano reale e delineare l'oggetto, la localizzazione e gli sviluppi planimetrici dell'attività edilizia realizzata (TAR Lombardia, Brescia, Il 14 febbraio 2022 n. 136).

In conclusione, il TAR ha affermato il diritto del ricorrente ad ottenere l'accesso ai documenti di cui all'istanza di accesso civico e, conseguentemente, ha annullato il provvedimento impugnato.

<https://www.pausania.it/per-le-pratiche-edilizie-vige-il-principio-della-massima-trasparenza-di-fabio-cusano/>

Il parere della Commissione edilizia non è necessario per l'emanazione dell'ordinanza di demolizione, di Fabio Cusano

Con sentenza 23 agosto 2023, n. 4851, il TAR Napoli, sez. VI, ha ribadito che il previo parere della Commissione edilizia integrata non è necessario in sede di emanazione dell'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive anche nei casi in cui gli abusi insistano su area vincolata, dal momento che l'ordine di ripristino discende direttamente dall'applicazione della disciplina edilizia vigente e quando la domanda di sanatoria è inammissibile per il divieto che deriva dagli strumenti urbanistici alla realizzazione di nuove costruzioni.

Con l'ordinanza impugnata, il Comune ha ingiunto al ricorrente la demolizione di un vano costituito da una veranda abusiva di proprietà del ricorrente, in zona sottoposta a vincolo paesaggistico.

Con il ricorso in esame, il ricorrente deduce la illegittimità di detta ordinanza.

Ad avviso del TAR, il ricorso introduttivo ed il ricorso per motivi aggiunti sono infondati.

Per quanto di odierno interesse, il diniego evidenzia con precisione le norme del piano urbanistico e quelle del piano paesaggistico ostative al mantenimento di un'opera che per la sua consistenza integra una nuova costruzione, onde la infondatezza dei motivi di ricorso relativi al difetto di motivazione e di istruttoria.

Del pari infondate sono le censure che attengono alla mancata acquisizione del parere della commissione edilizia nonché quelle relative alla violazione del principio di priorità cronologica nell'esame delle istanze di sanatoria.

Con riguardo a queste ultime va rilevato come l'amministrazione debba concludere il procedimento nei termini di legge che iniziano a decorrere dalla presentazione della istanza di sanatoria e che il decorso del tempo determini il verificarsi di una ipotesi di rigetto ex lege della istanza medesima, onde la infondatezza della censura che pare indirizzata a stigmatizzare la celerità della decisione, effetto favorevole all'interessato che è messo in condizione di tutelare prontamente il suo interesse in sede giurisdizionale.

È inoltre da disattendere il rilievo con cui si lamenta il mancato previo parere della Commissione edilizia integrata; come da giurisprudenza, infatti, il parere non è necessario in sede di emanazione dell'ordinanza di demolizione di opere edilizie abusive anche nei casi in cui gli abusi insistano su area vincolata, dal momento che l'ordine di ripristino discende direttamente dall'applicazione della disciplina edilizia vigente e quando, come nel caso di specie, la domanda di condono è inammissibile per il divieto che deriva dagli strumenti urbanistici alla realizzazione di nuove costruzioni. (cfr. Tar Napoli, sent. n. 2377 del 2020 e n. 2641 del 2022).

Pertanto, il TAR ha rigettato il ricorso.

<https://www.pausania.it/il-parere-della-commissione-edilizia-non-e-necessario-per-lemanazione-dellordinanza-di-demolizione-di-fabio-cusano/>

Sull'annullamento in autotutela del permesso di costruire, di Fabio Cusano

Con sentenza 20 settembre 2023, n. 5143, il TAR Napoli, sez. VIII, ha ribadito che l'atto di annullamento del permesso di costruire in autotutela intervenuto a distanza di oltre 14 anni dal rilascio è illegittimo perché adottato in violazione dell'art. 21-nonies della L. 241/1990 che prevede che l'amministrazione può esercitare il potere di annullamento entro il termine di 18 mesi (ridotto a 12 mesi dal D.L. 77/2021) dal rilascio del titolo. In proposito non rileva la mancanza della c.d. doppia conformità, in quanto il Comune non avrebbe dovuto attendere oltre 14 anni per farla valere, in considerazione del ragionevole affidamento radicatosi nel corso degli anni dell'interessato.

Il ricorrente – al quale era stato rilasciato dal Comune il permesso a costruire in sanatoria del 2008 – ha impugnato innanzi al TAR, il provvedimento del 2022 con cui il Comune disponeva l'annullamento in autotutela del suddetto permesso, per illegittimità originaria.

Ad avviso del TAR, il ricorso è fondato.

Un rilievo preminente e assorbente assumono le censure di violazione degli artt. 21-octies e 21-nonies della L. 241 del 1990, in relazione alla violazione dell'art. 3 della medesima legge, oltre al difetto di istruttoria ed alla carenza dei presupposti.

In particolare, la violazione degli artt. 21 octies e 21 nonies rileva sostanzialmente per la mancata osservanza delle regole che presiedono al procedimento di annullamento in autotutela introdotte con l'avvento della recente normativa con cui il relativo procedimento è stato procedimentalizzato e generalizzato.

A tal fine, l'art. 21-nonies richiede, fra i requisiti richiesti per il legittimo esercizio del potere di autotutela, il mancato decorso del termine di diciotto mesi dal rilascio del provvedimento che si intende annullare.

Nella fattispecie, in particolare, l'annullamento dell'atto è intervenuto a distanza di oltre quattordici anni dal rilascio dell'originario titolo edilizio; sotto tale profilo, dunque, il provvedimento impugnato è illegittimo perché adottato in violazione dell'art. 21 nonies della L. n. 241-1990.

A tal riguardo va posto in evidenza che in nessuna parte del provvedimento impugnato si richiamano o soltanto si fa riferimento a quelle situazioni unicamente in presenza delle quali si giustifica l'esercizio del potere di autotutela senza il rispetto di limiti temporali, salvo il limite generale di ragionevolezza.

Il TAR ribadisce che "l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio, anche in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal rilascio del titolo medesimo, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro, tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole, non potendosi indicare in via generale la sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa alla rimozione in autotutela di tale atto (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017)".

Infine, il resistente Comune, pur non contestando puntualmente nel merito le argomentazioni difensive dal ricorrente, rileva che il permesso di costruire andava comunque annullato perché espressamente condizionato alla mancanza della c.d. doppia conformità, nella specie non ravvisabile per la mancata ottemperanza dell'ordine di demolizione da parte del trasgressore.

In contrario è sufficiente osservare che, pur a voler condividere la suddetta obiezione non poteva attendersi oltre 14 anni per farla valere, senza tener conto del ragionevole affidamento dell'interessato che è andato vieppiù radicandosi nel corso degli anni.

In definitiva, il ricorso è fondato ed è stato accolto, con il conseguente annullamento del provvedimento impugnato.

<https://www.pausania.it/sullannullamento-in-autotutela-del-permesso-di-costruire-di-fabio-cusano/>

La demo-ricostruzione su diversa area di sedime, di Fabio Cusano

Con sentenza 20 luglio 2023, n. 2409, il TAR Palermo, sez. II, ha ribadito che la modifica normativa realizzata dall'art. 10, D.L. 76/2020, comma 1, lett. b) che ha ampliato la nozione di ristrutturazione edilizia, in modo da ricomprensere anche interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche non ha inteso ricomprensere in tale fattispecie il diverso caso della demolizione di un edificio sito in un luogo, da ricostruire in un luogo del tutto diverso (più o meno distante dal primo); essa, piuttosto, ha ampliato la possibilità di riutilizzare, anche in modo particolarmente ampio, il suolo già consumato. Diversamente opinando, andrebbe quasi a svanire il confine tra ristrutturazione edilizia e nuova edificazione; distinzione che, invece, rimane ferma anche nel sistema definito dalle recenti modifiche al Testo unico dell'edilizia.

Il ricorso verte sulla possibilità di ricondurre al concetto di "ristrutturazione edilizia" la fattispecie di demolizione di un edificio con sua ricostruzione su un altro – e differente – lotto, sito a circa 150 metri di distanza da quello in cui è collocato l'edificio da demolire. Parte ricorrente ha sostenuto la riconducibilità dell'intervento in questione alla nozione di ristrutturazione edilizia mediante demolizione e ricostruzione su diversa area di sedime.

Ad avviso del TAR, tale tesi non può trovare condivisione.

Com'è noto, l'ampliamento della nozione di ristrutturazione edilizia, in modo da ricomprensere anche interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversa sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, è stato realizzato con l'art. 10, co. 1, lett. b), D.L. n. 76/2020, conv. con modificazioni dalla L. n. 120/2020.

Dalla lettura dei lavori preparatori alla legge di conversione (sulla cui rilevanza a fini ermeneutici, cfr. Corte cost., 14 giugno 2022, n. 147; ibidem, 8 luglio 2020, n. 143), emerge che la ristrutturazione mediante demolizione e ricostruzione è finalizzata a un intervento su un'area il cui suolo è già stato consumato dall'esistenza di un edificio.

Come affermato, più nel dettaglio, dalla relazione al disegno di legge di conversione (D.D.L. n. 1183 del Senato), l'obiettivo degli interventi di cui al D.L. n. 76/2020 in materia edilizia è stato quello di consentire la "rigenerazione urbana" e di scongiurare, pertanto, il consumo di nuovo suolo, anche tramite il riuso di suoli già urbanizzati.

È, allora, alla luce di tali considerazioni che va inquadrata la ratio della ristrutturazione della demolizione e ricostruzione con diversa area di sedime: la modifica normativa non ha affatto inteso ricomprensere in tale fattispecie il – diverso caso – della demolizione di un edificio sito in un luogo, da ricostruire in un luogo del tutto diverso (più o meno distante dal primo); essa, piuttosto, ha ampliato la possibilità di riutilizzare, anche in modo particolarmente ampio, il suolo già consumato.

Diversamente opinando, andrebbe quasi a svanire il confine tra ristrutturazione edilizia e nuova edificazione [si rammenta che quest'ultima tuttora ricomprende, senza distinzioni, la costruzione di manufatti edilizi fuori terra ex art. 3, co. 1, lett. e.1), D.P.R. n. 380/2001]; distinzione che, invece, rimane ferma anche nel sistema definito dalle recenti modifiche al testo unico dell'edilizia.

Può, quindi, considerarsi tuttora valida la distinzione tra ristrutturazione edilizia e nuova costruzione, più volte delineata dalla giurisprudenza amministrativa nel senso di individuare la ristrutturazione in una serie di interventi rivolti a trasformare organismi edilizi e la nuova costruzione in una trasformazione del territorio non caratterizzata dalla preesistenza di un manufatto; con la conseguenza che il concetto di ristrutturazione non può ontologicamente prescindere dall'apprezzabile traccia di una costruzione preesistente, mancando la quale non si ravvisa il tratto distintivo e fondamentale che caratterizza la ristrutturazione rispetto alla nuova

edificazione, atteso che la ristrutturazione è strumentale alla sempre più avvertita esigenza di contenere il consumo di suolo (Cons. St., sez. IV, 12 maggio 2022, n. 3750 e giurisprudenza ivi richiamata).

Non vi sono, in altre parole, ragioni per discostarsi dall'orientamento già espresso dalla giurisprudenza amministrativa in un caso simile a quello di cui all'odierna controversia. In tale occasione è stato chiarito, seppure in vigenza della pregressa normativa (che, sul punto, non risulta – come si è visto – sostanzialmente mutata), che la ristrutturazione edilizia non ricomprende la fattispecie della traslazione dell'edificio ricostruito su un'area diversa da quella in cui insisteva l'immobile demolito (Cons. St., sez. IV, 4 febbraio 2021, n. 1047).

Chiariti nei termini di cui sopra i confini della ristrutturazione edilizia di un edificio mediante demolizione e ricostruzione su diversa area di sedime, non può che ricondursi l'intervento ipotizzato da parte ricorrente alla fattispecie della nuova edificazione, con applicazione della relativa disciplina. In tale sede potrà, se del caso, trovare applicazione la normativa richiamata dalla parte ricorrente in ordine alla cessione di cubatura, che nulla ha a che vedere con la qualificazione giuridica dell'intervento per cui è controversia.

Stante quanto precede, il ricorso è infondato.

<https://www.pausania.it/la-demo-ricostruzione-su-diversa-area-di-sedime-di-fabio-cusano/>

La formazione del silenzio assenso è esclusa allorché l'istanza di condono non possiede i requisiti sostanziali per il suo accoglimento, di Fabio Cusano

Con sentenza 9 agosto 2023, n. 13247, il TAR Roma, sez. Il stralcio, ha ribadito che in materia di edilizia, il silenzio assenso costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa, e non già di liberalizzazione, con la conseguenza che la formazione del titolo abilitativo per silentium non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge per il rilascio del titolo stesso. Pertanto, la formazione del silenzio assenso è esclusa allorché l'istanza di condono non possiede i requisiti sostanziali per il suo accoglimento.

Nelle more della definizione della pratica edilizia, nel corso di un sopralluogo effettuato dagli agenti del Corpo di Polizia Municipale unitamente al personale in forza all'Ufficio tecnico del Comune, sono state riscontrate numerose discrasie tra le opere oggetto di domanda di condono e quelle effettivamente presenti sui luoghi, segnatamente è stata accertata la presenza di ulteriori abusi. In applicazione dell'art. 10 bis della legge n. 241/1990, il Comune ha informato il ricorrente dell'impossibilità di procedere all'accoglimento dell'istanza. Il condono è stato denegato con riferimento agli ulteriori abusi contestati.

Il provvedimento è stato impugnato.

Ad avviso del TAR, esso è privo di fondamento.

Deve in primo luogo precisarsi che non può nella specie ritenersi perfezionato il silenzio assenso sull'istanza di sanatoria. Come ha ribadito recentemente il TAR Roma (II bis, 5.1.2023, n. 219), in materia di edilizia il silenzio assenso costituisce uno strumento di semplificazione amministrativa, e non già di liberalizzazione, con la conseguenza che la formazione del titolo abilitativo per silentium non si perfeziona con il mero decorrere del tempo, ma richiede la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti e i presupposti richiesti dalla legge per il rilascio del titolo stesso (Cons. Stato n. 6235/2021).

Pertanto, la formazione del silenzio assenso è esclusa allorché l'istanza di condono non possiede i requisiti sostanziali per il suo accoglimento, il che è quanto si registra in parte nella specie, come sarà meglio esplicitato di seguito.

Ne deriva che il provvedimento gravato è legittimo; il ricorso è infondato e, pertanto, è stato respinto.

<https://www.pausania.it/la-formazione-del-silenzio-assenso-e-esclusa-allorche-listanza-di-condono-non-possiede-i-requisiti-sostanziali-per-il-suo-accoglimento-di-fabio-cusano/>

Sugli interventi edilizi in pendenza del procedimento di condono, di Fabio Cusano

Con sentenza 18 settembre 2023, n. 13859, il TAR Roma, sez. Il stralcio, ha ribadito che la normativa sul condono postula la permanenza dell'immobile da regolarizzare e non ammette, in pendenza del procedimento di condono, la realizzazione di opere aggiuntive venendo meno l'attuale riconoscibilità del manufatto originario oggetto dell'istanza di condono, sicché i manufatti oggetto della richiesta, fino al momento dell'eventuale concessione della sanatoria, restano comunque abusivi al pari degli ulteriori interventi realizzati sugli stessi. Ne consegue che una volta presentata la domanda di condono, l'interessato non può modificare lo stato dei luoghi esistente al momento della presentazione della domanda e in relazione ai quali l'Amministrazione è chiamata a definire il procedimento attivato.

Con il ricorso introduttivo, i ricorrenti contestano la violazione della disciplina sul condono edilizio contenuta nell'art. 32 del d.l. n. 269/2003 ed evidenziano il difetto di istruttoria e di motivazione in relazione al mancato rispetto dei limiti di cubatura previsti dall'art. 7 delle NTA del Piano particolareggiato.

Con i motivi aggiunti, i ricorrenti lamentano la violazione delle garanzie procedurali per non essere stati messi al concorrente dell'avvio del procedimento di diniego dopo venticinque anni dall'avvio del procedimento, oltre al difetto di motivazione in ordine alle ragioni che avrebbero giustificato il ritardo nell'adozione del provvedimento. Evidenziano come l'area su cui sorge il manufatto sarebbe completamente edificata e urbanizzata e contestano l'irragionevolezza della motivazione posta a fondamento del diniego, senza indicare le disposizioni edilizie che ostacolerebbero il rilascio della sanatoria. Inoltre, denunciano la violazione degli artt. 31, 33, della legge n. 47/1985, in quanto l'opera sarebbe stata realizzata nel 1964 ed insiste su di un'area soggetta ad un vincolo che non importa l'inedificabilità assoluta. Infine, si richiama la disciplina dell'art. 35 della legge n. 47/1985 sul silenzio assenso, senza tuttavia formulare domanda di accertamento.

Ad avviso del TAR, il gravame è infondato.

La effettiva natura degli abusi depone per la loro sussumibilità nell'alveo di quelli contemplati all'art. 32 del D.L. 269/2003, tipologia 1 (abusivi maggiori).

La ragione del diniego fondata sul vincolo di inedificabilità assoluta ai sensi dell'art. 32, comma 27, lett. d), del d.l. n. 269/2003, resiste quindi alle censure sollevate da parte ricorrente.

In pendenza del procedimento di condono, invero, l'immobile era stato oggetto di importanti opere edilizie, implicanti la totale trasformazione del fabbricato, attraverso la sopraelevazione per due livelli.

La giurisprudenza ha precisato che nei procedimenti di condono edilizio la domanda di condono è soggetta alla disciplina di favore vigente al momento della presentazione della domanda e tale disciplina trova applicazione laddove risulti in concreto inverata la fattispecie astratta da essa prevista (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 21.4.2023, n. 4074). Ha chiarito inoltre che la normativa sul condono postula la permanenza dell'immobile da regolarizzare e non ammette, in pendenza del procedimento di condono, la realizzazione di opere aggiuntive venendo meno l'attuale riconoscibilità del manufatto originario oggetto dell'istanza di condono, sicché i manufatti oggetto della richiesta, fino al momento dell'eventuale concessione della sanatoria, restano comunque abusivi al pari degli ulteriori interventi realizzati sugli stessi (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.3.2023, n. 2568).

Il Comune ha quindi correttamente agito in quanto con riferimento al diniego del condono del 1986 in quanto, una volta presentata la domanda di condono, l'interessato non può modificare lo

stato dei luoghi esistente al momento della presentazione della domanda e in relazione ai quali l'Amministrazione è chiamata a definire il procedimento attivato.

In conclusione, il gravame è infondato ed è stato respinto.

<https://www.pausania.it/sugli-interventi-edilizi-in-pendenza-del-procedimento-di-condono-di-fabio-cusano/>

Il permesso di costruire per cambio d'uso dei locali accessori, di Fabio Cusano

Con sentenza 3 novembre 2023, n. 16323, il TAR Roma, sez. Il stralcio, ha ribadito che la circostanza che l'abuso sia anche oggetto di un provvedimento di sequestro preventivo penale non inficia la legittimità dell'ordine di demolizione, in quanto non incide su alcuno dei presupposti previsti dalla legge per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'amministrazione. Il provvedimento di sequestro di cui all'art. 321 c.p.p. è invero finalizzato a impedire l'ulteriore protrazione del reato e non preclude affatto l'ottemperanza all'ordine di ripristino adottato in via amministrativa, la quale deve quindi considerarsi sempre possibile, previa espressa autorizzazione del giudice penale competente. Non può dunque configurarsi alcuna impossibilità giuridica dell'ottemperanza, giacché la parte colpita dall'ingiunzione, siccome tenuta a eseguire l'ordine amministrativo, ha l'onere di richiedere tempestivamente il dissequestro del manufatto finalizzato all'esecuzione dell'ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi. Inoltre, nell'ambito di una unità immobiliare ad uso residenziale, devono distinguersi i locali abitabili in senso stretto dagli spazi "accessori" che, secondo lo strumento urbanistico vigente, non hanno valore di superficie edificabile e non sono presi in considerazione come superficie residenziale all'atto del rilascio del permesso di costruire: autorimesse, cantine e locali di servizio rientrano, di norma, in questa categoria. Perciò non è possibile ritenere urbanisticamente irrilevante la trasformazione di un garage, di un magazzino o di una soffitta in un locale abitabile; senza considerare i profili igienico-sanitari di abitabilità del vano, in ogni caso si configura, infatti, un ampliamento della superficie residenziale e della relativa volumetria autorizzate con l'originario permesso di costruire. Quindi, deve ritenersi che il cambio di destinazione d'uso tra locali accessori e vani ad uso residenziale integra una modificazione edilizia con effetti incidenti sul carico urbanistico, con conseguente assoggettamento al regime del permesso di costruire e ciò indipendentemente dall'esecuzione di opere.

L'odierno ricorrente ha impugnato il provvedimento di sospensione dei lavori in corso e la successiva ordinanza di demolizione.

L'Amministrazione contesta una serie di difformità dei lavori in corso di realizzazione rispetto a quelli comunicati a mezzo DIA ritenute tali da incidere sul titolo edilizio necessario per la loro realizzazione in quanto incidenti sul carico urbanistico.

Il TAR ritiene che il ricorso sia infondato e debba, pertanto, essere rigettato.

In via preliminare, l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che la circostanza che l'abuso sia anche oggetto di un provvedimento di sequestro preventivo penale non inficia la legittimità dell'ordine di demolizione, in quanto non incide su alcuno dei presupposti previsti dalla legge per l'esercizio del potere sanzionatorio dell'Amministrazione. Il provvedimento di sequestro di cui all'art. 321 c.p.p. è invero finalizzato a impedire l'ulteriore protrazione del reato e non preclude affatto l'ottemperanza all'ordine di ripristino adottato in via amministrativa, la quale deve quindi considerarsi sempre possibile, previa espressa autorizzazione del giudice penale competente. Non può dunque configurarsi alcuna impossibilità giuridica dell'ottemperanza, giacché la parte colpita dall'ingiunzione, siccome tenuta a eseguire l'ordine amministrativo, ha l'onere di richiedere tempestivamente il dissequestro del manufatto finalizzato all'esecuzione dell'ordine di demolizione e ripristino dello stato dei luoghi (cfr. ex multis TAR Lazio, Roma, sez. Il quater, 4 gennaio 2019, n. 139; T.A.R., Palermo, sez. III, 04/07/2017, n. 1776).

Per quanto concerne gli interventi che, nella prospettazione dell'Amministrazione, hanno determinato il cambio di destinazione d'uso del locale garage, gli stessi non possono essere singolarmente considerati come vorrebbe parte ricorrente ma vanno valutati, come correttamente rilevato dall'amministrazione comunale, complessivamente ai fini dell'individuazione del titolo edilizio necessario alla loro esecuzione.

La giurisprudenza ritiene, infatti, che per il cambio di destinazione d'uso di locali accessori in vani ad uso residenziale, ipotesi ricorrente nel caso di specie, sia necessario il permesso di costruire: "Nell'ambito di una unità immobiliare ad uso residenziale, devono distinguersi i locali abitabili in senso stretto dagli spazi « accessori » che, secondo lo strumento urbanistico vigente, non hanno valore di superficie edificabile e non sono presi in considerazione come superficie residenziale all'atto del rilascio del permesso di costruire: autorimesse, cantine e locali di servizio rientrano, di norma, in questa categoria. Perciò non è possibile ritenere urbanisticamente irrilevante la trasformazione di un garage, di un magazzino o di una soffitta in un locale abitabile; senza considerare i profili igienico-sanitari di abitabilità del vano, in ogni caso si configura, infatti, un ampliamento della superficie residenziale e della relativa volumetria autorizzate con l'originario permesso di costruire. Quindi, deve ritenersi che il cambio di destinazione d'uso tra locali accessori e vani ad uso residenziale integra una modificazione edilizia con effetti incidenti sul carico urbanistico, con conseguente assoggettamento al regime del permesso di costruire e ciò indipendentemente dall'esecuzione di opere" (ex multis, T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 14/05/2018, n. 742).

Peraltro, una volta appurata l'esecuzione di opere in assenza di permesso di costruire, non costituisce onere dell'Amministrazione Comunale verificare la sanabilità delle stesse (a seguito di accertamento di conformità) in sede di vigilanza sull'attività edilizia, essendo per legge rimessa ogni iniziativa in merito all'impulso del privato interessato.

Sotto altro profilo, nessuna rilevanza nella fattispecie può essere attribuita alle valutazioni sulla consistenza dell'abuso che sono state effettuate nell'ambito del procedimento penale in ragione dell'autonomia e della separazione tra giudizio penale e giudizio amministrativo.

Nel caso di specie, d'altro canto, il giudice penale avrebbe ritenuto la tenuità dei fatti contestati e non accertato la loro insussistenza. Il giudicato penale, in ogni caso, non determina un vincolo assoluto all'amministrazione per l'accertamento dei fatti rilevanti nell'attività di vigilanza edilizia e urbanistica.

Alla luce delle considerazioni svolte, il ricorso è stato rigettato.

<https://www.pausania.it/il-permesso-di-costruire-per-cambio-duso-dei-locali-accessori-di-fabio-cusano/>

Ancora sui poteri di vigilanza del Comune sulla CILA, di Fabio Cusano

Con sentenza 5 ottobre 2023, n. 2200, TAR Salerno, sez. II, ha ribadito che, ai sensi dell'art. 21-septies della L. 241/1990, il diniego di una CILA è nullo, in quanto espressivo di un potere non tipizzato nell'art. 6-bis del D.P.R. 380/2001, salva e impregiudicata l'attività di vigilanza contro gli abusi e l'esercizio della correlata potestà repressiva dell'ente territoriale. Infatti, l'attività assoggettata a CILA non solo è libera, come nei casi di SCIA, ma, a differenza di quest'ultima, non è sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere soltanto conosciuta dall'amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio. Ne consegue che ci si trova di fronte a un confronto tra un potere meramente sanzionatorio (in caso di CILA) con un potere repressivo, inibitorio e conformativo, nonché di autotutela (con la SCIA).

Il ricorrente è titolare di immobili, assentiti con i titoli edilizi abilitativi della concessione edilizia e della S.C.I.A.; il Comune disponeva la sospensione di una C.I.L.A. per lavori di manutenzione ordinaria e straordinaria; il ricorrente inoltrava istanza di accesso agli atti per conoscere il contenuto della nota; tale istanza è rimasta inevasa e, conseguentemente, essendo decorsi 30 giorni dal suo inoltro, si formava il silenzio-diniego; con gravame, la parte ricorrente agisce per l'annullamento del provvedimento sospensivo, nonché del silenzio diniego formatosi sull'istanza di accesso agli atti; agisce, altresì, per l'accertamento e la declaratoria del diritto di accesso agli atti del ricorrente e per l'adozione dell'ordine di esibizione dei documenti, da parte dell'Amministrazione Comunale, ex art. 116, comma 4, D.Lgs. n. 104/2010.

Ad avviso del TAR, il gravame è manifestamente fondato e, come tale, è meritevole di accoglimento.

La materia del contendere verte sulla legittimità o meno del provvedimento sospensivo della CILA, oggetto della presente impugnazione; ed invero, sulla base della disamina della documentazione in atti, la nota gravata si appalesa nulla, ex art. 21 septies della l. n. 241/1990, in quanto emanata extra ordinem, al di fuori del perimetro dei poteri repressivi normativamente tipizzati. Il regime proprio dell'attività edilizia subordinata alla presentazione della CILA, a differenza di quello proprio dell'attività edilizia subordinata alla presentazione della SCIA, non prevede una fase di controllo successivo con eventuale esito inibitorio; in relazione alla tipologia di interventi ex art. 6 bis del d.p.r. n. 380/2001 l'amministrazione dispone, dunque, di un unico potere, che è quello sanzionatorio da esercitarsi nel caso in cui le opere realizzate risultino in contrasto con la disciplina urbanistico-edilizia.

Il TAR si è già pronunciato sul punto, nella sentenza del 10.10.2022 n. 2627, ed il Collegio aderisce alle conclusioni argomentative: "sulla scorta di un indirizzo pretorio consolidato in subiecta materia (cfr. TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, n. 2052/2018; n. 126/2020; TAR Campania, Salerno, sez. II, n.764/2020), è nullo, ai sensi dell'art. 21 septies l. n. 241/1990, il diniego di una CILA, in quanto espressivo di un potere non tipizzato nell' art. 6 bis d.P.R. n. 380/2001, salva e impregiudicata l'attività di vigilanza contro gli abusi e l'esercizio della correlata potestà repressiva dell'ente territoriale; l'attività assoggettata a CILA non solo è libera, come nei casi di SCIA, ma, a differenza di quest'ultima, non è sottoposta a un controllo sistematico, da espletare sulla base di procedimenti formali e di tempistiche perentorie, ma deve essere soltanto conosciuta dall'amministrazione, affinché essa possa verificare che, effettivamente, le opere progettate importino un impatto modesto sul territorio, conseguendo a ciò che ci si trova di fronte a un confronto tra un potere meramente sanzionatorio (in caso di CILA) con un potere repressivo, inibitorio e conformativo, nonché di autotutela (con la SCIA) ... quindi, la CILA non può essere

oggetto di una valutazione in termini di ammissibilità o meno dell'intervento, da parte dell'amministrazione comunale», non essendo, «al contempo, a quest'ultima ... precluso il potere di controllare la conformità dell'immobile oggetto di CILA alle prescrizioni vigenti in materia» (sent. n. 1935/2020; n. 1383/2021; n. 1459/2021); un eventuale pronunciamento anticipato dell'amministrazione in ordine alla legittimità degli interventi comunicati con CILA riveste carattere non già provvedimentale, bensì meramente informativo, non rispondendo ad un potere normativamente tipizzato (cfr., in tal senso, TAR Veneto, Venezia, sez. II, n. 415/2015; TAR Toscana, Firenze, sez. III, n. 1625/2016)».

Pertanto, la nota, oggetto della presente impugnativa, è nulla; e va, del pari, accolta la domanda di accesso agli atti per conoscere il contenuto della nota.

Il TAR ravvisa la sussistenza dei presupposti legalmente cristallizzati nella legge n. 241 del 1990; la legittimazione a richiedere l'accesso agli atti amministrativi, infatti, presuppone la dimostrazione che gli atti oggetto dell'istanza siano in grado di spiegare effetti diretti o indiretti nella sfera giuridica dell'istante; la posizione da tutelare deve risultare comunque collegata ai documenti oggetto della richiesta di accesso; il rapporto di strumentalità appena descritto deve, poi, apparire dalla motivazione enunciata nella richiesta di accesso; richiesta che non può dunque ridursi al richiamo a mere e generiche esigenze difensive ma che deve fornire la prova dell'esistenza di un puntuale interesse alla conoscenza della documentazione stessa e della correlazione logico-funzionale intercorrente tra la cognizione degli atti e la tutela della posizione giuridica del soggetto che esercita il diritto, permettendo di capire la coerenza di tale interesse con gli scopi alla cui realizzazione il diritto di accesso è preordinato (T.A.R. Roma, sez. III, 01/08/2018, n. 8584); tutto questo implica inevitabilmente che la domanda di accesso debba avere un oggetto determinato o quanto meno determinabile, non potendo essere generica e dovendo, per contro, riferirsi a specifici documenti senza necessità di un'attività di elaborazione di dati da parte del soggetto destinatario della richiesta (T.A.R. Parma, sez. I, 03/11/2020, n.189).

Calando le coordinate ermeneutiche nella fattispecie in esame, si riscontra, in capo alla ricorrente, la titolarità di un interesse concreto ed attuale all'ostensione documentale, funzionalizzata alla tutela strumentale del diritto di difesa.

Dunque, il ricorso è stato accolto.

<https://www.pausania.it/ancora-sui-poteri-di-vigilanza-del-comune-sulla-cila-di-fabio-cusano/>

L'Adunanza Plenaria sull'ordine di demolizione (AP 16/2023), di Fabio Cusano

Con sentenza 11 ottobre, 2023, n. 16, il Consiglio di Stato, A.P., ha sancito che la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione *contra ius* e costituisce un illecito amministrativo omissivo *propter rem*, distinto dal precedente illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive. Inoltre, la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario – alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del D.P.R. 380/2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del D.P.R. 380/2001 medesimo o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza. Altresì, l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del D.P.R. 380/2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo *propter rem* – l'acquisto ipso iure del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva). Ancora, l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato. Infine, la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del D.P.R. 380/2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della L. 164/2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore.

La Sezione remittente formula all'Adunanza Plenaria i seguenti quesiti:

I) se, e in che limiti, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione adottata ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, abbia effetti traslativi automatici che si verificano alla scadenza del termine di novanta giorni assegnato al privato per la demolizione;

II) se l'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 sanzioni l'illecito costituito dall'abuso edilizio o, invece, un illecito autonomo di natura omissiva, *id est*, l'inottemperanza alla ingiunzione di demolizione;

III) se l'inottemperanza all'ordine di demolizione configuri un illecito permanente ovvero un illecito istantaneo ad effetti eventualmente permanenti;

IV) se la sanzione di cui all'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 possa essere irrogata nei confronti di soggetti che hanno ricevuto la notifica dell'ordinanza di demolizione prima dell'entrata in vigore della L. n. 164 dell'11 novembre 2014, quando il termine di novanta giorni, di cui all'art. 31, comma 3, risulti a tale data già scaduto e detti soggetti più non possano demolire un bene non più loro, sempre sul presupposto che a tale data la perdita della proprietà in favore del Comune costituisca un effetto del tutto automatico.

Invero, pur se in nessuno dei quesiti formulati dalla Sezione Sesta vi è un espresso richiamo a tale posizione, la motivazione dell'ordinanza di rimessione – così come la motivazione della sentenza del TAR impugnata in questa sede – si è diffusamente soffermata sulle peculiarità che caratterizzano il diritto reale della nuda proprietà.

Nell'esaminare la posizione del nudo proprietario, l'Adunanza Plenaria ritiene peraltro che vadano nettamente distinte due fattispecie.

La prima fattispecie si ha quando, come è avvenuto nel caso in esame, l'illecito edilizio sia stato commesso dal proprietario anche possessore del bene, il quale – dopo la commissione degli abusi – ponga in essere un atto a titolo derivativo in favore di un avente causa (sia esso una compravendita, una donazione o un altro contratto avente effetti reali).

In tale frequente ipotesi, come ha evidenziato la pacifica giurisprudenza di questo Consiglio e ha rimarcato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017, l'acquirente – tenuto secondo l'ordinaria diligenza ad informarsi della situazione giuridica in cui si trova l'immobile oggetto del contratto – subentra nella medesima posizione giuridica del suo dante causa, è obbligato propter rem ad effettuare la demolizione e il Comune deve emanare gli atti previsti dagli articoli 27 e 31 del testo unico n. 380 del 2001, così come li avrebbe potuti emanare nei confronti del dante causa e cioè deve emanare sia l'ordinanza di demolizione che il successivo atto di accertamento dell'inottemperanza. Il caso in esame rientra pienamente in questa fattispecie.

La seconda fattispecie – alla quale si attagliano le argomentazioni dell'ordinanza di rimessione – si ha quando l'usufruttuario, all'insaputa del nudo proprietario, commetta abusi edilizi sul bene oggetto del proprio diritto reale in re aliena e dunque quando il bene – al momento della commissione dell'illecito – sia già nella contitolarità del nudo proprietario e dell'usufruttuario.

In relazione a tale ipotesi, il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario, risultando condivisibili e dovendosi qui ribadire le argomentazioni poste dal Consiglio di Stato a base della sentenza n. 2769 del 2023:

– “il nudo proprietario di un terreno non perde la disponibilità del bene, sebbene concesso in usufrutto a terzi” e “l'usufruttuario, ancorché possessore rispetto ai terzi, è, nel rapporto con il nudo proprietario, mero detentore del bene”;

– “la giurisprudenza riconosce la legittimazione del nudo proprietario ad agire in giudizio contro tutti coloro che mettono in atto ingerenze sulla cosa oggetto di usufrutto” (cfr. Cass. Civ., Sez. II, 21 febbraio 2019, n. 5147);

– “il nudo proprietario non si trova affatto, contrariamente a quanto assume la odierna appellante, in posizione tale da non potersi opporre alla realizzazione, sull'immobile concesso in usufrutto, di opere abusive, né che gli è precluso di agire direttamente, o per via giudiziale, per procedere al ripristino dello stato dei luoghi” e “argomenti in tal senso si ricavano prima ancora dal diritto positivo: sia dall'art. 1005 c.c. che pone a carico del nudo proprietario le riparazioni straordinarie, sia dall'art. 1015 che – con un'elencazione di comportamenti ritenuta per lo più esemplificativa e non tassativa – annovera gli abusi dell'usufruttuario tra le cause di decadenza dell'usufrutto e prevede una serie di rimedi attivabili dal nudo proprietario”;

– risulta “legittima l'ordinanza di rimozione di opere abusive diretta anche al nudo proprietario”, poiché egli può attivarsi per recuperare il pieno godimento dell'immobile e provvedere direttamente alla rimozione delle opere abusivamente realizzate, potendo, in particolare in caso di opposizione dell'usufruttuario, agire in giudizio a tale scopo: è evidente che la domanda giudiziale con cui il nudo proprietario chieda accertarsi il suo diritto/dovere di rimuovere opere edilizie abusivamente realizzate sull'immobile concesso in usufrutto, essendo idonea a prenotare gli effetti scaturenti dalla futura sentenza, potrebbe precludere l'acquisizione del bene al patrimonio dell'Amministrazione, a seguito del vano decorso del termine assegnato per la demolizione.

D'altra parte, l'ordine di demolizione – allorquando sia emesso nei confronti del nudo proprietario, oltre che nei confronti dell'usufruttuario autore dell'illecito – radica un dovere in capo allo stesso nudo proprietario, consentendogli di attivarsi per ripristinare l'ordine giuridico violato dal responsabile dell'abuso e per evitare di perdere il proprio diritto reale a causa dell'illecito comportamento altrui.

L'ordine di demolizione costituisce quel *factum principis* che – a tutela dei sopra richiamati

valori costituzionali – impone al nudo proprietario di attivarsi, qualora intenda mantenere il proprio diritto reale.

Va ancora ribadito, sotto tale profilo, il principio formulato dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 9 del 2017, per il quale “gli ordini di demolizione di costruzioni abusive, avendo carattere reale, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile (l'estraneità agli abusi assumendo comunque rilievo sotto altri profili), applicandosi anche a carico di chi non abbia commesso la violazione, ma si trovi al momento dell'irrogazione in un rapporto con la res tale da assicurare la restaurazione dell'ordine giuridico violato”.

Una volta rilevato che nel caso di abuso commesso dall'usufruttuario il Comune deve emanare l'ordinanza di demolizione anche nei confronti del nudo proprietario, si deve approfondire l'ulteriore questione se – nel caso di inottemperanza – l'atto di acquisizione vada anch'esso emanato nei confronti del nudo proprietario.

Tale questione va risolta senz'altro nel senso affermativo.

L'ordinanza di demolizione contiene non solo l'ordine di ripristino, ma anche l'avviso che la sua mancata ottemperanza comporterà la perdita del diritto di proprietà secondo un meccanismo che comporta l'estinzione ex lege del diritto in capo al proprietario e la sua acquisizione al patrimonio pubblico.

La regola della acquisizione di diritto con la scadenza del termine di 90 giorni si applica nei confronti di tutti coloro che siano stati destinatari dell'ordinanza di demolizione e dunque anche nei confronti del nudo proprietario che abbia in precedenza avuto la notifica della medesima ordinanza.

Peraltro, anche nei confronti del nudo proprietario si applica il principio per il quale l'atto di acquisizione non può essere emesso quando risulti la non imputabilità della mancata ottemperanza da parte del destinatario dell'ordine di demolizione.

Anche il nudo proprietario, dunque, può dedurre e comprovare di essere stato impossibilitato ad effettuare la demolizione, in ragione di una malattia completamente invalidante, che non gli consente di compiere gli atti giuridici necessari all'uopo, né direttamente, né per interposta persona.

Con riferimento al caso in esame, non si pongono però questioni sulla non imputabilità all'appellante della mancata ottemperanza.

Per tutte le ragioni sopra esposte, il secondo motivo di appello risulta infondato e va respinto.

Stessa sorte segue il terzo motivo di appello, con il quale si deduce l'illegittimità derivata dell'accertamento di inottemperanza, che recepirebbe i vizi dell'ordinanza di demolizione.

In disparte la sua stessa ammissibilità per violazione del principio di specificità, la circostanza che l'ordine di demolizione abbia superato indenne il vaglio di legittimità del giudice amministrativo, con la sentenza n. 2769/2023, non consente di scrutinare favorevolmente la doglianza in esame. Vale, infatti, il principio secondo il quale, qualora l'ordinanza di demolizione dell'opera abusiva diventi inoppugnabile, gli atti ad essa consequenziali possono essere impugnati solo per vizi propri (cfr. ex plurimis, Cons. St., Sez. V, 11 luglio 2014, n. 3565).

Sulla base delle considerazioni che precedono, l'Adunanza Plenaria nell'esaminare i quesiti proposti enuncia i seguenti principi di diritto: a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione contra ius e costituisce un illecito amministrativo omissivo propter rem, distinto dal precedente primo illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive; b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario – alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza

prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza; c) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo propter rem – l'acquisto ipso iure del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva); d) l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato.

Deve a questo punto passarsi all'esame del primo motivo di appello con il quale si contesta nella sostanza l'irrogazione della sanzione pecuniaria di cui al comma 4-bis del citato art. 31 in capo all'appellante per violazione del principio di irretroattività, poiché il suo illecito – consistente nella mancata ottemperanza all'ordine di demolizione – è stato commesso prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014.

Il motivo è fondato e, pertanto, il gravame in esame va in parte accolto.

Il comma 4 bis del citato art. 31 prevede che: "L'autorità competente, constatata l'inottemperanza, irroga una sanzione amministrativa pecuniaria".

La formulazione della disposizione non lascia adito a dubbi quanto al fatto che la sanzione pecuniaria è irrogata in ragione dell'inottemperanza all'ordine di demolizione: l'accertamento deve necessariamente precedere l'irrogazione della sanzione.

La condotta colpevolmente omissiva del destinatario dell'ordine di demolizione comporta, quindi, per il proprietario una duplice sanzione: a) la perdita della proprietà del bene; b) una sanzione pecuniaria variabile da 2.000 a 20.000 euro.

Si tratta di sanzioni che vengono irrogate a causa del mancato adempimento all'ordine di demolire, ossia in ragione di un illecito ad effetti permanenti, che si consuma con lo scadere del termine di 90 giorni assegnato dall'autorità amministrativa con l'ordine di demolizione: il loro presupposto è l'accertamento dell'inottemperanza dell'ordine di demolizione.

Deve, pertanto, concludersi nel senso che si è in presenza di un illecito ad effetti permanenti, in quanto la perdita del bene abusivo e dell'area di sedime consegue all'inerzia nel demolire protrattasi oltre il termine di 90 giorni assegnato dall'autorità.

Come sopra evidenziato, l'acquisto del bene avviene ope legis, sicché l'atto di accertamento dell'inottemperanza ha natura dichiarativa.

Sulla base dei principi nazionali e tenuto anche conto dei principi espressi dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza Engel e altri c. Paesi Bassi 8 giugno 1976, la sanzione pecuniaria in questione ha la finalità di prevenzione generale e speciale, mirando a dissuadere dalla commissione degli illeciti edilizi e a salvaguardare il territorio nazionale: il comma 4-bis sanziona chi non si è adoperato per porre rimedio alle conseguenze derivanti dagli abusi realizzati direttamente o a causa della mancata vigilanza sui propri beni.

Rilevano pertanto i seguenti tre principi: a) il principio di irretroattività, desumibile nella materia sanzionatoria dall'art. 1 della legge n. 689 del 1981, oltre che dall'articolo 11 delle disposizioni preliminari al codice civile; b) il principio di certezza dei rapporti giuridici, perché chi non ha ottemperato all'ordine di demolizione, facendo decorrere il termine di 90 giorni prima

dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014, ha compiuto una omissione (che nella specie è maturata nel mese di luglio 2014) in un quadro normativo che prevedeva 'unicamente' la conseguenza della perdita della proprietà e non anche quella della irrogazione della sanzione pecuniaria; c) il principio di tipicità e il principio di coerenza, poiché – come si è sopra evidenziato – col decorso del termine di 90 giorni il responsabile non può più demolire il manufatto abusivo, poiché non è più suo, sicché non è più perdurante l'illecito omissivo (in quanto si è 'consumata' la fattispecie acquisitiva), sicché l'applicazione dell'art. 31, comma 4-bis, anche alle ipotesi in cui il termine di 90 giorni era già decorso prima della sua entrata in vigore, comporterebbe l'applicazione di una sanzione per una omissione giuridicamente non più sussistente, essendo preclusa ogni modifica del bene in assenza di ulteriori determinazioni del Comune sulla gestione del bene divenuto ormai suo.

Nel caso all'esame dell'Adunanza Plenaria, essendo stati violati i principi sopra esposti, si deve annullare il provvedimento impugnato in primo grado, nella parte in cui esso ha irrogato la sanzione pecuniaria.

Va pertanto enunciato il seguente principio di diritto: la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore.

In via riassuntiva, rispetto ai quesiti formulati devono darsi le seguenti risposte:

a) la mancata ottemperanza all'ordine di demolizione entro il termine da esso fissato comporta la perduranza di una situazione contra ius e costituisce un illecito amministrativo omissivo propter rem, distinto dal precedente illecito – avente anche rilevanza penale – commesso con la realizzazione delle opere abusive;

b) la mancata ottemperanza – anche da parte del nudo proprietario – alla ordinanza di demolizione entro il termine previsto dall'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, impone l'emanazione dell'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, tranne il caso in cui sia stata formulata l'istanza prevista dall'art. 36 del medesimo d.P.R. o sia stata dedotta e comprovata la non imputabilità dell'inottemperanza;

c) l'atto di acquisizione del bene al patrimonio comunale, emesso ai sensi dell'art. 31, comma 3, del d.P.R. n. 380 del 2001, ha natura dichiarativa e comporta – in base alle regole dell'obbligo propter rem – l'acquisto ipso iure del bene identificato nell'ordinanza di demolizione alla scadenza del termine di 90 giorni fissato con l'ordinanza di demolizione. Qualora per la prima volta sia con esso identificata l'area ulteriore acquisita, in aggiunta al manufatto abusivo, l'ordinanza ha natura parzialmente costitutiva in relazione solo a quest'ultima (comportando una fattispecie a formazione progressiva);

d) l'inottemperanza all'ordinanza di demolizione comporta la novazione oggettiva dell'obbligo del responsabile o del suo avente causa di ripristinare la legalità violata, poiché, a seguito dell'acquisto del bene da parte dell'Amministrazione, egli non può più demolire il manufatto abusivo e deve rimborsare all'Amministrazione le spese da essa sostenute per effettuare la demolizione d'ufficio, salva la possibilità che essa consenta anche in seguito che la demolizione venga posta in essere dal privato;

e) la sanzione pecuniaria prevista dall'art. 31, comma 4-bis, del d.P.R. n. 380 del 2001 non può essere irrogata nei confronti di chi – prima dell'entrata in vigore della legge n. 164 del 2014 – abbia già fatto decorrere inutilmente il termine di 90 giorni e sia risultato inottemperante all'ordine di demolizione, pur se tale inottemperanza sia stata accertata dopo la sua entrata in vigore.

<https://www.pausania.it/adunanza-plenaria-sullordine-di-demolizione-ap-16-2023-di-fabio-cusano/>

Il principio di indifferenza del titolo nella demolizione di opere in zone vincolate, di Fabio Cusano

Con sentenza 5 settembre 2023, n. 4976, il TAR Napoli, sez. VIII, ha ribadito che 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 (DIA/SCIA o permesso di costruire); 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.

L'amministrazione comunale procedeva ad una serie di sopralluoghi finalizzati ad accertare la realizzazione di presunti abusi edilizi presso la proprietà del ricorrente, per presunti interventi difformi rispetto al progetto di cui alla S.C.I.A. e alla relativa autorizzazione sismica. In esito al suddetto sopralluogo, era redatta la relazione istruttoria, dalla quale sono emersi interventi non giustificati da alcun titolo edilizio.

A seguito delle rilevate difformità, il Responsabile del Servizio Tecnico ha emesso l'ordinanza recante l'ingiunzione di sospensione dei lavori, demolizione e ripristino dello stato dei luoghi degli interventi abusivi realizzati al fabbricato urbano.

Il ricorrente ha impugnato l'ordinanza.

Il ricorso ed i relativi motivi aggiunti sono infondati.

Sulla base dell'accertamento dell'avvenuta esecuzione degli interventi contestati, l'amministrazione emanava l'ordinanza impugnata contestando la violazione dell'art. 31, comma 1, dell'art 32, commi 1, lettere a), b), d), e), e comma 3, dell'art. 33, comma 1, d.p.r. 380/2001 in quanto gli interventi realizzati erano stati considerati variazioni essenziali tali che avrebbero richiesto non una semplice SCIA bensì il permesso di costruire.

Sul punto, va considerato che la qualificazione sostanziale delle variazioni determina un diverso regime giuridico autorizzatorio, dovendosi distinguersi tra "variazioni in senso proprio" e "variazioni essenziali".

Le "variazioni in senso proprio" consistono in modificazioni qualitative o quantitative di non rilevante consistenza rispetto al progetto approvato, tali da non comportare un sostanziale e radicale mutamento del nuovo elaborato rispetto a quello oggetto di approvazione. Le stesse sono soggette al rilascio di permesso in variante, complementare ed accessorio, anche per il profilo temporale della normativa operante, rispetto all'originario permesso a costruire.

Le "variazioni essenziali" costituiscono invece in modificazioni quali-quantitative rilevanti rispetto al progetto originario, tali da risultare incompatibili rispetto ai parametri indicati dall'art. 32 d.p.r. 380/2001. Le stesse sono pertanto soggette al rilascio di un permesso a costruire nuovo ed autonomo rispetto a quello originario con conseguente riferimento alle disposizioni vigenti al momento di realizzazione della variante (TAR Campania, Salerno, 29 gennaio 2019, n. 204; Cassazione penale, Sez. III, 13 giugno 2018, n. 34148).

Ai fini della qualificazione della tipologia di variante, soccorre la definizione di variazione essenziale declinata dall'art. 32 d.p.r. 380/2001, la quale, tra gli altri, ricomprende i seguenti interventi:

– mutamento della destinazione d'uso implicante alterazione degli standard di cui al dm 1444/1968;

– aumento consistente della cubatura o della superficie di solaio da valutare in relazione al progetto approvato;

- modifiche sostanziali dei parametri urbanistico-edilizi del progetto approvato ovvero della localizzazione dell'edificio sull'area di pertinenza;
- mutamento delle caratteristiche dell'intervento edilizio assentito;
- violazione delle norme vigenti in materia antisismica, quando non attenga a fatti procedurali.

Non sono invece ricomprese le modifiche incidenti sulle cubature accessorie, sui volumi tecnici e sulla distribuzione interna delle singole unità abitative.

Le domande di esecuzione di variazioni essenziali sono, dunque, sostanzialmente volte al rilascio di un nuovo ed autonomo permesso di costruire. Le stesse, di conseguenza, sono assoggettate alle disposizioni vigenti nel momento in cui sono presentate, non trattandosi più di modificare il progetto iniziale ma di realizzare un'opera diversa, nelle sue caratteristiche essenziali, rispetto a quella originariamente assentita.

Nella fattispecie in esame, le difformità riscontrate dal Comune rientrano nell'ambito delle previsioni di cui all'art. 32 d.p.r. 380/2001 ("variazioni essenziali"), con conseguente corretta applicazione del regime repressivo-ripristinatore di cui al precedente art. 31 ("alveo naturale e vincolato del ripristino dello stato dei luoghi") essendo inapplicabile la sanzione pecuniaria.

Ne discende che il mutamento di destinazione d'uso giuridicamente rilevante, assentibile solo mediante permesso di costruire, sia in presenza sia in assenza di opere edilizie, è quello tra categorie funzionalmente autonome dal punto di vista urbanistico ed influisce, in via consequenziale ed automatica, sul carico urbanistico senza necessità di ulteriori accertamenti in concreto, poiché la semplificazione delle attività voluta dal legislatore non si è spinta fino al punto di rendere tra loro omogenee tutte le categorie funzionali, le quali rimangono ontologicamente non assimilabili anche in caso di mancato incremento degli standard urbanistici, a conferma della scelta già operata con il D.m. 1444/1968 (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. III, 24 febbraio 2023, n. 1226).

In linea con costante e condivisa giurisprudenza, nell'ambito delle misure di repressione degli abusi edilizi, non sussiste alcuna necessità di motivare in modo particolare un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione di demolizione.

Peraltro, l'onere di fornire la prova dell'epoca di realizzazione dell'abuso incombe sull'interessato e non sull'Amministrazione, in quanto la stessa, in presenza di un'opera edilizia priva di titolo legittimante, ha il solo potere-dovere di sanzionarla (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VII, 31 gennaio 2019, n. 460).

La repressione degli abusi edilizi costituisce, infatti, espressione di attività strettamente vincolata, potendo la misura repressiva intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall'epoca della commissione dell'illecito. Non sussiste quindi alcuna necessità di motivare in modo particolare un provvedimento col quale sia stata ordinata la demolizione di un manufatto, anche quando sia trascorso un lungo periodo di tempo tra l'epoca della commissione dell'abuso e la data dell'adozione dell'ingiunzione, poiché l'ordinamento tutela l'affidamento solo qualora esso sia incolpevole, mentre la realizzazione e il consapevole mantenimento in loco di un'opera abusiva si concretizza in una volontaria attività del privato "contra legem" (cfr. TAR Campania, Napoli, sez. II, 12 febbraio 2018, n. 898; Cons. Stato, sez. VI, 3 ottobre 2017, n. 4580).

L'art. 31 d.p.r. 380/2001 prescrive al comma 2 che il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale, accertata l'esecuzione di interventi in assenza di permesso, in totale difformità dal medesimo, ovvero con variazioni essenziali, determinate ai sensi dell'articolo 32, ingiunge al proprietario e al responsabile dell'abuso la rimozione o la demolizione. È evidente che

nel caso di mancata individuazione del responsabile, l'ingiunzione non può che essere destinata al proprietario dell'immobile.

Nel caso di specie, non è revocabile in dubbio che la porzione dell'immobile interessata dalle opere abusive sia di proprietà del ricorrente.

Da ultimo, per consolidata e condivisa giurisprudenza, la repressione degli abusi edilizi è esercizio di attività vincolata, priva di contenuto discrezionale, per la quale non è necessaria la comunicazione di avvio del procedimento, prevista dall'art. 7 L. n. 241/1990. (cfr., ex multis, TAR Campania, Napoli, sez. VI, 8 febbraio 2023, n. 920).

In ogni caso, per effetto della previsione introdotta dall'art. 21-octies L. 241/1990, nei procedimenti preordinati all'emanazione di ordinanze di demolizione di opere edilizie abusive, l'asserita violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio – laddove si ritenesse anche in questo caso dovuta – non ha effetti invalidanti, specie quando emerga che il contenuto del provvedimento finale non avrebbe potuto essere diverso da quello che è stato in concreto adottato (cfr. ex multis, TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 7 febbraio 2023, n. 61).

Per quanto sopra il ricorso ed i relativi motivi aggiunti sono stati respinti.

<https://www.pausania.it/il-principio-di-indifferenza-del-titolo-nella-demolizione-di-opere-in-zone-vincolate-di-fabio-cusano/>

L'annullamento del titolo in sanatoria, di Fabio Cusano

Con sentenza 2 novembre 2023, n. 5943, il TAR Napoli, sez. VIII, ha ribadito che i provvedimenti amministrativi adottati sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione pubblica ex art. 21-novies della L. 241/1990 anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi (ridotto a dodici), fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nei confronti del dichiarante.

I ricorrenti hanno impugnato il provvedimento del 2020 con il quale il Comune di Caserta ha annullato il titolo abilitativo edilizio (condono edilizio) del 1997, rilasciato ai sensi della legge 724/94.

Ad avviso del TAR, il ricorso è infondato e va respinto.

Sono da respingere le prime due censure con le quali si sostiene che l'Amministrazione avrebbe violato 21-novies della legge n. 241/90 e il principio del legittimo affidamento, in considerazione del fatto che il provvedimento di annullamento del titolo abilitativo in sanatoria sarebbe stato adottato oltre il termine di diciotto mesi previsto dalla disposizione sopra citata e risulterebbe comunque carente di un'ideonea motivazione per quanto attiene l'assenza di una valutazione sull'interesse pubblico ritenuto prevalente.

Malgrado il tempo trascorso (23 anni dal condono) si è accertato che le opere non avrebbero potuto essere condonate in quanto non risultavano ultimate alla data prescritta dall'art. 39 della L. 724/1994 e, quindi, entro il 31 dicembre 1993.

È evidente che i ricorrenti hanno indotto in errore l'Amministrazione, mediante la sottoscrizione di un'apposita dichiarazione sostitutiva circa l'effettiva ultimazione delle opere oggetto del condono, dichiarando esistente un presupposto indispensabile per la concessione del condono, così come previsto dall'art. 39 comma 1 della L. 724/1994, presupposto poi rivelatosi del tutto assente.

Una tale circostanza è di per sé sufficiente a determinare l'insorgere di un obbligo di annullamento del titolo abilitativo già emanato e senza che sia possibile individuare affidamenti di sorta (T.A.R. Campania, Salerno, 13 luglio 2005, n. 127615).

Precedenti pronunce hanno confermato la natura vincolata dell'annullamento in caso di falsa, infedele, erronea o anche solo inesatta rappresentazione dello stato di fatto preesistente al rilascio del permesso illegittimo, circostanza che rende irrilevante l'atteggiamento doloso o colposo in cui versa il privato (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 17 ottobre 2016, n. 4737; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 23 marzo 2015, n. 654).

In presenza di un'erronea rappresentazione della realtà da parte del privato si è evidenziato come non hanno pregio le considerazioni dirette a evidenziare nemmeno il decorso di un lasso di tempo estremamente ampio (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 10 aprile 2014, n. 206645; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, 17 ottobre 2016, n. 4737).

Si è affermato, inoltre, che i provvedimenti amministrativi adottati sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione pubblica ex art. 21-novies della Legge n. 241/1990 anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nei confronti del dichiarante (Cons. giust. amm. Sicilia Sent., 07/01/2021, n. 12).

In tali fattispecie l'annullamento d'ufficio assume la caratterizzazione di un annullamento doveroso e, ciò stante la necessità di procedere al ripristino della legalità violata, circostanza che assume valore preponderante di talché l'interesse pubblico, che giustifica l'annullamento in

autotutela, è sussistente in re ipsa, in quanto vi è la prevalenza di dell'esigenza di rimuovere le illegittimità emerse.

In conclusione, l'infondatezza di tutte le censure proposte consente di respingere il ricorso.

<https://www.pausania.it/annullamento-del-titolo-in-sanatoria-di-fabio-cusano/>

Il cambio di destinazione d'uso in area vincolata, di Fabio Cusano

Con sentenza 8 novembre 2023, n. 16569, il TAR Roma, sez. IV ter, ha ribadito che nelle aree soggette a vincolo possono ritenersi suscettibili di sanatoria solo le opere di minore rilevanza, integrate dalle opere di restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria. Il cambio di destinazione d'uso di un immobile tra categorie non omogenee è riconducibile invece agli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 3, D.P.R. 380/2001, comma 1, lett. d), non potendo qualificarsi né come nuova costruzione, né come attività di manutenzione straordinaria, né tanto meno come attività di restauro o risanamento conservativo.

Le ricorrenti espongono di essere comproprietarie, iure successionis, dell'immobile; in relazione a detto immobile presentavano domanda di condono edilizio per modesti interventi di risanamento conservativo e ripristino dell'uso residenziale; tale domanda veniva rigettata per la presenza di vincoli sull'area con conseguente insanabilità dell'opera.

Sulla base delle previsioni dettate dall'art. 32, commi 26 e 27, del decreto legge n. 269 del 2003 e dagli artt. 2 e 3, comma 1, lettera b), della LR del Lazio n. 12 del 2004, possono ritenersi suscettibili di sanatoria, nelle aree soggette a vincoli, solo le opere di minore rilevanza, corrispondenti alle tipologie di illecito di cui ai nn. 4, 5 e 6 dell'Allegato 1 del decreto legge n. 269 del 2003, integrate dalle opere di restauro, risanamento conservativo e manutenzione straordinaria (ex plurimis, in termini: Tar Lazio, Roma, Sez. II bis, 17 febbraio 2015, n. 2705; 4 aprile 2017 n. 4225; 13 ottobre 2017, n. 10336; 11 luglio 2018, n. 7752; 24 gennaio 2019, n. 931; 9 luglio 2019, n. 9131; 13 marzo 2019, n. 4572; 2 dicembre 2019 n. 13758; 7 gennaio 2020, n. 90; 2 marzo 2020, n. 2743; 26 marzo 2020 n. 2660; 7 maggio 2020, n. 7487; 18 agosto 2020, n. 9252; Sez. Stralcio, 7 giugno 2022 n. 7384; 15 luglio 2022, n. 10072; Consiglio di Stato, Sez. VI, 17 gennaio 2020 n. 425), mentre per le altre tipologie di abusi, riconducibili alle tipologie di illecito di cui ai nn. 1, 2 e 3, del menzionato Allegato, interviene una preclusione legale alla sanabilità delle opere abusive.

Secondo la consolidata giurisprudenza, il cambio di destinazione d'uso di un immobile tra categorie non omogenee è riconducibile alla tipologia di abuso n. 3, e cioè agli interventi di ristrutturazione edilizia di cui all'art. 3, comma 1, lettera d), del DPR n. 380 del 2001, non potendo essi qualificarsi né come nuove costruzioni, né come attività di manutenzione straordinaria, né tanto meno come attività di restauro o risanamento conservativo (cfr. Tar Lazio, Il sez. stralcio, 19 giugno 2023, n. 2023); le considerazioni che precedono risultano viepiù confermate dall'ormai consolidata giurisprudenza amministrativa a rigore della quale il cambio di destinazione d'uso da abitazione ad ufficio, anche se eseguito senza opere, soggiace ormai al permesso di costruire, e ciò al pari della ristrutturazione edilizia c.d. "pesante".

In proposito, la giurisprudenza più recente del Consiglio di Stato ha affermato quanto segue (cfr. Cons. St., Sez. VI, 20 novembre 2018, n. 6562): "Non può condividersi dunque quanto talora affermato dalla giurisprudenza più risalente, secondo cui il cambio d'uso da abitazione ad ufficio, anche se eseguito senza opere, non sia mai soggetto a permesso di costruire, e ciò anche perché un immobile destinato ad attività professionale presuppone un traffico di persone e la necessità di servizi e, quindi, di "carico urbanistico" superiore a quello di una semplice abitazione. Pertanto, il mutamento di destinazione d'uso di un immobile deve considerarsi urbanisticamente rilevante e, come tale, soggetto di per sé all'ottenimento di un titolo edilizio abilitativo, con l'ovvia conseguenza che il mutamento non autorizzato della destinazione d'uso che alteri il carico urbanistico, integra una situazione di illiceità a vario titolo, che può e anzi deve essere rilevata dall'Amministrazione nell'esercizio del suo potere di vigilanza. Ed infatti, l'art. 7 della legge regionale Lazio 2 luglio 1987, n. 36 modificato dall'articolo 35 della legge regionale 11 agosto 2008, n. 15, stabilisce che "le modifiche di destinazione d'uso con o senza opere a ciò preordinate, quando hanno per oggetto le

categorie stabilite dallo strumento urbanistico generale, sono subordinate al rilascio di apposito permesso di costruire mentre quando riguardano gli ambiti di una stessa categoria sono soggette a denuncia di attività da parte del sindaco. Nei centri storici, come definiti dall' articolo 2 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, è di norma vietato il mutamento delle destinazioni d'uso residenziali". 6. Soltanto il cambio di destinazione d'uso fra categorie edilizie omogenee non necessita di permesso di costruire (in quanto non incidente sul carico urbanistico) mentre, allorché lo stesso intervenga tra categorie edilizie funzionalmente autonome e non omogenee, integra una vera e propria modificazione edilizia con incidenza sul carico urbanistico, con conseguente necessità di un previo permesso di costruire, senza che rilevi l'avvenuta esecuzione di opere. Dunque, il mutamento di destinazione d'uso di un fabbricato che determini, dal punto di vista urbanistico, il passaggio tra diverse categorie in rapporto di reciproca autonomia funzionale, comporta inevitabilmente un differente carico ed un maggiore impatto urbanistico, anche se nell'ambito di zone territoriali omogenee, da valutare in relazione ai servizi e agli standard ivi esistenti".

Nel provvedimento gravato l'Amministrazione, dopo aver fatto riferimento sia in parte motiva che in parte dispositiva alle caratteristiche dell'abuso (opere di risanamento conservativo e cambio d'uso da attività commerciale ad abitazione così come indicato nella domanda di condono), ha concluso per l'insanabilità dell'opera in quanto posta in area vincolata, con ciò conformandosi alla giurisprudenza di cui al punto che precede; al riguardo la giurisprudenza ha altresì chiarito che "il richiamo al vincolo paesaggistico insistente sull'area su cui sono stati realizzati gli abusi edilizi e alle caratteristiche di questi ultimi costituisce in primo luogo motivazione sufficiente a fondare i dinieghi di condono impugnati" (cfr. Cons. di Stato, sez. VII, 29 novembre 2022, n. 10495). In questo senso appare evidente che l'Amministrazione abbia ricondotto le opere ai c.d. abusi maggiori qualificando correttamente la domanda di condono che conteneva, invece, il riferimento ad un abuso minore (qualificazione che sarebbe stata corretta soltanto in caso di risanamento conservativo senza mutamento della destinazione d'uso).

Perdono quindi rilievo le considerazioni dei ricorrenti in ordine alla mancata notifica del preavviso di rigetto, posto che in caso di procedimenti vincolati, quale quello di condono edilizio, grava sull'istante l'onere di dimostrare che l'apporto fornito in sede procedimentale avrebbe potuto influire sul provvedimento finale (Consiglio di Stato sez. VI, 01/03/2018, n.1269 e Consiglio di Stato, sez. VI, 27/04/2020, n.2676); in questo senso l'art. 21 octies della l. n. 241/90 introduce un onere di allegazione e probatorio "rafforzato" a carico del privato che intende far valere la violazione delle garanzie partecipative offerte dall'art. 10 bis (Consiglio di Stato sez. VI, 30/04/2018, n.2585).

Nel caso in esame i ricorrenti non hanno fornito elementi in grado di incidere sulla determinazione finale dell'Amministrazione, insistendo per la riconducibilità delle opere alla categoria degli abusi, come detto smentita dalla giurisprudenza citata, con conseguente operatività nel caso in esame della particolare sanatoria prevista dall'art. 21 octies della l. 241/90 nella parte in cui stabilisce che "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Il TAR ha pertanto rigettato il ricorso.

<https://www.pausania.it/il-cambio-di-destinazione-duso-in-area-vincolata-di-fabio-cusano/>

Le variazioni essenziali assoggettabili a sanzione demolitoria, di Fabio Cusano

Con sentenza 2 novembre 2023, n. 604, il TAR Umbria, sez. I, ha ribadito che rientra nel concetto di “modifica sostanziale della localizzazione dell’edificio sull’area di pertinenza”, e quindi di variazione essenziale assoggettabile a sanzione demolitoria in virtù del combinato disposto degli artt. 31 e 32, D.P.R. 380/2001 (comma 1, lett. c), non solo lo spostamento del manufatto su un’area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista, ma anche ogni significativa traslazione dell’edificio in relazione alla localizzazione contenuta nelle tavole progettuali, capace di incidere sul rispetto delle prescrizioni normative in tema di distanze minime dalle strade o dai confini nonché sulla destinazione urbanistica dei suoli. Inoltre, risultano ininfluenti rispetto all’obbligo di acquisizione da parte dell’interessato di un nuovo permesso di costruire, la circostanza che le altre caratteristiche dell’intervento (sagoma, volumi, altezze etc.) siano rimaste invariate rispetto all’originario permesso di costruire, e l’assenza di ogni incidenza della variante sul regime dei distacchi e delle distanze.

I ricorrenti hanno impugnato il parere relativo alla regolarità urbanistica del fabbricato di cui si controverte.

Il parere impugnato con il ricorso introduttivo è un atto meramente endoprocedimentale, come tale insuscettibile di arrecare direttamente ed immediatamente una lesione alla sfera giuridica degli odierni ricorrenti. Il ricorso introduttivo è pertanto inammissibile. È stato rilevato che il meccanismo del silenzio assenso di cui all’art. 20 della legge n. 241/1990 non è configurabile allorché l’amministrazione debba rilasciare una vera e propria concessione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. II, 12 marzo 2020, n. 1788).

L’erogazione dei contributi per la ricostruzione costituisce una concessione traslativa, con conseguente inapplicabilità del citato art. 20 e, quindi, inconfigurabilità di alcun silenzio assenso a seguito del decorso del termine di conclusione del procedimento.

In secondo luogo, la normativa statale in materia di vigilanza sull’attività urbanistico-edilizia (artt. 31 e ss. del D.P.R. n. 380/2001) distingue tra interventi abusivi che comportano una trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio e interventi di modesto impatto, che non possiedono tale caratteristica.

Nell’ambito della prima categoria rientrano gli interventi indicati nell’art. 31 del D.P.R. n. 380/2001, ovvero quelli eseguiti «in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali» (fattispecie, quest’ultima, ulteriormente precisata dall’art. 32 del D.P.R. n. 380/2001), nonché quelli di ristrutturazione edilizia in assenza di permesso di costruire o in totale difformità (art. 33), che costituiscono nel loro insieme le fattispecie di abuso più gravi.

La seconda categoria comprende gli interventi eseguiti in parziale difformità dal permesso di costruire (art. 34).

La distinzione, come noto, rileva ai fini della individuazione del regime sanzionatorio, giacché per gli interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali la demolizione è l’unica sanzione applicabile, quale strumento per garantire l’equilibrio urbanistico violato, mentre solo per gli abusi meno gravi rientranti nell’ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo l’art. 34 del D.P.R. n. 380/2001 prevede, in ragione del minor pregiudizio causato all’interesse urbanistico, la possibilità di applicare la sanzione pecuniaria in sostituzione a quella demolitoria (tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 28 marzo 2022, n. 2273; Id., sez. II, 17 febbraio 2021, n. 1452; TAR Campania, Napoli, sez. III, 3 ottobre 2022, n. 6044; Id., sez. II, 11 dicembre 2019, n. 5893).

Ciò premesso, all’ipotesi della totale difformità dal permesso di costruire l’art. 31, co. 1, del D.P.R. n. 380/2001 riconduce «la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per

caratteristiche (...) planovolumetriche», ovvero attinenti alla forma, alla collocazione o alla distribuzione dei volumi assentiti.

Ad ogni modo, non è revocabile in dubbio che le ipotesi di totale difformità e di variazione essenziale consistente nella traslazione del manufatto in area diversa da quella prevista dal titolo abilitativo siano soggette al medesimo regime sanzionatorio. Infatti, «rientra nel concetto di “modifica sostanziale della localizzazione dell’edificio sull’area di pertinenza”, e quindi di variazione essenziale assoggettabile a sanzione demolitoria in virtù del combinato disposto degli artt. 31 e 32, comma 1, lett. c), del d. P.R. n. 380 del 2001, non solo lo spostamento del manufatto su un’area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista, ma anche ogni significativa traslazione dell’edificio in relazione alla localizzazione contenuta nelle tavole progettuali, capace di incidere sul rispetto delle prescrizioni normative in tema di distanze minime dalle strade o dai confini nonché sulla destinazione urbanistica dei suoli» (tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2020, n. 104).

Inoltre, «[a]i sensi dell’art. 32 lett. c), d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, costituisce variante essenziale rispetto al progetto approvato la modifica della localizzazione dell’edificio tale da comportare lo spostamento del fabbricato su un’area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista, trattandosi di modifica che comporta una nuova valutazione del progetto da parte dell’amministrazione concedente, sotto il profilo della sua compatibilità con i parametri urbanistici e con le connotazioni dell’area, mentre sono ininfluenti rispetto all’obbligo di acquisizione da parte dell’interessato di un nuovo permesso di costruire la circostanza che le altre caratteristiche dell’intervento (sagoma, volumi, altezze etc.) siano rimaste invariate rispetto all’originario permesso di costruire, e l’assenza di ogni incidenza della variante sul regime dei distacchi e delle distanze» (Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5743).

Ancor più recentemente è stato ritenuto che «rientra nel concetto di “modifica della localizzazione dell’edificio all’interno del lotto urbanistico di pertinenza”, costituendo quindi una variazione essenziale assoggettabile a sanzione demolitoria in virtù del combinato disposto degli artt. 31 e 32, comma 1, lett. c), del D.P.R. n. 380 del 2001 (...), non solo lo spostamento del manufatto su un’area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista, ma anche ogni significativa traslazione dell’edificio in relazione alla localizzazione contenuta nelle tavole progettuali» (TAR Sardegna, sez. I, 11 gennaio 2021, n. 5).

L’ordinanza impugnata non può dunque ritenersi illegittima in relazione alla asserita alternatività dei regimi sanzionatori previsti l’ipotesi di totale difformità e per quella relativa all’intervento eseguito con variazioni essenziali.

Deve altresì ricordarsi che «[a]i sensi dell’art. 32 lett. c), d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, costituisce variante essenziale rispetto al progetto approvato la modifica della localizzazione dell’edificio tale da comportare lo spostamento del fabbricato su un’area totalmente o pressoché totalmente diversa da quella originariamente prevista, trattandosi di modifica che comporta una nuova valutazione del progetto da parte dell’amministrazione concedente, sotto il profilo della sua compatibilità con i parametri urbanistici e con le connotazioni dell’area» (Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2008, n. 5743; più di recente, Cons. Stato, sez. IV, 24 settembre 2012, n. 5080; TAR Piemonte, sez. II, 3 gennaio 2022, n. 2; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 4 giugno 2021, n. 1380; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 13 febbraio 2020, n. 189; TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 23 gennaio 2017, n. 1099).

Come è stato rilevato dalla giurisprudenza, i titoli edilizi e il certificato di agibilità sono correlati a presupposti diversi e sono soggetti a discipline, anche sanzionatorie, non sovrapponibili, dal momento che il certificato di agibilità ha la funzione di accertare che l’immobile al quale si riferisce è stato realizzato nel rispetto delle norme tecniche vigenti in materia di sicurezza,

salubrità, igiene, risparmio energetico degli edifici e degli impianti (come espressamente recita l'art. 24 del D.P.R. n. 380/2001), mentre oggetto della specifica funzione del titolo edilizio è il controllo del rispetto delle norme edilizie ed urbanistiche (TAR Umbria, 26 agosto 2019, n. 483). Dunque, il certificato di agibilità ha una sua propria funzione, consistente nel garantire che l'edificio sia idoneo ad essere utilizzato per le destinazioni ammissibili, e non preclude agli uffici comunali la possibilità di contestare, anche successivamente alla sua emissione, la presenza di difformità rispetto al titolo edilizio, non essendo pertanto d'ostacolo all'esercizio dei poteri di repressione degli abusi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3666; TAR Campania, Napoli, sez. II, 8 novembre 2021, n. 7055; TAR Campania, Salerno, sez. II, 27 maggio 2019, n. 847; TAR Campania, Napoli, sez. VIII, 8 giugno 2017, n. 3097; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 5 giugno 2017, n. 731; TAR Veneto, sez. II, 18 gennaio 2017, n. 42; TAR Lombardia, Milano, sez. II, 17 gennaio 2011, n. 94).

In conclusione, il ricorso introduttivo deve essere dichiarato inammissibile, mentre i motivi aggiunti devono essere respinti in quanto infondati.

<https://www.pausania.it/le-variazioni-essenziali-assoggettabili-a-sanzione-demolitoria-di-fabio-cusano/>

La dichiarazione di fine lavori, di Fabio Cusano

Con sentenza 8 agosto 2023, n. 7644, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che la dichiarazione di ultimazione dei lavori non assume rilevanza probatoria in ordine all'asserita coincidenza del fabbricato realizzato in origine con quello rappresentato nel progetto approvato. Ed infatti grava sull'appellante l'onere della prova dell'originaria consistenza dell'immobile, senza possibilità alcuna di inversione. Inoltre, Ai sensi degli artt. 31 e 32, D.P.R. 380/2001, si verificano difformità totali del manufatto o variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, allorché i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione, mentre si configura la difformità parziale quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera. Infine, è esclusa l'efficacia probatoria delle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o delle semplici dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate. Ed infatti la mera dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà non possiede alcun valore probatorio e può, al più, costituire soltanto un mero indizio che, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, non è idoneo a scalfire l'attività istruttoria dell'Amministrazione. Inoltre, in presenza di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ove non si riscontrino elementi dai quali risulti univocamente l'ultimazione dell'edificio entro la data fissata dalla legge, non si può ritenere raggiunta la prova circa la data certa di ultimazione dei lavori, atteso che la detta dichiarazione di notorietà non può assurgere al rango di prova, seppur presuntiva, sull'epoca dell'abuso.

Come osservato correttamente dal TAR, il provvedimento impugnato ha rilevato molteplici difformità dell'opera realizzata rispetto al permesso di costruire.

Dalla descrizione delle difformità è evidente la riconducibilità degli abusi in considerazione alla categoria delle difformità totali rispetto a quanto autorizzato. La giurisprudenza amministrativa ha infatti chiarito che "ai sensi degli artt. 31 e 32, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380, si verificano difformità totali del manufatto o variazioni essenziali, sanzionabili con la demolizione, allorché i lavori riguardino un'opera diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione, strutturazione, destinazione, ubicazione, mentre si configura la difformità parziale quando le modificazioni incidano su elementi particolari e non essenziali della costruzione e si concretizzino in divergenze qualitative e quantitative non incidenti sulle strutture essenziali dell'opera" (Consiglio di Stato, sez. IV, 10/07/2013, n. 3676).

In ordine alla presunta realizzazione delle descritte difformità solo successivamente all'ultimazione dei lavori, l'amministrazione comunale si è limitata a prendere atto della dichiarazione del direttore dei lavori e del committente secondo cui i lavori sarebbero stati ultimati alla data del 14.12.2006, senza con ciò giudicare l'esattezza dell'opera realizzata alla data indicata e la reale consistenza e le caratteristiche della stessa.

In particolare, come correttamente assunto dalla difesa comunale, la dichiarazione di ultimazione dei lavori non assume rilevanza probatoria in ordine all'asserita coincidenza del fabbricato realizzato in origine con quello rappresentato nel progetto approvato. La giurisprudenza ha più volte ribadito che grava sull'appellante l'onere della prova dell'originaria consistenza dell'immobile, senza possibilità alcuna di inversione (Cons. Stato, sez. VI, n. 2363/2014; CGARS, n. 680/2013).

A tal proposito, deve essere esclusa l'efficacia probatoria delle dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o delle semplici dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate (cfr. Cons. Stato, sez. VI, n. 3676/2023). Si è infatti osservato che la mera "dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà non è applicabile nell'ambito del processo amministrativo, in quanto

la stessa, sostanziosamente in un mezzo surrettizio per introdurre la prova testimoniale, non possiede alcun valore probatorio e può, al più, costituire soltanto un mero indizio che, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, non è idoneo a scalfire l'attività istruttoria dell'Amministrazione" (ex multis Cons. Stato, sez. VI, n. 3853/2021). Si è inoltre osservato che "in presenza di una dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà, ove non si riscontrino elementi dai quali risulti univocamente l'ultimazione dell'edificio entro la data fissata dalla legge, non si può ritenere raggiunta la prova circa la data certa di ultimazione dei lavori, atteso che la detta dichiarazione di notorietà non può assurgere al rango di prova, seppur presuntiva, sull'epoca dell'abuso (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3696). Pertanto, in assenza di ogni altro elemento dal quale risulti in modo univoco la data di ultimazione dei lavori entro il 31.12.1993 [...] la dichiarazione presentata non ha alcun valore probatorio, neppure indiziario" (Cons. Stato, sez. II, n. 7198/2020).

Nel caso di specie, la prova dell'originaria consistenza dell'immobile e della realizzazione delle difformità solo in un momento successivo alla sua ultimazione non è stata pertanto fornita, sia per l'inidoneità della dichiarazione sostitutiva invocata dall'appellante, sia per l'assenza di qualsiasi altro documento idoneo a fornire un principio di prova al riguardo.

Non può condurre ad una differente soluzione quanto dedotto nella memoria difensiva dell'appellante, secondo cui il decorso del termine di ventisette mesi tra la dichiarazione considerata e le verifiche degli accertatori comunali contrasterebbe con i principi di "certezza del diritto", di "certezza delle situazioni giuridiche soggettive" e di "certezza dell'attività amministrativa".

Il Consiglio ha infatti costantemente affermato che l'abuso edilizio ha natura di illecito permanente; pertanto, esso si pone in perdurante contrasto con le norme amministrative sino a quando non viene ripristinato lo stato dei luoghi (Cons. Stato, sez. VI, n. 204/2022), tanto che "la repressione degli illeciti urbanistico edilizi costituisce attività strettamente vincolata e non soggetta a termini di decadenza o di prescrizione, potendo la misura demolitoria intervenire in ogni tempo, anche a notevole distanza dall'epoca della commissione dell'abuso, in ragione del carattere permanente rinvenibile nell'illecito edilizio e nell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine violato, il quale è prevalente sull'aspirazione del privato al mantenimento dell'opera" (Cons. Stato, sez. II, n. 5970/2020).

Quanto all'asserita violazione del principio di proporzionalità e alla possibilità di limitare la sanzione alla conformazione delle opere al titolo edilizio, anziché ordinare la completa demolizione dell'immobile, il T.A.R. ha correttamente affermato che l'impatto urbanistico di un intervento edilizio consistente in una pluralità di opere deve essere valutato globalmente, dal momento che la considerazione atomistica dei singoli interventi non consente di comprendere l'effettiva portata dell'illegittima alterazione dello stato dei luoghi.

Occorre infatti dare seguito all'orientamento giurisprudenziale secondo cui la P.A. deve ordinare la demolizione nel caso di interventi eseguiti in totale difformità dal permesso di costruire se comportano la realizzazione di un organismo edilizio integralmente diverso per caratteristiche tipologiche, volumetrie o di utilizzazione da quello oggetto del permesso stesso (Cons. Stato, sez. VI, n. 4662/2020). Spetta all'amministrazione, in particolare, accertare la totale o parziale difformità delle opere realizzate rispetto a quelle legittimamente assentite, sicché non può affermarsi che la demolizione debba essere sempre ordinata in parte qua, ossia in relazione alle opere eccedenti rispetto a quanto legittimamente assentito, ciò che risulta in contrasto con quanto disposto dagli artt. 31 e 34 del DPR n. 380/2001.

Nella fattispecie in esame è emerso che le opere abusive realizzate tendevano alla realizzazione di un'opera completamente diversa da quella prevista dall'atto di concessione per conformazione e strutturazione (cfr. ex plurimis, Cons. Stato, sez. VI, n. 104/2020), sicché l'ordine

di demolizione risulta stato correttamente adottato (Cons. Stato, sez. VI, n. 1029/2020).

Ancora, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che “l’art. 34 del DPR 380/200, che prevede la possibilità di applicare la sanzione pecuniaria in sostituzione a quella demolitoria, è applicabile solo agli abusi meno gravi riferibili all’ipotesi della parziale difformità dal titolo abilitativo (in ragione del minor pregiudizio causato all’interesse urbanistico) e dell’annullamento del permesso di costruire (in ragione della tutela dell’affidamento che il privato ha posto nel titolo edilizio a suo tempo rilasciato e, poi, fatto oggetto di autotutela e della circostanza che l’opera è stata costruita comunque sulla base di un provvedimento abilitativo). Viceversa, con riferimento alle ipotesi di interventi eseguiti in assenza di permesso di costruire, in totale difformità o con variazioni essenziali, la sanzione della demolizione e della riduzione in pristino rimane l’unica applicabile, quale strumento per garantire l’equilibrio urbanistico violato” (Cons. Stato, sez. VI, n. 2773/2022).

Non sussiste dunque la dedotta violazione del principio di proporzionalità, poiché, per quanto detto, gli abusi rilevati configurano difformità totali rispetto a quanto autorizzato e l’appellante non ha dimostrato la natura autonoma di ciascun intervento contestato tale da legittimare la conformazione parziale delle opere e la richiesta di sanatoria di quelle compatibili con l’originaria tipologia.

A questo riguardo, va aggiunto altresì che la P.A. non è obbligata a valutare la sanabilità delle opere abusive prima di adottare l’ordinanza di demolizione (ex multis Cons. Stato, sez. VI, n. 1432/2021). In assenza di previa istanza ex art. 36 D.P.R. n. 380/2001, la pretesa sanabilità degli abusi accertati non avrebbe potuto precludere l’adozione della misura repressivo-ripristinatoria. L’ordinanza di demolizione emessa non necessitava, infatti, di valutazione ex officio in ordine alla conformità o meno delle opere abusive agli strumenti urbanistici, posto che, una volta accertata l’esecuzione di interventi privi di permesso di costruire, ne doveva essere disposta la rimozione, indipendentemente dalla loro eventuale conformità allo strumento urbanistico e dalla loro ipotetica sanabilità.

La non sanabilità delle opere abusive, infatti, a fortiori legittima gli interventi repressivi degli abusi edilizi realizzati e certo non può precludere il ripristino dello stato dei luoghi necessario per assicurare il regolare assetto del territorio.

Alla luce delle considerazioni che precedono, l’appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/la-dichiarazione-di-fine-lavori-di-fabio-cusano/>

Ancora sul principio di indifferenza del titolo negli abusi edilizi in zone paesaggistiche, di Fabio Cusano

Con sentenza 16 agosto 2023, n. 7778, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che 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 (DIA/SCIA o permesso di costruire); 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.

Il giudizio ha ad oggetto la richiesta di riforma della sentenza del TAR Napoli con la quale il TAR ha respinto il ricorso proposto dalla ricorrente al fine di ottenere l'annullamento dell'ordinanza di demolizione adottata dal Comune.

In primo luogo, non può revocarsi in dubbio che le opere realizzate abbiano una rilevante consistenza, per dimensione e tipologia e insistano su un'area paesaggisticamente vincolata.

In caso di vincolo paesaggistico qualsiasi intervento idoneo ad alterare il pregresso stato dei luoghi, come quelli di specie, deve essere preceduto da autorizzazione paesaggistica e, in sua assenza, è soggetto ad ordinanza demolitoria. Inoltre, in tali casi è sufficiente che si tratti di opere realizzabili anche mediante D.I.A. (ma il caso odierno sfugge a tale possibilità semplificatoria per la consistenza e la tipologia delle opere realizzate), atteso che l'art. 32, comma 3, d.P.R. 6 giugno 2002, n. 380 impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico, pur se qualificabili non come nuove costruzioni ma come variazioni essenziali di manufatti preesistenti. Si è infatti, in più occasioni, precisato che le opere in aree assoggettate a vincolo paesaggistico, comportanti la realizzazione di nuove superfici e nuova volumetria, non possono essere condonate (Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 2023 n. 4663).

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 (DIA o permesso di costruire); 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.

In conclusione, la realizzazione di volumetria aggiuntiva senza alcun titolo legittimante comporta la violazione degli artt. 3, comma 1, lettera e. 1 (che configura espressamente come intervento di nuova costruzione anche l'ampliamento dei manufatti esistenti all'esterno della sagoma esistente), 10 comma 1, lettera a) (che subordina al rilascio del permesso di costruire gli interventi di nuova costruzione) e 31, comma 2, d.P.R. 380/2001 (che prevede la sanzione della demolizione per gli interventi edilizi eseguiti in assenza del prescritto permesso di costruire), dal che si desume che l'Amministrazione ha correttamente ordinato la demolizione delle opere in questione, trattandosi di un intervento edilizio abusivo che ha determinato la realizzazione di nuovi volumi e nuove superfici, peraltro di rilevanti dimensioni (cfr., tra le molte, Cons. Stato, Sez. VI, 24 marzo 2023 n. 3001).

Non si evincono inoltre, nella descrizione delle opere realizzate abusivamente, le caratteristiche invocate per poter riconoscere un collegamento pertinenziale tra le stesse e i manufatti preesistenti, tenuto conto che le opere eseguite devono essere considerate

unitariamente e nel loro complesso, non essendo consentita una valutazione atomistica delle stesse. Ciò esclude che, nella specie, possa assumere rilievo la nozione di pertinenza urbanistica, per come definita dalla giurisprudenza, alla quale può farsi rinvio (cfr., ad esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 25 marzo 2020 n. 2084), attesa la creazione di una nuova non irrilevante volumetria.

Inoltre, va ribadito che la creazione di volumetria abusiva in zona soggetta a vincolo paesaggistico, anche laddove interrata, non consente la sanatoria, con ciò restando ininfluyente l'eventuale coerenza dei lavori eseguiti con la disciplina (urbanistico-edilizia) di zona, né, in tale contesto, sarebbe stato possibile dettare prescrizioni per rendere le contestate opere compatibili con il paesaggio (cfr., in argomento, Cons. Stato, Sez. VI, 18 ottobre 2022 n. 8848).

Con riferimento agli ulteriori versanti contestativi espressi dalla odierna appellante va riferito quanto la costante giurisprudenza ha graniticamente affermato sulle questioni sottoposte al Consiglio, posto che non si vedono ragioni per esprimersi in modo difforme, e in particolare:

– l'ordinanza di demolizione costituisce espressione di un potere vincolato e doveroso in presenza dei requisiti richiesti dalla legge, rispetto al quale non è richiesto alcun apporto partecipativo del privato sicché non è necessaria la comunicazione di avvio del procedimento (cfr., ex multis, Cons. Stato, Sez. VI, 11 maggio 2022 n. 3707, secondo la quale “L'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso”);

– il mero decorso del tempo non fa sorgere alcun legittimo affidamento meritevole di tutela che sarebbe leso dall'operato dell'amministrazione che, a distanza di anni, reprime un abuso edilizio. Infatti nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione sine titulo) è sin dall'origine illegittimo. Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere “legittimo” in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata. In definitiva, non si può applicare ad un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria. Più in particolare “il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino” (cfr., in termini, Cons. Stato, Ad. pl., 17 ottobre 2017 n. 9);

– nello stesso solco interpretativo si è poi aggiunto che “l'ordinanza di demolizione ha natura di atto dovuto e rigorosamente vincolato, dove la repressione dell'abuso corrisponde per definizione all'interesse pubblico al ripristino dello stato dei luoghi illecitamente alterato, con la conseguenza che essa è già dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione, consistente nella descrizione delle opere abusive e nella constatazione della loro abusività” (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 5 luglio 2023 n. 6555).

A ciò vanno aggiunte alcune ultime considerazioni, per completezza espositiva:

– sotto un primo versante, la puntuale rappresentazione delle disposizioni settoriali che

impongono un regime vincolistico all'area in questione, recata nel corpo della motivazione dell'ordinanza demolitoria impugnata, escludono che le supposizioni oppostive espresse nell'atto di appello con riferimento ad altrettante previsioni normative, apparentemente idonee a consentire la sanatoria delle opere oggetto di contestazione, possano avere fondamento;

– sotto un secondo versante, oltre ad essere superfluo, al fine di poter considerare illegittimo il provvedimento sanzionatorio impugnato, affermare che l'area in questione è ampiamente urbanizzata (ciò non esclude, ovviamente, la illegittimità della realizzazione di opere senza titolo);

– sotto un terzo e ultimo versante, l'acclaramento della realizzazione di opere senza titolo, dal momento che rende illegittima tale realizzazione, esclude che per disporre la demolizione sia necessario acquisire il parere della Commissione edilizia integrata, atteso che la eventuale compatibilità paesaggistica (con considerare solo per "pura ipotesi", nel caso di specie) non escludere l'incompatibilità sotto il profilo della disciplina edilizia delle opere realizzate;

– posto che le opere in questione costituiscono ampliamenti volumetrici realizzati senza titolo e, come tali, correttamente assoggettati all'ordine di demolizione, del tutto vincolato, l'omessa esecuzione di un preventivo accertamento tecnico circa la praticabilità della sanzione demolitoria, nonché della mancanza della valutazione tecnico-economica della Giunta municipale, come del parere della Commissione integrata e del consenso della Soprintendenza, costituiscono adempimenti non necessari ai fini della legittimità dell'ordine di demolizione (cfr., in argomento e tra le ultime, Cons. Stato, Sez. VII, 9 gennaio 2023 n. 238). Infatti tali adempimenti, semmai, possono risultare necessari – e non sempre – solo in esito all'istruttoria che segue l'accertamento della inosservanza all'ordine demolitorio. Come è noto, infatti, "le disposizioni dell'art. 34 del d.P.R. n. 380 del 2001 devono essere interpretate nel senso che la possibilità di sostituire la sanzione demolitoria con quella pecuniaria debba essere valutata dall'Amministrazione competente nella fase esecutiva del procedimento, successiva ed autonoma rispetto all'ordine di demolizione: fase esecutiva, nella quale le parti possono dedurre in ordine alla situazione di pericolo di stabilità del fabbricato, presupposto per l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, con la conseguenza che tale valutazione non rileva ai fini della legittimità dell'originario ordine di demolizione" (cfr., in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021 n. 3666).

Ne deriva che l'Amministrazione ha provveduto legittimamente, nel caso di specie, a disporre la demolizione delle opere accertate come abusive, tenuto conto – in conclusione – che la motivazione alla base dell'ordinanza di demolizione risulta adeguata a permettere alla parte privata di percepire l'iter logico giuridico seguito per pervenire all'adozione della decisione lesiva.

In ragione di quanto si è fin qui illustrato, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello.

<https://www.pausania.it/ancora-sul-principio-di-indifferenza-del-titolo-negli-abusi-edilizi-in-zone-paesaggistiche-di-fabio-cusano/>

Lo stato legittimo di un immobile è quello che risulta dai titoli edilizi, di Fabio Cusano

Con sentenza 18 agosto 2023, n. 7829, il Consiglio di Stato, sez. VII, ha ribadito che l'art. 9-bis, comma 1-bis, del D.P.R. 380/2001 in sostanza ha codificato il principio per cui lo stato legittimo di un immobile è quello che risulta dai titoli edilizi, potendosene prescindere solo per gli immobili "realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio" nonché per quelli relativamente ai quali "sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia": la norma è stata introdotta soprattutto allo scopo di fornire all'acquirente di un immobile la certezza della legittimità dell'immobile, potendo ottenere dall'amministrazione comunale (come desumibile dall'art. 34-bis, comma 3, del D.P.R. 380/2001) una attestazione dello stato legittimo dell'immobile, che comunque non è sostitutiva dei titoli edilizi. Ne consegue che lo stato di un immobile attestato in un documento diverso dal titolo edilizio abilitativo non ha mai posseduto efficacia probante, tale da far insorgere un affidamento di buona fede, salvo che per gli immobili per i quali non era necessario il titolo abilitativo e limitatamente alla prima costruzione e alle modificazioni intervenute prima del 1967.

Gli appellanti realizzavano alcune opere in difformità, delle quali l'Amministrazione non veniva a conoscenza per molto tempo. Nel 2017 gli appellanti cedevano l'immobile ad una società, la quale presentava la CILA per la realizzazione di opere di manutenzione straordinaria: in occasione dell'esame di tale pratica edilizia il Comune si è avvedeva che lo stato di fatto del fabbricato, puntualmente rappresentato nelle tavole progettuali presentate dalla società, non corrispondeva allo stato legittimo risultante dai titoli edilizi del 1965 e del 1991; procedeva quindi a inibire il nuovo intervento edilizio e, successivamente, ingiungeva la demolizione opere abusive e ripristino dei luoghi.

Gli ex proprietari, odierni appellanti, impugnavano ambedue i provvedimenti, deducendone l'illegittimità per mancanza di pubblico interesse al ripristino.

Giova rammentare, in primo luogo, che l'art. 9 bis, comma 1-bis, del D.P.R. n. 380/2001, aggiunto al corpo della norma dall'art. 10, comma 1, lett. d), n. 2, del D.L. n. 76/2020, convertito con modificazioni dalla L. n. 120/2020, stabilisce che "Lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Per gli immobili realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio, lo stato legittimo è quello desumibile dalle informazioni catastali di primo impianto, o da altri documenti probanti, quali le riprese fotografiche, gli estratti cartografici, i documenti d'archivio, o altro atto, pubblico o privato, di cui sia dimostrata la provenienza, e dal titolo abilitativo che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali. Le disposizioni di cui al secondo periodo si applicano altresì nei casi in cui sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia".

La previsione, benché entrata in vigore solo nel 2020, in realtà costituisce mera applicazione di norme già da molti anni vigenti nell'ordinamento, in particolare delle norme che hanno introdotto l'obbligo, per i proprietari di terreni, di munirsi di un titolo autorizzatorio per realizzare le costruzioni, sanzionando la violazione di tale obbligo. Trattasi, in particolare: dell'art. 31 della L. 1150/42, che per primo ha introdotto l'obbligo della licenza di costruzione per tutti gli edifici da costruirsi all'interno dei centri abitati; nonché degli artt. 10 e 6 della L. n. 765/1967, i quali hanno previsto, rispettivamente, l'estensione dell'obbligo della licenza di costruzione in tutto il territorio comunale –

e quindi anche fuori dai centri abitati – nonché la sanzionabilità delle opere eseguite senza licenza di costruzione o in contrasto con essa. Il sistema così disegnato è stato poi portato ad ulteriore completamento con la L. n. 10/1977, che ha introdotto anche l'obbligo, del proprietario, di partecipare alle spese di trasformazione urbanistica ed edilizia del territorio, nonché con la L. n. 47/85, che ha rafforzato il sistema sanzionatorio degli abusi edilizi.

Si osserva, dunque, che dal momento in cui l'edificazione dei suoli è stata assoggettata al preventivo rilascio di un atto autorizzatorio, variamente denominato nel corso dei decenni, ed è stato istituito un sistema sanzionatorio che ha punito la realizzazione di opere edilizie in assenza o in difformità dai titoli autorizzativi, è stato implicitamente stabilito che la legittimità – ovvero lo “stato legittimo” – di un immobile è parametrata alle condizioni che ne hanno legittimato la prima costruzione (licenza di costruzione ovvero ubicazione fuori dai centri abitati, fino al 1967) nonché ai titoli edilizi che hanno autorizzato successive modifiche. Per questa ragione la giurisprudenza formatasi sul contenzioso avente ad oggetto ordinanze di demolizione di immobili esistenti da lungo tempo, solo con riferimento ai fabbricati di cui si prospettava la costruzione fuori dai centri abitati prima del 1967, ha ammesso che la prova della legittimazione potesse essere fornita anche con mezzi diversi dal titolo edilizio, cioè con mezzi di prova idonei a dimostrare la ricorrenza delle indicate condizioni in presenza delle quali non necessitava la licenza di costruzione (ex multis, fra le più recenti, si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 570 del 27 gennaio 2022). In ogni altro caso il parametro di riferimento è sempre stato individuato solo nei titoli edilizi: tant'è che per superare l'insanabile contrasto tra lo stato di fatto di un immobile e quello risultante dai titoli edilizi, per lungo tempo una parte della giurisprudenza ha ammesso che l'ordine di demolizione dovesse recare una motivazione rafforzata in punto pubblico interesse al ripristino, e ciò, peraltro, solo nel caso in cui fosse trascorso un lungo lasso di tempo tra la realizzazione dell'abuso e l'ordine di demolizione.

Tuttavia, la pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9/2017 ha affermato il principio secondo cui “il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino”.

L'art. 9-bis, comma 1 bis, del D.P.R. n. 380/2001 in sostanza non ha fatto altro che codificare il principio per cui lo stato legittimo di un immobile è quello che risulta dai titoli edilizi, potendosene prescindere solo per gli immobili “realizzati in un'epoca nella quale non era obbligatorio acquisire il titolo abilitativo edilizio” nonché per quelli relativamente ai quali “sussista un principio di prova del titolo abilitativo del quale, tuttavia, non sia disponibile copia”: la norma è stata introdotta soprattutto allo scopo di fornire all'acquirente di un immobile la certezza della legittimità dell'immobile, potendo ottenere dall'amministrazione comunale (come desumibile dall'art. 34 bis, comma 3, del D.P.R. n. 380/2001) una attestazione dello stato legittimo dell'immobile, che comunque non è sostitutiva dei titoli edilizi.

Segue da quanto esposto che lo stato di un immobile attestato in un documento diverso dal titolo edilizio abilitativo non ha mai posseduto efficacia probante, tale da far insorgere un affidamento di buona fede, salvo che per gli immobili per i quali non era necessario il titolo abilitativo e limitatamente alla prima costruzione e alle modificazioni intervenute prima del 1967.

Pertanto, l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/lo-stato-legittimo-di-un-immobile-e-quello-che-risulta-dai-titoli-edilizi-di-fabio-cusano/>

L'onere di provare la data di ultimazione dei lavori in caso di condono incombe sull'istante, di Fabio Cusano

Con sentenza 21 agosto 2023, n. 7849, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che l'onere della prova circa la data di commissione dell'abuso incombe sull'interessato ovvero sul richiedente la sanatoria; solo concreti, specifici e rigorosi elementi di prova, non limitati a semplici allegazioni, sono idonei ad assolvere tale onere. La prova della data di ultimazione dei lavori deve inoltre essere rigorosa e deve fondarsi su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi, non avendo alcuna rilevanza eventuali dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o mere dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate.

Con istanza del 1995 il ricorrente presentava al Comune una domanda di concessione edilizia in sanatoria ai sensi della l. 724/1994.

Con provvedimento del 2012, il Comune respingeva la domanda di permesso di costruire in sanatoria ritenendo che le opere non fossero state ultimate entro il 31.12.1993.

Respinto il ricorso dal TAR, l'odierno appellante ha proposto ricorso in Consiglio di Stato, ad avviso del quale l'appello non è fondato.

Va premesso che, in generale, l'ordinamento non assoggetta ad alcun regime di prescrizione o decadenza l'esercizio dei poteri di controllo e di sanzione da parte delle amministrazioni competenti in materia urbanistico-edilizia e paesaggistica, ferma restando l'operatività del meccanismo del silenzio assenso nei casi individuati dalla legge. Per quanto riguarda la sanatoria straordinaria disciplinata dalle leggi n. 47/85, 724/94 e 326/2003, va detto che essa costituisce un beneficio che può essere concesso solo in presenza di determinati requisiti, e che è disciplinata da una disciplina assolutamente speciale e derogatoria che non prevede alcun termine di estinzione del potere dell'amministrazione di provvedere, fatta salva la formazione del silenzio-assenso previsto dall'art. 35, comma 14, della L. n. 47/85. Di conseguenza, l'esercizio del potere di provvedere sulle istanze di condono, presentate ai sensi delle leggi citate, sono sufficientemente motivate, ove l'esito sia negativo, con l'indicazione dell'assenza dei requisiti richiesti, senza che sia necessario che l'amministrazione, anche a distanza di tempo, indichi le ragioni di interesse pubblico idonee a supportare il diniego di sanatoria ed a prevalere sull'affidamento del privato, non essendo peraltro individuabile a monte alcun affidamento meritevole di tutela sull'accoglimento di una domanda di condono sprovvista dei requisiti di legge.

Per quanto riguarda l'individuazione della data di completamento delle opere, rilevante anche ai fini dell'accertamento della formazione del silenzio assenso sulla domanda di condono, va in primo luogo chiarito che, per costante giurisprudenza, l'onere della prova circa la data di commissione dell'abuso incombe sull'interessato ovvero sul richiedente la sanatoria, e che solo concreti, specifici e rigorosi elementi di prova, non limitati a semplici allegazioni, sono idonei ad assolvere tale onere (cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. VI, 26/09/2022, n.8290: "Nell'ipotesi di istanze di condono edilizio, spetta all'istante l'onere della prova l'esistenza dei presupposti per il rilascio del provvedimento di sanatoria, tra cui, "in primis", la data dell'abuso e, eventualmente, anche l'effettivo intervenuto cambio di destinazione d'uso e la sua data.").

Nel caso di specie, parte appellante ha prodotto a sostegno della domanda di condono alcune dichiarazioni di soggetti privati ed una perizia giurata. Ebbene, tali elementi non sono idonei a provare con certezza, e neppure con probabilità, la data di realizzazione dell'immobile.

Per quanto riguarda le dichiarazioni degli esecutori dei lavori, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è costante nel ritenere che "Nell'ambito del processo amministrativo, la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà è inutilizzabile; in quanto, sostanziosamente in un mezzo surrettizio per introdurre la prova testimoniale, non possiede alcun valore probatorio e può costituire solo un mero

indizio che, in mancanza di altri elementi gravi, precisi e concordanti, non è idoneo a scalfire l'attività istruttoria dell'amministrazione. D'altro canto, «l'attitudine certificativa e probatoria della dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà e delle autocertificazioni o auto dichiarazioni è limitata a specifici status o situazioni rilevanti in determinate attività o procedure amministrative e non vale a superare quanto attestato dall'amministrazione, sino a querela di falso, dall'esame obiettivo delle risultanze documentali” (Consiglio di Stato sez. IV, 25/05/2018, n.3143; cfr. anche Consiglio di Stato sez. VI, 07/12/2022, n.10719 secondo cui “La prova in ordine alla data di ultimazione dei lavori deve essere rigorosa e deve fondarsi su documentazione certa e univoca e comunque su elementi oggettivi, non avendo alcuna rilevanza eventuali dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà o mere dichiarazioni rese da terzi, in quanto non suscettibili di essere verificate”).

Quanto alla perizia depositata in atti, il Collegio osserva che tale documento si basa sull'esame del verbale di sopralluogo del 12.09.1994, e si limita ad affermare che lo stato dei luoghi ivi descritto rientra nella nozione di “immobile completo al rustico” di cui alla l. 724/94.

Sussistono, invece, molteplici elementi di segno contrario adottati dall'amministrazione i quali sono indicativi del fatto che le opere non erano complete alla data del 31.12.1993.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il Consiglio ritiene che parte appellante non abbia fornito elementi di prova sufficienti a dimostrare che l'immobile era già completo al rustico alla data del 31.12.1993.

La mancanza del requisito del completamento delle opere entro il 31.12.1993 comporta, altresì, un ostacolo alla formazione del silenzio assenso sulla domanda di condono. Costituisce infatti ius receptum il principio secondo cui il silenzio-assenso in materia di condono degli abusi edilizi non si perfeziona per il solo fatto dell'inutile decorso del termine perentorio a far data dalla presentazione della domanda di sanatoria, essendo necessario che sussistano tutti i presupposti sostanziali, soggettivi e oggettivi, ai quali è subordinato il rilascio del condono. Nello specifico, la formazione del silenzio-assenso sulla domanda di condono presuppone che la domanda sia stata corredata dalla prescritta documentazione, non sia infedele, sia stata interamente pagata l'oblazione e l'opera sia stata ultimata entro il termine previsto dalla legge e non sia in contrasto con i vincoli di inedificabilità di cui all'art. 33, l. 28 febbraio 1985, n. 47 (da ultimo, cfr. Consiglio di Stato sez. IV, 20/06/2022, n.5053). Per quanto più rileva nel caso di specie, la giurisprudenza del Consiglio ha avuto modo di chiarire che “L'accoglimento della domanda di condono edilizio per silentium, può aver luogo solo ove la domanda a tal fine presentata dal privato possieda i presupposti sostanziali per essere accolta, tra i quali rientra anche la dimostrazione del requisito relativo al tempo di ultimazione dei lavori” (cfr. ex multis Consiglio di Stato sez. II, 19/11/2020, n.7198).

Per le ragioni sopra esposte l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/lonere-di-provare-la-data-di-ultimazione-dei-lavori-in-caso-di-condono-incombe-sullistante-di-fabio-cusano/>

Di nuovo sulla fiscalizzazione dell'abuso edilizio, di Paolo Urbani

Con sentenza 28 agosto 2023, n. 7987, il Consiglio di Stato, sez. VII, ha ribadito che in tema di fiscalizzazione degli abusi edilizi, l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, e solo sulla base di un motivato accertamento tecnico che dia conto della impossibilità di eseguire la demolizione senza compromissione della parte legittimamente realizzata. Ne consegue che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive.

La società agricola ha chiesto e ottenuto dal Comune il Permesso di Costruire relativo alla realizzazione di una abitazione agricola e di due serre; il suddetto permesso di costruire non è mai stato attivato, non essendo mai stata data, dalla società, la comunicazione di inizio lavori.

A seguito di indagine della competente Procura della Repubblica veniva invece accertata la realizzazione in loco di opere non previste nel progetto assentito.

Il Comune ha ingiunto la demolizione delle suddette opere entro i successivi novanta giorni.

L'ordinanza è stata impugnata innanzi al TAR sul presupposto che per le opere in questione era stata presentata istanza di sanatoria, ex art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, che non era mai stata esitata formalmente dal Comune.

Il TAR ha respinto il ricorso, rilevando che sulla istanza di sanatoria si era formato il silenzio-rigetto, legittimando in tal modo il provvedimento sanzionatorio; ha ritenuto, inoltre, congruamente motivata l'ingiunzione di demolizione impugnata.

L'odierno ricorrente ha proposto appello.

Qualora si intenda sostenere che le opere in contestazione sono soggette al regime della SCIA e che perciò ad esse si dovrebbe applicare l'art. 37 del D.P.R. n. 380/2001, anziché l'art. 36, comma 3, la censura è infondata, dal momento che l'art. 37 citato, all'ultimo comma richiama, per la sanatoria, l'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001; infine, qualora la censura sia diretta a sostenere che l'istanza di sanatoria non è stata presentata ai sensi dell'art. 36 del medesimo testo unico dell'edilizia, ragione per cui non si sarebbe formato il silenzio rigetto rilevato dal primo giudice, la censura è infondata perché è la stessa appellante ad affermare che si trattava di istanza di tal sorta.

Inoltre, va rilevato che l'ordinanza descrive minuziosamente le opere oggetto del permesso di costruire rilasciato all'appellante, quelle in concreto realizzate, giungendo, in modo condivisibile, ad affermarne la totale difformità rispetto al permesso di costruire e, dunque, a ordinarne la demolizione ex art. 31 del testo unico dell'edilizia.

Va a questo punto rammentato che il carattere doveroso e vincolato della sanzione edilizia, conseguente alla realizzazione di opere eseguite in assenza o in difformità del titolo edilizio, è stato definitivamente riconosciuto dalla Adunanza Plenaria nella sentenza n. 9/2017, che ne ha fatto discendere l'affermazione secondo cui, in tali casi, l'ordine di demolizione non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso, neppure quando la demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso. Per le medesime ragioni la giurisprudenza consolidata esclude la necessità che l'ordine di demolizione debba essere preceduto dalla comunicazione di avvio del procedimento (ex multis: Cons. Stato, Sez. VI, n. 311 del 18 gennaio 2022).

Quanto alla possibile conformità dei manufatti abusivi rispetto alla normativa edilizia e

urbanistica vigente, la questione non ha alcuna rilevanza, atteso che a legittimare l'ordine di demolizione è la mera constatazione che un manufatto non sia assistito da titolo edilizio. In ogni caso, dal momento che per i manufatti oggetto di demolizione è stata presentata l'istanza di sanatoria, ai sensi dell'art. 36 del D.P.R. n. 380/2001, sulla quale si è formato il silenzio-rigetto sulla detta istanza, si deve anche escludere che i manufatti medesimi siano conformi alla normativa di riferimento.

Inoltre, il Consiglio osserva che la valutazione circa la natura essenziale o parziale di una variante, rispetto ad un titolo edilizio rilasciato, deve parametrarsi ai titoli edilizi rilasciati, rispetto ai quali deve essere accertata l'entità dello scostamento, secondo quanto indicato all'art. 32 del D.P.R. n. 380/2001 nonché nelle norme regionali di riferimento; spetta, tuttavia, al privato che contesta la natura di variante essenziale di un'opera dimostrare che, secondo i parametri e gli indici di scostamento applicabili, questa ha natura di variante parziale, con quanto ne consegue sul piano sanzionatorio. Nella specie l'appellante non ha tuttavia indicato alcuna ragione concreta per la quale le opere contestate dovrebbero qualificarsi in termini di variante parziale, per cui il motivo risulta formulato in modo generico.

L'appellante ha infine lamentato che non sia stata concessa, dal Comune, la "fiscalizzazione" degli abusi, ai sensi dell'art. 34 del D.P.R. n. 380/2001. Anche questa censura è infondata, in quanto l'applicabilità, o meno, della sanzione pecuniaria, può essere decisa dall'Amministrazione solo nella fase esecutiva dell'ordine di demolizione e non prima, e solo sulla base di un motivato accertamento tecnico che dia conto della impossibilità di eseguire la demolizione senza compromissione della parte legittimamente realizzata (cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 19 febbraio 2018, n. 1063). La valutazione, cioè, circa la possibilità di dare corso alla applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, costituisce una mera eventualità della fase esecutiva, successiva alla ingiunzione a demolire: con la conseguenza che la mancata valutazione della possibile applicazione della sanzione pecuniaria sostitutiva non può costituire un vizio dell'ordine di demolizione ma, al più, della successiva fase riguardante l'accertamento delle conseguenze derivanti dall'omesso adempimento al predetto ordine di demolizione e della verifica dell'incidenza della demolizione sulle opere non abusive (cfr. Consiglio di Stato, VI, 10 gennaio 2020, n. 254; Id., VI, 13 maggio 2021, n. 3783).

In conclusione, l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/di-nuovo-sulla-fiscalizzazione-dellabuso-edilizio-di-paolo-urbani/>

Ancora sull'onere della prova dell'ultimazione delle opere abusive in caso di condono, di Fabio Cusano

Con sentenza 5 settembre 2023, n. 8165, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che l'ordine di demolizione costituisce espressione di un potere vincolato e doveroso in presenza dei requisiti previsti dalla legge, per l'esercizio del quale non è richiesto alcun apporto partecipativo del privato. L'ordinanza non necessita dunque della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7, L. 241/1990, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso. Inoltre, l'onere della prova della data di costruzione dell'immobile grava sul privato che presenta istanza di condono edilizio, in quanto solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che possano radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto. Tale orientamento è basato sul principio di vicinanza della prova, secondo il quale al fine di provare un fatto, l'onere della prova incombe sul soggetto che è più prossimo, vicino, alla fonte di prova.

Il ricorrente ha impugnato dinanzi al TAR Napoli le ordinanze con le quali l'Amministrazione comunale ha ingiunto la demolizione di opere abusive nonché dei provvedimenti recanti il rigetto delle domande di condono edilizio delle opere abusive sanzionate con le ordinanze di demolizione.

Il TAR ha respinto il ricorso, per cui il ricorrente ha interposto appello.

Ad avviso del Consiglio, l'appello è infondato.

Quanto ai provvedimenti di diniego del condono, in primo luogo, l'Amministrazione in sede procedimentale ha fatto riferimento a relazioni tecniche, da cui è possibile evincere che la domanda di condono edilizio è stata presentata priva di elementi essenziali come i dati relativi alla superficie oggetto di condono, del volume e della descrizione dell'abuso. Va da sé che, a fronte di siffatte carenze documentali, che non permettono di individuare il contenuto minimo della richiesta, nessun onere istruttorio può individuarsi in capo all'Amministrazione.

Ad ogni buon conto, il diniego è stato fondato anche sul presupposto, di per sé solo idoneo a legittimare l'adozione dell'atto, che le opere non risultano realizzate entro la data del 31 marzo 2003.

L'onere della prova della data di costruzione dell'immobile grava sul privato che presenta istanza di condono edilizio (cfr.: Cgars, 13 marzo 2023, n. 219; Cons. Stato, II, 4 gennaio 2021 n. 80, Cgars n. 8 marzo 2019, n. 225; Cons. Stato, VI, 17 maggio 2018, n. 2995).

Il Collegio, infatti, richiama il consolidato orientamento giurisprudenziale, per cui grava sul privato l'onere di provare la data di realizzazione e la consistenza originaria dell'immobile abusivo, in quanto solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che possano radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto (cfr., per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 1 aprile 2019, n. 2115; Sez. VI, 3 giugno 2019, n. 3696; id., 5 marzo 2018, n. 1391).

Tale orientamento è basato sul principio di vicinanza della prova, essendo nella sfera del privato la prova circa l'epoca di realizzazione delle opere edilizie e la relativa consistenza, in quanto, relativamente ad un immobile realizzato in assenza di titoli edilizi, solo l'interessato può fornire gli inconfutabili atti, documenti o gli elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza del carattere di sanabilità di un'opera edilizia, in ragione dell'eventuale preesistenza rispetto all'epoca dell'introduzione di un determinato regime normativo dello ius aedificandi, dovendosi, quindi, fare applicazione del generale principio processuale per cui la ripartizione dell'onere della prova va effettuata secondo il principio della vicinanza della prova (Cons. Stato Sez. VI, 25 maggio 2020, n. 3304).

Il Consiglio di Stato, ancora da ultimo, ha ribadito che l'onere di provare la data di

realizzazione e l'originaria consistenza di un immobile di cui l'Amministrazione contesti l'abusività spetta a colui che ha commesso il contestato illecito edilizio, cosicché solo la deduzione, da parte di quest'ultimo, di concreti elementi di riscontro trasferisce il suddetto onere di prova contraria in capo all'Amministrazione (cfr. Cgars., 13 marzo 2023, n. 219; Cons. Stato, VI, 13 dicembre 2022, n. 10904).

In definitiva, come nel processo civile, anche il processo amministrativo si fonda sul generale principio desumibile dagli artt. 2697 c.c. e 115 c.p.c., secondo cui chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento e, al contempo, chi eccepisce l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepisce che il diritto si è modificato o estinto deve provare i fatti su cui l'eccezione si fonda., sicché la parte che contesta la legittimità di un provvedimento amministrativo deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Nella presente controversia, tale onere non è stato in alcun modo assolto dall'appellante, mentre, viceversa, l'Amministrazione ha sostenuto che i lavori sono stati effettuati dopo la data dell'8 agosto 2004.

Il Comune ha comunicato l'avvio del procedimento volto all'emissione del diniego dell'istanza di condono edilizio e, comunque, la natura vincolata dell'atto determinerebbe l'applicazione alla fattispecie dell'art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241 del 1990, con conseguente non annullabilità dell'atto contestato.

Quanto alle ordinanze di demolizione, per ciò che concerne la mancata comunicazione di avvio del procedimento, è sufficiente ribadire che l'ordinanza di demolizione costituisce espressione di un potere vincolato e doveroso in presenza dei requisiti previsti dalla legge, per l'esercizio del quale non è richiesto alcun apporto partecipativo del privato (cfr.: Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2022, n. 3707, secondo cui: "l'attività di repressione degli abusi edilizi, mediante l'ordinanza di demolizione, avendo natura vincolata, non necessita della previa comunicazione di avvio del procedimento ai soggetti interessati, ai sensi dell'art. 7 l. n. 241/1990, considerando che la partecipazione del privato al procedimento comunque non potrebbe determinare alcun esito diverso"; cfr., inoltre, Consiglio di Stato, sez. II, 1 settembre 2021, n. 6181: "al sussistere di opere abusive la pubblica amministrazione ha il dovere di adottare l'ordine di demolizione; per questo motivo, avendo tale provvedimento natura vincolata, non è neanche necessario che venga preceduto da comunicazione di avvio del procedimento").

In ogni caso, trattandosi di procedimento vincolato, troverebbe applicazione l'art. 21-octies, comma 2, della L. n. 241/1990, posto che il provvedimento non potrebbe avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato, atteso anche che, secondo la costante e condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio, le garanzie procedurali non possono ridursi a mero rituale formalistico, con la conseguenza che, nella prospettiva del buon andamento dell'azione amministrativa, il privato non può limitarsi a denunciare la lesione delle pretese partecipative, ma è anche tenuto ad indicare o allegare, specificamente, gli elementi, fattuali o valutativi, che, se introdotti in fase procedimentale, avrebbero potuto influire sul contenuto finale del provvedimento (Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 novembre 2022, n. 9541; Id., Sez. VI, 27 ottobre 2022, n. 9183; Id., Sez. VI, 27 aprile 2020, n. 2676; Id., Sez. VI, 29 febbraio 2019, n. 1405).

Per quanto concerne la doglianza relativa alla carenza di motivazione, occorre rilevare come l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017, ha affermato i seguenti principi: "il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di

demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino”.

Tali principi sono stati costantemente ed uniformemente ribaditi dalla giurisprudenza successiva, secondo cui l'ordinanza di demolizione di un immobile abusivo ha natura di atto dovuto e rigorosamente vincolato, con la conseguenza che essa è dotata di un'adeguata e sufficiente motivazione se contiene la descrizione delle opere abusive e le ragioni della loro abusività (ex multis, Cons. Stato, sez. VI, n. 4649/2023; Cons. Stato, sez. VI, n. 4319/2021), sicché non è necessario che l'amministrazione individui un interesse pubblico – diverso dalle mere esigenze di ripristino della legalità violata – idoneo a giustificare l'ordine di demolizione (Cons. Stato, sez. VI, n. 8808/2022).

Tali affermazioni valgono anche nel caso in cui l'ordine di demolizione sia adottato a notevole distanza di tempo dalla commissione dell'abuso, atteso che a fronte della realizzazione di un immobile abusivo non è configurabile alcun affidamento del privato meritevole di tutela.

Per le ragioni esposte, l'appello è stato respinto.

<https://www.pausania.it/ancora-sullonere-della-prova-dellultimazione-delle-opere-abusive-in-caso-di-condono-di-fabio-cusano/>

L'amministrazione deve limitarsi a valutare se il titolo di proprietà abbia o meno le caratteristiche giuridico-formali per provare la disponibilità dell'immobile in capo all'istante, di Paolo Urbani

Con sentenza 14 settembre 2023, n. 8330, il Consiglio di Stato, sez. IV, ha ribadito che nell'ambito del procedimento per il rilascio di un titolo abilitativo all'edificazione, la pubblica amministrazione non è tenuta a svolgere una preliminare indagine istruttoria che si estenda fino alla ricerca d'ufficio di eventuali elementi limitativi, preclusivi o estintivi del titolo di disponibilità allegato dal richiedente. Peraltro, se è vero che non sussiste l'obbligo per la pubblica amministrazione di compiere complesse indagini o complesse ricognizioni giuridico-documentali, è anche vero che essa ha il dovere di valutare gli elementi istruttori di natura documentale, che siano stati acquisiti, anche in base all'intervento di terzi, nel procedimento finalizzato al rilascio del permesso di costruire. In tali casi l'attività dell'amministrazione rimane, comunque, un'attività meramente istruttoria, e non può avere altro scopo che quello di appurare la sussistenza della qualità vantata in capo al richiedente il titolo abilitativo.

La società assume di essere proprietaria di alcuni fondi ricompresi nella zona BC5 (c.d. Pineta).

La società ha chiesto al Comune il rilascio del titolo abilitativo edilizio e dell'autorizzazione paesaggistica per la realizzazione di 5 ville sui fondi di sua proprietà.

Con ricorso dinanzi al TAR, la società lamentava l'illegittimità della determinazione comunale con la quale era stata disposta l'archiviazione della procedura edilizia, in conseguenza del mancato riscontro della società istante alle richieste istruttorie inviate.

Il TAR ha accolto il motivo con il quale è stata dedotta l'illegittimità della richiesta di produrre i titoli legittimanti l'istanza del titolo abilitativo.

Conseguentemente, il giudice di primo grado ha annullato gli atti impugnati.

Il Comune ha proposto appello.

La questione principale all'esame del Collegio attiene, in estrema sintesi, al potere-dovere dell'Amministrazione di valutare la documentazione prodotta, in sede di richiesta di rilascio di un titolo edilizio, al fine di dimostrare la legittimazione dell'istante a disporre delle aree relative.

Il Comune assume l'erroneità e l'illogicità del capo della sentenza impugnata, che ha ritenuto illegittima la richiesta del Comune di produrre ulteriori chiarimenti in ordine ai titoli legittimanti la richiesta di rilascio del permesso di costruire, sul duplice rilievo per cui gli stessi fossero già in possesso della p.a. e che sarebbe stato onere della parte pubblica chiarire quali fossero i documenti ritenuti necessari per dar seguito al procedimento.

Ad avviso del Consiglio, il motivo è fondato.

Il Collegio non ignora il consolidato indirizzo interpretativo del Consiglio di Stato (ex multis, n. 968/2011; n. 675/2010; 368/2004) che identifica i limiti istruttori, nell'ambito del procedimento per il rilascio di un titolo abilitativo all'edificazione, in base al principio per cui la pubblica amministrazione non è tenuta a svolgere una preliminare indagine istruttoria che si estenda fino alla ricerca d'ufficio di eventuali elementi limitativi, preclusivi o estintivi del titolo di disponibilità allegato dal richiedente.

Tale indirizzo interpretativo, tuttavia, non può trovare applicazione al caso di che trattasi.

Nel caso di specie, infatti, il dubbio, in ordine alla legittimazione della società a disporre delle aree su cui realizzare il progetto edilizio, discendeva da esposti presentati da terzi, formalmente acquisiti al procedimento finalizzato al rilascio del titolo edilizio.

In relazione a questa diversa fattispecie, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che, se è vero che non sussiste l'obbligo per la pubblica amministrazione di compiere complesse

indagini o complesse ricognizioni giuridico-documentali, è anche vero che essa ha il dovere di valutare gli elementi istruttori di natura documentale, che siano stati acquisiti, anche in base all'intervento di terzi, nel procedimento finalizzato al rilascio del permesso di costruire (Consiglio di Stato n. 368 del 2004).

In tali casi l'attività dell'amministrazione rimane, comunque, un'attività meramente istruttoria, e non può avere altro scopo che quello di appurare la sussistenza della qualità vantata in capo al richiedente il titolo abilitativo. La verifica dell'amministrazione, pertanto, non può mai tradursi in una funzione arbitrale o paragiurisdizionale, nel senso di assumere, pur se ai soli fini del procedimento di emanazione del titolo abilitativo, la valenza di una decisione sulla titolarità o meno del diritto o delle qualità vantate, nel caso di contestazione da parte di terzi intervenuti nel procedimento.

Quest'ultimo assunto trova, del resto, riscontro nell'art.11, co. 2, T.U. in materia edilizia, laddove si stabilisce che il permesso di costruire non incide sulla titolarità della proprietà o di altri diritti reali.

La controversia in ordine alla titolarità del diritto, infatti, può e deve essere decisa sempre e solo dall'Autorità giudiziaria, e l'amministrazione, il cui provvedimento è, come visto, emesso con salvezza dei diritti dei terzi, non può mai andare oltre la verifica dell'idoneità giuridico-formale del documento prodotto ad attestare la titolarità del diritto di proprietà.

Ne deriva che l'amministrazione deve limitarsi a valutare se il titolo di proprietà abbia o meno le caratteristiche giuridico-formali per provare la disponibilità dell'immobile in capo all'istante, dovendo rilasciare il permesso anche quando, tra più interpretazioni possibili, sia compresa quella favorevole al e al richiedente.

In linea con le precedenti osservazioni, la migliore dottrina ha osservato che la verifica dell'idoneità del titolo esibito per dimostrare la legittimazione a presentare la richiesta di permesso di costruire può riguardare non tanto la sussistenza della titolarità del diritto, ma i limiti della stessa. Questa indagine può aver luogo nell'ambito dell'attività istruttoria per l'emanazione del titolo abilitativo, quando vi sia dubbio o contestazione sull'idoneità del diritto vantato a legittimare la domanda avanzata.

Nel caso di che trattasi, sulla scorta delle richieste comunali di approfondimento istruttorio, formalmente acquisiti al procedimento amministrativo, appare doverosa, e conforme ai riportati principi giurisprudenziali, la decisione del Comune di richiedere un supplemento istruttorio. Quanto all'asserita violazione dell'art. 20 comma 5, del T.U. in materia edilizia, valorizzata dalla sentenza impugnata sotto i profili dell'assenza di motivazione e del superamento del dettato legislativo che consente una sola richiesta di integrazione, va rilevato in senso contrario che, conformemente al dettato legislativo, il Comune ha motivato, nei sensi suindicati, le ragioni delle evidenziate richieste di integrazione documentale, le quali, pur essendosi formalmente tradotte in due successive richieste, a dispetto di quanto rilevato in sentenza, costituiscono un'unica sostanziale richiesta di integrazione, rappresentando la seconda di esse una mera ripetizione della prima, rimasta inevasa.

Alla luce delle ragioni che precedono l'appello è stato accolto, e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, è stato rigettato il ricorso di primo grado.

<https://www.pausania.it/lamministrazione-deve-limitarsi-a-valutare-se-il-titolo-di-proprietà-abbia-o-meno-le-caratteristiche-giuridico-formali-per-provare-la-disponibilità-dellimmobile-in-capo-elli/>

Il requisito di ultimazione dell'opera in caso di condono, di Fabio Cusano

Con sentenza 22 settembre 2023, n. 8469, il Consiglio di Stato, sez. VI, ha ribadito che in tema di condono edilizio, il legislatore (cfr. art. 39, comma 1, L. 724/1994 in combinato disposto con art. 31, L. 47/1985) prevede due criteri alternativi per la verifica del requisito dell'ultimazione, rilevante ai fini del rilascio del condono: si tratta del criterio "strutturale", che vale nei casi di nuova costruzione; e del criterio "funzionale", che opera, invece, nei casi di opere interne di edifici già esistenti oppure di manufatti con destinazione diversa da quella residenziale. Quanto al criterio strutturale del completamento del rustico, per edifici ultimati, si intendono quelli completi almeno al rustico, espressione con la quale si intende un'opera mancante solo delle finiture (infissi, pavimentazione, tramezzature interne), ma necessariamente comprensiva delle tamponature esterne, che realizzano in concreto i volumi, rendendoli individuabili e esattamente calcolabili. La nozione di completamento funzionale implica, invece, uno stato di avanzamento nella realizzazione tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini l'organismo edilizio, non soltanto deve aver assunto una sua forma stabile nella consistenza planivolumetrica (come per gli edifici, per i quali è richiesta la c.d. ultimazione "al rustico", ossia intelaiatura, copertura e muri di tompagno), ma anche una sua riconoscibile e inequivoca identità funzionale che ne connoti con assoluta chiarezza la destinazione d'uso.

In termini generali, deve osservarsi che è tassativamente impedita la modificazione delle opere oggetto della domanda di condono, se non con l'osservanza delle cautele previste dall'art. 35 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, il quale disciplina le modalità e le condizioni in base alle quali è consentito al presentatore dell'istanza di sanatoria di completare, sotto la propria responsabilità e a proprio rischio, i manufatti abusivi (la disposizione prevede che, «decorsi centoventi giorni dalla presentazione della domanda e, comunque, dopo il versamento della seconda rata dell'oblazione, il presentatore dell'istanza di concessione o autorizzazione in sanatoria può completare sotto la propria responsabilità» le opere oggetto della domanda; a tal fine, «l'interessato notifica al Comune il proprio intendimento, allegando perizia giurata ovvero documentazione avente data certa in ordine allo stato dei lavori abusivi, ed inizia i lavori non prima di trenta giorni dalla data della notificazione»).

Al di fuori della predetta ipotesi resta fermo che, in presenza di manufatti abusivi non sanati né condonati, gli interventi ulteriori (pur se riconducibili, nella loro oggettività, alle categorie della manutenzione straordinaria, della ristrutturazione o della costruzione di opere costituenti pertinenze urbanistiche), ripetono le caratteristiche d'illiceità dell'opera abusiva cui ineriscono strutturalmente.

Qualora il soggetto che ha presentato la domanda di condono abbia realizzato opere non di rifinitura ma nuovi e diversi rispetto a quelli oggetto della richiesta di sanatoria, le stesse andranno considerate, ai fini sanzionatori, come 'autonomamente' abusive.

La realizzazione di interventi ulteriori non giustifica, di per sé, il diniego del condono, a meno che, avendo inciso in modo radicale sullo stato dei luoghi, rendano impossibile all'Amministrazione di valutare la consistenza delle opere abusive originarie.

Su queste basi, il presupposto logico-necessario per l'accoglimento dell'istanza di completamento delle opere abusive da condonare, è che queste ultime siano state ultimate, altrimenti si consentirebbe (con la stratificazione dell'intervento successivo e l'occultamento dell'illecito preesistente) la surrettizia elusione della barriera temporale per l'applicazione della sanatoria straordinaria.

Nel caso di specie, la polizia municipale, all'esito del sopralluogo, ha accertato che i lavori eseguiti dall'istante non risultavano congrui rispetto a quanto dichiarato e documentato nella

perizia tecnica allegata alla pratica.

In sostanza, i pretesi lavori di completamento tali non erano, perché il manufatto abusivo non era stato neppure ultimato, trattandosi di una struttura in cemento armato senza tamponatura.

Il legislatore (cfr. l'art. 39, comma 1, della legge n. 724 del 1994 in combinato disposto con l'art. 31 della legge n. 47 del 1985) prevede due criteri alternativi per la verifica del requisito dell'ultimazione, rilevante ai fini del rilascio del condono: si tratta del criterio «strutturale», che vale nei casi di nuova costruzione; e del criterio «funzionale», che opera, invece, nei casi di opere interne di edifici già esistenti oppure di manufatti con destinazione diversa da quella residenziale.

Quanto al criterio strutturale del completamento del rustico, per edifici «ultimati», si intendono quelli completi almeno al «rustico», espressione con la quale si intende un'opera mancante solo delle finiture (infissi, pavimentazione, tramezzature interne), ma necessariamente comprensiva delle tamponature esterne, che realizzano in concreto i volumi, rendendoli individuabili e esattamente calcolabili (cfr., fra le tante, Consiglio di Stato, sez. IV, 16 ottobre 1998, n. 130).

La nozione di completamento funzionale implica, invece, uno stato di avanzamento nella realizzazione tale da consentirne potenzialmente, e salve le sole finiture, la fruizione; in altri termini l'organismo edilizio, non soltanto deve aver assunto una sua forma stabile nella consistenza planivolumetrica (come per gli edifici, per i quali è richiesta la c.d. ultimazione "al rustico", ossia intelaiatura, copertura e muri di tompagno), ma anche una sua riconoscibile e inequivoca identità funzionale che ne connoti con assoluta chiarezza la destinazione d'uso.

Ricade in capo al proprietario (o al responsabile dell'abuso) l'onere di provare la data di ultimazione delle opere edilizie, dal momento che solo l'interessato può fornire inconfutabili atti, documenti ed elementi probatori che siano in grado di radicare la ragionevole certezza dell'epoca di realizzazione di un manufatto.

Nel nuovo codice del processo amministrativo, per quanto permanga un assai ampio potere di intervento del giudice sul materiale di fatto introdotto dalle parti nel processo, la formula del metodo acquisitivo nella formazione del materiale probatorio risulta declinato in termini più rigorosi.

All'onere dell'introduzione della parte non consegue automaticamente (come postulava il metodo acquisitivo nella sua classica formulazione), il dovere di acquisizione del giudice semplicemente perché ne è stato offerto un principio di prova. Il principio dispositivo è mitigato dal metodo acquisitivo soltanto in relazione all'effettiva indisponibilità dei mezzi di prova (articoli 63, comma 1, e 64, comma 1, del c.p.a.), al fine di evitare la meccanica applicazione della regola formale di giudizio fondata sull'onere della prova e di equilibrare in tal modo la posizione della parte privata.

Nel presente giudizio l'appellante non ha assolto all'onere probatorio su di lui gravante.

Neppure può essere invocata l'impossibilità giuridica di ultimare le opere nel termine di legge.

L'art. 43, comma 5, primo periodo della legge n. 47 del 1985, prevede che: «Possono ottenere la sanatoria le opere non ultimate per effetto di provvedimenti amministrativi o giurisdizionali limitatamente alle strutture realizzate e ai lavori che siano strettamente necessari alla loro funzionalità. Il tempo di commissione dell'abuso e di riferimento per la determinazione dell'oblazione sarà individuato nella data del primo provvedimento amministrativo o giurisdizionale».

Tale deroga – dettata in favore di quei contravventori che avendo prestato ossequio ai provvedimenti amministrativi o giurisdizionali che inibivano la prosecuzione dei lavori abusivi, non sono stati posti in grado di ultimare o completare le opere entro il termine ultimo previsto dalla legge – va interpretata in termini strettamente circostanziati.

Sebbene la disposizione utilizzi la più elastica nozione di ultimazione delle «strutture

realizzate» – e non quella di un manufatto completo almeno al rustico e privo soltanto delle finiture (come invece l'art. 31, comma 2, della legge n. 47 del 1985) – la stessa non consente certo il completamento delle strutture in qualsiasi stato si trovino realizzate.

Se non si vuole stravolgere il fondamento dell'istituto e la forza prescrittiva dell'attività di repressione degli abusi edilizi (ad opera dell'autorità giudiziaria), il grado di completamento dell'opera abusiva deve essere tale da consentire di percepire la concreta fisionomia e destinazione dell'opera da sanare e da completare. La norma in questione, in altre parole, può essere invocata soltanto per eseguire interventi funzionali e accessori a quanto già costruito, mentre deve ritenersi preclusa la possibilità di sanatoria per opere il cui grado, appena iniziale, di realizzazione non consenta di riconoscerne la funzione e la configurazione generale.

Deve quindi concludersi che i locali abusivi in costruzione non avevano raggiunto un sufficiente grado di ultimazione plano-volumetrica, per entrare nel campo applicativo dell'43, comma 5, primo periodo della legge n. 47 del 1985.

In ragione dell'acclarata abusività del manufatto abusivo, l'ordine di demolizione era atto dovuto e vincolato e non necessitava di motivazione aggiuntiva rispetto all'indicazione dei presupposti di fatto e all'individuazione e qualificazione degli abusi edilizi, dovendosi escludere l'esistenza di alcun affidamento tutelabile alla conservazione di una situazione di fatto illecita, che il tempo non può legittimare.

L'appello, pertanto, è stato respinto.

<https://www.pausania.it/il-requisito-di-ultimazione-dellopera-in-caso-di-condono-di-fabio-cusano/>

PAESAGGIO E BENI CULTURALI, AMBIENTE ED ENERGIA

La Regione Lazio deve esercitare i poteri sostitutivi nel caso della fioritura algale del Lago di Vico, di Fabio Cusano

Con sentenza del 12 ottobre 2023, n. 8897, il Consiglio di Stato (Sezione Quarta) ha affermato che i presupposti dell'azione avverso il silenzio sono sia l'esistenza di uno specifico obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, sia la natura provvedimentale dell'attività oggetto della sollecitazione: il rito previsto dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo rappresenta infatti sul piano processuale lo strumento rimediabile per la violazione della regola dell'obbligo di agire in via provvedimentale sancita dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990.

L'associazione Client Earth AISBL e la Lega Italiana Protezione Uccelli adivano il TAR Lazio chiedendo che venisse dichiarata l'illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Lazio sull'istanza-diffida di provvedere, avente ad oggetto l'esercizio dei poteri sostitutivi previsti dall'art. 152 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (TUA), in combinato disposto con l'art. 19 della LR Lazio 6 agosto 1999, n. 14, in relazione agli obblighi discendenti dalla D.G.R. 2013, poi ribaditi in termini analoghi dalla D.G.R. 2020.

Allegavano le ricorrenti che, secondo le informazioni acquisite in sede di accesso agli atti, non risultavano essere state adottate azioni di carattere preventivo e correttivo per il contrasto del fenomeno della fioritura algale del lago di Vico.

Il TAR ha, tuttavia, rigettato il ricorso.

Nello specifico, il primo giudice ha attribuito rilievo dirimente a quanto riportato nella nota con cui la Direzione Ambiente della Regione ha riscontrato la suddetta diffida (nota 2022), ritenendo insussistente il contestato silenzio inadempimento. In tale nota sarebbero stati indicati gli atti (amministrativi e normativi) relativi alla problematica sollevata, adottati dalla Regione. In particolare, la Regione ha esercitato i poteri sostitutivi nei confronti dei Comuni di Ronciglione e Caprarola, disponendo la nomina di un Commissario ad acta, il quale a sua volta ha provveduto al trasferimento al gestore unico Talete s.p.a. del servizio idrico dell'Ambito Territoriale Ottimale n. 1 – Lazio Nord Viterbo.

La sentenza è stata impugnata dalle associazioni ricorrenti.

Le appellanti hanno sottolineato, in primo luogo, che il deterioramento dell'acqua del lago di Vico destinata al consumo umano è stato certificato da due provvedimenti regionali: la D.G.R. 2013 e la D.G.R. 2020. Con tali provvedimenti la Regione ha provveduto, ai sensi dell'art. 80 TUA, dapprima, al declassamento delle acque nella categoria A2 e, successivamente, in classe A3.

Le delibere regionali, oltre al declassamento delle acque, hanno previsto la necessaria adozione di una serie di misure per garantire la tutela della risorsa idrica dai fenomeni massivi di proliferazione algale atti ad evitare il definitivo deterioramento delle acque. Tali misure non sono state attuate, ragion per cui le odierne ricorrenti hanno presentato distinte istanze-diffide di provvedere ai sensi dell'art. 2 della L. 241/90 per domandare agli Enti competenti l'adempimento dei predetti obblighi.

Per altro verso, è stato domandato alla Regione Lazio di esercitare i poteri sostitutivi previsti dall'art. 152 TUA e dall'art. 19 della LR Lazio 14/1999, relativamente all'adozione delle suddette misure.

Va peraltro precisato che un terzo distinto giudizio relativo all'applicazione della Direttiva c.d. "nitrati" si è invece concluso con pronunzia di accoglimento del TAR, che ha sancito l'obbligo specifico di provvedere in concreto. Nel caso in esame, la Regione sarebbe, pertanto, tuttora

inadempiente all'obbligo di esercitare i poteri sostitutivi previsti dall'art.152, commi 2 e 3, TUA.

Nel merito, ad avviso del Consiglio di Stato, l'appello è fondato.

Deve convenirsi con le Associazioni appellanti che i provvedimenti invocati dalla Regione riguardano, in primo luogo, le misure di conservazione adottate in attuazione della Direttiva "Habitat" e non attengono specificamente alla questione della tutela delle acque destinate al consumo umano, oggetto di un distinto compendio normativo.

A questo fine, la Regione ha imposto all'ATO Viterbo, alla società Talete, ai Sindaci dei comuni interessati e all'AUSL Viterbo di adottare una serie di misure volte a garantire la tutela della risorsa idrica dai fenomeni massivi di proliferazione algale atti ad evitare il definitivo deterioramento delle acque.

Orbene, non è contestato che tali Enti siano rimasti inerti rispetto al complesso degli adempimenti derivanti dalle delibere regionali, in particolare per quanto riguarda la messa in atto di tutte le azioni preventive/correttive appropriate al fine di ridurre il rischio di sviluppo di fioriture algali nonché la predisposizione di uno specifico piano per la gestione di eventuali fenomeni massivi di proliferazione algale.

La Regione Lazio è quindi tuttora inadempiente all'obbligo di sostituirsi agli Enti sopra indicati al fine di garantire la tutela della risorsa idrica del Lago di Vico dai fenomeni massivi di proliferazione algale e di evitare il definitivo deterioramento delle acque.

Giova precisare che i presupposti dell'azione avverso il silenzio sono sia l'esistenza di uno specifico obbligo di provvedere in capo all'Amministrazione, sia la natura provvedimento dell'attività oggetto della sollecitazione: il rito previsto dagli artt. 31 e 117 del codice del processo amministrativo rappresenta infatti sul piano processuale lo strumento rimediabile per la violazione della regola dell'obbligo di agire in via provvedimento sancita dall'art. 2 della L. 241/1990 (Cons. Stato, Sez. III, sentenza n. 4204 del 2020).

Entrambi i presupposti sono sussistenti nel caso in esame poiché, da un lato, l'esercizio dei poteri sostitutivi della Regione, in caso di inadempienza degli Enti competenti, è configurato dall'art. 152 del Codice dell'ambiente come un atto dovuto; dall'altro, la sostituzione degli Enti rimasti inadempienti richiede, a monte, la manifestazione di un'attività di tipo volitivo-provvedimentale da parte della Regione medesima.

Il contenuto delle misure conseguenti all'esercizio del potere sostitutivo è, invece, di natura ampiamente discrezionale. Invero, l'azione disciplinata dall'art. 117 del c.p.a. ha natura strumentale e il giudice non può pronunciarsi sul merito della pretesa azionata, essendo tale eventualità limitata ai soli atti vincolati e a quelli in relazione ai quali si sia interamente esaurito lo spettro di discrezionalità riconosciuto all'amministrazione e al contempo non siano necessarie attività istruttorie, come stabilito dall'art. 31, comma 3, del c.p.a. (cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, 9 giugno 2016, n.11).

Nel caso di specie, del resto, l'istanza-diffida presentata dalle Associazioni appellanti non era volta ad imporre alla Regione una specifica modalità di esercizio del potere sostitutivo quanto a stimolarne l'iniziativa, al fine di assicurare l'avvio della messa in atto delle azioni preventive e correttive per contrastare il fenomeno della proliferazione delle alghe nel lago di Vico.

I provvedimenti e le azioni intraprese dalla Regione, al di là degli obiettivi programmatici, oggetto di richiamo nella nota, non appaiono, in concreto, esaustivi rispetto agli specifici obblighi di provvedere imposti (a partire dalla Direttiva acque potabili) anche all'Amministrazione regionale in ossequio alle finalità ed esigenze di tutela delle acque ad uso umano, come descritti anche nell'atto di diffida, restando nondimeno integre le valutazioni tecnico-discrezionali spettanti alla Regione in sede di azione sostitutiva degli altri Enti e organi competenti.

In definitiva, per quanto sopra argomentato, l'appello merita accoglimento. Per l'effetto – in

riforma della sentenza impugnata – il Consiglio ha dichiarato l'illegittimità del silenzio serbato dalla Regione Lazio sull'istanza-diffida presentata dalle odierne appellanti. Su tale istanza, la Regione è tenuta a pronunciarsi, con un provvedimento espresso e specifico, nel termine di giorni 60.

<https://www.pausania.it/la-regione-lazio-deve-esercitare-i-poteri-sostitutivi-nel-caso-della-fioritura-algale-del-lago-di-vico-di-fabio-cusano/>

L'autorizzazione paesaggistica va acquisita prima di intraprendere il procedimento edilizio, di Fabio Cusano

Con sentenza 25 maggio 2023, n. 1225, il TAR Salerno, sez. II, ha ribadito che l'autorizzazione paesaggistica, anche in sanatoria (c.d. accertamento di compatibilità paesaggistica), costituisce 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. Questo implica che, in pendenza della definizione del procedimento di rilascio del nulla osta paesaggistico ex post in sanatoria ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, D. Leg.vo 42/2004, non può decorrere il termine di legge per il formarsi del silenzio-rigetto sull'istanza di sanatoria edilizia, essendo il nulla osta paesaggistico ex post atto presupposto rispetto al medesimo; pertanto, non essendosi formato il silenzio diniego, non vi è interesse ad impugnarlo.

La ricorrente è proprietaria di un vecchio fabbricato, raggiungibile solo attraverso una lunga scalinata; la stessa procedeva alla realizzazione di alcune opere di miglioria della proprietà soprattutto nel fondo agricolo, con lo scopo di salvaguardare alcune strutture in esso preesistenti e migliorarne la fruizione; l'Ente ingiungeva la demolizione delle opere; la ricorrente presentava istanza di accertamento di conformità urbanistica e istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica; l'ordinanza di demolizione veniva impugnata, ma il ricorso veniva dichiarato improcedibile; invece, in merito alle istanze, il Comune rimaneva silente; avverso il provvedimento tacito di silenzio diniego formatosi tacitamente sull'istanza de qua, unitamente all'ordine demolitorio, agisce la ricorrente.

Ad avviso del TAR, il gravame è inammissibile.

L'autorizzazione paesaggistica, anche in sanatoria (c.d. accertamento di compatibilità paesaggistica), costituisce 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 (T.A.R. Napoli, sez. III, 14/06/2022, n.4000).

Questo implica che, in pendenza della definizione del procedimento di rilascio del nulla osta paesaggistico ex post in sanatoria ai sensi dell'art. 167, commi 4 e 5, d.lgs. n. 42/2004, non può decorrere il termine di legge per il formarsi del silenzio-rigetto sull'istanza di sanatoria edilizia, essendo il nulla osta paesaggistico ex post atto presupposto rispetto al medesimo; pertanto, non essendosi formato il silenzio diniego, non vi è interesse ad impugnarlo (T.A.R. Napoli, sez. VII, 17/03/2022, n.1802).

Invero, traslando le coordinate normative ed ermeneutiche nella fattispecie in esame, il TAR, sulla base della disamina della documentazione in atti, addiuvato ad un'inevitabile declaratoria di inammissibilità del gravame, in ragione della carenza di interesse a ricorrere, stante la mancata formazione del silenzio rigetto, nei termini giurisprudenzialmente esposti.

Pertanto, il ricorso è stato respinto.

<https://www.pausania.it/autorizzazione-paesaggistica-va-acquisita-prima-di-intraprendere-il-procedimento-edilizio-di-fabio-cusano/>

La protezione dell'ambiente rientra tra i fini della gestione urbanistica del territorio, di Fabio Cusano

Con sentenza 14 settembre 2023, n. 8325, il Consiglio di Stato, sez. IV, ha ribadito 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. In tale ordine di idee 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. Da tale impostazione discende che l'ambito di discrezionalità del comune nel determinare le scelte che incidono sull'assetto del territorio comunale è quindi molto ampio sia nel *quid* che nel *quomodo*.

La questione principale all'esame del Collegio attiene alla natura e alle funzioni della pianificazione urbanistica.

Secondo la moderna concezione della funzione di pianificazione, sviluppatasi a partire dalla nota decisione del Consiglio di Stato sul caso Cortina (Cons. Stato. Sez. IV, 10 maggio 2012, n. 2710), il potere conformativo del comune non può essere condizionato dalle caratteristiche oggettive dell'area o da precedenti determinazioni, pena la messa in discussione della potestà generale di piano.

Nell'occasione, il Consiglio di Stato ha avuto modo di chiarire 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. L'esercizio del potere di pianificazione, in tale prospettiva, deve tenere conto, in definitiva, del modello di sviluppo che s'intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione del futuro sulla propria stessa essenza, svolta per autorappresentazione ed autodeterminazione dalla comunità medesima, con le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, con la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio.

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).

Da tale innovativa impostazione discende che l'ambito di discrezionalità del comune nel determinare le scelte che incidono sull'assetto del territorio comunale è quindi molto ampio sia nel quid che nel quomodo.

È oramai pacifico in giurisprudenza che, nell'ambito di tale discrezionalità l'amministrazione comunale, qualora il comune avvii un procedimento teso alla redazione di un nuovo piano regolatore generale, o di una sua variante generale, ha la potestà di ripianificare quelle parti del territorio le cui destinazioni d'uso vigenti non sembrano essere più consone alle nuove scelte. Ciò può riguardare simmetricamente sia la retrocessione delle aree edificabili ad aree agricole sia quello di riconoscere a queste ultime la destinazione edificatoria.

Si tratta in questi casi dell'esplicazione della discrezionalità amministrativa che permette ai comuni di pianificare il territorio anche in senso restrittivo rispetto al passato, con i limiti della razionalità e dell'insussistenza di pregressi affidamenti qualificati a favore della proprietà.

In coerenza con tali coordinate di fondo della funzione di pianificazione, modernamente intesa, il Comune ha ripianificato quelle parti del territorio le cui destinazioni d'uso non sembravano essere più consone alle nuove scelte dell'amministrazione.

Più in particolare, la nuova disciplina pianificatoria del Comune, con la variante di che trattasi, ha inteso adeguarsi al diverso, sopra delineato, orientamento che conferisce allo strumento urbanistico il ruolo di migliorare la conformazione del territorio anche alla luce di interessi diversi da quelli attinenti alle potenzialità edificatorie, attribuendo una valenza di rilievo alla conservazione di zone di pregio paesistico, in particolare scongiurando ulteriori edificazioni suscettibili di conculcare le zone litoranee.

Questi ultimi interessi (un tempo necessariamente "differenziati" rispetto all'oggetto della funzione di pianificazione) sono oggi passibili di essere inglobati nel nuovo paradigma della funzione pianificatoria e possono legittimamente, come è accaduto nel caso di specie, prevalere, all'esito del consueto bilanciamento sotteso ad ogni esercizio dell'attività discrezionale, sulle le capacità edificatorie in precedenza riconosciute a fondi astrattamente edificabili.

Questo è proprio quello che è accaduto con la variante di salvaguardia in esame.

La relativa motivazione evidenzia, infatti, la volontà del Comune di salvaguardare le ultime manifestazioni della preesistente pineta, in quanto espressione, paesaggisticamente qualificante, del promontorio che caratterizzava il tratto della costa ligure.

A tal riguardo, il consiglio comunale ha considerato: che i fondi interessati sono posti nella fascia di rispetto compresa nei trecento metri dalla linea del bagnasciuga; che la loro edificazione avrebbe comportato la definitiva perdita di una testimonianza paesistica che si riteneva di dover promuovere; che l'edificazione sui due fondi comporterebbe l'accentuazione del tratto disordinato paesato dall'urbanizzazione del sito, con conseguente necessità di rimodernare i servizi esistenti in zona, atteso il tempo trascorso dalla loro installazione e l'aumento dei loro fruitori.

La legittimità della variante in esame trae, peraltro, argomento dal costante indirizzo della giurisprudenza del Consiglio di Stato, a mente del quale, al fine di sorreggere, sul piano motivazionale, nuove previsioni pianificatorie, non occorre indicare particolari motivazioni se non

quelle espresse in via generale nella relazione al piano urbanistico.

E ciò alla luce del fatto che nel caso di che trattasi non sussistevano pregressi affidamenti qualificati in favore dell'appellante.

Sotto tale profilo, va infatti evidenziato che la giurisprudenza del Consiglio di Stato, con orientamento del tutto consolidato, afferma il principio di diritto per cui un particolare sforzo motivazionale a sostegno di nuove previsioni pianificatorie è imposto solo nel caso di pregressi affidamenti qualificati del privato, rinvenibili, in particolari, in circoscritte situazioni, quali l'esistenza di una preesistente convenzione di lottizzazione, di accordi di diritto privato intercorsi fra il Comune e i proprietari delle aree, ovvero in presenza di aspettative nascenti da giudicati di annullamento di concessioni edilizie o di silenzio rifiuto su una domanda di concessione (ex multis, Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2453; id. sez. IV, 12 maggio 2016, n. 1907).

Le riflessioni di autorevole dottrina sulle tutele differenziate hanno avuto certamente il merito di evidenziare che la gestione globale del territorio, tramite il potere di piano, può essere messa in crisi dalle pianificazioni (piani dei parchi, piani di bacino ecc.), differenziate (c.d. invarianti urbanistiche) volte a disciplinare specifici interessi insistenti nel territorio.

Oggi, alla stregua della moderna concezione della funzione urbanistica in precedenza tratteggiata, 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.

Dall'accoglimento delle sopra enunciate premesse, in punto di nuova concezione della funzione urbanistica, consegue, pertanto, 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.

Il Consiglio ricorda altresì che, secondo un costante indirizzo interpretativo (cfr. Cons.St., sez. IV, 2839 del 21 marzo 2023; sez. II, 6 aprile 2021, n. 2777; sez. IV, 13 aprile 2016, n. 1434; cfr. sez. IV, 21 agosto 2013, n. 4200), pure in presenza di una zona (in tesi) già urbanizzata, la necessità dello strumento attuativo è esclusa solo nei casi nei quali la situazione di fatto, in presenza di una pressoché completa edificazione della zona, sia addirittura incompatibile con un piano attuativo (ad es. il lotto residuale ed intercluso in area completamente urbanizzata), ma non anche nell'ipotesi in cui, per effetto di una edificazione disomogenea, ci si trovi di fronte ad una situazione che esige un intervento idoneo a restituire efficienza all'abitato, riordinando e talora definendo ex novo un disegno urbanistico di completamento della zona (ad esempio, completando il sistema della viabilità secondaria nella zona o integrando l'urbanizzazione esistente per garantire il rispetto degli standard minimi per spazi e servizi pubblici e le condizioni per l'armonico collegamento con le zone contigue, già asservite all'edificazione).

L'esigenza di un piano di ricucitura del tessuto urbano, quale presupposto per il rilascio della concessione edilizia, si impone anche al fine di un armonico raccordo con il preesistente aggregato abitativo, allo scopo di potenziare le opere di urbanizzazione già esistenti e, quindi, anche alla più limitata funzione di armonizzare aree già compromesse ed urbanizzate. Per escludere la necessità della pianificazione attuativa è necessario, pertanto, valutare la sufficienza dell'urbanizzazione esistente, considerando a tal fine un rapporto di proporzionalità fra i bisogni degli abitanti insediati con quelli ancora da insediare nella zona con la previsione e la quantità e qualità degli impianti urbanizzati già disponibili destinati a soddisfarli.

Applicando tali coordinate al caso di specie, il Consiglio evidenzia che, a supporto del mutamento urbanistico contestato, l'amministrazione ha rilevato la necessità di rivedere la situazione dei servizi a standard realizzati anni prima.

Da ciò si desume che, contrariamente a quanto ritenuto nell'atto di appello, nel caso di specie l'amministrazione ha dubitato della residua capacità dei servizi a standard di far fronte alle esigenze derivanti dal potenziale implementato del carico urbanistico.

Infine, il Consiglio evidenzia che è oramai superata la tradizionale visione gerarchica dei piani, essendosi oramai largamente affermato, in sua vece, il criterio della competenza.

L'ordinamento urbanistico ligure prevede, infatti, un sistema di pianificazione a due stadi, imperniato sul binomio piano strutturale-piano operativo. Questa articolazione del piano comunale consente di non adottare decisioni puntuali immediate e di modulare progressivamente la prescrittività delle scelte urbanistiche a mano a mano che maturano le condizioni propizie alla relativa (concreta) realizzazione. Il piano operativo prende il posto del precedente piano attuativo e contiene, come avvenuto nella specie, prescrizioni conformative della proprietà.

Dal che discende la legittimità della scelta di procedere, nel caso di specie, con uno strumento attuativo unitario.

In conclusione, per le suesposte ragioni, il Consiglio ha respinto l'appello.

<https://www.pausania.it/la-protezione-dellambiente-rientra-tra-i-fini-della-gestione-urbanistica-del-territorio-di-fabio-cusano/>

Il rapporto tra autorizzazione paesaggistica e titolo edilizio, di Fabio Cusano

Con sentenza 4 settembre 2023, n. 8150, il Consiglio di Stato, sez. IV, ha ribadito che l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo rispetto agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio. I due atti di assenso, quello paesaggistico e quello edilizio, operano su piani diversi, essendo posti a tutela di interessi pubblici diversi, seppur parzialmente coincidenti. Conseguentemente la mancata preventiva acquisizione della autorizzazione paesaggistica, di cui all'art. 146 d.lgs. n. 42/ 2004, incide sull'efficacia, non sulla legittimità, del titolo edilizio; l'autorizzazione paesaggistica, si atteggia quindi alla stregua di una condizione di efficacia, con la conseguenza che i lavori non possono essere iniziati, finché non intervenga il parere della Sovrintendenza, parere rispetto al quale l'amministrazione comunale ha solo un potere di conformazione.

La questione controversa riguarda la nota del Comune del 2018, avente ad oggetto l'istanza di permesso di costruire del 2017, per la realizzazione di tavolato ligneo di facile rimozione da destinare a stabilimento balneare ed elioterapico ad uso pubblico, con annessi servizi, in corrispondenza di scogliera sita in loc. Capo d'Orlando, con la quale detto ente ha notificato all'appellante società il parere negativo espresso dalla Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio per l'Area Metropolitana di Napoli.

Avverso detto atto di diniego l'appellante ha proposto ricorso al Tar che lo ha rigettato con la sentenza oggetto del presente gravame.

In particolare, l'appellante rileva che l'assenza del titolo volto a dimostrare la disponibilità del bene sul quale s'intende realizzare l'opera – la concessione demaniale – non ostacola il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, trattandosi di procedimenti tra loro del tutto autonomi e indipendenti.

Ad avviso del Consiglio, l'appello è fondato.

La pendenza del procedimento di concessione demaniale richiamato nel procedimento impugnato non può essere determinante ai fini del diniego medesimo atteso che il permesso di costruire potrebbe essere rilasciato ma non avrebbe efficacia in pendenza dell'istanza di autorizzazione paesaggistica.

Come da giurisprudenza consolidata sul punto, l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo rispetto agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio.

I due atti di assenso, quello paesaggistico e quello edilizio, operano su piani diversi, essendo posti a tutela di interessi pubblici diversi, seppur parzialmente coincidenti (cfr. Cons. Stato Sez. VI, 3/5/2022, n. 3446).

Conseguentemente la mancata preventiva acquisizione della autorizzazione paesaggistica, di cui all'art. 146 d.lgs. n. 42/ 2004, incide sull'efficacia, non sulla legittimità, del titolo edilizio; l'autorizzazione paesaggistica, si atteggia quindi alla stregua di una condizione di efficacia, con la conseguenza che i lavori non possono essere iniziati, finché non intervenga il parere della Sovrintendenza (cfr. Consiglio di Stato, sezione IV, 11 aprile 2023, n. 3638), parere rispetto al quale l'amministrazione comunale ha solo un potere di conformazione.

Nello specifico non può incidere il mancato rilascio della concessione demaniale marittima, trattandosi di procedimenti – quello relativo alla materia urbanistica, volto al rilascio dei titoli abilitativi, e quello relativo al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica – tra loro autonomi e indipendenti; l'art 146, comma 4, d.lgs. 42/2004 dispone infatti che l'autorizzazione paesaggistica costituisce atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire o agli altri titoli legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio.

<https://www.pausania.it/il-rapporto-tra-autorizzazione-paesaggistica-e-titolo-edilizio-di-fabio-cusano/>

L'autorizzazione unica per impianti agrivoltaici, di Fabio Cusano

Con sentenza 30 agosto 2023, n. 8029, il Consiglio di Stato, sez. IV, ha affermato che l'impianto agrivoltaico – impianto che combina produzione di energia elettrica e coltivazione agricola – non può essere assimilato ad un impianto fotovoltaico, il quale produce unicamente energia elettrica e non contribuisce alle ordinarie esigenze dell'agricoltura. Contrariamente a quanto accade nei progetti che utilizzano la metodica fotovoltaica, infatti, nell'agrivoltaico le esigenze della produzione agricola vengono soddisfatte grazie alla tecnica utilizzata che consente il recupero dei fondi e la coltivazione. Logico corollario della delineata differenza tra impianti agrivoltaici e fotovoltaici è quello secondo cui gli stessi non possono essere assimilati sotto il profilo del regime giuridico.

La società energetica ha presentato istanza per la realizzazione di un impianto agrivoltaico localizzato nel Comune di Brindisi.

Il Settore Ambiente della Provincia ha dato avvio al procedimento di VIA e ha indetto la Conferenza di Servizi in modalità asincrona per la valutazione del progetto in questione.

Nel corso del procedimento in conferenza di servizi, tra gli altri, sono pervenuti i seguenti pareri, tutti non favorevoli all'intervento: – ARPA; – Servizio Agricoltura della Regione Puglia; – Sezione Tutela e Valorizzazione del Paesaggio della Regione Puglia; – Comune di Brindisi; – Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio.

La Provincia di Brindisi ha pertanto comunicato che non autorizza il rilascio del provvedimento autorizzatorio unico regionale per la realizzazione e l'esercizio dell'impianto in questione.

La società ha, quindi, impugnato i predetti atti negativi dinanzi al TAR, chiedendone l'annullamento.

Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso, annullando il provvedimento di diniego, muovendo dall'assunto di fondo della netta distinzione ontologica sussistente tra gli impianti agrivoltaici e quelli fotovoltaici.

Contro tale decisione la Provincia di Brindisi ha proposto appello chiedendo la riforma della sentenza impugnata.

L'agrivoltaico è un settore di recente introduzione e in forte espansione, caratterizzato da un utilizzo "ibrido" di terreni agricoli, a metà tra produzioni agricole e produzione di energia elettrica, che si sviluppa con l'installazione, sugli stessi terreni, di impianti fotovoltaici, che non impediscono tuttavia la produzione agricola classica. In particolare, mentre nel caso di impianti fotovoltaici il suolo viene reso impermeabile e viene impedita la crescita della vegetazione (ragioni per le quali il terreno agricolo perde tutta la sua potenzialità produttiva), nell'agrivoltaico l'impianto è invece posizionato direttamente su pali più alti, e ben distanziati tra loro, in modo da consentire alle macchine da lavoro la coltivazione agricola. Per effetto di tale tecnica, la superficie del terreno resta, infatti, permeabile e quindi raggiungibile dal sole e dalla pioggia, dunque pienamente utilizzabile per le normali esigenze della coltivazione agricola.

Alla luce di quanto osservato, non si comprende, pertanto, come un impianto che combina produzione di energia elettrica e coltivazione agricola (l'agrivoltaico) possa essere assimilato ad un impianto che produce unicamente energia elettrica (il fotovoltaico), ma che non contribuisce, tuttavia, neppure in minima parte, alle ordinarie esigenze dell'agricoltura.

Contrariamente a quanto accade nei progetti che utilizzano la metodica fotovoltaica, infatti, nell'agrivoltaico le esigenze della produzione agricola vengono soddisfatte grazie al recupero, da un punto di vista agronomico, di fondi che versano in stato di abbandono.

Logico corollario della delineata differenza tra impianti agrivoltaici e fotovoltaici è, come

correttamente osservato dalla sentenza impugnata, quello secondo cui gli stessi non possono essere assimilati sotto il profilo del regime giuridico, come impropriamente ha fatto la Provincia nel procedimento conclusosi con il provvedimento di PAUR negativo.

In tale direzione è oramai orientata la prevalente giurisprudenza amministrativa di primo grado (cfr., TAR Bari, sent. n. 568/2022; nonché TAR Lecce, sentenze nn. 1799/2022 e 586/22, 1267/22, 1583/22, 1584/22, 1585/22, 1586/22) che ha ripetutamente annullato analoghi dinieghi assunti sulla base di una errata assimilazione dell'agro-voltaico al fotovoltaico.

Nel solco di tali indirizzi interpretativi della giurisprudenza di primo grado si iscrive anche una recente decisione resa dal Consiglio in sede di appello cautelare (cfr., ord. n. 5480/2022).

Più in generale, il Consiglio non condivide l'assunto, contenuto nel parere negativo della Sezione Paesaggio, secondo cui "Il termine agrivoltaico o agrofotovoltaico non trova alcun riscontro nella normativa nazionale o regionale", trovando esso una netta smentita sulla base di una attenta analisi del diritto positivo nazionale ed euro-unitario. L'art. 3 Reg. UE 2021/241, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (attuato dall'Italia con il d. lgs. n. 77/21), pone tra i sei pilastri del Piano di resilienza (cfr. art. 3 lett. a Reg. cit.) la "transizione verde". Il successivo art. 4 conferma, quale obiettivo del Piano di resilienza, il sostegno alla: "transizione verde, contribuendo al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione per il 2030 stabiliti nell'articolo 2, punto 11, del regolamento (UE) 2018/1999, nonché al raggiungimento dell'obiettivo della neutralità climatica dell'UE entro il 2050". L'All. V al suddetto Reg. UE 2021/241 stabilisce (cfr. punto 2.5) che: "Il piano per la ripresa e la resilienza prevede misure che contribuiscono efficacemente alla transizione verde, compresa la biodiversità, o ad affrontare le sfide che conseguono da tale transizione, e tali misure rappresentano almeno il 37 % dell'assegnazione totale del piano di ripresa e resilienza". L'All. VI al suddetto Reg. UE 2021/241 pone come coefficiente di calcolo del sostegno agli obiettivi in materia di cambiamenti climatici quello del 100%, cioè la misura massima assentibile.

L'art. 2.11, Reg. UE 2018/1999, sulla Governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima, afferma testualmente: "obiettivi 2030 dell'Unione per l'energia e il clima: l'obiettivo vincolante a livello unionale di una riduzione interna di almeno il 40 % delle emissioni di gas a effetto serra nel sistema economico rispetto ai livelli del 1990, da conseguire entro il 2030; l'obiettivo vincolante a livello unionale di una quota di energia rinnovabile pari ad almeno il 32 % del consumo dell'UE nel 2030".

Coerentemente con le predette fonti di regolazione, il Piano Nazionale Integrato per l'Energia ed il Clima (PNIEC) del dicembre 2019 persegue l'obiettivo generale di accelerare il percorso di decarbonizzazione e favorire l'evoluzione del sistema energetico da un assetto centralizzato ad uno basato principalmente su fonti rinnovabili, proponendosi di superare l'obiettivo del 30% di produzione energetica da tali fonti.

Se ne ricava che obiettivo assolutamente prioritario del PNIEC è quello del passaggio a forme di energie green. Ciò sulla base della considerazione che la politica energetica è strettamente correlata all'azione volta a contrastare il noto fenomeno del riscaldamento globale (global warming).

In linea con tali coordinate, il Piano Nazionale di Resistenza e Resilienza (PNRR) dedica un apposito settore di intervento all'agrivoltaico. Vi si afferma che il Governo punta all'implementazione: "... di sistemi ibridi agricoltura-produzione di energia che non compromettano l'utilizzo dei terreni dedicati all'agricoltura, ma contribuiscano alla sostenibilità ambientale ed economica delle aziende coinvolte".

A tal fine, il PNRR ha stanziato 2,6 miliardi di euro in favore delle energie rinnovabili, così ripartiti:

- € 1,1 miliardi destinati all'implementazione dell'agrivoltaico;
- € 1,5 miliardi destinati all'installazione di impianti fotovoltaici sui tetti degli edifici agricoli.

L'attenzione specifica all'agrivoltaico è poi confermata dall'art. 65 co. 1-quinquies, d.l. n. 1/12, che ammette a finanziamento pubblico gli: "... impianti agrovoltaici che adottino soluzioni integrative innovative con montaggio dei moduli elevati da terra, anche prevedendo la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale, anche consentendo l'applicazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione".

Il 27 giugno 2022 il Ministero della Transizione Ecologica ha pubblicato le Linee Guida sull'agrivoltaico, le quali recano le seguenti definizioni:

– "Impianto agrivoltaico (o agrovoltaico, o agro-fotovoltaico): impianto fotovoltaico che adotta soluzioni volte a preservare la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale sul sito di installazione" (art.1.1. lett d);

– "Impianto agrivoltaico avanzato: impianto agrivoltaico che, in conformità a quanto stabilito dall'articolo 65, comma 1-quater e 1-quinquies, del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, e ss. mm.:

i) adotta soluzioni integrative innovative con montaggio dei moduli elevati da terra, anche prevedendo la rotazione dei moduli stessi, comunque in modo da non compromettere la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale, anche eventualmente consentendo l'applicazione di strumenti di agricoltura digitale e di precisione;

ii) prevede la contestuale realizzazione di sistemi di monitoraggio che consentano di verificare l'impatto dell'installazione fotovoltaica sulle colture, il risparmio idrico, la produttività agricola per le diverse tipologie di colture, la continuità delle attività delle aziende agricole interessate, il recupero della fertilità del suolo, il microclima, la resilienza ai cambiamenti climatici" (art. 1.1 lett. e);

– "Sistema agrivoltaico avanzato: sistema complesso composto dalle opere necessarie per lo svolgimento di attività agricole in una data area e da un impianto agrivoltaico installato su quest'ultima che, attraverso una configurazione spaziale ed opportune scelte tecnologiche, integri attività agricola e produzione elettrica, e che ha lo scopo di valorizzare il potenziale produttivo di entrambi i sottosistemi, garantendo comunque la continuità delle attività agricole proprie dell'area" (art. 1.1 lett f).

Alla luce di quanto sin qui osservato, gli impianti agrivoltaici costituiscono una documentata realtà nell'attuale quadro ordinamentale, al punto che il legislatore statale, a certe condizioni, li ammette a finanziamento pubblico.

Il legislatore statale (cfr. art. 20 co. 1 d. lgs. n. 199/21, recante attuazione della direttiva UE 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili) ha espressamente stabilito che: "Con uno o più decreti del Ministro della transizione ecologica di concerto con il Ministro della cultura, e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, da adottare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono stabiliti principi e criteri omogenei per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili. ...".

In particolare, ai sensi del successivo comma 8 lett. c-quater, si prevede che: "Nelle more dell'individuazione delle aree idonee sulla base dei criteri e delle modalità stabiliti dai decreti di cui al comma 1, sono considerate aree idonee, ai fini di cui al comma 1 del presente articolo: ... le

aree che non sono ricomprese nel perimetro dei beni sottoposti a tutela ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, né ricadono nella fascia di rispetto dei beni sottoposti a tutela ai sensi della parte seconda oppure dell'articolo 136 del medesimo decreto legislativo. ...”.

Il successivo art. 22 co. 1 lett. a) stabilisce che: “nei procedimenti di autorizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili su aree idonee, ivi inclusi quelli per l'adozione del provvedimento di valutazione di impatto ambientale, l'autorità competente in materia paesaggistica si esprime con parere obbligatorio non vincolante. Decorso inutilmente il termine per l'espressione del parere non vincolante, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”.

È pertanto di tutta evidenza la volontà del legislatore statale di creare un comune quadro normativo di riferimento, nella consapevolezza che soltanto in tal modo la politica energetica – che pure rientra tra le materie di legislazione concorrente – potrà seguire un indirizzo coerente con i sopra descritti obiettivi comunitari di decarbonizzazione e di neutralità climatica.

Dal che discende, anche sotto il profilo da ultimo esaminato, l'erroneità della riconduzione del progetto in esame all'ambito del fotovoltaico puro, come invece hanno fatto la Regione e la Provincia.

Del resto, come puntualmente rilevato nella sentenza impugnata, la stessa Regione Puglia, con DGR n. 1424/18, di aggiornamento del Piano energetico Ambientale Regionale (PEAR), ha dichiarato di voler adottare: “una strategia per l'utilizzo controllato del territorio anche a fini energetici facendo ricorso a migliori strumenti di classificazione del territorio stesso, che consentano l'installazione di impianti fotovoltaici senza consentire il consumo di suolo ecologicamente produttivo e, in particolare, senza precludere l'uso agricolo dei terreni stessi (ad esempio impianti rialzati da terra)” (cfr. All. 2 alla DGR n. 1424/18 cit, p. 76).

Ne discende che il Comitato VIA ha impropriamente ritenuto valutato il progetto agrivoltaico alla stregua dei criteri previsti per gli impianti fotovoltaici, che, per le ragioni evidenziate, mal si conciliano con le caratteristiche proprie degli impianti agrivoltaici.

Sulla base di tali coordinate va pertanto respinto il primo motivo di appello.

La sentenza impugnata, contrariamente a quanto sostenuto dalla Provincia appellante, non ha affermato l'inapplicabilità dei vincoli previsti dal piano paesaggistico, ma si è limitata ad evidenziare il deficit che ha connotato l'istruttoria della Provincia, che, ad avviso del giudice di primo grado, “mostra di non aver adeguatamente considerato la qualificazione giuridica dell'area nonché la comprensione fattuale del quadro di riferimento”.

Il TAR Lecce ha, a tal proposito, rilevato che le linee guida di cui all'elaborato 4.4.1 (linee guida sulla progettazione e localizzazione di impianti di energie rinnovabili) non sono idonee (in quanto risalenti) a contemplare una tipologia progettuale, quale quella oggetto di esame, di recente sviluppo e implementazione tecnica.

Come puntualmente osservato dal giudice di prime cure, il legislatore statale ha trovato un punto di equilibrio, tra valori costituzionali potenzialmente antagonisti, nell'art. 12 del d.lgs. n. 387 del 2003, che disciplina il procedimento volto al rilascio dell'autorizzazione unica per la costruzione e l'esercizio degli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili.

Secondo la costante giurisprudenza costituzionale, la norma richiamata è volta, da un lato, a realizzare le condizioni affinché tutto il territorio nazionale contribuisca all'aumento della produzione energetica da fonti rinnovabili, sicché non possono essere tollerate esclusioni pregiudiziali di determinate aree; e, dall'altro lato, a evitare che una installazione massiva degli impianti possa vanificare gli altri valori coinvolti, tutti afferenti la tutela, soprattutto paesaggistica, del territorio (ex pluribus, sentenze n. 224 del 2012, n. 308, n. 275, n. 192, n. 107, n. 67 e n. 44 del 2011, n. 366, n. 168 e n. 124 del 2010, n. 282 del 2009).

In particolare, il comma 10, del citato art. 12, dispone che le “Linee guida” devono essere approvate in Conferenza unificata, su proposta del Ministro delle attività produttive (oggi Ministro per lo sviluppo economico), di concerto con il Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare e del Ministro per i beni e le attività culturali, al fine di «assicurare un corretto inserimento degli impianti”.

La disposizione in esame prevede che le Regioni possano procedere soltanto alla individuazione dei siti non idonei all’installazione di specifiche tipologie di impianti in attuazione della normativa summenzionata, atteso che la ratio del criterio residuale deve essere individuata nel “principio di massima diffusione delle fonti di energia rinnovabili, derivante dalla normativa europea”.

Le predette “Linee guida” sono state adottate con il d.m. 10 settembre 2010, il quale, all’allegato 3 indica i criteri che le Regioni devono rispettare al fine di individuare le zone nelle quali non è possibile realizzare gli impianti alimentati da fonti di energia alternativa.

La Corte Costituzionale ha affermato (cfr., più di recente, sent. n. 177/2021; 77/2022; 121/2022) che il bilanciamento tra gli interessi in gioco deve essere effettuato in sede di adozione dell’atto di programmazione ai sensi del d.m. 10.9.2010 (ossia mediante l’individuazione delle c.d. aree non idonee).

Nel caso di specie il Progetto non ricade in area non idonea con la conseguenza per cui, nei suoi confronti, non è ravvisabile, a monte, alcun pregiudizio all’interesse paesaggistico, dal momento che la stessa Regione ha ritenuto che la specifica area non fosse caratterizzata da elementi tali da sconsigliare la realizzazione di impianti.

Nemmeno può rilevare, per giungere a diverse conclusioni, la questione della presenza nell’area di altri impianti.

In senso contrario occorre sottolineare che la Provincia muove dall’erronea premessa che valorizza, ai fini della valutazione di che trattasi, non solo gli impianti già realizzati, bensì, e per la maggior parte, impianti in corso d’esame.

L’impostazione della Provincia incontra, invero, l’obiezione per cui ogni nuova istanza verrebbe elisa dalla valutazione di altra istanza e così via.

Alla luce di quanto sin qui osservato emerge l’inconferenza dei richiami, contenuti nel provvedimento negativo di Paur, al fatto che il territorio di Brindisi sarebbe interessato da numerose istanze inerenti a impianti FER ovvero alla presenza di altri campi fotovoltaici (non agrivoltaici) nelle “vicinanze”, ragioni per le quali l’impianto proposto da Columns Energy S.p.A genererebbe un ulteriore “artificializzazione” dei luoghi.

Il principale vizio che inficia la prospettiva della Provincia appellante risiede, ancora una volta, nella ritenuta applicazione meccanicistica di indirizzi e direttive, contemplate dal PPTR in relazione agli impianti fotovoltaici, anche agli impianti agrivoltaici, così elidendone le strutturali differenze di fondo.

Il Consiglio ribadisce che il TAR non ha inteso affermare il principio della non applicabilità delle previsioni del Piano Paesaggistico ai progetti recanti l’utilizzo di tecniche agrivoltaiche, ma si è limitato, per un verso, a rilevare l’insufficienza dell’istruttoria condotta dalla Provincia in relazione alle peculiarità della proposta progettuale, e , per altro verso, a ritenere lo specifico Progetto esterno ai vincoli previsti dal PPTR, in particolare ritenendo che il Progetto proposto dalla società non ricade in area “non idonea”.

Muovendo da tale premessa il TAR ha tratto la ragionevole conclusione per cui, in relazione al progetto in esame, non sono ravvisabili pregiudizi all’interesse paesaggistico.

Ne consegue che, contrariamente a quanto ritenuto nell’atto di appello, la sentenza impugnata non ha disapplicato lo strumento di pianificazione paesaggistica, ma lo ha ritenuto in

concreto non ostativo alla realizzazione dell'impianto agri-voltaico di che trattasi.

In relazione al motivo con cui si lamenta la violazione da parte della sentenza impugnata del principio del tempus regit actum, il Consiglio rileva che l'assunto è testualmente smentito dal paragrafo 20 della decisione di primo grado, nel quale si legge che "Fatte queste precisazioni, occorre tuttavia chiarire che il citato art. 20 co. 8 lett. c-quater d. lgs. n. 199/21 è stato introdotto con d.l. 17.5.2022 n. 50, ed è pertanto successivo sia alla presentazione del progetto, sia all'emanazione dell'atto impugnato (17.12.2021). Pertanto, è evidente che di esso non può tenersi conto in sede di esame della legittimità dell'atto impugnato."

Contrariamente a quanto sostenuto dalla Provincia, il Giudice di prime cure si è limitato a fare corretta applicazione del consolidato principio di diritto eurounitario secondo cui gli organi giurisdizionali devono, nella misura del possibile, interpretare il diritto interno (a prescindere dal fatto che si tratti di norme precedenti o successive alla direttiva) alla luce del testo e della finalità della direttiva da attuare al fine di raggiungere i risultati perseguiti da quest'ultima, privilegiando l'interpretazione delle disposizioni nazionali che è maggiormente conforme a tale finalità, per giungere così ad una soluzione compatibile con le disposizioni della direttiva (cfr. Cort. Giust. 4 luglio 2006, C-212/04, Adeneler e a.).

Sotto tale profilo va, infatti, ricordato che il citato D.lgs. n. 199/21 costituisce diretta attuazione della direttiva UE 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, ed è dunque una norma di stretta attuazione di una previsione di diritto eurounitario.

Ed in effetti, diversamente da quanto sostenuto nell'atto di appello, prima dell'introduzione dell'art. 20 co. 8 lett. c-quater, D. lgs. n. 199/21 (per effetto del d.l. 17.5.2022 n. 50) non sussisteva alcun vuoto normativo.

La disciplina di riferimento in materia di fonti di energia rinnovabili era rinvenibile nei D.lgs. n. 387/2003 e n. 28/2011, rispettivamente di attuazione della direttiva 2001/77/CE e della direttiva 2009/28/CE.

Con la riforma del Titolo V della Costituzione l'attività di "produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia" è stata inserita all'interno delle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente di cui all'art. 117, comma terzo, della Costituzione.

Con il D.lgs. n. 387/ 2003, così come modificato più volte a partire dal d.lgs. n. 28/2011, lo Stato, nell'esercizio della suddetta potestà legislativa concorrente, mira a promuovere l'utilizzo di energia elettrica prodotta da fonti rinnovabili e a sviluppare impianti, sia di piccole che di grandi dimensioni, anche in zone non facilmente accessibili, prevedendo un costante monitoraggio dello stato di diffusione degli impianti e dei risultati raggiunti in materia di utilizzo delle energie rinnovabili.

Particolare importanza assume, nell'ambito del predetto D.lgs. n. 387/ 2003, l'art. 12 rubricato "Razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative", secondo cui le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili sono di pubblica utilità, indifferibili ed urgenti, il quale prefigura il cd. "procedimento unico" per la costruzione e l'esercizio di siffatti impianti affidato alla Regione o a soggetto dalla stessa delegato e incentrato sulla convocazione della Conferenza dei Servizi e sul rilascio di un'autorizzazione cd. unica, con la precisazione, contenuta nel comma 6, che siffatta autorizzazione non può essere subordinata né prevedere misure di compensazione a favore delle Regioni e delle Province.

L'importanza che gli impianti in esame riveste per il legislatore è evidenziata nel comma 7 della predetta disposizione nel quale si prevede espressamente la possibilità di collocare gli impianti in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici.

Tra i criteri localizzativi dettati in sede statale, l'art. 12, comma 7, del d.lgs. n. 387/2003,

stabilisce che “7. Gli impianti di produzione di energia elettrica, di cui all’articolo 2, comma 1, lettere b) e c), possono essere ubicati anche in zone classificate agricole dai vigenti piani urbanistici. Nell’ubicazione si dovrà tenere conto delle disposizioni in materia di sostegno nel settore agricolo, con particolare riferimento alla valorizzazione delle tradizioni agroalimentari locali, alla tutela della biodiversità, così come del patrimonio culturale e del paesaggio rurale di cui alla legge 5 marzo 2001, n. 57, articoli 7 e 8, nonché del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 228, articolo 14”. Secondo il comma 10 della medesima disposizione”.

In coerenza con quanto previsto dal Piano Nazionale Integrato Energia e Clima, il legislatore, in sede di recepimento della Direttiva 2018/2001 sulla promozione dell’uso dell’energia da fonti rinnovabili, con l’obiettivo di facilitare la pianificazione e l’individuazione delle aree nelle quali collocare gli impianti destinati alla produzione di energia da fonti rinnovabili, ha stabilito, con il D.Lgs. 8 novembre 2021, n. 199, che, con uno o più decreti, il Ministero della transizione ecologica, di concerto con i Ministeri della cultura e delle politiche agricole e d’intesa con la Conferenza unificata, definisce i criteri necessari all’individuazione delle aree idonee e non idonee all’installazione di impianti da fonti rinnovabili. Le Regioni, quindi, nel rispetto dei criteri disposti dai decreti interministeriali, entro 180 giorni dall’entrata in vigore di questi ultimi, identificano con legge le aree idonee. Al comma 5 dell’art.20, D.Lgs. n. 199/2021, viene poi precisato che nell’individuazione delle superfici da ritenersi idonee devono essere privilegiate le soluzioni capaci di ridurre il più possibile l’impatto sull’ambiente e sul paesaggio, tenendo tuttavia a mente che gli obiettivi di decarbonizzazione da raggiungere entro il 2030, devono essere considerati vincolanti.

Al successivo comma 7, si puntualizza che le aree non ricomprese tra quelle idonee non devono per ciò solo essere considerate non idonee. Di talché, in sede di programmazione, le aree non espressamente qualificate idonee potrebbero comunque essere ritenute tali dalle Regioni o dalle Province.

Alla luce di quanto sin qui osservato, la sentenza di primo grado non ha, in definitiva, disapplicato il piano paesaggistico territoriale, ma ha valorizzato le predette fonti di regolazione, interpretandole in maniera conforme alle direttive euro-unitarie.

Dalla documentazione in atti, emerge che il Progetto in esame non ricade sotto alcun vincolo paesaggistico.

Alla luce di quanto precede, nel caso di specie si è in presenza di una fattispecie del tutto sovrapponibile a quella in relazione alla quale, recentemente, il Consiglio ha avuto modo di affermare che “l’impianto (c.d. agrivoltaico) di cui trattasi ricade in una zona: – non interessata da vincoli, ai sensi del d.lgs. n. 42/2004, e, comunque, non classificata come inidonea ai sensi della disciplina vigente nella Regione Puglia, anche sotto il profilo della valutazione dei c.d. impatti cumulativi; – non interessata, in atto, da colture di pregio” (cfr., Cons. St., IV, ord. n. 5480/2022).

L’assunto in base al quale l’area in esame sarebbe contraddistinta da colture di pregio non trova conferma nelle risultanze istruttorie.

In generale, va rilevato che, contrariamente a quanto ritenuto dalla parte appellante, un impianto agrivoltaico, come già evidenziato, mira proprio ad adottare soluzioni volte a preservare la continuità delle attività di coltivazione agricola e pastorale sul sito di installazione.

Infine, non coglie nel segno il tentativo della Provincia di revocare in dubbio la natura agrivoltaica del progetto in disamina, in base alla considerazione per cui le linee guida ministeriali prescriverebbero, in relazione agli impianti in esame, una altezza minima dei moduli da terra pari a 210 cm.

In senso inverso va osservato che l’art., 1, lett. d) delle predette linee guida, senza operare alcun riferimento all’altezza minima dei moduli da terra, definisce l’agro-voltaico come “impianto fotovoltaico che adotta soluzioni volte a preservare la continuità delle attività di coltivazione

agricola e pastorale sul sito di installazione”.

Infine, l’argomentazione della Provincia incorre nell’errore metodologico di considerare, ai fini della valutazione degli impatti cumulativi, anche gli impianti in corso di realizzazione mentre l’allegato VII al Testo Unico dell’Ambiente richiede che tale valutazione sia limitata solo ad “ad altri progetti esistenti e/o approvati”.

Infine, il richiamo, da parte della Provincia, al criterio A di cui alla DGR n. 162/2014 non appare pertinente rispetto al caso di che trattasi, avendo quest’ultima previsione lo scopo di prevenire il consumo di suolo derivante dalla installazione di impianti fotovoltaici a terra. Esso, pertanto, mal si attaglia alla fattispecie di un impianto agro-voltaico che si caratterizza per una decisa schermatura dell’area di riferimento e che, per tale ragione, non implica ulteriore consumazione di suolo, ma avendo come scopo quello di coordinare l’attività di produzione di energia e attività agricola.

Per le ragioni esposte l’appello è stato integralmente rigettato.

<https://www.pausania.it/autorizzazione-unica-per-impianti-agrivoltaici-di-fabio-cusano/>

Il TAR Sardegna afferma la preminenza dell'interesse produttivo-energetico rinnovabile alla tutela del paesaggio, di Fabio Cusano

Con sentenza 6 novembre 2023, n. 844, il TAR Sardegna, sez. I, ha ribadito che occorre dare assoluta preminenza, quanto meno con riguardo agli impianti di piccole dimensioni, alle ragioni di sviluppo di impianti di produzione di energia rinnovabili piuttosto che alle esigenze di tutelare l'aspetto paesaggistico.

La società energetica ha impugnato il provvedimento del Comune di Carbonia con il quale è stata dichiarata l'irricevibilità della D.I.L.A. – ex art. 4, comma 2-bis, del D.lgs. n. 28/2011 (introdotto dall'art. 12, comma 1-bis, della Legge 27 aprile 2022, n. 34) – per la costruzione e l'esercizio di un impianto fotovoltaico e della relativa linea di connessione alla RTN.

Detto ricorso prende le mosse dal nuovo art. 4, comma 2-bis, del D.lgs. n.28/2011 (introdotto dall'art. 12, comma 1-bis, della Legge 27 aprile 2022, n.34), il quale – per quanto qui rileva – ha previsto che nelle aree idonee identificate ai sensi dell'articolo 20 del D.lgs. n. 199/2021 i regimi di autorizzazione per la costruzione e l'esercizio di impianti fotovoltaici di nuova costruzione e delle opere connesse sono i seguenti: “per impianti di potenza fino a 1 MW: si applica la dichiarazione di inizio lavori asseverata per tutte le opere da realizzare su aree nella disponibilità del proponente”.

L'anzidetta previsione costituisce attuazione dell'affermazione di carattere generale contenuta nel 1° comma del medesimo art. 4, per il quale “Al fine di favorire lo sviluppo delle fonti rinnovabili e il conseguimento, nel rispetto del principio di leale collaborazione fra Stato e Regioni, degli obiettivi di cui all'articolo 3, la costruzione e l'esercizio di impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili sono disciplinati secondo speciali procedure amministrative semplificate, accelerate, proporzionate e adeguate, sulla base delle specifiche caratteristiche di ogni singola applicazione”.

La richiamata novella legislativa, dunque, ha introdotto, a seconda delle dimensioni dell'impianto, regimi abilitativi semplificati in materia di energie rinnovabili, sul presupposto – peraltro – che l'intervento ricada in aree considerate (direttamente) dalla legge come “idonee” alla realizzazione di tali impianti.

Al fine di verificare l'applicabilità dell'invocata disposizione legislativa, dunque, incontestato che nella specie si tratti di impianto di potenza fino a 1MW, occorre verificare se il terreno indicato dalla proponente e destinato ad ospitare l'impianto ricada o meno nella categoria delle “aree idonee” ex art. 20 del D.lgs. n. 199/2021.

Il menzionato art. 20 stabilisce al 1° comma (per quanto qui rileva): “Con uno o più decreti del Ministro della transizione ecologica di concerto con il Ministro della cultura, e il Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, da adottare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, sono stabiliti principi e criteri omogenei per l'individuazione delle superfici e delle aree idonee e non idonee all'installazione di impianti a fonti rinnovabili aventi una potenza complessiva almeno pari a quella individuata come necessaria dal PNIEC per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo delle fonti rinnovabili, tenuto conto delle aree idonee ai sensi del comma 8”.

Il 3° comma precisa: “Ai sensi dell'articolo 5, comma 1, lettere a) e b), della legge 22 aprile 2021, n. 53, nella definizione della disciplina inerente le aree idonee, i decreti di cui al comma 1, tengono conto delle esigenze di tutela del patrimonio culturale e del paesaggio, delle aree agricole e forestali, della qualità dell'aria e dei corpi idrici, privilegiando l'utilizzo di superfici di strutture edificate, quali capannoni industriali e parcheggi, nonché di aree a destinazione industriale, artigianale, per servizi e logistica, e verificando l'idoneità di aree non utilizzabili per altri scopi, ivi

incluse le superfici agricole non utilizzabili, compatibilmente con le caratteristiche e le disponibilità delle risorse rinnovabili, delle infrastrutture di rete e della domanda elettrica, nonché tenendo in considerazione la dislocazione della domanda, gli eventuali vincoli di rete e il potenziale di sviluppo della rete stessa”.

Malgrado il decorso del termine di 180 giorni indicato dal legislatore i menzionati decreti attuativi non sono stati ancora adottati.

Ad oggi, dunque, trova applicazione il regime transitorio dettato dal comma 8 dell'art. 20 citato, che ha previsto un regime intertemporale di aree considerate “idonee” ex lege.

In particolare, nell'attuale regime intertemporale, la fattispecie di cui all'art.20, comma 8, lett. c-ter (norma sulla base della quale è stata presentata la D.I.L.A. dalla ricorrente) presuppone espressamente che ai fini della qualificazione di “area idonea” alla installazione di fonti rinnovabili aventi la potenza suindicata sia necessaria la “assenza di vincoli ai sensi della parte seconda del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al Decreto legislativo 22.1.2004, n. 42” (ossia vincoli relativi a “beni culturali”, mentre la norma non menziona espressamente quelli di natura paesaggistica, a loro volta disciplinati dalla “Parte Terza” del D.Lgs. n. 42/04).

Proprio sulla specialità di tale disposizione legislativa si incentra la domanda caducatoria della società che assume di poter beneficiare del regime semplificato della DILA.

Ne consegue, sempre nell'assunto della ricorrente, che il progetto, inerente alla costruzione ed esercizio di un impianto di produzione di energia elettrica da fonte solare fotovoltaica, di potenza pari a 0,99 MWp, sarebbe sottoposto alla disciplina della DILA e che lo sviluppo di tale progetto non possa essere impedito dal Comune per asserite esigenze di tutela paesaggistica.

Il Collegio ha ritenuto in via istruttoria di indagare la reale situazione dei luoghi sia in ordine alla effettiva presenza nel sito in questione del rio “Sa Benatzu Mannu”, dalla cui esistenza scaturirebbe il vincolo paesaggistico ai sensi dell'art. 143 del D.lgs. 42/2004, giacché l'intervento proposto ricadrebbe nella fascia di rispetto dei 150 metri dalle sue sponde, sia al fine di verificare l'effettiva esistenza nel sito di elementi tali da far ritenere in concreto l'area di pregio sotto il profilo paesaggistico.

Detto approfondimento istruttorio si era reso necessario in quanto, pur trovandoci oggi nel ricordato regime transitorio che tutela espressamente solo i vincoli relativi a “beni culturali”, il 3° comma dell'art. 20 in questione detta il principio generale che i decreti attuativi di identificazione delle zone idonee dovranno tener conto non solo “delle esigenze di tutela del patrimonio culturale” ma anche “del paesaggio”.

Non appare dunque condivisibile, in un corretto coordinamento tra i due commi della medesima disposizione, la tesi della ricorrente secondo la quale in regime transitorio potrebbe completamente prescindere dal valore paesaggistico dell'area, occorrendo invece – al di là della sussistenza di un vincolo paesaggistico – una valutazione concreta del singolo caso in ordine a particolari evidenze paesaggistiche meritevoli di pregio, fermo rimanendo che l'esistenza di un vincolo paesaggistico nel sito non può costituire in via aprioristica un fattore impeditivo della realizzabilità dell'impianto.

Detta valutazione, nel caso in esame, è del tutto mancata da parte dell'ufficio comunale, che si è limitato alla mera affermazione dell'esistenza del vincolo quale elemento preclusivo al consolidamento della DILA.

Orbene, ad avviso del Collegio, al di là delle contestazioni della ricorrente in ordine alla ritualità della verifica sia in quanto non tenutasi nel contraddittorio tra le parti, come pure richiesto dal Tribunale, sia in quanto svolta dal verificatore su risultanze cartacee senza un accertamento in fatto mediante sopralluogo, lo stato degli atti, come arricchito anche dalla consulenza tecnica di parte della ricorrente, le cui risultanze vanno rimesse al prudente

apprezzamento dell'organo giudicante, conduce all'accoglimento del ricorso.

In primo luogo, infatti, deve osservarsi che allo stato non risulta chiaro se il rio "Sa Benatzu Mannu" scorra effettivamente in prossimità (e dunque entro la fascia di rispetto) del sito indicato dalla ricorrente per la realizzazione dell'impianto o se, come da quest'ultima sostenuto, la cartografia del PPR evidenzerebbe in realtà un piccolo canale di scolo (non pregiudicato dalla realizzazione dell'impianto) confluyente nel rio "Sa Benatzu Mannu" che tuttavia scorrerebbe a una distanza ben maggiore dal sito.

In ogni caso la questione non può ritenersi decisiva perché – come detto – il dato testuale della norma speciale del ricordato regime transitorio non considera di per sé preclusiva la sussistenza di un vincolo paesaggistico ma solo quella "di vincoli ai sensi della parte seconda del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al Decreto legislativo 22.1.2004, n. 42" (ossia vincoli relativi a "beni culturali").

La valenza paesaggistica dell'area, limitatamente agli impianti di piccole dimensioni come quello in esame, è tutelata dal coordinamento con il 3° comma dell'art. 20 che afferma, con riferimento ai decreti attuativi ma con indicazione – come detto – riferibile anche al regime transitorio, la necessità di "tener conto" delle esigenze di tutela del paesaggio, senza dunque che si possa addivenire ad una preclusione del regime semplificato individuato per i piccoli impianti in assenza di una concreta evidenza paesaggistica da tutelare.

In altre parole, nell'attuale fase emergenziale il bilanciamento complessivo degli interessi sottesi alla realizzazione degli impianti come quello in esame è stato operato direttamente dal legislatore, per dare assoluta preminenza alle ragioni di sviluppo di impianti di produzione di energia rinnovabili piuttosto che alle esigenze di tutelare l'aspetto paesaggistico in aree – puntualmente identificate – già pregiudicate o comunque non di particolare pregio sotto tale punto di vista.

Né vi sono elementi per ritenere che la formulazione della norma sia il frutto non di una deliberata scelta legislativa ma di una imprecisa redazione della disposizione di legge, giacché in altre fattispecie disciplinate dallo stesso art. 20, comma 8, la presenza di vincoli di natura paesaggistica assume esplicita rilevanza giuridica; in particolare, la distinta fattispecie "c-quater)" stabilisce l'inidoneità delle aree ricomprese nel perimetro dei beni sottoposti a tutela ai sensi del D.lgs. n. 42/2004 (cioè sia tutela paesaggistica sia tutela afferente a "beni culturali").

Deve dunque ritenersi che in questa fase interinale ed emergenziale il legislatore abbia optato, in virtù della straordinaria contingenza energetica, per dare assoluta preminenza, quanto meno con riguardo agli impianti di piccole dimensioni, alle ragioni di sviluppo di impianti di produzione di energia rinnovabili piuttosto che alle esigenze di tutelare l'aspetto paesaggistico, quanto meno in aree già pregiudicate sotto tale punto di vista.

Orbene, al di là del rilievo formale evidenziato dal verificatore in ordine alla (contestata) esistenza di un vincolo determinato dalla presenza in prossimità del sito del rio "Sa Benatzu Mannu", la documentazione fotografica in atti evidenzia una situazione paesaggistica del tutto priva di elementi meritevoli di tutela, non rinvenendosi elementi di pregio ed anzi evidenziandosi la presenza di ruderi di precedenti attività industriali o commerciali in stato di degrado, che oggettivamente deturpano tutta la zona circostante.

Non ricorrono, dunque, nella specie, le particolari evidenze di natura paesaggistica che, a prescindere dall'esistenza di vincoli formali, giustificano la disapplicazione di un regime semplificato che a chiare lettere il legislatore ha voluto introdurre in materia di piccoli impianti di produzione di energia rinnovabili con la novella del 2022.

In conclusione, il ricorso merita accoglimento con annullamento, per l'effetto, del provvedimento impugnato.

<https://www.pausania.it/il-tar-sardegna-afferma-la-preminenza-dellinteresse-produttivo-energetico-rinnovabile-alla-tutela-del-paesaggio-di-fabio-cusano/>

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, di Fabio Cusano

Con sentenza 2 ottobre 2023, n. 8610, il Consiglio di Stato, sez. IV, ha affermato 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 precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione. Si evidenzia, infatti, al riguardo 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.

Con l'appello in esame viene rimessa al Consiglio la soluzione della questione, oggetto di contrasto interpretativo, dell'applicabilità del silenzio assenso c.d. orizzontale agli atti di tutela degli interessi sensibili e segnatamente al parere paesaggistico reso tardivamente nel corso di una conferenza di servizi indetta ai sensi dell'art. 14-bis, l. n. 241 del 1990. Trattasi di una questione strettamente correlata, per quanto si dirà oltre, a quella dell'applicabilità o meno al procedimento di autorizzazione paesaggistica dell'art. 17-bis, l. n. 241 del 1990.

Una parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato ha continuato a fare applicazione del modello del parere meramente devolutivo. In tale direzione si è, ad esempio, orientata la decisione del Consiglio di Stato, sez. I, 28 giugno 2021, n. 1114, secondo cui qualora "sia trascorso inutilmente il termine, l'organo statale non è privato del potere di esprimersi, ma il parere in tal modo dato perde il proprio carattere di vincolatività. In ordine all'efficacia eventualmente da riconoscere a un parere negativo da parte della Soprintendenza, reso successivamente al decorso del termine di quarantacinque giorni, si possono infatti dare tre possibili esiti: a) la consumazione del potere per l'organo statale di rendere un qualunque parere (di carattere vincolante o meno)...; b) la permanenza in capo alla Soprintendenza del potere di emanare un parere di carattere comunque vincolante (dovendosi in particolare riconoscere carattere meramente ordinatorio al richiamato termine); c) la possibilità per l'organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento, privo di effetti vincolanti ma autonomamente valutabile dall'amministrazione titolare dell'adozione dell'atto autorizzatorio finale" (nello stesso senso Id., parere 25 gennaio 2021, n. 103).

Alla stregua di tale indirizzo interpretativo, in caso di pronuncia tardiva (purché anteriore alla "chiusura" del procedimento segnata dal rilascio del provvedimento finale da parte del comune), il parere della Soprintendenza dequota a obbligatorio, ma resta efficace e fonda comunque l'obbligo comunale di esame e di motivazione in caso di dissenso.

Tale parere tardivo non vincolerebbe la p.a. precedente, alla quale toccherebbe comunque di tenerne conto, valutando motivatamente e in concreto anche gli aspetti paesaggistici (cfr. Cons.

Stato, sez. IV, 27 luglio 2020, n. 4765; idem, 29 marzo 2021, n. 2640; idem, 7 aprile 2022, n. 2584).

Tanto, in applicazione del comma 9 dell'art. 146, in base al quale, "decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del Soprintendente, senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione": norma non espressamente abrogata dall'art. 17-bis della legge n. 241/1990, la quale istituirebbe una forma di silenzio devolutivo, per definizione incompatibile con il silenzio assenso. La più consapevole espressione dell'indirizzo interpretativo in esame si rinviene nella decisione del Consiglio di Stato 29 marzo 2021, n. 2640 la quale, con una statuizione di notevole interesse sistematico, si è occupata, in particolare, della medesima fattispecie ricorrente nel presente giudizio, vale a dire, dell'acquisizione del parere della soprintendenza nell'ambito di una conferenza dei servizi. Ad avviso di tale decisione, la Soprintendenza, nell'esprimere il suo parere sulla proposta di autorizzazione paesaggistica deve ignorare la compresenza di qualsiasi altro interesse pubblico, anche di analogo valenza (ad esempio, quello alla tutela dell'ambiente).

Questo principio, in base all'orientamento in parola, si applicherebbe anche nell'ambito della conferenza di servizi. Per questa tesi, anche quando il legislatore ha scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza dei servizi, non vi è comunque un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si basa su un espresso principio costituzionale.

L'itinerario argomentativo di quest'ultima decisione muove dalla considerazione per cui l'autorizzazione paesaggistica costituisce un provvedimento mono-strutturato, essendo il relativo procedimento attivato ad istanza della parte interessata e non della p.a. precedente. Il rapporto tra regione/ente locale e Soprintendenza è meramente interno, ossia finalizzato a co-gestire non la fase decisoria ma quella istruttoria.

Dall'accoglimento di tale premessa si fa discendere la non applicabilità dell'art 17-bis al parere della soprintendenza in quanto quest'ultima disposizione non riguarderebbe la fase istruttoria del procedimento amministrativo, che rimarrebbe regolata dalla pertinente disciplina positiva, influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per silentium con la conseguenza che l'amministrazione procedente è, comunque, tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, a elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'amministrazione co-decidente.

In tale ordine di idee, la disciplina del silenzio assenso orizzontale va riferita unicamente agli assensi da rendere direttamente dall'amministrazione procedente e non già al parere della soprintendenza, chiamata ad esprimersi non direttamente sulla compatibilità dell'intervento ma sulla proposta formulata dalla regione (o dall'ente delegato).

Da tale impostazione consegue che, nonostante l'inutile decorso del termine di legge assegnato alla Soprintendenza per esprimere il proprio parere vincolante alla regione, non si forma un silenzio assenso che impone agli organi regionali di conformarsi. Allo stesso modo, nonostante il decorso del richiamato termine, resta ferma in capo alla regione la facoltà di apprezzare in modo autonomo la fattispecie ai fini della migliore e più adeguata tutela del valore paesaggistico, inteso nella sua dimensione costituzionale. A sostegno di tale conclusione viene rimarcata l'estraneità alla funzione di tutela del paesaggio di "ogni forma di attenuazione del vincolo paesaggistico determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi", atteso che il parere è "atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica", in cui il giudizio di compatibilità paesaggistica "deve essere tecnico e proprio del caso concreto". Nell'esprimere il proprio giudizio di compatibilità l'amministrazione, ad avviso della decisione in esame, deve fare applicazione dell'art. 9 della Costituzione, il quale consente di fare eccezione anche alle regole di semplificazione in

precedenza richiamate.

Secondo un orientamento di segno contrario, l'istituto del silenzio assenso orizzontale è applicabile anche al parere della Soprintendenza.

Sul piano sistematico, questo diverso indirizzo muove dalla premessa per cui tutti i pareri vincolanti partecipano alla formazione di un provvedimento finale pluri-strutturato, in quanto la decisione dell'amministrazione precedente richiede per legge l'assenso vincolante di un'altra amministrazione. Si evidenzia, infatti, al riguardo che il parere della Soprintendenza è "espressione di una cogestione attiva del vincolo paesaggistico" (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145; Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; idem, 18 marzo 2021, n. 2358; idem, 19 marzo 2021 n. 2390).

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 (cfr. Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, reso su uno specifico quesito posto dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; idem, sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556; idem, sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; idem, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255).

A sostegno di questa impostazione si valorizza principalmente l'argomento letterale per cui "La formulazione testuale del comma 3 dell'art. 17- bis l. n. 241 del 1990 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso" (Cons. Stato, comm. spec., 23 giugno 2016, n. 1640, cit.).

Il primo degli orientamenti riportati, pur meritevole della massima considerazione, ad avviso del Collegio, deve essere rimeditato alla luce delle osservazioni che seguono.

Reputa, infatti, il Collegio che la preoccupazione di garantire un'adeguata tutela agli interessi paesaggistici, di cui la decisione del Consiglio n. 2604/21 è chiaramente espressione, deve essere attentamente considerata nell'ambito di una interpretazione maggiormente conforme al quadro normativo di riferimento.

L'orientamento che esclude l'operatività del meccanismo del silenzio assenso in relazione alle fattispecie di tutela degli interessi paesaggistici incontra, ad avviso del Collegio, obiezioni difficilmente superabili.

Esso, se già appariva poco coerente con il quadro normativo successivo all'introduzione, per effetto della richiamata riforma Madia, delle menzionate disposizioni di cui agli artt. 14- bis e 17- bis, legge n. 241 del 1990, oggi appare ulteriormente da disattendere alla luce della lettera e della ratio del novellato art. 2, comma 8-bis, legge 241 del 1990.

Prima di indagare le implicazioni che, sul tema in disamina, discendono dall'entrata in vigore di quest'ultima disposizione, il Collegio reputa necessario analizzare i dubbi che solleva la diversa opzione interpretativa.

In primo luogo, l'affermazione secondo cui la Soprintendenza, nell'esprimere il suo parere sulla proposta di autorizzazione paesaggistica, deve ignorare la compresenza di qualsiasi altro interesse pubblico, anche di analoga valenza (ad esempio la tutela dell'ambiente), non considera,

ad avviso del Collegio, che il tratto qualificante dell'istituto della conferenza di servizi risiede proprio nella necessità di confrontare e comporre, mediante una dialettica paritaria, tutti gli interessi rilevanti.

Più in radice, non risulta convincente l'attribuzione alla soprintendenza, nell'ambito del procedimento finalizzato al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, di un ruolo meramente consultivo. Tale dequotazione, a giudizio del Collegio, trascura il delicato equilibrio sotteso all'art. 146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 22, che si traduce nel carattere necessariamente vincolante del parere reso dalla Soprintendenza coerentemente al riparto di funzioni legislative sancito dall'art. 117 Cost.

In questo quadro, costituzionalmente vincolato, sarebbe quindi più coerente con le coordinate di fondo del sistema riconoscere alla Soprintendenza un ruolo propriamente co-decisorio, con la conseguenza che il procedimento in esame dovrebbe più propriamente qualificarsi come pluristrutturato.

A sostegno di questa conclusione, il Collegio ricorda che una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato aveva già in passato chiarito la natura co-decisoria del parere vincolante (Cons. Stato, sez. VI, 21 novembre 2016, n. 4843; 15 maggio 2017, n. 2262, 17 marzo 2020, n. 1903; 16 giugno 2020, n. 3885; 5 ottobre 2020, n. 5831; 18 marzo 2021, n. 2358; 27 maggio 2021, n. 4096; sez. IV, 19 aprile 2021, n. 3145).

La natura codecisorica del parere della Soprintendenza è stata, peraltro, nettamente accentuata dalla riforma che ha interessato l'articolo 146 nel 2011, con il decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106.

Per effetto di tale modifica normativa, al fine di emendare la prassi secondo cui la regione o il comune delegato trasmettevano le pratiche relative alle domande di autorizzazione in modo automatico e senza svolgere un minimo di istruttoria, si è stabilito che la regione o il comune delegato devono trasmettere una proposta motivata alla Soprintendenza e, quindi, devono necessariamente fare un'adeguata istruttoria.

Inoltre, si è previsto che in caso di parere negativo, il preavviso di rigetto, ex art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, deve essere adottato dalla stessa Soprintendenza.

A tal proposito, va in generale osservato che, contrariamente all'opposto indirizzo interpretativo, la funzione consultiva si esprime esclusivamente per il tramite dei pareri obbligatori e facoltativi. In tali casi, ci si trova di fronte ad atti mediante i quali un'autorità appresta ad altra, che deve provvedere, apporti conoscitivi utili per l'adozione di un provvedimento destinato ad incidere su interessi istituzionalmente affidati alla cura dell'autorità, la quale risulta, con tali apporti, in grado di rendere l'autorità decidente idonea a soddisfare l'esigenza di adeguatezza cui ogni decisione deve sovvenire.

E ciò in quanto l'attività di consulenza ha il fine di fornire un mero sussidio alla decisione finale, consentendo di norma a chi deve agire di sostituire la propria valutazione a quella espressa dal consulente (è questo uno dei profili che consente di distinguere i pareri dagli altri atti di valutazione, che tali non sono, ad es. le valutazioni tecniche).

I pareri vincolanti, come quello che viene in esame nella specie, di contro, non possono essere disattesi dall'amministrazione. Per tale ragione, non pare possa essere negato, sulle orme della dottrina più autorevole, che, in una prospettiva sostanziale, un parere che, come quello in esame, non lasci nessuno spazio di scelta in capo all'organo di amministrazione attiva non esprime nessuna consulenza, ma pone in essere una decisione preliminare, sicché solo atecnicamente può essere definito alla stregua di «parere». Invero, anche dal punto di vista della collocazione in seno alla fattispecie procedimentale, dovrebbe concludersi che i pareri vincolanti determinano il contenuto della decisione finale, per cui bisognerebbe espungerli dal novero degli

atti preparatori e ricondurli nell'ambito di quelli decisori o co-decisorio. Con tutte le conseguenze del caso: in primo luogo, quella dell'imputazione degli effetti non solo all'organo o ente che emana l'atto finale ma anche al soggetto che ha espresso il parere.

Tale impostazione trova conferma, sul piano sistematico, negli artt. 16 e 17 e nell'art. 17-bis, della legge sul procedimento amministrativo, aventi rispettivamente a oggetto i pareri istruttori (e le valutazioni tecniche) e quelli decisori.

Tale distinzione (certamente consapevole in virtù della prossimità topografica delle disposizioni richiamate) ha notevoli implicazioni sul relativo regime normativo. E in effetti, con riferimento ai pareri meramente istruttori, di cui al citato art. 17, il legislatore ha ritenuto non configurabile il silenzio assenso.

La ragione risiede, all'evidenza, nella circostanza per cui in tale caso l'autorità decidente è unica e, quindi, per definizione non indefettibile.

Di contro, nella fattispecie di cui all'art. 17-bis, come è stato icasticamente rilevato, si configura una decisione "a doppia chiave" e dunque – un'ipotesi di cogestione della funzione (c.d. decisione pluristrutturata).

In tal caso, pertanto, l'eventuale silenzio serbato dell'autorità co-decidente consolida la scelta dell'autorità precedente, che è comunque dotata di competenza (sia pure non esclusiva) in materia.

Ulteriori indici ermeneutici in favore della tesi della natura codecisorio del parere della Soprintendenza si ricavano anche dal d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31 (Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata), che, all'art. 11 (Semplificazioni procedurali), comma 9, prevede espressamente che "In caso di mancata espressione del parere vincolante del Soprintendente nei tempi previsti dal comma 5, si forma il silenzio assenso ai sensi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e l'amministrazione precedente provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica".

Tale disposizione è chiarissima nel qualificare il parere (semplificato) della soprintendenza come atto codecisorio ai sensi dell'art. 17-bis.

Come è stato, infatti, acutamente rilevato in dottrina, se il richiamo che tale regolamento opera, nell'ambito del procedimento di autorizzazione paesaggistica semplificata, all'art. 17-bis, contrastasse con il sistema delineato a livello di legge primaria, sarebbe illegittimo e il regolamento andrebbe disapplicato in base al principio di gerarchia delle fonti.

Ma tale esito interpretativo, pur coerente con le premesse ricostruttive da cui con l'orientamento oggetto di critica trae le mosse, non è stato sostenuto da alcuno.

Coerentemente con le considerazioni sin qui svolte, si è espresso anche il parere del Consiglio di Stato 13 luglio 2016, n. 1640 (reso su uno specifico quesito proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, su alcuni problemi applicativi dell'articolo 17-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241) secondo cui l'art. 17-bis si applica ai procedimenti con fase decisoria pluristrutturata e pertanto "anche ai pareri vincolanti, e non, invece, a quelli puramente consultivi (non vincolanti) che rimangono assoggettati alla diversa disciplina di cui agli artt. 16 e 17 della legge n. 241 del 1990".

Osserva il citato parere che, in linea di massima, gli artt. 16 e 17 fanno riferimento ad atti di altre amministrazioni da acquisire (al di là del nomen iuris) nella fase istruttoria, mentre l'art. 17-bis fa riferimento ad atti da acquisire nella fase decisoria, dopo che l'istruttoria si è chiusa.

L'art. 17-bis è, quindi, destinato ad applicarsi solo ai procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata e, dunque, nei casi in cui l'atto da acquisire, al di là del nomen iuris, abbia valenza co-decisoria.

Il parere in esame ha anche chiarito che l'art. 17-bis non si applica nei casi in cui un'amministrazione ha un ruolo meramente formale (come nel caso dello Sportello Unico che si limita a raccogliere e trasmettere l'istanza all'Amministrazione unica decidente). In questo caso, infatti, come si è puntualmente osservato, non essendoci un'amministrazione co-decidente, il vero beneficiario del silenzio assenso sarebbe il privato, avendosi, quindi, un'ipotesi silenzio assenso nei rapporti (non endo-procedimentali) verticali con i privati (c.d. decisione monostrutturata).

La disposizione in esame richiede, pertanto, che le due Amministrazioni (quella titolare del procedimento e quella interpellata) condividano la funzione decisoria, nel senso che entrambe devono essere titolari di una funzione decisoria sostanziale.

In terzo luogo l'indirizzo restrittivo non si concilia con le lettere e con le ragioni giustificative degli artt. 14-bis e 17-bis, legge 241 del 1990.

L'art. 17-bis, testualmente recita "il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici" opera anche nei "casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale... per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche", con la precisazione che in siffatte ipotesi, salva diversa previsione, il termine entro il quale le amministrazioni competenti sono tenute a comunicare il proprio assenso, concerto o nulla osta è definito dalla normativa di settore, attestandosi, in mancanza, in novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente; anche in tali ipotesi, si prevede espressamente che decorso siffatto termine senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito.

Il regime anzidetto si applica pertanto anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela dei beni culturali. In questi casi, «ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente», fermo restando che «decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito» (comma 3).

Alla luce di quanto riportato, riuscirebbe difficile, se non impossibile, comprendere quali sono le amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale alle quali la fattispecie in esame troverebbe applicazione.

La tesi che esclude l'applicazione del silenzio assenso verticale al parere da rendere, da parte della Soprintendenza, nell'ambito del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica contraddice anche la ratio dell'art. 17-bis, comunemente intesa come funzionale a evitare che, ove il procedimento debba concludersi con l'adozione di una decisione pluristrutturata, la condotta inerte dell'amministrazione interpellata possa produrre un arresto del procedimento, impedendo la tempestiva adozione della determinazione conclusiva.

In tale quadro, l'istituto in esame completa, come in parte già ricordato, un'evoluzione normativa che ha progressivamente fluidificato l'azione amministrativa, neutralizzando gli effetti negativi e paralizzanti del silenzio amministrativo, dapprima nei rapporti con i privati e ora anche nei rapporti tra pubbliche amministrazioni.

Il nuovo strumento di semplificazione conferma, pertanto, la natura "patologica" che connota il silenzio amministrativo, soprattutto quando maturi nell'ambito di un rapporto orizzontale con un'altra amministrazione co-decidente.

Il meccanismo del silenzio-assenso orizzontale palesa, in altri termini, una contrarietà di fondo del legislatore nei confronti dell'inerzia amministrativa, inerzia che viene stigmatizzata al

punto tale da ricollegare al silenzio dell'Amministrazione interpellata la più grave delle "sanzioni" o il più efficace dei "rimedi", ossia l'equiparazione del silenzio all'assenso con conseguente perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

Tali avvertite esigenze non sono circoscrivibili in ragione della natura del procedimento preso in esame, imponendosi in via generalizzata (salve le eccezioni di cui all'art. 17 bis, comma 4, L. n. 241/90) per ogni forma di esercizio del pubblico potere, amministrativo o normativo, qualora il provvedimento finale presupponga una fase di co-decisione di competenza di altra Amministrazione.

A tal riguardo, risultano particolarmente significativi i passaggi argomentativi del citato parere del Consiglio di Stato nel quale si legge 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. il silenzio assenso "orizzontale" previsto dall'art. 17-bis opera, nei rapporti tra Amministrazioni co-decidenti, quale che sia la natura del provvedimento finale che conclude il procedimento, non potendosi sotto tale profilo accogliere la tesi che, prospettando un parallelismo con l'ambito applicativo dell'art. 20 concernente il silenzio assenso nei rapporti tra privati, circoscrive l'operatività del nuovo istituto agli atti che appartengono alla categoria dell'autorizzazione, ovvero che rimuovono un limite all'esercizio di un preesistente diritto. La nuova disposizione, al contrario, si applica a ogni procedimento (anche eventualmente a impulso d'ufficio) che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione, senza che rilevi la natura del provvedimento finale nei rapporti verticali con il privato destinatario degli effetti dello stesso".

Le medesime conclusioni si impongono, a fortiori, in relazione all'art. 14-bis, legge 241 del 1990, così come modificato con il decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi, in attuazione dell'articolo 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124), che presenta un analogo meccanismo semplificatorio.

Il comma del predetto articolo 14 bis afferma (anche con riferimento alle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistico-territoriale, in relazione alle quali si prevede solo un allungamento del termine per rendere in parere) il principio per cui si considera acquisito l'assenso senza condizioni delle amministrazioni il cui rappresentante non abbia partecipato alle riunioni ovvero, pur partecipandovi, non abbia espresso ai sensi del comma 3 la propria posizione, ovvero abbia espresso un dissenso non motivato o riferito a questioni che non costituiscono oggetto della conferenza ("Fatti salvi i casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedono l'adozione di provvedimenti espressi, la mancata comunicazione della determinazione entro il termine di cui al comma 2, lettera c), ovvero la comunicazione di una determinazione priva dei requisiti previsti dal comma 3, equivalgono ad assenso senza condizioni").

Sul piano teleologico, la riforma dell'istituto della conferenza di servizi ha inteso, come anticipato, rimediare alle disfunzioni registrate nella prassi, prevedendo vari meccanismi di semplificazione in un'ottica di trasformazione del ruolo della semplificazione.

Del resto, a sostegno della conclusione per cui le disposizioni di cui agli artt. 14-bis e 17-bis sono animate da un'analogia ragione giustificatrice, merita di essere richiamata la decisione della Corte costituzionale n. 246/2018 (cfr. par. 4.2.3.1.) nella quale è stato chiarito che l'art. 17-bis, sebbene collocato al di fuori degli articoli espressamente dedicati alla conferenza di servizi (artt.

14-14-quinquies), trova applicazione anche nel caso in cui occorra convocare la conferenza di servizi in quanto «il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi.

Nel medesimo ordine di idee si era in precedenza espresso anche il più volte richiamato parere del Consiglio di Stato 13 luglio 2016, n. 1640 secondo cui, in alternativa alla tesi secondo la quale l'art. 17-bis trova applicazione nel caso in cui l'Amministrazione procedente debba acquisire l'assenso di una sola Amministrazione (mentre nel caso di assensi da parte di più Amministrazioni opera la conferenza di servizi, rappresenta, in effetti, quella che fornisce il criterio più semplice per la risoluzione dell'apparente sovrapposizione normativa) si potrebbe sostenere che il silenzio assenso di cui all'art. 17-bis opera sempre (anche nel caso in cui siano previsti assensi di più amministrazioni) e, se si forma, previene la necessità di convocare la conferenza di servizi.

La conferenza di servizi, ad avviso del citato parere del Consiglio di Stato, andrebbe convocata, quindi, nei casi in cui il silenzio assenso non si è formato a causa del dissenso espresso dalle Amministrazioni interpellate e avrebbe lo scopo di superare quel dissenso nell'ambito della conferenza appositamente convocata.

Nemmeno sembra condivisibile l'obiezione secondo cui l'estensione del meccanismo del silenzio assenso al parere della soprintendenza si tradurrebbe in una rinuncia alla cura nel caso specifico dell'interesse assegnato alla p.a. rimasta inerte. L'obiezione, prospettata in una logica tesa ad assicurare la massima protezione dell'interesse paesaggistico non può essere accolta.

Come già rilevato dal Consiglio di Stato, nel parere n. 1640/2016 cit., il meccanismo del silenzio assenso orizzontale rinvia, sotto il profilo costituzionale, il proprio fondamento nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., letto 'in un'ottica moderna', che tenga conto anche dell'esigenza di assicurare il 'primato dei diritti' della persona, dell'impresa e dell'operatore economico rispetto a qualsiasi forma di mero dirigismo burocratico.

Nella logica del 'primato dei diritti', i meccanismi di semplificazione dell'azione amministrativa non vanno visti come una forma di sacrificio dell'interesse pubblico ma, al contrario, come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati. Essi trovano, quindi, un fondamento nel principio del buon andamento dell'azione amministrativa che postula anche l'efficienza e la tempestività di quest'ultima. L'introduzione di rimedi di semplificazione dissuasivi e stigmatizzanti il silenzio contribuisce, quindi, a dare piena attuazione al principio di trasparenza dell'azione amministrativa: l'arresto del procedimento non può più avvenire con un comportamento per definizione "opaco", qual è l'inerzia.

E ciò in quanto, argomenta il citato parere, "nel tempo presente ... il sistema tende a favorire la liberalizzazione e la deregolamentazione delle attività private, accompagnate da una serie di normative tese allo snellimento dell'azione amministrativa semplificando anche i rapporti tra amministrazioni, come dimostra quanto statuito nell'art. 17 bis ...nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente".

La precisazione, pur cauta e non ulteriormente sviluppata, è stata intesa da qualificata dottrina nel senso che la qualificazione ex lege in termini di silenzio assenso procedimentale dell'inerzia non sia « pienamente equipollente ad una esplicita valutazione dello schema di provvedimento in termini positivi in relazione all'interesse curato, ma abbia esclusivamente l'effetto di non precludere all'amministrazione procedente di adottare il provvedimento previa rappresentazione e ponderazione da parte della stessa amministrazione procedente dell'interesse non rappresentato dalla p.a che ne ha cura». In base a tale ricostruzione, gli interessi sensibili

restano pienamente tutelati nella fase istruttoria condotta dall'amministrazione precedente che ha competenza (non esclusiva) in materia (com'è, nel caso del paesaggio, per le Regioni e gli enti locali).

Alle medesime conclusioni è giunta anche una recente sentenza della Corte costituzionale, nella quale è stato chiarito che il silenzio assenso ex art. 17 bis non riguarda la fase istruttoria del procedimento amministrativo – che rimane regolata dalla pertinente disciplina positiva – influenzando soltanto sulla fase decisoria, attraverso la formazione di un atto di assenso per silentium; per l'effetto, l'amministrazione precedente è comunque tenuta a condurre un'istruttoria completa e, all'esito, alla stregua delle relative risultanze, ad elaborare uno schema di provvedimento da sottoporre all'assenso dell'Amministrazione co-decedente.

In tale prospettiva, l'assenso del soprintendente sulla proposta di accoglimento ricevuta dall'amministrazione precedente si forma per silentium, ma ciò non esonera quest'ultima dalla necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa (così Corte Costituzionale 160/2021).

Le esigenze di completezza dell'istruttoria, dunque, in quanto non incise dalla formazione del silenzio assenso ex art. 17 bis cit., non dovrebbero essere invocate per limitare l'applicazione del relativo istituto in quanto il silenzio assenso nei rapporti tra pubbliche amministrazioni, proprio perché ispirato ai principi di efficienza e, quindi, di buon andamento amministrativo, sollecita una migliore organizzazione delle risorse amministrative, garantendo al contempo l'effettiva protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti.

Come anticipato, si è condivisibilmente parlato, a proposito delle decisioni pluristrutturate (avendo principalmente in mente proprio la paradigmatica fattispecie dell'art.146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 22), di procedimenti decisionali "a doppia chiave".

Il senso di questa locuzione si comprende ove si ponga mente al fatto in tali fattispecie, una volta conclusa l'istruttoria e definito lo schema di provvedimento da porre a base della successiva fase decisoria, che occorre:

- da un lato, che l'amministrazione interpellata agisca tempestivamente, manifestando prontamente le proprie perplessità sullo schema di provvedimento ricevuto e rappresentando eventuali esigenze istruttorie o adottando espressamente il proprio avviso su quanto richiesto;

- dall'altro, che l'amministrazione precedente valuti comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione interpellata in ipotesi rimasta inerte, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso ex art. 17-bis, l. n. 241/90, una decisione conclusiva del procedimento (comunque necessaria) che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito.

In tale maniera si assicura, non soltanto la tempestiva adozione della decisione finale, ma anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure in assenza di una determinazione espressa dell'amministrazione interpellata.

Coerentemente con tale conclusione, come è stato autorevolmente rilevato in dottrina, la protezione del valore paesaggistico attribuisce all'autorità tutoria non solo diritti ma anche "doveri e responsabilità".

Tale elaborazione concettuale trova puntuale conferma nell'evoluzione che ha registrato l'istituto dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art.146, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 22 che pare qui utile, sulle orme di autorevole dottrina, ripercorrere al fine, in particolare, di evidenziare l'importante ruolo svolto dall'autorità competenze al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

I diversi commi del citato art. 146, disposizione centrale nell'architettura del codice dei beni culturali e del paesaggio, forniscono indicazioni sull'autorizzazione-atto, ma anche sul procedimento di controllo della proposta progettuale, ossia sulla complessa attività in cui si

intersecano, entro una sequenza composta da più segmenti, competenze di livelli amministrativi diversi e si instaura una dialettica con il proponente che prepara l'emanazione del provvedimento conclusivo motivato, atto che esprime la sintesi di quanto acclarato e valutato in sede procedimentale, con attitudine a produrre l'effetto abilitativo alla trasformazione.

Storicamente, la previsione dell'obbligatorietà dell'autorizzazione paesaggistica nasce con la precisa funzione di far precedere ogni trasformazione del bene paesaggistico da un controllo amministrativo circa la compatibilità dell'intervento proposto con l'esigenza di non dispersione del valore paesaggistico che il bene esprime.

Il controllo, in una logica precauzionale, è teso alla verifica della compatibilità della trasformazione proposta con l'esigenza di preservazione dei valori paesaggistici oggetto di protezione, come indica chiaramente il comma 1 del citato art. 146.

Il procedimento di autorizzazione paesaggistica origina dall'istanza del privato, che deve contenere il progetto da realizzare e la c.d. relazione paesaggistica.

La relazione paesaggistica deve descrivere: a) lo stato attuale del bene; b) gli elementi di valore paesaggistico in esso presenti; c) gli impatti delle trasformazioni proposte (rappresentati anche attraverso simulazione dettagliata dello stato dei luoghi a seguito della realizzazione del progetto resa mediante foto modellazione realistica (rendering computerizzato o manuale), comprendente un adeguato intorno dell'area di intervento, desunto dal rapporto di intervisibilità esistente; d) i fattori di mitigazione e compensazione proposti.

Ricevuta la domanda corredata del progetto e della relazione paesaggistica, l'amministrazione procede, in via preliminare, all'identificazione del contesto entro cui dovrebbe trovare spazio la trasformazione mediante la messa a fuoco della tipologia di vincolo e dei profili valoriali meritevoli di tutela nonché alla contestualizzazione delle ragioni del vincolo.

A tal riguardo, l'amministrazione opera quindi una operazione prognostica circa gli effetti che l'attuazione del progetto proposto (per come prospettato dalla parte istante) produrrebbe sul bene stesso e sul contesto e, di seguito, esprime una valutazione (inevitabilmente non priva di margini di opinabilità) circa la compatibilità della trasformazione con l'esigenza di tutela del bene o del paesaggio vincolato.

Nel compiere questa operazione l'amministrazione analizza il progetto in relazione ad ogni profilo rilevante: il linguaggio architettonico e formale, i colori, i materiali, gli stili e ad ogni carattere in grado di incidere sulla forma percepibile dell'oggetto di intervento. L'amministrazione, nell'operare il controllo, non si limita ad esprimere un giudizio sul progetto a lei sottoposto.

Deve, di contro, valutare se la soluzione proposta costituisca effettivamente l'opzione di minor impatto e, in termini collaborativi, ove siano concretamente identificabili altre ipotesi progettuali e soluzioni compositive in grado di minimizzare l'impatto, deve orientare (preferibilmente entro un dialogo endoprocedimentale ovvero con prescrizioni, etc.) al perseguimento di tale risultato.

In caso di impatti ineliminabili, suscettibili di residuare anche a valle della ricerca di soluzioni di minimizzazione, dovranno essere identificate adeguate mitigazioni ovvero, in ultima istanza, in caso di impatti non mitigabili, compensazioni efficienti (in grado cioè di operare sulle dinamiche percettive dei luoghi e non su altri versanti, con esclusione quindi di compensazioni meramente monetarie).

Quanto detto trova esplicito riscontro nell'art. 3.2. del d.P.C.M 12 dicembre 2005 (con il quale sono stati definiti i contenuti della documentazione da allegare alla relazione paesaggistica), secondo cui «Fermo restando che dovranno essere preferite le soluzioni progettuali che determinano i minori problemi di compatibilità paesaggistica, dovranno essere indicate le opere di mitigazione sia visive che ambientali previste, nonché evidenziati gli effetti negativi che non

possano essere evitati o mitigati e potranno essere proposte le eventuali misure di compensazione ».

Da ciò discende che l'intervento proposto debba essere non solo compatibile con le esigenze di preservazione del bene ma debba anche rappresentare la soluzione di minor impatto nonché garantire l'ottimalità di inserimento.

L'inserimento non deve, in altri termini, determinare alcuna compromissione del valore paesaggistico tutelato.

In tale fase, la cui dorsale è stata autorevolmente delineata in dottrina nella sequenza conoscenza-giudizio-misura, l'amministrazione opera una serie di acclaramenti, che consentono di razionalizzare il giudizio di compatibilità, limitando i margini di valutazione estetica e di decisionalità soggettiva solitamente considerati ineliminabili, tanto da costituire una sorta di marca caratteristica della funzione autorizzatoria in materia paesaggistica. Come è stato attentamente rilevato, la tendenza è nel senso di rendere i provvedimenti dell'amministrazione anche in questa materia sempre più motivati e ripetibili. A partire dalle prescrizioni d'uso (vincoli vestiti), passando per la relazione paesaggistica da redigere a cura della parte richiedente (sulla scorta di una griglia predeterminata dal citato d.P.C.M. del 2005) sino alle linee-guida approvate dalle regioni sulla base del rispettivo piano paesaggistico (come previsto dall'art. 143, c. 8, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 22), sono stati progressivamente esplicitati i profili da indagare (dalla puntuale identificazione del valore da salvaguardare, alla evidenziazione degli impatti, sino alle definizioni delle diverse tipologie di interventi mitigatori) e sono stati resi maggiormente riconoscibili i temi su cui l'amministrazione sarà chiamata ad esprimersi, con obiettiva limitazione degli spazi per letture propriamente soggettive dei caratteri dei contesti e delle proposte progettuali.

Il comma 6 del più volte richiamato art. 146 assegna alla regione la responsabilità della funzione autorizzatoria. La regione può tuttavia delegare l'esercizio di tale funzione a province, città metropolitane, a forme associative tra enti locali (come le comunità montane), a enti parco ovvero ai comuni.

L'eventuale delega è tuttavia condizionata alla duplice dimostrazione che gli enti delegati dispongano di strutture (uffici e personale) dotati delle necessarie competenze tecnico-specialistiche («adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche» è la formula usata dal Codice) e che siano in grado di assicurare la imprescindibile differenziazione tra le attività finalizzate alla tutela paesaggistica e quelle in materia urbanistico-edilizia.

In talune regioni (ad es., Lombardia: art. 81,1. rg. n. 12/2005) entro il termine dei quaranta giorni è prevista l'acquisizione di un parere da parte di una commissione locale, composta, secondo quanto previsto dall'art. 148, c. 2, Codice («Le commissioni sono composte da soggetti con particolare, pluriennale e qualificata esperienza nella tutela del paesaggio»), da soggetti con specifici e comprovati requisiti di competenza.

Terminata l'istruttoria e, comunque, allo spirare del termine di quaranta giorni, l'amministrazione trasmette alla soprintendenza la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento. A tal fine l'amministrazione redige, all'esito delle proprie valutazioni, non una mera sintesi delle risultanze istruttorie (comparabile a quella che ai sensi del richiamato art. 6 1. n. 241/1990 compila il responsabile del procedimento all'atto di trasferire il fascicolo istruttorio all'organo decidente) bensì un vero e proprio progetto di decisione, che viene sottoposto nella sua articolazione (comprensiva del segmento istruttorio e di quello decisorio) alle valutazioni della Soprintendenza.

A questo punto, come già rammentato, la Soprintendenza interpellata può, agendo tempestivamente, manifestare le proprie perplessità sullo schema di provvedimento ricevuto,

rappresentando eventuali esigenze istruttorie ovvero adottando espressamente il proprio avviso su quanto richiesto.

In tale caso, la natura vincolante del parere garantisce che lo Stato mantenga un ruolo determinante rispetto al merito della procedura autorizzatoria;- dall'altro, nell'ipotesi in cui l'amministrazione interpellata sia rimasta inerte, l'amministrazione procedente valuta comunque l'interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione interpellata, assumendo, all'esito della formazione del silenzio assenso ex art. 17 bis l. n. 241/90, una decisione conclusiva del procedimento (comunque necessaria) che tenga in debita considerazione anche l'interesse pubblico sotteso all'atto di assenso implicitamente acquisito. In tale maniera si assicura non soltanto la tempestiva adozione della decisione finale, ma anche un'adeguata protezione di tutti gli interessi pubblici coinvolti nell'esercizio del potere, pure in assenza di una determinazione espressa dell'Amministrazione interpellata.

Nell'analisi, appena svolta, delle singole fasi di cui si compone il procedimento di autorizzazione paesaggistica trova, pertanto, conferma l'assunto per cui, nei casi in cui opera il silenzio assenso, l'interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente.

In tale quadro, nemmeno può considerarsi decisiva, per giungere a diverse conclusioni, l'obiezione che fa perno sulla considerazione per cui, applicando lo schema del silenzio assenso al parere paesaggistico della Soprintendenza, verrebbe sacrificato il principio della competenza (prefigurato dall'art. 117 Cost., c. 1, lett. s, che assegna, nell'interpretazione datane dalla Corte costituzionale:, allo Stato la competenza ad esercitare la funzione di tutela) inibendo alla Soprintendenza di tutelare l'interesse paesaggistico successivamente alla scadenza del termine entro il quale avrebbe dovuto rendere il proprio parere.

Contro tale obiezione, è agevole replicare che il legislatore, attraverso gli istituti di semplificazione in esame (17-bis e 14-bis) ha cercato di raggiungere un delicato punto di equilibrio tra la tutela degli interessi sensibili e la, parimenti avvertita, esigenza di garantire una risposta (positiva o negativa) entro termini ragionevoli all'operatore economico, che, diversamente, rimarrebbe esposto al rischio dell'omissione burocratica.

In tale composito quadro, la competenza della Soprintendenza resta garantita sia pure entro termini stringenti entro i quali deve esercitare la propria funzione.

Cionondimeno, in caso di mancata attivazione entro i termini, resta ferma la possibilità della Soprintendenza di poter agire in autotutela secondo il principio del *contrarius actus* (che la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni richiamato con riferimento all'autotutela sui provvedimenti adottati all'esito della conferenza di servizi) in base al quale l'eventuale esercizio dell'autotutela deve seguire il medesimo procedimento d'emanazione dell'atto che si intende rimuovere o modificare. Questo significa che l'amministrazione autrice dell'assenso silenzioso non potrà limitarsi ad esprimere il proprio sopravvenuto dissenso, ma dovrà sollecitare l'avvio del procedimento di riesame, condotto dall'amministrazione procedente, secondo le regole dell'art. 21-novies o 21-quinquies. evidenziando le ragioni di illegittimità o le ragioni che giustificherebbero la revoca dell'atto, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra Amministrazioni. Tale conclusione trova, del resto, con riferimento alla fattispecie della conferenza di servizi, un riconoscimento espresso nell'art. 14-quater, comma 2, l. 241 del 1990 a mente del quale "le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21 novies. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14 ter, alla conferenza di servizi o si siano

espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21 quinquies". Analoga possibilità è stata, del resto, ritenuta ammissibile, con riferimento all'art. 17 bis (che pure non prevede a tal riguardo una espressa previsione), dal citato parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 890 del 7 aprile 2016) sulla base dei principi generali in materia di autotutela.

Le conclusioni fin qui raggiunte hanno, del resto, riscosso nel tempo un diffuso apprezzamento sia in dottrina che in giurisprudenza.

L'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere paesaggistico è stata espressamente affermata dal Ministero dei Beni culturali con le circolari 10 novembre 2015, prot. n. 27158 e 20 luglio 2016, prot. 21892.

In linea con le considerazioni sinora svolte, un inquadramento del tutto coerente, sul piano sistematico, della problematica in esame l'aveva data proprio l'importante, e più volte menzionato, parere del Consiglio di Stato, parere commissione speciale, 13 luglio 2016, n. 1640, cit.), secondo cui "La formulazione testuale del comma 3 consente di accogliere la tesi favorevole all'applicabilità del meccanismo di semplificazione anche ai procedimenti di competenza di amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili, ivi compresi i beni culturali e la salute dei cittadini. Sul punto la formulazione letterale del comma 3 è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi: le Amministrazioni preposte alla tutela degli interessi sensibili beneficiano di un termine diverso (quello previsto dalla normativa di settore o, in mancanza, del termine di novanta giorni), scaduto il quale sono, tuttavia, sottoposte alla regola generale del silenzio assenso. La giurisprudenza costituzionale richiamata nella richiesta di parere, del resto, non ha sancito un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili, limitandosi ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale. La Corte costituzionale ha, in altri termini, ritenuto preclusa alla legislazione regionale la possibilità di introdurre ipotesi di silenzio assenso (ulteriori rispetto a quelle previste dalla legislazione statale) in procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili. Al contrario, le richiamate sentenze della Corte costituzionale non sembrano di per sé impedire alla potestà legislativa statale la previsione di casi di silenzio assenso anche in materie sensibili.

In relazione al profilo temporale va, peraltro, evidenziato che la locuzione "termine diverso" adoperata dalla legge autorizza la conclusione per cui, in materia di interessi sensibili, restano in vigore e prevalgono non solo le norme che prevedono termini più lunghi (rispetto al termine di novanta giorni), ma anche quelle che prevedono termini speciali più brevi.

L'applicazione della norma agli atti di tutela degli interessi sensibili dovrà, invece, essere esclusa laddove la relativa richiesta non provenga dall'Amministrazione procedente, ma dal privato destinatario finale dell'atto. In tal caso, venendo in rilievo un rapporto verticale, troverà applicazione l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 (che esclude dal suo campo di applicazione gli interessi sensibili). Come si evidenzierà nel prosieguo, in caso di richiesta presentata dal privato, l'applicazione dell'art. 17-bis è esclusa senza che rilevi la circostanza che la richiesta sia presentata direttamente dal privato o da questi per il tramite dello sportello unico.

Diverso è il caso in cui il silenzio assenso è escluso in virtù di disposizioni eurounitarie. Il principio di primazia del diritto dell'Unione Europea in tali casi impone – a prescindere, peraltro, dalla natura "sensibile" o "primaria" dell'interesse pubblico tutelato – l'applicazione del silenzio assenso che risulti incompatibile con puntuali disposizioni comunitarie che prevedono l'assenso espresso. Sotto tale profilo, si evidenzia, tuttavia, che il comma 4 dell'art. 17-bis, laddove esclude l'applicazione dei precedenti commi "nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi", risulta, da una parte, superflua, dall'altra, incompleta.

Sia pur giustificata dall'esigenza di assicurare (con una previsione di chiusura) la compatibilità comunitaria del nuovo meccanismo di semplificazione, la disposizione è scarsamente utile in quanto l'inapplicabilità della norma nazionale in presenza di disposizioni eurounitarie contrastanti già si impone in ragione del principio di primazia del diritto dell'Unione europea e non richiede previsioni espresse da parte del legislatore nazionale.

D'altro canto, va precisato che il limite all'applicabilità della norma derivante da un eventuale contrasto con il diritto dell'Unione Europea va inteso in senso ampio, risultando, ad esempio, ostativa all'applicazione della norma anche la sua contrarietà con le sentenze rese dalla Corte di Giustizia. Occorre, a tal proposito, ricordare che le sentenze pregiudiziali interpretative della Corte di Giustizia hanno la stessa efficacia vincolante delle disposizioni interpretate: la decisione della Corte resa in sede di rinvio pregiudiziale, dunque, oltre a vincolare il giudice che ha sollevato la questione, spiega i propri effetti anche rispetto a qualsiasi altro caso che debba essere deciso in applicazione della medesima disposizione di diritto (in tal senso, è costante la giurisprudenza comunitaria: cfr. Corte Giust., 3 febbraio 1977, in causa C-52/76, Benedetti c. Munari F.Ili sas, in Racc. 1977, 163, e 5 marzo 1986, in causa 69/85, Wünsche Handelgesellschaft GmbH & Co. c. Repubblica Federale della Germania, in Racc., 1986, 947).

La soluzione preferita dal Collegio trova, infine, conferma anche in ulteriori precedenti del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2022, n. 255; idem, sez. IV, 14 luglio 2020, n. 4559; idem Sez. VI, 1 ottobre 2019, n. 6556).

Ma, anche a volere prescindere dagli assorbenti rilievi in precedenza formulati, il definitivo superamento dell'indirizzo interpretativo contrario all'applicazione del silenzio assenso orizzontale al parere paesaggistico, a ben vedere, è stato formalmente sancito dalla recente modifica apportata all'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 dall'articolo 12, comma 1, lett. a), n. 2), del decreto-legge n. 76 del 2020, che ha introdotto il nuovo comma 8-bis, in base al quale "Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-bis, comma 2, lettera c), 17-bis, commi 1 e 3, 20, comma 1 ..., ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'art. 14 ter, comma 7... sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni".

A tal riguardo, vale la pena di precisare che la fattispecie oggetto della criticata decisione del Consiglio di Stato n. 2640/2021 è antecedente all'introduzione nel nostro ordinamento dell'art. 2, comma 8-bis, L. n. 241/1990.

La lettera di tale disposizione, riferendosi espressamente alle fattispecie del silenzio maturato nel corso di una conferenza di servizi ex art. 14-bis e nell'ambito dell'istituto di cui all'art. 17-bis, è inequivocabile nell'affermare il principio (che non ammette eccezioni) secondo cui le determinazioni tardive sono irrilevanti in quanto prive di effetti nei confronti dell'autorità competente, e non soltanto privi di carattere vincolante.

Da ciò discende che non c'è più spazio, alla luce del novum normativo in disamina, per tentare la strada della sopravvivenza del c.d. silenzio-devolutivo, stante la formulazione volutamente onnicomprensiva della nuova norma.

Dopo avere esaminato tutti gli argomenti che, ad avviso del Collegio, depongono per l'accoglimento della tesi che estende al procedimento di autorizzazione paesaggistica il meccanismo del silenzio assenso orizzontale, occorre, a questo punto, farsi carico di valutare la tenuta costituzionale di tale itinerario interpretativo.

A tal riguardo, mette conto rimarcare che la tesi che il Collegio non condivide afferma, come anticipato, espressamente il principio della primazia, assoluta ed escludente, dell'interesse alla tutela del paesaggio, anche rispetto ad altri interessi di rilevanza costituzionale.

Il parametro costituzionale evocato a sostegno dell'assunto è quello di cui all'art. 9 della Costituzione.

In tale prospettiva ermeneutica, il principio racchiuso a quest'ultima disposizione consentirebbe di fare eccezione anche a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili. Conseguentemente, anche laddove il legislatore abbia scelto una speciale concentrazione procedimentale, come quella che si attua con il sistema della conferenza di servizi, essa non comporta un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica, perché questa si fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale.

Tale impostazione concettuale non può essere condivisa.

Preliminarmente il Collegio osserva che l'assunto di fondo da cui muove l'orientamento in esame trova una significativa smentita già a livello di legge ordinaria, dal cui esame si ricava che altri interessi pubblici, al pari di quello paesaggistico, sono espressamente e ripetutamente indicati dalla l. n. 241/1990, come parimenti soggetti ad un regime, sostanziale e procedimentale, speciale e "privilegiato".

In particolare, dall'esame delle varie disposizioni della legge generale sull'azione amministrativa, emerge la equiordinazione, della tutela del paesaggio e di quella dell'ambiente, quali interessi di rilievo costituzionale, a tutela rinforzata.

Come è stato attentamente rilevato in dottrina, anche in ragione di tale equiordinazione, il legislatore ha assegnato alla conferenza di servizi la funzione precipua di costituire la sede di rappresentazione, prima, e di composizione, poi (mediante le necessarie modifiche e mediazioni), degli interessi pubblici – compresi in primo luogo quelli sensibili o "superprimari" – e privati che caratterizzano le specifiche fattispecie sulle quali la p.a. è chiamata a decidere.

La tesi secondo cui, finanche nell'ambito del confronto aperto e paritario che caratterizza la conferenza di servizi, la Soprintendenza non possa e non debba minimamente curarsi degli altri interessi pubblici a rilevanza costituzionale, rappresentati in conferenza, contrasta, come pure è stato sostenuto, anche con il dovere, di leale collaborazione tra amministrazioni e con la finalità compositiva sottesa al coordinamento amministrativo tra pari.

Ma soprattutto, l'impianto di fondo sotteso a tale ricostruzione incontra una netta smentita nelle coordinate poste sul tema dalla più recente giurisprudenza costituzionale, la quale, a partire dalla rilevantissima decisione della Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85 (che ha affrontato uno dei "leading case" di diritto ambientale più celebri in Italia: quello dell'acciaieria allora di proprietà dell'ILVA S.p.a., sita a Taranto) predica con costanza il principio del necessario bilanciamento tra valori, o interessi pubblici, "primari" o "prioritari".

Ad avviso della Consulta, infatti, l'ambiente, la salute umana e il patrimonio culturale sono per pacifica giurisprudenza costituzionale, amministrativa, penale e civile, nonché in virtù di espressa previsione costituzionale e di legge ordinaria, valori, o interessi pubblici, primari.

Tuttavia, tale qualificazione non legittima un primato astratto, assoluto e incondizionato in un'ipotetica scala gerarchica. In tale rinnovata prospettiva ermeneutica, nessun valore o diritto può prevalere in modo radicale e occorre invece individuare un punto di equilibrio che, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza.

Con particolare riferimento agli interessi ambientali, in particolare di quelli connessi al contrasto al cambiamento climatico, questa innovativa impostazione trova oggi un fondamento costituzionale espresso nel nuovo comma 3 dell'art. 9 della Costituzione (legge costituzionale n. 1 del 2022), che introduce, nell'ambito dei principi fondamentali enunciati nella Costituzione – il principio di tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni.

La citata riforma recepisce formalmente il principio, già elaborato dal diritto vivente, per cui, oltre alla tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico della Nazione, richiamato dal secondo comma dell'art. 9 Cost. si attribuisce pertanto alla Repubblica anche la tutela di tali ulteriori aspetti.

Nella medesima direzione è orientata anche una recente decisione del Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 settembre 2022, n. 8167 – secondo cui “Negli ordinamenti democratici e pluralisti si richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di absolutezza per nessuno di essi. Così come per i “diritti” (sentenza della Corte cost. 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 Costituzione garantisce una prevalenza assoluta sugli altri. La loro tutela deve essere “sistemica” e perseguita in un rapporto di integrazione reciproca. La primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possano essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione “totalizzante” come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – 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”.

Nemmeno è possibile ricavare dalla giurisprudenza costituzionale un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili.

Come è stato sul punto è esattamente osservato, la giurisprudenza costituzionale si è limitata “ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale” e sancendo la preclusione per il legislatore regionale di introdurre ipotesi di silenzio assenso ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge statale nei procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili (Cons. St. comm. spec., 13 luglio 2016, n. 1640; Cons. St., Ad. Plen., 27 luglio 2016, n. 17 cit.).

Decisiva, ad avviso del Collegio, nell'affermare la conformità a costituzione dell'applicazione del silenzio assenso orizzontale al procedimento di autorizzazione paesaggistica, è la già menzionata decisione della Corte costituzionale 22 luglio 2021, n. 160.

Questa pronuncia, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'articolo 8, comma 6, della legge della Regione Siciliana 6 maggio 2019, n. 5 (Individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata), che aveva introdotto il silenzio-assenso c.d. verticale (ovvero nel rapporto con il privato) sulla domanda di autorizzazione paesaggistica, formula delle argomentazioni significativamente a sostegno della compatibilità costituzionale dell'applicazione del silenzio assenso orizzontale agli interessi paesaggistici.

Afferma, infatti, la Consulta che il silenzio assenso previsto dalla norma regionale oggetto di scrutinio assume una valenza del tutto diversa rispetto a quanto disciplinato all'art. 11, comma 9, del d.P.R. n. 31 del 2017 (ovvero allo schema del silenzio assenso c.d. orizzontale).

Non si tratta infatti nel caso oggetto di scrutinio, argomenta la Corte Costituzionale, “di silenzio assenso endoprocedimentale (rectius orizzontale tra pubbliche amministrazioni), destinato a essere seguito comunque da un provvedimento conclusivo espresso dell'amministrazione procedente, ma di un silenzio assenso provvedimento, destinato a tenere luogo dell'autorizzazione paesaggistica richiesta, secondo lo schema generale dell'art. 20 della stessa legge n. 241 del 1990... ..l'assenso del soprintendente sulla proposta di accoglimento ricevuta dall'amministrazione procedente si forma per silentium, ma ciò non esonera quest'ultima dalla

necessità di concludere il procedimento con una decisione espressa, come si desume, del resto, dall'ultima parte del citato comma 9 dell'art. 11 del d.P.R. n. 31 del 2017, secondo cui l'amministrazione procedente, una volta formatosi il silenzio assenso sul parere del soprintendente, «provvede al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica». Ciò, in linea con il divieto stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che esclude radicalmente l'applicazione del silenzio assenso nei rapporti verticali tra privati e pubbliche amministrazioni preposte alla tutela dei cosiddetti "interessi sensibili", tra cui, per quanto qui rileva, quelli relativi agli atti e ai procedimenti riguardanti «il patrimonio culturale e paesaggistico».

Proprio muovendo dalla distinzione con il silenzio assenso orizzontale (di cui, evidentemente, la Consulta assume la conformità a costituzione), la decisione in disamina giunge a censurare la disposizione regionale sottoposta al suo esame, la quale, introducendo una surrettizia forma di silenzio assenso verticale, contrasta con il principio generale stabilito all'art. 20, comma 4, della legge n. 241 del 1990, che vieta la formazione per silentium del provvedimento conclusivo nei procedimenti implicanti la tutela di "interessi sensibili".

Tali importanti considerazioni di sistema consentono, pertanto, di superare i potenziali dubbi di incostituzionalità della normativa che applica anche all'autorizzazione paesaggistica lo schema semplificatorio del silenzio assenso orizzontale.

In conclusione, alla luce delle complessive considerazioni che precedono, il parere della Soprintendenza reso tardivamente nell'ambito di una conferenza di servizi è tamquam non esset. Dal che discende il respingimento dell'appello con conseguente conferma della sentenza impugnata.

<https://www.pausania.it/il-parere-della-soprintendenza-per-il-rilascio-dell'autorizzazione-paesaggistica-reso-tardivamente-nell'ambito-di-una-conferenza-di-servizi-e-da-considerarsi-tamquam-non-esset-di-fabi/>

CORTE COSTITUZIONALE

La Corte costituzionale sul trasferimento degli alloggi statali per il sisma del 1980, di Fabio Cusano

La Corte di cassazione, sezione II civile, ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 21-bis, comma 1, primo periodo, del d.l. n. 244 del 1995 nella parte in cui non prevede la cessione gratuita in proprietà, ai relativi assegnatari, degli alloggi prefabbricati costruiti o acquistati dai comuni delle Regioni Campania e Basilicata, quali concessionari del Commissario straordinario per il terremoto del 1980, ai sensi del d.l. n. 776 del 1980, per violazione dell'art. 3 Cost. sotto il profilo della irragionevole disparità di trattamento rispetto agli assegnatari degli alloggi prefabbricati costruiti dallo Stato, ai sensi del d.l. n. 75 del 1981.

Ad avviso della Corte costituzionale, la questione è fondata.

L'art. 21-bis, comma 1, primo periodo, è stato introdotto in sede di conversione del d.l. n. 244 del 1995: uno dei numerosi decreti-legge che si ascrivono alla sequenza di provvedimenti normativi emanati per far fronte, tramite varie tipologie di interventi, alle molteplici criticità determinate dal terremoto che ha colpito l'Irpinia nel 1980. La norma censurata prevede il trasferimento a titolo gratuito, insieme alle parti comuni, di alloggi prefabbricati a favore di chi ne abbia ottenuto formale assegnazione, anche provvisoria. In particolare, l'art. 21-bis, comma 1, primo periodo, individua i beni oggetto di tale trasferimento: in rapporto alla loro ubicazione, nei comuni della Campania e della Basilicata; in funzione di chi li ha costruiti, lo Stato; e in relazione alla fonte normativa, in virtù della quale sono stati realizzati e finanziati, il d.l. n. 75 del 1981. Sennonché tale delimitazione non ricomprende i beni oggetto della pretesa fatta valere nel giudizio principale, che condividono con la fattispecie disegnata dal legislatore, e in specie con i criteri normativi che determinano gli alloggi oggetto del trasferimento, solo il dato relativo alla loro ubicazione, trattandosi, per il resto, di prefabbricati acquistati o costruiti dal Comune, e non dallo Stato, e realizzati ai sensi del d.l. n. 776 del 1980, e non del d.l. n. 75 del 1981.

Va preliminarmente precisato che il riferimento alla costruzione degli alloggi da parte dello Stato non identifica, di necessità, anche la titolarità dei beni in capo al medesimo, tanto più se si considera che la norma censurata si colloca nell'ambito di un atto normativo che, per effetto di successive integrazioni, fornisce con riguardo a tale profilo indici interpretativi non univoci. Nel senso della titolarità dei beni in capo allo Stato depongono i commi 3 e 4 del medesimo art. 21-bis, i quali prevedono, rispettivamente, che «[l]e domande per ottenere la cessione in proprietà degli alloggi di cui al comma 1 debbono essere presentate dagli interessati all'ufficio del territorio dell'Amministrazione finanziaria della provincia territorialmente competente entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto» e che «il responsabile dell'ufficio del territorio stipula nei successivi tre mesi dalla presentazione della domanda stessa l'atto di cessione in proprietà dell'immobile assegnato a ciascun avente diritto». D'altro canto, il secondo periodo del comma 1 dell'art. 21-bis evoca una possibile titolarità degli alloggi in capo al comune, essendo quest'ultimo indicato quale soggetto cedente. La previsione stabilisce, infatti, che «[l]e disposizioni di cui al precedente periodo si applicano anche agli alloggi prefabbricati che siano stati realizzati con parziale ricorso a tecniche di edilizia tradizionale, fatta salva la facoltà del comune cedente di determinare un prezzo di cessione commisurato agli eventuali oneri di manutenzione sostenuti». Deve, dunque, ritenersi che i beni individuati dall'art. 21-bis, comma 1, primo periodo, sono tanto quelli rimasti nella titolarità dello Stato, quanto quelli costruiti con oneri a carico dello stesso e trasferiti ai comuni.

Ciò premesso, il riferimento alla possibile titolarità degli alloggi, in capo sia allo Stato sia al

comune, non risolve il problema della esclusione, dal perimetro normativo dei beni oggetto della cessione obbligatoria e gratuita, dei prefabbricati di cui si chiede il trasferimento nel giudizio principale. Anche, infatti, a voler adottare una interpretazione più estesa del richiamo agli alloggi «costruiti dallo Stato», l'oggetto della cessione obbligatoria e gratuita, di cui all'art. 21-bis, comma 1, primo periodo, resta comunque circoscritto ai beni costruiti e finanziati sulla base di una precisa fonte normativa: il d.l. n. 75 del 1981. La norma, pertanto, non include gli alloggi prefabbricati che, al pari di quelli di cui si controverte nel giudizio principale, sono stati realizzati in virtù di quanto disposto da altra fonte normativa (il d.l. n. 776 del 1980), diversa e antecedente rispetto a quella richiamata nel citato comma 1 dell'art. 21-bis. Il puntuale riferimento testuale a una specifica disciplina, che identifica gli alloggi oggetto della cessione gratuita, senza includere quelli realizzati in base a una fonte normativa antecedente, è un dato non certo irrilevante e che anzi depone nel senso di una esclusione degli alloggi costruiti in precedenza. Al contempo, non può invocarsi, tanto più all'interno di una disciplina che attribuisce un beneficio, la sola della norma per ravvisare una analogia tra le diverse fonti che disciplinano in maniera ratio articolata la realizzazione degli alloggi prefabbricati, grazie a risorse provenienti talora direttamente dallo Stato, talora da donazioni effettuate allo Stato con vincolo di destinazione a favore delle zone terremotate (art. 2, comma 1, del decreto-legge 27 febbraio 1982, n. 57, il cui testo è riprodotto nell'art. 92, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 1990, n. 76). Pertanto, benché sarebbe stata auspicabile una disciplina organica concernente il trasferimento gratuito degli alloggi prefabbricati a favore degli assegnatari, rimasti privi della loro abitazione a causa del terremoto, non è dato disattendere il dato testuale, in nome della sola ratio della norma censurata.

Dove, dunque, il testo della disposizione frappone ostacoli all'interprete, è allora che la ratio della norma opera quale metro del giudizio sulla irragionevole disparità di trattamento tra la fattispecie delineata dal legislatore e quella cui si ascrive la situazione oggetto del giudizio principale.

Secondo la giurisprudenza della Corte, «la violazione del principio di uguaglianza sussiste qualora situazioni omogenee siano disciplinate in modo ingiustificatamente diverso» (da ultimo sentenza n. 270 del 2022, nello stesso senso sentenze n. 43 del 2022 e n. 276 del 2020), sicché «l'introduzione di regimi differenziati è consentita solo in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la ratio [...] (sentenza n. 172 del 2013)» (sentenza n. 107 del 2018)» (sentenza n. 112 del 2021).

Ebbene, non vi è dubbio che la ragione giustificativa della norma censurata si debba rinvenire – come già anticipato – nell'esigenza di garantire agli assegnatari di tali alloggi una maggiore stabilità nella tutela della loro esigenza abitativa tramite l'acquisizione di un diritto di proprietà, vincolato al soddisfacimento del richiamato bisogno. L'art. 21-bis, comma 5, del d.l. n. 244 del 1995, come convertito, dispone, infatti, che «[g]li alloggi ceduti in proprietà agli aventi diritto devono conservare, a pena di nullità dell'atto di cessione, la loro destinazione abitativa, non sono cedibili in locazione, permuta, usufrutto o comodato e non sono alienabili per venti anni a decorrere dalla data di accatastamento».

Chiarita la funzione della norma censurata, non si ravvisa alcuna ragionevole e necessaria connessione fra tale ratio, orientata alla tutela degli assegnatari degli alloggi prefabbricati, ubicati nei comuni colpiti dal terremoto dell'Irpinia, e il tipo di ente pubblico che si è fatto carico della loro costruzione o acquisizione: il comune piuttosto che lo Stato. Ancor meno giustificabile è restringere l'ambito dei beneficiari a coloro che siano assegnatari di un prefabbricato realizzato sulla base di uno specifico decreto-legge, anziché di un diverso atto normativo parimenti intervenuto nello

stesso contesto di gestione dell'emergenza abitativa suscitata dall'evento sismico. Gli elementi che differenziano la previsione legislativa dalla condizione in cui versano i ricorrenti del giudizio principale attengono a profili che risultano del tutto estranei alle istanze di tutela che sorreggono la norma: istanze che si limitano a sopperire, con la proprietà di alloggi prefabbricati, alle esigenze abitative di chi, oltre quarant'anni fa, è stato vittima degli effetti distruttivi del terremoto verificatosi in Irpinia. L'esclusione dalla norma censurata della platea di beneficiari individuata dal giudice a quo non trova, dunque, alcuna logica giustificazione e comporta una irragionevole disparità di trattamento fra le due categorie di soggetti, parimenti meritevoli della medesima protezione.

Le considerazioni svolte conducono a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 21-bis, comma 1, primo periodo, del d.l. n. 244 del 1995, nella parte in cui non prevede la cessione gratuita in proprietà ai relativi assegnatari degli alloggi prefabbricati costruiti o acquistati dai comuni delle Regioni Campania e Basilicata, quali concessionari del Commissario straordinario per il terremoto del 1980, ai sensi del d.l. n. 776 del 1980.

<https://www.pausania.it/la-corte-costituzionale-sul-trasferimento-degli-alloggi-statali-per-il-sisma-del-1980-di-fabio-cusano/>

Incostituzionale la pianificazione strategica del sistema portuale per violazione del principio di leale collaborazione, di Fabio Cusano

Con la sentenza n. 6 del 26 gennaio 2023, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione del principio di leale collaborazione, l'art. 4, comma 1-septies, lett. a), del d.l. n. 121 del 2021, nella parte in cui, nel riordino del sistema portuale, sostituendo l'art. 5, comma 1-bis, della legge n. 84 del 1994, prevede che il Documento di programmazione strategica di sistema (DPSS) «è approvato dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, che si esprime sentita la Conferenza nazionale di coordinamento delle Autorità di sistema portuale di cui all'articolo 11-ter della presente legge», a seguito di parere della regione territorialmente interessata da esprimere nel termine di quarantacinque giorni.

La disposizione impugnata dalla Regione Toscana e dalla Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia viola il parametro evocato in quanto il DPSS – documento di programmazione di una area vasta (in quanto attiene all'intero sistema portuale), che pone le premesse, i confini e le regole della successiva pianificazione delle singole aree portuali e che individua il reticolo di collegamento tra i porti e le infrastrutture logistiche di terra – incide su una considerevole porzione del territorio regionale.

Pertanto, nell'esercizio di tale rilevante funzione programmatica, non si può prescindere da uno strumento collaborativo tra Stato e regioni, quale l'intesa, nella fase di approvazione. Il timore che tale intesa porti a lentezze procedurali e al rischio di paralisi deve superarsi con la previsione di un termine per la sua formazione e con il meccanismo di superamento del mancato accordo, entrambi mutuabili dalle previgenti disposizioni, salva una diversa ed eventuale disciplina che il legislatore intendesse adottare.

In relazione al DPSS, le Regioni deducono, in primo luogo, la violazione del principio di leale collaborazione perché è stata loro sottratta la competenza ad approvarlo; si dolgono, poi, dello slittamento dell'acquisizione del parere comunale dalla fase precedente l'adozione del DPSS a quella ad esso successiva (vizio dedotto dalla sola Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia) e, infine, della previsione che il parere comunale e regionale debba essere espresso in quarantacinque giorni e che la sua omissione sia superabile con il meccanismo devolutivo del silenzio significativo (il parere non espresso è ritenuto infatti «non ostativo»).

Ad avviso della Corte, le questioni promosse sono fondate nei termini che seguono.

Il principio di leale collaborazione impone, in primo luogo, che l'AdSP accompagni il DPSS redatto con un documento esplicativo. Diversamente, per i ristretti termini assegnati alle valutazioni e per la complessità di queste anche sul piano tecnico, regioni e comuni non sarebbero posti nella condizione di esprimersi con la dovuta consapevolezza.

Va, pertanto, dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 1-septies, lettera a), del d.l. n. 121 del 2021, come convertito, nella parte in cui, sostituendo l'art. 5, comma 1, della legge n. 84 del 1994, non prevede che il DPSS sia accompagnato da una relazione illustrativa che descriva i criteri seguiti nel prescelto assetto del sistema e gli indirizzi per la futura pianificazione.

Fondata è anche la censura volta a lamentare l'assenza di un idoneo strumento collaborativo nel procedimento di approvazione del DPSS.

Questo riveste i caratteri di documento di programmazione di una area vasta (in quanto attiene all'intero sistema portuale) che pone le premesse, i confini e le regole della successiva pianificazione delle singole aree portuali e che individua il reticolo di collegamento tra i porti e le infrastrutture logistiche di terra: in quanto tale, esso incide su una considerevole porzione del territorio regionale e involge, si badi, anche i porti regionali ricompresi nella circoscrizione dell'Autorità di sistema.

In particolare, nella funzione rimessagli di individuazione e delimitazione dell'ambito portuale e delle sue sotto aree (portuali, retroportuali, interazione porto-città e collegamenti infrastrutturali), tale documento finisce per stabilire ciò che è di competenza pianificatoria dell'AdSP (aree portuali e retroportuali) e ciò che spetta alla pianificazione di comune, regione e altri enti competenti (interazione porto-città e collegamenti infrastrutturali).

Nell'esercizio di tale rilevante funzione programmatica – ferme le previsioni sulla adozione da parte dell'AdSP e sul parere del comune – non si può, allora, prescindere da uno strumento collaborativo tra Stato e regioni, quale l'intesa, nella fase di approvazione.

La conclusione risulta in linea con la sentenza n. 261 del 2015 con cui la Corte ha stabilito la necessità di adozione in sede di Conferenza Stato-regioni del documento di strategia nazionale della portualità e logistica (PSNPL), con il quale, va ricordato, il DPSS deve essere coerente (art. 5, comma 1, della legge n. 84 del 1994, come novellato dal d.l. n. 121 del 2021, come convertito).

Il timore che l'intesa per il DPSS porti a lentezze procedurali e al rischio di paralisi deve superarsi con la previsione di un termine per la sua formazione e con il meccanismo di superamento del mancato accordo, entrambi mutuabili dalle previgenti disposizioni, salva ovviamente una diversa ed eventuale disciplina che il legislatore intendesse adottare.

Quanto al primo aspetto, l'art. 5 della legge n. 84 del 1994, nella precedente formulazione, assegnava alla regione un termine per l'approvazione del DPSS, previa intesa con il Ministero (allora di sessanta giorni dalla adozione del documento); del pari, un termine deve avere ora il Ministero per l'approvazione del documento, previa intesa con la regione, in esito alla acquisizione del parere del comune. Seguendo la tempistica ora imposta dalla novella, esso va individuato in quarantacinque giorni: tale termine, in particolare, stabilito dal d.l. n. 121 del 2021, come convertito, per il parere della regione, va ora a scandire la tempistica per il raggiungimento della ritenuta necessaria intesa.

Quanto al secondo aspetto, l'art. 5 della legge n. 84 del 1994 nella precedente formulazione prevedeva, in caso di dissenso, l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 14-quinquies della legge n. 241 del 1990. Del pari, per l'intesa ora ritenuta necessaria da questa Corte, nel caso in cui essa non sia raggiunta, dovrà farsi applicazione di tali disposizioni in quanto compatibili. Esse, infatti, risultano adeguate al principio di leale collaborazione per il previsto procedimento di composizione del dissenso con reiterate trattative (sentenza n. 179 del 2012) e, solo in ultimo, di suo superamento.

Va, dunque, dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 4, comma 1-septies, lettera a), del d.l. n. 121 del 2021, come convertito, nella parte in cui, sostituendo l'art. 5, comma 1-bis, della legge n. 84 del 1994, prevede che il DPSS «è approvato dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, che si esprime sentita la Conferenza nazionale di coordinamento delle Autorità di sistema portuale di cui all'articolo 11-ter della presente legge», a seguito di parere della regione territorialmente interessata da esprimere nel termine di quarantacinque giorni, anziché «è approvato, nei quarantacinque giorni successivi all'acquisizione del parere del comune, previa intesa con la regione territorialmente interessata, dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili che si esprime sentita la Conferenza nazionale di coordinamento delle Autorità di sistema portuale di cui all'articolo 11-ter della presente legge. In caso di mancanza di accordo si applicano le disposizioni di cui all'art. 14-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241 in quanto compatibili».

Fondata è, infine, la questione con la quale la Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia si duole della competenza del DPSS a ricomprendere negli ambiti portuali «le ulteriori aree pubbliche e private assoggettate alla giurisdizione dell'Autorità di sistema portuale», esterne alla sua circoscrizione (art. 4, comma 1-septies, lettera a, del d.l. n. 121 del 2021, come convertito, nella

parte in cui sostituisce l'art. 5, comma 1, lettera b, seconda parte, della legge n. 84 del 1994).

La norma è costituzionalmente illegittima perché in contrasto con le necessarie condizioni di esercizio della chiamata in sussidiarietà.

In particolare, la previsione – peraltro dai contorni oscuri – contrasta con la necessità che la disciplina statale “in attrazione” regoli la funzione amministrativa in termini di pertinenza e stretta indispensabilità.

Il legislatore statale, infatti, non indica alcun criterio, geografico o funzionale, per l'individuazione di tali imprecisate zone, esterne tanto all'ambito portuale di ciascun porto, quanto al sistema. Viene, così, rimessa alla stessa Autorità chiamata all'esercizio delle funzioni amministrative l'individuazione del perimetro territoriale in cui esse possono essere esercitate.

Deve essere, quindi, dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, comma 1-septies, lettera a), del d.l. n. 121 del 2021, come convertito, nella parte in cui sostituisce l'art. 5, comma 1, lettera b), della legge n. 84 del 1994, limitatamente alle parole «che comprendono, oltre alla circoscrizione territoriale dell'Autorità di sistema portuale, le ulteriori aree, pubbliche e private, assoggettate alla giurisdizione dell'Autorità di sistema portuale».

<https://www.pausania.it/incostituzionale-la-pianificazione-strategica-del-sistema-portuale-per-violazione-del-principio-di-leale-collaborazione-di-fabio-cusano/>

ALTRO

Inammissibili gli atti processuali troppo lunghi, di Fabio Cusano

Come rappresentato dal Collegio al difensore di parte appellante, il ricorso introduttivo del presente grado di giudizio supera i limiti dimensionali stabiliti in applicazione dell'art. 13-ter, comma 2, dell'allegato II al codice del processo amministrativo, secondo cui al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con i principi di sinteticità e chiarezza di cui all'articolo 3, comma 2, del codice del processo amministrativo, le parti redigono il ricorso e gli altri atti difensivi secondo i criteri e nei limiti dimensionali stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, da adottare entro il 31 dicembre 2016.

Il predetto decreto è stato adottato in data 22 dicembre 2016 e, all'articolo 3, comma 1, lett. b), prevede, per i ricorsi ordinari, il limite massimo di 70.000 caratteri, al netto dell'epigrafe, delle conclusioni, della premessa riassuntiva, degli spazi, e delle ulteriori parti indicate al successivo articolo 4. Tale limite è derogabile ma, nella specie, non risulta richiesta la prescritta autorizzazione né in via preventiva (cfr. art. 6) né a sanatoria (cfr. art. 7).

Nel caso di specie, al netto dell'epigrafe e delle ulteriori parti escluse ai sensi dell'art. 4, il numero massimo di 70.000 caratteri consentiti, secondo quanto previsto dall'art. 3, comma 1, lett. b) del menzionato decreto, risulta utilizzato ed esaurito a p. 52 del ricorso, prima della articolazione dei motivi di appello che quindi il Collegio non è tenuto ad esaminare, quale sanzione prevista dal legislatore per i casi di violazione del principio di sinteticità degli atti processuali previsto dall'art. 3 c.p.a.

Recita infatti l'art. 13-ter, comma 5 dell'allegato II al c.p.a. che "Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti. L'omesso esame delle questioni contenute nelle pagine successive al limite massimo non è motivo di impugnazione."

Ne discende che il ricorso, in presenza di motivi di appello che il collegio non è tenuto ad esaminare diviene inammissibile perché, in relazione ad una parte essenziale per la identificazione della domanda – richiesta dall'art. 44, comma 1, lett. b) c.p.a. a pena di nullità -, viene meno l'obbligo di provvedere e con esso la stessa possibilità di esame della domanda.

Inoltre, è stato chiarito che "secondo la più corretta esegesi, tale previsione non lascia al giudice la facoltà di esaminare o meno le questioni trattate nelle pagine successive al limite massimo, ma, invece, in ossequio ai principi di terzietà e imparzialità, obbliga il giudice a non esaminare le questioni che si trovano oltre il limite massimo di pagine" (Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2023, n. 8487).

In generale sulla violazione del principio di sinteticità degli atti processuali la giurisprudenza amministrativa ha già chiarito che "il superamento dei limiti dimensionali è questione di rito afferente all'ordine pubblico processuale, stabilito in funzione dell'interesse pubblico all'ordinato, efficiente e celere svolgimento dei giudizi, ed è rilevabile d'ufficio a prescindere da eccezioni di parte. Il rigoroso rispetto dei limiti dimensionali costituisce attuazione del fondamentale principio di sinteticità (art. 3 c.p.a.), a sua volta ispirato ai canoni di economia processuale e celerità" (Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2023, n. 8487 nonché Cons. Stato, sez. IV, 9 gennaio 2023, n. 280 ivi ampi riferimenti di giurisprudenza).

L'appello è stato pertanto dichiarato inammissibile.

<https://www.pausania.it/inammissibili-gli-atti-processuali-troppo-lunghi-di-fabio-cusano/>