

## Danni al paesaggio e diritto al risarcimento

(Relazione al Convegno su: «Insularità, energie rinnovabili e tutela del paesaggio» - Palermo-Favignana, 17-19 giugno 2010)

### Fabio Saitta

SOMMARIO: 1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine. - 2. Brevissimi cenni sulla nozione di paesaggio. - 3. L'art. 15 della legge n. 1497 del 1939 nell'evoluzione giurisprudenziale. - 4. Dall'art. 164 del Testo unico del 1999 alla prima versione dell'art. 167 del Codice dei beni culturali e del paesaggio. - 5. I problemi interpretativi dopo le modifiche operate nel 2004 e nel 2006: a) la natura della c.d. «indennità pecuniaria». - 6. *Segue:* b) i rapporti con l'autorizzazione paesaggistica «in sanatoria» e con l'accertamento di conformità - 7. *Segue:* c) la quantificazione della somma da pagare. - 8) Un'ipotesi alternativa: la tutela risarcitoria del danno paesaggistico attraverso l'art. 311 del Codice dell'ambiente e l'art. 2043 c.c.

#### 1. Individuazione dell'oggetto dell'indagine

Per non deludere gli ascoltatori, preciso subito che, attenendomi rigorosamente al tema assegnatomi dagli organizzatori di questo Convegno, esaminerò esclusivamente i profili problematici della tutela risarcitoria dei danni al paesaggio, per cui non mi occuperò della più ampia questione attinente al risarcimento del danno ambientale *lato sensu* inteso, che peraltro forma oggetto di altra relazione. In sostanza, svolgerò alcune brevi riflessioni sull'art. 167 del Codice dei beni culturali e del paesaggio e soltanto in conclusione farò un cenno al risarcimento del danno ambientale, comunque sempre con esclusivo riferimento al danno paesaggistico.

#### 2. Brevissimi cenni sulla nozione di paesaggio

Un'indagine in tema di risarcimento del c.d. «danno al paesaggio» - che rappresenta, assieme al danno da fumo, al danno da OGM, ai danni da bullismo e da *stalking*, una delle nuove voci di danno che da tempo stanno interessando in modo particolare gli studiosi della responsabilità civile<sup>1</sup> - presupporrebbe, invero, l'esatta individuazione del bene oggetto di tutela, ossia appunto della nozione di «paesaggio». Senonchè, tale nozione è - com'è noto - in continua evoluzione<sup>2</sup>, per cui risulta assai arduo delinearne con precisione i confini e, in particolare, definirne i rapporti con ambiti materiali contigui, quale, ad es.,

---

<sup>1</sup> Cfr. M.A. MAZZOLA, *I nuovi danni*, Padova, 2008.

<sup>2</sup> In argomento, da ultimo, G. PAGLIARI, *Piani urbanistici e piani paesaggistici: il progetto di paesaggio* (Relazione al Convegno su: «Conservazione del paesaggio e dell'ambiente, governo del territorio e grandi infrastrutture: realtà o utopia?» - Lampedusa, 19-21 giugno 2008), in *Dir. econ.*, 2009, 595 ss.; adde M. IMMORDINO, *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, 573 ss.

l'ambiente<sup>3</sup>, con cui, almeno in origine<sup>4</sup>, si poneva in rapporto di genere a specie<sup>5</sup>. Tantomeno ciò è possibile nei ristretti limiti della presente relazione.

Ci si limita, pertanto, a rammentare come, partendo dalla giurisprudenza costituzionale - che ha da tempo evidenziato come «la tutela del paesaggio debba ormai ritenersi non legata alla visione frammentaria propria della legge 29-6-1939, n. 1497, diretta in prevalenza alla tutela delle singole bellezze naturali isolatamente considerate, in quanto essa è diventata sinonimo di tutela ambientale, della quale, quindi, deve ritenersi comprensiva per quanto attiene al territorio su cui vive l'uomo»<sup>6</sup> - e passando attraverso la legge Galasso del 1985 - che (in parallelo con l'evoluzione culturale e sociale del Paese) ha operato uno spostamento dell'accento dalle bellezze naturali intese come dimensione estetica ad un bene di valenza estetico-culturale<sup>7</sup> - e, quindi, la Convenzione europea sul paesaggio del 2000 - il cui obiettivo finale non è tanto la protezione della natura in sé, quanto piuttosto la protezione dell'essere umano e del suo contesto ambientale, che assume valore non solo come dato estetico, ma soprattutto per la qualità della vita e per la sensazione di appartenenza che l'uomo avverte nei confronti di tutto ciò che lo circonda<sup>8</sup> - si sia pervenuti al Codice dei beni culturali e del paesaggio, che, all'art. 131, afferma che «per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni».

La nuova nozione codicistica - che, pur essendo lessicalmente diversa da quella della Convenzione nella misura in cui non contiene il riferimento alla percezione delle popolazioni ed enfatizza la valenza identitaria del paesaggio, nella sostanza è ad essa

---

<sup>3</sup> Tale difficoltà è stata, da ultimo, evidenziata da F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010, 20-21. Nel senso che il paesaggio annoda in un unico intreccio numerose questioni, tra cui la contiguità funzionale con l'ambiente, già C. MARZUOLI, *Il paesaggio nel nuovo Codice dei beni culturali*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), n. 3/2008, § 1.

<sup>4</sup> Almeno sino ad un ventennio addietro, la giurisprudenza costituzionale non poneva in dubbio che il paesaggio fosse una delle componenti (componente culturale) del bene ambiente: per tutte, Corte cost., 28 maggio 1987, n. 210, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>5</sup> A. CROSETTI, *Paesaggio*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Agg., Torino, 2008, 543.

<sup>6</sup> Per le relative indicazioni si vedano A. CROSETTI, *op. cit.*, 545, nota 7, e P. MADDALENA, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di tutela ambientale* (Relazione al Convegno su: «Energie rinnovabili e compatibilità ambientale» - Gubbio, 10-11 ottobre 2008), in *Riv. giur. edil.*, 2008, II, 113 ss.. Nel senso che il paesaggio coincide con la «valenza culturale che si attribuisce al rapporto uomo-ambiente», già F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1975, 445.

<sup>7</sup> S. MATTEINI CHIARI, *Tutela del paesaggio e "codice dell'ambiente"*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 717-719, secondo cui il paesaggio diventa così «forma e spazio dell'ambiente, inteso come insieme delle condizioni esterne in cui vive ed opera l'uomo», e viene ad essere ricondotto sotto il profilo della tutela nel campo ben più ampio e penetrante della tutela ambientale. Nel senso che il paesaggio assume senz'altro, pur in assenza di un esplicito riferimento legislativo, una dimensione etico-culturale, C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), n. 2/2007.

<sup>8</sup> Si veda ancora A. CROSETTI, *op. cit.*, 547.

riportabile<sup>9</sup> - implica un mutamento dell'idea stessa di paesaggio, che passa «da una concezione soggettivistico-rappresentativa, in cui l'individuo appare come detentore solitario di percezioni e sensazioni relative al paesaggio e manifesta un gusto incomunicabile e umbratile, alla condivisione di un luogo di vita e di cultura»<sup>10</sup>.

Per effetto di tale concezione, la tutela del paesaggio va, quindi, ben oltre la mera conservazione delle bellezze naturali, estendendosi alla tutela dell'ambiente naturale, soggetto - com'è noto - a modificazioni ad opera dell'uomo<sup>11</sup>. Ed infatti, anche la più recente giurisprudenza amministrativa osserva che «sarebbe illogico considerare [...] il paesaggio un bene limitato alle sole componenti naturalistiche, senza tenere conto degli insediamenti umani (e specialmente di quelli tradottisi in opere pregevoli sotto il profilo storico-artistico) che vi si inseriscono»<sup>12</sup>.

### 3. L'art. 15 della legge n. 1497 del 1939 nell'evoluzione giurisprudenziale

Passando al profilo della tutela, l'analisi non può che prendere le mosse dall'art. 15 della legge n. 1497 del 1939, che, rivelando una volontà essenzialmente «riparatoria» del danno arrecato al paesaggio<sup>13</sup>, prevedeva che, «indipendentemente» dalle sanzioni comminate dal codice penale, chi non ottemperava alle prescrizioni di legge fosse tenuto, oltre che a demolire, a propria cura e spese, le opere abusivamente eseguite, a pagare una c.d. «indennità» equivalente alla maggiore somma tra il danno arrecato ed il profitto

---

<sup>9</sup> G. SCIULLO, *Il paesaggio fra la Convenzione e il Codice*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), n. 3/2008, § 4, secondo cui, in conclusione, anche a causa dell'influenza esercitata dalla Convenzione sul Codice, il paesaggio, inteso come entità giuridicamente rilevante, si è dilatato rispetto ai beni paesaggistici che formavano originariamente oggetto di attenzione da parte del legislatore italiano, fino ad investire potenzialmente l'intero territorio del Paese.

<sup>10</sup> L. BONESIO, *Paesaggio, identità e comunità tra locale e globale*, Reggio Emilia, 2007, 8-9 e 74, laddove si afferma che la riduzione del concetto di paesaggio a quello di ambiente naturale aveva «lasciato il tema del paesaggio in una sorta di terra di nessuno, in un limbo concettuale in cui esso ha finito per essere sempre più identificato esclusivamente con la dimensione umbratile e soggettiva della percezione individuale del sembiante di un luogo, oppure con le salienze, i punti di esemplarità appartenenti al museo immaginario della cultura: le colline toscane, le Dolomiti, la campagna romana, la laguna di Venezia, il golfo di Napoli».

<sup>11</sup> A. CARACCILO LA GROTTIERIA, *Aspetti della tutela paesaggistica*, in *Foro amm.: TAR*, 2009, 2321. Sul paesaggio come forma culturale creata dall'uomo, in cui si esprime (e si riconosce) quella che Spengler chiamava «l'anima di una civiltà», L. BONESIO, *op. cit.*, 64.

<sup>12</sup> Così, da ultimo, T.A.R. Toscana, Sez. II, 20 aprile 2010, n. 986, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Cfr., altresì, Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2006, n. 2539, *ibidem*, secondo cui ciò che ha rilievo, ai fini della protezione dei valori estetici e tradizionali che formano oggetto della tutela paesistica, è la «spontanea concordanza e fusione fra l'espressione della natura e quella del lavoro umano»; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 29 luglio 2005, n. 480, *ibidem*, secondo cui la nozione di paesaggio *ex art. 9 Cost.* è inscindibilmente legata al patrimonio artistico nazionale.

<sup>13</sup> Così M.A. SANDULLI, *La tutela coercitiva dell'ambiente: sanzioni pecuniarie e ripristino*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione* (Atti del I Colloquio di Diritto dell'ambiente - Teramo, 29-30 aprile 2005), a cura di D. De Carolis, E. Ferrari e A. Police, Milano, 2006, 469.

conseguito mediante la trasgressione. La scelta tra le due misure era rimessa all'amministrazione, sulla base di una mera valutazione di opportunità, nell'interesse della protezione delle bellezze naturali e panoramiche<sup>14</sup>.

Sin d'allora, quindi ben prima dell'avvento dell'attuale disciplina codicistica, uno dei principali problemi posti dalla suddescritta previsione, diciamo così, indennitaria era rappresentato dalla natura, sanzionatoria o meno, della misura. Attorno a tale problematica giravano, infatti, ulteriori questioni controverse, come quelle attinenti all'applicabilità o meno della legge n. 689 del 1981, alla giurisdizione, ai rapporti con le sanzioni penali, all'ammissibilità ed agli effetti di un'autorizzazione in sanatoria, nonché agli stessi presupposti di applicabilità della misura<sup>15</sup>.

Mentre la Corte di cassazione, affrontando la questione sotto il profilo della giurisdizione, si era limitata ad affermare che, stante il carattere alternativo delle due misure (demolizione ovvero pagamento di una somma di denaro), entrambe erano intese a tutelare l'interesse pubblico ambientale, sicchè le relative controversie, sia sull'*an* che sul *quantum*, dovevano ritenersi devolute alla giurisdizione amministrativa<sup>16</sup>, il Consiglio di Stato aveva inizialmente escluso che la misura avesse «carattere meramente sanzionatorio o punitivo»<sup>17</sup>.

In epoca più recente, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del decreto del 26 settembre 1997, con cui il Ministro dei Lavori pubblici aveva stabilito i parametri e le modalità per la quantificazione dell'indennità in questione con riferimento alle varie tipologie di abuso ed alle zone territoriali oggetto del vincolo paesaggistico, il T.a.r. Lazio aveva escluso l'applicabilità della misura in assenza di pregiudizio al bene, osservando che la natura formale dell'illecito era esclusa, a monte, dall'art. 7, comma 1, della legge n. 1497 del 1939, dal quale si evinceva che la disciplina contenuta nella legge stessa era intesa ad impedire la distruzione e/o modificazione dei beni vincolati, che necessariamente implicava un qualche pregiudizio al loro aspetto esteriore: in sostanza, se gli obblighi ed ordini posti dall'anzidetta legge si risolvevano nel divieto di comportamenti pregiudizievoli per il paesaggio, in difetto di tale pregiudizio (dimostrato dal parere favorevole al condono), veniva meno anche la violazione e mancava, quindi, il presupposto stesso dell'obbligazione pecuniaria, non a caso definita dalla legge «indennità» e non già «sanzione»<sup>18</sup>.

La tesi, condivisa dalla prevalente giurisprudenza amministrativa di primo grado e

---

<sup>14</sup> Cass. civ., Sez. un., 10 agosto 1996, n. 7403, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 1157; Cons. St., Sez. V, 13 luglio 2006, n. 4420, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>15</sup> M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 472.

<sup>16</sup> *Ex multis*, Sez. un., n. 7403/1996, cit., secondo cui la mancanza del danno non esclude *in toto* il potere di scelta, ma può soltanto giustificare l'irrogazione della sanzione pecuniaria, diversamente graduata in base al profitto conseguito, ma pur sempre priva di carattere punitivo.

<sup>17</sup> Comm. spec., 9 maggio 1977, n. 5, in *Cons. Stato*, 1978, I, 1585.

<sup>18</sup> Sez. II-*bis*, 21 giugno 1999, n. 1521, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 6/1999.

ritenuta del tutto coerente in dottrina<sup>19</sup>, era stata però prontamente sconfessata dal Consiglio di Stato, che aveva chiaramente affermato che la c.d. indennità di che trattasi costituiva una sanzione amministrativa, e non una forma di risarcimento del danno paesaggistico, ed era, quindi, dovuta anche in mancanza di pregiudizio, commisurandosi in tal caso in relazione al profitto<sup>20</sup>.

Quest'ultimo orientamento era poi stato confermato, salvo sparute eccezioni<sup>21</sup>, da successive pronunce, sia di primo che di secondo grado<sup>22</sup>, e poteva ritenersi ormai consolidato.

#### *4. Dall'art. 164 del Testo unico del 1999 alla prima versione dell'art. 167 del Codice del 2004*

Senonchè, nel trasmigrare nell'art. 164 del Testo unico delle leggi sulla tutela dei beni culturali e del paesaggio, approvato con decreto legislativo n. 490 del 1999, l'anzidetto art. 15 aveva subito alcune modifiche.

Innanzitutto, era sparito l'inciso «indipendentemente dalle sanzioni comminate dal codice penale»; il che - com'è stato notato - può essere letto come volontà di evitare la sovrapposizione di troppe misure repressive riconducendone i rapporti alle regole generali del concorso dettate dal codice penale e dall'art. 9 della legge n. 689 del 1981 ovvero come conferma della natura riparatoria della misura, che renderebbe superflua l'esplicita enunciazione della sua cumulabilità con le sanzioni penali<sup>23</sup>.

Ai nostri fini, era apparso ancora più rilevante l'abbandono (ma soltanto dal testo

---

<sup>19</sup> Oltre a M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 474, si veda, anche per i numerosi riferimenti giurisprudenziali, R. DAMONTE, *Spunti interpretativi per una corretta applicazione dell'art. 15, legge 29 giugno 1939 n. 1497 alla luce della recente sentenza del T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 maggio 1999 n. 230*, in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 1128 ss.; ID., *Ancora sulla corretta applicazione dell'art. 15, legge 29 giugno 1939 n. 1497 alla luce della recente sentenza del T.A.R. Liguria, Sez. I, dell'11 giugno 1999 n. 239, ibidem*, 1373 ss., ove si segnalava che la circolare n. 6/1997 del Dipartimento Urbanistica e Pianificazione territoriale della Regione Liguria (in *B.U.R.* 21 maggio 1997, n. 21, parte 2<sup>a</sup>), qualificava la misura in questione come «indennità risarcitoria».

<sup>20</sup> Sez. VI, 2 giugno 2000, n. 3184, in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, 843, con nota di R. DAMONTE, *L'indennità ex art. 15 legge n. 1497/1939 non ha funzione risarcitoria, ma costituisce sanzione amministrativa*.

<sup>21</sup> Cfr., ad es., T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 11 giugno 2007, n. 987 e 30 luglio 2004, n. 1973, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>22</sup> Senza pretese di completezza, si segnalano: T.A.R. Veneto, Sez. II, 21 novembre 2008, n. 3624 e 12 luglio 2007, n. 2421, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Marche, Sez. I, 13 marzo 2008, n. 197 e 11 aprile 2007, n. 492, *ibidem* e in *Amb. e svil.*, 2007, 942; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II-bis, 30 ottobre 2007, n. 10673, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Piemonte, Sez. I, 18 dicembre 2006, n. 4702, *ibidem*; Cons. St., Sez. VI, 28 luglio 2006, n. 4690, 11 febbraio 2004, n. 549 e 31 ottobre 2000, n. 5828, *ibidem* e in *Giur. boll. legisl. tecnica*, 2004, 479 e 2001, 169; Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6632, *ivi*, 2004, 201.

<sup>23</sup> Così M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 470, la quale ritiene la seconda lettura più coerente con il quadro generale disegnato dal legislatore del 1999, stante la natura sicuramente riparatoria dell'ordine di rimessione in pristino, chiaramente cumulabile con le sanzioni penali.

dell'articolo, non anche dalla relativa rubrica) della denominazione «indennità» con riferimento all'obbligazione pecuniaria che il trasgressore può essere tenuto a pagare: limitandosi a stabilire che tale «somma è determinata previa perizia di stima» (era stata, quindi, soppressa la previsione del deferimento alla decisione insindacabile di un collegio peritale), l'art. 164 del Testo unico faceva cadere uno dei più forti argomenti a sostegno della tesi della natura non punitiva della misura in esame<sup>24</sup>.

A favore di quest'ultima tesi era sembrato deporre, invece, la previsione dell'ultimo comma del succitato art. 164, secondo la quale «[l]e somme riscosse a norma del comma 1 sono utilizzate per finalità di salvaguardia, interventi di recupero dei valori ambientali e di riqualificazione delle aree degradate»<sup>25</sup>.

Il Consiglio di Stato, comunque, non aveva inteso mutare il proprio orientamento ed aveva affermato, anzi, che l'art. 164 del Testo unico confermava la caratterizzazione sanzionatoria e non riparatoria della fattispecie<sup>26</sup>.

Ciò appare tanto più significativo nell'ottica di quanto si dirà appresso<sup>27</sup>, ove si consideri che l'art. 167 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, approvato con decreto legislativo n. 42 del 2004, nella versione originaria, riproduceva in gran parte l'anzidetta norma del Testo unico, confermando l'alternativa tra remissione in pristino e obbligazione pecuniaria.

## **5. I problemi interpretativi dopo le modifiche operate nel 2004 e nel 2006: a) la natura della c.d. «indennità pecuniaria»**

Prima di affrontare *de professo* il problema della natura dell'anzidetta obbligazione pecuniaria, occorre dar conto delle ultime modifiche operate dal legislatore all'art. 167 del Codice.

La prima, risalente alla fine del 2004<sup>28</sup>, è consistita nell'introduzione, tra le misure di

---

<sup>24</sup> M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 471. Non tutti, però, ritengono significativo l'utilizzo o meno del termine «indennità» (in luogo del termine «sanzione»): si osserva, ad es., che il legislatore ha spesso inteso conferire a tale termine significati diversi, utilizzandolo talvolta per individuare un risarcimento da atto lecito (come nel caso dell'espropriazione per pubblica utilità), tal'altra come semplice sinonimo di somma di denaro (G. MASTRODONATO, *Art. 167*, in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di A. Angiuli e V. Caputi Jambrenghi, Torino, 2005, 426; già prima, M.A. SANDULLI - R. DAMONTE, *La natura della sanzione prevista dall'articolo 15 l. n. 1497 del 1939 alla luce della più recente giurisprudenza e brevi cenni sul nuovo impianto sanzionatorio di cui agli articoli 163 e 164 d.lgs. n. 490 del 1999*, in *Giust. civ.*, 2000, 499). In giurisprudenza, nel senso che il riferimento al termine indennità non fosse argomento decisivo a conforto della matrice necessariamente sostanziale degli illeciti considerati, Cons. St., Sez. IV, 12 novembre 2002, n. 6279, in *Comuni d'Italia*, 2003, 78.

<sup>25</sup> M.A. SANDULLI, *ibidem*.

<sup>26</sup> Ad. gen., 11 aprile 2002, n. 4, in *Cons. Stato*, 2003, I, 2373; Sez. IV, n. 6279/2002, cit.

<sup>27</sup> *Infra*, § 5.

<sup>28</sup> Art. 1, comma 36, lett. a), l. 15 dicembre 2004, n. 308 (c.d. legge delega ambientale).

diretta applicazione, del potere sostitutivo del direttore regionale, il quale, «su richiesta della medesima autorità amministrativa [preposta alla tutela paesaggistica, n.d.r.] ovvero, decorsi centottanta giorni dall'accertamento dell'illecito, previa diffida alla suddetta autorità competente a provvedervi nei successivi trenta giorni, procede alla demolizione»<sup>29</sup>.

La seconda modifica legislativa, che qui maggiormente interessa, risale pure alla fine del 2004<sup>30</sup> ed ha riguardato l'utilizzo delle somme derivanti dal recupero delle spese sostenute dall'amministrazione per l'esecuzione della rimessione in pristino in danno dei soggetti obbligati, le quali, al pari delle somme riscosse a titolo di «indennità pecuniaria», possono essere impiegate per l'esecuzione delle rimessioni in pristino, per finalità di salvaguardia, nonché per interventi di recupero dei valori paesaggistici e di riqualificazione degli immobili e delle aree interessate dal ripristino<sup>31</sup>. Com'è stato notato dai primi commentatori, mancava una chiara disposizione in tal senso, atteso che, nell'originaria formulazione, il comma 4 dell'art. 167 si limitava a richiamare le somme riscosse in applicazione del comma 1, mentre l'esecuzione in danno, pur discendendo necessariamente dall'inottemperanza all'ordine di «rimessione in pristino a proprie spese», è in realtà presa in esame dal successivo comma 3<sup>32</sup>.

L'art. 167 è poi stato sostituito dall'art. 27 del decreto legislativo n. 157 del 2006.

Una prima modifica, sicuramente significativa, ma non decisiva ai fini della soluzione del problema della natura della c.d. «indennità pecuniaria», è quella inerente al rapporto tra rimessione in pristino ed obbligazione pecuniaria. Dopo la correzione del 2006, infatti, la scelta tra le due misure non è più rimessa ad una valutazione di opportunità dell'autorità amministrativa: la rimessione in pristino, adesso, è la regola ed i casi in cui non si procede in tal senso sono tipizzati e vengono trattati come ipotesi in cui, su domanda dell'interessato, l'autorità competente, in presenza di modifiche «minori», può accertare la compatibilità paesaggistica dell'intervento abusivo<sup>33</sup>.

---

<sup>29</sup> Art. 167, comma 3, d.lgs. n. 42/2004, successivamente modificato anche dall'art. 3, comma 1, lett. a), d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63.

<sup>30</sup> Art. 1, comma 36, lett. b), l. n. 308/2004.

<sup>31</sup> Art. 167, comma 4, d.lgs. n. 42/2004, che, a seguito delle modifiche operate dall'art. 27 d.lgs. n. 157/2006, è stato sostanzialmente trasfuso nel vigente art. 167, comma 6, dello stesso Codice.

<sup>32</sup> P. UNGARI, *Art. 167 d.lgs. n. 42/2004*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 251-252.

<sup>33</sup> Art. 167, commi 1 e 4, d.lgs. n. 42/2004, su cui S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La revisione del Codice del paesaggio: molto rumore per (poco o) nulla?*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), n. 2/2006, § 3.3.; in giurisprudenza, da ultimo, T.A.R. Veneto, Sez. II, 23 aprile 2010, n. 1550, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); già prima, T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 4 maggio 2009, n. 891, *ibidem*, che osserva che il regime previgente, che affidava all'amministrazione la scelta tra la remissione in pristino e il pagamento di un «risarcimento ambientale», riconosceva un certo rilievo al fatto compiuto, alterando i rapporti di forza tra la parte pubblica e quella privata a favore di quest'ultima, mentre il regime attuale fa prevalere l'interesse pubblico ad un'utilizzazione controllata (e, quindi, preventivamente assentita) del territorio caratterizzato da valori o fragilità ambientali.

Maggiormente rilevante ai fini della presente indagine appare la modifica in quanto adesso la disposizione codicistica, oltre a recare ancora, in rubrica, il termine «indennità pecuniaria» ed a parlare genericamente di «somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione», nel disciplinare le modalità di determinazione del relativo importo, usa espressamente, per la prima volta, il termine «sanzione pecuniaria», utilizzando quindi un termine analogo a quello - «sanzione demolitoria» - adoperato subito dopo con riguardo all'ordine di rimessione in pristino<sup>34</sup>.

Completato l'*excursus* normativo, si può affrontare il problema della natura della c.d. indennità o sanzione pecuniaria, problema che - è opportuno dirlo subito - non può ritenersi definitivamente risolto dai più recenti interventi correttivi apportati al Codice.

Ed infatti, mentre, negli ultimi anni, la giurisprudenza si è andata via via consolidando nel senso della natura *stricto sensu* sanzionatoria dell'obbligazione pecuniaria in parola<sup>35</sup>, in dottrina permangono notevoli perplessità su tale lettura.

Si è osservato, in primo luogo, che il comma 1 dell'art. 167 fa riferimento alla «rimessione in pristino», cioè ad un elemento che caratterizza le misure ripristinatorie e non già le sanzioni amministrative, ragion per cui non si comprende la qualificazione come sanzione amministrativa della rimessione in pristino, avente il chiaro fine di ripristinare la *res* e non di punire l'autore dell'abuso<sup>36</sup>. Acclarato che l'ordine di ripristino non è una sanzione amministrativa ed avuto riguardo alla natura discrezionale della scelta tra le due misure effettuata dall'amministrazione<sup>37</sup>, non può che escludersi che l'obbligazione pecuniaria sia una sanzione amministrativa: ciò implicherebbe, infatti, il riconoscimento, in capo all'amministrazione procedente, del potere di scegliere discrezionalmente se applicare o meno una sanzione amministrativa, la quale, invece, in presenza dei

---

<sup>34</sup> B. GIULIANI, *Il danno paesaggistico*, in *Urbanistica e paesaggio* (Atti dell'VIII Convegno nazionale dell'A.I.D.U. - Parma, 18-19 novembre 2005), a cura di G. Cugurra, E. Ferrari e G. Pagliari, Napoli, 2006, 326.

<sup>35</sup> In tal senso, con specifico riferimento all'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42/2004, T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 11 dicembre 2009, n. 2103, in *Rass. amm. sic.*, 2010, 214; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 10 novembre 2009, n. 1040, *ivi*, 2009, 1264 e in *Giur. amm.*, 2009, I, 1514; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 4 aprile 2008, n. 1881 e 25 febbraio 2008, n. 922, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>36</sup> P. CERBO, *Art. 167*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Commento al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, a cura di M. Cammelli, Bologna, 2004, 661-662. Nel senso che l'art. 167 d.lgs. n. 42/2004 «assegna alla sanzione pecuniaria per danno paesaggistico una funzione omogenea a quella ripristinatoria, in relazione all'interesse pubblico che sta alla base del precetto», T.A.R. Veneto, Sez. I, 26 giugno 2006, n. 1903, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>37</sup> Natura discrezionale su cui conviene lo stesso Consiglio di Stato: per tutte, Sez. VI, n. 3184/2000, cit.. Altra questione, com'è evidente, è quella inerente all'esistenza, nell'ambito di siffatta valutazione discrezionale, dell'obbligo di prendere in considerazione, oltre all'«interesse alla protezione dei beni», altri interessi pubblici rilevanti, come, ad es., quello all'ottimizzazione delle scarse risorse a disposizione dell'amministrazione nell'eliminazione degli abusi aventi maggior impatto ambientale: sul punto, *amplius*, P. UNGARI, *op. cit.*, 247.



presupposti di legge, risulta doverosa<sup>38</sup>.

Permane, poi, il dubbio inerente alle modalità di determinazione dell'obbligazione pecuniaria in totale assenza di danno ambientale: ancorchè il Consiglio di Stato abbia da tempo affermato che, in simili ipotesi, la valutazione «non può che essere equitativa e collegata ad una stima tecnica di carattere generale, insuscettibile di una dimostrazione articolata e analitica, sfuggendo il danno paesistico ad una indagine dettagliata e minuta»<sup>39</sup>, risulta davvero difficile immaginare una stima in presenza di un illecito meramente formale, quale la violazione dell'obbligo di conseguire la preventiva autorizzazione paesaggistica<sup>40</sup>.

Si consideri, poi, che, mentre l'utilizzo del (meno significativo) termine «somma» in luogo del precedente termine «indennità» - che tuttavia permane, ripetesì, nella rubrica dell'art. 167 del Codice - e della (più appropriata) locuzione «rimessione in pristino» in luogo del termine «demolizione» non assumono particolare rilievo ai fini dell'individuazione del carattere dell'obbligazione pecuniaria in questione, la soppressione dell'inciso «independentemente dalle sanzioni comminate dal codice penale» pone maggiori dubbi interpretativi. Ed infatti, se alla disposizione di cui all'art. 167 si riconosce natura afflittiva, da un lato, essa, in virtù del principio di specialità, assumerà una funzione residuale e sarà applicabile soltanto nei casi in cui non siano previste sanzioni penali; dall'altro, risulterà assai arduo imporre la demolizione di un immobile urbanisticamente conforme ma realizzato in assenza della preventiva autorizzazione paesaggistica o in difformità da essa, in quanto il richiamo *quoad poenam* effettuato dall'art. 44 del d.p.r. 380 del 2001 all'art. 181 del Codice<sup>41</sup> non può certo ritenersi esteso all'art. 31, comma 9, del d.p.r. n. 380 del 2001, che attribuisce al giudice penale che abbia comminato la condanna per i reati di cui all'art. 44 dello stesso testo unico il potere di ordinare la demolizione delle opere realizzate<sup>42</sup>.

La questione è davvero controversa e probabilmente ha ragione chi afferma che la disposizione in esame contiene elementi testuali «irriducibilmente contrastanti», sicchè è difficile trarre da essa una qualificazione della misura pecuniaria idonea a risolvere la questione interpretativa attinente alla sua applicabilità in assenza di danno al paesaggio: da un lato, in presenza di un danno al paesaggio prevalente sul profitto conseguito dal trasgressore, la misura pecuniaria non può andar oltre quanto risulti necessario a

---

<sup>38</sup> P. CERBO, *op. cit.*, 662-663.

<sup>39</sup> Sez. V, 1 ottobre 1999, n. 1225, in *Cons. Stato*, 1999, I, 1591.

<sup>40</sup> R. DAMONTE, *L'indennità*, cit., 866.

<sup>41</sup> Con particolare riguardo ai rapporti tra gli artt. 167 e 181 del Codice, cfr. B. GIULIANI, *op. cit.*, 327-328.

<sup>42</sup> Così, con riguardo alla previgente normativa di cui al d.lgs. n. 490/1999 ed alla l. n. 47/1985, si esprimeva R. DAMONTE, *op. ult. cit.*, 867-868, secondo cui si dovrebbe, allora, operare un discutibile *escamotage* interpretativo, ipotizzando che la sanzione demolitoria abbia funzione ripristinatoria e che quella pecuniaria abbia, invece, funzione afflittiva. Da qui il convincimento dell'A. che l'obbligazione pecuniaria in parola abbia, al contrario, «carattere strettamente risarcitorio».

ripristinare, sia pure idealmente, il bene violato; dall'altro, quando sia, invece, prevalente il profitto, una parte della misura pecuniaria assume una funzione eccedente quella ripristinatoria<sup>43</sup>.

Va, peraltro, tenuto conto della suddescritta modifica dell'art. 167 del Codice operata dal decreto correttivo del 2006, che, nell'ammettere la procedura di accertamento della compatibilità paesaggistica (che consente il pagamento di una somma di denaro in luogo della rimessione in pristino) soltanto per alcuni interventi espressamente elencati, *ergo* nel rendere obbligatoria la misura ripristinatoria anche in presenza di interventi che non abbiano arrecato concreti danni al paesaggio, sembrerebbe aver recepito il prevalente orientamento giurisprudenziale<sup>44</sup>.

Parimenti, va considerato che l'art. 160 dello stesso Codice, concernente le violazioni degli obblighi di protezione e conservazione dei beni culturali, oltre a prevedere una misura pecuniaria alternativa all'ordine di reintegrazione, precisa che quest'ultima è disposta se «il bene culturale subisce un danno», inducendo l'interprete a ritenere, in applicazione del principio «*ubi voluit, dixit*», che, quando ha inteso subordinare l'applicazione di una misura pecuniaria al verificarsi di un danno concreto, il legislatore l'ha fatto espressamente<sup>45</sup>.

## 6. Segue: b) *i rapporti con l'autorizzazione paesaggistica «in sanatoria» e con l'accertamento di conformità*

Come già riferito<sup>46</sup>, il Consiglio di Stato ha più volte precisato che l'obbligazione pecuniaria in discussione non costituisce un'ipotesi di risarcimento del danno paesaggistico, ma rappresenta una misura amministrativa applicabile sia in caso di illeciti sostanziali (compromissione dell'integrità paesaggistica), sia nell'ipotesi di illeciti formali (mancanza del titolo autorizzatorio) e trova applicazione anche nel caso in cui sia intervenuto il parere favorevole alla condonabilità da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo. Il tutto ancorché sia intervenuta la verifica postuma della compatibilità ambientale, la quale, mentre esclude la compromissione sostanziale dell'integrità paesaggistica, non cancella la violazione dell'obbligo di conseguire preventivamente l'atto d'assenso necessario per la realizzazione dell'intervento<sup>47</sup>. Tale

---

<sup>43</sup> P. UNGARI, *op. cit.*, 249.

<sup>44</sup> B. GIULIANI, *op. cit.*, 329.

<sup>45</sup> B. GIULIANI, *op. cit.*, 329-330, la quale segnala che l'art. 83 l.r. Lombardia 11 marzo 2005, n. 12 sancisce espressamente l'obbligatorietà della sanzione pecuniaria, alternativa alla rimessione in pristino, «anche nell'ipotesi di assenza di danno ambientale».

<sup>46</sup> *Retro*, §§ 3 e 4.

<sup>47</sup> In tal senso, Sez. VI, n. 3184/2000, *cit.*, e 21 febbraio 2001, n. 912, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

precisazione è stata successivamente ribadita dalla giurisprudenza di primo grado<sup>48</sup>.

Va pure rammentato che già l'art. 2, comma 46, della legge n. 662 del 1996 diceva espressamente che «il versamento dell'oblazione non esime dall'applicazione dell'indennità risarcitoria prevista dall'art. 15 della citata legge n. 1497/1939»<sup>49</sup>; come sottolineato dalla già citata giurisprudenza del Consiglio di Stato, si tratta, peraltro, della prima volta in cui il legislatore ha accostato al sostantivo «indennità» l'aggettivo «risarcitoria».

Nella più volte citata decisione n. 3184 del 2000, però, i Giudici di Palazzo Spada, dopo aver affermato che quest'ultima disposizione non avrebbe portata innovativa, ma semplicemente interpretativa, non hanno in alcun modo tenuto conto dell'aggettivo «risarcitoria», hanno trascurato la possibilità, pur astratta, che la sanzione di cui alla citata legge del 1996 possa avere natura diversa da quella qui in esame e non hanno spiegato come, alla luce di tale esplicita aggettivazione contenuta nella legge attributiva del potere di delega, possa ritenersi legittima la previsione contenuta nel decreto ministeriale del 26 settembre 1997, emanato in virtù di tale delega, circa la risarcibilità della violazione pur in assenza di danno ambientale<sup>50</sup>.

Purnondimeno, la prevalente ricostruzione giurisprudenziale è stata confermata anche in relazione al più ampio problema dell'ammissibilità di autorizzazioni paesaggistiche in sanatoria<sup>51</sup>.

Tuttavia, dopo che il Consiglio di Stato aveva ravvisato nella logica dell'alternativa tra ripristino e misura pecuniaria una precisa opzione legislativa nel senso che la decisione di non procedere alla demolizione, per effetto della ritenuta compatibilità dell'opera con il contesto paesaggistico oggetto di tutela contenga un'implicita autorizzazione al mantenimento in vita dell'opera stessa, con la conseguenza che nulla impediva che tale valutazione fosse effettuata, su richiesta dell'interessato, preliminarmente ed all'avvio del procedimento repressivo, secondo il modello tipico dell'autorizzazione in sanatoria<sup>52</sup>,

---

<sup>48</sup> T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, n. 2103/2009, cit.; T.A.R. Veneto, Sez. II, nn. 3624/2008 e 2421/2007, citt.; 8 settembre 2006, n. 2895, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Marche, Sez. I, n. 197/2008, cit.; T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 4702/2006, cit.; T.A.R. Toscana, Sez. III, 18 febbraio 2002, n. 256, in [www.giurisprudenzaamministrativa.it](http://www.giurisprudenzaamministrativa.it), con nota di F. DE SANTIS, *Il rapporto tra la sanzione ambientale e il condono edilizio dopo la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 2.06.2000, n. 3184: ulteriori approfondimenti della giurisprudenza*.

<sup>49</sup> Fa leva su tale disposizione per affermare che l'obbligazione pecuniaria di che trattasi «prescinde dalla sussistenza effettiva di un danno ambientale, non rappresentando una forma di risarcimento del danno», Cons. St., Sez. IV, n. 6632/2003, cit.

<sup>50</sup> R. DAMONTE, *L'indennità*, cit., 866-867.

<sup>51</sup> Per tutte, Cons. St., Sez. VI, 31 ottobre 2000, n. 5865, in *Vita not.*, 2000, 1398.

<sup>52</sup> Sez. VI, 15 maggio 2003, n. 2653, in *Riv. giur. edil.*, 2003, I, 1658, nella quale si rileva che l'inammissibilità dell'autorizzazione paesaggistica postuma impedirebbe, per le opere eseguite su beni vincolati, il rilascio del permesso di costruire in sanatoria espressamente ammesso dall'art. 36 d.p.r. n. 380/2001, con l'illogico effetto che anche opere ritenute non pregiudizievoli al paesaggio dovrebbero essere in ogni caso demolite. In senso fortemente critico nei confronti di tale orientamento

era intervenuto l'art. 146, comma 10, lett. c), del Codice dei beni culturali e del paesaggio, che aveva espressamente escluso la possibilità di rilasciare l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria dopo la realizzazione, anche parziale, degli interventi.

Ancorché, dopo la modifica ad opera del decreto legislativo n. 63 del 2008, l'art. 146, comma 4, escluda dall'anzidetto divieto di autorizzazione postuma i casi di cui ai commi 4 e 5 dell'art. 167 (cioè, quelli in cui è possibile accertare la compatibilità paesaggistica dell'intervento), la dottrina sembra incline ad escludere la sanabilità degli interventi abusivi realizzati in zone gravate da vincoli paesaggistici<sup>53</sup>.

Per quanto qui interessa, comunque, la verità è che, se si conviene sul fatto che, non essendo l'ordine di rimessione in pristino una sanzione amministrativa, non può avere natura afflittiva nemmeno l'obbligazione pecuniaria, che è una misura alternativa al ripristino, deve escludersi che il pagamento della somma sia dovuto in presenza di un intervento che, essendo stato autorizzato *ex post*, non può aver arrecato danno al paesaggio<sup>54</sup>.

E' verosimile che l'obbligazione pecuniaria sia stata qualificata come sanzione al fine di non equiparare l'autorizzazione postuma a quella tempestiva, *ergo* per non lasciare sprovvista di sanzione la violazione formale degli obblighi connessi alla realizzazione di interventi edilizi in zone vincolate<sup>55</sup>. Tale esigenza, sicuramente comprensibile, è, tuttavia, già soddisfatta dall'art. 181 dello stesso Codice dei beni culturali e del paesaggio, che ricollega alle violazioni anche solo formali la sanzione penale<sup>56</sup>, scongiurando il pericolo di vuoti di tutela<sup>57</sup>.

Peraltro, la rimessione in pristino per mancata autorizzazione preventiva non può ritenersi sempre e comunque una sanzione inevitabile. Ed infatti, se s'interpreta la

---

giurisprudenziale, P. CARPENTIERI, *L'autorizzazione paesaggistica in sanatoria (alcune considerazioni a margine del disegno di legge A.S. 1753-B di delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione)*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>53</sup> Per i relativi riferimenti, sia consentito a rinviare a F. SAITTA, *Art. 36*, in *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. Sandulli, 2ª ed., Milano, 2009, 635.

<sup>54</sup> Come osservato da Cons. St., Sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6130, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2473, «o l'intervento è compatibile con il vincolo ed allora lo era sia prima che dopo la realizzazione, o non lo è ed allora l'autorizzazione postuma non può essere rilasciata, non già perché non chiesta in precedenza, ma perché non poteva essere rilasciata neppure se richiesta tempestivamente».

<sup>55</sup> Cons. St., Sez. VI, 21 febbraio 2001, n. 912, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 810.

<sup>56</sup> La fattispecie di cui all'art. 181 d.lgs. n. 42/2004 costituisce, infatti, un'ipotesi di reato di pericolo astratto, sicché, per la configurabilità dell'illecito, non è necessario un effettivo pregiudizio per l'ambiente, potendo escludersi dal novero delle condotte penalmente rilevanti soltanto quelle che si prospettano inidonee, anche in astratto, a compromettere i valori del paesaggio e l'aspetto esteriore degli edifici: sul punto, *amplius*, P. TANDA, *I beni paesaggistico-ambientali e la fattispecie di cui all'art. 181 d.lgs. n. 42 del 2004*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 948 ss., cui si rinvia anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>57</sup> In tal senso, condivisibilmente, P. CERBO, *op. cit.*, 663.

normativa vigente alla luce del principio di proporzionalità, si può ritenere che il divieto di sanatoria sia volto ad impedire all'amministrazione di trasformare ordinariamente, attraverso il giudizio di compatibilità paesaggistica, il danno al paesaggio in un equivalente monetario: in sostanza, l'illecito paesistico viene sanzionato con la rimessione in pristino per evitare che l'amministrazione accetti un prezzo in cambio di una lesione del vincolo paesaggistico. Tuttavia, allorquando non sussista alcun danno al paesaggio e/o sia addirittura possibile ottenere un «guadagno ambientale» con l'assunzione, da parte del trasgressore, di specifiche obbligazioni nell'interesse del vincolo paesaggistico, l'esclusione dell'autorizzazione postuma risulta soluzione irragionevolmente gravosa per il privato ed inutile o controproducente per l'interesse pubblico<sup>58</sup>.

### 7. Segue: c) la quantificazione della somma da pagare

Esaminata la problematica dell'*an*, merita alcuni brevi cenni anche la problematica del *quantum* del danno paesaggistico<sup>59</sup>.

Come già riferito<sup>60</sup>, l'art. 167, comma 5, del Codice, con formula pressoché identica a quella dell'art. 15 della legge n. 1497 del 1939<sup>61</sup>, prevede che il trasgressore sia tenuto a pagare «una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione» e demanda la determinazione del relativo importo ad una non meglio precisata perizia di stima<sup>62</sup>.

Ora, è di tutta evidenza che, mentre il *quantum* del «profitto conseguito mediante la trasgressione» può essere calcolato in base a criteri sufficientemente oggettivi<sup>63</sup>, è assai più difficile monetizzare l'entità del «danno arrecato»<sup>64</sup>.

Né il decreto ministeriale emanato il 26 settembre 1997, in attuazione della delega di cui al succitato art. 2, comma 46, della legge n. 662 del 1996 (decreto previsto, peraltro, «ai soli fini del condono edilizio») agevola tale compito, limitandosi a stabilire che la somma in questione «è determinata previa apposita perizia di valutazione del danno causato dall'intervento abusivo in rapporto alle caratteristiche del territorio vincolato ed

---

<sup>58</sup> In tal senso, da ultimo, T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 25 maggio 2010, n. 2139, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>59</sup> Su cui, da ultimo, G. CIAGLIA, *La nuova disciplina paesaggistica. Tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici dopo il d.lgs. n. 63/2008*, in *Quad. Giorn. dir. amm.*, n. 19, Milano, 2009, 247 ss.

<sup>60</sup> *Retro*, § 5.

<sup>61</sup> Su cui pure v. *retro*, § 2.

<sup>62</sup> Nel senso che la genericità della previsione legislativa può creare incertezze applicative, B. GIULIANI, *op. cit.*, 330.

<sup>63</sup> R. TAMIOZZO (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio. Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*, Milano, 2005, 745.

<sup>64</sup> In argomento, *amplius*, F. CARLESI, *La prevenzione e la riparazione del danno ambientale come oggetto di funzione amministrativa: riflessioni alla luce della direttiva 2004/35/CE*, in *Ambiente, attività amministrativa e codificazione*, cit., 507 ss.

alla normativa di tutela vigente sull'area interessata» (art. 2), nonché a ribadire che «[l']applicazione dell'indennità risarcitoria è obbligatoria anche se dalla predetta valutazione emerge che il parametro danno sia pari a zero» (art. 4).

In questo quadro di complessiva incertezza ed in presenza di una norma che comunque impone all'autorità amministrativa di scegliere il maggiore importo tra danno e profitto<sup>65</sup>, *ergo* di quantificare entrambi i parametri<sup>66</sup>, la giurisprudenza non ha potuto far altro che orientarsi nel senso della natura sostanzialmente equitativa della relativa valutazione ed ha, conseguentemente, affermato che, «poiché tale quantificazione non può essere oggetto di una dimostrazione articolata ed analitica, sfuggendo il danno paesistico ad una indagine dettagliata e minuta, la relativa valutazione può essere censurata solo per manifesta illogicità»<sup>67</sup>.

Non mancano, tuttavia, ulteriori sforzi, essendo stato pure affermato che il danno paesaggistico «è determinato in relazione ai costi di demolizione, di rimessa in pristino e di eventuali opere necessarie per il recupero ambientale dei luoghi: il responsabile dell'abuso, infatti, deve sopportare un sacrificio non inferiore a quello che avrebbe ricevuto mediante la rimozione (alternativa all'indennità pecuniaria) dell'opera realizzata senza il preventivo nulla osta della soprintendenza»<sup>68</sup>.

In passato, peraltro, alcuni legislatori regionali si erano fatti carico dell'esigenza di rimpinguare le scarse indicazioni della normativa statale, fornendo alcuni parametri integrativi di valutazione: è il caso, ad es., della Regione Veneto, che, nel 1994, aveva affermato che, «[s]alvo diversa motivata valutazione dell'autorità competente, il danno di cui all'articolo 15, legge 29 giugno 1939, n. 1497, è pari a due volte il costo teorico di realizzazione delle opere e/o dei lavori abusivi»<sup>69</sup>.

E' comunque importante che si tenga conto del fatto che il paesaggio può subire, in realtà, due tipi di alterazioni: oltre a quelle fisiche<sup>70</sup>, infatti, possono esservi le cc.dd. alterazioni d'uso, che si hanno quando, pur essendo le modifiche fisiche limitate o

---

<sup>65</sup> E', quindi, legittima la determinazione dell'indennità in misura superiore al profitto qualora l'amministrazione, con valutazione discrezionale, abbia ritenuto che il danno recato al paesaggio sia superiore a tale profitto: Cons. St., Sez. I, 25 novembre 1977, n. 54, in *Cons. Stato*, 1980, I, 1747.

<sup>66</sup> Nel senso che l'amministrazione deve comunque procedere ad una quantificazione del danno all'integrità del paesaggio «tenendo conto del danno causato dall'intervento abusivo in rapporto alle caratteristiche del territorio vincolato ed alla normativa di tutela vigente sull'area interessata», T.A.R. Campania-Napoli, Sez. IV, 11 novembre 2004, n. 16752, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>67</sup> Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 18 novembre 2009, n. 1081, in *Rass. amm. sic.*, 2009, 1275.

<sup>68</sup> Così, con riguardo all'art. 15 r.d. n. 1497/1939, T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, n. 1973/2004, cit.

<sup>69</sup> Art. 8 l.r. 31 ottobre 1994, n. 63.

<sup>70</sup> Le quali - si badi bene - non consistono soltanto nella realizzazione di fabbricati, ma anche in sbancamenti, estirpazione di piante e/o opere infrastrutturali che comunque modificano l'assetto del paesaggio: Cass. pen., Sez. III, 18 novembre 2008, n. 6902, in *Urb. e app.*, 2009, 646.

addirittura nulle, il paesaggio viene usato in modo improprio<sup>71</sup>.

### 8. Un'ipotesi alternativa: la tutela risarcitoria del danno paesaggistico attraverso l'art. 311 del Codice dell'ambiente e l'art. 2043 c.c.

La circostanza che, secondo la (discutibile, ma) prevalente giurisprudenza, l'obbligazione pecuniaria di cui all'art. 167, comma 5, del Codice dei beni culturali e del paesaggio sia - come si è visto - una sanzione amministrativa comporta che, in quanto *lex specialis* ai sensi dell'art. 9, comma 1, della legge n. 689 del 1981, essa resti esclusa dall'eventuale applicazione della disposizione penale, ma non esclude affatto che essa possa concorrere con il risarcimento del danno aquiliano in sede civile<sup>72</sup>. Non a caso, a sostegno della tesi della natura sanzionatoria della c.d. «indennità pecuniaria», si osserva che il rimedio di sicura natura risarcitoria è quello previsto dall'art. 18 della legge n. 349 del 1986<sup>73</sup>.

Ora, è di tutta evidenza che il presupposto del rinvio a quest'ultima disposizione - peraltro abrogata dal Codice dell'ambiente, che ha dettato una nuova disciplina della responsabilità ambientale<sup>74</sup> - è che il danno al paesaggio coincida di fatto con il danno ambientale; il che è assai discusso.

Non essendo questa la sede per dibattere *funditus* dell'argomento, ci si limita a rammentare che, se non manca chi afferma che, almeno nell'ottica del Titolo V della Costituzione, non può dirsi che il paesaggio sia qualcosa di diverso dalla tutela

---

<sup>71</sup> Le modifiche fisiche possono verificarsi per «sostituzione», quando il paesaggio si modifica completamente, ad es. con la costruzione di una periferia urbana dove c'erano dei campi coltivati; per «immissione», quando si inseriscono trasformazioni che non modificano totalmente il paesaggio, ma stonano del tutto con ciò che rimane del paesaggio precedente; per «abbandono», quando un paesaggio non più curato si modifica per il degrado del soprassuolo (edifici, manufatti, vegetazione). Le alterazioni d'uso possono essere per «immissione», quando si inserisce in un paesaggio qualcosa di estraneo, trasformando, ad es., un prato in un deposito di rifiuti, ovvero per «sottrazione», quando si toglie qualcosa da un luogo - ad es., l'acqua da un fiume - facendo venir meno la sua funzione. Per alcuni esempi concreti di alterazioni d'uso del paesaggio, cfr. *I due tipi di alterazioni del paesaggio*, in [www.ilpaesaggio.eu](http://www.ilpaesaggio.eu).

<sup>72</sup> B. GIULIANI, *op. cit.*, 334-335.

<sup>73</sup> *Ex multis*, Cons. St., Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1729, in *Foro amm.: CdS*, 2003, 1348.

<sup>74</sup> La dottrina si è chiesta, infatti, se la nuova disciplina contenuta negli artt. 299 ss. d.lgs. n. 152/2006 tuteli l'ambiente in misura maggiore o minore rispetto alla precedente disciplina posta dall'art. 18 l. n. 349/1986, pervenendo a conclusioni interlocutorie: U. SALANITRO, *Il risarcimento del danno all'ambiente: un confronto tra vecchia e nuova disciplina*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 939 ss.. In argomento, cfr. anche G. LEONE, *Prime riflessioni sul risarcimento del danno ambientale disciplinato dal t.u. 3 aprile 2006, n. 152*, in *Riv. giur. edil.*, 2008, 3 ss.; E. FOLLIERI, *Aspetti problematici della tutela risarcitoria contro i danni all'ambiente* (Relazione al Convegno su: «Diritto al paesaggio e diritto del paesaggio» - Lampedusa, 21-23 giugno 2007), in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

dell'ambiente<sup>75</sup>, è indubbiamente controverso se la qualificazione del danno ambientale includa o meno, sul piano concettuale, il danno paesaggistico ovvero se la tutela paesistica possa realmente essere rigidamente distinta dalla tutela naturalistica<sup>76</sup>. Anche di recente è stato, infatti, affermato che l'anzidetta assimilazione del danno paesaggistico al danno ambientale non convince per ragioni sia formali - ambiti di competenza ministeriali, soppressione dell'endiadi «beni paesaggistici e ambientali» nel nuovo Codice - che di opportunità - il risarcimento *ex art.* 18 della legge n. 349 del 1986 spetta esclusivamente allo Stato - ed è stato, conseguentemente, ipotizzata la possibilità, per l'ente locale che intenda lamentare la lesione dell'integrità del paesaggio, di trovare piuttosto tutela nell'art. 2043 c.c.<sup>77</sup>. Muovendo (tra l'altro) dal presupposto che i beni paesaggistici siano - come pure è stato segnalato all'inizio della presente indagine<sup>78</sup> - materiali ed immateriali al tempo stesso<sup>79</sup>, si ipotizza, in sostanza, che, al di là dell'interesse della collettività ad un ambiente salubre ed alla conservazione del patrimonio naturale, tutelato attraverso l'azione di danno ambientale riservata allo Stato dall'art. 311, comma 1, del decreto legislativo n. 152/2006<sup>80</sup>, Comuni, Province e/o Regioni siano legittimati ad esperire una differente azione risarcitoria per illecito civile generico (*ex art.* 2043 c.c.), sia sotto il profilo della funzione di pianificazione che come alterazione del bene-territorio<sup>81</sup>.

---

<sup>75</sup> Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Ambiente e paesaggio nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in [www.aedon.mulino.it](http://www.aedon.mulino.it), n. 1/2002.

<sup>76</sup> Sul punto, *amplius*, A. BASSO, *La tutela giuridica dell'ambiente: l'evoluzione del concetto di ambiente e di danno risarcibile*, in [www.desertarte.enea.it](http://www.desertarte.enea.it).

<sup>77</sup> B. GIULIANI, *op. cit.*, 336 ss.. Nel senso che interesse paesaggistico e interesse ambientale possono addirittura confliggere, F. DE LEONARDIS, *Paesaggio ed attività produttive: criteri di bilanciamento tra paesaggio e energia eolica*, in *Urbanistica e paesaggio*, cit., 249 ss.

<sup>78</sup> *Retro*, § 2.

<sup>79</sup> Nel senso che l'art. 18 l. n. 349/1986 non ha riguardo tanto ai singoli beni paesaggistici, quanto ad un concetto di «ambiente in senso giuridico, quale bene unitario ma anche immateriale», che «si identifica in una realtà, priva di consistenza materiale, ma espressione di un autonomo valore collettivo, specifico oggetto, come tale, di tutela da parte dell'ordinamento, rispetto ad illeciti, la cui idoneità lesiva va valutata con riguardo a siffatto valore e indipendentemente dalla particolare incidenza verificatasi su una o più delle dette singole componenti», Cass. civ., Sez. III, 3 febbraio 1998, n. 1087, in *Foro it.*, 1998, I, 1144; Sez. I, 1 settembre 1995, n. 9211, in *Giust. civ.*, 1996, I, 777, secondo cui «il danno ambientale supera e trascende il danno ai singoli beni che ne fanno parte».

<sup>80</sup> Va, peraltro, segnalato che parte della giurisprudenza ha tentato di recuperare la legittimazione degli enti territoriali, affermando che anche dopo il Codice dell'ambiente dovrebbe essere riconosciuto al Comune, «che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo» (art. 3, comma 2, d.lgs. n. 267/2000), l'accesso alla tutela giurisdizionale allorquando venga dedotta la lesione di «interessi riconducibili nella sfera della fruizione della comunità locale», che nel predetto ente territoriale trova la prima ed immediata occasione di aggregazione ed omogeneizzazione»: sul punto, anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a L. PRATI, *Il danno alla comunità locale e le criticità di una normativa imperfetta*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 189 ss.

<sup>81</sup> B. GIULIANI, *op. cit.*, 337-339.



Se si conviene con tale impostazione, può immaginarsi che la tutela dell'ambiente - inteso come bene unitario, *ergo* comprensivo del paesaggio come valore estetico e culturale e come condizione di vita salubre in tutte le sue componenti<sup>82</sup> - venga assicurata in guise diverse a seconda della componente lesa: nelle forme del Codice dell'ambiente qualora si tratti di danno arrecato alla dimensione ecologica del bene «ambiente»; nelle forme degli artt. 2043 ss. c.c., con la Costituzione alle spalle, qualora si tratti di danno arrecato alle ulteriori componenti di tale bene<sup>83</sup>. Si potrebbe così applicare all'illecito paesaggistico quella giurisprudenza che ha riconosciuto la legittimazione del Comune a chiedere il risarcimento dei danni determinati, ad es., dallo «stravolgimento urbanistico della zona»<sup>84</sup> ovvero, in sede di determinazione dell'indennità di imposizione di una servitù di elettrodotto, ha affermato che si dovesse tener conto del deprezzamento subito dal fondo asservito (sul quale insistevano due fabbricati adibiti a civile abitazione) per la perdita dell'amenità del paesaggio (causata dall'installazione di un traliccio alto più di quaranta metri presso la sommità di una collina)<sup>85</sup>.

Il che, peraltro, non significa - si badi bene - che il risarcimento del danno paesaggistico non possa essere preteso dal singolo individuo secondo il principio generale del *neminem laedere*<sup>86</sup>, atteso che le norme a tutela del paesaggio non sono poste esclusivamente nell'interesse pubblico e possono essere azionate da chiunque vi abbia interesse<sup>87</sup>.

In conclusione, non si vede perché, in presenza di danni al paesaggio, una misura puramente sanzionatoria, avente in quanto tale una funzione principalmente deterrente, qual'è quella di cui all'art. 167, comma 5, del Codice dei beni culturali e del paesaggio, non

---

<sup>82</sup> Cass. civ., Sez. III, 10 ottobre 2008, nn. 25010 e 25011, in *CED Cassazione*, 2008 e in *Danno e resp.*, 2008, 1281. Invero, a fronte della duplice definizione legale del «danno ambientale» contenuta nel d.lgs. n. 152/2006 (artt. 300 e 311), la dottrina si è chiesta se possa sopravvivere gran parte dell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale sviluppatesi sull'art. 18 l. n. 349/1986 relativamente alla concezione unitaria del bene ambiente ovvero dovrà prevalere la più riduttiva definizione comunitaria (dir. n. 04/35/CE) ed il relativo approccio frazionato alla tutela ambientale: cfr. L. PRATI, *La criticità del nuovo danno ambientale: il confuso approccio del «Codice dell'Ambiente»*, in *Danno e resp.*, 2006, 1050 ss., il quale ritiene che la nozione unitaria di danno all'ambiente sia ancora attuale; da ultimo, B. POZZO, *La direttiva 2004/35/CE e il suo recepimento in Italia*, in *Riv. giur. amb.*, 2010, 1 ss.. Cfr., altresì, V. MOLASCHI, *Paesaggio versus ambiente: osservazioni alla luce della giurisprudenza in materia di realizzazione d'impianti eolici*, in *Riv. giur. edil.*, 2009, II, 179, secondo la quale la ragione per cui paesaggio antropizzato ed ambiente sono oggi associati in una visione unitaria sembra risiedere nella riconducibilità delle due sfere di tutela al comune denominatore rappresentato dal principio dello sviluppo sostenibile (su cui, da ultimo, F. FRACCHIA, *op. cit.*, *passim*).

<sup>83</sup> Così S. MATTEINI CHIARI, *op. cit.*, 728.

<sup>84</sup> Cass. civ., Sez. III, 17 gennaio 2003, n. 616, in *CED Cassazione*, 2003.

<sup>85</sup> Cass. civ., Sez. I, 29 marzo 1996, n. 2959, in *Foro it.*, 1996, I, 2422.

<sup>86</sup> Cass. civ., Sez. III, n. 25011/2008, *cit.*

<sup>87</sup> Cass. civ., Sez. II, 10 luglio 2008, n. 19035, in *Imm. e propr.*, 2008, 656; già prima, Trib. Roma, 23 gennaio 1987, in *Temi romana*, 1986, 694.

possa concorrere con una misura prettamente riparatoria qual'è il risarcimento del danno *ex art. 2043 c.c.*<sup>88</sup>.

---

<sup>88</sup> Nel senso della possibile concorrenza di misure essenzialmente ripristinatorie e riparatorie e misure essenzialmente sanzionatorie, si era già espresso, del resto, il Consiglio di Stato, ancorché con riguardo agli artt. 15 e 18 l. n. 1497/1939, nella più volte citata decisione n. 3184/2000.