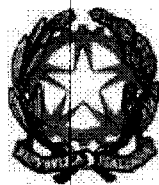


Pubblicato il 28/02/2017

N. 00922/2017REG.PROV.COLL.  
N. 03750/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3750 del 2013, proposto da Federico Gavelli, Silvia Cremonini, Claudio Cinelli, Lia Dudda e Fabrizio Bernabei, rappresentati e difesi dagli avvocati Giuseppe Galante ed Eugenio Maurizio Carpinelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Eugenio Maurizio Carpinelli in Roma, via Trionfale, 21;

*contro*

Comune di Monte San Pietro (BO), in persona del legale rappresentante "pro tempore", costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Delucca, Alessandro Marelli e Maurizio Cecconi, ed elettivamente domiciliato presso l'ultimo in Roma, Via U. De Carolis, 34/B);

Soprintendenza per i beni culturali e architettonici e per il paesaggio per la Provincia di Bologna, e Ministero per i beni e le attività culturali e il turismo, non costituitisi in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. EMILIA -ROMAGNA -BOLOGNA -SEZIONE I, n. 632/2012, resa tra le parti, concernente ordinanza di demolizione e restituzione in pristino, diniego di accertamento di compatibilità paesaggistica e diniego di applicazione di sanzione pecuniaria alternativa alla demolizione;

Visti il ricorso in appello, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Monte San Pietro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 febbraio 2017 il cons. Marco Buricelli e uditi per le parti gli avvocati Carpinelli e Marelli;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza n. 632 del 2012 la prima sezione del Tar dell'Emilia Romagna –sede di Bologna ha respinto, con condanna alle spese a favore delle amministrazioni intimete, il ricorso promosso da Gavelli Federico, Bernabei Fabrizio, Cinelli Claudio, Cremonini Silvia e Dudda Lia avverso e per l'annullamento a) dell'ordinanza n. 2 del 9.1.2008 del Comune di Monte San Pietro (BO), con la quale è stato imposto ai ricorrenti di provvedere alla restituzione in pristino dell'immobile oggetto di un intervento edilizio difforme in modo essenziale rispetto al permesso di costruire n. 6079 del 6.11.2003; b) dell'atto prot. 18624 del 23.10.2007 con cui il Comune ha respinto l'istanza del 17.6.2005 di accertamento di compatibilità paesaggistica presentata dalla ditta Camassi, società costruttrice dell'immobile venduto ai ricorrenti, e c) dell'atto prot. n. 1825 del 23.10.2007 con il quale il Comune ha rigettato la domanda prot. n. 15559 del 4.11.2006, presentata sempre dalla ditta Camassi, di applicazione di una sanzione pecuniaria sostitutiva della restituzione in pristino ai sensi dell'art. 10, comma 2, della l. r. Emilia Romagna n. 23 del 2004.

2. In fatto, è il caso di premettere che i ricorrenti in primo grado e appellanti odierni sono proprietari, nel Comune di Monte San Pietro, località Monte San Giovanni (Gnocco), di unità immobiliari costruite da una impresa (la ditta Camassi, poi fallita) la quale, per quanto qui rileva, aveva ottenuto dal Comune, nel 2003, un permesso di costruire per realizzare un intervento di ristrutturazione edilizia, relativo a due fabbricati rurali, con cambio di destinazione, a uso residenziale abitativo.

L'area sulla quale si trova l'immobile risulta sottoposta a molteplici vincoli, tutti anteriori all'inizio dell'attività di edificazione.

In particolare, l'immobile oggetto di intervento:

- è soggetto a vincolo storico - insediativo (S.I.) dal piano regolatore generale;
- ricade nelle "aree tutelate per legge" di cui alla lettera c) dell'art. 142 del d. lgs. n. 42 del 2004, relativo alle fasce di tutela di 150 m. da fiumi, torrenti ecc. (vincolo già introdotto dalla l. n. 431 del 1985);
- ricade nelle "fasce di pertinenza del reticolo idrografico principale" di cui all'art. 15, comma 1 - "aree di raccordo" - art. 20 e "unità non idonea ad usi urbanistici" - art. 12 delle Norme di Bacino del Piano stralcio del torrente Samoggia;
- ricade nelle "zone di particolare interesse paesaggistico -ambientale" ex art. 7.3 del Piano Territoriale di Coordinamento Provinciale (P.T.C.P.);
- ricade infine nelle "aree soggette a vincolo idrogeologico" ai sensi del r.d.l. n. 3267 del 1923.

L'impresa ha eseguito un intervento edilizio con difformità –ritenute essenziali rispetto al titolo edilizio rilasciato nel 2003 e- consistenti nella modifica dell'altezza dei fronti e della sagoma, nell'aumento della volumetria totale e nell'incremento del numero di unità residenziali.

Più in dettaglio:

- con atto in data 17.6.2005 la ditta Camassi ha chiesto, ai sensi dell'art. 1, comma 36, della l. n. 308 del 2004, l'accertamento della compatibilità paesaggistica delle opere difformi;
- con parere in data 13.7.2005 la Commissione comunale per la qualità architettonica e il paesaggio ha reso parere favorevole alla regolarizzazione paesaggistica degli interventi eseguiti, condizionato alla esecuzione di talune opere;
- in data 14.11.2005 lo Sportello Unico per l'Edilizia del Comune ha domandato alla Soprintendenza di pronunciarsi circa la compatibilità paesaggistica delle opere realizzate, sollecitando il rilascio del parere con atto del 25.2.2006;
- con atto del 28.10.2006 la Soprintendenza ha dato parere favorevole, condizionato alla esecuzione di taluni interventi;
- con note del 27.7.2007 il Comune ha evidenziato però la sussistenza di motivi ostativi alla conclusione del procedimento in termini favorevoli alla impresa, poiché dopo la entrata in vigore del d. lgs. n. 157 del 2006, con il quale era stata esclusa la possibilità di procedere al rilascio dell'accertamento di compatibilità paesaggistica qualora i lavori realizzati in

difformità dall'autorizzazione avessero determinato la creazione di superfici utili o di volumi o l'aumento di quelli legittimamente realizzati, i lavori di cui alla domanda di accertamento di compatibilità del 17.6.2007 non risultavano rientrare nella fattispecie di cui all'art. 167, comma 4/a) del t. u. n. 42 del 2004, sussistendo una variazione con incremento della volumetria legittimamente realizzata, il che preclude anche l'accoglimento della istanza di irrogazione della sanzione pecuniaria sostitutiva dell'ordine di restituzione in pristino formulata ai sensi dell'art. 10, comma 2, della l. r. n. 23 del 2004, posto che per l'Amministrazione non avrebbe senso imporre una sanzione pecuniaria alternativa per un'opera che deve in ogni caso essere demolita (v. atto del 23.10.2007 in epigrafe specificato sub c).

L'impresa si è vista negare l'accertamento di compatibilità paesistica in seguito alla entrata in vigore della nuova, più restrittiva, disciplina normativa;

-nel frattempo, con atti di compravendita del luglio e del dicembre del 2005, i ricorrenti e odierni appellanti avevano acquistato dalla ditta Camassi la proprietà di alcune unità dell'immobile in questione;

-è stato quindi emesso il diniego di accertamento di compatibilità paesaggistica, sull'assunto dell'avvenuta realizzazione delle opere in variante essenziale al permesso di costruire del 9.11.2003 e in difformità essenziale dall'autorizzazione paesaggistica del 14.8.2003;

-nell'ottobre del 2007 il Comune ha avviato il procedimento diretto all'adozione dell'ordinanza di restituzione in pristino, attraverso la demolizione delle opere eseguite in difformità essenziale dal permesso di costruire e dall'autorizzazione paesistica del 2003; ordinanza adottata con l'atto prot. n. 393 del 9.1.2008 in epigrafe specificato sub a), col quale si prescrive l'obbligo di riportare l'immobile alla altezza legittimata dal titolo edilizio.

3. La sentenza impugnata, dopo un riepilogo del quadro normativo di riferimento, alla luce degli orientamenti interpretativi prevalsi in giurisprudenza, per quanto riguarda in particolare la formulazione originaria e le modifiche apportate all'art. 146 del t. u. n. 42 del 2004, ha statuito che l'abuso si è concretizzato in una variazione della sagoma, un aumento della volumetria e un incremento del numero delle unità immobiliari, e che in modo legittimo l'Amministrazione comunale ha opposto una ragione ostativa al rilascio di

un'autorizzazione paesistica postuma, considerato il divieto di cui all'art. 167, comma 4, lett. a), del d. lgs. n. 42 del 2004 nel testo risultante in seguito alle modifiche apportate dal d. lgs. n. 157 del 2006.

Ad avviso del Tar, l'avvenuta presentazione della domanda di accertamento di compatibilità paesaggistica nel 2005, vale a dire nella vigenza della precedente, meno restrittiva disciplina, deve considerarsi irrilevante in ragione del principio "tempus regit actum" e della conseguente applicazione della normativa vigente al tempo dell'adozione del provvedimento lesivo, ancorché si tratti di normativa introdotta dopo la presentazione della istanza del privato e anche se l'Amministrazione abbia provveduto oggettivamente in modo tardivo sulla istanza, attesa oltretutto la non applicabilità, in questa materia, dell'istituto del silenzio -assenso.

La sentenza di primo grado ha poi giudicato irrilevante nella controversia l'art. 182, comma 3-quater, del d. lgs n. 42/2004, in quanto disposizione transitoria finalizzata a rendere rilevante in sede amministrativa l'esito dell'accertamento di compatibilità paesistica avviato nella vigenza della precedente disciplina per la sanatoria di tipo penale. In tale caso, se l'Amministrazione si fosse pronunciata avrebbe adottato un provvedimento di rigetto attesa la preclusione dell'aumento di volumetria ex art 181, comma 1-ter, lett. a) del d lgs n 42/2004.

Parimenti da respingere la censura relativa alla mancata adozione della sanzione pecuniaria in luogo della misura ripristinatoria ai sensi dell'art 10, comma 2, della l. r. n. 23 del 2004 posto che l'Amministrazione ha individuato in modo corretto la disposizione applicabile alla fattispecie nel comma 3 dell'art. 10 della l. r. il quale, nel fare richiamo alle opere abusive eseguite su edifici vincolati in base alla parte terza del decreto legislativo n. 42 del 2004, prevede che lo Sportello unico per l'edilizia, acquisito il parere della Commissione per la qualità architettonica e il paesaggio, provvede ai sensi dell'articolo 167 del medesimo decreto legislativo e irroga, per l'illecito edilizio, una sanzione da 2.000 a 20.000 Euro, non risultando così prevista la sanzione pecuniaria alternativa.

Priva di fondamento è stata ritenuta anche la censura di carenza di motivazione da parte della Amministrazione difettando, in capo all'ente locale, qualsiasi margine di discrezionalità nel provvedere in senso sfavorevole al privato.

Infine, la sentenza ha rigettato anche la richiesta di risarcimento del danno da ritardo osservando che il ricorrente non ha allegato circostanze utili a provare in modo concreto l'entità del danno sofferto.

4. Gli appellanti hanno proposto impugnazione con sei motivi.

Il Comune si è costituito per resistere.

Le parti hanno illustrato le rispettive posizioni con memorie illustrative e all'udienza del 16.2.2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

5. L'appello è fondato e va accolto per le ragioni, nei termini, entro i limiti e con gli effetti che saranno specificati in appresso, al p. 5.2. .

5.1. In via preliminare il Collegio ritiene di rimuovere dal terreno di contesa i motivi e le questioni che gli appellanti hanno formulato e riproposto con le censure centrali dell'atto di impugnazione, incentrati sulla violazione degli articoli 181 e 182 del t. u. n. 142 del 2004 e sulla asserita insussistenza di un aumento di superfici utili e / o di volumi rispetto a quanto assentito, e realizzato, in modo legittimo, in base al permesso di costruire del 2003. In particolare, parte appellante, nel dedurre la violazione dell'art. 182, comma 3 quater, del d. lgs. n. 42 del 2004 (modificato dall'art 29 del d. lgs. n. 157 del 2006) e dell'art 167 del d. lgs. n. 42 del 2004 (come sostituito dall'art 27 del d. lgs. n. 157 del 2006), rileva in sintesi che avrebbe dovuto trovare applicazione l'art. 182, comma 3-quater, del d lgs 42 del 2004, in base al quale “agli accertamenti della compatibilità paesaggistica effettuati, alla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 181, comma 1-quater – per il quale “il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 1-ter presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni” - si applicano le sanzioni di cui all'articolo 167, comma 5” (vale a dire il pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione”, qualora venga accertata la compatibilità paesistica degli interventi, di cui al comma 4, lett. a), realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesistica).

Ciò in quanto, a detta degli appellanti, il procedimento diretto all'accertamento della compatibilità paesaggistica si sarebbe concluso prima della entrata in vigore del d. lgs. n. 157 del 2006, avvenuta il 24.3.2006, avendo in particolare la Commissione comunale per la qualità architettonica e il paesaggio, in data 13.7.2005, reso parere favorevole alla regolarizzazione paesaggistica, sia pure con talune condizioni, e lo stesso avrebbe fatto la Soprintendenza con l'atto prot. n. 16430 del 28.10.2006. Il rilascio dei pareri citati equivarrebbe cioè alla conclusione del procedimento di accertamento della compatibilità paesaggistica.

Così come formulato il motivo va respinto per la ragione, decisiva, che il procedimento autorizzativo riguardante l'accertamento di compatibilità paesaggistica relativo all'intervento in contestazione non si era affatto concluso al momento della entrata in vigore del d. lgs. 24.3.2006, n. 157, posto che, come emerge dallo svolgersi del procedimento sul piano cronologico, non contestato e in ordine al quale si fa rinvio al p. 2., il parere del 13.7.2005, precedente alla entrata in vigore del citato d. lgs. n. 157/2006, reso dalla Commissione per la qualità architettonica e per il paesaggio, in termini favorevoli alla impresa costruttrice, seppure con condizioni, non poteva essere qualificato come pronuncia conclusiva sull'accertamento di compatibilità paesaggistica, spettando l'adozione del provvedimento finale all'Ufficio competente dell'Amministrazione comunale.

L'accertamento suindicato non poteva insomma considerarsi soddisfatto dal mero atto endoprocedimentale costituito dal parere della Commissione comunale (oltre al fatto che il parere della Soprintendenza è intervenuto solo il 28.10.2006).

Quanto alla rilevata violazione dell'art 181, comma 1 quater del d. lgs. n. 42 del 2004, l'appellante ripropone in sostanza la deduzione d'illegittimità del diniego adottato per non avere il Comune osservato il termine perentorio di 180 giorni, decorrente dalla istanza, del giugno 2005, per provvedere sull'accertamento di compatibilità paesaggistica, ai sensi dell'art. 181, comma 1-quater, del d. lgs. n. 42 del 2004 con un atto di conclusione del procedimento.

La censura va disattesa.

In primo luogo, l'art. 181 del t. u. n. 42 del 2004, in tutti suoi commi, fa riferimento a norme di natura penale e assume rilievo essenzialmente a fini penalistici, mentre la disposizione applicabile alla fattispecie, agli effetti della possibile irrogazione di misure amministrative, è l'art. 167, comma 4/a) del t. u. n. 42 del 2004, in relazione all'art. 146, comma 12, del medesimo t. u. .

Occorre perciò distinguere sul punto il piano sanzionatorio penale da quello amministrativo.

In ogni caso, per la reiezione anche di questa doglianza è risolutivo osservare che, decorso inutilmente il termine dei 180 giorni di cui al menzionato comma 1 –quater, è da ritenere che non trovi applicazione l'istituto del silenzio –assenso, in carenza di una specifica indicazione legislativa, che qui manca, “accostata” alla perentorietà del termine, fermo rimanendo che l'interessato potrà azionare i rimedi, amministrativi e giurisdizionali, stabiliti dall'Ordinamento, con particolare riguardo al ricorso avverso il silenzio –inadempimento (cfr. , su fattispecie simile, Cons. Stato, sez. VI, n. 4656 del 2013).

E' quasi inutile aggiungere che le sopravvenienze legislative intervenute in materia, vale a dire l'art. 17 bis, comma 3, della l. n. 241 del 1990, inserito dall'art. 3 della l. n. 124 del 2015, sul silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche preposte alla tutela paesaggistico –territoriale, “ratione temporis” non rilevano in questa sede poiché venute a esistenza dopo i fatti di causa.

L'inosservanza del termine dei 180 giorni non comporta dunque la “consumazione” del potere di provvedere in capo all'organo pubblico competente (salvo verificare quale sia la disciplina normativa applicabile: se il principio “tempus regit actum” anche quando l'Amministrazione abbia oltrepassato il termine stabilito, e il divieto di sanatoria “ex post” con l'applicazione ove del caso della sanzione pecuniaria “sostitutiva” della restituzione in pristino, o, appunto, la disciplina più favorevole, che a certe condizioni ammette la regolarizzazione mediante il pagamento di una somma a titolo di sanzione pecuniaria, applicabile all'epoca della realizzazione dell'abuso o al momento del primo accertamento dell'illecito -nel senso, cioè, detto altrimenti, che l'immediata operatività della disciplina più restrittiva riguardi esclusivamente gli interventi realizzati dopo l'entrata in vigore delle modifiche).



Sta di fatto che – e da ciò deriva il rigetto del profilo di doglianza- il trascorrere infruttuoso del termine dei 180 giorni senza che l'autorità preposta abbia accertato la compatibilità paesaggistica consente unicamente al privato di attivare i meccanismi stabiliti dall'Ordinamento per fare fronte alla prolungata inerzia amministrativa.

Circa poi la violazione dell'art. 167, comma 4, del d. lgs n. 42 del 2004, sotto i profili del difetto di istruttoria e di motivazione, la sentenza viene censurata nella parte in cui la stessa avrebbe “dato per scontato”, sulla scorta di sole valutazioni presuntive del Comune, non confortate da dati tecnici specifici o da misurazioni effettuate a regola d'arte, l'aumento della volumetria del manufatto e la creazione di superfici utili derivanti dall'ampliamento della sagoma dell'immobile.

Nell'atto di appello si sostiene, viceversa, che l'aumento della sagoma, “di soli 25 cm.”, non avrebbe prodotto alcun aumento di superfici utili o di volumi, cosicché l'intervento non ricadrebbe nell'ambito di applicazione del divieto di cui all'art 167, comma 4, lett. a) del d. lgs. n. 42 del 2004: “il manufatto ... non presenta alcuna difformità percepibile e visibile né paesaggisticamente rilevante”.

Ad avviso degli appellanti, la valutazione operata dal Comune e recepita in sentenza contrasta con la circolare del Segretario generale del Mibact del 26.6.2009.

Si rientra in una delle ipotesi di incremento di volume o di superficie “di minima entità”, non visibile, non pregiudizievole per il paesaggio e quindi non ostativo alla sanatoria paesaggistica.

La definizione delle categorie edilizie di “volume” e di “superficie” dev'essere adattata ai fini applicativi della disposizione citata; le difformità non integrano i concetti di “nuovo volume” o “nuova superficie”.

Viene in questione un intervento di recupero e risanamento conservativo.

Il motivo è inammissibile e in ogni caso è infondato.

In via preliminare va rilevato che l'intervento edilizio in discussione, per come assentito ed eseguito (in difformità dal p.d.c. del 2003), non poteva in effetti essere qualificato, sulla base del “nomen juris” e degli elementi sostanziali, se non come un intervento di ristrutturazione edilizia, non certo come un intervento di risanamento conservativo,

venendo in rilievo un organismo edilizio trasformato in maniera significativa rispetto all'edificio preesistente.

Premesso questo, il motivo va dichiarato anzitutto inammissibile poiché, come correttamente osserva il Comune, la contestazione della "materialità dell'abuso commesso", ossia della "effettiva realizzazione di nuovi volumi", non è mai stata compiuta in primo grado, e non può essere effettuata per la prima volta in grado di appello, ostandovi il disposto di cui all'art. 104, comma 1, del c.p.a. .

In ogni caso, la censura è anche infondata poiché in relazione alle caratteristiche complessive del manufatto non sembrano venire in discorso differenze di minima o comunque di trascurabile entità e incidenza in confronto con l'esigenza di tutelare il paesaggio.

In atti risulta comprovata in maniera adeguata una variazione dell'altezza dei fronti con conseguente variazione della sagoma e aumento della volumetria, rispetto al volume "legittimato" dal permesso di costruire del 2003.

E' vero che le modifiche al fronte e alla sagoma (dai 25 ai 34 cm., a quanto consta in atti) non appaiono particolarmente rilevanti; ma è vero anche che le opere eseguite hanno comportato modifiche percepibili che non appaiono essere di minima o di trascurabile entità.

In modo corretto quindi il Tar ha, sia pure solo "per incidens", rilevato l'esistenza di una variazione della sagoma, di un aumento di volumetria (e di un aumento del numero delle unità immobiliari) ostativi ad autorizzazioni postume, avendo riguardo al disposto di cui all'art. 167, comma 4/a) del t. u. n. 42 del 2004, da interpretarsi in modo rigoroso anche alla luce del principio di cui all'art. 9 Cost. .

5.2. Il motivo di appello sub a) è invece accoglibile per le ragioni ed entro i limiti, nei termini e con gli effetti che verranno specificati in appresso.

Con il primo motivo di ricorso, recante violazione e falsa applicazione degli articoli 181, comma 1 quater, del d. lgs. n. 42 del 2004, modificato dall'art 1, comma 36, lett c) della l n. 308 del 2004, dell'art 167 del d. lgs. n. 42 del 2004, come sostituito dall'art 27 del d. lgs. n. 157 del 2006, in relazione agli artt 156, comma 1 e 6 e 159 comma 1 del d. lgs. n. 42 del 2004, come modificato dal d. lgs. n. 157 del 2006, parte appellante deduce anzitutto

l'erroneità della sentenza nella parte in cui il Tar ha giudicato legittimo l'operato dell'Amministrazione sulla base del principio "tempus regit actum" senza considerare le norme transitorie introdotte dal legislatore nell'ambito del codice dei beni culturali e del paesaggio.

Si sostiene che dal combinato disposto degli artt. 156, comma 1 e 6 e 159, comma 1, del d. lgs. n. 42 del 2004, come modificato dal d. lgs. n. 157 del 2006, discende che fino al 1° maggio 2008 troverebbero applicazione le disposizioni di cui all'art. 146, commi 1, 2, 5, 6 e 12.

Di conseguenza, nella prospettazione di parte appellante, all'epoca della presentazione della domanda (giugno del 2005) la normativa avrebbe consentito di regolarizzare "ex post" ogni opera eseguita in difformità attraverso l'applicazione di una sanzione pecuniaria equivalente al maggior importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione.

Più in dettaglio, parte appellante non condivide la ricostruzione normativa operata in sentenza e critica anzitutto il passaggio della pronuncia impugnata in cui si afferma che "nell'arco temporale anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 157 del 2006 le domande di accertamento di compatibilità paesaggistica ex art. 181, comma 1-quater, del d.lgs. n. 42 del 2004 erano preordinate al solo esonero da responsabilità penale per il reato contravvenzionale ivi previsto, di modo che nessun effetto di sanatoria era suscettibile di determinarsi sotto il profilo amministrativo, a meno che – fino all'esaurirsi della fase transitoria regolata dall'art. 159 – l'Amministrazione non ritenesse di poter rilasciare un'autorizzazione postuma; con il sopraggiungere, invece, dell'assetto normativo dovuto al d.lgs. n. 157 del 2006, si è imposto il principio della duplice rilevanza – sia in ambito penale sia in ambito amministrativo – dell'accertamento di compatibilità paesaggistica delle opere realizzate in assenza o difformità dal titolo abilitativo, con l'effetto di assoggettare al nuovo regime anche i procedimenti ancora pendenti al momento dell'entrata in vigore della normativa di riforma del settore, in linea del resto con l'inapplicabilità in simili casi dell'istituto del silenzio-assenso e con l'operatività, a fronte dell'eventuale inosservanza del termine perentorio ivi previsto, del diverso istituto del silenzio-rifiuto".

Nell'atto di appello si rammenta che l'istanza di accertamento della compatibilità paesaggistica risale al giugno del 2005, sotto la vigenza del t. u. n. 42 del 2004, come modificato dall'art. 1, comma 36, lett. c) della l. n. 308 del 2004 il quale, nell'integrare l'art. 181 del d. lgs. n. 42 del 2004, stabiliva che "ferma restando l'applicazione delle sanzioni amministrative ripristinatorie o pecuniarie di cui all'articolo 167, qualora l'autorità amministrativa competente accerti la compatibilità paesaggistica secondo le procedure di cui al comma 1-quater, la disposizione di cui al comma 1 (sulla irrogazione della sanzione penale prevista dall'art. 20 della l. n. 47 del 1985) non si applica: a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) per i lavori configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380..." .

Tale disciplina trova applicazione anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 157 del 2006 che, quanto all'art. 181 del d. lgs. n. 42 del 2004, sopprime il riferimento alle "sanzioni ripristinatorie", sicché non può condividersi l'affermazione del Comune per la quale l'entrata in vigore del d. lgs. n. 157 del 2006 ha integralmente riscritto gli articoli 146, 159 e 167 del codice escludendo la possibilità di procedere al rilascio dell'accertamento di compatibilità paesaggistica qualora i lavori realizzati in difformità dall'autorizzazione assentita abbiano comportato una variazione della volumetria; così come è erroneo non condividere il rilievo per cui l'art. 159 posticipa a un momento successivo alla conclusione della fase transitoria (1° maggio del 2008) l'applicabilità del divieto del rilascio delle autorizzazioni paesistiche in sanatoria previsto dall'art. 146, comma 12.

A sostegno della erroneità della tesi del Comune, avallata dal Tar, parte appellante richiama poi l'art. 182, comma 3 bis, del t. u. n. 42 del 2004, secondo cui, "in deroga al divieto di cui all'articolo 146, comma 12, sono conclusi dall'autorità competente alla gestione del vincolo paesaggistico i procedimenti relativi alle domande di autorizzazione paesaggistica in sanatoria presentate entro il 30 aprile 2004 non ancora definiti alla data di entrata in vigore del presente comma, ovvero definiti con determinazione di improcedibilità della domanda per il sopravvenuto divieto, senza pronuncia nel merito

della compatibilità paesaggistica dell'intervento. In tale ultimo caso l'autorità competente è obbligata, su istanza della parte interessata, a riaprire il procedimento ed a concluderlo con atto motivato nei termini di legge. Si applicano le sanzioni previste dall'articolo 167, comma 5".

Parte appellante cita a sostegno Cons. Stato, sez. VI, n. 1907 del 2007, che viene letta nel senso che fino al termine di cui al combinato disposto dell'art. 156, commi 1 e 6, e dell'art. 159 del d. lgs. n. 42 del 2004, come modificato dal d. lgs. n. 157 del 2006, vale a dire fino al 1° maggio del 2008, trovano applicazione le disposizioni di cui all'art. 146, commi 1, 2, 5, 6 e 12.

In questo contesto, il riferimento compiuto in sentenza al principio "tempus regit actum" non pare rilevante.

A detta di parte appellante, all'epoca della presentazione della domanda (giugno del 2005) la normativa consentiva, previo parere favorevole da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo, di regolarizzare "ex post", sotto il profilo amministrativo, ogni opera eseguita in difformità, attraverso l'applicazione di una sanzione pecuniaria equivalente al maggiore importo tra danno arrecato e profitto conseguito mediante la trasgressione.

Il divieto di sanatoria "ex post", fatte salve le fattispecie marginali di cui, in particolare, all'art. 167, comma 4/a), del codice, decorre, per gli appellanti, dalla entrata in vigore del d. lgs. n. 157 del 2006, con riguardo al momento della consumazione dell'abuso.

In memoria si puntualizza poi che la tesi propugnata trova sostegno nel principio della irretroattività delle norme che inaspriscono il quadro sanzionatorio escludendo –in questo caso- l'alternativa, meno afflittiva, della sanzione pecuniaria.

Il venire meno, a determinate condizioni, della possibilità di applicare una sanzione pecuniaria (tranne che nelle ipotesi, peraltro marginali, di cui all'art. 167, comma 4, lett. a) del t. u. n. 42 del 2004), costituisce un oggettivo aggravamento del trattamento sanzionatorio originario, meno "punitivo" rispetto alla disciplina sopravvenuta.

Sempre in memoria parte appellante richiama infine la giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione sempre più dilatata di "pena", dal che, la sanabilità "ex post" degli illeciti paesaggistici consumati prima che divenisse operativo il "nuovo e più severo regime" del 2006; e la correlativa applicabilità del divieto di autorizzazione in sanatoria "ex post", salvi

i casi marginali di cui si è detto e che qui non rilevano (v. sopra, p. 5.1.), unicamente con riferimento agli abusi commessi o accertati in data successiva alla entrata in vigore del d. lgs. n. 157 del 2006 (e non è certo questo il caso controverso).

5.2.1. In via preliminare, come si è detto anche sopra, al p. 5.1., pare opportuno tenere separati e distinti il piano penalistico e quello amministrativo.

Parte appellante, infatti, richiama in modo insistito disposizioni, quali l'art. 181, commi 1 – ter e 1 – quater, che si riferiscono in modo specifico alla possibilità di sanatoria ai fini penali.

Al riguardo, va compiuta una sintetica ricognizione della normativa di riferimento.

L'art. 146, comma 12, innovando rispetto al precedente assetto normativo, prevede che “l'autorizzazione paesaggistica, fuori dai casi di cui all'articolo 167, commi 4 e 5, non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi”.

L'art. 167 –Ordine di remissione in pristino o di versamento di indennità pecuniaria, dispone in particolare al comma 4 che “l'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi:

a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati...”, e al comma 5 stabilisce che “qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione”.

L'art. 167 limita, in sostanza, l'accertamento della compatibilità paesaggistica ad alcune fattispecie marginali (che qui non ricorrono: v. sopra, p. 5.1.) vietando la sanatoria “ex post” mediante il pagamento di una sanzione pecuniaria nei casi di lavori che abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi o l'aumento (percepibile, in misura non minima o trascurabile) di quelli legittimamente realizzati (e nella specie vi è stato incremento di volumetria e di superfici utili –v. sopra, p. 5.1., sicché risultano insussistenti i presupposti di cui all'art. 167, comma 4/a).

L'art. 159 del d. lgs. n. 42 del 2004, relativo al procedimento di autorizzazione in via transitoria, richiama al comma 6 la disciplina di cui all'art. 146 e, in particolare, la disposizione di cui al comma 12.

Sulla base del combinato disposto di cui agli articoli 159 e 146, comma 12, citati, emerge pertanto l'applicabilità immediata del divieto di sanatoria "ex post" anche al regime transitorio e a decorrere dalla entrata in vigore del d. lgs. n. 157 del 2006 (marzo del 2006), fatti salvi i casi eccezionali di deroga individuati dall'art. 167 e che qui come detto non assumono rilievo (conf. Cons. Stato, sez. VI, n. 1242 del 2011, p. 3.1.2.).

5.2.2. A cogliere nel segno, ad avviso del Collegio, sono, invece, le deduzioni di parte appellante basate sul rilievo della sopravvenuta introduzione di un trattamento sanzionatorio "più afflittivo" rispetto a quello anteriore (sulla "sanatoria ex post", mediante il pagamento della sola sanzione pecuniaria, prima della entrata in vigore del correttivo al codice del 2006, non sembra esservi contestazione tra le parti), e sulla applicabilità, nella specie, del principio della irretroattività della disciplina più severa, considerando operativa la sopravvenuta disciplina più severa esclusivamente per le opere realizzate dopo la sua entrata in vigore.

Parte appellante critica cioè l'avvenuta applicazione in via "retroattiva", da parte del Comune, di una disciplina sanzionatoria "aggravata" rispetto al passato.

Il divieto, sopravvenuto, di sanatoria "ex post" (salvo i casi marginali di cui si è detto) mediante la "regolarizzazione" della posizione del trasgressore applicando, a determinate condizioni, unicamente una sanzione pecuniaria "sostitutiva" della restituzione in pristino, ben può essere qualificato, nella sostanza, come un aggravamento del trattamento sanzionatorio originario e antecedente alla modifica della disciplina, trattamento anteriore "riducibile" al versamento unicamente di una sanzione pecuniaria.

Poiché si fa questione dell'applicazione di misure sanzionatorie, e dato che la mancata applicazione della meno severa disciplina pregressa è dipesa anche dalla inosservanza del termine di 180 giorni di cui si è detto sopra, con l'incidenza, quindi, in capo al privato, di un legittimo affidamento alla permanenza dell'assetto di interessi "meno sfavorevole" (se solo si fosse giunti a una pronuncia tempestiva sulla compatibilità paesaggistica); dalla qualificazione su esposta di "disciplina sanzionatoria aggravata" essendo venuta meno la

possibilità di versare la sola sanzione pecuniaria; e dalla considerazione della situazione e degli atti impugnati nel loro insieme, consegue che il “divieto di regolarizzazione” suddetto deve trovare applicazione esclusivamente con riferimento agli interventi effettuati –e comunque alle infrazioni accertate- dopo l’entrata in vigore della disciplina stessa (marzo del 2006).

Ciò, alla stregua del principio della irretroattività delle disposizioni che inaspriscono la disciplina sanzionatoria: dal che discende, in riforma, sul punto, della decisione del Tar, che ha invece inteso applicare in modo rigoroso il principio “tempus regit actum”, l’annullamento degli atti impugnati in primo grado, da considerarsi come detto “indisgiungibili” nel loro insieme, e la necessità, per l’Amministrazione, nel “riesercizio conformativo” delle proprie funzioni, secondo quanto stabilito in sentenza, di compiere, “ora per allora”, le verifiche prescritte allo scopo di valutare l’esistenza delle condizioni per potere commutare la restituzione in pristino con la irrogazione di una sanzione pecuniaria.

5.3. Le considerazioni compiute sopra esimono il Collegio dal prendere posizione in ordine al motivo di appello conclusivo sub e), basato sulla violazione dell’art. 10, commi 2 e 3, della l. r. n. 23 del 2004, col quale gli appellanti, acquirenti degli appartamenti e legittimati come tali a dedurre in primo grado e a riproporre in grado di appello il motivo anzidetto, tendono a ottenere ugualmente la “chance” di vedersi irrogata una sanzione pecuniaria sostitutiva della restituzione in pristino valorizzando la disposizione di cui al menzionato art. 10, comma 2.

Parimenti, visto l’esito della controversia, il Collegio può considerarsi esentato allo stato dal decidere il motivo con cui si contesta la statuizione sfavorevole sulla richiesta risarcitoria.

Dall’annullamento giurisdizionale degli atti impugnati in primo grado deriva l’assorbimento, allo stato, del motivo attinente al rigetto della istanza di risarcimento del danno.

In conclusione, l’appello va accolto per le ragioni ed entro i limiti rilevati sopra al p. 5. 2.2. e, per l’effetto, in riforma della sentenza impugnata gli atti impugnati in primo grado vanno annullati e restituiti all’Amministrazione per le determinazioni consequenziali.



5.4. Le peculiarità della controversia, anche sul piano della disputabilità specie sul piano interpretativo di talune delle questioni dibattute, giustificano in via eccezionale la compensazione integrale delle spese del doppio grado tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie per le ragioni ed entro i limiti specificati in motivazione (v. p. 5.2.2.) e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, annulla gli atti impugnati in primo grado, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'autorità amministrativa.

Spese del doppio grado del giudizio compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Luciano Barra Caracciolo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Marco Buricelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Luciano Barra Caracciolo**

**IL SEGRETARIO**