

# RIVISTA GIURIDICA DELL' EDILIZIA

FONDATA DA

ALDO M. SANDULLI

DIRETTA DA

GIUSEPPE GUARINO - MARIA ALESSANDRA SANDULLI

COMITATO SCIENTIFICO

S. AMOROSINO - S. BELLOMIA - M. A. CABIDDU - G. D'ANGELO - R. FERRARA - A. GUARINO  
M. IMMORDINO - F. LÓPEZ RAMÓN - J. MORAND-DEVILLER - V. PARISIO - P. L. PORTALURI  
G. SANTANIELLO - V. SPAGNUOLO VIGORITA - M.R. SPASIANO  
P. STELLA RICHTER - L. VANDELLI - P. VECCHI

## *Si segnalano all'attenzione del lettore*

- Corte cost., 22-29 maggio 2013, n. 102, *in tema di misure di salvaguardia*
- Corte di cassazione, Sez. II, 18 febbraio 2013, n. 3979, *in materia di violazione delle distanze legali tra proprietà confinanti*
- Cassazione penale, Sez. III, 22 marzo 2013, n. 13735, *sull'elemento soggettivo del dolo intenzionale nel reato di abuso d'ufficio*
- Cons. giust. amm. sic., 21 febbraio 2013, n. 265, *sulla rimessione all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato della questione se il proprietario di un immobile occupato illegittimamente possa rinunciare implicitamente al proprio diritto di proprietà*
- T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 10 aprile 2013, n. 802, *sui limiti dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria*
- T.A.R. Veneto, Sez. I, 31 gennaio 2013, n. 114, *sulla implicita attestazione, nella domanda di partecipazione alla gara, di esenzione dagli obblighi relativi al diritto di lavoro dei disabili*



GIUFFRÈ EDITORE



fini della sanatoria paesaggistica dell'incremento di volumetria «l'autonoma — e soggetta a diversi parametri normativi — valutazione urbanistica di competenza dell'autorità comunale», sembra quindi individuare un falso ostacolo nel cammino intrapreso. Allo stesso tempo, evidenzia tutti i limiti di un approccio tipologico, incentrato sull'analisi di istituti colti con la lente dei rispettivi ambiti disciplinari, precludendosi il più fecondo metodo topologico, che guarda al territorio non solo come terminale di riferimento delle decisioni ma come fattore di feconda ibridazione di tecniche e rimedi diversi e di sollecitazione di misure conformative, che non si esauriscono con le scelte di piano, ma si proiettano fin nelle più remote vicende di controllo delle trasformazioni spaziali e di gestione delle relative problematiche.

Un diritto per il governo del territorio, inteso «come la sintesi delle discipline e degli strumenti giuridici che hanno ad oggetto la regolazione, la gestione e il controllo delle possibili utilizzazioni del territorio» (53), impone la considerazione integrata delle sue tradizionali partizioni e la loro adattabilità alle esigenze ed ai contesti particolari di ciascun luogo (54).

In questa ottica, la reazione sanzionatoria più che essere guidata dai tipi astrattamente previsti dall'ordinamento dovrebbe essere orientata (dagli interessi evidenziati) dal tessuto territoriale ferito; presuppone un «fondamentale atto di riconoscimento» che richiede il responsabile ed attivo esercizio di «capacità di giudizio e di discriminazione» (55); consta, infine, di una serie articolata di misure specifiche che si combinano in operazioni unitarie entro le quali possono trovare varia ed adattiva collocazione atti appartenenti a varie famiglie.

GIAN DOMENICO COMPORTI

(53) Come si legge nel recente volume, M. CARRÀ, W. GASPARRI, C. MARZUOLI (a cura di), *Diritto per il governo del territorio* Bologna, 2012, 171.

(54) P. STELLA RICHTER, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2002, 10.

(55) Come notato da F. D'AGOSTINO, *Sanzione (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XLI, Milano, 1989, 308, mettendo bene in evidenza, in una prospettiva semantica, come il nesso tra sanzione e colpa non possiede una valenza immediatamente punitiva, in quanto «la punizione è un posterius» ed è preceduta da «quell'atteggiamento di fondo, di carattere squisitamente fenomenologico, col quale l'uomo si proietta nel mondo circostante per farlo suo, giudicandolo secondo la sua misura».

### **I limiti dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria tra tutela del paesaggio e del diritto di proprietà: applicazione di misure presuntive o accertamento concreto della compatibilità paesaggistica?**

**SOMMARIO:** 1. Il caso concreto. — 2. I limiti dell'autorizzazione paesaggistica postuma. — 3. Il rinvio pregiudiziale del T.A.R. Sicilia alla Corte di giustizia dell'UE. Considerazioni conclusive.

#### **1. Il caso concreto.**

Il proprietario di un immobile situato in una zona paesaggistica vincolata, sul quale ha realizzato modifiche non preventivamente autorizzate, ha presentato un'istanza di permesso di costruire in sanatoria (1), ai sensi dell'art. 36, d.p.r. n. 380/2001, all'autorità competente per il profilo urbanistico, e previamente ha chiesto l'autorizzazione paesaggistica

(1) L'art. 36, d.p.r. n. 380/2001, rubricato «Accertamento di conformità», ha abrogato l'art. 13 della l. 28 febbraio 1985 n. 47 e dispone che «in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in assenza di denuncia di inizio attività (...) il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso di costruire in sanatoria se l'intervento risulta conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente al momento della realizzazione dello stesso, sia al momento della presentazione della domanda».

Per un commento all'art. 36 cit., v. F. SAITTA, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Testo unico dell'edilizia*, Milano, 2009, 635 ss., e bibliografia e giurisprudenza *ivi* citata. Inoltre, cfr. G. PAGLIARI, *Diritto urbanistico*, Milano, 2010, 580 ss.



in sanatoria, art. 146(2), c. 4 e art. 167, c. 4 e 5, d. lgs. n. 42/2004, il c.d. Codice dei beni culturali e del paesaggio (3) (d'ora in avanti «Codice»), alla Soprintendenza dei Beni culturali e Ambientali competente per territorio. Quest'ultima ha notificato al proprietario l'ordinanza-ingiunzione con la quale ha ordinato la remissione in pristino dello stato dei luoghi mediante la dismissione di tutte le opere abusivamente eseguite, negando così, ai sensi dell'art. 167, c. 4, del Codice, il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria (4). Il provvedimento della Soprintendenza motiva il diniego considerando le opere per le quali si chiede la sanatoria paesaggistica non ammissibili all'accertamento di compatibilità paesaggistica postuma, ai sensi degli artt. 167, c. 4, lett. a), e 181 (5) del Codice, in quanto opere che hanno costituito un aumento del volume. Il proprietario ha impugnato dinanzi al T.A.R. Sicilia, sezione di Palermo, l'ordinanza della Soprintendenza,

(2) Per una introduzione al tema del paesaggio, v. A. CROSETTI, *Paesaggio*, in *Dig. disc. pubbl.*, Aggiornamento III, 2008, 573 ss.; M. IMMORDINO, *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, 1995, 586 ss.

(3) In generale, sul Codice dei beni culturali e del paesaggio, si rinvia a M.A. SANDULLI, a cura di, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012; C. BARBATI, M. CAMMELLI, G. SCIULLO, a cura di, *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari-Roma, 2009; A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2009; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici*, Milano, 2009; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2008; G. LEONE, A.L. TARASCO, a cura di, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006; L. CASINI, *Beni culturali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, I, 679 ss.; A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, a cura di, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005.

Per un'analisi dell'art. 146, d. lgs. n. 42/2004, v. M. SPASIANO, *Commento all'art. 146*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di, M.A. SANDULLI, cit., 1118 ss.; S. AMOROSINO, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Roma-Bari, 2010; A. ANGIULI, *sub art. 146*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, 383 ss.; D. ANTONUCCI, *Codice commentato dei beni culturali e del paesaggio*, Napoli, 2009, 747 ss.; G. BOLDON ZANETTI, *Autorizzazione paesaggistica e d. lgs. 26 marzo 2008, n. 63: fine del regime transitorio?*, in *Riv. giur. amb.*, 2008, 5, 745 ss.; Q. CAMERLENGO, *Autorizzazione paesistica e annullamento ministeriale*, in *Urb. e app.*, 2001, 1341 ss.; F. CANGELLI, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal d. lgs. 26 marzo 2008, n. 63*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 1-2, 175 ss.; A. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *Aspetti della tutela paesaggistica*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 7-8, 2319 ss.; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 261 ss.; P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 2, 363 ss.; M. CONSITO, *Potere ministeriale di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica e norme fondamentali di riforma economica-sociale*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2002, 2173 ss.; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Bari, 2008, 474 ss.; A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2009, 227 ss.; S. D'ANCONA, *Termine ragionevole nell'annullamento d'ufficio: riflessioni in tema di effettività della tutela*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2008, 5, 1521 ss.; A. MANSI, *Beni paesaggistici. Aspetti procedurali e processuali*, in *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2004, 592 ss.; S. NESPOR, A. L. DE CESARIS (a cura di), *Codice dell'ambiente*, Milano, 2009, 1893 ss. (aggiornamento 2011); V. PARISIO, *Protezione dell'ambiente, sviluppo sostenibile e controllo giurisdizionale*, in *Riv. giur. urb.*, 2006, 4, 527 ss.; ID., *Beni culturali, paesaggio e giudice amministrativo*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2004, 10, 3229 ss.; F. SALVIA, *I beni paesaggistici*, in F. SALVIA (a cura di), *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012, 255 ss.; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2010, 271 ss.

(4) Sull'autorizzazione paesaggistica in sanatoria, in dottrina, v. M.A. SANDULLI, *Commento all'art. 167*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di, M.A. SANDULLI, cit., 1229 ss.; P. MARZARO, *L'amministrazione del paesaggio. Profili critici ricostruttivi di un sistema complesso*, Torino, 2011, 75 ss.; M.C. SPENA, *L'autorizzazione paesaggistica tra creazione e percezione di valore*, in questa *Rivista*, 2009, I, 533; P. CERBO, *Commento all'art. 167*, in M. CAMMELLI, a cura di, *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 684 ss.; P. UNGARI, *Commento all'art. 167*, in G. TROTTA, G. CAIA, N. AICARDI, a cura di, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2006, 241 ss.; G. MARI, *L'immediata vigenza del divieto di autorizzazione paesaggistica postuma ex art. 146, c. 10, lett. c)*, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in questa *Rivista*, 2005, I, 934 ss.; G. MASTRODONATO, *Commento all'art. 167*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI JAMBRENGHI, a cura di, *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 424 ss.; P. CARPENTIERI, *L'autorizzazione paesaggistica in sanatoria*, in *Urb. e app.*, 2004, 384 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autorizzazione paesaggistica postuma e la valutazione del danno arrecato al paesaggio: una lunga querelle*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 101 ss.; M. SANTOLOCI, *La Corte costituzionale: impossibile la concessione in sanatoria per abusi in aree vincolate*, nota a Corte cost. 6 marzo 2000, n. 46, in *Riv. pen.*, 2001, 526 ss.; R. DAMONTE, *Il « punto » del Consiglio di Stato su autorizzazione paesistica in sanatoria e sanzione pecuniaria ex art. 15, l. 1497/1939*, nota a Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 2000, n. 5851, in *Urb. e app.*, 2000, 1311 ss.

(5) Sull'art. 181, v. P. TANDA, *I beni paesaggistico-ambientali e la fattispecie di cui all'art. 181 d. lgs. n. 42 del 2004*, in questa *Rivista*, 2008, I, 948 ss.



nei confronti della quale è stata accolta dal giudice siciliano la domanda di sospensione cautelare, in ragione del danno (*recte* pregiudizio) irreparabile derivante dalla sua esecuzione nelle more del giudizio. Inoltre, il T.A.R. siciliano, ai sensi dell'art. 79 c.p.a., ha sospeso il processo e, secondo le previsioni dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, ha sottoposto alla Corte di giustizia dell'UE la questione pregiudiziale della compatibilità delle previsioni dell'art. 167, c. 4, lett. a) del Codice con l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e con il principio di proporzionalità. Prima di esaminare l'ordinanza del T.A.R. Sicilia, che si presta a diverse considerazioni, è opportuno delineare il quadro normativo nazionale di riferimento.

## 2. I limiti dell'autorizzazione paesaggistica postuma.

L'ordinanza del T.A.R. Sicilia affronta il tema dell'autorizzazione paesaggistica postuma e dei suoi limiti, questione oggetto di un tradizionale dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha caratterizzato la materia del paesaggio.

L'art. 146, c. 10, lett. c), del Codice, prima dell'intervento correttivo operato dal d. lgs. n. 157/2006, disponeva che «l'autorizzazione paesaggistica (...) non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi». Questa disposizione è stata poi trasfusa nel nuovo testo dell'art. 146, c. 12, del Codice, il quale ha ammesso un superamento del divieto di sanatoria in caso di «abusi minori», sanabili nei casi e secondo la procedura indicata dall'art. 167, c. 4 e 5, del Codice. In seguito, l'art. 146 è stato sostituito dal secondo correttivo al Codice, il d. lgs. n. 63/2008 (6), art. 2, c. 1, lett. s) e l'art. 146, c. 4, prevede che «fuori dai casi di cui all'art. 167, c. 4 e 5, l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi». L'art. 167, c. 4, del Codice dispone che l'amministrazione competente accerta la compatibilità paesaggistica laddove l'intervento abbia avuto ad oggetto lavori che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi, ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati, ovvero laddove siano stati impiegati materiali in difformità dell'azione paesaggistica, ovvero nel caso di interventi comunque qualificabili, ai sensi dell'art. 3 del d.p.r. n. 380/2001, quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria. Al verificarsi di queste ipotesi, considerate da una parte della giurisprudenza e parte della dottrina come tassative(7), ai sensi dell'art. 167, c. 5, del Codice, il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dall'intervento possono presentare una domanda di sanatoria all'autorità competente, la quale è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità paesaggistica dell'opera, previo parere vincolante della Soprintendenza, entro il termine perentorio di 180 giorni. L'esito positivo di tale accertamento tecnico-discrezionale comporta l'applicazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria, la quale, di contro, trova applicazione in caso di esito negativo del medesimo accertamento. Pertanto, al di fuori delle ipotesi tipizzate dall'art. 167, c. 4, del Codice, l'amministrazione non può compiere alcuna valutazione di «compatibilità paesaggistica» ed è quindi tenuta ad ordinare sempre la rimessione in pristino. A differenza della previgente disciplina l'amministrazione non potrà scegliere di richiedere il pagamento della sanzione pecuniaria in luogo del ripristino, quand'anche l'intervento non sia «del tutto incompatibile con l'interesse paesaggistico»(8) o la violazione sia di mode-

(6) D. lgs. 24 marzo 2006, n. 157 (c.d. *primo correttivo*) e d. lgs. 26 marzo 2008, n. 63 (c.d. *secondo correttivo*). Per un quadro d'insieme delle novità da ultimo apportate dal secondo correttivo al Codice, v. P. CARPENTIERI, *Il secondo «correttivo» del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. e app.*, 2008, 681 ss.

In particolare il secondo correttivo al Codice è stato guidato dall'esigenza di garantire una maggiore coerenza del Codice con la Convenzione europea del paesaggio (firmata a Firenze il 20 ottobre 2000 ed entrata in vigore in Italia nel settembre 2006), e dalla volontà di assicurare allo Stato un ruolo effettivo nell'attività di pianificazione paesaggistica.

Sul punto v. E. BOSCOLO, *Paesaggio e tecniche di regolazione: i contenuti del piano paesaggistico*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, 142 ss.

(7) In questi termini, v. M.A. SANDULLI, *Commento all'art. 167, in Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 1229.

(8) Secondo la giurisprudenza la scelta tra le sanzioni imposte in via alternativa, nella previgente disciplina al Codice, doveva considerarsi rimessa alla valutazione discrezionale dell'Autorità preposta al vincolo, trattandosi dell'esercizio di un potere espressione di discrezionalità tecnica per la tutela di un bene pri-



sta entità. Resta, comunque, fermo che in nessun caso è ammissibile un cumulo fra rimessione in pristino e pagamento di una somma (9). Peraltro, quand'anche si rientri in una delle ipotesi di « compatibilità paesaggistica » previste dall'art. 167, c. 4, l'amministrazione deve necessariamente procedere alla rimessione in pristino se l'opera sia stata realizzata su area soggetta a vincolo paesaggistico che comporta una inedificabilità assoluta (10). Questa regola, che discende di per sé dalla tipologia di vincolo imposto, è stata esplicitamente enunciata dal secondo periodo dell'art. 27, c. 2, del d.p.r. n. 380/2001, aggiunto dall'art. 32, c. 46, d.-l. n. 269/2003, conv. in l. n. 326/2003.

Emerge dalle disposizioni citate la necessità di un bilanciamento dell'interesse alla tutela del paesaggio — per la quale un'opera non previamente autorizzata avrà come conseguenza una sanzione demolitoria di ripristino (art. 167, c. 1, del Codice) — e del diritto di proprietà, a tutela del quale, nei casi determinati dal Codice (art. 167, c. 4 e 5, del Codice), un'opera, pur non previamente autorizzata, ma compatibile, a seguito di un accertamento tecnico-discrezionale, con le norme paesaggistiche, sarà sottoposta alla sanzione pecuniaria in luogo di quella demolitoria. Il limite dell'art. 167, c. 4, del Codice è la disposizione che non consente l'esercizio della discrezionalità amministrativa per un adeguato bilanciamento di tutela dei due beni giuridici, il paesaggio e la proprietà, applicando meccanismi presuntivi, generali e astratti, secondo i quali al di fuori dei casi di cui all'art. 167, c. 4, lett. a), b) e c), non è possibile un accertamento concreto, tecnico-discrezionale, in ordine alla compatibilità con le norme paesaggistiche di un'opera previamente non autorizzata; tale opera si presume automaticamente non compatibile con il paesaggio e quindi da sottoporre sempre all'applicazione di una sanzione ripristinatoria-demolitoria.

Ne risulta, così, una disciplina normativa sull'autorizzazione paesaggistica, sulla base del combinato disposto dell'art. 146, c. 4, e dell'art. 167, c. 4, del Codice, particolarmente severa, escludendo la sanatoria paesaggistica per le opere non preventivamente assentite, con l'eccezione delle fattispecie indicate. Quindi, il regime attuale, in un bilanciamento di interessi dimostra un tendenziale *favor* per la tutela dell'interesse pubblico ad un'utilizzazione controllata del territorio caratterizzato da un valore culturale, rispetto all'interesse del privato alla sanatoria, a tutela del proprio diritto di proprietà (11). Tuttavia, se questo è il quadro generale normativo di riferimento e la sua interpretazione « tassativa », l'applicazione o meno di meccanismi presuntivi di incompatibilità paesaggistica — che impediscono l'autorizzazione postuma anche per abusi minori, al di fuori delle previsioni dell'art. 167 del Codice, da verificare concretamente e quindi caso per caso dall'autorità competente — è oggetto di un dibattito giurisprudenziale non univoco, come del resto l'ordinanza in esame dimostra: da una parte si sostiene un'interpretazione tassativa della norma e dall'altra si cerca di allargare le sue maglie forse troppo strette. Per una sua applicazione tassativa si è, ad esempio, espresso il T.A.R. Toscana, con la sentenza n. 953/2012 (12), secondo il quale « l'art. 167 del d. lgs. n. 42/2004 preclude l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria e, quindi, anche la sanatoria edilizia, per abusi edilizi concretanti nuova su-

mario nella mappa dei valori costituzionali. In questi termini, v. Cons. Stato, Sez. V, 2 ottobre 2003, n. 5173; Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2005, n. 3547, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*, Cons. Stato, Sez. II, 7 marzo 1990, n. 189, in *Cons. Stato*, I, 1993, 454.

Tuttavia, in caso di scelta della sanzione più grave rispetto a quella pecuniaria, si richiedeva una congrua motivazione a pena di illegittimità del provvedimento sanzionatorio per difetto di motivazione (Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 1986, n. 913, in *www.giustizia-amministrativa.it*).

(9) Sul punto v. T.A.R. Piemonte, Sez. I, 5 ottobre 2002 n. 1575, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2002, 3103. In dottrina, P. CERBO, *Commento all'art. 167*, in M. CAMELLI, a cura di, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 692, s.

(10) In questo senso, v. P. UNGARI, *Commento all'art. 167*, in G. TROTTA, G. CAJA, N. AICARDI, *Commento al codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., *passim*.

(11) Cfr. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 25 marzo 2013 n. 692, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2013, 3, 966, in cui si afferma che « in sede di autorizzazione paesaggistica, dato il valore costituzionale primario dell'ambiente, l'autorità amministrativa non deve svolgere una ponderazione comparativa tra un interesse primario ed un interesse secondario, ma unicamente operare un giudizio in concreto circa il rispetto da parte dell'intervento progettato delle esigenze connesse alla tutela del paesaggio stesso, ne consegue la necessità che la determinazione dell'ente locale debba essere motivata anche quando abbia contenuto positivo, favorevole al richiedente ».

(12) T.A.R. Toscana, Sez. III, 16 maggio 2012 n. 953, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Negli stessi termini, v. Cons. Stato, Sez. VI, 24 settembre 2012 n. 5066; T.A.R. Umbria, Sez. I, 29 novembre 2011 n. 388, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*.



perficie utile o nuovo volume realizzato, senza che sia necessario, ai fini dell'assentibilità, valutarne in concreto la compatibilità paesaggistica». Di contro, per un'interpretazione meno rigorosa delle disposizioni del Codice è da segnalare la sentenza del T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, n. 317/2008 (13), secondo il quale «se non ci si ferma a un'interpretazione letterale dell'art. 167, commi 4 e 5, del d. lgs. n. 42/2004 e si integra la norma con il principio di proporzionalità, si può osservare come il divieto di sanatoria paesistica abbia in realtà la funzione di impedire all'amministrazione di trasformare ordinariamente, attraverso il giudizio di compatibilità paesaggistica, il danno ambientale in equivalente in denaro. Il fatto compiuto viene quindi sanzionato con la remissione in pristino in quanto potrebbe indurre l'amministrazione ad accettare un prezzo in cambio di una lesione del vincolo paesistico. Dove tuttavia non sussista alcun danno ambientale, o addirittura sia possibile ottenere un guadagno ambientale con l'assunzione da parte del trasgressore di specifiche obbligazioni nell'interesse del vincolo paesistico non vi sono ragioni per escludere un'autorizzazione paesistica rilasciata in via successiva. Ciò a maggior ragione ove la costruzione sia regolarizzabile dal punto di vista urbanistico, in quanto sarebbe contraria all'art. 167, c. 4 e 5, del d. lgs. n. 42/2004 l'imposizione della sanzione demolitoria per opere che una volta demolite potrebbero essere costruite identiche».

### 3. Il rinvio pregiudiziale del T.A.R. Sicilia alla Corte di giustizia dell'UE. Considerazioni conclusive.

Ricostruendo tale quadro normativo, il T.A.R. Sicilia, sezione di Palermo, con l'ordinanza n. 802/2013 (14), pone alla Corte di giustizia dell'UE la seguente questione pregiudiziale: «se l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e il principio di proporzionalità come principio generale del diritto dell'UE, ostino all'applicazione di una normativa nazionale che, come l'art. 167, c. 4, lett. a), del d. lgs. n. 42/2004, esclude la possibilità del rilascio di una autorizzazione paesaggistica in sanatoria per tutti gli interventi umani comportanti l'incremento di superfici o volumi, indipendentemente dall'accertamento concreto della compatibilità di tali interventi con i valori di tutela paesaggistica dello specifico sito considerato» (15).

L'ordinanza in esame induce a due considerazioni: una prima riguarda il profilo procedurale della vicenda e quindi il ruolo della Corte di giustizia dell'UE nella materia di cui si tratta, con il relativo problema della necessità/opportunità dell'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'UE; la seconda, invece, prende in esame il merito della vicenda che di certo meriterebbe un'adeguata riflessione in sede legislativa nazionale.

Prima considerazione: non si condivide l'utilizzo dello strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'UE perché, allo stesso tempo, non si condivide l'argomentazione secondo la quale la materia «tutela del paesaggio» possa o debba essere ricondotta alla materia «tutela dell'ambiente», come sostenuto dal T.A.R. Sicilia (16). La ma-

(13) T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 19 marzo 2008 n. 317, in questa *Rivista*, 2008, I, 1187 ss.

Per un tentativo di ampliare in modo ragionevole le previsioni dell'art. 167, c. 4, del Codice, v. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 11 gennaio 2013 n. 35; Id., 30 ottobre 2012 n. 1859; T.A.R. Emilia Romagna, Parma, 15 settembre 2010 n. 435; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 21 settembre 2010 n. 17491, tutte in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

(14) Per un primo commento (critico) all'ordinanza del T.A.R. Sicilia, v. P. CARPENTIERI, *Paesaggio e Corti europee*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 5/2013.

(15) Ai sensi dell'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE «Ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale».

(16) In ambito internazionale si cita la nota Convenzione europea del paesaggio che è un documento adottato dal Comitato dei Ministri della Cultura e dell'Ambiente del Consiglio d'Europa il 19 luglio 2000. È stata firmata dai ventisette Stati della Comunità Europea e ratificata da dieci, tra cui l'Italia nel 2006 e recepita dal d. lgs. n. 42/2004. Ai sensi dell'art. 132 del Codice, rubricato *Convenzioni internazionali*, «1. La Repubblica si conforma agli obblighi ed ai principi di cooperazione tra gli Stati fissati dalle Convenzioni internazionali in materia di conservazione e valorizzazione del paesaggio. — 2. La ripartizione delle competenze in materia di paesaggio è stabilita in conformità ai principi costituzionali, anche



teria dell'ambiente è di certo di competenza dell'UE, ai sensi dell'art. 3, par. 3, e dell'art. 21, par. 2, lett. f), del Trattato sull'Unione europea, nonché degli artt. 4, 11, 114 e 191 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (17); mentre è del tutto assente una disciplina analoga in tema di paesaggio ed è, evidentemente, un'interpretazione estensiva delle norme la riconduzione della tutela del paesaggio alle disposizioni della Convenzione di Aarhus, approvata con Decisione 17 febbraio 2005, n. 2005/370/CE, in tema di accesso alle informazioni ambientali, ovvero agli artt. 1 e 3 della direttiva 13 dicembre 2001, n. 2001/92/UE, in tema di valutazione dell'impatto ambientale di determinati progetti pubblici e privati. Tali disposizioni, infatti, sono menzionate dall'art. 3-sexies, del d. lgs. n. 152/2006 (il c.d. Codice dell'ambiente) e dagli artt. 20 e seguenti del medesimo Codice in tema di valutazione dell'impatto ambientale.

Pertanto, negare la distinzione nozionistica e concettuale, e di conseguenza di tutela, e relative competenze, tra paesaggio (18) e ambiente (19) vuol dire negare il distinto processo evolutivo della nozione dei beni paesaggistici e quella dei beni ambientali che ha caratterizzato il nostro ordinamento e allo stesso tempo vuol dire negare la prevalenza dell'interesse alla tutela del paesaggio su qualunque altro interesse come costantemente sostenuto da una parte della giurisprudenza (20). Non si possono poi trascurare gli sviluppi legislativi nazionali che hanno caratterizzato le due materie, dalla l. n. 1497/1939 al d. lgs. n. 42/2004, per i beni paesaggistici, e dalla l. n. 349/1986 al d. lgs. n. 152/2006 per i beni ambientali; così come rilevano i diversi interventi della Corte costituzionale che, partendo dall'art. 9 Cost. e dall'art. 117 Cost. (21), hanno contribuito alla definizione e distinzione

con riguardo all'applicazione della Convenzione europea sul paesaggio adottata a Firenze il 20 ottobre 2000, e delle relative norme di ratifica ed esecuzione».

Sul tema si rinvia a G.F. CARTEI, a cura di, *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007; ID., *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa*, in questa *Rivista*, 2006, II, 19 ss.; ID., *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di, S. CASSESE, Milano, 2003, 2131 ss.

(17) Per un riconoscimento della politica ambientale tra gli obiettivi principali della Comunità europea: Corte di Giust. UE, 7 febbraio 1985, in causa C-240/8, in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu) con la quale la tutela dell'ambiente è considerata uno degli scopi fondamentali della Comunità; Corte di Giust. UE, 20 settembre 1988, in causa C-302/86, in [www.euro-lex.europa.eu](http://www.euro-lex.europa.eu), in cui si afferma che «la tutela dell'ambiente costituisce un'esigenza imperativa».

(18) I beni paesaggistici — che insieme ai beni culturali formano il patrimonio culturale (art. 2, c. 1, d. lgs. n. 42/2004) — ai sensi dell'art. 2, c. 3, del d. lgs. n. 42/2004 sono gli «immobili e le aree indicate all'art. 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge».

L'art. 131, c. 1, del Codice definisce il paesaggio come «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni».

(19) Il d. lgs. n. 152/2006 non dà una definizione di ambiente, ma nell'individuare il proprio obiettivo primario fa riferimento, all'art. 2, c. 1, al miglioramento della qualità della vita umana e all'utilizzazione razionale delle risorse naturali. La nozione di ambiente fa quindi riferimento a due aspetti: spazio in cui si vive da un lato, esseri viventi e cose inanimate con cui si viene a contatto dall'altra.

(20) La prevalenza dell'interesse alla tutela del paesaggio affonda le proprie radici nello stesso dettato costituzionale, come evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa e dalla Corte costituzionale, secondo la quale «l'art. 9 Cost., accumulando la tutela del paesaggio a quella del patrimonio storico-artistico, da una parte configura quest'ultimo come valore estetico-culturale e, dall'altro, lo assume secondo una scelta operata al massimo livello dell'ordinamento come valore primario insuscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro».

In questi termini, v. Cons. Stato, Sez. VI, 10 agosto 1988 n. 976, in *Cons. Stato*, 1988, I, 937; Corte cost., 13 luglio 2007 n. 267, in [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

Da ultimo, v. Cons. Stato, Sez. VI, 29 gennaio 2013 n. 533, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, I, 240, il quale osserva che «la ripartizione delle competenze in materia di paesaggio è stabilita dall'art. 132 del Codice (sostituito dall'art. 2, c. 1, lett. b) del d. lgs. n. 63/2008) in conformità ai principi costituzionali e con riguardo all'applicazione della Convenzione europea sul paesaggio: l'oggetto della tutela del paesaggio non è il concetto astratto di bellezze naturali, ma l'insieme delle cose, beni materiali o loro composizioni che presentano «valore paesistico»; pertanto, la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario, deve essere considerata un valore primario ed assoluto, che precede e comunque costituisce un limite alla tutela degli altri interessi pubblici assegnati alla competenza concorrente delle regioni, in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali».

Negli stessi termini, v. Cons. Stato, Sez. VI, 11 gennaio 2013 n. 118, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2013, I, 221.

(21) Per una ricostruzione degli sviluppi della nozione di paesaggio e di ambiente nella giurispru-



dei due beni, e questo permette di affermare che la nozione di paesaggio non si identifica con quella di ambiente, ma semmai si collega a questa come parte rispetto al tutto. A confermare la tendenziale separazione e distinzione tra «ambiente» e «paesaggio» è anche la previsione dell'art. 117, c. 2, lett. s), Cost. che fa rientrare nella competenza legislativa esclusiva dello Stato la «tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali». Di certo, come è stato argomentato dalla dottrina (22) e dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, i confini tra le due materie non sono sempre così definiti. Infatti, la tutela paesaggistica, come quella ambientale o come quella urbanistica, possono riguardare pur sempre gli stessi oggetti (ad esempio un territorio), ossia costituiscono forme di tutela che realizzano, quanto alla sfera degli interessi coinvolti e delle esigenze relative al territorio, «un'endiadi unitaria» (23), ma diverse sono le finalità in relazione alle quali lo stesso oggetto viene riguardato e le finalità paesaggistiche costituiscono una parte delle finalità di tipo ambientale. Avendo finalità diverse, e partendo da una nozione diversa di bene paesaggistico e di bene ambientale, pare evidente che vi debba essere una disciplina e una soluzione diversa dei conflitti che possono sorgere tra beni paesaggistici e beni ambientali da una parte e altri beni, come la proprietà, dall'altra (24). Per questo motivo non pare possibile considerare l'incompatibilità dell'art. 167, c. 4, lett. a) del Codice con il diritto dell'UE, applicando acriticamente e per analogia con i beni ambientali l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e i principi enunciati dalla sentenza della Corte di giustizia, 15 gennaio 2013, in causa C-416/10 (25), citata dall'ordinanza del T.A.R. siciliano, che ha come oggetto il procedimento di valutazione d'impatto ambientale e quindi il conflitto tutela dell'ambiente-tutela della proprietà.

Per questo motivo, il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia da parte del T.A.R. Sicilia, non avendo nel diritto dell'UE un autonomo fondamento giuridico sul quale far valere l'incompatibilità dell'art. 167, c. 4, lett. a) del Codice pare solo un modo per superare i limiti posti dalla norma in tema di autorizzazione postuma, senza passare prima da un intervento della Corte costituzionale. Questo si spiega, probabilmente, con la consapevolezza della tradizionale contrarietà a forme di autorizzazione postuma della Corte, la quale, prima dell'avvento di una giurisprudenza pretoria sul tema e dell'intervento del legislatore con le norme citate, aveva negato qualunque forma di autorizzazione in sanatoria in tema di paesaggio, proprio per la sua tutela, come garantita dall'art. 9 Cost. (26). E

denza della Corte costituzionale, si rinvia a B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2005, 13 ss.; P. CARPENTIERI, *La nozione giudica del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 405 ss.

Inoltre, sul tema, si rinvia ai fondamentali contributi di A.M. SANDULLI, *La tutela del paesaggio nella Costituzione*, in questa *Rivista*, 1967, II, 69 ss. e M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss.

(22) Sul punto si rinvia alle osservazioni di A. CROSETTI, in A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, cit., 179 ss.

In giurisprudenza, v. Corte cost., 7 novembre 2007 n. 367, in *www.giurcost.org*.

(23) In questi termini, *ex multis*, si è espressa la Corte costituzionale con la sentenza 27 luglio 2000 n. 378, in *www.giurcost.org*.

(24) È la stessa Convenzione europea del paesaggio, cit., a fondare la diversità del bene paesaggio dal bene ambiente. Infatti, il suo art. 5 dispone che «Ogni Parte si impegna a:

a) riconoscere giuridicamente il paesaggio in quanto componente essenziale del contesto di vita delle popolazioni, espressione della diversità del loro comune patrimonio culturale e naturale e fondamento della loro identità;

b) stabilire e attuare politiche paesaggistiche volte alla protezione, alla gestione, alla pianificazione dei paesaggi tramite l'adozione delle misure specifiche di cui al seguente articolo 6;

c) avviare procedure di partecipazione del pubblico, delle autorità locali e regionali e degli altri soggetti coinvolti nella definizione e nella realizzazione delle politiche paesaggistiche menzionate al precedente capoverso b);

d) integrare il paesaggio nelle politiche di pianificazione del territorio, urbanistiche e in quelle a carattere culturale, ambientale, agricolo, sociale ed economico, nonché nelle altre politiche che possono avere un'incidenza diretta o indiretta sul paesaggio».

(25) La Corte di giustizia ha affermato che «il diritto di proprietà non si presenta quale prerogativa assoluta, bensì deve essere considerato in rapporto alla sua funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all'esercizio di questo diritto, purché tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile che leda la sostanza del diritto così garantito».

(26) Cfr. Corte cost., 6 marzo 2000 n. 46, in *Riv. pen.*, 2001, 526 ss., nota di M. SANTOLOCI, *La Corte costituzionale: impossibile la concessione in sanatoria per abusi in aree vincolate*.



la necessità di una tutela «rinforzata», ad esempio rispetto alla tutela dell'ambiente, pare da ricondurre alla maggiore complessità del bene paesaggistico, il quale, come definito dall'art. 131, c. 1, del Codice, rappresenta «il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalla loro interrelazione». Quindi, il problema che pone il T.A.R. Sicilia è un tema che deve essere valutato e ponderato a livello nazionale e non europeo e quindi deve seguire le procedure nazionali dinanzi alle istituzioni nazionali, come del resto si è cercato di fare, ma per il momento senza successo, in attuazione della delega contenuta all'art. 44, c. 1, del d.l. n. 5/2012, per la modifica del d.p.r. n. 139/2010 (27).

Seconda considerazione: una volta ricondotto il tema dell'autorizzazione paesaggistica postuma in ambito nazionale, nel merito, l'ordinanza del T.A.R. Sicilia in esame è da condividere solo in parte. Infatti, se si condivide la necessità di dover rimeditare l'applicazione di misure presuntive per la negazione di una autorizzazione paesaggistica in sanatoria, dall'altra non si condivide che sia stato violato dall'art. 167, c. 4, lett. a), del Codice, il principio di proporzionalità (28), soprattutto se si tiene conto degli sviluppi giurisprudenziali prima e legislativi dopo che hanno caratterizzato il tema di cui si tratta come già si è detto in precedenza. Infatti, bisogna ricordare che solo nel 2000 il Consiglio di Stato ha affermato la legittimità delle autorizzazioni paesaggistiche in sanatoria, superando il consolidato orientamento giurisprudenziale che escludeva in modo tassativo, a differenza dell'art. 13 della l. n. 47/1985 in materia edilizia, l'ammissibilità di autorizzazioni paesaggistiche postume e sulla base di una nuova interpretazione dell'art. 15 della l. n. 1497/1939 (29). Questa apertura, poi recepita a livello legislativo, ha anche consentito agli enti locali di rilasciare sanatorie per superare i pregressi casi di opere non autorizzate, venendo così ad incrementare la realizzazione di interventi abusivi in zone vincolate.

L'ammissibilità di autorizzazioni postume, pur nei limiti imposti dall'art. 167, c. 4, lett. a), b) e c), è già di per sé applicazione del principio di proporzionalità a tutela del paesaggio e del diritto di proprietà, e il problema — tipico della materia ambientale quando si definiscono, sulla base di valutazioni tecniche, le c.d. «soglie di rischio» in riferimento alle varie tipologie di inquinamento — è quello di stabilire, in sede legislativa nazionale e quindi di politica del paesaggio, quale sia il punto di bilanciamento tra la tutela del patrimonio culturale e la tutela del diritto di proprietà, modificando l'art. 167, c. 4, lett. a), b) e c), e ancora che cosa debba intendersi per «abuso minore», o persino che cosa debba intendersi per «superficie o volume» (art. 167, c. 4, lett. a), visto il consolidato contrasto sul tema tra le interpretazioni (e quindi il divieto di sanatoria) delle Soprintendenze e le successive pronunce di annullamento dei divieti da parte dei giudici amministrativi (30). Pertanto, non si condividono le argomentazioni del T.A.R. Sicilia in riferimento

(27) L'art. 44, c. 1, rubricato *Semplificazioni in materia di interventi di lieve entità*, del d.l. 9 febbraio 2012 n. 5, conv. in l. 4 aprile 2012 n. 35, prevede che «1. Con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, c. 2, della l. 23 agosto 1988 n. 400, entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente decreto, su proposta del Ministro per i beni e le attività culturali, d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'art. 3 del d. lgs. 28 agosto 1997 n. 281, sono dettate disposizioni modificative e integrative al regolamento di cui all'art. 146, c. 9, quarto periodo, del Codice di cui al d. lgs. n. 42/2004, e successive modificazioni, al fine di precisare le ipotesi di interventi di lieve entità, nonché allo scopo di operare ulteriori semplificazioni procedurali, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli artt. 19, c. 1, e 20, c. 4, della l. n. 241/1990, e successive modificazioni».

(28) Sul principio di proporzionalità, v. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.-U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; V. PARISIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2006, 6, 2006.

(29) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 ottobre 2000 n. 5373, in *Cons. Stato*, 2000, I, 2178; Id., 31 ottobre 2000 n. 5851, *ivi*, 2000, I, 2355; Id., Sez. VI, 16 novembre 2000 n. 6130, *ivi*, 2000, I, 2471; Id., 4 dicembre 2000 n. 6469, in questa *Rivista*, 2001, I, 481; Id., Sez. VI, 21 febbraio 2001 n. 912, in questa *Rivista*, 2001, I, 858; Id., Sez. IV, 10 marzo 2004 n. 1205, in questa *Rivista*, 2004, I, 546; Id., Sez. VI, 30 marzo 2004 n. 1695, in questa *Rivista*, 2004, I, 709; Id., Sez. VI, 12 maggio 2004 n. 2994, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

Tale orientamento è stato poi consolidato dal parere reso dal Cons. Stato, ad. gen., 11 aprile 2002 n. 4, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

(30) *Ex multis*, v. T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 25 giugno 2013, n. 1429, in *www.giustizia-amministrativa.it* e T.A.R. Puglia, Bari, 11 gennaio 2013, n. 35, *ivi*, il quale osserva che «la necessità di interpretare le eccezioni al divieto di rilasciare l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria (previste dall'art. 167, c. 4,



al sacrificio del principio di proporzionalità che proprio in riferimento al paesaggio può assumere un significato poco ben definito e fin troppo soggettivamente interpretabile (si pensi cosa possa essere il paesaggio nei diversi Stati membri dell'UE o alla rilevanza costituzionale o meno del valore-paesaggio), ma, allo stesso tempo, si condivide la necessità di allargare le strette poste dalla legislazione italiana sul punto, superando le c.d. misure presuntive e ritenendo necessaria una verifica della compatibilità paesaggistica di un'opera anche al di fuori dei casi di cui all'art. 167, c. 4, lett. a), b) e c) del Codice e sempre sulla base di un giudizio tecnico-discrezionale operato dalla soprintendenza competente. Il fine di tale ammissibilità non solo è importante per superare alcuni profili critici che potrebbero sorgere a seguito di esiti diversi del procedimento in sanatoria in materia di paesaggio e quello ad esempio in materia di edilizia (31), ma lo è anche a tutela del paesaggio stesso, il quale non necessariamente subisce un pregiudizio da un intervento non previamente assentito e con una variazione di volume o di superficie che caso per caso andrà valutata in rapporto alle prescrizioni dei piani paesistici e ai provvedimenti di vincolo (32). Invece, il carattere tipico delle ipotesi dell'art. 167, c. 4, del Codice, nelle quali l'amministrazione può valutare la compatibilità paesaggistica *ex post* degli interventi pone una contraddizione perché qualora tali ipotesi non ricorrano, deve essere ordinata la rimessione in pristino (e non quella pecuniaria) anche per gli interventi di lieve entità che non hanno determinato alcun danno al bene paesaggio tutelato e che hanno creato solo un mutamento (forse migliorativo) non incompatibile con il fisiologico divenire del bene paesaggio (33). In definitiva, i possibili conflitti tra la tutela dei valori del paesaggio e la tutela

del d. lgs. n. 42/2004) in coerenza con la *ratio* dell'introduzione di tale divieto, induce il Collegio a ritenere, confermando l'orientamento di questa Sezione dal quale non si ha motivo di discostarsi (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 30 ottobre 2012 n. 1859) che esolino dalla eccezione prevista dall'art. 167, c. 4, lett. a), gli interventi che abbiano contestualmente determinato la realizzazione di nuove superfici utili e di nuovi volumi e che, di converso, siano suscettibili di accertamento della compatibilità paesistica anche i soppalchi, i volumi interrati ed i volumi tecnici atteso che i volumi tecnici, proprio in ragione dei caratteri che li contraddistinguono, trattandosi di opera priva di autonoma rilevanza urbanistico-funzionale che non risultano particolarmente pregiudizievole per il territorio, sono inidonei ad introdurre un impatto sul territorio eccedente la costruzione principale (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 15 dicembre 2010 n. 27380).

(31) L'impossibilità di un'autorizzazione paesaggistica postuma rende in sostanza non utilizzabile il permesso di costruire in sanatoria per i noti meccanismi che regolano il rapporto tra i due diversi titoli autorizzativi. Ai sensi dell'art. 146, c. 4, del Codice «l'autorizzazione paesaggistica costituisce un atto autonomo e presupposto rispetto al permesso di costruire e agli altri atti legittimanti l'intervento urbanistico-edilizio». Questa disposizione — anche alla luce di una precedente pronuncia del Cons. Stato, ad. plen., 3 ottobre 1988 n. 8, in questa *Rivista*, 1988, I, 1012 — deve essere intesa non nel senso della necessaria preesistenza dell'autorizzazione rispetto al titolo edilizio. La disposizione citata prosegue stabilendo che l'autorizzazione non può essere rilasciata in sanatoria dopo l'inizio dei lavori e che è comunque valida per un termine quinquennale decorso il quale occorrerà richiederne nuovamente l'emissione. Ciò che conta, pertanto, è la coesistenza dei due provvedimenti e non anche la preesistenza di uno di questi (l'autorizzazione paesaggistica) rispetto all'altro (il titolo edilizio).

Sui rapporti tra autorizzazione paesaggistica e permesso di costruire, cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 18 novembre 2009 n. 7634, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 11 luglio 2008 n. 3433, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2008, 7-8, 2080 ss.; Id., Sez. VI, 10 febbraio 2006 n. 547, *ivi*, 2006, 2, 532 ss.; Id., Sez. VI, 2 maggio 2005 n. 2073, in questa *Rivista*, 2005, 5, I, 1569 ss.; Id., Sez. V, 11 marzo 1995 n. 376, in *Foro amm.*, 1995, 604 ss.; Id., Sez. V, 1° febbraio 1990 n. 61, in *Riv. giur. urb.*, 1990, 245 ss.. Più recentemente si veda T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 5 giugno 2012 n. 2652, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2012, 6, 2053 ss.

In dottrina, v. F. MERLONI, *L'impossibile equilibrio tra governo del territorio e pianificazioni di tutela di settore*, in *Le regioni*, 2006, 1194 s.

(32) Sul tema della pianificazione paesaggistica, v. A. MANSI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2004, 577 ss.; M. PALLOTTINO, *La pianificazione paesaggistica secondo il codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2004, 525 ss.; P. URBANI, *La costruzione del piano paesaggistico*, in *Urb. e app.*, 2006, 381 ss.; G.F. CARTEI, *Paesaggio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, cit., 4069 ss.; G. GALASSO, *La tutela del paesaggio in Italia*, Napoli, 2007, *passim*; A. CROSETTI, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, cit., 229 ss.; A. CARACCIOLLO LA GROTTIERA, *Aspetti della tutela paesaggistica*, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, 2319 ss.; G. CUNDARI, *Pianificazione paesaggio governo del territorio*, Torino, 2010, *passim*; AA.VV., *Diritto dell'ambiente*, a cura di G. ROSSI, Torino, 2011, 223 ss.; N. LUGARESÌ, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2012, 159 ss.; P. LOMBARDI, *Pianificazione paesaggistica*, in AA.VV., *Commentario breve alle leggi in materia di urbanistica ed edilizia*, a cura di R. FERRARA, G.F. FERRARI, Padova, 2010, 850 ss.; ID., *La pianificazione paesaggistica*, in *www.federalismi.it*, e bibliografia e giurisprudenza *ivi* citata.

(33) A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, 1981, 507, osserva che il paesaggio «è fatto fisico, oggett-



di altri valori costituzionalmente protetti devono essere risolti in concreto, attraverso una ponderazione comparativa di tutti gli interessi coinvolti, non potendosi configurare alcuna rigida e presuntiva preminenza valoriale. Di conseguenza, come ha affermato anche la Corte costituzionale, la primarietà dei valori connessi alla tutela del paesaggio non ne può legittimare, soprattutto attraverso l'impiego di misure presuntive, una concezione che paralizzi ogni altra attività nell'ottica di una tutela monosettoriale, a discapito di altri beni-valori costituzionalmente rilevanti (34).

ROBERTO LEONARDI

tivo, ma al tempo stesso, un farsi, un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile».

È una concezione di paesaggio che emerge anche dalla Convenzione europea sul paesaggio, cit., il cui art. 1 afferma che «il paesaggio designa una determinata parte del territorio, così com'è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni».

(34) Corte cost., 28 giugno 2004 n. 196, in *Foro it.*, 2005, I, 327.

Negli stessi termini, per la giurisprudenza amministrativa più recente, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 29 gennaio 2009 n. 530, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2009, I, 197; T.A.R. Molise, Sez. I, 8 aprile 2009 n. 115, in *Dir. e giur. agr.*, 2009, 711; T.A.R. Toscana, Sez. II, 14 ottobre 2009, 1536, *ivi*, 2010, 491; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 22 luglio 2010 n. 16938, in *Dir. e giur. agr.*, 2011, 496; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, ord. 17 dicembre 2010 n. 904, in *Foro amm.-T.A.R.*, 2011, 753.

In senso non conforme, v. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 13 luglio 2012 n. 1342, in *www.giustizia-amministrativa.it*, il quale osserva che «in realtà è solo la tutela paesaggistica a godere di copertura costituzionale, attraverso il richiamo dell'art. 9 Cost., ed essa finirebbe invece con l'essere subordinata alle valutazioni urbanistiche che non godono della stessa copertura. D'altronde, la tutela paesaggistica è stata introdotta proprio perché la tutela urbanistica si rivela da sola inadeguata ad assicurare nelle aree protette quel principio di protezione sostenibile di cui ha parlato Cons. Stato, Sez. VI, 16 novembre 2004 n. 7472, secondo cui il problema del punto di equilibrio tra realizzazione di infrastrutture e tutela dell'ambiente e del paesaggio è, dunque, del concreto atteggiarsi del principio dello sviluppo sostenibile (ora codificato dall'art. 3-*quater*, d. lgs. n. 152/2006), meglio si chiarisce anche in relazione alla valutazione dell'utilizzazione economica delle aree protette; per cui non dovrebbe parlarsi di sviluppo sostenibile ossia di sfruttamento economico dell'ecosistema compatibile con esigenza di protezione, ma, con prospettiva rovesciata, di protezione sostenibile, intendendosi con tale terminologia evocare i vantaggi economici che la protezione in sé assicura senza compromissione di equilibri economici essenziali per la collettività. Si deve ammettere l'alterazione dei valori ambientali solo in quanto non vi siano alternative possibili».

## Paesaggio e diritto europeo.

SOMMARIO: 1. L'ordinanza del T.A.R. Palermo. — 2. Riforma normativa, rimessione alla Consulta o «fuga» verso Lussemburgo? — 3. Il divieto di autorizzazione *ex post*: un principio di civiltà giuridica: la tutela del paesaggio presa sul serio. — 4. Che c'entra la Corte di giustizia dell'Unione europea? — 5. Il tema dell'«abuso» delle Corti europee usate come «grimaldello» per forzare gli assetti costituzionali interni: cosa è *ius* e cosa è *lex*? — 6. Proporzionalità. Un principio molto relativo (che dipende da come uno vede le cose nel mondo).

### 1. L'ordinanza del T.A.R. Palermo.

Con l'ordinanza 10 aprile 2013, n. 802 il T.A.R. Sicilia, Palermo, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea la seguente questione pregiudiziale: se l'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE ed il principio di proporzionalità come principio generale del diritto dell'UE ostino all'applicazione di una normativa nazionale che, come l'art. 167, comma 4, lett. a), del decreto legislativo n. 42 del 2004, esclude la possibilità del rilascio di una autorizzazione paesaggistica in sanatoria per tutti gli interventi umani comportanti l'incremento di superfici e volumi, indipendentemente dall'accertamento concreto della compatibilità di tali interventi con i valori di tutela paesaggistica dello specifico sito considerato.