

EDILIZIA E URBANISTICA - AUTORIZZAZIONE PAESAGGISTICA: Consiglio di Stato, Sez. Settima, 31 dicembre 2023, n. 11390 in Urbanistica e appalti, 2024, 4, pag. 517, con nota di Calogero Commandatore *“La percepibilità dell'intervento edilizio e la sua (ir-)rilevanza paesaggistica”*

1. Tutela paesaggistica - Autorizzazione paesaggistica postuma -Inammissibilità ex art. 146, co. 4, D.Lgs. n. 42 del 2004 -Derogabilità: solo per interventi cc.dd. 'minori' ex art. 167.

2. Tutela paesaggistica - Autorizzazione paesaggistica postuma ex art. 146, co. 4, D.Lgs. n. 42 del 2004 -Interpretazione estensiva delle ipotesi di autorizzazione postuma in sanatoria - Inammissibilità -Ragioni.

3. Tutela paesaggistica - Autorizzazione paesaggistica postuma ex art. 146, co. 4, D.Lgs. n. 42 del 2004 -Trasformazione di alcuni locali da un uso autorimessa ad un uso abitativo - Inammissibilità -Ragioni: "creazione di superfici utili".

1. Ai sensi del comma 4 dell'articolo 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004 (il quale, nella sua attuale formulazione, riprende in sostanza la generale previsione di cui all'originario articolo 146, comma 10, lettera c)), l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione - anche parziale - degli interventi cui si riferisce.

Il medesimo comma 4 stabilisce, tuttavia, che tale generale divieto non trova applicazione in alcune ipotesi fra cui - ai fini che qui rilevano - quella degli interventi cc.dd. 'minori' di cui al successivo articolo 167,

2. In base a generali criteri ermeneutici, siccome le ipotesi di cui al comma 4, cit. recano eccezione a un principio di ordine generale (quello della generale non sanabilità ex post degli interventi assoggettati ad autorizzazione paesaggistica), le relative previsioni sono di stretta interpretazione e - nei casi dubbi - l'interprete deve prediligere l'opzione che abbia per effetto quello di restringerne (e non di ampliarne) il campo di applicazione.

A fronte di due possibili interpretazioni (entrambe astrattamente plausibili) del richiamato comma 4 l'interprete deve dunque privilegiare quella maggiormente conforme al principio di tendenziale inestensibilità delle ipotesi di autorizzazione postuma in sanatoria rispetto a quella tendenzialmente difforme rispetto a tale principio.

3. Il legislatore esclude che possano rientrare nel novero degli interventi cc.dd. 'minori' quelli che abbiano determinato "creazione di superfici utili o volumi". Ne consegue che:

- mentre nel caso della volumetria l'invarianza consente comunque di predicare il carattere 'minore' dell'intervento

- al contrario, nel caso della superficie, anche un intervento realizzato in invarianza (ma che abbia modificato la composizione relativa della superficie e la sua concreta utilizzabilità) può esulare dall'ambito di quelli di carattere 'minore'.

Quindi, siccome gli interventi realizzati dal sig. L.T. avevano certamente determinato - sia pure nell'invarianza della superficie in termini assoluti - un oggettivo incremento della 'superficie utile' in termini abitativi, gli stessi non erano ascrivibili al novero degli 'interventi minori' di cui all'articolo 167, comma 4 del D.Lgs. n. 42 del 2004.

Svolgimento del processo

Gli appellanti signori T., G., T. ed E. sono proprietari di unità immobiliari nel fabbricato posto in M. (A.), via C. n. 49-49/A.

In data 8 febbraio 2011 il Comune di Montevarchi rilasciava al controinteressato sig. L.T. un'autorizzazione edilizia relativa ad alcune opere da realizzare in un'unità immobiliare di proprietà di quest'ultimo nel medesimo fabbricato. Le opere consistevano nella suddivisione di un locale, originariamente unico, con destinazione garage-cantina, con creazione di due monolocali ad uso civile abitazione.

Gli odierni ricorrenti impugnavano tale provvedimento ottenendo una pronuncia favorevole (TAR Toscana, sent. 656/2010). Con successiva sentenza n. 5731 del 2013 questo Consiglio di Stato respingeva il ricorso in appello proposto dal Comune di Montevarchi avverso la sentenza di primo grado.

Successivamente, il sig. T.L. proponeva un'istanza di accertamento di conformità ai sensi dell'articolo 140 della L.R. n. 5 del 2015 per sanare l'intervento effettuato dal punto di vista edilizio, nonché un'istanza di accertamento di compatibilità paesaggistica ai sensi dell'articolo 181 del D.Lgs. n. 42 del 2004.

Con atto in data 2 novembre 2015 la competente Soprintendenza per le belle arti e il paesaggio delle province di Siena, Grosseto e Arezzo rilasciava parere favorevole all'accertamento di compatibilità paesaggistica e, in seguito, veniva rilasciato dal Comune di Montevarchi il richiesto accertamento di compatibilità paesaggistica, nonché l'attestazione di conformità (atto in data 26 aprile 2016). L'atto da ultimo richiamato rappresentava il presupposto per il rilascio, da parte del Comune, dell'attestazione di conformità (che, in effetti, veniva rilasciata in data 15 dicembre 2016).

Questi ultimi atti venivano nuovamente impugnati dai ricorrenti dinanzi al TAR della Toscana (ricorso n. 664/2016).

Con l'impugnata sentenza n. 276/2019 il Tribunale amministrativo regionale adito respingeva il ricorso dichiarandone l'infondatezza.

La sentenza in questione è stata impugnata dai signori T., G., T. ed E.P. hanno proposto ricorso in appello, articolando due motivi di ricorso.

Il primo motivo è rubricato: 1) Errore di motivazione con riferimento all'unico motivo del ricorso originario e dei primi motivi aggiunti. violazione ed erronea applicazione dell'articolo 146, comma 4, dell'articolo 167, comma 4; dell'articolo 181, comma 1 ter, del D.Lgs. n. 42 del 2004. violazione degli articoli 58 e 59 della L.R. n. 1 del 2005. violazione della L.R. n. 65 del 2014. violazione del D.P.R. n. 380 del 2001. eccesso di potere per carenza ed errore di motivazione; carenza ed errore di istruttoria; travisamento dei fatti; difetto dei presupposti; sviamento di potere.

Con tale motivo viene in sostanza riproposto il primo motivo del ricorso di primo grado, secondo cui le opere realizzate dal controinteressato esulerebbero dall'ambito di applicazione dell'articolo 167,

comma 4, del D.Lgs. n. 42 del 2004, trattandosi di interventi di ristrutturazione edilizia, idonei ad incidere sul volume e sulla superficie dell'edificio.

Si contesta poi la sentenza Tar nella parte in cui ha affermato che "la nozione di superficie utile e volume è diversa ai fini urbanistici ed ai fini ambientali, e nei giudizi paesistici è utile solo il volume percepibile come ingombro alla visuale o come innovazione non diluibile nell'insieme paesistico, per cui - in buona sostanza - tutti gli incrementi di volume e superfici utili derivanti da opere interne e mutamenti di destinazioni d'uso sarebbero irrilevanti dal punto di vista ambientale".

I ricorrenti ritengono contrario al dato normativo affermare che gli aumenti di superficie utili e di volume derivanti da opere interne e da mutamenti di destinazioni d'uso siano irrilevanti dal punto di vista paesaggistico. Ai sensi della stessa Circolare del MIBAC n. 33/2009, richiamata nei provvedimenti impugnati, il divieto di rilascio dell'accertamento di compatibilità paesaggistica di cui all'articolo 146, comma 4 del D.Lgs. n. 42 del 2004, cit. riguarda qualsiasi addizione volumetrica o di superficie, quale che sia la sua destinazione d'uso, e quindi anche qualora si tratti di volumi o superfici ritenute irrilevanti dal punto di vista urbanistico o edilizio, tranne i volumi tecnici.

I ricorrenti contestano, altresì, la sentenza di primo grado nella parte in cui ha stabilito che l'intervento per cui è causa dovrebbe essere ricondotto alla nozione di restauro e risanamento conservativo e non già a quella di ristrutturazione

Secondo gli appellanti il primo Giudice, richiamando al riguardo l'articolo 3, comma 1, lett. a), del D.P.R. n. 380 del 2001, avrebbe dato allo stesso una interpretazione erranea e contrastante con il suo tenore letterale. Ai sensi del medesimo articolo, infatti, un semplice intervento di restauro prevede la sostituzione o la conservazione di elementi degli edifici preesistenti o, comunque, l'inserimento di elementi nuovi che abbiano tuttavia carattere accessorio. Si tratta di operazioni che, nel caso di specie, sarebbero invece state ben più importanti e rilevanti, in quanto una finestra è stata trasformata in porta-finestra ed è stata aperta una seconda porta finestra in precedenza inesistente; inoltre, una porzione di resede antistante l'ingresso al monolocale con accesso dal retro dell'edificio, in precedenza allo stato naturale, è stata pavimentata a porfido.

Gli appellanti hanno poi riproposto la censura già articolata con i motivi aggiunti in primo grado secondo cui l'intervento per cui è causa, qualificabile quale ristrutturazione edilizia, sarebbe soggetto a permesso di costruire ai sensi dell'articolo 134 della medesima fonte normativa, o a SCIA ai sensi dell'articolo 135, comma 2, lettera d).

Il secondo motivo di appello è rubricato Errore di motivazione con riferimento al secondo motivo dei motivi aggiunti con i quali si è impugnata l'attestazione di conformità edilizia rilasciata dal comune di Montevarchi al controinteressato. violazione ed erranea applicazione del D.P.R. n. 380 del 2001 (in particolare articoli 10, 23 ter, 36 e 37) e della L.R. Toscana n. 65 del 2014 (in particolare articoli 99,

134, 135, 142, 145 e 209). violazione ed erronea applicazione del regolamento edilizio e del regolamento urbanistico del comune di Montevarchi. Nullità del provvedimento impugnato. Eccesso di potere per carenza ed errore di motivazione; carenza ed errore di istruttoria; travisamento dei fatti; difetto dei presupposti; Sviamento di potere

Con tale motivo gli appellanti ripropongono le censure, già sollevate in primo grado con i motivi aggiunti, avverso l'attestazione di conformità edilizia rilasciato dal Comune in data 15 dicembre 2016. Ribadendo la natura di opere di restauro e non di ristrutturazione degli interventi realizzati, i ricorrenti ritengono viziata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto sufficiente l'Attestazione di conformità e non necessario, invece, il permesso di costruire o la SCIA.

Si è costituito in giudizio il Comune di Montevarchi il quale ha concluso nel senso dell'infondatezza dell'appello.

All'udienza straordinaria di smaltimento dell'arretrato del 10 novembre 2023 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Motivi della decisione

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso proposto dai signori T., G., T. ed E. (proprietari di alcune unità immobiliari in un fabbricato ubicato in M. (A.), alla via C.) avverso la sentenza del TAR della Toscana n. 276/2019 con cui è stato respinto il ricorso da loro proposto avverso gli atti con cui il Comune (previo rilascio di parere favorevole da parte della competente Soprintendenza) ha dapprima rilasciato l'accertamento di compatibilità paesaggistica, e in seguito, ha rilasciato la richiesta attestazione di conformità in relazione ad alcuni interventi realizzati nell'ambito del medesimo stabile dal controinteressato sig. L.T..

2. Con il primo motivo di appello (reiterativo in sostanza di un analogo motivo già articolato in primo grado e dichiarato infondato dal TAR) gli odierni appellanti lamentano che erroneamente il TAR avrebbe ritenuto possibile nel caso in esame rilasciare la c.d. 'autorizzazione paesaggistica postuma in sanatoria' ai sensi dell'articolo 167, comma 4 del D.Lgs. n. 42 del 2004.

In particolare, con il motivo in questione gli appellanti negano che sussistessero le - eccezionali - condizioni di cui al richiamato comma 4 e, in particolare, negano che ricorressero:

- le condizioni di cui alla lettera a) (mancata creazione di superfici utili o volumi, ovvero aumento di quelli già in precedenza legittimamente realizzati)
- le condizioni di cui alla lettera c) (riconducibilità degli interventi in contestazione alla nozione di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del D.P.R. n. 380 del 2001).

2. Il motivo è nel complesso fondato, dovendosi escludere che nel caso in esame sussistessero le condizioni per ammettere la c.d. 'autorizzazione paesaggistica postuma in sanatoria' ai sensi dell'articolo 167, comma 4 del D.Lgs. n. 42 del 2004.

2.1. La prima questione che il Collegio è chiamato a stabilire è l'esatto significato da riconoscere alla nozione di "creazione di superfici utili o volumi" di cui all'articolo 167, comma 4, lettera a), cit. e se gli interventi realizzati dall'odierno controinteressato fossero riconducibili a tale nozione.

Va premesso al riguardo che, come è noto, ai sensi del comma 4 dell'articolo 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004 (il quale, nella sua attuale formulazione, riprende in sostanza la generale previsione di cui all'originario articolo 146, comma 10, lettera c)), l'autorizzazione paesaggistica non può essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione - anche parziale - degli interventi cui si riferisce.

Il medesimo comma 4 stabilisce, tuttavia, che tale generale divieto non trova applicazione in alcune ipotesi fra cui - ai fini che qui rilevano - quella degli interventi cc.dd. 'minori' di cui al successivo articolo 167,

In base a generali criteri ermeneutici, siccome le ipotesi di cui al comma 4, cit. recano eccezione a un principio di ordine generale (quello della generale non sanabilità ex post degli interventi assoggettati ad autorizzazione paesaggistica), le relative previsioni sono di stretta interpretazione e - nei casi dubbi - l'interprete deve prediligere l'opzione che abbia per effetto quello di restringerne (e non di ampliarne) il campo di applicazione.

Tanto premesso dal punto di vista generale, ci si può ora domandare se gli interventi realizzati dal signor L.T. potessero essere ricondotti al novero degli interventi cc.dd. 'minori' di cui al richiamato articolo 167, comma 4.

In particolare (pacifico essendo che tali interventi non abbiano determinato incrementi della volumetria del fabbricato e della superficie astrattamente calpestabile) ci si domanda se l'intervenuta trasformazione di alcuni locali da un uso autorimessa ad un uso abitativo abbiano invece determinato la "creazione di superfici utili" richiamata dal ridetto comma 4.

La locuzione utilizzata dal legislatore sembra prestarsi astrattamente a due interpretazioni:

- quella secondo cui, in caso di mancato aumento della superficie, l'intervento potrebbe essere comunque ascritto al novero di quelli 'minori'
- quella secondo cui anche il cambio di destinazione che abbia consentito un diverso e più intenso utilizzo della superficie preesistente - invariata in termini assoluti - impedirebbe la sanatoria.

Ad avviso del Collegio occorre propendere per la seconda delle richiamate opzioni interpretative, per almeno due ragioni.

In primo luogo, per una ragione di ordine testuale: il legislatore esclude che possano rientrare nel novero degli interventi cc.dd. 'minori' quelli che abbiano determinato "creazione di superfici utili o volumi". Ne consegue che:

- mentre nel caso della volumetria l'invarianza consente comunque di predicare il carattere 'minore' dell'intervento

- al contrario, nel caso della superficie, anche un intervento realizzato in invarianza (ma che abbia modificato la composizione relativa della superficie e la sua concreta utilizzabilità) può esulare dall'ambito di quelli di carattere 'minore'.

La seconda ragione che induce a propendere per la seconda (ed, evidentemente, più tutelante) delle opzioni sul campo rimanda al ripetuto canone ermeneutico di ordine generale: quello secondo cui le disposizioni di carattere eccezionale (quali il comma 4 dell'articolo 167 D.Lgs. n. 42 del 2004, cit.) sono di stretta interpretazione e non debbono avere quale effetto quello di ampliare la portata delle deroghe oltre quanto strettamente consentito dal portato testuale della disposizione oggetto di interpretazione.

A fronte di due possibili interpretazioni (entrambe astrattamente plausibili) del richiamato comma 4 l'interprete deve dunque privilegiare quella maggiormente conforme al principio di tendenziale inestensibilità delle ipotesi di autorizzazione postuma in sanatoria rispetto a quella tendenzialmente difforme rispetto a tale principio.

2.1.1. Quindi, siccome gli interventi realizzati dal sig. L.T. avevano certamente determinato - sia pure nell'invarianza della superficie in termini assoluti - un oggettivo incremento della 'superficie utile' in termini abitativi, gli stessi non erano ascrivibili al novero degli 'interventi minori' di cui all'articolo 167, comma 4 del D.Lgs. n. 42 del 2004.

2.2. Occorre a questo punto domandarsi se gli interventi all'origine dei fatti di causa fossero ascrivibili alle ipotesi di cui alla lettera c) del richiamato comma 4 dell'articolo 167 D.Lgs. n. 42 del 2004, cit. (riconducibilità degli interventi in contestazione alla nozione di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del D.P.R. n. 380 del 2001).

Ad avviso del Collegio al quesito deve essere fornita risposta in senso negativo, non potendo qualificarsi in tal modo gli interventi all'origine dei fatti di causa i quali avevano consentito - inter alia -: i) il cambio di destinazione d'uso di una preesistente autorimessa in abitazione; ii) la trasformazione di una preesistente finestra in porta-finestra, nonché iii) l'apertura ex novo di una porta-finestra in precedenza inesistente.

Va richiamato al riguardo il consolidato orientamento secondo cui gli interventi che alterano, anche sotto il profilo della distribuzione interna e del concreto utilizzo, l'originaria consistenza fisica dell'immobile e comportano - inter alia - la modifica e ridistribuzione funzionale dei volumi esistenti, non si configurano né come manutenzione straordinaria, né come restauro conservativo, ma rientrano nell'ambito della ristrutturazione edilizia. In particolare, interventi che abbiano quale conseguenza quella di alterare l'originaria consistenza fisica dell'immobile con la modifica dell'originaria

destinazione d'uso sono incompatibili con i concetti di manutenzione straordinaria e di risanamento conservativo (in tal senso - ex multis -: Cons. Stato, VI, 15 marzo 2022, n. 1813).

Per tale dirimente ragione gli interventi all'origine dei fatti di causa non potevano essere ricondotti a quelli contemplati dall'articolo 167, comma 4, lettera c) del D.Lgs. n. 42 del 2004.

3. Le considerazioni dinanzi svolte sub (...)) sono di per sé idonee a determinare l'accoglimento dell'appello, la riforma della sentenza di primo grado e, conseguentemente, l'annullamento degli atti impugnati in primo grado (ivi compresa l'attestazione di conformità edilizia rilasciata in data 15 dicembre 2016, in quanto fondata sul presupposto - e illegittimo - accertamento di compatibilità paesaggistica).

Ciò esime in via di principio il Collegio dall'esame puntuale del secondo motivo di appello con il quale gli appellanti lamentano - sotto diverso profilo - l'illegittimità della richiamata attestazione di conformità edilizia del dicembre 2016.

Ai limitati fini che qui rilevano osserva comunque il Collegio che, per le ragioni già esposte retro, sub (...), la sentenza in epigrafe deve essere riformata laddove ha stabilito che la richiamata attestazione di conformità si giustificerebbe in ragione della qualificazione degli interventi per cui è causa come di "restauro e risanamento conservativo".

Ci si limita qui a rinviare alle ragioni già esposte retro, sub (...) le quali depongono per la non correttezza di tale qualificazione.

4. Per le ragioni dinanzi esposte l'appello in epigrafe deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza di primo grado, deve essere accolto il ricorso di primo grado con conseguente annullamento degli atti in tale sede impugnati.

Sussistono tuttavia giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio anche in ragione della complessità e parziale novità delle quaestiones iuris sottese alla presente decisione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Settima), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla gli atti in tale sede impugnati.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina

Conclusione

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Claudio Contessa, Presidente, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

Sergio Zeuli, Consigliere

Rosaria Maria Castorina, Consigliere

Brunella Bruno, Consigliere