

Pubblicato il 30/05/2023

Sent. n. 385/2023

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 476 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da [omissis], rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Vignolo, Marco Galleri e Massimo Massa, con domicilio eletto presso lo studio Marcello Vignolo in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

contro

Regione Autonoma della Sardegna, in persona del Presidente pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Floriana Isola e Massimo Cambule, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

Ministero per i Beni e le Attività Culturali - Soprintendenza Archeologia Belle Arti e Paesaggio per la Città Metropolitana di Cagliari e le Province di Oristano, Medio Campidano, Carbonia-Iglesias e Ogliastra, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Cagliari, domiciliato in Cagliari presso gli uffici della medesima, via Dante n. 23;

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

della Determinazione n. [omissis], con la quale il Direttore del Servizio Tutela del Paesaggio e Vigilanza per le Province di Cagliari e di Carbonia-Iglesias ha rinnovato il diniego sulla richiesta di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata dal ricorrente ai sensi dell'art. 167 D.Lgs. n. 42/2004 in riferimento a una piscina (con connesso locale tecnico ed altre opere murarie, tutte costituenti pertinenze d'un edificio di sua proprietà in [omissis];

per quanto occorrer possa,

della nota della Soprintendenza delle Belle Arti e del Paesaggio per le Province di Cagliari e Oristano n. [omissis], richiamata nel provvedimento impugnato, non conosciuta, con la quale la Soprintendenza "ribadisce la fondatezza delle valutazioni paesaggistiche già espresse";

di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso, anche non conosciuto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da [omissis] il 4 novembre 2022:

per l'annullamento

- della nota della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio n. [omissis], depositata in giudizio il 5 settembre 2022 dall'Amministrazione regionale;

- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso, anche non conosciuto.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Sardegna e della Soprintendenza intimata;

Visto l'art. 87, comma 4-bis, del c.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza smaltimento del giorno 20 aprile 2023 il dott. Tito Aru e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il sig. [omissis] è comproprietario di un appezzamento di terreno di circa 10.000 mq in Zona “E” del Comune di Fluminimaggiore, censito nel N.C.T. al Foglio [omissis], Mappale [omissis], sul quale insiste un fabbricato ad uso abitativo censito nel N.C.E.U. al Foglio [omissis], Mappale [omissis] subb. [omissis].

2. Detto immobile è soggetto alle seguenti misure di protezione paesaggistica:

- Art. 17, comma 3, lett. a, NTA del PPR (Fascia Costiera);
- Art. 83 delle NTA del PPR, (Nuclei e case sparse nell’agro. Prescrizioni);
- Art. 47, comma 3, delle NTA del PPR, (Beni Identitari, Parco Geominerario della Sardegna);
- Art. 142, comma 1, lett. f) del D. Lgs. n. 42/2004 (Parchi e riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi);
- Art. 142, comma 1, lett. g) del D. Lgs. n. 42/2004 (Territori coperti da foreste e da boschi).

3. Con istanza presentata per il tramite del Comune di Fluminimaggiore e assunta al protocollo della R.A.S. col n. [omissis], il ricorrente ha chiesto che fosse accertata la compatibilità paesaggistica, ai sensi dell’art. 167 del D.Lgs. 42/2004, di alcune opere realizzate nel suddetto fabbricato consistenti in una piscina aperta (estensione 15 metri per 7 metri) con bordo piscina rivestito in lastre di pietra e muri di contenimento del terreno del giardino in pietra locale, nonché in un piccolo locale tecnico (di circa 7 mq.) per l’installazione dei motori funzionali.

4. Con nota prot. n. [omissis] il Servizio Tutela del Paesaggio della R.A.S. trasmetteva alla Soprintendenza del Paesaggio per le Province di Cagliari e Oristano gli elaborati progettuali relativi alla pratica d’accertamento della compatibilità paesaggistica delle predette opere, “*ai fini dell’espressione, entro i termini di legge, del prescritto parere vincolante*” di cui all’art. 167, comma 5, del D.Lgs. n. 42/2004.

5. Con la medesima nota, il Servizio regionale esprimeva, per quanto di sua competenza, una valutazione sostanzialmente favorevole all’accertamento della compatibilità paesaggistica delle opere oggetto dell’istanza, indicando soltanto con riferimento alla piscina la necessità di eseguire alcune opere di mitigazione.

6. Con nota prot. n. [omissis] la Soprintendenza – tardivamente rispetto al termine di 90 giorni previsto dalla legge - esprimeva il suo parere negativo in relazione alle suddette opere, fatta eccezione per i muretti di contenimento del terreno retrostanti l’edificio esistente.

7. Con istanza dell’[omissis] il ricorrente chiedeva alla Soprintendenza di voler riesaminare la pratica e, a tal fine, oltre a fornire ulteriori chiarimenti e precisazioni in relazione alla situazione delle opere, proponeva di apportare talune modifiche alle stesse finalizzate a migliorare l’inserimento dell’intervento nel contesto paesaggistico circostante.

8. Con nota prot. n. [omissis] la Soprintendenza respingeva tuttavia la richiesta di riesame non ravvisando elementi nuovi che consentissero nuove valutazioni della situazione.

9. Il Servizio Tutela del Paesaggio della R.A.S., vista la suddetta nota della Soprintendenza, con la determinazione n. [omissis] esprimeva il proprio diniego definitivo sull’istanza d’accertamento di compatibilità paesaggistica presentata dal ricorrente.

10. Tale determinazione regionale, conclusiva del procedimento, è stata impugnata dal ricorrente nanti questo Tribunale con ricorso notificato il 16 maggio 2016 e iscritto al R.G. n. 423/2016.

11. Successivamente alla proposizione del ricorso in esame, in data 25 maggio 2016, con determinazione n. [omissis], il Servizio paesaggistico regionale ha annullato in autotutela il proprio provvedimento n. [omissis], ritenendolo viziato da difetto istruttorio, contestualmente riavviando il procedimento “*al fine di pervenire ad un’istruttoria completa e conforme al dettato normativo*”.

11.1 In relazione a quanto sopra, con sentenza n. 328 del 22 maggio 2022 il Tribunale ha dichiarato la cessazione della materia del contendere nel ricorso R.G. n. 423/2016.

12. All'esito del nuovo procedimento è stata adottata la determinazione n. [omissis], con la quale il Direttore del Servizio Tutela del paesaggio e Vigilanza per le Province di Cagliari e di Carbonia-Iglesias ha ribadito, alla luce dell'esperita istruttoria, il diniego sulla richiesta di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata dal ricorrente.

13. Con il ricorso in esame il sig. [omissis] ha impugnato anche questo provvedimento ritenendolo illegittimo per i seguenti motivi:

1) Violazione dell'art. 3 della L. n. 241/90, per difetto assoluto di istruttoria e di motivazione, nonché per contraddittorietà intrinseca e per contrasto immotivato con i precedenti pareri favorevoli espressi dalla stessa amministrazione emanante: in quanto una volta scaduto il termine di 90 giorni assegnato dalla legge alla Soprintendenza per pronunciare il proprio parere vincolante l'autorità competente a pronunciarsi sulla domanda (nella fattispecie la R.A.S.), che peraltro aveva già espresso parere favorevole al mantenimento delle opere oggetto della domanda di sanatoria ritenendole paesaggisticamente compatibili, sarebbe stata tenuta a considerare le suddette tardive valutazioni alla stregua d'un parere non vincolante e a provvedere all'adozione del provvedimento finale sulla scorta di un'adeguata e autonoma motivazione, nella specie inesistente;

2) Difetto di istruttoria e di motivazione anche sotto un ulteriore e diverso profilo: in quanto non sarebbe stata spesa alcuna motivazione con riferimento alle modifiche progettuali proposte dal ricorrente e finalizzate a mitigare ulteriormente l'impatto visivo delle opere realizzate, e a migliorare il loro inserimento nel contesto paesaggistico circostante, essendosi l'Autorità limitata a confermare la precedente valutazione negativa che era fondata su diverse evidenze progettuali.

3) Eccesso di potere per carenza di motivazione e istruttoria, violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241, irragionevolezza: in quanto da un lato non sarebbe vera la circostanza che le opere realizzate generassero nuove superfici e volumi, dall'altro il richiamo dell'art. 83 delle NTA del PPR che osterebbe al rilascio del titolo abilitativo in sanatoria in carenza del requisito soggettivo (qualifica di imprenditore agricolo dell'istante) e oggettivo (limite dimensionale del fondo oggetto di intervento) non sarebbe pertinente in quanto nella specie non si tratterebbe di "nuovi edifici", ma di pertinenze di un fabbricato già esistente e regolarmente assentito.

14. Concludeva quindi il ricorrente chiedendo l'annullamento del provvedimento impugnato, con favore delle spese.

15. Per resistere al ricorso si sono costituite la Regione Sardegna e la Soprintendenza intimata che, con difese scritte, ne hanno chiesto il rigetto, vinte le spese.

16. Con ordinanza collegiale n. 705 del 27 ottobre 2022 è stato disposto, su richiesta del ricorrente, il rinvio dell'udienza di discussione per consentire la valutazione delle produzioni difensive delle resistenti ai fini dell'eventuale proposizione di motivi aggiunti.

17. In data 4 novembre 2022 il sig. [omissis] ha proposto ricorso per motivi aggiunti con il quale ha impugnato, con ulteriori illustrazioni, la nota della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio n. [omissis], depositata in giudizio il 5 settembre 2022 dall'Amministrazione regionale.

18. In vista dell'udienza di trattazione le parti hanno depositato memoria con le quali hanno insistito nelle rispettive conclusioni.

19. All'udienza del 20 aprile 2023, dopo la discussione, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato.

1. Come (anche recentemente) affermato da questo Tribunale in vicenda analoga, nei procedimenti per il rilascio dell'autorizzazione (o della compatibilità) paesaggistica il decorso del termine assegnato alla Soprintendenza per il rilascio del parere di sua competenza non comporta di per sé riflessi di illegittimità per il caso della sua tardiva espressione, residuando invero in capo all'amministrazione procedente la possibilità di valutare, e se del caso di condividere, le conclusioni assunte sia pure tardivamente dalla Soprintendenza alla stregua di ogni altro elemento istruttorio rilevante ai fini del decidere.

2. Sul punto è sufficiente richiamare quanto è stato affermato con la sentenza TAR Sardegna, Sezione I, n. 350 del 26 maggio 2022 (negli stessi termini, peraltro, più recentemente, Consiglio di Stato, Sez. IV, 9 marzo 2023 n. 2487):

“Con riguardo agli effetti del parere espresso dalla Soprintendenza oltre il termine di novanta giorni dettato dall’art. 167, comma 5, del D. Lgs. n. 42/04, il Collegio ritiene di dover aderire all’orientamento, riaffermato anche di recente dal Consiglio di Stato, con la sentenza della Sezione VI, n. 3026 del 21 aprile 2022, della quale per comodità espositiva si riportano integralmente i passaggi che qui interessano:

“In ordine alle conseguenze discendenti dal decorso del termine perentorio di novanta giorni prescritto dall’art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04, sono prospettabili tre possibili soluzioni:

a) quella della consumazione del potere per l’organo statale di rendere un qualunque parere (di carattere vincolante o meno);

b) quella della permanenza in capo alla Soprintendenza del potere attribuito dall’art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04 di emanare un parere di carattere vincolante, nonostante la decorrenza del relativo termine perentorio;

c) quella della residua possibilità per l’organo statale di rendere comunque un parere in ordine alla compatibilità paesaggistica dell’intervento; il parere in parola perderebbe, tuttavia, il carattere di vincolatività e dovrebbe essere autonomamente valutato dall’amministrazione deputata all’adozione dell’atto autorizzatorio finale.

Trattasi di una problematica analoga a quella posta dal disposto di cui all’art. 146 D. Lgs. n. 42/04, in relazione al termine di quarantacinque giorni entro il quale la Soprintendenza è tenuta ad esprimere il parere di competenza ai fini del rilascio dell’autorizzazione paesaggistica.

Sotto tale ultimo profilo, questo Consiglio ha rilevato che la terza opzione sopra indicata, della perdita del carattere di vincolatività e obbligatorietà del parere, è fatta propria dalla Sezione, aderendo al più recente orientamento in tema (Cons. Stato, VI, 27 aprile 2015, n.2136).

Infatti, da un lato, va riconosciuto il carattere perentorio del termine di quarantacinque giorni di cui al comma 5 dell’articolo 146 (così Cons. Stato, VI., sent. 15 marzo 2013, n. 1561). In questa ultima sentenza si è evidenziato come l’evoluzione normativa, la quale ha trasformato l’atto di controllo annullatorio in una forma di cogestione del vincolo, non ha inciso sulla perentorietà del termine entro il quale l’atto di esercizio del relativo potere può e deve essere adottato.

Dall’altro, evidenziato come il parere tardivo “è da considerarsi privo dell’efficacia attribuitagli dalla legge e cioè privo di valenza obbligatoria e vincolante” (ancora la sentenza 15 marzo 2013, n. 1561), è del pari vero che ciò non impedisce che il parere “possa comunque essere reso in favore dell’amministrazione procedente la quale dovrà quindi valutarlo in modo adeguato”.

Depone in tal senso il primo periodo del comma 9 del richiamato articolo 146 secondo cui “decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il Soprintendente abbia reso il prescritto parere, l’amministrazione competente può indire una conferenza di servizi, alla quale il soprintendente partecipa o fa pervenire il parere scritto”.

“Sussiste quindi un univoco indice normativo secondo cui, a seguito del decorso del più volte richiamato termine per l’espressione del parere vincolante (rectius: conforme) da parte della Soprintendenza, l’Organo statale non resti in assoluto privato della possibilità di rendere un parere; tuttavia il parere in tal modo espresso perderà il proprio valore vincolante e dovrà essere autonomamente e motivatamente valutato dall’amministrazione preposta al rilascio del titolo” (Consiglio di Stato, sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 8538).

Anche in relazione al parere della Soprintendenza prescritto dall’art. 167, comma 5 cit., sono state sostenute da questo Consiglio tanto la tesi della permanenza in capo alla Soprintendenza del potere di rendere il parere obbligatorio e vincolante, anche una volta decorso il termine di novanta giorni prescritto dal dato positivo - la cui decorrenza non influirebbe, dunque, sulla persistenza e sulla natura del parere all’uopo da esprimere (Consiglio di Stato, sez. VI, 6 febbraio 2019, n. 895) -, quanto quella della residua possibilità per l’organo statale di rendere un parere in ordine alla

compatibilità paesaggistica dell'intervento, che muterebbe, tuttavia, la propria natura, risultando privo di valenza obbligatoria e vincolante (Consiglio di Stato, sez. VI, 19 novembre 2020, n. 7193). Il Collegio intende aderire a tale secondo indirizzo, risultando maggiormente coerente:

- da un lato, con la lettera del dato positivo, che discorre di termine "perentorio", con la conseguenza che l'inutile decorrenza di una tale tipologia di termine (perentorio) non potrebbe essere reputata irrilevante ai fini della persistenza in capo alla Soprintendenza del potere conferito dalla norma primaria (nella specie, configurante un potere di esprimere un parere obbligatorio e vincolante); come precisato da questo Consiglio, "un termine può infatti essere considerato come perentorio o quando sia espressamente qualificato come tale o quando sia prevista la comminatoria di esclusioni o decadenze; lo stesso termine, ove non sia indicato come perentorio, ha funzione solo acceleratoria, cosicché il suo superamento non comporta la decadenza della potestà amministrativa al riguardo o l'illegittimità del provvedimento conclusivo" (Consiglio di Stato Sez. V, 17 marzo 2015, n. 1374), con la conseguenza che la perentorietà del termine, esplicitata dal legislatore o desumibile dalla normativa di riferimento, risiede proprio nella decadenza discendente dalla sua inosservanza, non potendosi ritenere persistente quello specifico potere non esercitato entro il termine all'uopo assegnato ex lege;

- dall'altro, con le esigenze di tutela sottese alla disposizione prescrittiva del termine perentorio, da individuare sia nella tempestività dell'azione amministrativa, comunque da proseguire in assenza del parere tempestivo di competenza della Soprintendenza -prevedendo lo stesso comma 5 dell'art. 167 un secondo termine perentorio (di centottanta giorni) per la definizione del procedimento avviato con istanza di parte, a dimostrazione dell'esigenza di tempestiva adozione del provvedimento finale-, con conseguente negazione della natura obbligatoria del parere, da ritenere non più necessario ai fini dell'adozione del provvedimento finale; sia nelle esigenze di tutela paesaggistica, perdurando in materia la competenza istituzionale della Soprintendenza, da ritenere comunque abilitata, in quanto affidataria della cura dell'interesse pubblico (paesaggistico) coinvolto nell'esercizio dell'azione amministrativa, ad intervenire nel procedimento, anziché per esercitare il potere attribuito dall'art. 167, comma 5, cit. - da cui ormai l'autorità statale risulta decaduta per l'inutile decorrenza del termine perentorio -, per fornire il proprio contributo partecipativo, che l'Amministrazione procedente, ove non abbia ancora assunto la determinazione finale, è tenuta comunque a valutare nella definizione del procedimento.

Una tale soluzione risulta, inoltre, idonea ad assicurare una coerenza degli indirizzi interpretativi formati in materia di valutazione della compatibilità paesaggistica, sia preventiva ex art. 146 D. Lgs. n. 42/04, sia postuma ai sensi dell'art. 167 D. lgs. n. 42/04.

Come precisato da questo Consiglio, infatti "i richiamati principi, relativi alla possibilità per l'amministrazione statale di rendere il parere pur dopo il termine previsto dalla legge ma alla perdita del suo carattere di vincolatività, con conseguente obbligo per l'amministrazione preposta al rilascio del titolo di operarne una autonoma e motivata valutazione, valgono anche per l'analoga fattispecie del parere soprintendentizio reso in materia di accertamento postumo della compatibilità paesaggistica. Invero, anche in tale fattispecie (art. 167 del d.lgs. n. 42/2004) la legge prevede una forma di cogestione del vincolo, caratterizzata dal rilascio dell'autorizzazione (postuma) da parte dell'amministrazione procedente, previo parere vincolante della Soprintendenza da rendersi entro un termine perentorio. Sulla base delle considerazioni sopra svolte, deve, pertanto, essere condivisa la pronuncia del giudice di primo grado, il quale ha ritenuto che "il punto di mediazione fra le esigenze di celerità dell'azione amministrativa, tutelate con la perentorietà del termine, e di valutazione degli specifici interessi da parte degli enti o organi specifici è costituito, quindi, dalla permanenza del potere del Soprintendente di fornire il proprio apporto anche oltre il termine perentorio e dal dovere dell'amministrazione di tenerne conto, senza tuttavia esserne vincolata..." (Consiglio di Stato, sez. VI, 18 luglio 2016, n. 3179).

Alla luce di tali rilievi, deve ritenersi che la scadenza del termine di cui all'art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04:

- privi il parere della Soprintendenza dell'efficacia attribuitagli dalla legge (obbligatoria e vincolante);

- consenta, comunque, all'autorità statale di intervenire nel procedimento per esprimere il proprio parere, non più obbligatorio e vincolante, ma facoltativo e suscettibile di essere disatteso dall'organo procedente.

Per l'effetto, da un lato, la Soprintendenza sarebbe comunque abilitata ad esprimere il proprio parere nei confronti dell'Amministrazione procedente; dall'altro, facendosi questione di parere non più obbligatorio, l'Amministrazione procedente sarebbe comunque abilitata a definire il procedimento senza attendere il parere tardivo: l'art. 16, comma 3, L. n. 241/90, che impone di attendere il parere delle amministrazioni preposte (tra l'altro) alla tutela paesaggistica, fa infatti riferimento ai pareri che "debbono essere rilasciati" da tali amministrazioni e, dunque, ai soli pareri obbligatori, nella specie da individuare nel (solo) parere tempestivo, espresso entro il termine perentorio di novanta giorni.

Di conseguenza, sebbene il Comune sia tenuto a valutare in modo adeguato anche il parere tardivamente reso dalla Soprintendenza (al pari di ogni altro elemento istruttorio rilevante ai fini del decidere, ai sensi di quanto previsto dall'art. 10, comma 1, lett. b), L. n. 241/90), ciò può essere predicato a condizione che il parere sia reso prima dell'adozione del provvedimento finale, non potendo –con evidenza- valutarsi elementi valutativi acquisiti successivamente alla definizione del procedimento.

In definitiva, non essendo l'Amministrazione procedente tenuta ad attendere il parere tardivo ex art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04, ormai privo dei caratteri dell'obbligatorietà previsti dalla norma, l'adozione del provvedimento finale, in assenza del parere della Soprintendenza, una volta decorso il termine perentorio all'uopo assegnato dal legislatore, non potrebbe essere ritenuto illegittimo per contrasto con l'art. 167, comma 5, D. Lgs. n. 42/04".

3. Nel caso di specie, dunque, in conformità al predetto assetto giurisprudenziale, la Regione, potenzialmente non più vincolata alle determinazioni assunte dalla Soprintendenza, ha ritenuto comunque di confrontarsi con quest'ultima ritenendo, all'esito degli ulteriori approfondimenti svolti a seguito della rinnovata istruttoria conseguente all'annullamento in autotutela e sfociati nel preavviso di rigetto (nota n. 32213 del 22 agosto 2016, non seguito dalla presentazione di osservazioni da parte del ricorrente), di condividerne le conclusioni negative, adottando quindi, di conseguenza, senza per questo incorrere in alcuna illegittimità in relazione al suo mutato orientamento, trattandosi di una sua autonoma valutazione, il provvedimento negativo oggetto di impugnazione.

4. Con il secondo motivo il ricorrente lamenta che l'amministrazione non avrebbe tenuto conto del fatto che, successivamente al parere della Soprintendenza, con nota dell'[omissis], egli aveva chiesto alla Soprintendenza di riconsiderare il parere negativo espresso in data [omissis], non solo adducendo chiarimenti e precisazioni in ordine alla natura e alla consistenza dell'intervento, ma - soprattutto - proponendo significative modifiche progettuali, finalizzate a mitigare ulteriormente l'impatto visivo delle opere realizzate e a migliorare il loro inserimento nel contesto paesaggistico circostante.

5. In particolare, come risultante dagli elaborati trasmessi alla Soprintendenza in allegato alla predetta istanza, le opere di mitigazione proposte avevano ad oggetto, tra l'altro, la copertura di buona parte dei muretti di contenimento con l'apporto di nuovo terreno e rimodellamento del suolo con copertura di manto erboso, la demolizione delle porzioni murarie emergenti rispetto al piano della piscina, la demolizione del vano tecnico che ospita i motori della piscina e la sua riallocazione in posizione quasi completamente interrata.

6. Il motivo è tuttavia infondato.

7. Nel procedimento di verifica della compatibilità paesaggistica in sanatoria di cui all'art. 167 del D. lgs. n. 42/2004, la Regione e la Soprintendenza non si pronunciano su una proposta di progetto di lavori edili ma sullo stato di fatto delle opere abusive già realizzate, come rappresentate nelle relazioni tecniche e negli elaborati grafici allegati all'istanza.

8. In altri termini, l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria di cui all'art. 167, comma 4 e 5, d.lgs. n. 42/2004, mira a regolarizzare opere preesistenti alla domanda, realizzate in assenza (o in

difformità) del titolo abilitativo, non potendosi con essa assentire interventi – delineati a livello progettuale - modificativi di quanto già (abusivamente) realizzato.

9. In ogni caso è rimasto sostanzialmente incontestato il rilievo dell'Amministrazione Regionale, titolare esclusiva del potere decisionale attesa la tardività del parere della Soprintendenza, che ha affermato di non aver mai avuto trasmissione e conoscenza dei contenuti di tale documentazione, restando dunque insussistente il vizio di difetto di istruttoria esposto nel motivo di impugnazione in esame.

10. Con il terzo motivo il ricorrente contesta nel merito le ragioni di ritenuta insanabilità delle opere realizzate.

11. Neanche tale motivo merita accoglimento.

12. In primo luogo si è già detto che è inconferente, anche in relazione a tale censura, il rilievo che l'amministrazione non avrebbe motivato – palesando così un difetto di istruttoria - in relazione alla compatibilità delle opere avuto riguardo alle modifiche progettuali proposte alla Soprintendenza.

13. In secondo luogo l'argomento della Regione (per il quale le opere oggetto della domanda del ricorrente non sarebbero sanabili in quanto genererebbero “nuove superfici e volumi” non assentibili “in quanto in contrasto con le disposizioni dell'art. 167, comma 4, lett. a) del D.Lgs. 42/04”) viene contestato dal sig. [omissis] affermandosi che esso “*non tiene conto del fatto che a seguito della modifica del progetto gli impianti tecnici sono stati previsti in un locale completamente interrato, mentre è stata eliminata l'area di calpestio circostante alla piscina*”.

13.1 In sostanza con tale censura il ricorrente ripropone lo stesso argomento già esaminato e respinto nel motivo precedente, al quale può senz'altro rinviarsi.

14. Quanto alla ritenuta violazione dell'art. 83 delle NTA del PPR, al di là della questione interpretativa relativa all'applicabilità del 1° comma, sulla quale si incentra la censura del ricorrente, va rilevato che la sanatoria rimarrebbe in ogni caso preclusa da quanto prescritto nel comma 2, secondo cui “*per gli edifici esistenti che insistono su lotti inferiori a quelli minimi prescritti sono consentite soltanto operazioni di manutenzione ordinaria e straordinaria senza aumento di volume e di unità abitative, ed interventi orientati all'adeguamento tipologico secondo le disposizioni di cui ai precedenti punti c) e d)*”.

15. In relazione all'impatto della piscina e del terrapieno, a prescindere dal rilievo che avrebbero le modifiche progettuali che, come detto, restano irrilevanti nella valutazione di legittimità della decisione negativa regionale, il Collegio condivide la più recente giurisprudenza per la quale “*...la piscina non è pertinenza in senso urbanistico in quanto comportante trasformazione durevole del territorio e in ragione della funzione autonoma che è in grado di svolgere rispetto a quella propria dell'edificio cui accede, ma integra gli estremi della nuova costruzione, in quanto dà luogo ad una struttura edilizia che incide invasivamente sul sito di relativa ubicazione e postula, pertanto, il previo rilascio dell'idoneo titolo ad aedificandum, costituito dal permesso di costruire.*

È pertanto legittimo il diniego di compatibilità paesaggistica relativo alla realizzazione di una piscina in difetto di permesso di costruire. Infatti, nell'art. 167, comma 5, d.lgs. n. 42 del 2004 il legislatore ha utilizzato la congiunzione disgiuntiva "o", con la conseguenza che l'espressione "superfici utili o volumi" non rappresenta una endiadi e include invece quegli interventi che, pur senza creare un aumento di cubatura, con la realizzazione di nuove superfici utili, determinano comunque un impatto significativo sull'assetto del territorio, modificandone in maniera stabile e duratura la conformazione; questa lettura trova giustificazione, oltre che dal punto di vista letterale, anche per la ratio della disposizione, volta a stabilire una soglia elevata di tutela del paesaggio che comporta la possibilità di rilascio ex post dell'autorizzazione paesaggistica al fine di sanare interventi già realizzati soltanto per gli abusi di minima entità, tali da determinare già in astratto, per le loro stesse caratteristiche tipologiche, un rischio estremamente contenuto di causare un effettivo pregiudizio al bene tutelato...” (T.A.R. Sicilia sez. I - Palermo, 2 maggio 2022, n. 1471).

16. Quanto alla questione se il divieto di incremento dei volumi esistenti, imposto ai fini della tutela del paesaggio, vada riferito o meno a qualsiasi tipo di edificazione comportante creazione di volume

senza che sia possibile distinguere fra volume tecnico ed altro tipo di volume può osservarsi nel panorama giurisprudenziale la presenza di orientamenti contrastanti:

- da un lato si collocano pronunce, invero più risalenti, dalle quali emerge una nozione di volume tecnico tale da considerarlo riconducibile alla previsione di cui all'art. 167, co. 4, lett. a), d.lgs. 42/2004, che ammette l'autorizzazione in sanatoria laddove si tratti di lavori che non abbiano determinato "creazione di superfici utili o volumi" (Cfr. Consiglio di Stato, Sezione VI, 31 marzo 2014, n. 1512, secondo cui "la nozione di 'volume tecnico', non computabile nella volumetria ai fini in questione (ndr giudizio di compatibilità paesaggistica), corrisponde a un'opera priva di qualsivoglia autonomia funzionale, anche solo potenziale, perché è destinata a solo contenere, senza possibilità di alternative e comunque per una consistenza volumetrica del tutto contenuta, impianti serventi di una costruzione principale per essenziali esigenze tecnico-funzionali della medesima. In sostanza, si tratta di impianti necessari per l'utilizzo dell'abitazione che non possono essere in alcun modo ubicati all'interno di questa, come possono essere – e sempre in difetto dell'alternativa - quelli connessi alla condotta idrica, termica o all'ascensore e simili, i quali si risolvono in semplici interventi di trasformazione senza generare aumento alcuno di carico territoriale o di impatto visivo");

- dall'altro, sentenze, più recenti, espressione di un orientamento "restrittivo", in forza del quale il divieto di incremento dei volumi esistenti, imposto a tutela del paesaggio, rende impossibile realizzare ogni nuova fabbrica che dia luogo a volumi, senza che sia possibile distinguere tra un volume tecnico ed un altro tipo di volume, da cui, in tal caso, il divieto di rilascio di autorizzazioni paesaggistiche in sanatoria (Cfr., in tal senso, *ex multis*, CdS, VI, 1 settembre 2022, n. 7625; Id., 21 aprile 2022, n. 3026, ove si richiamano, nello stesso senso, Consiglio di Stato, sez. VI, 22 ottobre 2021, n. 7117; Id., sez. VI, 10 giugno 2021, n. 4468); Id. 28 marzo 2019, n. 2056; Id. 12 giugno 2019, n. 3925).

17. Come già affermato dal Tribunale anche di recente (Sezione I, n. 602/2022), nelle aree sottoposte a disposizioni di tutela, è consentito l'accertamento postumo di compatibilità nei soli limitati casi previsti dall'art. 167, fra i quali non rientrano gli interventi che hanno determinato la realizzazione di nuovi volumi e superfici e, più in generale, non rientrano tutti gli interventi che hanno determinato un rilevante impatto sui beni oggetto di protezione.

18. In particolare, per l'aspetto che qui occupa, il divieto di incremento dei volumi esistenti, imposto ai fini della tutela del paesaggio, si riferisce a qualsiasi tipo di edificazione comportante creazione di volume senza che sia possibile distinguere fra volume tecnico ed altro tipo di volume.

19. E' stato cioè chiarito che anche i volumi tecnici che sono esclusi dal calcolo edilizio della volumetria edificabile devono essere considerati ai fini paesaggistici, perché l'autorizzazione paesaggistica tutela il differente interesse alla percezione visiva dei volumi a prescindere dalla loro destinazione d'uso.

20. Nel caso in esame non vi è dunque motivo per discostarsi da questo precedente, con conseguente rigetto del motivo.

21. Invero la giurisprudenza ampiamente prevalente ha anche di recente affermato che, in presenza di incrementi di cubatura anche di modestissima entità, l'art. 167 del d.lgs. n. 42/2004 impedisce il rilascio dell'autorizzazione postuma in sanatoria (T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VII, n. 2157/2022; T.A.R. Sicilia – Palermo, Sez. I, n. 1471/2022).

22. Con ricorso per motivi aggiunti il ricorrente ha impugnato la nota della Soprintendenza Belle Arti e Paesaggio n. 7833 del 9 giugno 2016.

23. Con il primo motivo aggiuntivo il ricorrente ripropone, in sostanza, la censura del difetto di motivazione e di istruttoria, oltre che la contraddittorietà tra atti.

24. Sul punto, tuttavia, è sufficiente ribadire che nel caso di specie l'onere motivazionale deve ritenersi assolto da parte dell'ufficio regionale avendo l'Amministrazione, anche a seguito della rinnovata istruttoria, legittimamente ritenuto di condividere il parere negativo espresso dalla Soprintendenza (oltre che della nota prot. n. 7873 del 9 giugno 2016, ora impugnata).

25. Del resto si è detto che con la realizzazione del terrapieno e della piscina il ricorrente ha creato nuove superfici utili, per le quali - tra l'altro - è stato significativamente modificato l'andamento

collinare del terreno ove è ubicato il lotto oggetto di intervento, con la conseguenza che l'impossibilità della sanatoria discende direttamente dall'art. 167, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 42/2004.

26. A questo aspetto si aggiunge la violazione dell'art. 83 delle norme di attuazione del PPR, atteso che l'intervento per il quale si vorrebbe ottenere la sanatoria non rientra sicuramente tra quelli assentibili ai sensi del secondo comma che, per i lotti con superfici inferiori ai minimi prescritti, consente la sola realizzazione di opere di manutenzione ordinaria e straordinaria e di adeguamento degli edifici già esistenti ai caratteri costruttivi e tipologici tradizionali.

27. Resta pertanto del tutto irrilevante il riferimento all'inciso, su cui si dilunga il ricorrente, che *"l'Ufficio scrivente, al fine di perseguire l'interesse pubblico paesaggistico...in caso di esito favorevole al mantenimento delle opere abusive in questione, provvederà ad attivarsi in tutte le sedi competenza"*, non ravvisandosi motivi per dubitare che l'amministrazione regionale abbia valutato nell'esercizio delle sue prerogative e senza indebiti condizionamenti la domanda di sanatoria presentata dal ricorrente.

28. Anche con il secondo motivo, il ricorrente non fa che reiterare le argomentazioni già svolte in sede di ricorso principale.

29. L'istanza di cui alla nota datata 8 luglio 2015, recante chiarimenti e nuove soluzioni progettuali, era una richiesta di riesame in autotutela rivolta alla Soprintendenza in ordine al parere negativo da essa espresso in relazione alla quale non era stata investita in alcun modo l'Amministrazione Regionale.

30. Pertanto, come già sopra rilevato, l'ufficio regionale, non conoscendole, non avrebbe potuto comunque considerarle prima del decidere, restando così evidentemente infondata la censura.

31. Del resto, come parimenti sopra ricordato, nel procedimento di verifica di compatibilità paesaggistica in sanatoria di cui all'art. 167 del D. lgs. n. 42/2004, la Regione e la Soprintendenza non si pronunciano su un progetto di lavori edili, ma sullo stato di fatto delle opere abusive già realizzate come rappresentate nelle relazioni tecniche e negli elaborati grafici allegati all'istanza.

32. In altri termini, l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria di cui all'art. 167, comma 4 e 5, d.lgs. n. 42/2004, mira a regolarizzare opere preesistenti alla domanda, già realizzate in assenza (o in difformità) del titolo abilitativo, non potendosi con essa assentire interventi – delineati a livello progettuali - modificativi di quanto già (abusivamente) realizzato.

33. Il terzo motivo aggiunto è invece inammissibile, attesa da un lato la natura endoprocedimentale della nota impugnata, dall'altro – in ogni caso – l'inammissibilità per carenza di lesività dell'unico profilo censurato.

34. In conclusione, quindi, il ricorso si rivela infondato e va respinto.

35. Tenuto conto della vicenda complessivamente considerata si ritengono sussistenti giusti motivi per compensare tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2023, tenutasi da remoto e in modalità telematica, con la presenza contemporanea e continuativa con l'intervento dei magistrati:

Marco Buricelli, Presidente

Tito Aru, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Consigliere

L'ESTENSORE

Tito Aru

IL PRESIDENTE

Marco Buricelli

IL SEGRETARIO