

N. 2-2009

Paesaggio: l'illecito amministrativo in ambito paesaggistico e prescrizione

Per informazioni scrivere a:
info@tecnojus.it

L'illecito amministrativo in materia paesaggistica alla luce della sentenza del Consiglio di Stato Sezione VI, 12 marzo 2009, n. 1464

- La sentenza consente di riepilogare alcuni "punti fermi" sull'illecito amministrativo in materia paesaggistica, e di tracciare alcuni rapporti con il reato contravvenzionale trattato dalla giurisprudenza penale, rilevando un contrasto giurisprudenziale circa la sussistenza del potere sanzionatorio a distanza di tempo anche per opere condonate.

Partner sponsor qualità
e sponsor Tecnojus



hypotenus

alpac

Premessa e
la sentenza
in sintesi

Le due
posizioni a
confronto

▸ **Consiglio di Stato**

Sezione VI - sentenza 12 marzo 2009 n. 81464 – Presidente ff Dott. A. Pozzi

Ricercata e reperita sul sito del Consiglio di Stato – www.giustizia-amministrativa.it

- La sentenza del Giudice Amministrativo consegue all'impugnazione della sentenza di primo grado che aveva accolto il ricorso del privato, medio tempore divenuto proprietario dell'immobile condonato sia sotto il profilo amministrativo che paesaggistico, contro il provvedimento dell'Amministrazione comunale che aveva ingiunto il pagamento di una somma a titolo di indennità risarcitoria ai sensi dell'art. 164 del decreto legislativo 29 ottobre 1999 (già art. 15 della ridetta legge nr. 1497 del 1939, oggi art. 167 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, nr. 42).

Sulla scorta di consolidata giurisprudenza dello stesso Consiglio di Stato invocata dal Comune appellante, e in particolare richiamando il principio di autonomia della violazione paesaggistica rispetto all'illecito edilizio, "è stato deciso che non sarebbe venuto meno il potere di irrogare la sanzione di cui al ridetto art. 164 d.lgs. nr. 490 del 1999, non essendo cessata la permanenza dell'illecito paesaggistico neanche dopo l'intervenuta concessione in sanatoria". Secondo la sentenza in commento, invece, senza disconoscere i principi su cui si fonda tale orientamento, ritiene che gli stessi non siano incompatibili con la diversa opinione, altrettanto diffusa, secondo cui laddove risulti che il responsabile della violazione non si è limitato a munirsi del predetto parere endoprocedimentale, ma abbia concluso positivamente la procedura di condono, il provvedimento di concessione in sanatoria non può non determinare la cessazione delle permanenze anche dell'illecito paesaggistico (cfr. Cons. Stato, sez. II, 9 aprile 2008, nr. 708/05; Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2007, nr. 1585; Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, nr. 4420; C.g.a.r.s., 2 marzo 2006, nr. 79).

- A - I punti fermi in materia sanzionatoria richiamati dal Comune Appellante

- In primo luogo, non è contestato che l'art. 15 della legge nr. 1497 del 1939 (divenuto poi l'art. 164 del d.lgs. nr. 490 del 1999, ed oggi l'art. 167 del d.lgs. n. 42 del 2004) va interpretato nel senso che l'indennità prevista per abusi edilizi in zone soggette a vincoli paesaggistici costituisce vera e propria sanzione amministrativa (e non una forma di risarcimento del danno), che come tale prescinde dalla sussistenza effettiva di un danno ambientale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 28 luglio 2006, nr. 4690; Cons. Stato, sez. IV, 15 novembre 2004, nr. 7405; id. 3 novembre 2003, nr. 7047; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2003, nr. 1729; Cons. Stato, sez. IV, 12 novembre 2002, nr. 6279; Cons. Stato, sez. VI, 8 novembre 2000, nr. 6007; id. 6 giugno 2000, nr. 3185).

Ne discende, ed è altrettanto incontestata, l'applicabilità a tale sanzione del principio di cui all'art. 28 della legge n. 689 del 1981, a norma del quale "il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni amministrative punite con pena pecuniaria si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione": disposizione quest'ultima applicabile, per espresso dettato legislativo, a tutte le violazioni punite con sanzioni amministrative pecuniarie, anche se non previste in sostituzione di una sanzione penale (art. 12 legge n. 689 del 1981) e, quindi, anche agli illeciti amministrativi in materia urbanistica, edilizia e paesistica puniti con sanzione pecuniaria.

Nell'applicare tale regola, tuttavia, con riguardo all'individuazione del dies a quo della decorrenza della prescrizione, occorre tener conto della particolare natura degli illeciti in materia urbanistica, edilizia e paesistica, i quali, ove consistano nella realizzazione di opere senza le prescritte concessioni e autorizzazioni, hanno carattere di illeciti permanenti, di talché la commissione degli illeciti medesimi si protrae nel tempo, e viene meno solo con il cessare della situazione di illiceità, vale a dire con il conseguimento delle prescritte autorizzazioni.

Inoltre, per la decorrenza della prescrizione dell'illecito amministrativo permanente, trova applicazione il principio relativo al reato permanente, secondo cui il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui è cessata la permanenza (art. 158, comma I, cod. pen.); pertanto, per gli illeciti amministrativi in materia paesistica urbanistica edilizia la prescrizione quinquennale di cui all'art. 28 legge n. 689 del 1981 inizia a decorrere solo dalla cessazione della permanenza, con la conseguenza che, vertendosi in materia di illeciti permanenti, il potere amministrativo repressivo, come la determinazione di applicare la sanzione pecuniaria, può essere esercitato senza limiti di tempo e senza necessità di motivazione in ordine al ritardo nell'esercizio del potere (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2006, nr. 4420; Cons. Stato, sez. IV, 2 giugno 2000, nr. 3184).

Più in particolare, è stato giustamente osservato che per quanto concerne il momento in cui

può dirsi cessata la permanenza per gli illeciti amministrativi in materia urbanistica edilizia e paesistica, mentre per il diritto penale rileva la condotta commissiva (sicché la prescrizione del reato inizia a decorrere dalla sua ultimazione), per il diritto amministrativo si è in presenza di un illecito di carattere permanente, caratterizzato dall'omissione dell'obbligo, perdurante nel tempo, di ripristinare secundum jus lo stato dei luoghi, con l'ulteriore conclusione che se l'Autorità emana un provvedimento repressivo (di demolizione, ovvero di irrogazione di una sanzione pecuniaria), non emana un atto "a distanza di tempo" dall'abuso, ma reprime una situazione antiggiuridica contestualmente contra jus, ancora sussistente.

Dalle considerazioni che precedono si ricava, dunque, che nel campo dell'illecito amministrativo – che, come quello in esame, integra un'ipotesi di illecito formale consistente nell'omessa richiesta della preventiva autorizzazione – la permanenza cessa (e il termine quinquennale di prescrizione comincia a decorrere) o con l'irrogazione della sanzione pecuniaria o con il conseguimento dell'autorizzazione che, secondo pacifico orientamento, può essere rilasciata anche in via postuma (cfr. Cons. Stato, Ad. Gen., 11 aprile 2002, nr. 4; Cons. Stato, sez. VI, 12 maggio 2003, nr. 2653; id. 30 ottobre 2000, nr. 5851).

▶ B - Le argomentazioni addotte in sentenza di parere contrario

▶ Al riguardo, va anzi tutto osservato che non è del tutto vero che il parere favorevole reso dall'autorità preposta al vincolo nell'ambito del procedimento per la sanatoria di abusi edilizi realizzati in zona vincolata costituisca un atto meramente interno a tale procedimento, privo di ogni riflesso sulla diversa violazione paesaggistica: ciò si ricava, a tacer d'altro, dalla già richiamata disposizione ex art. 32 della legge nr. 47 del 1985, secondo cui, una volta ottenuto il predetto parere (da cui non può prescindersi per il conseguimento del condono nella fattispecie), la successiva concessione in sanatoria determina l'estinzione non solo del reato edilizio, ma anche del reato "per la violazione del vincolo".

È pur vero che tale previsione è destinata a spiegare effetti principalmente in ambito penalistico, determinando la non punibilità del reato conseguente alla violazione del vincolo (mentre, come si è sopra visto, diversi sono i parametri di definizione dell'illecito amministrativo connesso); tuttavia, è evidente che essa depone chiaramente nel senso di una convergenza, all'interno di un unico procedimento di sanatoria, tra il parere dell'autorità preposta al vincolo e quello specificamente urbanistico-edilizio del Comune, ai fini dell'eliminazione contestuale di entrambi gli illeciti, quello edilizio e quello paesaggistico.

Ne discende che, una volta ottenuta la concessione in sanatoria, il responsabile dell'abuso null'altro è tenuto a fare, né può fare, con riferimento all'ulteriore violazione di natura paesaggistica, atteso che l'autorità preposta al vincolo ha già compiutamente e definitivamente espresso il proprio avviso rilasciando il parere di compatibilità che costituisce presupposto imprescindibile per il condono delle opere abusive eseguite in zona vincolata; opinare diversamente implicherebbe l'obbligo del responsabile dell'abuso, il quale abbia ottenuto il condono e intenda rimuovere anche la violazione paesaggistica, di richiedere alla Soprintendenza un nuovo parere di compatibilità destinato a "duplicare" quello già rilasciato nel procedimento di sanatoria edilizia.

Poiché, però, un tale aggravio procedimentale non trova alcun riscontro nella normativa vigente in materia, l'alternativa sarebbe ritenere che la permanenza della violazione paesaggistica, in un'ipotesi del genere, sia destinata a perdurare indefinitamente, con conseguente sostanziale imprescrittibilità della sanzione pecuniaria, ovvero che l'unico modo che il responsabile avrebbe a disposizione per sottrarsi alla potestà sanzionatoria dell'Amministrazione sarebbe quello di demolire le opere realizzate: il che non solo è palesemente assurdo a fronte di opere ormai in possesso di regolari titoli abilitativi, anche sotto il profilo della compatibilità paesaggistica, ma probabilmente comporta la violazione del principio della alternatività tra sanzioni ripristinatorie e sanzioni pecuniarie che lo stesso art. 164 del d.lgs. nr. 490/99 ha recepito (oggi art. 167 d.lgs. 42/2004)

In conclusione, il principio di autonomia delle due tipologie di violazioni, evocato dall'Amministrazione appellante, va retamente inteso nel senso che l'intervenuta sanatoria dell'abuso edilizio non fa ex se venir meno la potestà sanzionatoria per la diversa violazione paesaggistica, ma non anche che essa non spiega alcuna influenza sulla permanenza di quest'ultima; ne consegue che proprio il momento del rilascio della sanatoria costituisce il dies a quo della prescrizione della sanzione pecuniaria, ai sensi dell'art. 28 della legge nr. 689 del 1981.

L'opposto avviso, oltre a comportare – come detto – la sostanziale imprescrittibilità della sanzione pecuniaria de qua, si porrebbe in contrasto con fondamentali principi di matrice penalistica (come noto richiamati dalla ridetta legge nr. 689 del 1981 anche in materia di illeciti amministrativi), alla stregua dei quali la nozione di illecito a carattere permanente ovvero con effetti permanenti postula necessariamente, pena il configurarsi di una sorta di

▶ Art. 32 della legge
47/85

non ammissibile responsabilità oggettiva, che il responsabile dell'illecito conservi la possibilità di far cessare la permanenza dell'illecito stesso, ovvero di rimuoverne gli effetti.

▶ *articolo così sostituito dall'articolo 32, comma 43, legge n. 326 del 2003*

1. Fatte salve le fattispecie previste dall'articolo 33, il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria per opere eseguite su immobili sottoposti a vincolo, è subordinato al parere favorevole delle amministrazioni preposte alla tutela del vincolo stesso. Qualora tale parere non venga formulato dalle suddette amministrazioni entro centottanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta di parere, il richiedente può impugnare il silenzio-rifiuto. Il rilascio del titolo abilitativo edilizio estingue anche il reato per la violazione del vincolo. Il parere non è richiesto quando si tratti di violazioni riguardanti l'altezza, i distacchi, la cubatura o la superficie coperta che non eccedano il 2 per cento delle misure prescritte.

2. Sono suscettibili di sanatoria, alle condizioni sottoindicate, le opere insistenti su aree vincolate dopo la loro esecuzione e che risultino:

a) in difformità dalla legge 2 febbraio 1974, n. 64 e successive modificazioni e dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, quando possano essere collaudate secondo il disposto del quarto comma dell'articolo 35;

b) in contrasto con le norme urbanistiche che prevedono la destinazione ad edifici pubblici od a spazi pubblici, purché non in contrasto con le previsioni delle varianti di recupero di cui al capo III;

c) in contrasto con le norme del decreto ministeriale 1° aprile 1968, n. 1404 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 96 del 13 aprile 1968, e con agli articoli 16, 17 e 18 della legge 13 giugno 1991, n. 190 e successive modificazioni, sempre che le opere stesse non costituiscano minaccia alla sicurezza del traffico.

3. Qualora non si verifichino le condizioni di cui alle precedenti lettere, si applicano le disposizioni dell'articolo 33.

4. Ai fini dell'acquisizione del parere di cui al comma 1 si applica quanto previsto dall'articolo 20, comma 6 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380. Il motivato dissenso espresso da una amministrazione preposta alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, ivi inclusa la soprintendenza competente, alla tutela del patrimonio storico artistico alla tutela della salute preclude il rilascio del titolo abilitativo edilizio in sanatoria.

5. Per le opere eseguite da terzi su aree di proprietà di enti pubblici territoriali, in assenza di un titolo che abiliti al godimento del suolo, il rilascio della concessione o dell'autorizzazione in sanatoria è subordinato anche alla disponibilità dell'ente proprietario a concedere onerosamente, alle condizioni previste dalle leggi statali o regionali vigenti, l'uso del suolo su cui insiste la costruzione. La disponibilità all'uso del suolo, anche se gravato di usi civici, viene espressa dagli enti pubblici territoriali proprietari entro il termine di centottanta giorni dalla richiesta. La richiesta di disponibilità all'uso del suolo deve essere limitata alla superficie occupata dalle costruzioni oggetto della sanatoria e alle pertinenze strettamente necessarie, con un massimo di tre volte rispetto all'area coperta dal fabbricato. Salve le condizioni previste da leggi regionali, il valore è stabilito dalla filiale dell'agenzia del Demanio competente per territorio per gli immobili oggetto di sanatoria ai sensi della presente legge e dell'articolo 39 della legge 23 dicembre 1994, n. 724, con riguardo al valore del terreno come risultava all'epoca della costruzione aumentato dell'importo corrispondente alla variazione dell'indice Istat dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati al momento della determinazione di detto valore. L'atto di disponibilità, regolato con convenzione di cessione del diritto di superficie per una durata massima di anni sessanta, è stabilito dall'ente proprietario non oltre sei mesi dal versamento dell'importo come sopra determinato.

6. Per le costruzioni che ricadono in aree comprese fra quelle di cui all'articolo 21 della legge 17 agosto 1942, n. 1150, il rilascio della concessione o della autorizzazione in sanatoria è subordinato alla acquisizione della proprietà dell'area stessa previo versamento del prezzo, che è determinato dall'agenzia del Territorio in rapporto al vantaggio derivante dall'incorporamento dell'area.

7. Per le opere non suscettibili di sanatoria ai sensi del presente articolo si applicano le sanzioni previste dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

▶ Art. 167 d.lgs.
42/2004

▶ 1. In caso di violazione degli obblighi e degli ordini previsti dal Titolo I della Parte terza, il trasgressore è sempre tenuto alla rimessione in pristino a proprie spese, fatto salvo quanto previsto al comma 4.

2. Con l'ordine di rimessione in pristino è assegnato al trasgressore un termine per provvedere.

3. In caso di inottemperanza, l'autorità amministrativa preposta alla tutela paesaggistica

provvede d'ufficio per mezzo del prefetto e rende esecutoria la nota delle spese. Laddove l'autorità amministrativa preposta alla tutela paesaggistica non provveda d'ufficio, il direttore regionale competente, su richiesta della medesima autorità amministrativa ovvero, decorsi centottanta giorni dall'accertamento dell'illecito, previa diffida alla suddetta autorità competente a provvedervi nei successivi trenta giorni, procede alla demolizione avvalendosi dell'apposito servizio tecnico-operativo del Ministero, ovvero delle modalità previste dall'articolo 41 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, a seguito di apposita convenzione che può essere stipulata d'intesa tra il Ministero e il Ministero della difesa.

4. L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi:

- a) per i lavori, realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati;
- b) per l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;
- c) per i lavori comunque configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi dell'articolo 3 del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380.

5. Il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi di cui al comma 4 presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi medesimi. L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni. Qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. L'importo della sanzione pecuniaria è determinato previa perizia di stima. In caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria di cui al comma 1. La domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata ai sensi dell'articolo 181, comma 1-quater, si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti di cui al presente comma.

6. Le somme riscosse per effetto dell'applicazione del comma 5, nonché per effetto dell'articolo 1, comma 37, lettera b), n. 1), della legge 15 dicembre 2004, n. 308, sono utilizzate, oltre che per l'esecuzione delle rimessioni in pristino di cui al comma 1, anche per finalità di salvaguardia nonché per interventi di recupero dei valori paesaggistici e di riqualificazione degli immobili e delle aree degradati o interessati dalle rimessioni in pristino. Per le medesime finalità possono essere utilizzate anche le somme derivanti dal recupero delle spese sostenute dall'amministrazione per l'esecuzione della rimessione in pristino in danno dei soggetti obbligati, ovvero altre somme a ciò destinate dalle amministrazioni competenti.

▶ Art. 28 legge n. 689/1981.

▶ Prescrizione

Il diritto a riscuotere le somme dovute per le violazioni indicate dalla presente legge si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui è stata commessa la violazione. L'interruzione della prescrizione è regolata dalle norme del codice civile.

▶ Cassazione Penale Sezioni Unite n. 17178/2002

▶ Il reato in materia edilizia si consuma al termine dell'esecuzione delle opere, ovvero si perfeziona solo una volta cessata la permanenza, e cioè con la fine dell'esecuzione delle opere.

Così anche Cass. Pen. SS. UU. n. 12878/2003

Come è noto, i reati edilizi hanno natura permanente e la relativa consumazione perdura fino alla cessazione dell'attività abusiva, in genere sino al momento di completamento del manufatto.

▶ Cassazione Penale n. 35912/2008

▶ Sono istantanei solo quei reati in cui la condotta tipica esaurisce la lesione del bene tutela, e sono permanenti quelli in cui la condotta volontaria del soggetto protrae nel tempo la lesione del bene.

▶ Cassazione Penale n. 23070/2008

▶ Ai fini della consumazione dei reati di natura permanente in materia edilizia si esaurisce con il completamento di tutte le opere interne ed esterne del manufatto.

▶ Dies a quo della prescrizione in ambito penale

▶ La prescrizione in ambito penale è regolata dall'art. 157, così come novellato con la legge 5 febbraio 2005 n. 251, poi d. l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 luglio 2008, n. 125.

Il dies a quo della prescrizione, pertanto, sulla scorta della giurisprudenza citata, decorre dalla data di ultimazione dell'abuso (condotta commissiva) ovvero dalla data di cessazione della condotta antigiuridica (omissiva).

▶ Art. 157 c.p. vigente

▶ La prescrizione estingue il reato decorso il tempo corrispondente al massimo della pena edittale stabilita dalla legge e comunque un tempo non inferiore a sei anni se si tratta di delitto e a quattro anni se si tratta di contravvenzione, ancorché puniti con la sola pena pecuniaria.

Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo alla pena stabilita dalla legge per il reato consumato o tentato, senza tener conto della diminuzione per le circostanze attenuanti e dell'aumento per le circostanze aggravanti, salvo che per le aggravanti per le quali la legge stabilisce una pena di specie diversa da quella ordinaria e per quelle ad effetto speciale, nel qual caso si tiene conto dell'aumento massimo di pena previsto per l'aggravante.

Non si applicano le disposizioni dell'articolo 69 e il tempo necessario a prescrivere è determinato a norma del secondo comma.

Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e la pena pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva.

Quando per il reato la legge stabilisce pene diverse da quella detentiva e da quella pecuniaria, si applica il termine di tre anni.

I termini di cui ai commi che precedono sono raddoppiati per i reati di cui agli articoli 449 e 589, secondo, terzo e quarto comma, nonché per i reati di cui all'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale.

La prescrizione è sempre espressamente rinunciabile dall'imputato.

La prescrizione non estingue i reati per i quali la legge prevede la pena dell'ergastolo, anche come effetto dell'applicazione di circostanze aggravanti

▶ Art. 157 c.p. previgente al 2005

▶ Tempo necessario a prescrivere

La prescrizione estingue il reato: 1) in venti anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a ventiquattro anni; 2) in quindici anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a dieci anni; 3) in dieci anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione non inferiore a cinque anni; 4) in cinque anni, se si tratta di delitto per cui la legge stabilisce la pena della reclusione inferiore a cinque anni, o la pena della multa; 5) in tre anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'arresto; 6) in due anni, se si tratta di contravvenzione per cui la legge stabilisce la pena dell'ammenda (1) .

Per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo al massimo della pena stabilita dalla legge per il reato, consumato o tentato, tenuto conto dell'aumento massimo di pena stabilito per le circostanze aggravanti e della diminuzione minima stabilita per le circostanze attenuanti.

Nel caso di concorso di circostanze aggravanti e di circostanze attenuanti si applicano anche a tale effetto le disposizioni dell'articolo 69.

Quando per il reato la legge stabilisce congiuntamente o alternativamente la pena detentiva e quella pecuniaria, per determinare il tempo necessario a prescrivere si ha riguardo soltanto alla pena detentiva