

Vincoli paesaggistici definitivi e sopravvenuti

(La perdurante validità delle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico e limiti della rilevanza del c.d. prospective overruling nella giurisprudenza amministrativa; la sopravvenienza del vincolo e limiti della sua applicabilità al procedimento autorizzatorio in corso)

COMMENTO A TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL MOLISE,
SEZIONE PRIMA, SENTENZA 14 MARZO 2019 N. 104; CONSIGLIO DI STATO,
SEZIONE SESTA, SENTENZA 3 DICEMBRE 2018 N. 6858

Piero Vitullo*

Mariarosaria Mastromonaco**

SOMMARIO: 1. La questione analizzata - 1.2 Premessa ricostruttiva - 2. L'approccio giurisprudenziale di merito alla tematica - 3. Analisi della sentenza - 3.1 Premessa sulla natura del vincolo paesaggistico e sul rapporto di tale vincolo con i piani regolatori - 3.2 Considerazioni sulla potestà di definizione del vincolo nella decisione del T.a.r. Molise n. 104/2019 - 3.3 L'evoluzione giurisprudenziale sul tema del c.d. "prospective overruling", inteso non solo in senso esclusivamente "processuale" - 3.4 (segue) La sopravvenienza del provvedimento di imposizione del vincolo paesaggistico rispetto alle valutazioni inerenti ai procedimenti autorizzatori in corso di svolgimento: le concrete soluzioni applicative.

1. La questione analizzata.

Il presente intervento mira a cogliere taluni spunti interpretativi sugli sviluppi applicativi scaturenti dalla nota sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 22 dicembre 2017, il cui orientamento è stato recepito e attuato da ultimo dal T.A.R. Molise con pronuncia n. 104 del 14 marzo 2019, oggetto della presente analisi. La questione affrontata, posta al vaglio della giurisprudenza amministrativa, inerisce all'indagine sui limiti di perdurante validità ed efficacia delle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico, formulate prima dell'entrata in vigore del D.Lgs n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio) e non seguite nell'immediatezza da apposito decreto ministeriale di conclusione del relativo procedimento dichiarativo; proposte, riguardo alle quali la citata sentenza n. 13/2017 dell'A.P. ha già escluso gli effetti preliminari scaturenti dal vincolo provvisorio, correlato all'adozione delle proposte medesime.

1.2 Premessa ricostruttiva.

La *quaestio facti* sottesa alla fattispecie esaminata dalla sentenza n.

(*) Avvocato dello Stato.

(**) Dottoressa in Giurisprudenza, ammessa alla pratica forense presso l'Avvocatura dello Stato.

104/2019 trae origine dal ricorso al T.A.R. Molise, n. R.G. 382/2018, promosso dal Comune di Isernia e avente a oggetto la richiesta di annullamento, previa sospensione, del decreto n. 18/2018, con cui il Direttore regionale per i beni e le attività culturali del Molise, sulla base del D.Lgs 42/2004 e della Legge n. 1497/1939 e in esito alla pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13 del 22 dicembre 2017, ha accolto ai fini paesaggistici la proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico relativa al territorio del Comune di Isernia che, in conseguenza del predetto procedimento, avviato nel 2003, è stato interamente e definitivamente sottoposto a vincolo paesaggistico.

Invero, a seguito di una prima proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico, l'intero territorio comunale era stato inserito negli elenchi compilati e non approvati, previsti dall'art. 144 comma 1 dell'allora T.U. dei beni culturali e approvato con D.Lgs n. 490/1999, a norma del quale il Ministero aveva la facoltà di integrare *gli elenchi dei beni e delle località indicati all'art. 139* (le c.d. bellezze individue e bellezze d'insieme) *su proposte del soprintendente competente*.

Lo stesso Comune di Isernia, di conseguenza, provvide alla pubblicazione su stampa locale e nazionale della proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico, precedentemente inserita nei sopra richiamati elenchi.

In seguito la Soprintendenza per i beni A.P.S.A.D., promuovendo l'iter procedurale delineato dall'allora vigente D.Lgs n. 490/1999, dinanzi al protrarsi dell'inerzia dell'Amministrazione regionale competente, esercitò la potestà concorrente e formulò, in via sostitutiva, una proposta dichiarativa in merito, con relativa trasmissione dell'avviso al pubblico per l'affissione della proposta in questione nell'albo pretorio isernino.

Il T.A.R. Molise, in riferimento ai ricorsi proposti dalla Regione e dal Comune di Isernia, con le sentenze nn. 27 e 28 del 2004, annullò la proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico gravante sull'intero territorio comunale, per la ragione formale rappresentata dalla mancata comunicazione dell'avvio del procedimento *ex art. 7* della Legge n. 240/1990.

Manifestando contrario avviso, il Consiglio di Stato, con le sentenze nn. 7606/2009 e 7607/2009, accolse gli appelli ministeriali avverso le sopraccitate sentenze, annullandone gli effetti e lasciando inalterata la proposta allora formulata di dichiarazione di notevole interesse pubblico afferente all'intero territorio comunale.

In tale lasso temporale, sono sopravvenuti due decreti legislativi correttivi del D.lgs 42/2004 (Codice del Paesaggio), ossia il D.lgs 157/2006 e il D.lgs 63/2008, che hanno modificato:

- l'art. 157, comma 1, integrato dalla lett. d-bis, che ha previsto la conservazione dell'efficacia, a tutti gli effetti, tra l'altro degli elenchi compilati o integrati ai sensi del D.Lgs 490/1999, nonché il successivo comma 2, alla cui stregua *“Le disposizioni della presente Parte si applicano anche agli immobili*

ed alle aree in ordine ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, sia stata formulata la proposta ovvero definita la perimetrazione ai fini della dichiarazione di notevole interesse pubblico o del riconoscimento quali zone di interesse archeologico”;

- l'art. 141, comma 5, il quale ora dispone che *“Se il provvedimento ministeriale di dichiarazione non è adottato nei termini di cui all'articolo 140, comma 1, allo scadere dei detti termini, per le aree e gli immobili oggetto della proposta di dichiarazione, cessano gli effetti di cui all'articolo 146, comma 1”*.

La prima modifica citata, inerente all'art. 157, in linea con l'assetto normativo previgente al citato codice, è parsa confermare che la disciplina di tutela trovi applicazione fin dalla pubblicazione della proposta nell'albo comunale, senza imposizione di termini di durata dell'efficacia della misura di salvaguardia e senza sanzioni decadenziali rispetto al tardivo esercizio del potere attinente all'emanazione del provvedimento finale.

Dalle altre disposizioni invece sembra desumersi, in senso apparentemente dissonante rispetto alla confermata efficacia temporalmente illimitata della proposta di vincolo, come da art. 157, che l'art. 141, in relazione al precedente art. 139, abbia previsto che il decreto debba essere adottato entro il termine complessivo di 180 giorni, in pratica decorrenti dalla pubblicazione nell'albo pretorio della medesima proposta.

Di qui il contrasto interpretativo tra la tesi propugnata dall'Amministrazione B.A.C. e l'assunto difensivo dei privati ricorrenti, valorizzante invece la previsione limitatrice e decadenziale del potere di approvazione del vincolo.

Contrasto, composto dalla citata decisione dell'Adunanza Plenaria, con creazione di una sorta di argomentazione intermedia tra le due in raffronto, alla cui stregua è stato ritenuto, sì, inciso dalla ricordata correzione normativa l'esercizio del potere di vincolo, ma senza adesione all'assunto sulla decadenza dell'atto recante l'originaria proposta di vincolo (in tesi, antecedente al D.lgs 42/2004); di conseguenza l'Adunanza, ravvisando le condizioni per modulare la portata temporale delle proprie pronunce, con limitazione degli effetti proiettati al futuro, ha fissato la regola secondo cui il complessivo termine di efficacia di centottanta giorni del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico, formulate prima dell'entrata in vigore del D.lgs 22 gennaio 2004 n. 42, decorre dalla data di pubblicazione della medesima sentenza, vale a dire il 22 dicembre 2017.

Ciò premesso, nella concreta fattispecie in esame è avvenuto che il perfezionamento dell'iter successivo alla predetta proposta è stato conseguito soltanto nell'agosto 2018, a seguito della modifica normativa introdotta dal D.Lgs 63/2008 come interpretata dalla citata decisione dell'A.P.; e invero il competente Comitato tecnico-scientifico per il paesaggio ha reputato necessario conferire impulso al procedimento di vincolo in questione, alla luce delle indicazioni cogenti fornite dal Supremo Consesso, riavviando il procedimento

sostitutivo in esito al quale, dopo preavviso del 24 luglio 2018, è stato adottato apposito decreto di tutela paesaggistica del Segretariato regionale B.A.C., n. 28 del 2 agosto 2018.

Con la disposizione finale approvativa della proposta di vincolo, pertanto, è stato assoggettato definitivamente a tutela paesaggistica l'intero territorio comunale di Isernia, in termini preclusivi per l'Amministrazione regionale dell'adozione di ogni ulteriore provvedimento in tal senso, di sua teorica spettanza.

Con ricorso al T.A.R. Molise n. R.G. 382/2018 il Comune di Isernia, nell'impugnare principalmente tale D.D.R., oltre a lamentare la mancata comunicazione da parte del Ministero dell'avvio del procedimento stesso, allo scopo di consentire al Comune interessato la formulazione di osservazioni nella fase valutativa-decisionale del procedimento, tanto più necessaria a fronte dell'imposizione di un vincolo generalizzato e globale (1), diretto a condizionare qualsiasi intervento antropico e incidente su aree già urbanisticamente modificate con alterazione definitiva del paesaggio tutelando, ha argomentato sul profilo in disamina sostenendo essenzialmente che, a mente delle ultime modifiche legislative, sia prevista la decadenza dei vincoli *de quibus* una volta inutilmente spirato il termine di conclusione del procedimento, scaturente dalla sentenza n. 13/2017 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, in virtù della quale il vincolo preliminare per le proposte formulate prima dell'entrata in vigore del D.Lgs 42/2004 cessa allorquando il relativo procedimento non sia concluso entro 180 giorni, decorrenti dalla pubblicazione della citata sentenza del 22 dicembre 2017. Nel caso di specie, dunque, per il ricorrente il D.D.R. di dichiarazione di notevole interesse pubblico del 2 agosto 2018 è stato emanato tardivamente e irrimediabilmente, in quanto successivo alla scadenza del 20 giugno 2018.

2. *L'approccio giurisprudenziale di merito alla tematica.*

Il T.A.R. Molise, con sentenza n. 104 del 6 marzo 2019, definitivamente pronunciando sul ricorso *de quo*, lo ha respinto poiché infondato.

In particolare, il Giudice di primo grado, non ravvisando alcuna viola-

(1) Appare opportuno rammentare che la giurisprudenza ha da tempo riconosciuto allo Stato il potere di porre un vincolo paesaggistico sull'intero territorio di un comune (Cons. Stato, IV, 6 dicembre 1985, n. 596; VI, 4 aprile 1997, n. 553; IV, 20 marzo 2006, n. 1470; VI, 21 luglio 2011, n. 4429). Certamente (cfr. CdS, sez. VI, sent. n. 3540 del 27 giugno 2001), il provvedimento con il quale si impone un vincolo paesaggistico ambientale, ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497 sull'intero territorio di un comune, deve essere motivato sulla base di concreti e specifici indici dell'interesse paesistico dominante e non già con riferimento ad un mero rapporto di vicinanza delle aree più urbanizzate rispetto a quelle di più diretto ed immediato rilievo paesistico. Di conseguenza il decreto di vincolo non potrebbe imporre limiti su di un intero territorio comunale, qualora il provvedimento sia motivato con richiamo a ragioni e apprezzamenti che, per la loro genericità, potrebbero giustificare l'imposizione del vincolo in questione su qualsiasi territorio dello Stato.

zione delle garanzie procedurali, considerata l'avvenuta interlocuzione tra Ministero, Regione Molise e Comune di Isernia, e ritenute infondate le censure inerenti al difetto di istruttoria nonché generica e inammissibile la doglianza relativa all'inosservanza o violazione del Piano paesaggistico regionale e del P.R.G. comunale (2), in riferimento alla perdurante efficacia degli effetti del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico - formulate prima dell'entrata in vigore della novella al D.Lgs n. 42/2004 e non seguite da decreto ministeriale di conclusione del relativo procedimento dichiarativo - ha stabilito che la questione esaminata non concerneva *“la sopravvivenza oltre i 180 giorni delle misure di salvaguardia scaturenti dalla proposta di vincolo paesaggistico, bensì la sopravvivenza oltre tale termine della proposta stessa, ancorché privata dei suoi provvisori effetti di salvaguardia”*.

Invero la citata sentenza, nell'allinearsi all'impostazione dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2017, ha ribadito che il mancato esercizio nel termine di 180 giorni del potere autoritativo della Pubblica Amministrazione comporta *non la decadenza della proposta* bensì *la semplice cessazione degli effetti di salvaguardia*, in virtù del “compromesso” adottato dal legislatore, con cui si è stabilito che il potere impositivo del vincolo persiste anche successivamente alla scadenza del termine, determinando, tuttavia, *la cessazione dell'effetto restrittivo provvisorio, derivante dal suo (iniziale) esercizio*.

Ciò posto, pur prendendo atto del fatto che la Direzione generale Mi.b.a.c. aveva riavviato e concluso il procedimento inerente al permanente vincolo paesaggistico e ambientale - sul presupposto che il competente Comitato tecnico-scientifico per il paesaggio solamente in data 16 luglio 2018 avesse ravvisato la necessità di procedere alla definizione dei vincoli - il T.A.R. adito ha escluso la consumazione del potere ministeriale di portare a conclusione il procedimento in esame, in quanto *sono decadute in data 22 giugno 2018 solo le previsioni di salvaguardia scaturenti dalla proposta stessa, proposta che ha conservato intatta la sua efficacia di atto di iniziativa del procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico, ai sensi dell'art. 136 comma 1 lett. c) e d) del D.Lgs 42/2004*.

Come tale, la proposta è stata legittimamente recepita e posta a fondamento del decreto finale di approvazione del vincolo.

La sentenza testé analizzata non è stata impugnata dal Comune e pertanto è passata in giudicato.

(2) A tal riguardo il Tribunale amministrativo ha precisato che i vincoli paesaggistici operano su un piano diverso da quello delle previsioni urbanistiche, nonché da quello dei vincoli ambientali in senso proprio. Essi non diventano vincoli meramente urbanistici e non devono essere recepiti nel P.R.G. o nei piani regionali, mantenendo la loro natura di vincoli dichiarativi a effetto costitutivo non sottoposto a termine, in quanto discendenti non dalla scelta discrezionale dell'Amministrazione, bensì dalle qualità intrinseche del bene tutelato che il provvedimento di vincolo deve soltanto riconoscere e dichiarare.

3. *Analisi della sentenza.*

3.1 *Premessa sulla natura del vincolo paesaggistico e sul rapporto di tale vincolo con i piani regolatori.*

Una preliminare considerazione appare opportuna in riferimento alla natura del vincolo paesaggistico e del suo rapporto con la pianificazione urbanistica (3), in quanto richiamati nella sentenza n. 104/2019.

L'imposizione (mediante piani o provvedimenti puntuali) e l'applicazione dei vincoli paesaggistici ed ambientali sono disciplinate in virtù della potestà esclusiva statale prevista dall'articolo 117, comma 2 lettera s) della Costituzione e da normative organiche statali, quali il Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al D.Lgs 42/2004; il T.U. ambientale D.Lgs 152/2006; la legge quadro 394/1991 sulle aree naturali protette. Le relative competenze amministrative spettano allo Stato ed alle Regioni, sebbene sia diffusa la pratica della subdelega o del conferimento dei poteri autorizzatori agli enti locali.

Orbene, così come precisato dalla sentenza oggetto della presente analisi, i vincoli paesaggistici e ambientali in senso proprio *non divengono vincoli (meramente) urbanistici per il solo fatto di essere recepiti nel piano regolatore generale, ma mantengono la loro natura di vincoli dichiarativi a effetto costitutivo non sottoposto a termine, in quanto discendenti non da una scelta discrezionale dell'amministrazione, bensì da qualità intrinseche del bene tutelato, che il provvedimento di vincolo deve soltanto riconoscere e dichiarare*; ciò li distingue nettamente dai vincoli urbanistici in senso proprio, i quali, seppur diretti a salvaguardare il paesaggio o l'ambiente, *non si sottraggono all'alternativa tra temporaneità e indennizzabilità, qualora siano preordinati all'espropriazione o comunque rivestano carattere sostanzialmente espropriativo* (4).

La precisazione concorre a supportare l'assunto per cui la tutela del paesaggio e dell'ambiente non sono assimilabili nella materia urbanistica, di conseguenza i piani di tutela non sono confondibili e sovrapponibili; al riguardo la Suprema Corte ha più volte precisato che tali tutele *concernono interessi pubblici distinti, sottoposti a tutela differenziata e sovraordinati rispetto a quelli sottesi al razionale assetto del territorio* (5).

(3) Per quanto concerne invece la pianificazione paesaggistica regionale, articolata in plurimi Piani Territoriali Paesistico-Ambientali di Area Vasta (P.T.P.A.A.V.), va tenuto conto delle peculiarità della legislazione regionale del Molise, da cui si evince la persistente efficacia dei vincoli antecedenti, scaturenti sia dai decreti ministeriali dichiarativi dell'interesse pubblico che, per equiparazione - stando alla giurisprudenza fino a epoca recente dominante -, delle proposte impositive di vincolo paesaggistico provvisorio, per il tramite dell'art. 8 l.r. 24/1989; sul punto specifico, si veda T.A.R. Molise, sent. n. 733/2011, con l'aggiunta dell'effetto dichiarativo di vincolo insito nell'adozione degli stessi P.T.P.A.A.V. (cfr. art. 2, comma 2, l.r. 24/1989).

(4) Cfr. Corte Cost., 20 maggio 1999, n. 179; T.A.R. Umbria, sent. n. 71 del 4 marzo 2009.

(5) Cfr. sent. 5 maggio 2006, n. 182; 7 novembre 2007, n. 367 e 30 maggio 2008, n. 180.

“Corollario è che nessuna valutazione di compatibilità urbanistica è idonea a sovvertire la pianificazione paesaggistica e la prioritaria necessità di sua tutela anche nella fattispecie in questione.

Ciò, in aderenza alla *ratio* profonda del vincolo paesaggistico, che risiede

Se ne desume la preminenza - come da ormai pacifico orientamento giurisprudenziale - da accordare alla disciplina di tutela paesistica rispetto alle prescrizioni regolanti l'attività urbanistico-edilizia, oggetto di normativa di cui sarebbe del tutto inappropriatamente invocato il rispetto; preminenza, che si ricava dall'art. 1 d.P.R. n. 380/2001, il quale, al comma 2, testualmente stabilisce che "**Restano ferme le disposizioni in materia di tutela dei beni culturali e ambientali contenute nel decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490** [antecedente normativo del D.Lgs. n. 42/2004] ... **aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia**" (si veda sul punto anche T.A.R. Molise, ord. n. 47/2015; *id.*, sent. 8 marzo 2011, n. 100: la tutela del paesaggio [ha] comunque portata generale e speciale considerazione di valore, rispetto a ogni forma di pianificazione degli interventi urbanistici, economici e infrastrutturali sul territorio, costituendo necessario presupposto per essi (cfr.: Cons. Stato IV, 5 luglio 2010 n. 4244; *idem* V, 12 giugno 2009 n. 3770)).

Il Consiglio di Stato (**Sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4246**) ha definito l'ambito di operatività delle due discipline di settore, quella paesaggistica e quella urbanistica, **rimarcando la loro reciproca autonomia**, all'uopo rammentando "*la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa che fa emergere la natura sostanzialmente insindacabile delle scelte effettuate, giustificandola alla luce del valore primario ed assoluto riconosciuto dalla Costituzione al paesaggio ed all'ambiente* (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 12 giugno 2009, n. 3770; Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367)", tenuto conto che "**La ponderazione degli interessi privati, unitamente ed in coerenza con gli interessi pubblici connessi con la tutela paesaggistica ed ambientale, non deve essere giustificata neppure allo scopo di dimostrare che il sacrificio imposto al privato ... sia stato contenuto nel minimo possibile, perché tale giudizio si colloca all'interno della disciplina costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.) che erige il valore estetico-culturale a valore primario dell'ordinamento.**

Da queste premesse si sono tratti i seguenti corollari:

a) la tutela del paesaggio non è riducibile a quella dell'urbanistica, né può essere considerato vizio della funzione preposta alla tutela del paesaggio il mancato accertamento dell'esistenza, nel territorio oggetto dell'intervento paesaggistico, di eventuali prescrizioni urbanistiche che, rispondendo ad esigenze diverse, in ogni caso non si inquadrano in una considerazione globale del territorio sotto il profilo dell'attuazione del primario valore paesaggistico;

b) l'avvenuta edificazione di un'area immobiliare o le sue condizioni di degrado non costituiscono ragione sufficiente per recedere dall'intento di proteggere i valori estetici o culturali ad essa legati, poiché l'imposizione del vincolo costituisce il presupposto per l'imposizione al proprietario delle cautele e delle opere necessarie alla conservazione del bene e per la cessazione degli usi incompatibili con la conservazione dell'integrità dello stesso;

c) l'ambiente rileva non solo come paesaggio ma anche come assetto del territorio, comprensivo financo degli aspetti scientifico-naturalistici (come quelli relativi alla protezione di una particolare flora e fauna), pur non afferenti specificamente ai profili estetici della zona.

Viene in luce il confluire ineluttabile, nella materia del governo del territorio, delle esigenze di salvaguardia di valori costituzionali assoluti e non comprimibili quali il paesaggio, l'ambiente ed i beni culturali; di questa caratteristica vi è traccia nel più recente dibattito sulla evoluzione della stessa scienza urbanistica, di cui si coglie l'eco nella giurisprudenza che riconosce, nel presupposto della necessità di non consentire la totale consumazione del suolo nazionale, la possibilità che gli strumenti urbanistici non siano sostenuti dalle tradizionali linee guida di espansione demografica o edilizia ma, al contrario, da linee guida esclusivamente rivolte al recupero ed alla razionalizzazione del patrimonio edilizio esistente (cfr. Cons. St., sez. IV, 12 marzo 2010, n. 1461)".

La questione può essere dunque riassunta nei seguenti termini (T.A.R. Lazio RM, Sez. II quater, 14 dicembre 2010 n. 36581): "la tutela paesaggistica, lungi dall'essere subordinata alla pianificazione urbanistica comunale, deve precedere ed orientare le scelte urbanistico-edilizie locali. Per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni paesaggistiche "... sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore, ivi compresi quelli degli enti gestori delle aree naturali protette" (cfr. Corte costituzionale, 30 maggio 2008, n. 180)".

nell'intento legislativo di preservare dalla trasformazione edilizia indiscriminata le località e i paesaggi di notevole interesse pubblico, presenti sul territorio nazionale.

Una lettura costituzionalmente orientata della norma, ai sensi dell'art. 9 della Carta Costituzionale, impone la valorizzazione della tutela paesaggistica. Pertanto tale interesse pubblico è da considerarsi indubbiamente preminente rispetto agli altri interessi confliggenti (6).

Infatti, l'art. 146 comma 1 del D.Lgs 42/2004, a tal riguardo, stabilisce che: *“I proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'articolo 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d), e 157, non possono distruggerli, né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione”*.

Dunque l'Amm.ne comunale, in ossequio ai dettami normativi e in virtù del bilanciamento di interessi, più volte richiamato dalla giurisprudenza amministrativa, deve soprattutto tutelare il proprio territorio e il proprio patrimonio storico-culturale, predisponendo azioni mirate e necessarie, non generalizzate, riguardo sia alle nuove costruzioni sia agli interventi di lieve entità o di consolidamento, prefiggendosi come scopo la difesa del territorio comunale da interventi edilizi meramente speculativi.

Infine, in riferimento all'art. 138 comma 1 del D.Lgs 42/2004, ai sensi del quale *“La proposta è formulata con riferimento ai valori storici, culturali, naturali, morfologici, estetici espressi dagli aspetti e caratteri peculiari degli immobili o delle aree considerati ed alla loro valenza identitaria in rapporto al territorio in cui ricadono, e contiene proposte per le prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei valori espressi”*, le prescrizioni d'uso tendono ad assicurare la conservazione e valorizzazione dei caratteri distintivi delle aree oggetto di tutela.

Va precisato, in tal senso, che il decreto che impone definitivamente il vincolo paesaggistico opera necessariamente un *remand* alla sede propria, rappresentata dalla pianificazione paesaggistica, di spettanza dell'Amm.ne regionale: infatti, ai sensi dell'art. 140 comma 2 del decreto sopra richiamato, *“La dichiarazione di notevole interesse pubblico detta la specifica disciplina intesa ad assicurare la conservazione dei valori espressi dagli aspetti e caratteri peculiari del territorio considerato. Essa costituisce parte integrante del piano paesaggistico e non è suscettibile di rimozioni o modifiche nel corso del procedimento di redazione o revisione del piano medesimo”*.

(6) Sul punto, *ex multis*, cfr. T.A.R. Molise, sent. n. 92/2016.

3.2 Considerazioni sulla potestà di definizione del vincolo nella decisione T.A.R. Molise n. 104/2019.

La sentenza in esame conferma il criterio di bilanciamento degli interessi contrapposti, propugnato dall'A.P., pervenendo a un equo contemperamento tra le opposte istanze, mediante la riconosciuta conservazione della proposta iniziale di vincolo, da reputarsi intatta e pienamente efficace e utilizzabile, anche successivamente alla consumazione delle misure di restrittive di salvaguardia, in quanto sottoposte al regime decadenziale allorquando non confermate da un successivo provvedimento amministrativo, nei termini indicati dalla Plenaria n. 13/2017.

In particolare, pur a fronte di norma generale recante la limitazione temporale del potere autoritativo della P.A., sancito dall'art. 141 comma 5 del Codice (in attuazione del principio generale *ex art. 2* della L. n. 241/1990), la deroga operata dall'Adunanza Plenaria è stata intesa con elasticità e buon senso, in adeguata considerazione delle peculiarità della materia e dei sottesi interessi pubblici, incentrati sulla tutela del bene fondamentale/Paesaggio.

La soluzione compromissoria sopra illustrata, consistente nel mantenimento della validità della proposta introduttiva di vincolo e nel riconoscimento della caducabilità solo degli effetti preliminari restrittivi da essa scaturenti, tra l'altro senza soluzioni di continuità qualora le Amministrazioni competenti si determinino positivamente al riguardo entro i 180 giorni dalla pubblicazione della sentenza dell'A.P. n. 13/2017, è stata applicata nel caso di specie con ragionevolezza, dal momento che la perdurante efficacia della proposta di vincolo, anche dopo il decorso del termine finale del 22 giugno 2018, ha legittimato la conseguente resistenza del potere della P.A. ai rilievi critici invocanti l'automatismo della sua consumazione in dipendenza della scadenza di quel termine; conclusione obbligata, quest'ultima, a fronte del rilievo sulla limitazione della decadenza alle sole previsioni di salvaguardia scaturenti dalla medesima proposta, con salvezza dell'imposizione definitiva del vincolo, per l'appunto in presenza di un potere permanentemente esercitabile e di un atto originario limitato non quanto all'attitudine propulsiva ma solo in relazione alla sua idoneità a produrre in via provvisoria effetti di vincolo.

Ciò non significa la vanificazione del surrichiamato termine di 180 giorni e della sua perentorietà, e tantomeno l'aggiramento della pronuncia dell'Adunanza Plenaria, dal momento che è stato recepito che risultano incise solo le misure cautelative scaturenti dalla proposta, col corollario, tuttavia, che la persistentemente valida proposta esplica una residuale efficacia quanto all'attitudine a conferire impulso all'iter approvativo del vincolo, da ritenersi operativo semplicemente con effetto *ex nunc* in caso di travalicamento di quel termine, senza la possibilità per l'Amministrazione di evitare la soluzione di continuità della salvaguardia introdotta in via provvisoria rispetto al perfezionamento dell'atto finale approvativo del vincolo, ovverosia di consentire

la saldatura degli effetti del vincolo provvisorio con quelli del vincolo definitivo; con ciò, esponendosi solo al rilievo dell'inopponibilità del vincolo a richieste di trasformazione edilizia del territorio comunale, intervenute successivamente al 22 giugno 2018 (termine inutilmente decorso) e definite prima del decreto finale di approvazione del vincolo medesimo, come tali da reputarsi non assoggettate ad autorizzazione paesaggistica e al parere vincolante del MIBAC (7).

3.3 L'evoluzione giurisprudenziale sul tema del c.d. "prospective overruling", inteso non solo in senso esclusivamente "processuale".

La questione appena affrontata apre un'interessante prospettiva in ordine alla rilevanza nella materia in disamina del c.d. *overruling*, in senso esorbitante dai limiti del processo giudiziale.

Come è noto, secondo la definizione giurisprudenziale il "*prospective overruling*" (istituto mutuato dal diritto anglosassone) è finalizzato a porre la parte al riparo da effetti pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) indotti da mutamenti imprevedibili della giurisprudenza di legittimità su norme regolatrici del processo, in guisa tale da consentire all'atto compiuto con modalità e in forme ossequiose dell'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato, ma dominante al momento del compimento dell'atto, di produrre ugualmente i suoi effetti sostanziali; peraltro, per tradizionale affermazione soprattutto della giurisprudenza civile, non sarebbe invocabile nell'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità riguardi l'interpretazione del diritto sostanziale, che spetta comunque alla parte valutare.

In significativa consonanza con la sentenza in commento del Tribunale periferico, innestatasi sul solco dell'impostazione qui propugnata della materia trattata, sono intervenute pronunce innovative del Consiglio di Stato, successive alla richiamata sentenza dell'Adunanza plenaria n. 13/2017.

Su tale profilo specifico delle questioni affrontate si è infatti espressa anche la Sezione VI del Consiglio di Stato con la sentenza n. 6858 del 3 dicembre 2018, in riferimento a un caso strutturalmente analogo (occasionato da una S.C.I.A. relativa a un intervento edilizio sempre nel Comune di Isernia, denegata in costanza del termine surricordato di 180 giorni), concernente la richiesta di declaratoria di nullità e inefficacia del medesimo vincolo paesaggistico, quale derivante dalla proposta di notevole interesse dell'intero territorio del Comune di Isernia, nonché del parere vincolante negativo espresso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici del Molise in merito a un'istanza di autorizzazione *ex art.* 146 D.Lgs n. 42/2004, in quanto "il

(7) Il punto sarà approfondito all'apposito paragrafo 3.4 successivo.

territorio del Comune di Isernia è sottoposto a tutela paesaggistica ai sensi dell'art. 157 D.Lgs 42/2004 con proposta di vincolo, affissa all'albo pretorio del Comune di Isernia dal 15 aprile 2003 al 15 luglio 2003".

La sentenza riformata, n. 117/2018 del Tribunale amministrativo regionale del Molise, aveva inopinatamente accolto nel merito il ricorso proposto dalla società, ponendo a fondamento della propria decisione solo l'indirizzo già minoritario e fatto assurgere al rango di principio dall'Adunanza Plenaria n. 13/2017, secondo cui *"Il combinato disposto - nell'ordine logico - dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del D.Lgs 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo - come modificato con il D.Lgs 24 marzo 2006, n. 157 e con il D.Lgs 26 marzo 2008, n. 63 - cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni"*.

In proposito, il Giudice di prime cure - manifestando un avviso poi sostanzialmente mutato nella sentenza in commento - aveva precisato che tale principio è applicabile al caso vagliato, valorizzando la circostanza che il procedimento approvativo del vincolo, all'epoca non ancora definito ma prima della scadenza di quello - di 180 giorni - delineato dall'A.P. quale occasione estrema proprio per la conclusione da parte dell'Amministrazione B.A.C. del medesimo procedimento, aveva avuto inizio con una proposta emanata 11 anni prima rispetto al diniego impugnato.

In buona sostanza il T.A.R. Molise ha ritenuto che il vincolo preliminare fosse già decaduto allorquando la società ha formulato richiesta di autorizzazione paesaggistica, ai sensi dell'art. 146 D.Lgs n. 42/2004.

Per quanto di interesse in riferimento al principio dell'*overruling* in discussione, il Tribunale amministrativo ha affermato che la *"limitazione pro futuro degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza Plenaria equivale alla creazione di una norma transitoria, in funzione para-normativa, che non può vincolare il giudice di primo grado, in quanto recessiva rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge ex art. 101 Cost."*

In particolare, il T.A.R. Molise ha ritenuto insussistenti i presupposti per la configurabilità del c.d. *prospective overruling*, in quanto l'esegesi inciderebbe su una norma sostanziale e non processuale di disciplina del procedimento amministrativo, tenuto conto altresì dell'insussistenza di effetti preclusivi del diritto di azione o di difesa derivanti dal mutamento dell'interpretazione giurisprudenziale e, in concreto, dell'assenza di un "diritto vivente" sul punto controverso, dopo la rimessione all'Adunanza Plenaria del contrasto insorto all'interno del Consiglio di Stato.

Andando di contrario avviso, il Giudice di seconda istanza, accogliendo

l'appello proposto dall'Amm.ne statale, ha affrontato in modo differente e innovativo l'istituto del c.d. *prospective overruling*, puntualizzando le collimanti tesi dell'A.P.

Infatti, la sesta Sezione del Consiglio di Stato ha stabilito che l'esigenza di dare certezza al diritto applicato - alla base dell'art. 99 c.p.a. - *deve essere bilanciata con la necessità di garantire forme naturali di evoluzione giurisprudenziale*. Ciò premesso, il Supremo Consesso ha ritenuto che il Giudice di primo grado, pur non obbligato a seguire i principi dettati dall'Adunanza Plenaria, debba, tuttavia, *evitare difformità, per incuriam*, rispetto a tali principi.

Orbene, in determinate ipotesi, *la medesima esigenza di certezza del diritto che muove all'enunciazione del principio, può indurre l'Adunanza plenaria a stabilire che la propria decisione produca effetti unicamente 'pro futuro' - e quindi non solo per i giudizi pendenti - escludendone la retroattività, mediante il ricorso al c.d. prospective overruling*, strumento di creazione pretoria, escogitato per mitigare gli effetti retroattivi di un repentino mutamento giurisprudenziale, proiettando eventuali effetti sfavorevoli della sentenza solo nel futuro.

La *prospective overruling*, come hanno precisato i Giudici del Supremo Consesso, richiede la concomitante sussistenza di tre presupposti: 1) il nuovo orientamento giurisprudenziale deve incidere su una regola processuale e non sostanziale; 2) il nuovo indirizzo interpretativo deve essere imprevedibile ovvero far seguito ad altro orientamento consolidatosi nel corso del tempo, *tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento*; 3) il mutamento dell'indirizzo interpretativo deve precludere il diritto di azione o di difesa.

Tuttavia nella fattispecie astratta in disamina è stato ineluttabile commisurare la portata di tale istituto non solo alla decadenza delle misure cautelari di salvaguardia, ma anche alla conservazione di effetti innestatisi sulla proposta di vincolo, in quanto espressione della necessità di tutelare un valore fondamentale di rango costituzionale, quale appunto il Paesaggio, onde evitare il travolgimento irrimediabile e irreversibile dei procedimenti in corso e in attesa di conclusione.

Con ciò, emergendo una circostanza "sostanziale" meritevole di protezione, mediante ridimensionamento della "naturale" retroattività, rispetto ai giudizi in corso, del *revirement* giudiziale sulla decadenza delle misure di salvaguardia, pur se l'applicazione della nuova interpretazione vada riferita a un istituto procedimentale (decadenza) operante in un contesto procedimentale amministrativo (8), parificabile a quello operante nel giudizio (decadenza pro-

(8) L'assunto trova corrispondenza in una sorta di *obiter dictum* desumibile dalla sentenza n. 1/2018 dell'Adunanza Plenaria, in tema di limiti applicativi dell'istituto in discussione, del *prospective overruling*: "**Nella fattispecie in esame non occorre applicare una norma processuale e nemmeno attinente al procedimento amministrativo**, e, in ogni caso, non risulta che vi sia stato né un mutamento imprevedibile di orientamento in ragione anche degli indirizzi interpretativi seguiti nell'ambito della

cessuale), in tal senso confermandosi l'allineamento della Sezione alla regolazione solo per il futuro degli effetti temporali dell'annullamento, dichiarato dall'Adunanza Plenaria, degli stessi atti ministeriali.

Di conseguenza, pur reputando ammissibile il discostamento della decisione del T.A.R. n. 117/2018 dall'Ad. Plen. n. 13/2017, in ragione della limitata vincolatività, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., delle pronunce dell'Adunanza nei giudizi diversi da quello che l'ha occasionata, il Supremo Consesso ha smentito nel merito la prospettazione di primo grado sull'insussistenza, nel caso deciso dall'Adunanza, dei presupposti per l'applicazione dello strumento del *prospective overruling*.

Ciò posto, è stato riconosciuto che le Soprintendenze hanno la facoltà di concludere legittimamente i procedimenti di vincolo avviati prima delle modifiche al Codice dei beni culturali e paesaggistici, con salvezza delle citate misure di salvaguardia (previste dall'art. 146 del Codice dei beni culturali), nel termine previsto *ex lege* di 180 giorni, decorrente dalla pubblicazione della sentenza della Plenaria. Diversamente opinando, i procedimenti pendenti verrebbero travolti dall'efficacia retroattiva dell'ipotetica decisione di annullamento, con cui venga sancita la decadenza, non solo dell'effetto preliminare di vincolo, ma anche dell'efficacia della proposta.

Motivo, per cui non vi è stata alcuna consumazione del potere MI-BACT di concludere il procedimento in questione, proprio per la prevista salvezza dell'efficacia della proposta da cui è scaturito legittimamente il decreto impugnato, essendo decadute solamente le previsioni di salvaguardia scaturenti dalla stessa proposta, cessate a decorrere dalla scadenza del termine indicato di 180 giorni, fino alla definitiva imposizione del vincolo.

Pertanto, la soluzione adottata dal Supremo Consesso si appalesa come indirizzata allo scopo di tutelare la parte pubblica potenzialmente soccombente anche dagli effetti sostanziali pregiudizievoli (nullità, decadenze, preclusioni, inammissibilità) indotti dal mutamento d'indirizzo, in quanto derivanti da innovazione improvvisa dell'esegesi giurisprudenziale, anche se non afferente a norme processuali in senso stretto.

Indispensabile presupposto, in ogni caso, resta la consolidazione della *communis opinio* maturata nella giurisprudenza e nella dottrina in ordine al significato normativo da attribuire ad una determinata disposizione; ossia proprio, nell'accezione costituzionalistica, il "diritto vivente" (9).

giurisprudenza della Corte di Cassazione né una incidenza negativa sul diritto di azione della parte appellata".

(9) Sul punto, si veda Consiglio di Stato, sez. VI, 1 aprile 2019, n. 2147, che ha affrontato ancora la possibilità di differimento nel tempo dell'efficacia dei principi di diritto enunciati dalle sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 11 e 13 del 2017.

La medesima Sezione VI del Consiglio di Stato, in una fattispecie a ben vedere "opposta" a quella in disamina, ha avuto modo di puntualizzare che, in ordine alla possibilità di differire nel tempo gli effetti

Ciò consente, dunque, all'atto compiuto in ossequio all'orientamento giurisprudenziale successivamente ripudiato - ma dominante al momento del compimento dell'atto - di produrre ugualmente i suoi effetti, almeno in parte.

Il confine di operatività dell'istituto in esame, pertanto, può ritenersi spostato in avanti in termini compatibili con la soglia delineata e ribadita dal successivo arresto giurisprudenziale civilistico (10), da cui si desume che il medesimo istituto non appare invocabile essenzialmente nell'ipotesi in cui il nuovo indirizzo giurisprudenziale di legittimità amplii facoltà e poteri che la parte non abbia esercitato per un'erronea interpretazione, in senso auto-limitativo, delle norme processuali, quindi, per apporto soggettivo non condizionato dalla giurisprudenza di legittimità, in quanto l'effetto pregiudizievole in questione deriverebbe direttamente ed esclusivamente dall'errore interpretativo della parte.

L'affidamento qualificato in un consolidato indirizzo interpretativo, meritevole di tutela mediante il *prospective overruling*, è quindi riconoscibile solo in presenza di stabili approdi interpretativi, che assumono il valore di *communis opinio* tra gli operatori e gli interpreti del diritto, qualora connotati dai caratteri di costanza e ripetizione, a differenza della giurisprudenza di merito, la quale non può giustificare il predetto affidamento qualificato, atteso che alcune di esse non sono idonee ad integrare un vero e proprio "diritto vivente".

In definitiva, il principio dell'*overruling* sembra aver acquisito, come condivisibilmente illustrato da Cons. Stato n. 6858/2018 con indirizzo ripreso dalla sentenza in commento n. 104/2019 (e in presenza di un consistente indirizzo

dei principi di diritto enunciati dalla sentenza dell'Adunanza plenaria, è necessario considerare che - in senso ostativo all'applicazione del c.d. *prospective overruling* - tale istituto non possa invocarsi per giustificare la perdurante applicazione di un orientamento interpretativo che non sia espressione di un diritto vivente, in quanto sviluppatosi in un arco temporale di pochi mesi e perché fondato su premesse processuali e conclusioni sostanziali che presentano profili di contrarietà a consolidati indirizzi giurisprudenziali di segno opposto, soprattutto allorché l'irretroattività della nuova esegesi abbia l'effetto di sacrificare la legittima aspettativa di un'ampia platea di soggetti controinteressati, producendo così effetti in danno degli stessi.

Sui limiti di vincolatività delle pronunce dell'Adunanza plenaria, già con un'ordinanza di rimessione, il Supremo Consesso ha affermato che il vincolo nomofilattico previsto dall'art. 99 comma III c.p.a., rispetto a pronunce dell'Adunanza Plenaria, costituisce un mero vincolo processuale negativo. Pertanto, qualora una Sezione semplice del Consiglio di Stato non condivida il principio di diritto formulato dall'Adunanza Plenaria, non sarà tenuta ad applicarlo, né tantomeno, dar luogo a una mera allegazione del dovere di ottemperanza di tale vincolo interpretativo. Di conseguenza, laddove la sezione semplice pervenga a un risultato contrario, dovrà, mediante ordinanza interlocutoria motivata (in funzione di *anticipatory overruling*), sollevare la questione dinanzi all'Adunanza Plenaria, invocando un *revirement* del principio di diritto non condiviso, affinché la Plenaria stessa rimuova il precedente che crea il vincolo interpretativo *de quo*. Infatti il principio non condiviso, costituendo un mero vincolo interpretativo negativo, ha la finalità di impedire la sola applicazione, da parte della Sezione semplice, della pronuncia contrastante con il principio di diritto formulato dall'Adunanza Plenaria.

(10) Cfr. Cassazione civile, SS.UU., 12 febbraio 2019, n. 4135.

giurisprudenziale e dottrinale definibile come “diritto vivente”), una prospettiva inedita, allargandosi verso orizzonti non più limitati agli angusti limiti processuali inerenti a “giudizi” instaurati e pendenti, per il fatto di aprirsi - con esegesi su base “analogica” - anche all’iter procedimentale amministrativo e agli effetti “sostanziali” in esso rilevanti (art. 157, art. 141 del Codice), ugualmente connotato dall’ordinata sequenzialità e funzionalizzazione di atti all’adozione di un provvedimento decisorio finale, idoneo a conferire tendenziale stabilità agli interessi esaminati; iter, ugualmente suscettibile dell’esposizione a sopravvenienze interpretative in grado di sovvertire l’equilibrio apparentemente consolidato dei contrapposti interessi in gioco all’interno del medesimo iter.

D’altro canto, l’allargamento applicativo appare utile e apprezzabile, laddove si renda necessario l’esercizio di strumenti idonei a rimediare a *vulnera* di interessi incentrati su beni e valori di rango costituzionale fondamentale, come per il Paesaggio (art. 9 Cost.), che si manifesta quale componente qualificata ed essenziale dell’ambiente, nella lata accezione che di tale bene giuridico ha fornito l’evoluzione giurisprudenziale, anche di matrice costituzionale (11).

Nel caso di specie, l’indirizzo qui propugnato fa sì che il mutamento dell’orientamento giurisprudenziale non danneggi l’Amministrazione statale, esponendola a scadenze sino ad allora imprevedibili stando all’orientamento giurisprudenziale dominante prima di A.P. n. 13/2017 (12), che incidono in senso penalizzante su poteri e facoltà già esercitati e teoricamente non più esercitabili, conservandole l’opportunità di gestire adeguatamente l’interesse pubblico coinvolto, senza eccessiva compressione di quello privato contrapposto.

Una plausibile conclusione è dunque nel senso che i segnali provenienti dalla giurisprudenza soprattutto amministrativa - sia dai Tribunali territoriali che dal Supremo Consesso - depongono verso caute ma consapevoli e significative aperture all’applicazione estensiva dell’istituto, in termini rilevanti anche nell’interpretazione di norme procedurali amministrative e altresì deponenti per il sempre più consapevole uso del potere giudiziale di modulare nel tempo gli effetti dell’annullamento giurisdizionale, onde evitare l’eccessiva compromissione di interessi pubblici a protezione costituzionale.

(11) Tra le tante, Corte Cost. 14 novembre 2007, n. 378; CdS, VI, n. 1144/2014.

(12) Se ne veda il riepilogo essenziale nell’ordinanza di remissione del Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2017, n. 2838, e in T.A.R. Molise n. 92/2016; CdS, sez. VI, sent. del 27 luglio 2015 n. 3663, *id.*, 21 marzo 2005, n. 121; T.A.R. Veneto, 29 aprile 2015, n. 473; T.A.R. Molise n. 730/2011; Corte costituzionale, sentenza 23 luglio 1997 n. 262. Quanto alla giurisprudenza penale, Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2012 n. 6617 e 17 febbraio 2010 n. 16476.
In senso contrario, Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2016, n. 4746.

3.4 (segue) *La sopravvenienza del provvedimento di imposizione del vincolo paesaggistico rispetto alle valutazioni inerenti ai procedimenti autorizzatori in corso di svolgimento: le concrete soluzioni applicative.*

Appare infine meritevole di approfondimento la consequenziale questione pratica e applicativa, coinvolgente la problematica inerente alla rilevanza o meno del sopravvenuto provvedimento definitivo di imposizione del vincolo paesaggistico, in riferimento alle fattispecie procedurali in corso di espletamento e valutazione, ai fini del rilascio delle autorizzazioni previste per interventi di trasformazione del territorio oggetto di quel vincolo.

In particolare, *prima facie* appaiono confacenti all'ipotesi in questione due principi forieri di soluzioni non completamente convergenti.

Da un lato, il noto canone "*tempus regit actum*" sembrerebbe implicare l'applicabilità della regola sopravvenuta, scaturente dal provvedimento amministrativo di dichiarazione del vincolo *de quo*, alle procedure non ancora definite dell'*iter* destinato a culminare nell'atto autorizzatorio richiesto dal privato (13); generale corollario sarebbe, dall'altro lato, l'irrelevanza del vincolo sopravvenuto per i procedimenti già definiti, in conseguenza della posteriorità (e tardività, se non consumazione) del potere ministeriale di conclusione del relativo iter approvativo.

Invero, il richiamato principio, scaturente dall'art. 11 delle Disposizioni preliminari al Codice Civile, si appalesa quale regola di ordine generale, applicabile a ciascuna branca del diritto, incluso quello pubblico, e dunque anche il procedimento amministrativo interessato dalla disciplina sopravvenuta verrebbe regolato dalle disposizioni in quel momento vigenti. L'assunto generale per cui, in difetto di una disciplina intertemporale, recante espressa previsione contraria di carattere retroattivo, la regola sopravvenuta vada applicata ai procedimenti in corso, nella fattispecie quindi determinerebbe l'applicabilità del sopravvenuto vincolo paesaggistico ai procedimenti non ancora definiti.

In particolare, volendo far assurgere la fase decisoria dell'*iter* autorizzatorio a parametro di riferimento temporale della valutazione di irrilevanza dello *jus superveniens*, sulla base dei sopra indicati principi, nonché in forza di quanto esposto, la decisione finale adottata dall'Amministrazione procedente determinerebbe il momento di preclusione dell'applicazione del vincolo sopravvenuto all'istanza abilitativa.

Apparentemente più restrittiva e selettiva l'impostazione che arretra alla fase istruttoria dell'*iter* autorizzatorio lo sbarramento temporale di rilevanza della regola sopravvenuta, dal momento che l'esaurimento di quest'ultima fase

(13) Con riguardo al caso specifico del procedimento di sanatoria paesaggistica, qualora la relativa istanza introduttiva venga presentata dopo l'entrata in vigore del vincolo, anche a fronte di abuso antecedente al vincolo, deve senz'altro ritenersi legittimo il diniego di autorizzazione paesaggistica: in tal senso, ad es., T.A.R. Molise, sentt. n. 313/2018 e 92/2020.

prima dell'insorgenza del vincolo determinerebbe l'inettitudine del vincolo stesso a incidere sul contenuto dell'emanando provvedimento, di guisa che quest'ultimo potrebbe prescindere dalla considerazione della determinazione approvativa finale che l'ha definitivamente introdotto; pertanto, come valorizzato dalla giurisprudenza amministrativa, laddove l'Amministrazione (nel caso di specie, dei B.A.C.) non abbia adottato il relativo provvedimento, il fatto sopravvenuto non avrebbe la capacità di incidere sul provvedimento finale ancora da adottare dall'autorità procedente, solo se attinente a una fase endoprocedimentale già conclusa (14). Specularmente, non potrebbe esservi margine di applicazione del vincolo paesaggistico sopravvenuto ai procedimenti pervenuti a fase istruttoria già espletata o conclusa (15).

A questo punto, peraltro, vanno considerate nella fattispecie specifica in esame le compatibilità con la prescrizione di modulazione degli effetti della decisione giurisdizionale di annullamento, scaturente da A.P. n. 13/2017, dovendosi vagliare anche alla stregua di quest'ultima l'applicabilità del vincolo paesaggistico definitivo nel procedimento abilitativo in corso, tenendosi in conto la sua interferenza col tema dell'eventuale rilevanza da riconoscersi o meno al decorso del prescritto termine di 180 giorni, dettato per la conclusione ordinaria dell'*iter* di approvazione del vincolo.

A tal proposito, non appare recepibile la soluzione (cfr. T.A.R. Molise n. 117/2018, riformata da Cons. Stato, sez. VI, n. 6858/2018), che esclude *in limine* l'applicabilità del vincolo sopravvenuto, in quanto insuscettibile di incidenza su qualsiasi *iter* in corso, e ciò perché, analogamente e specularmente alle surrichiamate impostazioni, parimenti si tradurrebbe nella disapplicazione generalizzata del canone sulla salvezza dei valori costituzionali in gioco, cui è strumentale la modulabilità per il futuro degli effetti della decisione di annullamento giurisdizionale, che è il tratto distintivo ed essenziale di A.P. n. 13/2017, in tal guisa elidendosi anche qualsiasi spazio vitale alla regola sopra illustrata del *prospective overruling*.

Alla medesima conclusione si perverrebbe ugualmente qualora la sopravvenienza del vincolo fosse commisurata al momento di presentazione del-

(14) In generale, *ex multis*, T.A.R. Lazio RM, sez. I, 20 maggio 2005, n. 4014.

(15) Come è noto, la procedura amministrativa è solita snodarsi in diverse fasi che, pur essendo tra loro coordinate, sono tuttavia dotate di una relativa autonomia. Ad esempio, in sede di valutazione e accertamento delle procedure di sanatoria, è possibile riscontrare la presenza di fasi istruttorie suscettibili di esaurimento e di irretrattabilità, consistenti in subprocedimenti riguardanti assensi, nulla osta e pareri di soggetti pubblici, conclusi univocamente dall'organo tecnico competente in sede autonoma e separata rispetto all'*iter* autorizzatorio condotto dall'Autorità procedente. Ciò posto, il c.d. *ius superveniens*, per esigenze di economia dell'azione amministrativa, potrebbe essere applicato a quelle sottofasi che, all'atto dell'entrata in vigore del vincolo, non siano state ancora realizzate. *A contrario*, da ciò è desumibile l'assunto per cui, qualora l'amministrazione si sia determinata compiutamente sulla richiesta, la fase istruttoria non risulterebbe ulteriormente suscettibile di nuova valutazione circa l'incidenza del vincolo sorto successivamente.

l'istanza avente a oggetto il rilascio del titolo edilizio (come in generale ad esempio in tema di sanatoria di abusi paesaggistici) per la realizzazione di interventi di trasformazione del territorio interessato dal vincolo sopravvenuto, istanza in tesi antecedente all'entrata in vigore del vincolo stesso. Invero, affermare ciò darebbe luogo al riconoscimento di un dirimente effetto di "prenotazione" insito nella presentazione della domanda amministrativa di abilitazione alla trasformazione del territorio, che resterebbe sempre, per definizione, insensibile alle sopravvenienze fattuali e regolamentari, ad onta della pendenza ed eventuale quiescenza del correlativo procedimento (16).

Ciò posto, appare ineludibile che il suesposto principio vada bilanciato con la prescrizione distintiva della decisione dell'Adunanza Plenaria n. 13/2017, affinché non entri in conflitto con la "regola" *pro futuro* da quest'ultima dettata, marcando la differenza tra l'ipotesi in cui l'atto finale di vincolo sia intervenuto entro i 180 giorni indicati nella pronuncia dell'A.P. (caso deciso dal Cons. Stato con sent. n. 6858/2018) e quella in cui l'atto di imposizione di vincolo venga adottato in seguito alla scadenza del predetto termine (ultra-termini, come nel caso deciso dal T.A.R. Molise, con sent. n. 104/2019).

Vero è che non appare sostenibile che il vincolo paesaggistico possa essere indiscriminatamente applicato in qualsiasi contesto procedimentale autorizzatorio, poiché altrimenti ciò darebbe luogo a un'evidente elusione dell'orientamento già minoritario e poi prevalso nella prospettiva recepita dall'A.P., il quale tende a evitare la perpetuazione degli effetti di atti provvisori, quali appunto le proposte di vincolo, senza che le stesse abbiano avuto un tempestivo impulso procedimentale, in tal guisa rendendo il sottostante procedimento autorizzatorio *a priori* insensibile al decorso del termine perentorio imposto per la consolidazione del vincolo preliminare.

Per converso e specularmente, non si può parimenti sostenere che il vincolo non possa mai essere applicato, per la consumazione del potere di sua

(16) Tale aspetto è pacificamente desumibile dalla giurisprudenza in materia di sanatoria di abusi paesaggistici, allorché la presentazione della relativa istanza preceda temporalmente l'insorgenza del vincolo. Come è noto, la sussistenza del vincolo medesimo va rapportata al momento in cui viene proposta la domanda di permesso di costruire o di condono o di sanatoria, a tal ultimo riguardo non rilevando l'epoca della realizzazione dell'abuso o la data di presentazione dell'istanza di sanatoria, tenuto conto del fatto che la predetta valutazione funzionale risponderebbe all'esigenza di vagliare la compatibilità attuale dei manufatti realizzati abusivamente con il regime di tutela compendiato dal vincolo (sul punto, **T.A.R. Sicilia PA, sez. II, 23 maggio 2017, n. 1389**).

Invero, in relazione al rapporto tra istanza di sanatoria e autorizzazione paesaggistica, prescindendosi dal momento di introduzione del vincolo, ciò che rileva è la data di valutazione della domanda di sanatoria e non quella di antecedente realizzazione dell'opera o di presentazione della domanda, *essendo irrilevante che il vincolo paesaggistico sia sopravvenuto rispetto alla commissione dell'abuso e alla data di presentazione della domanda di sanatoria* (cfr. **Consiglio di Stato, sez. VI, 9 ottobre 2014, n. 5025**). In tale specifica ipotesi, dunque, si applicherebbe il vincolo, solo se insorto prima della presentazione della domanda ovvero del momento di sua valutazione, altrimenti la suddetta sopravvenienza non potrebbe avere alcun margine operativo.

approvazione definitiva, in quanto è pur sempre riconosciuta all'azione amministrativa una sottesa, minima utilità, in ossequio al principio di conservazione dell'atto amministrativo, che consente, appunto, di evitare che l'attività svolta dalla P.A. si dispieghi in termini totalmente infruttuosi, specialmente quando abbia ad oggetto beni a valenza costituzionale e dunque rango primario.

Di conseguenza, il principio dell'inapplicabilità del *jus superveniens* va temperato con l'ambito oggettivo in cui si cala, ossia va correlato allo stadio di avanzamento del procedimento su cui va a incidere. Come sopra esposto, dunque, esso sarebbe applicabile in sede istruttoria, laddove la specifica fase endoprocedimentale non risulti già conclusa.

Se ne desume che non appaiono applicabili in termini assoluti i sopra richiamati principi del "*tempus regit actum*" e di preconcetta irrilevanza del vincolo sopravvenuto, potendosi invece privilegiare la prospettiva additata dalle sentenze in commento, che consentono di cogliere spunti validi per delineare una differenza operante essenzialmente in punto di attitudine del vincolo a dispiegarsi o meno all'insegna del canone di retroattività più o meno marcata.

In tal senso, laddove l'atto finale di recepimento della proposta di vincolo intervenga tempestivamente entro il termine dei 180 giorni indicati dall'A.P., in scadenza il 22 giugno 2018, sarà possibile ritenere la piena applicazione delle ordinarie regole codicistiche, che prevedono la possibilità di dispiegamento preliminare e immediato del vincolo mediante le c.d. clausole di salvaguardia, rendendolo così, di fatto, retroattivo, con saldatura dei relativi effetti con quelli provvisori promananti dalla proposta, avente quale scaturigine una sorta di rimessione in termini in favore dell'Amministrazione ministeriale, come delineata dall'Adunanza Plenaria.

Qualora, invece, l'atto di imposizione del vincolo sia stato tardivo perché successivo alla scadenza del termine di 180 giorni e quindi al 22 giugno 2018, secondo quanto affermato dal Supremo Consesso, esso resterà valido ma non sarà opponibile a quelle domande, già proposte, pervenute a chiusura della fase istruttoria del relativo *iter* o subfase, senza perfezionamento di quest'ultimo. Ciò implicherebbe l'impossibilità per il vincolo paesaggistico di operare retroattivamente.

Il materiale limite operativo (e discretivo tra le due delineate ipotesi di sopravvenienza del vincolo per perfezionamento dell'*iter* approvativo) è rappresentato, quindi, dallo stato di avanzamento del procedimento autorizzatorio.

Conseguentemente, laddove la fase istruttoria sia stata chiusa senza vagliare la congruità della proposta di vincolo implicante nell'immediato la produzione preliminare delle misure di salvaguardia, suscettibili di decadenza qualora la conferma finale della proposta intervenga oltre i 180 giorni, l'atto impositivo di vincolo non sarà più applicabile al caso concreto; mentre, laddove la fase istruttoria non sia stata ancora conclusa, opererebbe in favore

dell'Amministrazione procedente una sorta di deroga al principio del “*tempus regit actum*”, relativo alle fasi completate.

La conclusione globalmente ricavabile, ai fini della soluzione del quesito inerente all'incidenza del vincolo sopravvenuto nei singoli procedimenti abilitativi, dai dettami impartiti dalla citata pronuncia dell'Adunanza Plenaria (passata indenne al controllo di legittimità), nonché di quelle, irrevocabili, della Sezione VI del Consiglio di Stato e del T.A.R. Molise, è dunque nel senso che l'applicazione del principio del “*tempus regit actum*” e della speculare deroga, in coerenza con i suesposti limiti, consente in ogni caso un minimo ampliamento dell'opportunità di tutela paesistica, per il fatto di garantire la qualificazione di interesse pubblico dei valori espressi dal territorio quando il relativo perfezionamento si sia sovrapposto al singolo *iter* autorizzatorio presupponente un concreto accertamento di compatibilità paesaggistica che non abbia raggiunto un certo grado di consolidazione, mentre la soluzione dell'irrelevanza assoluta del vincolo sopravvenuto, poiché incompatibile con l'esigenza di difesa estrema dei beni paesaggistici in relazione alla tutela costituzionale per essi apprestata, risulterebbe in radice inadeguata e incompatibile con quei valori, dunque meno equilibrata e pragmatica della linea dettata dalle medesime pronunce.

Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, Sezione Prima, sentenza 14 marzo 2019 n. 104 - Pres. S.I. Silvestri, Est. O. Ciliberti - Comune di Isernia (avv. A. Colesanti) c. Ministero per i beni e le attività culturali, Sovrintendenza per i beni architettonici, il paesaggio, il patrimonio storico, artistico e demoantropologico del Molise, Commissione regionale per il patrimonio culturale e Regione Molise (avv. distr. Stato).

FATTO e DIRITTO

I - Questo T.a.r., a seguito di ricorsi della Regione Molise e del Comune di Isernia, con le sentenze nn. 27 e 28 del 2004, annullava la proposta ministeriale di dichiarazione di notevole interesse pubblico del territorio di Isernia, formulata nel 2003. Il Consiglio di Stato, con le sentenze nn. 7606/2009 e 7607/2009, accoglieva gli appelli del Ministero avverso le sopraccitate sentenze T.a.r., annullandone gli effetti e facendo così rivivere la proposta a suo tempo formulata dal Ministero per i beni e le attività culturali (Mi.b.a.c.) di dichiarazione di notevole interesse pubblico dell'intero territorio comunale. Sennonché, tale proposta non approdava ad alcun esito fino al 2 agosto 2018, data nella quale il relativo procedimento veniva concluso col decreto n. 28/2018 del Ministero per i beni e le attività culturali - Segretariato regionale per il Molise che, in applicazione del D.Lgs. n. 42/2004 e della legge n. 1497/1939, dichiarava il notevole interesse pubblico ai fini paesaggistici del territorio del Comune di Isernia, sottoponendo al vincolo l'intero territorio comunale.

Il Comune insorge, col ricorso notificato il 17 ottobre 2018 e depositato il 12 novembre 2018, per impugnare i seguenti atti: 1) il decreto n. 28/18 del Ministero b.a.c. - Segretario regionale; 2) il verbale del Comitato tecnico-scientifico per il paesaggio n. 9 del 16 luglio 2018; 3) la

nota del Segretariato regionale per il Molise prot. n. 1786 del 24 luglio 2018; 4) la nota prot. n. 4976 del 10 aprile 2003 della Soprintendenza BAP-PSAD del Molise; 5) gli atti connessi. Il Comune deduce i seguenti motivi di diritto: 1) violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 42 del 2004, della legge n. 1497 del 1939, del D.Lgs. n. 157/2006 e del D.Lgs. n. 63/2008 e della normativa in materia, falsa applicazione della sentenza n. 13 dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato del 22 dicembre 2017, violazione dell'art. 13.3 delle Linee-guida della Regione Molise per il procedimento unico *ex art. 12* del D.Lgs. n. 387/2003, eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà manifesta; 2) violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 42 del 2004, della legge n. 1497 del 1939, del D.Lgs. n. 157/2006 e del D.Lgs. n. 63/2008 e della normativa in materia, violazione della legge n. 241/1990 e della normativa generale sul procedimento, eccesso di potere per violazione dei principi generali in tema di giusto procedimento e di affidamento, difetto assoluto di istruttoria; 3) eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, presupposti erronei ed erronea valutazione dei fatti, incongruenza, difetto di motivazione, illogicità manifesta, violazione della normativa pianificatoria vigente, del Piano paesaggistico regionale e del P.r.g. del Comune di Isernia.

Si costituiscono congiuntamente il Ministero e la Regione intimati, per resistere nel giudizio. Con tre successive memorie, deducono l'inammissibilità per *ne bis in idem*, la tardività rispetto agli atti preparatori, nonché l'infondatezza del ricorso. Concludono per la reiezione.

Nella camera di consiglio del 5 dicembre 2018, il ricorrente Comune rinuncia all'istanza cautelare.

All'udienza del 6 marzo 2019, la causa è introitata per la decisione.

II - Il ricorso è ammissibile ma infondato.

III - La tardiva impugnazione degli atti preparatori è del tutto inconferente, trattandosi di atti endo-procedimentali, privi di autonoma lesività.

IV - Va disattesa l'eccezione di inammissibilità per il *ne bis in idem*, poiché l'odierno ricorso non riguarda la proposta del 2003 di apposizione del vincolo (oggetto delle sentenze del 2009 del Consiglio di Stato), bensì il sopravvenuto provvedimento del 2018 che conclude il procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico del territorio di Isernia. Anche se il giudicato copre il dedotto e il deducibile, ossia non solo le questioni di fatto e di diritto fatte valere in via di azione o di eccezione e, comunque, esplicitamente investite dalla decisione, ma anche le questioni che, seppure non dedotte, costituiscono un presupposto logico indefettabile della decisione, nondimeno, qui non si fa questione della legittimità della proposta di vincolo formulata nel 2003, bensì della legittimità del vincolo apposto nel 2018 al territorio di Isernia, ancorché in conformità alla detta proposta.

V - I motivi dedotti dal ricorrente Comune sono i seguenti: 1) la proposta del 2003 di sottoposizione a vincolo avrebbe dovuto perdere di efficacia dopo i 180 giorni previsti dalla normativa vigente; 2) sarebbero state violate nel caso di specie le linee-guida previste dalla Regione Molise per il procedimento unico *ex art. 12* del D.Lgs. n. 387/2003; 3) il procedimento iniziato nel 2003 non è stato intervallato da istruttoria, incontri, comunicazioni o atti di partecipazione; 4) è stata ignorata la normativa del Piano paesaggistico regionale e del P.R.G. del Comune di Isernia; 5) non si è tenuto conto della reale situazione dei luoghi oggetto del vincolo e, nel complesso, l'istruttoria svolta sarebbe inadeguata.

VI - Il primo motivo del ricorso è da ritenersi inattendibile.

La problematica delle proposte di vincolo è stata, a suo tempo, approfondita da questo T.a.r. con la sentenza n. 92 del 26 febbraio 2016, pervenendosi alla conclusione della perdurante efficacia degli effetti del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di no-

tevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore della novella al D.Lgs. n. 42/2004 (dapprima con il D.Lgs. 24 marzo 2006 n. 157, poi, segnatamente, con il D.Lgs. 26 marzo 2008 n. 63), anche se non siano state seguite dal decreto ministeriale di conclusione del procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico. Senonché, sull'appello proposto avverso la predetta sentenza di questo T.a.r. n. 92/2016, la IV sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 12 giugno 2017, n. 2838 ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria la quale, con sentenza 22 dicembre 2017, n. 13 è giunta ad affermare il principio di diritto secondo cui *“Il combinato disposto - nell'ordine logico - dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo - come modificato con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 - cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni”*. L'Adunanza Plenaria, chiamata a pronunciarsi anche sulla questione degli effetti della propria pronuncia sulle proposte di vincolo pendenti in relazione a procedimenti mai conclusi, ha pure affermato l'ulteriore principio di diritto secondo cui *«Il termine di efficacia di 180 giorni del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 decorre dalla pubblicazione della presente sentenza»*. In parte disattendendo tale orientamento giurisprudenziale, questo T.a.r., con la sentenza del 5 marzo 2018 n. 117, ha accolto il ricorso di un privato avverso il rigetto della richiesta di autorizzazione, ai sensi dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42/2004, motivato dalla sussistenza di un vincolo paesaggistico sul territorio di Isernia, ribadendo nella motivazione la valenza inderogabilmente retroattiva della esegesi di norme di carattere sostanziale, anche in presenza di un *prospective overruling* ed affermando, pertanto, l'avvenuta decadenza del vincolo preliminare connesso alla proposta del 2003. Peraltro tale sentenza è stata recentemente annullata dal Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 6858 del 3 dicembre 2018). Nondimeno, la questione qui presa in esame non riguarda la sopravvivenza oltre i 180 giorni delle misure di salvaguardia scaturenti dalla proposta di vincolo paesaggistico, bensì la sopravvivenza oltre tale termine della proposta stessa, ancorché privata dei suoi provvisori effetti di salvaguardia.

L'originaria proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico del territorio comunale di Isernia risale al 2003 ed è stata esercitata mediante l'inserimento negli elenchi compilati di cui all'art. 144, comma 1, dell'allora T.U. dei beni culturali, approvato con D.Lgs. n. 490/1999, il quale stabiliva la facoltà del Ministero dei beni culturali di integrare, su impulso della Soprintendenza competente, gli elenchi dei beni e delle località indicati all'art. 139 (le cosiddette *bellezze individue o bellezze d'insieme*). In precedenza, il Ministero, con le note del 29 aprile 1996 e del 29 maggio 1996, aveva invitato la Regione Molise ad avvalersi delle proprie competenze, sottoponendo il territorio comunale alla tutela paesaggistica di cui all'allora vigente legge n. 1497/1939. Stante il protrarsi dell'inerzia regionale, la Soprintendenza per i beni paesaggistici, esercitando una potestà concorrente, ai sensi della procedura prevista dall'allora vigente D.Lgs. n. 490/1999, con la nota prot. n. 4976 del 10 aprile 2003, formulava in via sostitutiva la propria proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico. Questo T.a.r., a seguito dei ricorsi della Regione Molise e del Comune di Isernia, con le sentenze nn. 27 e 28 del 2004, caducava per illegittimità la proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico del territorio di Isernia, senonché il Consiglio di Stato, con le sentenze nn. 7606/2009 e 7607/2009, accoglieva gli appelli del Ministero, annullando le sopracitate sentenze T.a.r. e

facendo rivivere l'originaria proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico del territorio di Isernia.

Pertanto, a seguito dei menzionati pronunciamenti del Consiglio di Stato, interveniva il parere del Comitato tecnico-scientifico per il paesaggio, di cui al verbale del 16 luglio 2018, che conferiva nuovo impulso al procedimento di vincolo. Al preavviso ministeriale del 24 luglio 2018, faceva seguito il decreto di tutela paesaggistica n. 28/2018, pubblicato nell'albo pretorio il 10 agosto 2018, nonché nel B.U.R.M. n. 48 del 16 agosto 2018 e nella Gazzetta Ufficiale n. 207 del 6 settembre 2018.

La citata sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 13/2017 afferma che la decadenza dell'effetto preliminare di vincolo consente di far salva l'efficacia della proposta. In detta pronuncia si precisa, infatti, che l'effetto preliminare, ancorché trovi il suo presupposto nella proposta, è disposto dalla legge - precisamente dal combinato disposto dell'art. 139, comma 2, e dell'art. 146, comma 1, del D.Lgs. n. 42/2004 - e, nondimeno, l'art. 141, comma 5, dello stesso D.Lgs. n. 42/2004 (come sostituito dal D.Lgs. n. 63/2008) stabilisce che a decadere non è la proposta, ma è l'effetto preliminare. Anche se per *“il principio introdotto dall'art. 2 della legge n. 241 del 1990, e rafforzato dalle modifiche al medesimo, il potere autoritativo della pubblica Amministrazione è circoscritto temporalmente”*, tuttavia *“in materia di tutela paesaggistica il legislatore ha adottato un compromesso, prevedendo che il potere impositivo del vincolo persiste anche dopo la scadenza del termine, ma cessa l'effetto restrittivo derivante dal suo (iniziale) esercizio”*. Ciò in quanto *“far cessare gli effetti della proposta di vincolo adottata nel passato non è meno logico che conservarli, tanto più che si tratta di un passato remoto: le proposte sono quelle anteriori al 2004 (entrata in vigore del Codice), mentre la cessazione del vincolo è stata prevista nel 2006 e poi nel 2008 (entrata in vigore delle modifiche)”*. In conclusione, *“le norme in questione intervengono, così, sul potere dell'Amministrazione, diversamente conformandolo nel senso di far conseguire al suo mancato esercizio nel termine di 180 giorni, non la decadenza della proposta, ma la semplice cessazione degli effetti di salvaguardia”* (cfr.: Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017 n. 13). Per tale ragione il Mi.b.a.c. (la cui Direzione Generale aveva chiesto di conoscere lo stato dei cosiddetti vincoli “non decretati”, tra cui quello del Comune di Isernia) ha riavviato e concluso il procedimento, sul presupposto che il competente Comitato tecnico-scientifico per il paesaggio, in data 16 luglio 2018, aveva ravvisato la necessità di procedere alla decretazione dei vincoli.

Ciò premesso, non si può ritenere che vi sia stata una consumazione del potere ministeriale di concludere il procedimento in esame, stante la salvezza della proposta pubblicata, essendo decadute in data 22 giugno 2018 solo le previsioni di salvaguardia scaturenti dalla proposta stessa. La proposta ha, pertanto, conservato intatta la sua efficacia di atto di iniziativa del procedimento di dichiarazione di notevole interesse pubblico, ai sensi dell'art. 136, comma 1, lett. c) e d) del D.Lgs. n. 42/2004.

VII - Contrariamente a quanto genericamente dedotto dal ricorrente, non risultano violate, nel caso di specie, le linee-guida previste dalla Regione Molise per il procedimento unico *ex art. 12 del D.Lgs. n. 387/2003*. Peraltro, non è ben chiaro nella prospettazione della censura, in che modo le dette linee-guida regionali avrebbero potuto o dovuto vincolare ovvero limitare l'azione ministeriale.

VIII - Inattendibile è la censura che il procedimento iniziato nel 2003 non sia stato intervallato da istruttoria, incontri, comunicazioni o atti di partecipazione. Vi è stata interlocuzione tra Ministero, Regione e Comune di Isernia, come risulta dal carteggio versato in atti dalla difesa

erariale. Lo stesso contenzioso giurisdizionale al quale si è fatto cenno, sviluppatosi a partire dal 2003, ha consentito al Comune ricorrente di esprimere compiutamente i propri punti di vista sulla questione della sottoposizione a vincolo del proprio territorio comunale, di guisa che non può ritenersi in alcun modo violata la garanzia procedimentale.

IX - Generica e inammissibile è la censura di inosservanza o violazione del Piano paesaggistico regionale e del P.R.G. del Comune di Isernia: non è ben spiegato dal ricorrente in che modo il vincolo ministeriale possa aver interferito in senso negativo o nocivo rispetto alla pianificazione paesaggistica regionale ovvero a quella urbanistica comunale.

Con riguardo alla pianificazione regionale, va evidenziato che Mi.b.a.c. e Regione Molise hanno, peraltro, sottoscritto un protocollo d'intesa in data 25 gennaio 2018, per l'elaborazione del Piano paesaggistico regionale, ai sensi dell'art. 135, comma 1, del D.Lgs. n. 42/2004, nonché un successivo disciplinare d'attuazione datato 27 marzo 2018.

Va considerato poi che i vincoli paesaggistici operano su un piano diverso da quello delle previsioni urbanistiche, nonché da quello dei vincoli ambientali in senso proprio.

Essi non divengono vincoli meramente urbanistici e non devono essere recepiti nel P.R.G. o nei piani regionali, mantenendo la loro natura di vincoli dichiarativi a effetto costitutivo non sottoposto a termine, in quanto discendenti non dalla scelta discrezionale dell'Amministrazione, bensì dalle qualità intrinseche del bene tutelato che il provvedimento di vincolo deve soltanto riconoscere e dichiarare (cfr.: T.a.r. Umbria I, 4 marzo 2009 n. 2071).

X - Infondata, infine, è la censura di difetto di istruttoria. Il provvedimento impugnato fa seguito a una lunga e articolata fase istruttoria che ha tenuto, senz'altro, conto della reale situazione dei luoghi oggetto del vincolo. In particolare, ne hanno tenuto conto la relazione datata 10 aprile 2003 di inquadramento geo-morfologico della competente Soprintendenza ed il parere di cui al verbale n. 9/2018 del Comitato tecnico-scientifico per il paesaggio.

Regge, pertanto, alle censure del ricorso l'articolata motivazione del decreto n. 28/2018, a tenore della quale l'intero territorio del Comune di Isernia presenta notevole interesse pubblico ai sensi dell'art. 136, comma 1, lett. c) e d) del D.Lgs. n. 42/2004.

XI - Il ricorso, in conclusione, deve essere respinto, perché infondato. Si ravvisano giustificate ragioni per la compensazione delle spese del giudizio tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, perché infondato.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Campobasso, nella camera di consiglio del giorno 6 marzo 2019.

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza 3 dicembre 2018 n. 6858 - Pres. B. Lageder, Est. O.M. Caputo - Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo (avv. gen. Stato) c. Edilcentro S.r.l.(avv. S. Di Pardo); Comune di Isernia, Regione Molise, non costituiti in giudizio.

FATTO e DIRITTO

1. È appellata la sentenza del T.A.R. Molise, n. 117/2018, d'accoglimento del ricorso proposto dalla Edilcentro Srl avverso il provvedimento (prot. 00013547 del 17 marzo 2014) di rigetto della richiesta di autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 d.lgs. n. 142/2004.

Impugnazione estesa all'allegato parere negativo vincolante della Soprintendenza per i beni Architettonici e Paesaggistici del Molise MBAC- SBAP-MOL UAMB 0006143 del 5 marzo 2014 C1. 34.19.07/1.851, e al preavviso di provvedimento negativo della Soprintendenza e ogni ulteriore atto preordinato consequenziale e/o comunque connesso.

2. Nell'atto introduttivo la ricorrente ha premesso che:

- in data 22 novembre 2013, la società Edilcentro presentava al Comune di Isernia una SCIA, prot. n. 30369 avente ad oggetto la demolizione dell'immobile sito in via Leopardi nella zona di P.R.G. B73.2 (zone residenziali consolidate) e la realizzazione di un fabbricato per civile abitazione;

- il Comune di Isernia trasmetteva l'istanza alla Regione per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, sul presupposto dell'insistenza dell'immobile in un'area paesaggisticamente vincolata;

- con provvedimento n. 0037328/13 del 19 dicembre 2013, il Direttore del Servizio Pianificazione e Gestione territoriale e Paesistica (Gestione paesaggio Zona di Isernia) comunicava alla Edilcentro srl che la Commissione Regionale per il Paesaggio aveva espresso parere favorevole all'intervento e contestualmente aveva trasmesso alla Soprintendenza per i beni Architettonici e paesaggistici del Molise l'istanza di autorizzazione ex art. 146 d.lgs. n. 42/2004 e la relativa documentazione.

- la Soprintendenza con nota n. 0006143 del 5 marzo 2014 C1. 34.19.07/1.851 esprimeva parere negativo vincolante recepito dalla Regione con provvedimento n. 00013547 del 17 marzo 2014, in quanto "il territorio del Comune di Isernia è sottoposto a tutela paesaggistica ai sensi dell'art. 157 d.lgs. 42/2004 con proposta di vincolo, affissa all'Albo Pretorio del Comune di Isernia dal 15 aprile 2003 al 15 luglio 2003".

3. Con ricorso n. 214 del 2014 proposto innanzi al TAR Molise la Edilcentro Srl chiedeva l'annullamento, previa sospensione cautelare, dei predetti provvedimenti, nonché l'accertamento e la declaratoria della nullità ed inefficacia "del vincolo paesaggistico derivante dalla proposta di dichiarazione di notevole interesse dell'intero territorio di Isernia presentata dalla Soprintendenza e pubblicata all'Albo Pretorio del Comune di Isernia dal 15 aprile 2003 al 15 luglio 2003".

3.1. Nelle more del giudizio, il Comune di Isernia comunicava alla ricorrente il provvedimento n. 12919 prot. 30369/3661- s.c.i.a. a firma del Dirigente del Servizio Edilizia Privata dello sportello unico per l'Edilizia del Comune di Isernia, recante l'inibizione della SCIA.

3.2. La Edilcentro srl impugnava con motivi aggiunti il predetto provvedimento.

3.3. Il Ministero per i Beni e le Attività culturali si costituiva in giudizio e ribadiva la legittimità del suo operato.

3.4. Con ordinanza n. 71 del 2014 il TAR Molise respingeva la domanda cautelare.

4. Con la sentenza appellata n. 117/2018, il TAR Molise accoglieva il ricorso nel merito ponendo a fondamento della propria decisione il principio espresso dalla Adunanza Plenaria n. 13 del 2017, secondo cui "Il combinato disposto - nell'ordine logico - dell'art. 157, comma 2, dell'art. 141, comma 5, dell'art. 140, comma 1 e dell'art. 139, comma 5 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, deve interpretarsi nel senso che il vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico formulate prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo - come modificato con il d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157 e con il d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63 - cessa qualora il relativo procedimento non si sia concluso entro 180 giorni".

4.1. Principio che - precisavano i giudici di prime cure - sarebbe applicabile al caso di specie

avente ad oggetto un procedimento iniziato con una proposta risalente ad 11 anni prima rispetto al diniego impugnato e mai concluso; sicché alla data di presentazione della richiesta l'autorizzazione paesaggistica il vincolo preliminare risultava ormai decaduto ed il bene immobile oggetto dell'intervento non più soggetto alla disciplina di tutela *ex art.* 146 d.lgs. n. 42/2004.

4.2. Nondimeno il TAR si discostava dall'Adunanza Plenaria, laddove la pronuncia circoscriveva *pro futuro* l'operatività degli effetti del *decisum*: aderendo a tale impostazione, la proposta di vincolo relativa al Comune di Isernia avrebbe dovuto ritenersi assistita dalla perdurante efficacia del vincolo preliminare e quindi soggetta al potere di autorizzazione ai sensi dell'art. 146 d.lgs. n. 42/2004 sino al 22 giugno 2018.

4.4. Il giudice di primo grado argomentava che “la limitazione *pro futuro* degli effetti della sentenza interpretativa dell'Adunanza Plenaria equivale alla creazione di una norma transitoria, in funzione para-normativa che non può vincolare il giudice di primo grado, in quanto recessiva rispetto al principio costituzionale di soggezione del giudice soltanto alla legge *ex art.* 101 Cost.”, e ritenendo insussistenti nel caso *de quo* i presupposti elaborati dalla giurisprudenza ai fini della configurabilità del c.d. *prospective overruling* poiché “l'esegesi non incide su norma processuale ma su una sostanziale disciplina del procedimento amministrativo; l'innovazione non comporta effetti preclusivi del diritto di azione o di difesa; non si era formato un diritto vivente sul punto controverso (tanto che era stato necessario rimettere la questione alla Plenaria proprio per la presenza di un contrasto di giurisprudenza maturato in seno al Consiglio di Stato)”.

5. Avverso la suddetta sentenza propone appello il Ministero dei beni delle Attività culturali e del Turismo con ricorso n. 7778/2017 instando, previa sospensione dell'esecutività della sentenza gravemente compromissoria della tutela paesaggistica del territorio del Comune di Isernia, l'annullamento della pronuncia e, per l'effetto, il rigetto del ricorso introduttivo.

Alla camera di consiglio del 15 novembre 2018 deputata alla cognizione della domanda cautelare la causa, previa segnalazione alle parti della possibile pronuncia di una sentenza breve, è stata trattenuta in decisione.

6. Preliminarmente va dato atto che sussistono i presupposti per la definizione del giudizio con sentenza *ex art.* 60 cod. proc. amm. Infatti, uniche cause ostative a tale definizione sono quelle, non sussistenti nel caso di specie, enunciate dalla disposizione del codice del processo ora citata, e cioè il difetto del contraddittorio e la non completezza dell'istruttoria, che spetta al collegio decidente apprezzare, nonché la dichiarazione della parte circa la volontà di “proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolamento di competenza, ovvero regolamento di giurisdizione”.

7. Con il primo motivo di doglianza l'appellante critica la sentenza impugnata laddove si discosta dal principio espresso dalla Adunanza Plenaria, ritenendolo non vincolante.

7.1. Il Ministero dei beni delle Attività culturali e del Turismo osserva in particolare come, escludendo la vincolatività per il TAR di un principio di diritto espresso dall'Adunanza Plenaria nell'espletamento della funzione nomofilattica che le è espressamente attribuita per legge, si rischia di “perdere i caratteri propri di uno strumento volto a una sostanziale *reductio ad unitatem*”, trasformando esso stesso in una “potenziale fonte di interpretazioni variegata e divergenti, con evidente nocimento del canone di certezza giuridica cui l'istituto, al contrario, è volto”.

8. Il motivo non è fondato.

8.1. Il riconoscimento dell'eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge - oggi scolpito nell'art. 3 Cost. - è uno dei principi fondamentali di un sistema democratico e traduce l'esigenza pri-

maria di assicurare parità di trattamento ai cittadini in situazioni eguali. Tale obiettivo può raggiungersi unicamente in presenza di un diritto connotato da un sufficiente grado di certezza e richiede da un lato che le norme giuridiche siano scritte in modo inequivoco e dall'altro che le stesse siano interpretate in modo uniforme e senza oscillazioni.

8.2. L'evoluzione del sistema ha determinato, anche nei paesi di *civil law*, la necessità di rendere più efficace la funzione nomofilattica delle magistrature apicali. Con riferimento alla Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato tale funzione è stata rafforzata dalle norme contenute nell'art. 99 cod. proc. amm., in particolare nei commi terzo e quinto, che si pongono in continuità con le disposizioni degli artt. 363 e 374 cod. proc. civ.

8.3. Tali disposizioni hanno certamente modificato il peso del precedente costituito dalla pronuncia della Adunanza Plenaria la quale, da particolarmente autorevole in quanto proveniente dal massimo consesso della giustizia amministrativa, è divenuta in qualche modo vincolante per le sezioni semplici del Consiglio di Stato.

8.4. Il vincolo del precedente espresso dall'Adunanza Plenaria non può ritenersi lesivo del principio di cui all'art. 101, comma 2, Cost., secondo cui i giudici sono soggetti soltanto alla legge, poiché la Sezione del Consiglio di Stato, ove non condivida il principio espresso dalla Plenaria, non è tenuta a decidere in modo difforme dal proprio convincimento, dovendo invece interpellare la stessa Plenaria con ordinanza motivata.

8.5. Diversamente l'art. 99 cod. proc. amm. non spiega alcun effetto in via diretta nei confronti dei tribunali amministrativi regionali.

8.6. L'esigenza di dare certezza al diritto applicato che si pone alla base dell'art. 99 cod. proc. amm. deve essere infatti bilanciata con la necessità di garantire forme naturali di evoluzione giurisprudenziale.

Il giudice di prime cure non sarà quindi obbligato a seguire il principio, ma dovrà evitare difformità *per incuriam* rispetto allo stesso.

8.7. Nel caso di specie il TAR Molise fa espresso riferimento alla decisione della Adunanza Plenaria e se ne discosta motivatamente. Tale contegno appare quindi ammissibile.

8.8. Nondimeno, non appaiono condivisibili le osservazioni svolte dal giudice di prime cure come correttamente evidenziato nell'ambito del secondo motivo di appello.

9. Con il secondo motivo di doglianza l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza di primo grado che disapplica il principio di cui all'Ad. Plen. n. 13/2017, non ritenendo sussistenti, nel caso deciso dall'Adunanza, i presupposti per l'applicazione dello strumento del *prospective overruling*.

10. Il motivo è fondato.

10.1. Le pronunce dell'Adunanza Plenaria, specie nel caso in cui la stessa enunci un principio di diritto, hanno natura essenzialmente interpretativa e, analogamente alle sentenze di annullamento e a quelle di incostituzionalità, hanno efficacia nei giudizi in corso.

10.2. In taluni casi tuttavia, la medesima esigenza di certezza del diritto che muove all'enunciazione del principio può indurre l'Adunanza Plenaria a stabilire che la propria decisione produca effetti unicamente *pro futuro*, escludendone la retroattività mediante il ricorso al c.d. *prospective overruling*, istituito creato nel diritto nordamericano degli anni trenta proprio per mitigare gli effetti della naturale retroattività dei *revirement* delle corti supreme.

10.3. A partire da Cass. civ., sez. un., 11 luglio 2011 n. 15144 (e numerose altre successive, tra cui 21 maggio 2015, n. 10453; 17 dicembre 2014, n. 26541; 4 giugno 2014, n. 12521, 13 febbraio 2014, n. 3308 e, da ultimo, Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2017, n. 21194) si è costantemente affermato che, per configurare il c.d. *prospective overruling*, sia necessaria la

concomitante presenza dei seguenti tre presupposti: 1) l'esegesi deve incidere su una regola del processo; 2) l'esegesi deve essere imprevedibile ovvero seguire ad altra consolidata nel tempo tale da considerarsi diritto vivente e quindi da indurre un ragionevole affidamento; 3) l'innovazione comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa. Tale impostazione è stata pedissequamente seguita anche dal giudice amministrativo (Cons. Stato, Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9 e Cons. Stato, sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138).

10.4. La Plenaria n. 13/17 ha ritenuto tuttavia di estendere la portata del *prospective overruling* ad una decadenza procedimentale dell'Amministrazione (decadenza delle misure cautelari di salvaguardia).

L'identità con la *ratio* sottesa alla decadenza processuale e l'inderogabile necessità di tutelare un valore costituzionale, qual è il paesaggio, inducono a ritenere che le Soprintendenze possano legittimamente concludere nel termine di legge di 180 gg. (decorrente dalla pubblicazione della sentenza della Plenaria) i procedimenti di vincolo avviati prima dei correttivi al codice dei beni culturali e mai conclusi, con salvezza delle misure di salvaguardia.

Diversamente, i procedimenti *in itinere* sarebbero irrimediabilmente travolti dall'effetto retroattivo della pronuncia che ne ha accertato la cessazione. L'istituto del *prospective overruling* opera quindi in ordine alle norme sul procedimento (Ad. Plen. 1/18), perché anche nell'ambito del procedimento amministrativo (nel caso in esame, di conclusione del procedimento di vincolo), come in ambito processuale, la modifica del precedente orientamento non può che comportare che la parte (nella specie, l'Amministrazione) incorra in decadenze fino allora non prevedibili.

11. Nondimeno, nella prospettiva di garantire sia il principio di effettività che quello del giusto processo di cui agli artt. 1 e 2 cod. proc. amm., l'amministrazione preposta alla tutela del vincolo dovrà considerare la scansione cronologica del procedimento impositivo del vincolo protrattosi in un lasso di tempo tale da consolidare l'affidamento della ricorrente nell'esecuzione dell'opera progettata.

Segnatamente - nel bilanciamento dei contrapposti interessi - dovrà tenere conto del parere favorevole che la Commissione Regionale per il Paesaggio aveva espresso sull'intervento; parere tempestivamente trasmesso alla Soprintendenza per i beni Architettonici e paesaggistici del Molise.

12. Conclusivamente, l'appello è fondato ai sensi della motivazione e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, deve essere respinto il ricorso di prime cure.

13. La particolarità della vicenda dedotta in giudizio giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'appellata sentenza, respinge il ricorso di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 novembre 2018.