
LA TUTELA DEL PAESAGGIO NELL'ATTUALE CODIFICAZIONE LEGISLATIVA: DIRITTO FONDAMENTALE O DIRITTO CEDEVOL?

di

Gerardo Guzzo* - Elisabetta Del Greco**

Sommario: Premessa. **1.** Edilizia e paesaggio: le rispettive discipline. **2.** La legge n. 1497/39 e la tutela delle bellezze naturali. **3.** La legge n. 431/85 e la previsione dei vincoli paesaggistici. **4.** Il d.lgs. n. 490/99: il testo unico delle disposizioni legislative in materia culturale e ambientale. **5.** L'autorizzazione ambientale. **6.** Il d.lgs. n. 42/04 e s.m. e integrazioni. **7.** I piani paesistici. **8.** Il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. **8.1.** I termini fissati dall'articolo 146 per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica come novellato dalla legge n. 164/2014 (art. 6 co. 4 e 25 co. 3) . **8.2.** I rimedi di giustizia azionabili nei confronti dell'autorizzazione paesaggistica. **8.3.** Il d.P.R. n. 139/2010 e il d.P.R. n. 31/2017. **9.** L'articolo 167, commi 4, 5 e 6 del d.lgs. n. 42/2004: l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria. **10.** L'autorizzazione per le infrastrutture di comunicazione elettronica dopo la legge n. 36/2001 (art. 8) e il d.lgs. n. 259/2003 (art. 87) e s.m. ed int. **11.** Considerazioni finali.

Premessa.

L'odierno lavoro ha come *focus* l'indagine del complesso tema della disciplina dell'attività edilizia all'interno delle aree paesaggisticamente protette. La trattazione dell'argomento postula necessariamente la preliminare individuazione e definizione degli ambiti materiali riguardanti, rispettivamente, l'edilizia ed il paesaggio. Di seguito, verrà esaminato lo snodo legislativo avente ad oggetto la tutela del paesaggio per come essa si è sviluppata nel corso degli anni partendo dalla fondamentale legge n. 1497/39, che tutelava le cosiddette "bellezze d'insieme", passando attraverso la legge n. 431/85, introduttiva dei vincoli paesaggistici, fino a giungere all'attuale disciplina contenuta nel T.U. dei beni culturali ed ambientali, licenziato con il d.lgs. n. 42/04, che ha sostituito il primo T.U. organico della materia rappresentato dal d.lgs. n. 490/99. Lo studio passerà in rassegna l'importante strumento costituito dai piani paesistici, evidenziandone natura, contenuti e

finalità, cui seguirà l'approfondimento della procedura volta al rilascio del titolo autorizzatorio di natura paesaggistica, oggetto di recente di un sensibile *restyling*, dell'istituto dell'accertamento di compatibilità paesaggistica, disciplinato dagli articoli 167 e 181 del citato d.lgs. n. 42/2004. Particolare attenzione, inoltre, verrà dedicata al d.P.R. n. 139/2010, successivamente abrogato dal d.P.R. n. 31/2017, che ha previsto una ulteriore disciplina semplificata in materia di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica relativamente a taluni interventi edilizi minori debitamente riportati nelle tabelle allegare al testo di legge. La mentovata disciplina di dettaglio rileva in quanto si inserisce nella più generale cornice legislativa, per come incisa dalle recenti leggi n. 164/2014 e 124/2015, intesa a conferire una sempre maggiore speditezza all'azione amministrativa. L'ultimo argomento affrontato riguarderà l'autorizzazione per le infrastrutture di comunicazione elettronica disciplinata dalla legge n. 36/2001 e dal d.lgs. n. 259/2003, entrambe oggetto di sostanziali rivisitazioni nel corso degli anni.

1. Edilizia e paesaggio: le rispettive discipline.

La materia "edilizia", notoriamente, viene considerata assorbita dalla più ampia nozione di "governo del territorio". La Carta costituzionale demanda la disciplina del "governo del territorio" alla potestà legislativa concorrente dello Stato e delle Regioni giacché essa viene collocata all'interno del comma 2 dell'articolo 117. L'assorbimento dell'edilizia all'interno del generale paradigma del "governo del territorio" trova la sua naturale giustificazione nella circostanza che, da sempre, si è parlato di urbanistica quale sinonimo di edilizia tant'è che, comunemente, la relativa branca del diritto che se ne occupa viene denominata "diritto urbanistico-edilizio". Per quanto concerne la materia del "paesaggio", essa, pur interessando in modo trasversale la materia del "governo del territorio", resta, tuttavia, prerogativa assoluta dello Stato, in quanto ambito materiale rientrante nell'articolo 117, comma 1, lettera s) della Costituzione, riguardante la "tutela dell'ambiente". Del resto, lo stesso articolo 9 della Costituzione demanda alla Repubblica (*rectius*: allo Stato) la "tutela del paesaggio". Per meglio comprendere la definizione di paesaggio bisogna compiere un rimando al *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*¹ e più in particolare all'articolo 131, rubricato "Paesaggio".

Il presente lavoro, seppur concepito in un'ottica unitaria, è da intendersi assegnato per i paragrafi da 1 a 7 a Gerardo Guzzo e da 8 a 10 ad Elisabetta Del Greco. "Premessa" e "Considerazioni finali" si intendono redatte congiuntamente dagli Autori.

*Professore di *Organizzazione Aziendale* e partner dello *Studio Legale Gerardo Guzzo & Associates* - **Avvocato in Roma.

Infatti, il *Codice dei Beni Culturali*, all'articolo 131 (articolo così sostituito dall'articolo 2 del d.lgs. n. 63 del 2008), nel definire il concetto di "paesaggio", stabilisce che per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. Non a caso la tutela del paesaggio riguarda "(...) *quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali (...)*". In questo solco, si innesta la potestà esclusiva dello Stato che costituisce un "(...) *limite all'esercizio delle attribuzioni delle Regioni e delle Province autonome di Trento e di Bolzano sul territorio, le norme del presente Codice definiscono i principi e la disciplina di tutela dei beni paesaggistici (...)*".

Partendo da questo dato è facile gioco scorgere quale sia la funzione del "paesaggio".

Il *Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio*, nel richiamato articolo 131, inquadra la tutela del paesaggio come funzionale al riconoscimento, alla salvaguardia e, ove necessario, al recupero dei valori culturali che esso esprime. In sostanza, attraverso la valorizzazione del paesaggio si concorre a promuovere lo sviluppo della cultura. A tale fine, le amministrazioni pubbliche promuovono e sostengono, per quanto di rispettiva competenza, apposite attività di conoscenza, informazione e formazione, riqualificazione e fruizione del paesaggio nonché, ove possibile, la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati. La valorizzazione è attuata nel rispetto delle esigenze della tutela. In quest'ottica, viene richiesto dal Legislatore allo Stato, alle Regioni, agli altri Enti pubblici territoriali e, in generale, a tutti i soggetti che, nell'esercizio di pubbliche funzioni, intervengono sul territorio nazionale, di conformare la propria attività "(...) *ai principi di uso consapevole del territorio e di salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche e di realizzazione di nuovi valori paesaggistici integrati e coerenti, rispondenti a criteri di qualità e sostenibilità (...)*". Dalla definizione appena riportata ne discende l'intima connessione, si potrebbe quasi dire la complementarietà, tra le due materie (edilizia e paesaggio) il cui comune denominatore è costituito dallo sviluppo e dalla salvaguardia del territorio e dei suoi valori². Inoltre, va rilevato che da un'attenta analisi del modo in cui le discipline relative all'edilizia e al paesaggio si sviluppano, non appare agevole in concreto separarle.

Più nel dettaglio.

La Corte Costituzionale, con la storica **sentenza n. 50 del 1958**, ha stabilito che "(...) *l'edilizia, nel suo significato tradizionale di disciplina della costruzione o manutenzione degli edifici, al fine di*

¹ Si tratta del T.U. approvato con d.lgs. n. 42/2004 in forza della delega contenuta nell'articolo 10 della legge n. 137/2002 che ha integralmente abrogato il precedente T.U. licenziato con d.lgs. n. 490/1999.

² In questo senso si è espressa anche la Corte Costituzionale con la sentenza n. 359/85 a tenore della quale "(...) *il territorio è il punto di riferimento di disciplina territoriale e di disciplina paesistica (...)*". Per una consultazione integrale del testo della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.cortecostituzionale.it.

tutelare l'incolumità, l'igiene e la sanità pubblica, la viabilità e il decoro cittadino (cfr. soprattutto R.D. L. 22 novembre 1937 n. 2015, convertito con modifiche in legge 25 aprile 1938 n. 710 e modificato dalla legge 25 agosto 1940 n. 1393), si inserisce in massima parte nella materia dell'urbanistica e con questa, comunque, è direttamente legata (...)". Dal che ne discende che l'edilizia rappresenta una specie di **sotto-materia dell'urbanistica** alla quale appare saldamente legata al punto di seguirne il destino. In questo senso, quando si parla di "governo del territorio" ci si riferisce ad un concetto complesso, comprensivo sia dell'urbanistica che dell'edilizia. Tale relazione, pertanto, comporta l'applicazione di tutti quei principi affermati nel tempo dalla Corte Costituzionale che investono i rapporti tra la tutela del territorio e la tutela del paesaggio. Operativamente ne discende il carattere recessivo dell'attività edilizia e del correlato interesse pubblico rispetto all'attività pubblica di tutela del paesaggio. In alti termini, un permesso di costruire può essere astrattamente negato qualora l'attività edilizia programmata rechi un *vulnus* ai valori paesaggisticamente protetti.

Il principio, peraltro, per effetto delle recenti novelle del 2014-2016 soffre delle sensibili eccezioni costituite dalla derubricazione della natura vincolante del parere espresso dall'organo di controllo (Soprintendenza) a mero intervento "consultivo" qualora non vengano osservati i termini posti dall'articolo 146, comma 9, del d.lgs. n. 42/2004, come riscritto dalla legge n. 164/2014³.

2. La legge n. 1497/39 e la tutela delle bellezze naturali.

I primi interventi volti alla protezione del paesaggio che hanno caratterizzato il sistema ordinamentale italiano sono stati quelli riguardanti le "bellezze naturali". La legge n. 778/22, conteneva, infatti, provvedimenti tesi alla tutela delle bellezze naturali e degli immobili di particolare interesse storico. Attraverso la tutela delle bellezze del paesaggio il legislatore dell'epoca intese creare le condizioni per l'istituzione dei primi parchi nazionali. Risalgono, rispettivamente, al 1922 quello del Gran Paradiso, al 1923 quello d'Abruzzo, al 1934 quello del Circeo e, infine, al 1935 quello dello Stelvio. Com'è noto, la legge n. 778/22 venne abrogata e sostituita dalla legge del 29 giugno 1939, n. 1497, relativa alla protezione delle bellezze naturali. Sempre nel 1939 venne adottata la legge n. 1089, dell'1 giugno, relativa alla tutela delle cose di interesse artistico o storico. La legge del 29 giugno 1939, n. 1497, sulla protezione delle bellezze naturali, ha valorizzato prevalentemente, seppur in modo non esclusivo, l'aspetto estetico dell'ambiente naturale.

³ Per un approfondimento della questione si rinvia al successivo paragrafo 8.

La concezione della tutela delle bellezze naturali dal Legislatore del 1939 ad oggi è sensibilmente mutata.

La modalità di tutela impiegata dal Legislatore dell'epoca era quella del "vincolo" che gravasse su brani circoscritti di territorio e su singoli beni ambientali da proteggere specificamente. Tale vincolo si risolveva nel divieto di edificare nel sito o di modificarne l'aspetto. La legge n. 1497/39 sottoponeva a vincolo un complesso di beni sussumibili in due gruppi: 1) quello delle bellezze individue e 2) quello delle bellezze d'insieme. Rientravano nelle bellezze individue: *a)* le cose immobili caratterizzate da significativi caratteri di bellezza naturale o di singolarità geologica; *b)* le ville, i giardini e i parchi che, non contemplati dalle leggi per la tutela delle cose di interesse storico e artistico, si distinguevano per la loro non comune bellezza.

La bellezza non comune di un bene discendeva da una serie di fattori.

Il regolamento di attuazione della legge 29 giugno 1939, n. 1497, approvato con R.D. del 3 giugno 1940, n. 1357, conferiva la non comune bellezza alle ville, ai giardini e ai parchi "(...) *concorrono sia il carattere e l'importanza della flora sia l'ambiente (...)*". Rientravano, invece, tra le "bellezze d'insieme": *a)* i complessi di cose immobili che componevano un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale; *b)* le bellezze panoramiche, considerate come quadri naturali e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si godeva lo spettacolo di quelle bellezze. Il Legislatore del 1939, pertanto, ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano l'interesse pubblico alla tutela del paesaggio, da intendersi come "quadro" estetico. L'articolo 2 della legge n. 1497/39 prevedeva che delle cose e dei luoghi tutelati ne fossero compilati degli elenchi ad opera di ciascuna Provincia.

Riguardo l'effettiva tutela delle bellezze naturali, l'articolo 7 della legge n. 1497/39 prevedeva che "(...) *i proprietari, possessori o detentori, a qualsiasi titolo, dell'immobile, il quale sia stato oggetto nei pubblicati elenchi delle località, non possono distruggerlo né introdurre modificazioni che rechino pregiudizio a quel suo esteriore aspetto che è protetto dalla presente legge. Essi, pertanto, debbono presentare i progetti dei lavori che vogliano intraprendere alla competente regia Soprintendenza e astenersi dal mettervi mano sino a tanto che non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione. È fatto obbligo al regio Soprintendente di pronunciarsi sui detti progetti nel termine massimo di **tre mesi** dalla loro presentazione (...)*". La norma andava letta in combinato disposto con l'articolo 25 del R.D. n. 1357 del 3 giugno 1940 che ne costituiva il regolamento di attuazione. Tale ultima disposizione stabiliva che "(...) *sia nella zona dei piani territoriali paesistici sia nell'ambito delle bellezze d'insieme, quando sia stato imposto il vincolo ai termini della legge e del presente regolamento, i Podestà non possono concedere licenza di costruzione se non **previo favorevole avviso** della competente regia Soprintendenza. Tale avviso può essere provocato direttamente dall'interessato prima di chiedere la detta licenza. Sono applicabili in*

materia gli articoli 16 e 17 del presente regolamento (...)". Naturalmente, l'istanza, a seguito del d.P.R. n. 616/77, andava presentata agli uffici della Regione, salvi i poteri sostitutivi del Ministero riconosciuti, nel frattempo, a quest'ultimo dall'articolo 1 della legge n. 431/85. Una volta esaurita l'istruttoria, si addiveniva al rilascio o diniego dell'autorizzazione. In ogni caso, il provvedimento, positivo o negativo che fosse, richiedeva un'adeguata motivazione. Per quanto concerneva i termini di efficacia dell'autorizzazione paesaggistica, essi venivano fissati dall'articolo 17 del R.D. n. 1357/40 in **cinque anni**.

3. La legge n. 431/85 e la previsione dei vincoli paesaggistici.

La legge 431 dell'8 agosto 1985 ha convertito con modifiche il precedente decreto legge n. 312 del 27 giugno precedente⁴. Il testo di legge andava ad affiancare la legge n. 1497/39 senza, tuttavia, abrogarla ma modificando sensibilmente la filosofia di tutela del paesaggio. Pare opportuno ricordare che l'articolato in discorso, storicamente, si collocava immediatamente dopo la prima legge di condono n. 47 votata dal Parlamento italiano nell'anno 1985 e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale dei decreti del 28 marzo 1985 con i quali, ai sensi dell'articolo 1 *quinquies* della emananda legge n. 431/85, veniva inibita qualsiasi attività in attesa della redazione ed adozione dei Piani Paesistici.

Si tratta di un articolato legislativo portatore di numerose novità di "sistema".

Una delle più rilevanti innovazioni contenute nella legge n. 431/85 investiva alcuni principi fondamentali che ancora oggi rappresentano i cardini dell'attività di tutela dei beni paesaggistici. Prima di tutto, le aree sottoposte a tutela si allargavano notevolmente per effetto dell'individuazione dei vincoli *ope legis*: non più singoli beni come previsto dalla legge n. 1497/39, individuati mediante atto amministrativo, ma gruppi, "classi", categorie di beni individuati con legge. Non c'era Comune in Italia che non si trovasse, allora come ora, in una delle condizioni previste dall'articolo 1 della legge. Inoltre, i Comuni e le Regioni (in attuazione dell'articolo 82 del d.p.r. n. 616/77), pur conservando le loro prerogative in ambito di autorizzazioni paesaggistiche (legate all'articolo 7 della legge n. 1497/39) e all'applicazione delle sanzioni (*ex art. 15* della legge 1497/39), venivano obbligati dalla legge n. 431/85 a sottoporre all'esame delle Soprintendenze le autorizzazioni paesaggistiche rilasciate (e quindi i relativi progetti) per la verifica della legittimità del rilascio dell'autorizzazione stessa. La norma prevedeva la possibilità da parte del Ministro di annullare l'autorizzazione entro il **termine perentorio di 60 giorni**. Infatti, l'articolo 1 della legge n. 431/85

⁴Si tratta della legge cosiddetta "Galasso", dal nome del suo relatore, di conversione, con modifiche, del d.l. n. 312/85, pubblicata sulla G.U. n. 197 del 22 agosto 1985, successivamente abrogata dal d.lgs. n. 490/1999.

disponeva che “(...) L'autorizzazione di cui all'art. 7 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, deve essere rilasciata o negata entro il termine perentorio di **sessanta giorni**. Le Regioni danno immediata comunicazione al Ministro per i beni culturali e ambientali delle autorizzazioni rilasciate e trasmettono contestualmente la relativa documentazione. Decorso inutilmente il predetto termine, gli interessati, entro **trenta giorni**, possono richiedere l'autorizzazione al Ministro per i beni culturali e ambientali, che si pronuncia entro **sessanta giorni** dalla data di ricevimento della richiesta. Il Ministro per i beni culturali e ambientali può, in ogni caso, annullare, con provvedimento motivato, l'autorizzazione regionale entro **i sessanta giorni** successivi alla relativa comunicazione (...)”. Dalla lettura della norma riportata ne discende che nessuna attività edilizia poteva essere realizzata in quelle zone gravate da vincolo paesaggistico se non dopo l'ottenimento della relativa autorizzazione rilasciata dalla Regione oppure dall'ente sub-delegato, sempre che la locale Soprintendenza non provvedesse con proprio parere motivato ad annullare il titolo rilasciato. La stessa giurisprudenza amministrativa, nel tempo, ha affermato che ciò che rilevava era la data di adozione dell'eventuale provvedimento di annullamento ministeriale e non la data della sua comunicazione all'autorità amministrativa preposta al rilascio del titolo. L'orientamento, ormai consolidato, è stato anche di recente affermato dai giudici che hanno sostenuto che “(...) il Ministero può annullare l'autorizzazione entro i 60 gg. successivi alla ricezione dell'autorizzazione, così indicando in modo evidente che nel termine di legge deve essere emesso - non notificato - il provvedimento (in senso conforme cfr. da ultimo T.a.r. Salerno, Sezione II, 1391/2010: è irrilevante che la successiva notifica dell'atto di annullamento al privato, titolare dell'autorizzazione paesaggistica, avvenga dopo la scadenza del termine dei 60 giorni, trattandosi di incombente del tutto esterno rispetto al perfezionamento dell'iter procedimentale relativo al controllo ministeriale; T.a.r. Liguria, Sezione I, 1625/09. È sufficiente, in sede di controllo sull'autorizzazione paesaggistica da parte della Soprintendenza, che l'atto di annullamento venga adottato nel termine di sessanta giorni decorrenti dal ricevimento degli atti da parte dell'amministrazione centrale, non rilevando nel computo in questione la fase dalla comunicazione del diniego alla parte istante)”⁵.

4. Il d.lgs. n. 490/99: il Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali.

⁵ *In terminis*: T.a.r. Lombardia, Brescia, Sezione I, sentenza n. 2652 del 6 agosto 2010; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenze del: 9 ottobre 2007, n. 5237; 5 marzo.2007, n. 1027; 16 marzo 2009, n. 1531.

I decreto legislativo 29 ottobre 1999 n. 490 ha introdotto nel sistema ordinamentale italiano il *Testo Unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali*, in base alla delega contenuta nell'articolo unico della legge 8 ottobre 1997, n. 352⁶. Com'è noto, il Testo Unico raccoglie in un solo corpo norme precedenti che disciplinano la stessa materia ma sono contenute in diverse fonti. Il testo unico in parola, nasce da una formale delegazione legislativa e, avendo per oggetto norme legislative, presenta un indubbio carattere innovativo che si associa ad un'efficacia abrogativa delle norme precedenti. Questa connotazione resiste anche quando si limita a riprodurle letteralmente (art. 15 disp. prel. cod. civ.). Il Testo Unico introdotto dal d.lgs. n. 490/99 ha abrogato diverse fonti legislative fino a quel tempo in vigore .

L'articolo 166 del d.lgs. n. 490/1999 ha espressamente abrogato, per quanto riguarda la materia paesaggistica, la legge del 25 giugno 1939 n. 1497, il d.P.R. del 24 luglio 1977, n. 616, limitatamente all'articolo 82, comma 3 e seguenti, il d.l. del 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, nella legge dell'8 agosto 1985, n. 431, ad esclusione dell'articolo 1 *ter* e dell'articolo 1 *quinques*, la legge dell'11 marzo 1988, n. 67, limitatamente all'art. 17, comma 24. Tuttavia, va osservato che alle disposizioni *expressis verbis* richiamate se ne aggiungono anche altre previgenti, se incompatibili o regolanti la stessa materia, in virtù dell'articolo 15 delle disposizioni prel. cod. civ.. Riguardo allo sbarramento temporale, va aggiunto che il Testo Unico sui beni culturali e ambientali ha "assemblato" e riunito le disposizioni legislative vigenti sino alla data del 31 ottobre 1998, limite ultimo indicato dalla legge di delega al Governo, secondo quanto previsto dal secondo comma, lett. *a*), dell'articolo 1 della legge n. 352/1997. In verità, la legge delega faceva riferimento anche ad un secondo limite entro il quale il Governo avrebbe dovuto tarare la sua capacità innovativa. In altri termini, il Governo, ai sensi del comma 2, lett. *b*), dell'articolo 1, era legittimato ad introdurre nelle disposizioni previgenti "(...) *esclusivamente le modificazioni necessarie per il loro coordinamento formale e sostanziale nonché per assicurare il riordino e la semplificazioni dei procedimenti (...)*".

L'architettura del Testo Unico in discorso merita qualche annotazione.

Il Titolo I, ad esempio, regolava la materia dei beni culturali, mentre il Titolo II disciplinava i beni ambientali. Tale configurazione conferiva al d.lgs. n. 490/1999 il carattere di legge fondamentale attraverso la quale si rendeva possibile la tutela dei valori primari sanciti, rispettivamente, nel primo e nel secondo comma dell'articolo 9 della Costituzione. Riguardo la specifica disciplina dei beni

⁶ Più precisamente, l'art. 1 della legge 352/1997 prevedeva che il Governo potesse inserire nel testo unico le disposizioni legislative vigenti alla data di entrata in vigore della legge e quelle entrate in vigore nei sei mesi successivi. In seguito quest'ultimo termine è stato prorogato di sei mesi dall'art. 12, comma 12 *bis*, della legge 15.5.1997 n. 127, e poi di altri sei mesi dalla legge 16.6.1998 n. 191.

ambientali, l'articolo 161 del d.lgs. n. 490/99 prevedeva l'emanazione di un regolamento di attuazione. Tuttavia, nelle more dell'emanazione del nuovo regolamento, restavano in vigore, in quanto compatibili, le disposizioni del vecchio regolamento approvato con il R.D. del 3 giugno 1940, n. 1357, che conteneva la disciplina attuativa della vecchia legge sulle bellezze naturali, n. 1497, del 25 giugno 1939. In ordine al Titolo II, la norma di apertura, vale a dire l'articolo 138, elencava i beni che costituivano oggetto di tutela in ossequio all'articolo 9 della Carta costituzionale. Infatti, l'articolo 138, rubricato "Beni ambientali", individuava proprio i beni tutelati dalle disposizioni dello stesso Titolo II. Qualche perplessità sorgeva in merito all'utilizzo da parte del Legislatore delegato di entrambi i termini "paesaggio" e "ambiente". In realtà si era in presenza di un residuo del linguaggio tradizionale e nello stesso tempo sintomo di un'evoluzione concettuale non ancora sufficientemente "metabolizzata". A tal proposito, va rilevato che, a suo tempo, la migliore dottrina aveva "chiuso" ad una concezione ristretta del "paesaggio", tutelato dall'articolo 9 della Costituzione, ritenendo che essa fosse speculare al concetto di "bellezze naturali", tanto caro alla legge del 29 giugno 1939, n. 1497. In altri termini, si era convenuto che la nozione di "paesaggio" avesse un'estensione longitudinale decisamente più ampia del concetto di "bellezze naturali" in quanto forma ed aspetto del territorio o dell'ambiente risultante dalla continua interazione della natura e dell'uomo. Alla fine, questa concezione è stata pacificamente accettata al punto che, oggi, nella tutela costituzionale cristallizzata nell'articolo 9 della Carta rientrano non solo le bellezze naturali ma anche l'ambiente nella sua interezza inteso nella sua forma esteriore. La questione in merito all'intrinseco significato di "ambiente" non è nuova. Infatti, già nei primi anni settanta, un giurista di chiara fama, quale Massimo Severo Giannini, aveva autorevolmente provato a definire in modo più preciso la nozione di "ambiente", atteso l'evidente alone di genericità ed ambiguità che la circondava. In particolare, il Giannini ne individuava tre profili giuridici: **il primo** comprendeva il paesaggio, con i suoi beni ambientali da conservare e controllare; **il secondo** riguardava il suolo, l'aria e l'acqua, come beni da difendere per la salute collettiva; **il terzo** riguardava l'urbanistica come governo e pianificazione del territorio. Questa ricostruzione è stata in qualche modo tenuta in debito conto nella legislazione statale, in specie nelle norme contenute nel d.P.R. n. 616/1977 riguardanti il trasferimento e la delega di funzioni amministrative dallo Stato alle Regioni, e in quelle disciplinanti il Ministero dei Beni Culturali e Ambientali, tutte fortemente influenzate dall'insegnamento del Giannini. In particolare, l'articolo 80 del d.P.R. n. 616/1977, che apriva il Capo II del Titolo V dedicato all'urbanistica, nel definire quest'ultima come la disciplina dell'uso del territorio, la considerava comprensiva di tutti gli aspetti riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente⁷. In questo modo, si

⁷ Cfr. A. PREDIERI, *Paesaggio*, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1981, vol. XXXI, pagg. 503 e ss.; e prima

faceva strada una concezione “panurbanistica” del territorio che esulava dalla tripartizione elaborata dal Giannini⁸. Tuttavia, tale concezione, nonostante sia stata utilizzata dalle Regioni per cercare di dilatare la propria competenza urbanistica, al punto da estenderla anche in materia paesaggistica e, nel contempo, sia stata avallata anche dalla Consulta per salvare alcune leggi regionali⁹, è rimasta isolata nel panorama legislativo. Sebbene l’articolo 82 del citato d.P.R. n. 616/77 utilizzasse per la prima volta la categoria dei “beni ambientali”, al fine di indicare le “bellezze naturali”, è con la successiva c.d. legge “Galasso” del 1985 (l. n. 431/85) che la nozione di beni ambientali “subisce” una ridefinizione significativa. L’articolo 1 del decreto legge del 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazione appunto nella legge dell’8 agosto 1985, n. 431, aggiungeva alla mentovata disposizione ben otto commi: dal quinto al tredicesimo. Si trattava di una modifica sostanziale di indubbio peso ermeneutico dal momento che venivano sottoposti a vincolo ambientale, oltre alle bellezze naturali individuate con atto amministrativo ai sensi della legge 1497/1939, anche una serie di ecosistemi naturali individuati direttamente dalla legge. Dunque, si passava dall’individuazione amministrativa dei **singoli beni** da proteggere, prevista dalla legge n. 1497/39, alla individuazione *ope legis* di intere **categorie di beni**. L’elenco spaziava dai territori costieri, ai fiumi, dai torrenti ai corsi d’acqua, dalle montagne nella parte eccedente una determinata altitudine ai ghiacciai, ai parchi, dai territori coperti da foreste e boschi alle aree assegnate, dalle università agrarie o gravate da usi civici, alle zone umide, dai vulcani alle zone di interesse archeologico. L’innovazione non era di poco conto. Come già si è avuto modo di evidenziare, le bellezze naturali di cui all’articolo 1 della legge n. 1497/1939 venivano individuate sulla base di un criterio prevalentemente estetico (marginalmente affiancato da quello della “rarietà”, come suggerito dall’articolo 9 del regolamento di attuazione) o, in certi casi, sulla base di un criterio di interesse scientifico (per le cose caratterizzate da “singolarità geologica”). Al contrario, i beni ambientali inclusi *ex lege* nella tutela vincolistica erano individuati sulla base di un criterio che prescindeva completamente dal pregio estetico e che, invece, discendeva dalla esigenza di salvaguardare ambiti naturali (ecosistemi) che erano considerati rilevanti e funzionali per la vita e la salute dell’uomo. Da notare che sotto la rubrica “beni ambientali”, l’articolo 82, nei commi aggiunti dalle legge 431/1985, continuava a usare l’aggettivo “paesaggistico” per qualificare il vincolo, con ciò assimilando il paesaggio all’ambiente e quindi consacrando legislativamente quella corrente dottrinale che aveva identificato il paesaggio come aspetto visibile dell’ambiente. Ulteriore indizio di questa identificazione terminologica si ricavava dal Titolo del d.l. n. 312/1985, poi convertito nella legge n. 431/1985 (c.d.

ancora dello stesso Autore *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969.

⁸ M. S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui suoi diversi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 23 ss.

⁹ *Ex multis*: la sentenza della Corte Costituzionale n. 239/1982.

legge “Galasso”), che recitava: “Disposizioni urgenti per la tutela delle zone di particolare interesse ambientale”. In conclusione, **il legislatore del 1985, non solo ha generalizzato la tutela**, estendendola a vaste aree del territorio nazionale, **ma ha anche innovato la concezione dell’ambiente**, ormai inteso come **ecosistema nel quale l’uomo vive e si sviluppa**. In altri termini, l’ambiente tutelato dalla legge non era più solo quello esteticamente apprezzabile delle bellezze naturali ma anche quello considerato ecologicamente essenziale per la collettività. Tuttavia, sarà il d.lgs. del 31 marzo 1998 n. 112 (conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli Enti locali, in attuazione del Capo I della legge 15.3. 1997 n. 59) a definire compiutamente sul piano normativo il concetto di “bene ambientale”. L’articolo 148 definisce “beni ambientali” quelli individuati in base alla legge quale testimonianza significativa dell’ambiente nei suoi valori naturali o culturali. Appare chiaro che il Legislatore delegato abbia inteso riferirsi alla nozione di “paesaggio” come aspetto visibile dell’ambiente, nei suoi elementi naturali e culturali. Il Testo Unico del 1999, nel recepire la legge n. 1497/1939, l’articolo 82 del d.P.R. n. 616/1977 e la legge 431/1985, ha consacrato definitivamente questa evoluzione sociale e culturale in tema di ambiente e di beni ambientali. L’unica norma non inserita all’interno del T.U. era l’articolo 80 dello stesso d.P.R. n. 616/1977 che si caratterizzava per la sua ampia definizione di urbanistica, inclusiva dell’ambiente che, come già rilevato, è rimasta isolata nell’ordinamento. In conclusione, sembra che il Legislatore abbia ormai acquisito una distinzione tra **ambiente-fisico/chimico**, quale risultato della combinazione di un sistema di elementi fisico-chimici (aria, acqua e suolo) e **ambiente-territorio**, da intendersi come vera e propria risorsa per lo sviluppo dell’uomo e della società. La nozione di ambiente nella sua accezione fisico/chimica è certamente riconducibile al dettato dell’articolo 32 della Costituzione che tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività tutta. Sul piano della legislazione ordinaria, si può affermare che tutte le disposizioni contro l’inquinamento dell’aria, dell’acqua e del suolo (rifiuti), finalizzate a garantire appunto la salubrità dell’ambiente, sono riconducibile a tale nozione. Per quanto concerne l’ambiente/territorio, vale a dire il paesaggio quale espressione estetica del territorio, è possibile affermare che esso è garantito dall’articolo 9, comma 2, della Costituzione. Tutta la legislazione intesa a tutelare il paesaggio e le bellezze naturali è riconducibile a questo concetto¹⁰. La competenza in materia appartiene al Ministero per i beni culturali e ambientali, ora denominato nel Ministero per i beni e le attività culturali¹¹.

¹⁰ In questo senso V. T. ALIBRANDI e P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, Giuffrè, 2001, pagg. 72 ss..

¹¹ Al Ministero per i beni e le attività culturali, istituito con il d.lgs. n. 368/98, sono state devolute le attribuzioni spettanti al Ministero per i beni culturali e ambientali, nonché quelle in materia di spettacolo, sport e impiantistica sportiva. Il decreto istitutivo del nuovo ministero è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 26.10.1998, ed è entrato in vigore dopo il 31.10.1998, che era il limite temporale assegnato al legislatore delegato dalla legge 352/1997.

Le modifiche legislative succedutesi nel tempo hanno reso più nitida la nozione di “bene ambientale”.

Oggi, infatti, possono considerarsi superate le ambiguità terminologiche e concettuali che caratterizzavano la nozione di “beni ambientali”. Tanto per fare un esempio, è pacifica la sostanziale equiparazione tra beni ambientali e beni paesaggistici che, *inter alia*, risulta consacrata proprio dal Titolo II del Testo Unico che detta una sequela di disposizioni riguardanti appunto i “beni paesaggistici e ambientali”. La norma in parola, pur adottando la locuzione di “beni ambientali”, finisce per richiamare quale indefettibile valore costituzionale il “paesaggio”, notoriamente tutelato dall’articolo 9 della Costituzione. In sostanza, quando si parla di “beni ambientali” ci si riferisce, in modo inequivoco, sia ai beni che alle aree inseriti nell’articolo 1 della vecchia legge n. 1497/1939, che trovavano cittadinanza negli appositi elenchi approvati dalle Regioni, sia a quelle categorie di beni individuati dal Ministro per i Beni Culturali e Ambientali (*rectius*: Ministro per i Beni e le Attività Culturali), sia, infine, ai beni contemplati dalla legge n. 431/85.

Per quanto concerne l’inserimento dei beni ambientali negli elenchi previsti dalla legge n. 1497/39, il Legislatore dell’epoca ha previsto una specifica procedura disciplinata dagli articoli dal 140-144 del Testo Unico al termine della quale il vincolo paesaggistico diviene efficace. La sequenza procedimentale si articolava in più fasi. In primo luogo, occorre la formulazione di una **proposta** da parte della apposita commissione provinciale. Di seguito, ha luogo la **pubblicazione** della proposta nell’albo pretorio dei singoli Comuni interessati con contestuale **deposito** presso i relativi uffici comunali e con la notizia della pubblicazione presso due giornali di diffusione regionale e un giornale a diffusione nazionale. La sequenza procedimentale si chiudeva con **l’approvazione** da parte della Regione che veniva pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica e nel Bollettino Ufficiale della Regione. La procedura non cambiava nel caso di integrazione degli elenchi da parte del Ministro. L’unica differenza investiva l’organo di impulso: la proposta veniva formulata dal Soprintendente territorialmente competente e la approvazione spettava al Ministro, anziché alla Regione.

Questione abbastanza spinosa era l’individuazione del preciso momento in cui il vincolo poteva ritenersi giuridicamente imposto e vincolante.

Si tratta di una *vexata quaestio* che trova origine sin dai tempi della legge n. 1497/39. Il problema consiste nel capire se il vincolo paesaggistico nasca al momento della approvazione definitiva, oppure debba retroagire al momento della proposta, al fine di salvaguardare il bene ambientale suscettibile di tutela da interventi irresponsabili e strumentali operati prima del perfezionamento della procedura. La giurisprudenza del Consiglio di Stato, all’origine, stabilì ripetutamente che il vincolo decorreva dalla prima pubblicazione degli elenchi proposti, e non dalla pubblicazione

successiva alla definitiva approvazione¹². Ora, il nuovo Testo Unico ha risolto la questione attraverso la stesura dell'articolo 151 che prevede che “(...) *i proprietari, possessori o detentori dei beni inclusi negli elenchi pubblicati a norma dell'art. 140 o dell'art. 144 (omissis) non possono distruggerli, né introdurvi modificazioni che rechino pregiudizio a quel loro esteriore aspetto che è oggetto di protezione (...)*”. Il richiamo agli articoli 140 e 144, che disciplinano la pubblicazione degli elenchi proposti, e non il richiamo all'articolo 142 che, invece, prevede la pubblicazione degli elenchi approvati, ha determinato, come osservato da autorevole dottrina¹³, che i proprietari, possessori o detentori fossero obbligati al rispetto del vincolo sin dalla pubblicazione degli elenchi proposti, sia nell'albo comunale sia nei giornali. La ragione sembra evidente, giacché la tutela del bene ambientale deve essere salvaguardata almeno dal momento in cui gli interessati sono messi in grado di conoscere l'inizio della procedura, per evitare il possibile degrado del bene durante i tempi lunghi necessari per la conclusione dell'*iter* burocratico. Il discorso è leggermente diverso per quanto concerne i **beni individuati con legge**.

In primo luogo, va chiarito che l'articolo 146 del T.U. del 1999 stabilisce che le categorie di beni ambientali tutelati per legge sono quelle già introdotte dal d.l. n. 312/1985 attraverso l'aggiunta dei commi 5, 6 e 7 all'articolo 82 del d.p.r. n. 616/1977. L'imposizione del vincolo mediante legge fa sì che i problemi sorti in merito all'efficacia del vincolo imposto con procedura amministrativa in questo caso non sussistano. Questo specifico aspetto consente di cogliere la portata innovativa della legge n. 431/85 che ha introdotto nel sistema ordinamentale italiano un meccanismo selettivo sottratto alle incertezze della discrezione tecnico-amministrativa, estendendo la tutela ambientale ad ambiti molto rilevanti dell'intero territorio nazionale. Il T.U. conferma integralmente le conclusioni cui è approdata la giurisprudenza e la stessa dottrina a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 431/85. In questo senso, la rubrica dell'articolo 146 ne costituisce buona prova. In altre parole, la tutela paesaggistica introdotta dalla vecchia legge n. 1497/1939 si estende alle **undici categorie di beni** individuate direttamente dal Legislatore, prescindendo da qualsiasi provvedimento e quindi da qualsiasi discrezionalità tecnico-amministrativa, atteso che la valutazione dell'interesse ambientale dei beni è operata una volta per tutte dallo stesso Legislatore. In merito all'elenco delle categorie, è possibile affermare una sostanziale eterogeneità dei beni in esso contenuti. I criteri utilizzati dal Legislatore nella selezione dei beni sono vari. Alcuni beni sono stati individuati secondo caratteristiche proprie, di origine naturalistica (coste, fiumi, laghi, montagne, ghiacciai, vulcani ecc.); altri beni sono stati selezionati sulla base di un profilo giuridico, vale a dire da un'espressa qualificazione del bene in virtù di un atto formale di inquadramento dello stesso (fiumi, torrenti e

¹² *In terminis*: Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza dell'1 marzo 1995, n. 212, in *Foro it.*, 1996, II, pag. 229.

¹³ Cfr. V. FIDIANI, in *Testo unico sui beni culturali*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 498.

corsi d'acqua iscritti negli elenchi di legge, parchi nazionali e regionali, riserve, zone umide, ecc.). In relazione ai beni selezionati in virtù della propria natura, la individuazione dei territori costieri e dei territori contermini ai laghi, compresi in una fascia di 300 metri di profondità dalla linea di battigia, non presenta particolari problemi giuridici. Tuttavia, la tutela paesaggistica generalmente non si ritiene estesa alla superficie del mare e del lago per se stessa considerata. Per i laghi, però, si pone un problema connesso alla eventuale escursione del livello lacuale dipendente da variazioni stagionali o da uso artificiale delle acque che evidentemente modifica la linea di battigia e quindi la fascia territoriale protetta. Nessun problema particolare si presenta per: le montagne, nella parte eccedente i 1600 sul livello del mare per la catena alpina e i 1200 metri sul livello del mare per la catena appenninica e per le isole; i ghiacciai e i circhi glaciali; i vulcani. Qualche difficoltà ermeneutica pone interpretazione della categoria dei territori coperti da foreste e da boschi, soprattutto in quei casi in cui si verificano incendi, oltre quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento. La normativa statale non offre una definizione univoca di foresta o di bosco, mentre alcune leggi regionali contengono una definizione di bosco o di area boschiva. Dal punto di vista naturalistico, la foresta è una grande estensione di terreno coperta da alberi, mentre il bosco designa qualsiasi estensione di terreno coperta da alberi e da arbusti. La giurisprudenza di legittimità ha segnalato alcuni elementi di identificazione del bosco, come la superficie sulla quale insistono i popolamenti arborei e le aree limitrofe che servono per la salvaguardia e l'ampliamento della superficie principale¹⁴. Considerato il rapporto pertinenziale che lega queste aree alla superficie boscata, la tutela paesaggistica si estende anche alle aree limitrofe. Secondo una sentenza della Corte di Cassazione¹⁵, alla nozione di territorio coperto da bosco può essere ricondotta solo una parte della c.d. "macchia mediterranea", e più esattamente la "macchia alta", caratterizzata dalla predominanza di alberi di medio fusto (quali lecci, querce da sughero, carrubi, olivastri e simili) o di essenze arbustive di elevato sviluppo (quali corbezzoli, filliree e simili), mentre vanno escluse quelle altre forme di associazioni vegetali che vanno sotto il nome corrente di "macchia bassa" e di "macchia rada". Si precisa, tuttavia, che la nozione di bosco, come anche quella di foresta, va intesa non solo in senso naturalistico, ma anche in senso normativo, dovendosi prendere in considerazione sia le fonti normative, nazionali o regionali, sia gli atti amministrativi, generali o particolari, che contengano elementi di identificazione della nozione in oggetto¹⁶. L'osservazione appare condivisibile; ma dovrebbe coerentemente comportare una adeguata considerazione della

¹⁴ Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza n. 3975, del 26 marzo 1997; Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza n. 7556 del 9 giugno 1994.

¹⁵ Corte di Cassazione, Sezione III, n. 6011 del 14 dicembre 2001.

¹⁶ Corte di Cassazione, Sezione III, n. 12108, del 24 settembre 1999; Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza n. 1551 del 10 aprile 2000.

prevalenza della nozione giuridica rispetto alla nozione comune, nonché della gerarchia tra le diverse fonti giuridiche. Ciò significa, ad esempio, che, in mancanza di una definizione statale, non si può disattendere una definizione regionale di bosco solo perché più restrittiva della nozione naturalistica. In conclusione, giova sottolineare che le aree forestali o boschive sono tutelate anche se percorse o danneggiate dal fuoco: ciò al fine evidente di ostacolare l'incendio strumentale della popolazione arborea appiccato per eludere il vincolo. In passato, allo stesso fine antispeculativo era stabilito un divieto assoluto di costruire sui terreni boschivi incendiati, penalmente sanzionato. Quel reato è stato depenalizzato per effetto della legge 689/1981. Con la legge c.d. "Galasso" si è ripristinato il vincolo e la conseguente sanzione penale, anche se si tratta ormai di un vincolo non assoluto, perché superabile con l'autorizzazione regionale. A ben vedere, rientrano in questa prima classe di beni anche le zone di interesse archeologico; solo che le caratteristiche che le identificano sono non di tipo naturalistico, ma di tipo storico culturale. Proprio in quanto appartenenti a questa classe, esse non coincidono con gli immobili previsti dall'articolo 2 lett. a) del Testo Unico, identificati attraverso le relative procedure amministrative e tutelati dalla disciplina contenuta nel Titolo primo dello stesso Testo Unico. La protezione offerta dal Titolo secondo è quindi opportunamente complementare alla prima e trova la sua ragion d'essere nell'esigenza di tutelare il valore paesaggistico connesso ad aree più vaste nelle quali l'autorità giudiziaria accerti un'emergenza archeologica. Passando all'esame della seconda classe di beni ambientali (individuati in base ad atti di qualificazione giuridica), si deve notare quanto segue. I fiumi, i torrenti e i corsi d'acqua sono quelli iscritti negli elenchi previsti dal Testo Unico sulle acque ed impianti elettrici, approvato con R.D. dell'11 dicembre 1933, n. 1775. A differenza che per mari e laghi, considerata la formulazione normativa della lett. c) dell'articolo 146, che fa riferimento letterale proprio ai fiumi, torrenti e corsi d'acqua (diversa da quella usata nella lettera a) che fa riferimento solo ai territori costieri o contermini ai laghi), la tutela paesaggistica ha per oggetto il **corso d'acqua** in se stesso. La tutela si estende, peraltro, anche alle relative sponde o ai piedi degli argini per una fascia di 150 metri. La fascia deve essere calcolata dalla sponda o dal piede esterno dell'argine. Il comma 3 dell'articolo 146 esclude l'applicabilità del vincolo ambientale per quei fiumi, torrenti e corsi d'acqua che la Regione competente ritenga irrilevanti ai fini paesaggistici includendoli in appositi elenchi pubblici. Naturalmente, resta salvo il potere concorrente del Ministro di riconfermarne la rilevanza paesaggistica. Per quanto concerne i parchi e le riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterne ai parchi, essi sono istituiti da leggi statali o regionali o da decreti ministeriali secondo la disciplina introdotta dalla legge quadro sulle aree protette: legge n. 394 del 6 dicembre 1991. Le zone gravate da usi civici sono oggetto di diritti indisponibili di godimento (pascolo, semina, legnatico, selvatico, macchiatico, pescatico) spettanti ai membri della collettività locale, la cui costituzione risale a epoche remote (*ab immemorabili*). Diversamente, le zone umide

sono quelle individuate dallo Stato italiano ai sensi dell'art. 2 del d.p.r. del 13 marzo 1976, n. 448, che ha dato esecuzione alla convenzione internazionale di *Ramsar*¹⁷.

Accanto ai beni gravati da vincolo paesaggistico il T.U. del 1999 ne individuava alcuni non soggetti a prescrizione vincolistica.

Il comma 2 dell'art. 146 del Testo Unico del 1999 escludeva dal regime vincolistico stabilito, *ex lege*, dal comma 1, tutte quelle aree che, ancorché rientranti nelle tipologie sopra elencate, alla data di entrata in vigore della legge 431/1985 (6 settembre 1985): *a*) ricadessero nello strumento urbanistico nelle zone A o B e *b*) fossero ricomprese in altre zone delimitate negli strumenti urbanistici ai sensi del D.M. 2.4.1968 n. 1444 e incluse nei piani pluriennali di attuazione, oppure, per quanto concerneva i Comuni sprovvisti di tali strumenti, ricadessero nei centri abitati così come individuati e perimetrati dall'articolo 18 della legge 865/1971.

La deroga al regime vincolistico trovava la sua giustificazione nel fatto che nel settembre 1985 tali aree o erano già edificate e urbanizzate oppure erano già incluse in programmi comunali di imminente urbanizzazione. Tuttavia, ai sensi del comma 4 dell'articolo 146 la deroga non trovava applicazione riguardo a quei beni che, sebbene rientranti nelle zone urbanizzate o di imminente urbanizzazione, fossero già assoggettati al vincolo in virtù di un provvedimento amministrativo autonomo. Particolare rilievo assumeva, inoltre, l'articolo 1 *bis* della legge n. 431/85 che prevedeva l'obbligo per le Regioni di emanare entro il **31 dicembre 1986 i piani paesistici ovvero i piani urbanistici territoriali**. La funzione dei piani paesistici territoriali o piani urbanistici territoriali nelle intenzioni del legislatore era quella di creare uno strumento capace di **salvaguardare e valorizzare** gli interessi ambientali. In considerazione del fatto che molte Regioni non sono riuscite ad emanare entro il 31 dicembre 1986 gli strumenti urbanistico-paesaggistici in questione, l'articolo 149 del Testo Unico ha eliminato il limite temporale. Sul punto, vale la pena ricordare che la giurisprudenza¹⁸ ha ritenuto **ordinatorio** il termine del 31 dicembre 1986, tenendo fermo il carattere obbligatorio della pianificazione paesaggistica. Il discorso cambiava per le bellezze naturali c.d. "d'insieme" di cui alle lettere *c*) e *d*) dell'art. 139, incluse negli elenchi prescritti. In questo caso, l'obbligo di pianificazione regionale era degradato a mera facoltà, secondo quanto previsto dall'articolo 149, comma 2.

¹⁷ Trattasi della Convenzione sulle zone umide di importanza internazionale firmata a Ramsar, in Iran, il 2 febbraio 1971.

¹⁸ Il Consiglio di Stato è costante nel ritenere che il termine non è perentorio e che la sua scadenza non estingue il potere regionale di approvazione dei piani, ma fissa il momento oltre il quale il Ministero può esercitare il suo potere sostitutivo così come espressamente previsto dalla legge (secondo comma dell'art. 1 *bis*. *Ex plurimis*: Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 20 del 18 gennaio 1999; Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 1249 del 16 settembre 1998.

E' evidente che nelle aree soggette ai vincoli paesaggistici l'attività edilizia soffriva stringenti limitazioni.

La legge 431/85, cosiddetta legge "Galasso", ha investito le Regioni del potere di individuare nei territori vincolati *ex lege* o inclusi negli elenchi delle bellezze naturali, ai sensi della legge n. 1497/1939, aree di particolare pregio paesaggistico all'interno delle quali era vietata ogni modificazione territoriale e ogni opera edilizia nelle more dell'adozione dei piani paesaggistici (articolo 1 *ter*). Lo stesso regime di inedificabilità era stato previsto anche nelle aree individuate con i decreti di applicazione del D.M. del 21 settembre 1984 (c.d. decreti "Galassini") con la conseguenza che in esse era vietata ogni modificazione e ogni opera edilizia fino all'adozione dei predetti piani regionali (articolo 1 *quinquies*). Tuttavia, la legge in tali aree consentiva la realizzazione degli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterassero lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici: vale a dire tutti quegli interventi che non erano in grado di pregiudicare il valore paesaggistico. Con tutta evidenza era questa una misura di salvaguardia per prevenire una possibilità di degrado ambientale sino a che diventassero operativi gli strumenti di pianificazione paesaggistica del territorio. In tali brani del territorio, dunque, l'inedificabilità era assoluta e senza deroghe almeno fino al momento di approvazione dei piani, fatte salve le citate esclusioni di legge. Dopo l'approvazione dei piani territoriali, il vincolo di immodificabilità degradava da assoluto a relativo e poteva essere rimosso dall'autorizzazione dell'autorità amministrativa preposta alla tutela del vincolo. In sostanza, si veniva a creare una situazione simmetrica a quella delle altre aree soggette a vincolo ma che non rientravano tra quelle individuate ai sensi degli articoli 1 *ter* e 1 *quinquies*. Il regime previsto dalla legge n. 431/85 è stato recepito dal T.U. attraverso una disposizione transitoria (l'articolo 162) che confermava l'immodificabilità assoluta delle aree già individuate ai sensi degli abrogati articoli 1 *ter* e 1 *quinquies* della legge "Galasso" fino all'adozione dei piani territoriali. Per conseguenza, in queste aree, prima dell'adozione e approvazione dei piani suddetti, qualsiasi costruzione o modificazione dell'assetto territoriale non può essere autorizzata.

5. L'autorizzazione ambientale.

L'articolo 151 del Testo Unico del 1999 prevedeva che i proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo dei beni ambientali, sia quelli inclusi negli elenchi amministrativi pubblicati a norma di legge sia quelli compresi nelle categorie previste dall'articolo 146, non potessero distruggerli né introdurre modificazioni, che recassero pregiudizio a quel loro aspetto esteriore che era oggetto di protezione. Se essi intendevano eseguire opere di qualunque genere sui beni anzidetti dovevano sottoporre il relativo progetto alla Regione, al fine di ottenerne la preventiva **autorizzazione**.

L'autorizzazione veniva rilasciata o negata entro il termine perentorio di **sessanta giorni**, con provvedimento motivato. A tal proposito, la giurisprudenza amministrativa è stata costante nell'affermare che “(...) *il termine **perentorio** di sessanta giorni per il potere ministeriale di annullamento delle autorizzazioni paesaggistiche - decorrente dal momento in cui la documentazione perviene completa all'organo competente a decidere - attiene solo all'esercizio del potere di annullamento e non anche alla comunicazione o notificazione ai destinatari del provvedimento stesso, in quanto il relativo provvedimento non ha natura di atto recettizio (cfr. T.A.R Campania Napoli, sez. VI, 06 settembre 2010, n. 17310)*”¹⁹. Molte legislazioni regionali hanno subdelegato tale funzione ai Comuni. Se l'autorizzazione veniva rilasciata, poteva essere annullata dal Ministero, entro un termine prestabilito, solo per motivi di legittimità. Se l'autorità regionale o quella subdelegata lasciava trascorrere inutilmente il termine di legge, gli interessati potevano richiedere l'autorizzazione al Ministero che doveva pronunciarsi entro sessanta giorni. Ai sensi dell'articolo 16 del regolamento di attuazione, l'autorizzazione conservava validità per **cinque anni**. La funzione dell'istituto era quella di permettere all'autorità tutoria di verificare preventivamente la compatibilità dell'intervento progettato con le esigenze di conservazione e valorizzazione dei beni ambientali. In considerazione di questo principio, il legislatore, con l'articolo 152, ha previsto che alcuni determinati interventi su edifici, terreni agro-silvo-pastorali, terreni boschivi e forestali fossero immuni dalla disciplina autorizzatoria. Infatti, per effettuare gli interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria, gli interventi di consolidamento statico e di restauro conservativo, sempre che questi non alterassero lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici, non era richiesta l'autorizzazione paesaggistica. Nell'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale erano esentati gli interventi che non comportavano alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie o altre opere civili, e non alteravano l'assetto idrogeologico del territorio. Nei terreni ricoperti da foreste o da boschi non erano soggetti alla autorizzazione ambientale il taglio culturale, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e conservazione, purché fossero previsti e autorizzati dalle leggi specifiche vigenti in materia. In altri termini, le attività di ordinaria utilizzazione delle foreste e dei boschi rispettose delle norme emanate per l'amministrazione forestale non necessitavano del nulla-osta ambientale. Sulla base della *ratio* che ha ispirato queste disposizioni, la giurisprudenza di legittimità ha formulato un principio generale secondo cui l'autorizzazione ambientale era necessaria solo per gli interventi che modificavano il valore paesaggistico in modo apprezzabile sotto il profilo fisico, estetico e temporale; mentre erano irrilevanti ai fini dell'amministrazione ambientale e del reato ambientale quegli interventi che non erano idonei, neppure astrattamente, a mettere in pericolo il paesaggio

¹⁹ *Ex multis*: T.a.r. Campania, Salerno, Sezione II, sentenza n. 61 del 17 gennaio 2011.

come forma dell'ambiente. Una pronuncia ha implicitamente ritenuto la necessità dell'autorizzazione per attività svolte nel sottosuolo di un bosco, come trivellazioni, scavi, prelevamenti di materiali o di acqua, atteso che simili attività erano idonee a ledere il vincolo boschivo, il quale è finalizzato non soltanto alla conservazione statica di un valore estetico-visivo, ma anche alla protezione dell'ecosistema, inteso come ambiente biologico naturale, comprensivo di tutta la vita vegetale e animale e anche degli equilibri tipici di un *habitat* vivente²⁰. La tesi è da condividere perché conforme a quella metamorfosi dell'accezione di ambiente, di cui la norma in discorso è una manifestazione significativa. Un'ultima annotazione è opportuna su questo tema. Tutti i beni ambientali tutelati nel Titolo secondo del Testo Unico, sia le bellezze naturali singole o d'insieme iscritte negli appositi elenchi, sia le porzioni di territorio individuate direttamente dalla legge, possono essere efficacemente protetti solo se ne è possibile il godimento da parte della collettività e solo se il contesto in cui quei beni sono inseriti non ostacoli questo godimento. A tal fine, è spesso necessario imporre una sorta di "vincolo indiretto" sul contesto circostante che garantisca strumentalmente l'efficacia del vincolo principale²¹. Su questa linea l'articolo 157 del Testo Unico stabiliva che nell'ambito e in prossimità dei beni ambientali suddetti era vietato collocare cartelli e altri mezzi pubblicitari senza l'autorizzazione paesaggistica, rilasciata dalla Regione o dall'ente sub-delegato. Inoltre, lungo le strade site nell'ambito o in prossimità degli stessi beni era vietato collocare cartelli o altri mezzi pubblicitari, se non con l'autorizzazione rilasciata dall'ente proprietario della strada (come prevede il nuovo codice della strada), che però doveva previamente munirsi del parere favorevole della Regione circa la compatibilità della collocazione e della tipologia del mezzo pubblicitario con le esigenze di decoro e di pubblico godimento degli edifici e dei luoghi protetti. Il trasgressore era punito con una sanzione amministrativa pecuniaria e con l'obbligo di rimuovere i mezzi pubblicitari abusivi (articolo 165).

6. Il d.lgs. n. 42/04 e s. m. ed integrazioni.

Il decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, il cui titolo per esteso è *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, è stato varato ai sensi dell'articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137, ed è entrato in vigore l'1 maggio 2004. Tale *corpus* normativo, abrogando integralmente, ai sensi dell'articolo 184, comma 1, il d.lgs. n. 490/1999, costituisce, al pari del precedente T.U. del 1999, un testo di legge organico che mira ad assicurare una tutela complessiva ed omogenea al patrimonio culturale,

²⁰ Corte di Cassazione, Sezione III, sentenza n. 3147 del 4 febbraio 1993.

²¹ Un esempio di "vincolo indiretto" si ravvisa nell'art. 49 del testo unico, che attribuisce al Ministro la facoltà di estendere la tutela relativa ai beni culturali al fine di garantirne un'idonea cornice ambientale o una fascia di rispetto.

artistico e paesaggistico italiano. La necessità di promulgare una sistema armonico di norme è nata, in generale, dal bisogno di soddisfacimento di diverse esigenze legate, in particolare, sia alle ripercussioni negative, in termini di degrado, abbandono, scarsa tutela e valorizzazione che sul nostro immenso patrimonio ha avuto finora la mancanza di una norma unica, sia al processo di “decentramento” amministrativo degli organismi statali, che, infine, ad alcune questioni irrisolte (come, ad esempio, le dismissioni di beni demaniali o il contrasto tra le esigenze di sviluppo urbanistico e la salvaguardia paesaggistica). Decisiva, sicuramente, è stata la legge costituzionale n. 3 del 2001 che ha modificato l’intero Titolo V della Carta costituzionale, incidendo sensibilmente sugli articoli 117 e 118 della Costituzione. Infatti, con il nuovo articolo 117 sono sostanzialmente mutati i criteri di ripartizione tra i livelli territoriali nelle materie individuate in Costituzione. In particolare, la novella del 2001 ha rafforzato il ruolo delle Regioni abbandonando la logica ante-riforma che, invece, prevedeva un elenco esplicito di materie rientranti nella potestà concorrente ed una attribuzione esclusiva allo Stato per quelle non espresse. Questa “architettura” costituzionale è stata sostituita con un “doppio” elenco di materie: uno contenente quelle esclusive statali ed uno per le concorrenti, con conseguente attribuzione delle materie non espresse alle Regioni. Sicché, i riferimenti costituzionali, dopo la riforma del Titolo V, diventano: a) “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”, tra le materie esclusive statali (articolo 117, comma 1, lett. s) e b) la “valorizzazione dei beni culturali e ambientali” (articolo 117, comma 2). Com’è agevole cogliere, si tratta di riferimenti di assoluta evidenza che rappresentano i nuovi centri di gravità costituzionale per i beni culturali ed il paesaggio, cui se ne aggiungono altri che, in qualche modo, sono legati da una “cointeressenza” con gli stessi. In questo senso, si pensi al *governo del territorio* che, nella sostanza, sostituisce il vecchio concetto di urbanistica, la stessa “tutela della salute” il cui perimetro inevitabilmente sconfinava nella materia del paesaggio (o “bio-paesaggio”). La modifica dell’articolo 118 della Costituzione ha inciso sull’assetto e l’allocazione delle funzioni amministrative. La nuova formulazione del testo stabilisce che “(...) le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni, salvo che, per assicurarne l’esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza (...)”. La *ratio* è quella di avvicinare ai cittadini l’amministrazione dello Stato in un’ottica applicativa del principio di sussidiarietà orizzontale. Inoltre, non è marginale che lo stesso articolo 118, comma 3, demandi alla legge dello Stato la disciplina di forme di intesa e di coordinamento tra Stato e Regioni nella particolare materia dei beni culturali, con ciò aprendo la strada al principio di “leale collaborazione”. Come cennato all’inizio, il d.lgs. n. 42/2004 ha abrogato il precedente d.lgs. n. 490/99. Ciononostante, esso non ha avuto una portata innovativa rispetto a tale complessa architettura legislativa e la ragione della sua compilazione può essere essenzialmente colta nel mutato assetto costituzionale. Per quanto concerne la strutturazione, il

nuovo Codice è suddiviso in **cinque parti**: la Parte I, concernente le “Disposizioni generali”; la Parte II, concernente i “Beni culturali”; la Parte III, riguardante i “Beni paesaggistici”; la Parte IV, relativa alle “Sanzioni” e la Parte V, contenente “Disposizioni transitorie, abrogazioni ed entrata in vigore”. Rispetto alla impostazione del precedente Codice del 1999, è possibile cogliere nel nuovo una rilevante diversità, seppur a livello terminologico. Il testo del 1999 operava una distinzione tra “Beni culturali” e “Beni paesaggistici ed ambientali”, anche se poi provvedeva ad individuare espressamente solo quelli ambientali. Il nuovo Codice del 2004, invece, stabilisce che il patrimonio culturale è composto dai “beni culturali” e dai “beni paesaggistici”, senza utilizzare l’espressione “bene ambientale”. In questo senso, pare registrarsi una sorta di “scollatura” terminologica rispetto alle espressioni usate nella Carta costituzionale all’interno della quale si parla di “valorizzazione dei beni culturali ed ambientali”: materia rientrante nella potestà legislativa concorrente. Paradossalmente, il precedente Testo Unico del 1999 utilizzava un’espressione successivamente introdotta nel nuovo Titolo V della Costituzione ma espunta dal Codice del 2004. Forse non è un caso che, successivamente alla sua entrata in vigore del T.U., siano state apportate diverse modifiche al testo. Si pensi al d.lgs. n. 308/2004, che ha introdotto una sorta di “mini condono edilizio”, poi entrato a regime a seguito dell’articolo 28 del d.lgs. n. 157/2006, oppure al d.lgs. n. 63/2008, ovvero alla legge n. 129/2008 che ha completamente riscritto l’articolo 159 del T.U. riguardante il regime transitorio in materia di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, di seguito modificato dalla legge n. 14/2009, i cui termini sono stati differiti per l’ultima volta al 31 dicembre 2009 dall’articolo 23, comma 6, della legge n. 102/2009. Tutte le modifiche segnalate evidenziano la difficoltà del legislatore delegato di organizzare una disciplina pienamente rispettosa del patrimonio paesaggistico e culturale presente nel nostro Paese. In generale, si può affermare che il T.U. del 2004 abbia introdotto rispetto a quello del 1999 una maggiore semplificazione legislativa, formando uno strumento per difendere e promuovere le bellezze culturali e paesistiche anche attraverso il coinvolgimento degli Enti Locali, e definendo in maniera irrevocabile i limiti dell’alienazione del demanio pubblico, che escluderà i beni di particolare pregio artistico, storico, archeologico e architettonico. In altre parole, il Legislatore del 2004 ha collocato all’interno del paradigma “patrimonio culturale nazionale” due tipologie di beni culturali: i beni culturali in senso stretto, coincidenti con le cose d’interesse storico, artistico, archeologico etc., già tutelati per effetto della legge n. 1089 del 1939, e quell’altra specie di bene culturale, in senso più ampio, che è costituita dai paesaggi italiani, originariamente protetti dalla legge 1497 del 1939 e, successivamente, dalla legge “Galasso” del 1985.

Il Legislatore del 2004 ha inteso tutelare le zone di pregio paesaggistico innovando rispetto al passato.

In prima battuta, pare opportuno segnalare che sia gli elenchi contenenti le bellezze naturali compilati ai sensi della legge n. 1497/39 che i provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 1 *ter* della legge n. 431/85, non sono stati incisi dal d.lgs. n. 42/2004. Infatti, l'articolo 157 del testo di legge in commento, nella sua attuale configurazione letterale, stabilisce che “(...) *conservano efficacia a tutti gli effetti: a) le dichiarazioni di importante interesse pubblico delle bellezze naturali o panoramiche, notificate in base alla legge 11 giugno 1922, n. 778; b) gli elenchi compilati ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497; c) le dichiarazioni di notevole interesse pubblico notificate ai sensi della legge 29 giugno 1939, n. 1497; d) i provvedimenti di riconoscimento delle zone di interesse archeologico emessi ai sensi dell'articolo 82, comma 5, del d.p.r. 24 luglio 1977, n. 616, aggiunto dall'articolo 1 del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1985, n. 431; d-bis) gli elenchi compilati ovvero integrati ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490; e) le dichiarazioni di notevole interesse pubblico notificate ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490; f) i provvedimenti di riconoscimento delle zone di interesse archeologico emessi ai sensi del decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490; f-bis); i provvedimenti emanati ai sensi dell'articolo 1-ter del decreto-legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, dalla legge 8 agosto 1985, n. 431 (...)*”. La lettera della norma mostra abbastanza nitidamente come il previgente sistema di protezione allestito nel corso degli anni sia uscito immune dal bisogno di razionalizzare il coacervo di norme varate in passato in materia di tutela del paesaggio.

La definizione di paesaggio all'interno del d.lgs. n. 42/2004 trova cittadinanza nell'articolo 131 del testo di legge in discorso.

Il d.lgs. n. 42/2004, infatti, apre la Parte III del Codice proprio con l'articolo 131 che costituisce la norma introduttiva del Capo I del Titolo I. Tale disposizione stabilisce che “(...) *per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali. Salva la potestà esclusiva dello Stato di tutela del paesaggio quale limite all'esercizio delle attribuzioni delle Regioni sul territorio, le norme del presente Codice definiscono i principi e la disciplina di tutela dei beni paesaggistici. La tutela del paesaggio, ai fini del presente Codice, è volta a riconoscere, salvaguardare e, ove necessario, recuperare i valori culturali che esso esprime. I soggetti indicati al comma 6, qualora intervengano sul paesaggio, assicurano la conservazione dei suoi aspetti e caratteri peculiari. La valorizzazione del paesaggio concorre a promuovere lo sviluppo della cultura. A tale fine, le amministrazioni pubbliche promuovono e sostengono, per quanto di rispettiva competenza, apposite attività di conoscenza, informazione e formazione, riqualificazione e fruizione del paesaggio nonché, ove possibile, la*

*realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati. La valorizzazione è attuata nel rispetto delle esigenze della tutela. Lo Stato, le Regioni, gli altri enti pubblici territoriali nonché tutti i soggetti che, nell'esercizio di pubbliche funzioni, intervengono sul territorio nazionale, informano la loro attività ai principi di uso consapevole del territorio e di salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche e di realizzazione di nuovi valori paesaggistici integrati e coerenti, rispondenti a criteri di qualità e sostenibilità (...)*²². Successivamente, il Codice fornisce delle informazioni di maggior dettaglio finalizzate a svelare l'identità dei beni paesaggistici. Infatti, l'articolo 134, rubricato "beni paesaggistici", compie un espresso richiamo alle aree e beni previsti dall'articolo 136 e alle aree individuate dall'articolo 142. Più nel dettaglio. L'articolo 136, la cui rubrica recita: "immobili ed aree di notevole interesse pubblico", inserisce nell'elenco: *a)* le cose immobili che hanno cospicui caratteri di bellezza naturale, singolarità geologica o memoria storica, ivi compresi gli alberi monumentali; *b)* le ville, i giardini e i parchi, non tutelati dalle disposizioni della parte seconda del Codice, che si distinguono per la loro non comune bellezza; *c)* i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale, inclusi i centri ed i nuclei storici; *d)* le bellezze panoramiche e così pure quei punti di vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze. In sostanza, si tratta delle bellezze d'insieme, a suo tempo, richiamate dalla legge n. 1497/39. D'altro canto, l'articolo 142, parimenti evocato dall'articolo 131, elenca quei gruppi di beni elencati nella legge n. 431/85. Infatti, la norma, che chiude il Capo II, non a caso è stata rubricata "Aree tutelate per legge". Essa comprende: 1) i territori costieri compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i terreni elevati sul mare; 2) i territori contermini ai laghi compresi in una fascia della profondità di 300 metri dalla linea di battigia, anche per i territori elevati sui laghi; 3) i fiumi, i torrenti, i corsi d'acqua iscritti negli elenchi previsti dal testo unico delle disposizioni di legge sulle acque ed impianti elettrici, approvato con regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, e le relative sponde o piedi degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna; 4) le montagne per la parte eccedente 1.600 metri sul livello del mare per la catena alpina e 1.200 metri sul livello del mare per la catena appenninica e per le isole; 5) i ghiacciai e i circhi glaciali; 6) i parchi e le riserve nazionali o regionali, nonché i territori di protezione esterna dei parchi; 7) i territori coperti da foreste e da boschi, ancorché percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincolo di rimboschimento, come definiti dall'articolo 2, commi 2 e 6, del decreto legislativo 18 maggio 2001, n. 227; 8) le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici; 9) le zone umide incluse nell'elenco previsto dal d.p.r. 13 marzo 1976, n. 448; 10) i vulcani; 11) le zone

²² La Corte Costituzionale con sentenza n. 226/2009 ha dichiarato costituzionalmente illegittima la previsione dell'articolo 131 nella parte in cui estendeva la potestà esclusiva dello Stato di tutela del paesaggio Stato anche alle province autonome di Trento e Bolzano.

di interesse archeologico. Tale disposizione, relativamente ai punti 1), 2), 3), 4), 5), 7), 8), 10), 11), non si applica alle aree che alla data del 6 settembre 1985: a) erano delimitate negli strumenti urbanistici, ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, come zone territoriali omogenee A e B; b) erano delimitate negli strumenti urbanistici ai sensi del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444, come zone territoriali omogenee diverse dalle zone A e B, limitatamente alle parti di esse ricomprese in piani pluriennali di attuazione, a condizione che le relative previsioni siano state concretamente realizzate; c) nei Comuni sprovvisti di tali strumenti, ricadevano nei centri edificati perimetrati ai sensi dell'articolo 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865. Le prescrizioni che riguardano le undici categorie di beni sopra elencate non si applicano, altresì, ai fiumi, i torrenti, i corsi d'acqua iscritti negli elenchi previsti dal testo unico delle disposizioni di legge sulle acque ed impianti elettrici, approvato con regio decreto 11 dicembre 1933, n. 1775, oltre che alle relative sponde o piedi degli argini per una fascia di 150 metri ciascuna, che la Regione abbia ritenuto in tutto o in parte, irrilevanti ai fini paesaggistici includendoli in apposito elenco reso pubblico e comunicato al Ministero. Il Ministero, con provvedimento motivato, potrebbe confermare così come disattendere la rilevanza paesaggistica dei suddetti beni. Il provvedimento di conferma è sottoposto alle forme di pubblicità previste dall'articolo 140, comma 4. Resta, in ogni caso, ferma la disciplina derivante dagli atti e dai provvedimenti indicati all'articolo 157 che fa salve le notifiche eseguite, gli elenchi compilati, i provvedimenti e gli atti emessi ai sensi della normativa previgente. Sul piano delle innovazioni apportate dal Legislatore in merito di tutela e valorizzazione del paesaggio bisogna considerare, in primo luogo, la previsione dei nuovi **piani paesaggistici** e poi la revisione dell'*iter* per il rilascio dell'**autorizzazione paesaggistica**, con la previsione di un regime "ordinario" ed un altro "semplificato", recentemente oggetto di rivisitazione come meglio si dettaglierà nel prosieguo dell'odierno studio.

7. I piani paesistici

La pianificazione paesaggistica viene disciplinata dall'articolo 135 del d.lgs. n. 42/2004²³. La disposizione è stata modificata nel 2008 per effetto dell'articolo 2 del d.lgs. n. 63 del 26 marzo 2008 recante *Ulteriori disposizioni integrative e correttive del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, in relazione al paesaggio*. L'attuale formulazione della norma prevede che: "(...) 1. *Lo Stato e le Regioni assicurano che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito in ragione dei differenti valori espressi dai diversi contesti che lo costituiscono. A tale fine, le Regioni sottopongono a specifica normativa d'uso il territorio mediante piani paesaggistici,*

²³ Per un approfondimento sul tema si rinvia a volume G. GUZZO – GM PALLIGGIANO, *L'attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela*; Giuffrè (2011), pagg. 369 e ss.

ovvero piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici, entrambi di seguito denominati: "piani paesaggistici". L'elaborazione dei piani paesaggistici avviene congiuntamente tra Ministero e Regioni, limitatamente ai beni paesaggistici di cui all'articolo 143, comma 1, lettere b), c) e d), nelle forme previste dal medesimo articolo 143 (...). La lettura del comma 1 dell'articolo 135 svela la chiara intenzione del Legislatore di dare applicazione rigorosa al principio costituzionale di "leale collaborazione" tra Stato e Regioni a riprova della trasversalità della materia del paesaggio che incontra ed attraversa ambiti materiali diversi, a cominciare dal "governo del territorio", passando per la tutela della "salute" fino ad arrivare a materie limite quali il "turismo" e l'"agricoltura". Il successivo comma 2, a sua volta, stabilisce che "(...) i piani paesaggistici, con riferimento al territorio considerato, ne riconoscono gli aspetti e i caratteri peculiari, nonché le caratteristiche paesaggistiche, e ne delimitano i relativi ambiti (...)". Tale norma va letta in combinato disposto con il successivo comma 3 che chiarisce come "(...) in riferimento a ciascun ambito, i piani predispongono specifiche normative d'uso, per le finalità indicate negli articoli 131 e 133, ed attribuiscono adeguati obiettivi di qualità (...)". La lettura delle due norme rende ancor più evidente la chiara interazione della materia paesaggistica con gli altri valori costituzionalmente protetti, parimenti meritevoli di tutela. Infine, il comma 4 dell'articolo 135 dispone che "(...) per ciascun ambito i piani paesaggistici definiscono apposite prescrizioni e previsioni ordinate in particolare: a) alla conservazione degli elementi costitutivi e delle morfologie dei beni paesaggistici sottoposti a tutela, tenuto conto anche delle tipologie architettoniche, delle tecniche e dei materiali costruttivi, nonché delle esigenze di ripristino dei valori paesaggistici; b) alla riqualificazione delle aree compromesse o degradate; c) alla salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche degli altri ambiti territoriali, assicurando, al contempo, il minor consumo del territorio; d) alla individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio, in funzione della loro compatibilità con i diversi valori paesaggistici riconosciuti e tutelati, con particolare attenzione alla salvaguardia dei paesaggi rurali e dei siti inseriti nella lista del patrimonio mondiale dell'UNESCO (...)", sancendo, di guisa, la **doppia natura** di tali strumenti aventi non solo una portata ricognitiva dei precedenti vincoli ma anche impositiva di nuovi. La giurisprudenza amministrativa, sul punto, ha avuto modo di chiarire nel tempo che "(...) il piano paesaggistico può, ai sensi dell'art. 134, lett. c) del d.lgs. n. 42/2004, direttamente qualificare come beni paesaggistici aree - ulteriori rispetto a quelle dichiarate tali in via amministrativa o ex lege - il cui valore specifico da tutelare è dato da caratteri simili, o di analogo fondamento, rispetto a quelli considerati per i vincoli provvedimentali dell'art. 136 o per quelli ex lege dall'art. 142, e il cui effetto ricognitivo è quello proprio dei quei vincoli paesaggistici, cui si deve aggiungere un

*contenuto prescrittivo, posto dal Piano stesso contestualmente alla loro individuazione (...)*²⁴. Gli stessi supremi giudici, riguardo la funzione del piano paesistico, hanno efficacemente precisato che esso, “(...) a differenza di uno strumento urbanistico, non è volto al dimensionamento dei nuovi interventi, quanto alla valutazione ex ante della loro tipologia ed incidenza qualitativa. Il piano paesistico territoriale del resto - avendo una funzione conservativa degli ambiti reputati meritevoli di tutela - non può essere subordinato a scelte di tipo urbanistico, per loro natura orientate allo sviluppo edilizio e infrastrutturale (Cons. Stato, II, 4 febbraio 1998, n. 3018/97). Ne consegue che la disciplina di tutela della zona prescinde dall’assenza di verticalizzazioni e dall’inidoneità di un manufatto (nella specie: piscina) ad introdurre una nuova volumetria (...)²⁵. Nel complesso, l’articolo 135 mostra la nuova nozione di paesaggio impressa dal Codice del 2004. In sostanza, si passa dalla concezione frammentata di paesaggio, impressa dalla legge n. 1497/39, ad alcune parti del territorio, caratterizzate da straordinaria bellezza, quasi assimilabili ad opere d’arte, ad un concetto più ampio che conferisce a tutto il territorio una spiccata sensibilità paesaggistica.

Ancora.

Mentre nel passato la disciplina paesaggistica si esauriva nella tutela dei beni paesaggistici²⁶, oggi, invece, è possibile affermare che alla tutela in senso stretto si associ anche l’attività di gestione su vasta scala del territorio e l’attività di recupero dei paesaggi degradati.

8. Il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica.

La regolamentazione del potere autorizzatorio in materia paesaggistica è il risultato di una costante evoluzione normativa tesa a contemperare l’esigenza pubblicistica all’integrità del paesaggio e la salvaguardia delle facoltà connesse al diritto dominicale dei beni sottoposti a vincolo, legittimando talvolta - alla luce dell’equilibrio costituzionale tra gli interessi in gioco - la compressione dello *ius aedificandi* in favore della tutela di interessi paesaggistici ed ambientali.

In via generale, la sussistenza di un vincolo paesaggistico ha l’effetto di determinare un regime di inedificabilità relativa che comporta l’assoggettamento alla preventiva delibazione dell’autorità preposta alla tutela del bene protetto, di ogni progetto concernente la trasformazione e l’uso del bene²⁷.

²⁴ Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza n. 1366 del 3 marzo 2011.

²⁵ Consiglio di Stato, Sezione VI sentenza n. 371 del 19 gennaio 2011.

²⁶ In questo senso L.R. PERFETTI, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente e paesaggio*, in *Rivista Giuridica dell’Ambiente*, n. 1/2009.

²⁷ Cass. n. 10542/2002.

La norma fondamentale posta a disciplina di tale potere di verifica e gestione del vincolo da parte dell'autorità amministrativa è l'art. 146 del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d. lgs. n. 42/2004 - rubricata "Autorizzazione" ed inserita nel capo IV del Codice ("Controllo e gestione dei beni soggetti a tutela") - nel testo risultante dalle modifiche apportate dal d. lgs. n. 157/2006, d. lgs. n. 63/2008, dalla l. n. 106/2011, dalla l. n. 98/2013, dalla l. n. 112/2013, dalla l. n. 106/2014 e, da ultimo, dalla l. n. 164/2014.

Il sistema normativo delineato dall'art. 146 prevede un doppio regime autorizzatorio: ordinario e semplificato in relazione ad interventi di "*lieve entità*", la cui disciplina è demandata ad apposito regolamento atto a stabilirne la disciplina secondo "*criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti*" (art. 146, comma 9°, ultimo periodo).

Riservando l'esame delle procedure semplificate al prosieguo della trattazione (i.e. par. 8.3), quel che è dato riscontrare è che l'ambito della procedura ordinaria di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è stato progressivamente eroso in virtù di un progressivo percorso di semplificazione che ha condotto ad ampliare sia le ipotesi di "intervento libero" - per le quali non è previsto alcun obbligo di nulla osta ma, ma se del caso, del solo titolo edilizio - sia le ipotesi in cui è possibile beneficiare dell'iter procedurale breve in ragione del "basso impatto" degli interventi ricadenti nelle aree soggette a vincolo.

I destinatari della normativa sono individuati nei "*proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo di immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'art. 142, o in base alla legge, a termini degli articoli 136, 143, comma 1, lettera d e 157*" (art. 146, comma 1°). Anche le pubbliche amministrazioni sono obbligate ad attendere il preventivo rilascio della autorizzazione prima di procedere ad interventi di modifica di beni e/o aree sottoposte a tutela paesaggistica, applicandosi nel qual caso il regime previsto dall'art. 147 del codice.

Ai soggetti individuati ai sensi dall'art. 146, comma 1, è inibito di distruggere e/o introdurre modificazioni che rechino pregiudizi ai valori paesaggistici oggetto di protezione e costituisce loro obbligo positivamente tipizzato quello di presentare alle amministrazioni competenti "*il progetto degli interventi che intendano intraprendere, corredato della prescritta documentazione, ed astenersi dall'avviare i lavori fino a quando non ne abbiano ottenuta l'autorizzazione*" (art. 146, comma 2). L'istanza dell'interessato deve dunque essere obbligatoriamente corredata da documentazione preordinata alla "*verifica della compatibilità fra interesse paesaggistico tutelato ed intervento progettato*", il cui contenuto è unificato per garantire omogeneità alle procedure ed è individuato "*su proposta del Ministro, con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, d'intesa con la Conferenza Stato-Regioni*", aggiornabile o integrabile con il medesimo procedimento (art. 146, comma 3). L'autorità amministrativa titolare della funzione autorizzatoria è la Regione (art. 146, comma 6), che la esercita con l'ausilio di "*propri uffici dotati di adeguate*

competenze tecnico scientifiche e idonee risorse strumentali". L'attribuzione in parola si connota per un certo grado di flessibilità, essendo previsto che la Regione possa *"delegarne l'esercizio, per i rispettivi territori, a province, a forme associative e di cooperazione fra enti locali come definite dalle vigenti disposizioni sull'ordinamento degli enti locali, agli enti parco, ovvero a comuni, purché gli enti destinatari della delega dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia"*.

L'attuale assetto normativo riconosce inoltre un ruolo centrale all'autorità statale (i.e. Soprintendenza quale organo periferico del Ministero per i Beni e le Attività Culturali), chiamata a rilasciare sin dall'avvio del procedimento - e non più a posteriori come nella normativa previgente - un parere preventivo obbligatorio e, in via generale, di natura vincolante sulla compatibilità del progetto di intervento con l'interesse paesaggistico tutelato (art. 146, comma 5)²⁸.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, la funzione esercitata dalla Soprintendenza è sì consultiva ma nondimeno il relativo potere assume valenza, in sostanza, di tipo co-decisionale rispetto alla determinazione di autorizzazione paesaggistica²⁹.

L'assoluta natura vincolante del detto parere è peraltro esclusa dalla stessa norma in commento *"all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi dell'art. 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della Regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici"*.

8.1. I termini fissati dall'articolo 146 per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica come novellato dalla legge n. 164/2014 (art. 25 co. 3).

Le fasi della procedura ordinaria sono scandite dall'art. 146, commi 7 - 11.

Ricevuta l'istanza dell'interessato, corredata dalla prescritta documentazione - ovvero la documentazione progettuale e la relazione paesaggistica redatta da un tecnico abilitato secondo il disposto del D.P.R. 12/12/2005 *"Individuazione della documentazione necessaria alla verifica della*

²⁸ M. A. SANDULLI, *Codice dei beni Culturali e del paesaggio*, Giuffrè Editore, pp. 1123, secondo cui se è vero che il passaggio dal vecchio al nuovo regime si caratterizza per confinare l'intervento statale in una fase endoprocedimentale e non autonoma, pare tuttavia altrettanto verosimile che la disciplina procedimentale della novella rafforzi il ruolo statale e depotenzi quello della Regione, dal momento che, se la regola è quella del parere obbligatorio e vincolante espresso dalla Soprintendenza, l'amministrazione statale sarà solo in apparenza chiamata a svolgere un ruolo consultivo e risulterà viceversa titolare di veri e propri poteri di amministrazione attiva.

²⁹ Consiglio di Stato, sentenza n. 2751/2015.

compatibilità paesaggistica degli interventi proposti, ai sensi dell'articolo 146, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio" - l'amministrazione competente verifica preliminarmente se l'intervento richiede l'autorizzazione e se l'istanza stessa sia corredata dalla documentazione di cui al comma 3° dell'art. 146, provvedendo, ove necessario, a richiedere le opportune integrazioni ed a svolgere gli accertamenti del caso.

Entro quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, l'amministrazione effettua gli accertamenti circa la conformità dell'intervento proposto con le prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e trasmette al Soprintendente la documentazione presentata dall'interessato, accompagnandola con una relazione tecnica illustrativa nonché con una proposta di provvedimento, dando comunicazione all'interessato dell'inizio del procedimento e dell'avvenuta trasmissione degli atti al soprintendente, ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di procedimento amministrativo (art. 146, comma 7°).

Il Soprintendente, ricevuta la documentazione, rilascia il parere di cui al comma 5° dell'art. 146, comunicandolo all'amministrazione **entro i quarantacinque giorni successivi alla ricezione degli atti**.

In caso di parere negativo, il Soprintendente comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvederà in conformità (art. 146, comma 8).

Una volta concessa, l'autorizzazione paesaggistica è trasmessa, senza indugio, alla Soprintendenza che ha reso il parere nel corso del procedimento, nonché, unitamente allo stesso parere, alla Regione ovvero agli altri enti pubblici territoriali interessati e, ove esistente, all'ente parco nel cui territorio si trova l'immobile o l'area sottoposti al vincolo (art. 146, comma 11°).

Nei casi di inerzia di una o più amministrazioni partecipi del procedimento, la legge prevede misure sostitutive (art. 146, comma 9, primo periodo e comma 10).

Più in particolare, secondo il comma 9 primo periodo *“decorso inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione”*, mentre secondo il comma 10° *“decorso inutilmente il termine indicato all'ultimo periodo del comma 8 senza che l'amministrazione si sia pronunciata, l'interessato può richiedere l'autorizzazione in via sostitutiva alla regione, che vi provvede, anche mediante un commissario ad acta, entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora la regione non abbia delegato gli enti indicati al comma 6 al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e sia essa stessa inadempiente, la richiesta del rilascio in via sostitutiva è presentata al soprintendente”*.

Le maggiori criticità che hanno interessato le norme passate in rassegna riguardano il comma 9 dell'art. 146 in relazione all'inquadramento del termine ivi previsto ed alla più corretta interpretazione della disciplina nell'ipotesi di mancato rilascio del parere da parte del Soprintendente nel termine al lui assegnato, come peraltro si evince dal proliferare degli interventi normativi e giurisprudenziali sull'argomento³⁰.

La disposizione in parola é stata oggetto di due tentativi di riforma nel 2013 e nel 2014 ad opera, rispettivamente, del d.l. n. 69/2013³¹ e del d.l. n. 83/2014³², per essere poi definitivamente modificata dall'art. 25, comma 3, della l. n. 164/2014³³ di conversione del d.l. n. 133/2014, che ha elaborato il testo della norma nella versione attuale sopra individuata.

Più in particolare, per effetto del primo intervento normativo (art. 39, comma 3, del d.l. n. 69/2013), fu inserito nel citato comma 9 la seguente prescrizione: "*Decorso inutilmente il termine di cui al primo periodo del comma 8 senza che il soprintendente abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione*". Detta modifica non fu però confermata in sede di conversione del d.l. nella l. n. 98/2013. La medesima prescrizione fu riproposta dall'art. 12, comma 1, lett. b), del d.l. 31 maggio 2014, n. 83, ma nuovamente non confermata dalla legge di conversione (l. 29 luglio 2014, n. 106). Come detto, l'art. 25, comma 3 della l. n. 164/2014, definitivamente innovando il contenuto del comma 9 dell'art. 146, ha previsto che il rilascio dell'autorizzazione da parte dell'amministrazione competente abbia luogo **comunque** anche in caso di mancato rilascio del parere da parte del Soprintendente nel termine di legge.

La questione che si è posta è quella di comprendere se il termine di sessanta giorni abbia natura perentoria e pertanto consumi il potere decisionale della Soprintendenza assurgendo a silenzio significativo o attizio oppure integri una ipotesi di silenzio - inadempimento connessa all'obbligatorietà di conclusione della fase procedimentale interessata dall'apposizione del termine.

La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato esclude che il potere decisionale della Soprintendenza si consumi in caso di inerzia - quasi a voler ribadire che la perentorietà del termine investirebbe non la sussistenza del potere ma l'obbligo di concludere la fase del procedimento³⁴ - affermando che "*decorso il termine assegnato, l'organo statale conserva la possibilità di rendere il parere ma il parere espresso tardivamente perde il suo valore vincolante e deve essere quindi autonomamente e motivatamente valutato dall'amministrazione preposta al rilascio del titolo*"³⁵.

³⁰ Per un primo commento al testo della norma si rinvia a G. GUZZO, *Le garanzie partecipative in materia di tutela del paesaggio*; in www.LexItalia.it, n. 7-8/2006.

³¹ Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia al sito istituzionale www.parlamento.it

³² Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia al sito istituzionale www.parlamento.it

³³ Per una consultazione integrale del testo di legge si rinvia al sito istituzionale www.parlamento.it

³⁴ Consiglio di Stato, sentenza n. 1935/2016; Consiglio di Stato, sentenza n. 4656/2013.

³⁵ Consiglio di Stato, n. 2136/2015.

Va tuttavia evidenziato che l'approdo cui è giunta la giurisprudenza amministrativa sulla portata dei termini previsti dal comma 9 dell'art. 146 sembra essere in contrasto con l'art. 3 della L. n. 124/2015, cd. riforma Madia, che ha introdotto nella legge generale sull'azione amministrativa (l. n. 241/90), l'art. 17 *bis* rubricato “*silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici*”, che prevede l'estensione del regime del silenzio assenso ai procedimenti che vedono coinvolte più pubbliche amministrazioni, ancorché esse siano preposte alla tutela di interessi sensibili, come l'ambiente, il paesaggio, i beni culturali e la salute³⁶. Più in particolare, secondo la norma citata: “*1. Nei casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni pubbliche e di gestori di beni o servizi pubblici, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche, le amministrazioni o i gestori competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta entro trenta giorni dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente. Il termine è interrotto qualora l'amministrazione o il gestore che deve rendere il proprio assenso, concerto o nulla osta rappresenti esigenze istruttorie o richieste di modifica, motivate e formulate in modo puntuale nel termine stesso. In tal caso, l'assenso, il concerto o il nulla osta è reso nei successivi trenta giorni dalla ricezione degli elementi istruttori o dello schema di provvedimento; non sono ammesse ulteriori interruzioni di termini. 2. Decorsi i termini di cui al comma 1 senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. In caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei procedimenti di cui al comma 1, il Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, decide sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento. 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche. In tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito. 4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano*

³⁶G. GUZZO, *Il silenzio assenso nell'accertamento di compatibilità paesaggistica e nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ordinaria: questione chiusa dopo la l. n. 124/2015?* - LexItalia - Rivista di diritto pubblico, 08/06/2016.

nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi”.

Nel tentativo di armonizzare siffatte disposizioni generali con quelle speciali poste dal comma 9 dell'art. 146, si evidenzia che è intervenuta la Circolare del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo prot. n. 27158 del 10/11/2015³⁷ - recante indirizzi interpretativi ed applicativi dell'art. 3 della l. n. 124/2015 - che ha circoscritto l'applicabilità della norma ai soli procedimenti in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione anche se il destinatario finale, titolare della posizione soggettiva condizionata all'atto di assenso, sia un privato. La norma dunque non troverebbe applicazione nei procedimenti ad istanza di parte privata, per i quali il riferimento permarrebbe l'art. 20 della l. n. 241/90, rubricato “silenzio assenso”, che esclude espressamente dal suo ambito gli atti ed i procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico³⁸.

A tal proposito, pare opportuno sottolineare che il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo, con propria successiva nota n. 21892 del 20.7.2016³⁹, a seguito del parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 1640/2016⁴⁰ avente ad oggetto proprio l'art. 17 bis della legge n. 241/90, ha chiarito che “(...) *l'operatività del silenzio-assenso (in generale)* [resta circoscritta] *ai soli procedimenti e rapporti propriamente autorizzatori con esclusione dei procedimenti e dei provvedimenti concessori (traslativi o costitutivi di diritti in capo al soggetto, pubblico o privato, beneficiario)*”. La nota del Ministero, inoltre, ha soggiunto che “(...) *il nuovo silenzio-assenso [sia applicabile] a ogni procedimento che preveda al suo interno una fase co-decisoria necessaria di competenza di altra amministrazione; resta pertanto confermato quanto illustrato nella circolare di riferimento all'autorizzazione paesaggistica e in specie, l'applicabilità dell'istituto al parere vincolante del soprintendente previsto dall'art. 146 del codice di settore (...)*”. Particolarmente significativo, poi, risulta il passaggio contenuto nella nota in discorso a dove viene espressamente chiarito che “(...) *l'istituto non si applica ove la richiesta non provenga dall'amministrazione procedente, ma dal privato destinatario dell'atto, direttamente o per il tramite dello Sportello unico. Infatti, in tali ipotesi viene in rilievo il rapporto verticale privato-pubblica amministrazione e troverà applicazione, pertanto, l'art. 20 della legge n. 241 del 1990 che esclude l'applicabilità del silenzio-assenso agli interessi sensibili (...)*”.

³⁷ Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.beniculturali.it

³⁸ Sulle criticità relative all'applicabilità dell'art. 17 bis della l. n. 241/90 introdotto dall'art. 3 della l. n. 124/2015 in materia ambientale, F. DE LEONARDIS, “*Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla cd. riforma Madia*” – www.federalismi.it - Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo n. 20/2015.

³⁹ Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.beniculturali.it.

⁴⁰ Per una consultazione integrale del testo del parere si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it.

8.2. I rimedi di giustizia azionabili nei confronti dell'autorizzazione paesaggistica.

Il comma 12 dell'art. 146 prevede che l'autorizzazione paesaggistica sia impugnabile, con ricorso al tribunale amministrativo regionale oppure con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica. La legittimazione attiva è riconosciuta sia alle associazioni portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi delle vigenti disposizioni di legge in materia di ambiente e danno ambientale, sia in capo a qualsiasi altro soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse. Le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere appellate dai medesimi soggetti, anche se non abbiano proposto ricorso di primo grado. Il termine è di giorni sessanta dalla notifica o piena conoscenza del provvedimento ed ai fini della pubblicità - notizia, il successivo comma 13 dell'art. 146 prevede che *“presso ogni amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è istituito un elenco delle autorizzazioni rilasciate, aggiornato almeno ogni trenta giorni e liberamente consultabile, anche per via telematica, in cui è indicata la data di rilascio di ciascuna autorizzazione, con la annotazione sintetica del relativo oggetto. Copia dell'elenco è trasmessa trimestralmente alla regione e alla soprintendenza, ai fini dell'esercizio delle funzioni di vigilanza”*.

8.3. Il d.P.R. n. 139/2010 e il d.P.R. n. 31/2017.

La seconda parte del comma 9 dell'art. 146 statuisce che *“con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni”*.

Successivamente, l'articolo 12, comma 2, del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83, convertito con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2014, n. 106, a sua volta modificato dall'articolo 25, comma 2, del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 novembre 2014, n. 164, ha previsto che, con regolamento da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, venissero dettate disposizioni modificative e integrative al regolamento di cui all'articolo 146, comma 9, quarto periodo, del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni al fine di ampliare e precisare le ipotesi di interventi di lieve entità, operare ulteriori semplificazioni procedurali nonché individuare le

tipologie di interventi non soggetti ad autorizzazione paesaggistica e quelle che possono essere regolate attraverso accordi di collaborazione tra il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, le regioni e gli enti locali, ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

In forza di tali deleghe è stato dapprima emanato il d.P.R. n. 139/2010⁴¹, entrato in vigore il 10/09/2010, costituito da sette articoli e da un allegato con l'indicazione delle trentanove tipologie di interventi edilizi sottoposti a procedura semplificata, e, successivamente, il d.P.R. n. 31/2017⁴² che, per effetto del proprio art. 19, ha abrogato integralmente il precedente d.P.R. del 2010.

Il Regolamento n. 31/2017, "*recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura autorizzatoria semplificata*", è entrato in vigore il 06/04/2017.

Il nuovo regolamento si compone di 20 articoli e di quattro allegati: l'allegato A) con l'elenco degli interventi paesaggisticamente irrilevanti o di lieve entità non soggetti ad autorizzazione paesaggistica (31 tipologie di interventi); l'allegato B) con l'elenco degli interventi di lieve entità sottoposti a procedura semplificata (42 tipologie di interventi); l'allegato C) con lo schema di istanza di autorizzazione paesaggistica semplificata; l'allegato D) con la scheda di relazione paesaggistica semplificata, che peraltro è l'unico documento che il richiedente dovrà presentare a corredo della domanda di autorizzazione paesaggistica semplificata.

All'art. 149 del Codice erano già annoverate alcune tipologie di interventi non soggetti ad autorizzazione e più in particolare: a) interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici; b) interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio; c) taglio colturale, forestazione, riforestazione, opere di bonifica, antincendio e di conservazione da eseguirsi nei boschi e nelle foreste indicati dall'articolo 142, comma 1, lettera g), purché previsti ed autorizzati in base alla normativa in materia.

L'elenco degli interventi "liberi" è stato notevolmente ampliato dal nuovo regolamento che ha elevato a 31 il loro numero, facendovi confluire anche interventi che, a mente del previgente d.P.R. n. 139/2010, rientravano nella procedura semplificata (a titolo esemplificativo, l'inserimento di elementi amovibili e l'installazione di tende, pedane, elementi ombreggianti, poste a corredo di attività economiche o turistico-ricettive).

⁴¹ Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.gazzettaufficiale.it. Per un approfondimento sul tema si rinvia al volume G. GUZZO – GM PALLIGGIANO, *L'attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela*; Giuffrè (2011), pagg. 378 e ss.

⁴² Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.gazzettaufficiale.it.

Il nuovo regolamento ha provveduto ad ampliare anche gli interventi di lieve entità per i quali si esegue una procedura di autorizzazione semplificata, previsti in numero di 42, semplificandone notevolmente la disciplina rispetto a quella dettata dal d.P.R. n. 139/2010, anche dal punto di vista documentale, prevedendo modelli unificati di istanza e relazione paesaggistica.

La procedura semplificata per gli interventi di lieve entità compresi nell'allegato B) è delineata dagli articoli da 7 a 13 del nuovo regolamento.

Il termine di conclusione del procedimento è confermato in sessanta giorni. Il termine è esplicitamente indicato come "tassativo" ed è stato volutamente scelto nel senso di chiarire che il decorso del termine, pur non determinando la consumazione del potere di provvedere, deve considerarsi in ogni caso inderogabile, segnando il limite a decorrere dal quale opera il silenzio-inadempimento dell'amministrazione, sanzionabile sia in termini di ritardo sia in termini di responsabilità dei funzionari⁴³, così conformandosi all'orientamento cui è pervenuta la giurisprudenza amministrativa nella procedura ordinaria. Rispetto al previgente regolamento del 2010, nell'ottica di snellire ulteriormente il procedimento, è stata eliminata la verifica preliminare di conformità urbanistico-edilizia dell'intervento e la possibilità per il richiedente di adire la Soprintendenza con la richiesta di riesame del provvedimento di rigetto dell'autorizzazione paesaggistica da parte della Regione o dell'amministrazione delegata.

L'iter procedurale semplificato è scandito dalle seguenti fasi⁴⁴.

- A seguito della presentazione dell'istanza, l'autorità procedente verifica preliminarmente la tipologia nella quale l'intervento si colloca (libero, semplificato, o sottoposto ad autorizzazione ordinaria);
- Nell'ipotesi in cui l'intervento rientri in quelli sottoposti ad autorizzazione semplificata e siano necessari i pareri di più Amministrazioni, viene indetta la conferenza di servizi ai sensi del decreto legislativo attuativo dell'art. 2 della l. n. 124/2015, ai fini dell'acquisizione del parere del Soprintendente, dimezzando i termini ivi previsti;
- **Entro dieci giorni dal ricevimento dell'istanza**, l'amministrazione può fare richiesta di integrazione documentale e chiarimenti in una sola volta, assegnando il termine di ulteriori dieci giorni (che sospende il procedimento) per l'invio da parte dell'interessato di quanto richiesto in via telematica;

⁴³ Nota Ufficio Legislativo Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, n. 11688 del 11/04/2017.

⁴⁴ La soppressione della verifica preliminare di conformità urbanistico-edilizia dell'intervento, secondo quanto si legge nella nota Ufficio Legislativo Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, n. 11688 del 11/04/2017, pag. 15, è stata disposta perché siffatto snodo procedurale era "in grado di bloccare il procedimento autorizzatorio semplificato nel caso di esito negativo".

- Nel caso in cui quanto richiesto non pervenga nel termine assegnato, l'istanza è dichiarata improcedibile;
- Pervenuta l'ulteriore documentazione richiesta, l'amministrazione procedente, in caso di esito positivo, **entro venti giorni dalla ricezione**, trasmette alla Soprintendenza l'istanza, la relativa documentazione e una motivata proposta di accoglimento;
- Nell'ipotesi in cui la valutazione della Soprintendenza sia anch'essa positiva, **entro venti giorni dal ricevimento della proposta**, la stessa esprime il suo parere vincolante all'amministrazione procedente, la quale adotta il provvedimento **nei dieci giorni successivi**;
- Nell'ipotesi di parere negativo della Soprintendenza sulla proposta favorevole dell'amministrazione procedente:
 - a) la medesima comunica al richiedente **entro dieci giorni dal ricevimento della proposta** i motivi che ostano all'accoglimento, indicando altresì le modifiche indispensabili per la valutazione positiva del progetto, assegnando un termine di quindici giorni (che sospende il procedimento), entro il quale l'interessato deve presentare il progetto adeguato;
 - b) decorso il termine assegnato, la Soprintendenza, ove ritenga di non dover modificare la propria valutazione negativa sull'intervento, **nei successivi venti giorni**, adotta il provvedimento negativo, fornendo specifica motivazione e dandone contestualmente comunicazione all'autorità procedente.

E' infine previsto che il parere della Soprintendenza, da rendersi nel termine di venti giorni, sia obbligatorio ma non vincolante quando l'area interessata dall'intervento di lieve entità sia assoggettata a specifiche prescrizioni d'uso nel piano paesaggistico e nel provvedimento di imposizione di vincolo.

9. L'articolo 167, commi 4, 5 e 6 del d.lgs. n. 42/2004: l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria.

La regola generale contenuta nel più volte citato Codice di riferimento in materia ambientale, è che, fatte salve le eccezioni positivamente previste dall'articolo 167, commi 4 e 5 (art. 146, comma 4°), l'autorizzazione paesaggistica non possa essere rilasciata in sanatoria successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi.

A mente del comma 4° dell'art. 167: *“L'autorità amministrativa competente accerta la compatibilità paesaggistica, secondo le procedure di cui al comma 5, nei seguenti casi:*

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

Le eccezioni al divieto generale delle autorizzazioni in sanatoria rappresentano, come si può agevolmente notare, ipotesi marginali (assenza di aumento di superfici o volumi; difformità di materiali da quelli autorizzati; lavori configurabili come manutenzioni ordinarie o straordinarie), la cui elencazione deve considerarsi tassativa e non suscettibile quindi di essere ulteriormente ampliata⁴⁵.

Ciò è confermato dalla giurisprudenza amministrativa che ha individuato la *ratio* della norma nella circostanza che *“il paesaggio, come bene oggetto di tutela, non è suscettibile né di reintegrazioni, né di incrementi: ciò giustifica una disciplina particolarmente rigorosa, che (è ragionevole ritenere) è stata adottata anche per arginare esperienze pregresse, non pienamente rispettose del disposto dell’art. 9 della Costituzione”*⁴⁶.

Il relativo procedimento è governato dal comma 5 dell’art. 167, che individua quali soggetti legittimati alla presentazione della domanda il proprietario, il possessore o il detentore a qualsiasi titolo dell’immobile o dell’area interessati dagli interventi di cui al precedente comma 4. La domanda, volta all’accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi, deve essere presentata all’autorità preposta alla gestione del vincolo (i.e. Regione o Ente delegato). Il termine finale (perentorio) per la conclusione del procedimento è individuato in centottanta giorni ed in maniera simmetrica rispetto alla procedura ordinaria di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, è previsto il rilascio del parere vincolante della Soprintendenza da rendersi entro il termine (perentorio) di novanta giorni. In merito all’inquadramento di siffatto termine di novanta giorni, la giurisprudenza amministrativa, soprattutto del Consiglio di Stato, nel caso di decorrenza infruttuosa dello stesso, ha ravvisato una ipotesi di silenzio - inadempimento, ritenendo che il potere dell’Amministrazione statale continui a sussistere *“ma l’interessato può proporre ricorso al giudice amministrativo, per contestare l’illegittimo silenzio-inadempimento dell’organo statale”*⁴⁷.

⁴⁵ T.A.R. Lombardia, sentenza n. 7311/2010.

⁴⁶ Consiglio di Stato, sentenza n. 2806/2014. In senso conforme, Consiglio di Stato, sentenza n. 3373/2013. In sede penale, Tribunale Ordinario di Cagliari, ordinanza 20/05/2014.

⁴⁷ Consiglio di Stato, sentenza n. 4656/2013.

In merito alla armonizzazione di tale approdo giurisprudenziale con il nuovo articolo 17 *bis* della l. n. 241/90 introdotto dalla l. n. 124/2015, cd. “riforma Madia”, valgono le stesse considerazioni elaborate nel precedente paragrafo 8.1⁴⁸.

In sostanza, sussisterebbero pochi dubbi in merito alla inapplicabilità dell’articolo 3 della legge n. 124/2015 al parere di cui all’articolo 167, comma 5, del d.lgs. n. 42/04 non solo in virtù della natura chiaramente obbligatoria e vincolante dello stesso ma anche del fatto che esso postula una procedura ad impulso di parte privata nella quale il terminale sostanziale del rapporto amministrativo è, appunto, il privato e tanto indipendentemente dal fatto che egli si avvalga dell’opera di intermediazione della P.A.

Del resto, sul punto, è intervenuta anche la Circolare del Ministero dei Beni Artistici e Culturali e del Turismo n. 21892 del 20.7.2016⁴⁹, emanata a seguito del parere della Commissione Speciale del Consiglio di Stato n. 1640/2016⁵⁰, avente ad oggetto proprio l’art. 17 *bis* della legge n. 241/90, che, nel delineare il perimetro di applicazione del silenzio-assenso, ha chiarito che “(...) *l’istituto non si applica ove la richiesta non provenga dall’amministrazione procedente, ma dal privato destinatario dell’atto, direttamente o per il tramite dello Sportello unico. Infatti, in tali ipotesi viene in rilievo il rapporto verticale privato-pubblica amministrazione e troverà applicazione, pertanto, l’art. 20 della legge n. 241 del 1990 che esclude l’applicabilità del silenzio-assenso agli interessi sensibili (...)*”.

In altre parole, un eventuale silenzio della Soprintendenza oltre il novantesimo giorno non produrrebbe né un effetto devolutivo a beneficio dell’Ente chiamato ad esprimersi sull’accertamento di compatibilità paesaggistica né abdicativo dello Stato anche e soprattutto in ragione del fatto che la tutela del paesaggio costituisce un principio fondamentale di rilevanza costituzionale (art. 9)⁵¹ che non può essere in alcun modo compresso da dinamiche

⁴⁸ G. GUZZO, *Il silenzio assenso nell’accertamento di compatibilità paesaggistica e nel procedimento di rilascio dell’autorizzazione paesaggistica ordinaria: questione chiusa dopo la l. n. 124/2015?* - LexItalia - Rivista di diritto pubblico, 08/06/2016.

⁴⁹ Per una consultazione integrale del testo si rinvia al sito istituzionale www.beniculturali.it.

⁵⁰ Per una consultazione integrale del testo del parere si rinvia al sito istituzionale www.giustizia-amministrativa.it. Si tratta del parere espresso dal Consiglio di Stato a seguito della nota prot. n. 207/16/UL/P con la quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio legislativo del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, in data 31 maggio 2016, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sul quesito in oggetto, concernente l’articolo 17-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall’articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124.

⁵¹ La disposizione in parola, sin dal primo momento, ha generato condivisibili perplessità e preoccupazioni al punto da indurre emeriti giuristi, tra i quali Salvatore Settis e Gustavo Zagrebelsky, ad inviare un appello al Capo dello Stato affinché non firmasse la legge, dopo l’approvazione del Parlamento, per evidenti vizi di costituzionalità individuati proprio nella vulnerazione di valori costituzionalmente protetti come la tutela del paesaggio e lo sviluppo del patrimonio storico ed artistico.

procedimentali “opache”, in specie quando di tratti di situazioni di abusivismo edilizio verificatesi in aree vincolate che attendono di essere sanate⁵².

Venendo alla conclusione del procedimento, la norma prevede che qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore sia tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione e che l'importo della sanzione pecuniaria sia determinato previa perizia di stima.

Nel caso di rigetto della domanda si applicherà invece la sanzione demolitoria prevista al comma 1 dell'art. 167.

In ultimo, il comma 6 dell'art. 167 prevede che le somme riscosse per effetto dell'applicazione del comma 5, nonché per effetto dell'articolo 1, comma 37, lettera b), n. 1), della legge 15 dicembre 2004, n. 308, siano utilizzate, oltre che per l'esecuzione delle rimessioni in pristino di cui al comma 1, anche per finalità di salvaguardia nonché per interventi di recupero dei valori paesaggistici e di riqualificazione degli immobili e delle aree degradati o interessati dalle rimessioni in pristino, statuendo che per le medesime finalità possano essere utilizzate anche le somme derivanti dal recupero delle spese sostenute dall'amministrazione per l'esecuzione della rimessione in pristino in danno dei soggetti obbligati, ovvero altre somme a ciò destinate dalle amministrazioni competenti.

La sanatoria in argomento ha natura amministrativa, ma la relativa domanda si intende presentata anche ai sensi dell'art. 181, comma 1 *quater*, dello stesso Codice per elidere le conseguenze penali connesse agli interventi non autorizzati ovvero realizzati in difformità dalla autorizzazione.

10. L'autorizzazione per le infrastrutture di comunicazione elettronica dopo la legge n. 36/2001 (art. 8) e il d.lgs. n. 259/2003 (art. 87) e s.m. ed int.

L'analisi dell'autorizzazione per le infrastrutture di comunicazione elettronica prende necessariamente le mosse dalle due norme principali che regolano la materia ovvero l'art. 8 della l. n. 36/2001 (i.e. “*legge quadro sulla protezione dalle esposizioni a campi elettrici, magnetici ed*

⁵² Sul tema si rinvia al volume di G.GUZZO - GM. PALLIGGIANO, *L'attività edilizia. Titoli, procedure, sanzioni e tutela*; Giuffrè (2011), pagg. 343 e ss. e G. GUZZO, *Il silenzio assenso nell'accertamento di compatibilità paesaggistica e nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ordinaria: questione chiusa dopo la l. n. 124/2015?* - LexItalia - Rivista di diritto pubblico, 08/06/2016; *cit.*

elettromagnetici”) e l’art. 87 del d.lgs n. 259/2003 (i.e. “*codice delle comunicazioni elettroniche*”) con le successive modifiche ed integrazioni.

L’art. 8 della l. n. 36/2001 al comma 1° conferisce alle Regioni, nel rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, nonché dei criteri e delle modalità fissati dallo Stato - fatte salve le competenze dello Stato e delle autorità indipendenti - le seguenti competenze:

- a) l’esercizio delle funzioni relative all’individuazione dei siti di trasmissione e degli impianti per telefonia mobile, degli impianti radioelettrici e degli impianti per radiodiffusione, ai sensi della legge 31 luglio 1997, n. 249, e nel rispetto del decreto di cui all’articolo 4, comma 2, lettera a), e dei principi stabiliti dal regolamento di cui all’articolo 5;
- b) la definizione dei tracciati degli elettrodotti con tensione non superiore a 150 kV, con la previsione di fasce di rispetto secondo i parametri fissati ai sensi dell’articolo 4 e dell’obbligo di segnalarle;
- c) le modalità per il rilascio delle autorizzazioni alla installazione degli impianti di cui al presente articolo, in conformità a criteri di semplificazione amministrativa, tenendo conto dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici preesistenti;
- d) la realizzazione e la gestione, in coordinamento con il catasto nazionale di cui all’articolo 4, comma 1, lettera c), di un catasto delle sorgenti fisse dei campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici, al fine di rilevare i livelli dei campi stessi nel territorio regionale, con riferimento alle condizioni di esposizione della popolazione;
- e) l’individuazione degli strumenti e delle azioni per il raggiungimento degli obiettivi di qualità di cui all’articolo 3, comma 1, lettera d), numero 1);
- f) il concorso all’approfondimento delle conoscenze scientifiche relative agli effetti per la salute, in particolare quelli a lungo termine, derivanti dall’esposizione a campi elettrici, magnetici ed elettromagnetici.

I principi a cui le Regioni sono tenute ad attenersi nell’esercizio delle competenze come sopra individuate, sono la tutela della salute pubblica, la compatibilità ambientale e le esigenze di tutela dell’ambiente e del paesaggio (comma 2). Nelle materie di cui al comma 1°, le Regioni definiscono inoltre le competenze che spettano alle province ed ai comuni, nel rispetto di quanto previsto dalla legge 31 luglio 1997, n. 249 (comma 4).

La maggiore criticità che ha interessato la norma in commento riguarda il comma 6°, ovvero la facoltà concessa ai Comuni di adottare un regolamento per assicurare il corretto insediamento urbanistico e territoriale degli impianti e minimizzare l’esposizione della popolazione ai campi elettromagnetici. La norma va letta in combinato disposto con l’art. 86, comma 3 del d.lgs. n. 259/2003 (da ultimo modificato dall’art. 6, comma 5 *quinquies* della l. n. 164/2014), che ha

assimilato alle opere di urbanizzazione primaria, “*le infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui agli articoli 87 e 88, e le opere di infrastrutturazione per la realizzazione delle reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica in grado di fornire servizi di accesso a banda ultralarga, effettuate anche all'interno degli edifici*”, con la conseguenza che le stesse infrastrutture debbano essere collegate ed essere poste a servizio dell’insediamento abitativo e non essere da esso avulse con localizzazione lontana dai centri di utenza⁵³. In tale prospettiva, la giurisprudenza costituzionale⁵⁴ ha chiarito che nell’esercizio dei suoi poteri il Comune non può rendere di fatto impossibile la realizzazione di una rete completa di infrastrutture per le telecomunicazioni, trasformando i criteri di individuazione in limitazioni alla localizzazione con prescrizioni aventi natura diversa da quella consentita dalla legge quadro n. 36/2001.

In linea con tale impostazione, la giurisprudenza amministrativa ha, ad esempio, ritenuto illegittima una norma regolamentare comunale avente ad oggetto il divieto di installazione di impianti di telecomunicazione nelle cd. aree sensibili, atteso che lungi dallo stabilire un criterio di collocazione, detta norma stabiliva un generalizzato e praticamente indifferenziato divieto di collocare gli impianti in questione in zone abitate, mostrando di perseguire un interesse (i.e. tutela della salute umana dai rischi dell’elettromagnetismo) devoluto alla competenza dello Stato ed alle agenzie regionali per la protezione dell’ambiente⁵⁵ o, ancora, ha ritenuto illegittima la scelta di una Amministrazione comunale di localizzare, nell’ambito dell’intero territorio di competenza, l’installazione degli impianti di telefonia mobile in soli tre siti, in quanto in evidente contrasto con la natura di opere di urbanizzazione primaria delle anzidette strutture, le quali devono essere poste al servizio degli insediamenti abitativi e seguire il loro sviluppo, garantendo una capillare distribuzione sul territorio della rete di telecomunicazione⁵⁶.

Le regole procedurali per le autorizzazioni relative alle infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici sono contenute nell’art. 87 del d.lgs. n. 259/2003, oggetto di diversi interventi di riforma (comma 3: modificato dall’art. 12 comma 2 del d.lgs. n. 33/2016; comma 3 bis: sostituito dall’art. 1, comma 560, della l. n. 266/2005; comma 5: modificato dall’art. 14, comma 2, della l. n. 221/2012; comma 9: modificato dall’art. 35, comma 5, della l. n. 11/2011), che attualmente prevede quanto segue: “*1. L’installazione di infrastrutture per impianti radioelettrici e la modifica delle caratteristiche di emissione di questi ultimi e, in specie, l’installazione di torri, di tralicci, di impianti radio-trasmittenti, di ripetitori di servizi di comunicazione elettronica, di stazioni radio base per reti di comunicazioni elettroniche mobili GSM/UMTS, per reti di diffusione,*

⁵³ G. GUZZO - GM PALLIGGIANO, *L’attività edilizia, titoli, procedure, sanzioni e tutela*, Giuffrè Editore.

⁵⁴ Corte Costituzionale, sentenza n. 331/2003.

⁵⁵ T.A.R. Lazio, Latina, sentenza n. 793/2014.

⁵⁶ Consiglio di Stato, sentenza n. 2455/2014.

distribuzione e contribuzione dedicate alla televisione digitale terrestre, per reti a radiofrequenza dedicate alle emergenze sanitarie ed alla protezione civile, nonché per reti radio a larga banda punto-multipunto nelle bande di frequenza all'uopo assegnate, viene autorizzata dagli Enti locali, previo accertamento, da parte dell'Organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, della compatibilità del progetto con i limiti di esposizione, i valori di attenzione e gli obiettivi di qualità, stabiliti uniformemente a livello nazionale in relazione al disposto della citata legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi provvedimenti di attuazione; 2. L'istanza di autorizzazione alla installazione di infrastrutture di cui al comma 1 è presentata all'Ente locale dai soggetti a tale fine abilitati. Al momento della presentazione della domanda, l'ufficio abilitato a riceverla indica al richiedente il nome del responsabile del procedimento; 3. L'istanza, conforme al modello A dell'allegato n. 13, realizzato al fine della sua acquisizione su supporti informatici e destinato alla formazione del catasto nazionale delle sorgenti elettromagnetiche di origine industriale, deve essere corredata della documentazione atta a comprovare il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, relativi alle emissioni elettromagnetiche, di cui alla legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi provvedimenti di attuazione, attraverso l'utilizzo di modelli predittivi conformi alle prescrizioni della CEI, non appena emanate. In caso di pluralità di domande, viene data precedenza a quelle presentate congiuntamente da più operatori. Nel caso di installazione di impianti, con tecnologia UMTS od altre, con potenza in singola antenna uguale od inferiore ai 20 Watt, fermo restando il rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità sopra indicati, è sufficiente la segnalazione certificata di inizio attività, conforme ai modelli predisposti dagli Enti locali e, ove non predisposti, al modello B di cui all'allegato n. 13. Gli elementi di reti di comunicazione elettronica ad alta velocità e le altre infrastrutture di reti pubbliche di comunicazione, di cui agli articoli 87 e 88, nonché le opere di infrastrutturazione per la realizzazione delle reti di comunicazione elettronica ad alta velocità in fibra ottica in grado di fornire servizi di accesso a banda ultralarga, effettuate anche all'interno di edifici, da chiunque posseduti, non costituiscono unità immobiliari ai sensi dell'articolo 2 del decreto del Ministro delle finanze 2 gennaio 1998, n. 28, e non rilevano ai fini della determinazione della rendita catastale; 3-bis. Al fine di accelerare la realizzazione degli investimenti per il completamento della rete di telecomunicazione GSM-R dedicata esclusivamente alla sicurezza ed al controllo del traffico ferroviario, nonché al fine di contenere i costi di realizzazione della rete stessa, all'installazione sul sedime ferroviario ovvero in area immediatamente limitrofa dei relativi impianti ed apparati si procede con le modalità proprie degli impianti di sicurezza e segnalamento ferroviario, nel rispetto dei limiti di esposizione, dei valori di attenzione e degli obiettivi di qualità, stabiliti uniformemente a livello nazionale in relazione al disposto della legge 22 febbraio 2001, n. 36, e relativi

provvedimenti di attuazione; 4. Copia dell'istanza ovvero della denuncia viene inoltrata contestualmente all'Organismo di cui al comma 1, che si pronuncia **entro trenta giorni dalla comunicazione**. Lo sportello locale competente provvede a pubblicizzare l'istanza, pur senza diffondere i dati caratteristici dell'impianto; 5. Il responsabile del procedimento può richiedere, per una sola volta, **entro quindici giorni dalla data di ricezione dell'istanza**, il rilascio di dichiarazioni e l'integrazione della documentazione prodotta. Il termine di cui al comma 9 riprende a decorrere dal momento dell'avvenuta integrazione documentale; 6. Nel caso una Amministrazione interessata abbia espresso motivato dissenso, il responsabile del procedimento convoca, entro trenta giorni dalla data di ricezione della domanda, una conferenza di servizi, alla quale prendono parte i rappresentanti delle Amministrazioni degli Enti locali interessati, nonché dei soggetti preposti ai controlli di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36, ed un rappresentante dell'Amministrazione dissenziente; 7. La conferenza di servizi deve pronunciarsi **entro trenta giorni dalla prima convocazione**. L'approvazione, adottata a maggioranza dei presenti, sostituisce ad ogni effetto gli atti di competenza delle singole Amministrazioni e vale altresì come dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza dei lavori. Della convocazione e dell'esito della conferenza viene tempestivamente informato il Ministero; 8. Qualora il motivato dissenso, a fronte di una decisione positiva assunta dalla conferenza di servizi, sia espresso da un'Amministrazione preposta alla tutela ambientale, alla tutela della salute o alla tutela del patrimonio storico-artistico, la decisione è rimessa al Consiglio dei Ministri e trovano applicazione, in quanto compatibili con il Codice, le disposizioni di cui agli articoli 14 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni; 9. **Le istanze di autorizzazione e le denunce di attività di cui al presente articolo, nonché quelle relative alla modifica delle caratteristiche di emissione degli impianti già esistenti, si intendono accolte qualora, entro novanta giorni dalla presentazione del progetto e della relativa domanda, fatta eccezione per il dissenso di cui al comma 8, non sia stato comunicato un provvedimento di diniego o un parere negativo da parte dell'organismo competente ad effettuare i controlli, di cui all'articolo 14 della legge 22 febbraio 2001, n. 36. Gli Enti locali possono prevedere termini più brevi per la conclusione dei relativi procedimenti ovvero ulteriori forme di semplificazione amministrativa, nel rispetto delle disposizioni stabilite dal presente comma;** 10. Le opere debbono essere realizzate, a pena di decadenza, nel termine perentorio di dodici mesi dalla ricezione del provvedimento autorizzatorio espresso, ovvero dalla formazione del silenzio-assenso”.

All'art. 87 del d.lgs. n. 259/2003 si sono affiancati l'art. 87 bis, introdotto dall'art. 5 bis, comma 1, della l. n. 73/2010 e l'art. 87 ter, introdotto dall'art. 6, comma 3, della l. n. 164/2014, i quali, rispettivamente, prevedono procedure semplificate per determinate tipologie di impianti (art. 87 bis)

e gli adempimenti da eseguire nel caso di variazioni non sostanziali degli impianti già provvisti di titolo abilitativo (art. 87 *ter*).

Nell'ottica di tale percorso di semplificazione che ha interessato la materia, va segnalato anche l'art. 6 comma 4 della l. n. 164/2014 che ha stabilito che in deroga all'articolo 146 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, non sono soggette ad autorizzazione paesaggistica l'installazione o la modifica di impianti delle reti di comunicazione elettronica o di impianti radioelettrici, da eseguire su edifici e tralicci preesistenti, che comportino la realizzazione di pali di supporto per antenne di altezza non superiore a 1,5 metri e superficie delle medesime antenne non superiore a 0,5 metri quadrati. Resta ferma l'applicazione degli articoli 20 e seguenti del codice di cui al citato decreto legislativo n. 42 del 2004, e successive modificazioni.

La problematica principale che ha interessato questa peculiare procedura autorizzatoria attiene al comma 9 dell'art. 87 ed è connessa alla questione della consumazione del potere della pubblica amministrazione una volta decorso infruttuosamente il termine assegnatole dalla legge per la conclusione del procedimento.

La soluzione preferibile, perché più rispettosa dell'esigenza di semplificazione e velocizzazione della procedura⁵⁷, sembra essere quella affermativa, nel senso che il decorso del termine di novanta giorni dalla presentazione dell'istanza e la mancanza di un provvedimento di diniego comunicato entro detto termine, comportino la formazione del silenzio - assenso sulla relativa istanza che costituisce titolo abilitativo per la realizzazione dell'impianto stesso, con conseguente illegittimità dei successivi provvedimenti adottati, rimovibili in sede di autotutela, nel rispetto dei requisiti formali e sostanziali previsti per l'esercizio del suddetto potere⁵⁸.

11. Considerazioni finali.

La tutela del paesaggio, da sempre, rappresenta per il Legislatore un importante banco di prova. Le oscillazioni legislative che si sono succedute nel corso dei decenni testimoniano proprio la difficoltà di individuare un sostenibile punto di sintesi tra l'esigenza di garantire il diritto all'abitazione, anch'esso annoverato tra i valori fondamentali della Costituzione⁵⁹, e la tutela del paesaggio,

⁵⁷ G. GUZZO - GM PALLIGGIANO, *L'attività edilizia, titoli, procedure, sanzioni e tutela*, Giuffrè Editore.

⁵⁸ T.A.R. Lazio, sentenza n. 8681/2013. Nello stesso senso, Consiglio di Stato, sentenza n. 355/2009; T.A.R. Puglia, sentenza n. 4310/2007; T.A.R. Toscana, sentenza n. 1044/2010.

⁵⁹ Corte costituzionale, sentenze n. 404/1988 e n. 119/1999. La Corte ha chiarito che: "(...) il diritto all'abitazione rientra, infatti, fra i requisiti essenziali caratterizzanti la società cui si conforma lo Stato democratico voluto dalla Costituzione (...)" e che "(...) il diritto a una abitazione dignitosa rientra, innegabilmente, fra i diritti fondamentali della persona (...)", riconoscendo, in tal modo, al diritto all'abitazione la natura di diritto sociale sussumibile, a giusto

espressamente tutelata dall'articolo 9 della Carta. Gli approcci ideologici alla disciplina della materia, in alcuni casi, sono stati antitetici. Basti pensare al passaggio dalla tutela delle *bellezze d'insieme*, teorizzata dalla legge n. 1497/39, alla tutela delle singole macro categorie di beni, prevista dalla legge n. 431/85. Gli stessi T.U. del 1999 e del 2004, sebbene in gran parte ricognitivi, non hanno sensibilmente modificato il precedente impalcato legislativo. Piuttosto, possono essere registrate delle criticità riguardo la più recente opzione di politica legislativa volta ad una eccessiva semplificazione del procedimento amministrativo che rischia di compromettere la tutela di beni destinatari in passato di specifica tutela amministrativa in quanto ricadenti in aree protette o essi stessi di particolare pregio. In questo senso, esempio illuminante resta il *restyling* dell'articolo 146 del d.lgs. n. 42/04, oggetto di ripetuti interventi nel corso degli ultimi anni. La dequotazione del parere vincolante che la Soprintendenza è chiamata a rendere in parere facoltativo, se non reso entro il quarantacinquesimo giorno dalla ricezione degli atti, abilita l'Ente Locale a provvedere *comunque* ed anche in difformità ad un eventuale valutazione negativa resa tardivamente dall'organo periferico dello Stato. Tale scelta di campo se, da un canto, premia la pur rilevante esigenza di snellire il funzionamento degli uffici mediante una sorta di sburocratizzazione delle procedure, da un altro, tuttavia, rischia di compromettere l'efficace tutela proprio di quei beni portatori di un valore costituzionalmente protetto. E' proprio la ricerca di questo difficile equilibrio tra speditezza dell'azione amministrativa, che da sempre dovrebbe essere improntata ai principi di celerità, economicità ed efficacia, ed esigenza di salvaguardia del tessuto paesaggistico, la cui intangibilità trova cittadinanza nell'articolo nove della Carta costituzionale, che si gioca la vera partita. Il punto di sintesi rinvenuto dal Legislatore ed in un certo senso ratificato dalla giurisprudenza amministrativa, vale a dire il *silenzio inadempiamento*, dovrebbe mettere al riparo da tentativi di scempi ambientali, sempre dietro l'angolo. Ciononostante, l'aver consentito alla PA di decidere *comunque*, quindi anche senza attendere il tardivo parere dell'organo preposto alla gestione del vincolo, sembra aprire uno squarcio alla possibilità di approfittare della lentezza amministrativa per incidere, anche sensibilmente, sui valori protetti. Allora viene da chiedersi se l'assunzione di un tale rischio sia una scelta sensata o piuttosto un modo, più o meno consapevole, di arrendersi all'incapacità del Legislatore di dare delle regole che effettivamente diano corpo agli astratti principi di celerità, speditezza, economicità ed efficacia del procedimento amministrativo. Dubbio che solo il tempo potrà chiarire.

titolo, tra i diritti inviolabili dell'uomo di cui all'art. 2 della Carta. Per una consultazione della sentenza si rinvia al sito istituzionale www.cortecostituzionale.it.

AmbienteDiritto.it - Rivista Giuridica Telematica - Electronic Law Review - Via Filangeri, 19 - 98078
Tortorici ME - Tel +39 0941 421391 - Fax digitale +39 1782724258 Mob. +39 3383702058 -
info@ambientediritto.it - Testata registrata presso il Tribunale di Patti Reg. n. 197 del 19/07/2006 - ISSN
1974-9562 www.ambientediritto.it

Rivista Giuridica Telematica ISSN 1974-9562

AmbienteDiritto.it

Anno XVII

Focus su alcune materie trattate

- Diritto Ambientale: inquinamento, rifiuti
- Diritto urbanistico, dell'edilizia
- Diritto dell'energia
- Diritto dei contratti pubblici
- Pubblica amministrazione
- Processo penale, civile e amministrativo
- Diritto dell'Unione Europea
- Diritto del lavoro - sicurezza

CODICI aggiornati e annotati 2017:

- Codice dell'Ambiente (d.lgs. n. 152/2006)
- Codice Urbanistico e dell'Edilizia (d.P.R. n. 380/2001)
- Codice dei Beni Culturali (d.lgs. n. 42/2004)
- **NUOVO** Codice degli Appalti (d.lgs. n. 50/2016)

Dottrina, formulari, un *Giudiziano Legale* ... e altro ancora in un'unica rivista pluridisciplinare che raccoglie al suo interno il miglior scibile giuridico.

*** Sempre nuove sentenze massimate quotidianamente anche per il 2017**

*** Segnalazione della normativa di rilievo con testi coordinati**

*** Banche Dati - 2017**

ATTUALIZZAZIONE ONLINE



2017

AmbienteDiritto Editore®

La rivista Giuridica AMBIENTEDIRITTO.IT 1974-9562 è riconosciuta ed inserita nell'Area 12 classe A - Riviste Scientifiche Giuridiche. ANVUR: Agenzia Nazionale di Valutazione del Sistema Universitario e della Ricerca (D.P.R. n.76/2010). Valutazione della Qualità della Ricerca (VQR); Autovalutazione, Valutazione periodica, Accredитamento (AVA); Abilitazione Scientifica Nazionale (ASN). Repertorio del Foro Italiano Abbr. n.271 www.ambientediritto.it

ISSN 1974-9562



9 771974 956204

