



LA DISCIPLINA DELLA TUTELA E DELLA VALORIZZAZIONE DEL PAESAGGIO ALLA LUCE DEL D. LGS. N. 157 DEL 2006 E DELLA RECENTE GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

PARTE II – AUTORIZZAZIONE, VIGILANZA E SANZIONI AMMINISTRATIVE

di

Antonio Borzi

(Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara)

12 luglio 2006

SOMMARIO: 1. L'autorizzazione paesaggistica. - 1.1. La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica a regime. - 1.1.1. Gli interventi sottoposti ad obbligo di autorizzazione. - 1.1.2. Gli interventi esclusi *ex art.* 149 del Codice. - 1.1.3. Le amministrazioni competenti. - 1.1.4. Il procedimento. - 1.1.5. (*segue*) Il ruolo della Soprintendenza. - 1.1.6. (*segue*) La Commissione per il paesaggio. - 1.1.7. I caratteri dell'autorizzazione paesaggistica. - 1.1.8. Lo speciale regime di giustizia amministrativa previsto dall'art. 146, comma 11, del Codice. - 1.1.9. L'autorizzazione e i provvedimenti in materia di miniere, cave e torbiere. - 1.2. La disciplina transitoria prevista dall'art. 159 del Codice. - 2. Le altre funzioni in materia di paesaggio. - 2.1. Inibizione, sospensione dei lavori e capacità di incidere su determinati interventi. - 2.2. Le funzioni di vigilanza. - 2.3. Le competenze in materia di cartelli pubblicitari e colore dei fabbricati. - 2.4. Le sanzioni amministrative.

1. L'autorizzazione paesaggistica.

1.1. La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica a regime.

1.1.1. Gli interventi sottoposti ad obbligo di autorizzazione.

Con il Codice Urbani la disciplina della pianificazione paesaggistica e dell'autorizzazione vengono ad intrecciarsi, non solo perché il contenuto articolato del primo permette di evitare decisioni arbitrarie riconnesse all'episodicità della seconda, ma anche

perché, a determinate condizioni, è consentito al piano paesaggistico introdurre delle deroghe alle ipotesi in cui è richiesta l'autorizzazione.

In forza dell'art. 146 del Codice sono sottoposti ad autorizzazione gli interventi da eseguire su:

- 1) immobili ed aree vincolate con provvedimento (anche in base alla previgente disciplina) o per cui vi è proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico (beni vincolati);
- 2) aree tutelate *ex lege* ("aree Galasso");
- 3) immobili ed aree sottoposti a tutela dalle disposizioni del piano paesaggistico (i nuovi beni paesaggistici individuati dal piano *ex art.* 134, lett. c).

Come già anticipato in precedenza, il regime ordinario può essere modificato dal piano paesaggistico approvato in seguito ad accordo tra Stato e Regione; in particolare, possono essere individuate:

- a) aree, tutelate ai sensi dell'articolo 142 e non oggetto di atti o provvedimenti emanati ai sensi degli articoli 138, 140, 141 e 157, nelle quali la realizzazione di opere ed interventi può avvenire previo accertamento, nell'ambito del procedimento ordinato al rilascio del titolo edilizio, della loro conformità alle previsioni del piano paesaggistico e dello strumento urbanistico comunale;
- b) aree gravemente compromesse o degradate nelle quali la realizzazione degli interventi effettivamente volti al recupero ed alla riqualificazione non richiede il rilascio dell'autorizzazione.

Siamo dinanzi ad ipotesi di regime "attenuato" (non consentito per aree oggetto di provvedimenti vincolistici) e casi di esclusione dell'autorizzazione per aree degradate e compromesse in cui vengono realizzati interventi di recupero e riqualificazione.

Dal combinato disposto tra l'art. 143 e l'art. 146 si ricava che:

- I) per i beni vincolati è sempre necessaria l'autorizzazione;
- II) solamente per le "aree Galasso" – e non per i beni vincolati – è possibile prevedere il regime "attenuato" per cui la compatibilità paesaggistica viene valutata nel procedimento di rilascio del titolo edilizio;
- III) se non sono sottoposte a regime "attenuato", le "aree Galasso" sono comunque soggette ad autorizzazione;

IV) le aree significativamente compromesse o degradate devono comunque essere ricomprese in una delle tre categorie per cui è richiesta l'autorizzazione (altrimenti non avrebbe senso prevedere un regime di deroga).

Occorre evidenziare che, rispetto alla versione originaria del Codice, il d.lgs. n. 157 del 2006 ha eliminato il regime autorizzatorio “garantito”¹ per le aree tutelate per legge in grado di esprimere valori paesaggistici di eccellenza. In effetti non era mancato chi aveva ritenuto la previsione delle aree di eccellenza pleonastica poiché gli interventi nelle “aree Galasso” sarebbero stati oggetto di autorizzazione in ogni caso, in base alla normativa ordinaria². Tuttavia, questa difficoltà interpretativa poteva essere superata ammettendo che il piano paesaggistico, in relazione alla medesima area, avrebbe potuto mantenere l'obbligo di autorizzazione per alcuni interventi e per altri stabilire il regime attenuato.

Ad ogni modo, la novella del 2006 ha semplificato il sistema per cui per gli interventi nelle “aree Galasso” è necessario munirsi di autorizzazione, a meno che non si ricada nelle ipotesi previste dall'art. 143, comma 5, lett. a) (c.d. regime “attenuato). Anche per questa parte occorre registrare le modifiche intercorse con la decretazione correttiva.

Le ipotesi di regime attenuato non sono più individuate in negativo, attraverso l'esclusione delle aree oggetto di provvedimenti amministrativi di vincolo, bensì (anche) in positivo, con la precisazione che deve trattarsi di aree tutelate per legge. La modifica si riflette sul regime autorizzatorio dei nuovi beni paesaggistici.

Relativamente a questa tipologia di beni, il Codice sembra consentire un'opzione rigida: tipizzare ed individuare degli immobili e delle aree come nuovi beni paesaggistici, con la conseguenza che lo specifico regime di tutela non può escludere l'obbligo di autorizzazione, ovvero ritenere che i valori paesaggistici espressi da alcune aree non siano tali da meritare una specifica valutazione amministrativa degli interventi che lì si intendono realizzare e, in questo caso, non poter individuare quelle aree come nuovi beni paesaggistici.

D'altro canto, la disciplina codicistica sembra essere costruita secondo un criterio di puntuale tipizzazione delle ipotesi in cui può essere ammessa una deroga al regime autorizzatorio, la cui matrice comune è rappresentata dall'approvazione del piano in seguito ad accordo.

¹ La Corte costituzionale (sent. n. 182 del 2006) parla di regime “rafforzato”, ma in realtà l'art. 143, comma 5, manteneva un obbligo di autorizzazione già previsto in via ordinaria.

² P. URBANI, *Art. 142*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2004, 549-550.

L'unica eccezione, rispetto a questa rigidità del sistema potrebbe essere rappresentata dalle aree compromesse e degradate. Gli interventi in queste aree, qualora esse fossero inserite tra i nuovi beni paesaggistici, potrebbero andare esenti da autorizzazione, ma, si badi, solamente nei casi di misure di "effettiva" valorizzazione³, ossia di interventi realmente rivolti al recupero e alla riqualificazione delle aree (che, peraltro, devono essere indicati dal piano paesaggistico *ex art. 143, comma 1, lett. g*).

C'è da chiedersi, rispetto alla disciplina del Codice, quale sia lo spazio per le Regioni in tema di individuazione delle ipotesi in cui è richiesta l'autorizzazione.

La recente giurisprudenza costituzionale da un lato non consente di individuare l'ambito materiale sulla base della funzione esercitata (pianificazione, autorizzazione, vigilanza, etc.), dall'altro rafforza l'opinione per cui un ambito di manovra può essere immaginato per le Regioni, solo per aumentare la tutela degli interessi paesaggistici.

L'individuazione dei beni soggetti ad autorizzazione paesaggistica, in quanto tende a stabilire uno *standard* uniforme di protezione del paesaggio derogabile unicamente in senso più protettivo, può essere intesa come una delle espressioni più significative della competenza esclusiva statale in materia di "*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*" (art. 117, comma 2, lett. s), Cost.).

Peraltro, ove si volesse accedere alla tesi per cui la disciplina dell'autorizzazione paesaggistica attiene più alla valorizzazione che alla tutela dei beni paesaggistici, sarebbe difficile non riconoscere nella fissazione delle ipotesi in cui è necessario il rilascio del provvedimento un principio fondamentale della materia⁴.

1.1.2. Gli interventi esclusi ex art. 149 del Codice.

La disciplina dell'ambito oggettivo di applicazione dell'autorizzazione paesaggistica viene completata dall'articolo 149 del Codice.

La prima ipotesi di deroga è rappresentata dagli "*interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato*

³ Secondo la modifica apportata all'art. 143, comma 5, del Codice dal d.lgs. n. 157 del 2006.

⁴ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Il paesaggio nel nuovo Titolo V, Parte II della Costituzione*, in *Riv. giur. amb.*, 2/2003, 265-269 che ricomprende nella tutela il regime sanzionatorio, mentre alla valorizzazione del paesaggio, da intendersi in senso ampio di gestione, sarebbero riconducibili la disciplina della pianificazione e dell'autorizzazione paesaggistiche; su questo punto vedi anche G.F. CARTEI, *Il paesaggio*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, IV, Milano, 2003, 2125. Vedi la Parte I di questo lavoro, par. 2.

dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici". Il primo requisito è di natura oggettiva: gli interventi da realizzare devono riguardare edifici⁵ e devono inquadarsi nelle tipologie indicate dalla norma (interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico), secondo le definizioni fornite dalla disciplina statale e regionale⁶.

In secondo luogo, perché operi la deroga è indispensabile che gli interventi non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici⁷. L'autorizzazione è dunque esclusa per tutte le opere che non comportano alcuna incidenza sull'ambiente esterno o che si traducono in un mutamento della destinazione d'uso della cosa, come peraltro si ricava, in via interpretativa, dall'art. 146 che vieta, senza la prescritta autorizzazione, ogni modificazione della cosa in quanto idonea ad incidere sui valori paesaggistici tutelati⁸.

In alcuni casi la legge consente che i lavori possano essere iniziati senza titolo abilitativo o previa denuncia di inizio attività, come accade per gli interventi di manutenzione ordinaria, di manutenzione straordinaria o di restauro e risanamento conservativo⁹, ma ciò non fa venir meno l'obbligo di ottenere il rilascio dell'autorizzazione qualora ciò sia necessario sulla base delle norme in materia di tutela paesaggistica (art. 22, comma 6, T.U. edilizia)¹⁰.

⁵ Cass.pen., 10 giugno 2004 (c.c. 29/04/2004), sez. III, n. 26110, disponibile sul sito internet www.ambientediritto.it, che ha escluso l'applicabilità dell'art. 152 del D.lgs. n. 490 del 1999 (oggi art. 149 del Codice) per i lavori compiuti nell'alveo di un fiume.

⁶ Si veda l'art. 3 del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (*"Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia"*). Sul punto vedi Cass.pen., 15 febbraio 2002, sez. III, in *RivistAmbiente*, 2002, 1229 per cui *"i lavori di totale ricostruzione di un immobile, già oggetto di demolizione, sia pure nel rispetto della preesistente volumetria e destinazione d'uso non sono classificabili quali interventi di manutenzione straordinaria e, pertanto, richiedono il rilascio di concessione edilizia; ne deriva che qualora l'immobile sia ubicato in zona sottoposta a vincolo paesaggistico, non possa trovare applicazione l'art. 152 d. leg. n. 490/99 ma sia necessaria l'autorizzazione dell'amministrazione preposta alla tutela del vincolo ex art. 151 medesimo t.u."*; analogamente Cass.pen., 9 aprile 2002, sez. III, in *Ced Cass.*, rv. 221957 (m).

⁷ Cass.pen., 3 marzo 2003 (ud. 23 gennaio 2003), sez. III, n. 9519, disponibile sul sito internet www.ambientediritto.it, per cui *"gli interventi di manutenzione straordinaria non postulano il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, solo nel caso in cui non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici"*. Vedi anche Cass.pen. 7 luglio 1998, sez. III, n. 7941, in *Cons. Stato*, 1999, II, 436 che ha ritenuto assoggettabile ad autorizzazione la realizzazione di una rampa esterna con funzione antincendio. Per la tesi che distingue tra alterazione dello stato dei luoghi e alterazione dell'aspetto esteriore degli edifici e nega che la prima possa essere assorbita dalla seconda vedi A. ANGIULI, *Art. 149*, in A. ANGIULI – V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, 398.

⁸ Vedi, da ultimo, T.a.r. Puglia-Lecce, ord. 9 marzo 2005, sez. I, n. 230, nonché T.a.r. Umbria, 6 aprile 2006, n. 213, che esclude la necessità di autorizzazione per ristrutturazioni edilizie che non modifichino la percezione visiva del paesaggio. Le sentenze sono disponibili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. Per la tesi opposta che richiede l'autorizzazione anche per strutture interrato e che si fonda su una tutela del paesaggio *"che non può ritenersi limitata al mero aspetto esteriore o immediatamente visibile dell'area vincolata"*, vedi Cass. pen. 30 marzo 2006 (ud. 16 febbraio 2006), sez. III, n. 11128, disponibile sul sito www.ambientediritto.it.

⁹ Vedi gli articoli 6, 10 e 22 del T.U. edilizia (d.lgs. n. 380 del 2001). Il legislatore regionale può ampliare o ridurre il ricorso a DIA (art. 22, comma 4), per cui notevole ruolo gioca la disciplina dettata dalle regioni.

¹⁰ Vedi Cons. Stato, par. 2 aprile 2003 n. 1536, sez. II, disponibile sul sito internet www.giustamm.it.

La seconda ipotesi di deroga è stabilita per “*gli 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*”.

Ad avviso della giurisprudenza gli interventi inerenti l’esercizio dell’attività agro-silvo-pastorale che comportano un’alterazione permanente dell’assetto territoriale richiedono in ogni caso la preventiva autorizzazione; infatti le opere che, pur avendo una finalità agro-silvo-pastorale, sono idonee a cagionare un mutamento permanente del paesaggio, tutelato dalla legge come forma estetica dell’assetto territoriale, assumono la natura di opera civile¹¹.

Infine, non è richiesta autorizzazione paesaggistica per il taglio colturale, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione da eseguirsi nei boschi e nelle foreste indicati dall’articolo 142, comma 1, lettera g) del Codice, purché previsti ed autorizzati in base alla normativa in materia¹². Occorre precisare che l’esenzione opera solo per le aree tutelate *ex lege*, mentre permane l’obbligo di autorizzazione quando le operazioni indicate sono compiute su porzioni di territorio che, pur avendo la medesima conformazione (foreste o boschi), sono tutelate mediante vincolo provvedimentale.

1.1.3. Le amministrazioni competenti.

Uno dei profili di maggiore novità e interesse dell’attuale Codice del paesaggio e dei beni culturali è rappresentato dalle scelte del legislatore statale in tema di allocazione della funzione autorizzatoria. Nella versione del 2004, ribadendo la disciplina previgente, la competenza era attribuita alla Regione o all’ente locale delegato dalla Regione all’esercizio della funzione (art. 146, comma 2), con ciò lasciandosi ampio spazio al legislatore regionale che non aveva esitato a cumulare in capo all’amministrazione comunale le competenze urbanistico-edilizie e quelle paesaggistiche.

¹¹ Vedi Cass.pen., 28 gennaio 2004 (ud. 12 novembre 2003), sez. III, n. 2950, disponibile sul sito internet www.dirittoambiente.com. Sono esclusi dalla deroga, sulla base di questi principi, lo sbancamento del terreno, il taglio totale o lo sradicamento di alberi, la costruzione di una strada interpoderale. Diversamente non richiederebbe autorizzazione l’attività agricola di spianamento di un vigneto per il reimpianto di un nuovo vigneto, così Cass.pen. 13 marzo 2002, sez. III, sn, in *Impresa*, 2002, 1864. Per la tesi in base alla quale la valutazione circa la mancata alterazione dell’assetto idrogeologico spetta all’autorità competente alla tutela del vincolo idrogeologico T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, 681

¹² Si tratta dei 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.

Con la novella del 2006, il legislatore statale ha individuato nell'ambito sovracomunale, il livello di governo adeguato per la gestione concreta dell'interesse paesaggistico. Più precisamente, viene stabilito che le regioni, ove scelgano di non esercitare direttamente la funzione autorizzatoria, ne possono delegare l'esercizio alle province o a forme associative e di cooperazione degli enti locali in ambiti sovracomunali, disciplinate degli articoli 24, 31 e 32 TUEL¹³.

La ragione di tale scelta – che contraddice le soluzioni adottate da molte regioni¹⁴ – è resa palese dallo stesso legislatore: garantire la necessaria distinzione tra la tutela paesaggistica e le competenze urbanistiche ed edilizie comunali.

Con tutta evidenza, la modifica introdotta in sede correttiva tradisce la sfiducia per l'esercizio delle funzioni gestorie del paesaggio in ambito comunale, ritenuto troppo esiguo perché l'interesse paesaggistico riesca a non soccombere ai contrastanti interessi che emergono in sede locale. In aggiunta, deve essere osservato che la separazione delle competenze evita che nelle valutazioni che sovrintendono al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica trovino maggiore considerazione i profili di compatibilità urbanistica ed edilizia del progetto, rispetto al giudizio sugli effetti che la realizzazione dell'opera produrrebbe sul paesaggio.

La delega ai comuni, tuttavia non è esclusa, ma può realizzarsi solamente a determinate condizioni; la Regione, infatti, può delegare ai comuni il rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche: *a)* nel caso in cui abbia approvato il piano paesaggistico concordato, ai sensi dell'articolo 143, comma 3, e *b)* a condizione che i comuni abbiano provveduto al conseguente adeguamento degli strumenti urbanistici.

In questo modo, si ritiene che l'approvazione di un piano concordato con l'autorità statale e l'adeguamento ad esso degli strumenti urbanistici garantiscano l'esistenza di un reticolo di norme in grado di scongiurare l'esercizio arbitrario della funzione autorizzatoria da parte dell'amministrazione comunale.

Resta da dire che, anche in questo frangente, la fiducia nell'ente delegato non è piena e incondizionata: in ogni caso, ove le regioni deleghino ai comuni il rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche, il parere della Soprintendenza formulato nell'ambito del procedimento

¹³ Si tratta delle disposizioni che regolano l'esercizio coordinato di funzioni, i consorzi e le unioni di comuni.

¹⁴ E' il caso, ad esempio, della Toscana (art. 87 della l.r. n. 1 del 2005) che ripartisce la competenza tra Comune ed Ente parco e della Lombardia (art. 80 della l.r. 11 marzo 2005, n. 12) che ripartisce tra Comune, Provincia, Regione ed enti gestori dei parchi.

autorizzatorio resta vincolante, mentre, di norma, approvato il piano concordato ed adeguati gli strumenti urbanistici, tale parere assume il carattere di consultazione obbligatoria ma non vincolante. Sugli effetti che l'introduzione di un parere vincolante della Soprintendenza è in grado di produrre sull'equilibrio dei rapporti tra Stato e Regione nella materia trattata si dirà più avanti¹⁵; in questa sede è importante segnalare la peculiarità della tecnica di normazione seguita dal legislatore statale che ha optato per l'introduzione di un vero e proprio principio *sull'*allocazione di funzioni amministrative. Non siamo dinanzi all'individuazione puntuale dell'ente competente, bensì alla precisazione del criterio che il legislatore regionale è chiamato a seguire per la scelta del soggetto a cui affidare la funzione. Se si segue questo ordine di idee è possibile procedere verso una duplice considerazione.

Innanzitutto la scelta del legislatore statale, formulata come principio *sull'*allocazione, è in grado di vincolare il legislatore regionale non solo in quanto espressione della potestà legislativa esclusiva di cui all'art. 117, comma 2, lett. s), Cost., ma anche come principio fondamentale in materia di valorizzazione dei beni ambientali e culturali; in altri termini, anche accedendo alla tesi per cui la disciplina dell'autorizzazione debba essere ricondotta all'ambito di potestà legislativa concorrente, non potrebbe negarsi la doverosità per il legislatore regionale di attenersi alle indicazioni dello Stato, in quanto norme di principio e non di dettaglio.

Se è vero che, ad avviso della giurisprudenza costituzionale, nelle materie di competenza concorrente l'allocazione delle funzioni amministrative non spetta, in linea di principio, allo Stato (Corte cost., sent. nn. 50 e 384 del 2005), non è escluso che l'intreccio degli interessi coinvolti permetta di configurare l'attribuzione di competenza come principio fondamentale della materia inderogabile dalle regioni (Corte cost., sent. n. 378 del 2005 e n. 182 del 2006). Nel caso delle norme in materia di autorizzazione paesaggistica, la possibilità di individuare nella scelta statale l'espressione di un principio fondamentale è rafforzata dalla circostanza che non si ha un'individuazione puntuale dell'ente competente (come nella giurisprudenza costituzionale richiamata), ma l'indicazione di un criterio che il legislatore regionale deve seguire per l'allocazione la funzione¹⁶.

¹⁵ Vedi *infra*, par. 1.1.5.

¹⁶ Per la distinzione tra principi *sull'*allocazione e norme *di* allocazione di funzioni, vedi M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in G. CORSO – V. LOPILATO, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, I, Milano, 2006, 394.

L'altro aspetto da segnalare è strettamente riconnesso a quanto si è venuti sin qui dicendo e attiene allo spazio di manovra che hanno le regioni rispetto a quanto stabilito dall'art. 146, comma 3, del Codice.

Se la norma statale pone un criterio allocativo, c'è da ritenere che alle Regioni sia consentito, nel rispetto del principio fondamentale, regolare la materia in funzione delle specifiche realtà territoriali locali. Ad esempio, sebbene il citato art. 146, comma 3, non richiami espressamente l'art. 27 del TUEL in materia di Comunità montane, non è da escludersi la possibilità per le regioni di riconoscere in questi enti – che già hanno attribuite competenze in materia di vincolo idrogeologico e forestale¹⁷ – i soggetti adeguati per esercizio della funzione autorizzatoria; da un lato, infatti, si tratta di una particolare forma di unione di comuni (Corte cost., sentt. n. 244 e n. 456 del 2005), dall'altro risulterebbe pienamente rispettato il principio della dimensione sovracomunale dell'ente competente e della separazione tra gestione concreta dell'interesse paesaggistico e competenze urbanistiche ed edilizie comunali.

1.1.4. Il procedimento.

La domanda di autorizzazione, corredata da apposita documentazione redatta secondo quanto previsto dal d.P.C.M. emanato ai sensi dell'art. 146, comma 4¹⁸, deve indicare lo stato attuale del bene interessato dall'intervento, gli elementi di valore paesaggistico che sono presenti, l'impatto sul paesaggio che verrà prodotto dall'opera progettata, nonché gli elementi di mitigazione e di compensazione necessari.

Qualora l'amministrazione competente verifichi che la documentazione allegata non corrisponde a quella prescritta, provvede a richiedere le necessarie integrazioni. In tal caso, i termini del procedimento restano sospesi dalla data della richiesta fino a quella di ricezione della documentazione. Il medesimo effetto sospensivo – per un tempo che non può superare i

¹⁷ Sul punto vedi A. ABRAMI, *Manuale di diritto forestale e dell'ambiente territoriale*, Milano, 2005, 160-161.

¹⁸ D.P.C.M. recante “*Individuazione della documentazione necessaria alla verifica della compatibilità paesaggistica degli interventi proposti, ai sensi dell'articolo 146, comma 3, del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42*”, pubblicato in G.U. n. 25 del 31 gennaio 2006 (titolo rettificato in G.U. n. 51 del 2 marzo 2006).

30 giorni – si produce nell’ipotesi che si ritenga necessario acquisire documentazione ulteriore, ovvero effettuare accertamenti (art. 146, comma 7, terzo e quarto periodo)¹⁹.

Una delle maggiori novità introdotte dal Codice dei beni culturali e del paesaggio è rappresentata dal venir meno del potere ministeriale di annullare l’autorizzazione paesaggistica che si è tramutato in un parere obbligatorio, che, con la novella del 2006, può addirittura – a determinate condizioni – vincolare l’amministrazione competente.

Prima di approfondire questo aspetto è, opportuno, per chiarezza espositiva, esaurire la disamina dell’iter procedimentale.

L’amministrazione competente, acquisito il parere della Commissione per il paesaggio di cui all’articolo 148 e valutata la compatibilità paesaggistica dell’intervento, entro il termine di quaranta giorni dalla data di ricezione dell’istanza, trasmette al soprintendente la proposta di rilascio o di diniego dell’autorizzazione, corredata dal progetto e dalla relativa documentazione.

Dell’invio della proposta di provvedimento alla Soprintendenza l’autorità competente deve dare notizia agli interessati; tale comunicazione costituisce avviso di avvio del procedimento in modo che i destinatari possano partecipare alla fase del procedimento dinanzi all’organo statale con la produzione di memorie e documenti (art. 146, comma 7, primo e secondo periodo).

Qualche perplessità suscita la previsione del termine perentorio di sessanta giorni (dalla ricezione della proposta di provvedimento) perché la Soprintendenza renda il proprio parere (comma 8). E’ noto, infatti, che l’importanza che riveste la cura degli interessi paesaggistico-ambientali ha determinato il legislatore statale a dar vita a quello che non a caso è stato denominato il “regime amministrativo speciale dell’ambiente” che si caratterizza per la scarsa presenza di meccanismi di economia procedimentale come il silenzio-assenso o, appunto, previsioni di termini perentori²⁰. A differenza di quanto stabilisce l’art. 16, comma 3, della legge n. 241 del 1990 per i pareri resi dalle amministrazioni preposte alla tutela paesaggistica²¹, decorso il termine di sessanta giorni senza che la Soprintendenza si sia

¹⁹ Il termine è sospeso, per una sola volta, dalla data della richiesta fino a quella di ricezione della documentazione, ovvero dalla data di comunicazione della necessità di accertamenti fino a quella di effettuazione degli stessi, per un periodo comunque non superiore a trenta giorni.

²⁰ L’espressione è di G. MORBIDELLI, *Il regime amministrativo speciale dell’ambiente*, in *Studi in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, 1122.

²¹ L’art. 16, comma 3, cit. prevede che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dello stesso articolo, che stabiliscono la facoltà per l’amministrazione competente di provvedere anche in assenza del parere, qualora esso non venga rilasciato nei termini o non siano state evidenziate esigenze istruttorie, non si applicano in caso di pareri che

pronunciata l'amministrazione deve assumere comunque le determinazioni in merito alla domanda di autorizzazione.

Più precisamente, entro venti giorni dalla ricezione del parere della Soprintendenza, ovvero entro venti giorni dalla scadenza del termine perentorio concesso all'organo ministeriale, deve essere rilasciata l'autorizzazione ovvero deve essere comunicato il preavviso di provvedimento negativo *ex art. 10-bis* della l. n. 241 del 1990²².

Qualora il provvedimento non venga adottato nei termini, può essere attivato un ulteriore procedimento, mediante istanza da presentare alla Regione ovvero alla Soprintendenza, secondo quanto stabilito dall'art. 146, comma 10.

Presso ogni amministrazione competente è istituito un elenco, aggiornato almeno ogni quindici giorni²³ e liberamente consultabile, in cui è indicata la data di rilascio di ciascuna autorizzazione paesaggistica, con la annotazione sintetica del relativo oggetto e con la precisazione se essa sia stata rilasciata in difformità dal parere della Soprintendenza, ove il parere stesso non sia vincolante, o della Commissione per il paesaggio.

Copia dell'elenco è trasmessa trimestralmente alla Regione e alla Soprintendenza, ai fini dell'esercizio delle funzioni di vigilanza di cui all'articolo 155 del Codice.

Per completezza, occorre sottolineare che l'art. 147 del Codice individua un modulo procedimentale speciale qualora l'autorizzazione paesaggistica interessi opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali. Al fine di garantire una valutazione congiunta dell'interesse paesaggistico e dell'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera, pure meritevole di tutela, viene prescritto il ricorso alla conferenza di servizi (art. 14 e ss. della legge n. 241 del 1990); ciò, tuttavia, non sembra influire sull'individuazione del soggetto competente al rilascio dell'autorizzazione per cui operano le previsioni dell'art. 146²⁴.

1.1.5. (segue) Il ruolo della Soprintendenza.

debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini.

²² Per il parere emesso dopo il termine, ma prima che l'amministrazione si sia pronunciata, vedi G. PAGLIARI, *Permesso di costruire ed autorizzazione paesaggistica*, in *Riv. giur. urb.*, 1-2/2006, 243-244.

²³ Il termine originario era sette giorni.

²⁴ Per approfondimenti vedi G. MASTRODONATO, *Art. 147*, in A. ANGIULI – V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 393 e ss. nonché L. PASSERI, *Art. 147*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 579 e ss.

L'eliminazione del potere statale di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica, ad opera del testo originario del Codice, non è stata salutata con particolare favore dai commentatori della nuova disciplina che, almeno in parte, hanno insistito sul ruolo depotenziato e svalutato che sarebbe stato attribuito alla Soprintendenza²⁵.

Le valutazioni in merito devono tener conto della novella del 2006 che ha reso, in alcuni casi, l'apporto dell'organo statale determinante, trasformando il parere da meramente obbligatorio in vincolante. Altro punto certo è costituito dalla natura indefettibile del parere; secondo una certa lettura dell'art. 146, nella sua formulazione originaria, si poteva essere indotti a considerare il contributo della Soprintendenza un momento eventuale del procedimento, condizionato alla mancata valutazione negativa da parte dell'amministrazione competente compiuta "allo stato degli atti"; in altri termini, qualora l'autorità procedente avesse valutato l'opera progettata incompatibile con i valori paesaggistici tutelati, avrebbe potuto chiudere il procedimento con un atto di diniego, senza sollecitare l'intervento dell'organo statale. La previsione, inserita nel 2006, per cui l'amministrazione competente deve effettuare la trasmissione degli atti anche in caso di proposta di diniego dell'autorizzazione, rende la pronuncia della Soprintendenza un passaggio necessario dell'iter procedimentale. Questo elemento fa comprendere che l'organo statale non interviene (o meglio può non intervenire) in veste di estremo difensore dell'interesse paesaggistico, al fine di evitarne illegittime ed arbitrarie compromissioni, ma esercita un ruolo di co-gestione, giacché potrebbe, in ipotesi, esprimere valutazioni negative anche su proposte di diniego del provvedimento che appaiano altrettanto arbitrarie e illegittime.

Ulteriori considerazioni possono essere svolte su questo aspetto del Codice Urbani.

Aver trasformato l'organo statale da soggetto con compiti di garanzia della legittimità ad organo titolare di un potere consultivo all'interno del procedimento autorizzatorio, ha avuto come principale effetto quello di estendere le valutazioni della Soprintendenza dai profili di legittimità dell'azione amministrativa all'ambito del merito²⁶.

²⁵ F. MISCIOSCIA, *I beni paesaggistici*, in M.A. CABIDDU – N. GRASSO, *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2004, 306; A. ANGIULI, *Art. 146*, in A. ANGIULI – V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 388; in senso negativo anche V. MILANI, *Il paesaggio*, in *Giorn. dir. amm.*, 5/2004, 491-492. Sottolineano luci ed ombre S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 146*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 374, nonché P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio* e P. UNGARI, *Spunti per un intervento su "Quadro conoscitivo critico della legislazione italiana sul paesaggio" nell'ambito del Convegno "Il Paesaggio nelle Politiche Europee" (Roma, 10-11 novembre 2003)*, disponibili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ I confini del potere ministeriale di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica verranno delineati parlando del regime a transitorio (art. 159 del Codice).

Si deve valutare, inoltre, lo speciale regime di giustizia amministrativa introdotto dal Codice che avrebbe determinato un passaggio di consegne dal Ministero al giudice nel ruolo di estremo difensore del vincolo²⁷; occorre considerare, altresì, gli effetti in termini di riduzione dell'ambito di discrezionalità del potere autorizzatorio che potranno sortire dall'approvazione dei nuovi piani paesaggistici in ragione del loro contenuto assai articolato quanto a criteri di gestione, a misure e a prescrizioni per l'uso dei beni paesaggistici. Ad ogni modo, un ruolo determinante giocherà l'orientamento tenuto dal giudice amministrativo in sede di sindacato sulle motivazioni del provvedimento autorizzatorio che disattenda le valutazioni negative della Soprintendenza.

Ad avviso di chi scrive l'atteggiamento del giudice dovrebbe essere molto rigoroso nell'imporre una motivazione esaustiva della autorizzazione paesaggistica adottata in difformità dal parere dell'organo statale (quando esso sia obbligatorio, ma non vincolante, s'intende). Il principio di leale collaborazione che, secondo pacifica giurisprudenza²⁸, governa i rapporti tra il Ministero e la Regione (o l'autorità delegata) nella tutela del paesaggio impone, difatti, che le ragioni addotte dalla Soprintendenza per il diniego dell'autorizzazione (ovvero per l'introduzione di particolari prescrizioni) non possano essere eluse dall'autorità procedente sulla base di motivazioni generiche o apodittiche, poiché ciò equivarrebbe a trascurare ogni valutazione sugli interessi paesaggistici di livello nazionale di cui l'organo statale rimane portatore e che, attraverso il proprio parere, introduce nel procedimento.

Proprio sull'equilibrio tra interessi statali e interessi regionali si appuntano le considerazioni sull'introduzione di ipotesi di parere vincolante della Soprintendenza. Il punto di partenza è capire quali sono tali ipotesi, tenuto conto che il Codice prescrive anche un regime autorizzatorio transitorio in cui l'organo statale mantiene il tradizionale potere di annullamento del nulla-osta paesaggistico.

Tale regime si applica (art. 159):

- a) sino all'approvazione di un nuovo piano paesaggistico ovvero sino all'adeguamento del vecchio alle previsioni del Codice;
- b) in ogni caso non oltre il termine indicato dall'art. 156 (1° maggio 2008).

²⁷ Come è noto, la giurisprudenza costituzionale in più di una occasione ha chiarito come i poteri ministeriali si ponessero "ad estrema difesa del vincolo" (Corte cost., sentt. n. 151 del 1986, n. 302 del 1988, n. 437 del 1991, n. 341 del 1996).

²⁸ Si veda in particolare Cons. Stato, 14 dicembre 2001, Ad. plen., n. 9 consultabile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it; nonché Id., 5 dicembre 2002, sez. VI, n. 6665; Id., 7 agosto 2002, sez. VI, n. 4129; Id., 1 luglio 2002, sez. V, n. 3595; T.a.r. Sardegna-Cagliari, 4 maggio 2004, n. 571; T.a.r. Lazio-Roma, 1 aprile 2004, sez. II, n. 2981, disponibili sul sito www.ambienteditto.it.

Si noti che, proprio in forza del carattere vincolante assunto dal parere della Soprintendenza, per il passaggio dal regime transitorio a quello ordinario non è più richiesto l'adeguamento degli strumenti urbanistici al nuovo piano paesaggistico.

Sulla base di quanto stabilito dall'art. 143, commi 4 e 6 e dall'art. 146, comma 3, ult. periodo, perché il parere sia obbligatorio ma non vincolante devono verificarsi le seguenti condizioni:

- 1) il piano paesaggistico deve essere approvato previo accordo tra Stato e Regione;
- 2) deve essere intervenuto l'adeguamento al piano degli strumenti urbanistici;
- 3) il potere autorizzatorio NON deve essere stato oggetto di delega ai comuni.

Di talché si ricava che il parere della Soprintendenza è vincolante nei seguenti casi:

- I) mancata approvazione (o adeguamento) di un piano conforme al Codice (a partire dal 1° maggio 2008);
- II) approvazione del piano, ma non a seguito di accordo con lo Stato (anche se vi è stato adeguamento degli strumenti urbanistici);
- III) approvazione di piano concordato, ma senza che sia intervenuto l'adeguamento degli strumenti urbanistici;
- IV) approvazione di piano concordato, adeguamento degli strumenti urbanistici, nell'ipotesi che vi sia stata delega di funzioni ai comuni.

Il primo aspetto che colpisce è l'eterogeneità delle ipotesi in cui il parere statale conserva il carattere vincolante; casi in cui si verifica una differente combinazione di due componenti essenziali: la presenza di norme che costituiscano un reticolo in grado di evitare comportamenti arbitrari dell'autorità competente al rilascio dell'autorizzazione, nonché il grado di rappresentanza degli interessi unitari.

Nel primo caso (*sub I*) la mancata approvazione del piano paesaggistico determina l'assenza delle prescrizioni, delle misure e dei criteri di gestione previsti dall'art. 143 del Codice, di talché opererebbe unicamente la disciplina stabilita dai singoli provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico adottati ai sensi degli articoli da 138 a 141.

Nella seconda ipotesi (*sub II*), quel reticolo di norme di cui si diceva – anche se non integrate dalle ulteriori previsioni “paesaggistiche” degli strumenti urbanistici (art. 145) – sarebbe presente, ma il legislatore non riterrebbe sufficientemente rappresentato l'interesse

unitario a causa della approvazione unilaterale del piano, così da confermare il carattere vincolante del parere.

Diversamente, nel caso *sub III*, pur essendo presente un piano paesaggistico e benché sia intervenuto l'accordo tra Stato e Regione, sarebbe la mancanza di norme urbanistiche adeguate per la tutela del paesaggio a determinare la permanenza in capo all'organo statale del potere "sostanziale" di autorizzazione paesaggistica.

Infine, nell'ultima ipotesi (*sub IV*) è essenzialmente la sfiducia nelle amministrazioni locali titolari di poteri autorizzatori in materia urbanistica ed edilizia, a costituire l'unica causa giustificatrice della vincolatività del parere.

E' evidente che il legislatore segna un cammino quasi obbligato per la pianificazione paesaggistica e l'allocatione della competenza autorizzatoria, le cui tappe sono rappresentate dall'approvazione di un piano previa intesa con lo Stato, l'adeguamento della strumentazione urbanistica all'atto pianificatorio e l'attribuzione dei compiti di amministrazione attiva a livelli di governo sovracomunali.

Ciò che occorre comprendere è se le "sanzioni" stabilite dal Codice qualora l'autorità regionale compia scelte che vadano in direzione diversa dal paradigma statale – scelte, seppur fortemente disincentivate, comunque ammesse – siano proporzionate e, in ultima analisi, conformi al quadro costituzionale.

L'impossibilità di accedere ai contenuti previsti dall'art. 143, comma 5, del Codice in assenza di una previa intesa tra Stato e Regione appare giustificabile alla luce della necessità di consentire un'adeguata rappresentanza degli interessi unitari in campo ambientale qualora si debbano introdurre ipotesi "attenuate" di tutela; d'altro canto la scelta delle ipotesi di autorizzazione è espressione forte della competenza *ex* 117, comma 2, lett. s), in materia di tutela dell'ambiente.

L'effetto relativo alla natura vincolante o meno del parere della Soprintendenza impone considerazioni più articolate che possono giovare della recente giurisprudenza costituzionale.

La Corte costituzionale si è occupata di una fattispecie simile con la sentenza n. 183 del 2006 di cui più che il *decisum* sono particolarmente interessanti le motivazioni.

Una delle norme contestate era rappresentata dall'art. 1, comma 36, lettera c), della legge n. 308 del 2004 – che ha introdotto i commi 1-*ter* e 1-*quater* nell'art. 181 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 – per la parte in cui stabiliva che la valutazione di

compatibilità paesaggistica dell'intervento realizzato, idonea a determinare l'irrelevanza penale dell'abuso, dovesse essere resa previo parere vincolante della Soprintendenza.

Ad avviso della Regione ricorrente l'incostituzionalità della norma era da ravvisarsi nella violazione delle competenze regionali in materia di "governo del territorio" e nella violazione dell'art. 118 Cost., in quanto il carattere vincolante del parere si traduceva in un esproprio della funzione ai danni della Regione *"senza che tale allocazione sia giustificata da esigenze di carattere unitario"* e senza neppure prevedere *"adeguate procedure d'intesa con le Regioni, che s'impongono nel caso di interferenza con materie di competenza regionale"*.

Il giudice delle leggi ha respinto le censure di illegittimità costituzionale con una serie di argomentazioni che non sono indifferenti rispetto al tema trattato in queste pagine.

A) Non è privo di rilievo che la Corte apra l'esame del merito delle questioni ascrivendo l'intervento legislativo statale alla materia dell'ordinamento penale, sebbene esso sia "relazionato" alla materia dell'ambiente e dei beni culturali²⁹.

B) In secondo luogo è importante notare che la Corte, pur salvando la legittimità della previsione statale, condivide la posizione assunta dalla Regione ricorrente per cui il carattere vincolante del parere comporta uno spostamento sostanziale della titolarità della funzione: *"con la previsione del parere vincolante della Soprintendenza nella procedura di accertamento di conformità, che si conclude con un atto di competenza della regione o dell'ente locale delegato, si finisce per attribuire la decisione ad un organo statale"* (p. 3, *considerato in diritto*).

C) Altro aspetto che appare centrale nella decisione è la constatazione che l'accertamento di compatibilità paesaggistica esaurisce i propri effetti in ambito penale, senza che siano investite *"le sanzioni amministrative, né quelle edilizie, ma neppure quelle paesaggistiche"* e – ciò che più interessa in questa sede – senza che sia "scalfito" la potestà autorizzatoria regionale *"posto che l'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica non comporta autorizzazione in sanatoria (inammissibile alla luce dell'art. 146, comma 10, lettera c)"*, e che, pertanto *"la modifica dell'art. 181 del Codice non tocca la disciplina autorizzatoria in materia di tutela dei beni paesaggistici"*.

²⁹ *"Pur se la difesa articolata dall'Avvocatura dello Stato giustifica le norme impugnate quali espressione del potere legislativo statale in materia di "tutela dei beni culturali", di cui all'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., appare assorbente la constatazione che la disciplina contenuta nei commi 36 e 37 dell'art. 1 della legge n. 308 del 2004 attiene strettamente al trattamento penale degli abusi, il che induce a commisurare l'intervento legislativo statale, pur se relazionato alla materia dell'ambiente e dei beni culturali, al parametro dell'art. 117, secondo comma, lettera l), Cost. ("ordinamento penale")"*, p. 2, *considerato in diritto*.

D) Analogamente, sembrerebbe che l'esigenza unitaria, che consente di attrarre verso l'alto la funzione, sia costituita dalla necessità di garantire l'uniformità su tutto il territorio nazionale in merito al trattamento penale degli abusi. Afferma la Corte che *“il comma 1-quater dell'art. 181 del Codice, come aggiunto dall'art. 1, comma 36, lettera c), della legge n. 304 del 2004, non fa altro che rendere applicabile, su iniziativa dell'interessato, il modello di procedimento regolato dall'art. 143 (recte, art. 146, ndr) per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, estrapolando dalla sequenza degli atti – il provvedimento finale è emesso dall'organo titolare della funzione autorizzatoria, la Regione, appunto, o il Comune delegato – il parere di un organo statale, la Soprintendenza, ai soli fini del riscontro delle condizioni oggettive di irrilevanza penale degli interventi in assenza o in difformità dell'autorizzazione: l'uniformità di metodi di valutazione sul territorio nazionale, che è inerente al trattamento penale degli abusi, è tale da giustificare la “chiamata in sussidiarietà” dello Stato nelle funzioni amministrative”*. A parte le perplessità suscitate dal cenno al meccanismo della chiamata in sussidiarietà (che introduce l'elemento dell'intesa che qui è negato) e dal parallelo con il procedimento autorizzatorio (in cui era previsto un parere obbligatorio, ma non vincolante), l'elemento centrale è costituito dalla considerazione degli effetti che la valutazione della Soprintendenza comporta in campo penale, di talché la necessità di garantire la tutela uniforme dei diritti sul territorio nazionale giustifica l'accentramento della funzione attraverso il meccanismo del parere vincolante.

Alla luce delle argomentazioni della Corte costituzionale è possibile svolgere qualche considerazione sull'attuale regime del procedimento autorizzatorio, in cui il ruolo assunto in alcuni casi dalla Soprintendenza desta qualche perplessità.

In via preliminare, occorre osservare che, a differenza della fattispecie sottoposta all'esame della Corte costituzionale, la modifica realizzata dal d.lgs. n. 157 del 2006 ha riguardato direttamente il potere autorizzatorio regionale e che l'intervento vincolante della Soprintendenza non produce effetti diretti sulla sanzionabilità del comportamento del privato. Il potere dell'organo statale attiene, invece, alla gestione diretta dell'interesse paesaggistico che si ricollega alle prerogative regionali in materia di governo del territorio e di valorizzazione dei beni culturali e ambientali. Ciò che è essenziale è capire se l'interesse statale possa determinare l'accentramento del potere – senza alcun meccanismo d'intesa – e se l'esistenza di tale interesse porti a considerare quello statale l'unico livello di governo adeguato ad esercitare la funzione autorizzatoria.

A tal fine occorre valutare il grado di considerazione degli interessi statali previsti dalla normativa, nonché il tipo di potere che viene in gioco.

Quanto al primo profilo, deve essere ribadito che il carattere vincolante del parere non sempre si riconnette all'assenza di qualsivoglia considerazione degli interessi unitari nella tutela del paesaggio; così non è nei casi *sub* III e IV precedentemente richiamati, che contemplano l'approvazione d'intesa del piano paesaggistico. A ciò si aggiunga che permane, in ogni caso (anche se sinora non è stato esercitato), il potere ministeriale di individuare “*ai sensi dell'art. 52 del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112 le linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale per quanto riguarda la tutela del paesaggio, con finalità di indirizzo della pianificazione*” (art. 145, comma 1).

In merito al secondo punto, c'è da dire che, a seguito della novella del 2006, l'intervento della Soprintendenza non è costruito in chiave demolitoria di una decisione positiva precedentemente assunta dall'autorità competente (così come avveniva anche prima del Codice ed ora nella disciplina transitoria), ma si realizza in una piena (co?)-gestione dell'interesse paesaggistico, poiché potrebbe darsi il caso di un parere negativo su una proposta di diniego di autorizzazione che vincolerebbe l'autorità competente ad assumere un provvedimento di rilascio del nulla-osta³⁰. Sotto questo profilo non si può parlare di “estrema difesa” del vincolo e, con ogni evidenza, ciò si riverbera sulla scelta di allocazione della funzione amministrativa, posto che lo Stato deve garantire standard minimi di tutela, derogabili in senso più restrittivo dalle regioni, e non una tutela uniforme *tout-court*.

Alla luce di quanto precede si può sollevare qualche dubbio sulla legittimità costituzionale della scelta di attribuire natura vincolante al potere della Soprintendenza, in relazione a diversi profili che vanno dall'eterogeneità delle ipotesi in cui ciò si verifica, alle caratteristiche dell'intervento dell'organo statale, passando per un'eccessiva compromissione delle attribuzioni regionali non sempre giustificata dalla necessità di rappresentare gli interessi unitari.

1.1.6. (segue) La Commissione per il paesaggio.

³⁰ A meno che la giurisprudenza amministrativa non limiti il potere della Soprintendenza in caso di proposta di diniego di autorizzazione, in forza del principio di leale collaborazione che ha costituito il criterio guida dei rapporti tra amministrazione centrale e amministrazione locale nell'esercizio del potere di annullamento del nulla-osta paesaggistico, vedi *retro*, nt. 28.

L'acquisizione del parere della Commissione per il paesaggio in seno al procedimento autorizzatorio costituisce una novità introdotta dal Codice Urbani.

La Commissione è chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità degli interventi con i vincoli posti a tutela del paesaggio e la funzione, com'è ovvio, si riverbera sulla composizione, per cui viene richiesta ai membri che la compongono una particolare, pluriennale e qualificata esperienza nella tutela del paesaggio (art. 148, comma 2, del Codice)³¹.

L'inquadramento della Commissione come organo "di supporto" ai soggetti ai quali sono delegate le competenze in materia di autorizzazione paesaggistica e non più come organo istituito "presso" il titolare della funzione rende evidente l'intento del legislatore di creare una sorta di separazione tra l'organo tecnico consultivo e l'autorità amministrativa competente. Una separazione che può essere innanzitutto territoriale giacché è espressamente previsto che le commissioni abbiano competenza sovracomunale.

La scelta si giustifica innanzitutto per ragioni di adeguatezza del livello territoriale di esercizio della funzione consultiva: il dispiegamento dei valori paesaggistici sul territorio, com'è evidente, non si adegua ai confini amministrativi segnati dall'uomo e, allo stesso tempo, gli ambiti paesaggistici individuati dal piano, ai sensi dell'art. 143, ben possono avere un'estensione sovracomunale; di qui la necessità di perseguire la realizzazione di un "necessario coordinamento paesaggistico" attraverso commissioni tecniche sovracomunali.

Resta chiaro che la dimensione sovracomunale è caratteristica essenziale della Commissione che deve essere rispettata anche qualora la Regione scegliesse di attribuire la potestà autorizzatoria ai comuni. Con ciò si comprende come l'ulteriore motivazione che ha spinto il legislatore delegato del 2006 a precisare l'ambito territoriale di competenza dell'organo sia da ricercare, nuovamente, nella sfiducia verso le amministrazioni di livello comunale circa la capacità di resistere alle pressioni locali nella gestione dell'interesse paesaggistico.

Alla luce del nuovo art. 148 del Codice non sono più compatibili con la legislazione statale le scelte effettuate da alcune regioni di istituire commissioni comunali, vuoi come organi distinti dalle commissioni edilizie³², vuoi ricorrendo al meccanismo delle commissioni edilizie integrate³³.

³¹ La necessità di un'esperienza pluriennale è stata introdotta con la novella del 2006.

³² L.r. Lombardia, n. 12 del 2005, art. 81 (ma vedi anche art. 32, comma 5).

³³ Lr. Toscana., n. 1 del 2005, art. 89.

In questo secondo caso, soprattutto, vengono trascurati degli aspetti che attengono al grado di specializzazione che deve essere riconosciuto alla Commissione in relazione alla tutela dei valori paesaggistici. La Commissione, difatti, costituisce, negli intendimenti del legislatore nazionale, un organo chiamato ad esprimere una valutazione su un interesse, quello paesaggistico, affatto differenziato rispetto a quelli di natura urbanistica ed edilizia. La permanenza in vigore del meccanismo della Commissione integrata, al contrario, tradisce un diverso orientamento del legislatore regionale, che muove verso l'integrazione delle scelte che incidono sui valori del paesaggio nelle decisioni più direttamente riconducibili al governo del territorio.

L'art. 148, ult. comma, prevede che le regioni e il Ministero per i beni e le attività culturali possano stipulare accordi che regolino le modalità di partecipazione del Ministero alle commissioni per il paesaggio. In tal caso, la Soprintendenza esprimerà il parere previsto nell'ambito del procedimento autorizzatorio in seno alle commissioni locali per il paesaggio, secondo le modalità stabilite nell'accordo³⁴. La norma sembra individuare un meccanismo che è essenzialmente di semplificazione procedimentale inidoneo ad influire sulla natura del parere dell'organo statale; in altri termini, in forza del tenore della disposizione non sembra possibile argomentare dal rinvio alle "modalità dell'accordo" la possibilità che venga meno il carattere vincolante dell'intervento della Soprintendenza.

In ogni caso, il parere obbligatorio formulato dalla Commissione è destinato ad acquisire un forte peso nelle determinazioni dell'autorità competente che dovrà specificamente motivare sul punto nei casi di decisione assunta in contrasto con le valutazioni dell'organo consultivo; non è un caso, infatti, che gli elenchi comunali delle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate debbano riportare oltre all'annotazione dell'oggetto, anche la specificazione se il provvedimento sia stato assunto in difformità del parere rilasciato dalla Commissione per il paesaggio (art. 146, comma 14).

1.1.7. I caratteri dell'autorizzazione paesaggistica.

Con l'autorizzazione l'Amministrazione compie una valutazione discrezionale in ordine alla compatibilità paesaggistica dell'intervento che il richiedente intende realizzare.

³⁴ Resta salva l'applicazione delle norme relative al divieto di autorizzazione in sanatoria, al regime di giustizia amministrativa dell'autorizzazione e agli elenchi comunali (art. 148, ult. comma che richiama l'art. 146, commi 12, 13 e 14).

Rispetto al passato, la normativa vigente indica in modo molto più rigoroso gli elementi che devono essere adeguatamente considerati per definire il procedimento.

L'art. 146, comma 6, chiarisce che *“l'amministrazione competente, nell'esaminare la domanda di autorizzazione, verifica la conformità dell'intervento alle prescrizioni contenute nei provvedimenti di dichiarazione di interesse pubblico e nei piani paesaggistici e ne accerta: a) la compatibilità rispetto ai valori paesaggistici riconosciuti dal vincolo ed alle finalità di tutela e miglioramento della qualità del paesaggio individuati dalla dichiarazione di notevole interesse pubblico e dal piano paesaggistico; b) la congruità con i criteri di gestione dell'immobile o dell'area indicati dalla dichiarazione e dal piano paesaggistico”*. Le indicazioni delle lettere a), e b) rammentano come una volta a regime il sistema contempli un provvedimento di vincolo che non si limita più ad una mera perimetrazione del bene, nonché un piano paesaggistico molto più articolato nei contenuti, in quanto individua i criteri di gestione dei beni vincolati, le misure di conservazione per le aree tutelate dalla legge e specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione per i nuovi beni paesaggistici individuati dal piano.

Con la novella del 2006, il legislatore delegato ha introdotto opportune modifiche al testo valorizzando il ruolo di norma parametro della dichiarazione di interesse pubblico e confermando la natura “dinamica” e non “statica” del provvedimento di vincolo e del piano, i quali non possono limitarsi alla conservazione dell'esistente, mediante prescrizioni di tutela in senso stretto, ma devono indicare le linee di sviluppo del territorio, sotto il profilo del miglioramento e della valorizzazione dei paesaggi.

Rispetto alla disciplina previgente al Codice, le ragioni dei cambiamenti inaugurati nel 2004 sono abbastanza evidenti e si rinvengono nell'esigenza di evitare che la cura dei valori paesaggistici continui a peccare di episodicità o sia lasciata a comportamenti arbitrari delle singole amministrazioni competenti. Tutto ciò incide sulle caratteristiche del potere autorizzatorio, il cui ambito di discrezionalità si riduce per effetto dell'interposizione delle norme del vincolo e dei piani. Ad ogni modo, l'importanza dei valori incisi impone che il provvedimento di autorizzazione sia specificamente e congruamente motivato³⁵ in modo tale che emerga l'apprezzamento di tutte le rilevanti circostanze di fatto e la non manifesta

³⁵ Cons. Stato, 2 marzo 2001, n. 1205, in *Riv. giur. edilizia*, I, 680 (m).

irragionevolezza della scelta effettuata sulla prevalenza di un valore in conflitto diverso da quello tutelato in via primaria³⁶.

Il comma 9 dell'art. 146 precisa che l'autorizzazione “*costituisce atto autonomo e presupposto del permesso di costruire o degli altri titoli legittimanti l'intervento edilizio*” e “*i lavori non possono essere iniziati in difetto di essa*”.

Com'è noto, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è nel senso di una reciproca autonomia e indipendenza dei due provvedimenti da cui consegue che il nulla-osta ambientale costituisce un mero requisito di efficacia (e non, dunque, un presupposto di legittimità) del permesso; pertanto un eventuale diniego di autorizzazione paesaggistica può fondare un giudizio di inefficacia (non di illegittimità) della permesso in precedenza rilasciato³⁷. La previsione in commento, tuttavia, sembrerebbe rinforzare l'altra tesi, pure esistente, per cui l'autorizzazione paesaggistica è condizione di legittimità del titolo edilizio³⁸ e i vizi della prima si riverberano negativamente sulla legittimità del secondo³⁹.

³⁶ In questi termini Cons. Stato, Ad. plen. n. 9 del 2001, cit., nonché, tra le tante, Id., 3 marzo 2004, sez. VI, nn. 1060 e 1063; Id., 4 giugno 2004, sez. VI, n. 3495 e Id., 24 febbraio 2005, sez. VI, n. 680, disponibili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. La medesima giurisprudenza ha precisato come l'autorità competente debba “*manifestare la piena consapevolezza delle conseguenze derivanti dalla realizzazione delle opere, valutando se esse – anche per la loro visibilità – comportino una progressiva o ulteriore compromissione dell'area protetta*” e “*valutare, a seconda dei casi, il particolare pregio e l'esigenza di evitare l'antropizzazione o sconvolgimenti per la fauna o per la flora*”. Sulla motivazione del diniego dell'autorizzazione di singoli interventi che segua un giudizio favorevole sul piano paesaggistico dell'intervento di cui ad un piano di lottizzazione, vedi, da ultimo T.a.r. Calabria-Catanzaro, 30 gennaio 2006, sez. I, n. 53, per cui “*il provvedimento di diniego di autorizzazione riguardo ai singoli episodi edilizi debba dare conto delle difformità o elementi integrativi dei progetti relativi ad essi rispetto alle soluzioni prospettate e già oggetto di valutazione in sede di piano di lottizzazione*”.

³⁷ Cons. Stato, 10 febbraio 2006, sez. VI, n. 547, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it che, tuttavia, lascia espressamente impregiudicato il regime introdotto dal Codice. Vedi anche Cons. Stato, 14 gennaio 2003, sez. V, n. 87, in *Giust. amm.*, 2003, 105, ma vedi anche Id., 2 maggio 2001, sez. V, n. 2471, in *Foro amm.*, 2001, 1159 (m) per cui il rilascio del nulla-osta ex art. 7, legge 29 giugno 1939, n. 1497, da parte dell'autorità preposta alla tutela del vincolo paesistico-ambientale, in un momento successivo, anziché precedente all'emanazione della concessione edilizia, costituisce mera irregolarità procedimentale, che non vizia quest'ultimo provvedimento, nonché Id., 19 giugno 2001, sez. VI, n. 3242, in *Cons. Stato*, 2001, I, 1361 per cui stante l'autonomia strutturale dei due procedimenti, la procedura per il rilascio di nulla-osta non costituisce presupposto necessario per il rilascio di concessione edilizia neppure nell'ipotesi di opere da realizzarsi su aree vincolate come bellezze di insieme.

³⁸ Per una rassegna di entrambe le tesi vedi T.a.r. Lombardia-Brescia, 8 settembre 2004, n. 1053, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. In dottrina vedi F. DI MAURO, *Art. 159*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 612, nonché G. PAGLIARI, *Permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica*, cit., 250-254.

³⁹ Vedi T.a.r. Toscana, 11 giugno 2004, sez. III, n. 2054., nonché Id., 20 febbraio 2004, sez. III, n. 480, che però respinge il ricorso e Id., 14 settembre 2004, sez. III, n. 3783 che definisce espressamente l'autorizzazione paesaggistica atto presupposto della concessione edilizia. Opta per la soluzione per cui l'autorizzazione è diventata condizione di legittimità del titolo edilizio, P. CARPENTIERI, *Art. 146*, in G. TROTTA-G. CAIA-N. AICARDI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2006, 194.

Il Codice individua due ulteriori caratteristiche dell'autorizzazione paesaggistica. In primo luogo, viene stabilito che il provvedimento diventa efficace dopo il decorso di trenta giorni dalla sua emanazione, così che prima di quel termine non può essere dato inizio ai lavori di costruzione dell'opera⁴⁰; in questo modo si è cercato di agevolare l'intervento del giudice amministrativo in sede cautelare evitando che la sospensione del provvedimento arrivi a cantiere avviato. Inoltre, l'autorizzazione deve essere trasmessa in copia, senza indugio, alla Soprintendenza che ha emesso il parere nel corso del procedimento, nonché, unitamente al parere, alla Regione ed agli enti locali e, ove esistente, all'ente parco nel cui territorio si trova l'immobile o l'area sottoposti al vincolo (art. 146, comma 11).

Il d.lgs. n. 42 del 2004 ha introdotto, com'è noto, il divieto di rilasciare l'autorizzazione dopo la realizzazione degli interventi.

Occorre rammentare, in proposito, che la giurisprudenza ha ritenuto ammissibile la c.d. autorizzazione paesaggistica postuma sulla base dell'alternativa posta dall'art. 15 della legge n. 1497 del 1939 (poi art. 164 del T.U. e ora art. 167 del Codice) tra la sanzione pecuniaria e la demolizione dell'edificio⁴¹ ed ha argomentato prendendo le mosse dall'esistenza dell'istituto della concessione in sanatoria (art. 13 della l. n. 47 del 1985 e oggi art. 36 del T.U.)⁴². L'impossibilità di rilasciare *ex post* l'autorizzazione paesaggistica avrebbe determinato una conseguenza irragionevole: impedire il rilascio della concessione in sanatoria e, di conseguenza, determinare la demolizione dell'opera in contraddizione proprio con il meccanismo sanzionatorio di cui al citato art. 15, che, come detto, prevedeva la sanzione pecuniaria come alternativa alla stessa demolizione⁴³. Altrettanto chiare sono le argomentazioni del giudice sotto il profilo della tutela sostanziale dell'interesse paesaggistico: *“o l'intervento è compatibile con il vincolo ed allora lo era sia prima che dopo la realizzazione, o non lo è ed allora l'autorizzazione postuma non può essere rilasciata, non*

⁴⁰ Il d.lgs. n. 157 del 2006 ha elevato il termine da venti a trenta giorni.

⁴¹ “Non è chi non veda come la decisione di non procedere alla demolizione, per effetto della ritenuta compatibilità dell'opera con il contesto paesaggistico oggetto di tutela, implichi, sulla base di una precisa opzione del legislatore, un'implicita autorizzazione al mantenimento in vita dell'opera, ossia una verifica che nella sostanza replica, sia pure ai fini della scelta della sanzione da applicare, lo stesso apprezzamento previsto in via preventiva dall'art. 7 della legge in parola”, così Cons. Stato, 31 ottobre 2000, sez. VI, n. 5851, ma vedi anche Id., 9 ottobre 2000, sez. VI, n. 5373, entrambe in *Cons. Stato*, 2000, I, 2355 e 2178.

⁴² Cons. Stato 27 marzo 2003, sez. VI, n. 1590, in *Foro amm.*, 2003, 1105 (m) nonché, tra le tante Id., c.c. 2 luglio 2004, sez. VI, n. 7681, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Cons. Stato, 15 marzo 2003, sez. VI, n. 2653; Id., c.c. 13 gennaio 2004, sez. VI, n. 1205, disponibili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

già perché non chiesta in precedenza, ma perché non poteva essere rilasciata anche se richiesta tempestivamente”⁴⁴.

Nel 2004, il Codice dei beni culturali e del paesaggio ha sancito l'impossibilità di procedere ad autorizzazione paesaggistica postuma, con effetti che, con ogni evidenza, si riverberano sull'ambito di applicabilità del permesso di costruire in sanatoria nelle zone soggette a vincolo, atteso la natura di atto presupposto dell'autorizzazione rispetto al titolo edilizio⁴⁵.

Con la novella del 2006 si è provveduto a coordinare le disposizioni codicistiche con le innovazioni legislative introdotte in epoca successiva.

In effetti, con la legge 15 dicembre 2004, n. 308 (“*Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*”) il divieto di autorizzazione paesaggistica postuma sembrava aver subito un ridimensionamento per via della possibilità di richiedere un “accertamento della compatibilità paesaggistica” postumo per interventi a minore impatto ambientale⁴⁶.

In sede correttiva ed integrativa, è stato eliminato il divieto assoluto di autorizzazione paesaggistica postuma, consentendo al proprietario, al possessore o al titolare dell'immobile o dell'area interessata da abusi di limitata entità (gli interventi previsti dall'art. 167, comma 4 del Codice) di richiedere, successivamente alla realizzazione anche parziale dell'opera, l'accertamento della compatibilità paesaggistica degli interventi (art. 146, comma 12)⁴⁷.

⁴⁴ T.a.r. Campania c.c. 26 gennaio 2005, sez. IV, n. 1009 disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. Critico con questa impostazione che non considera la rilevanza dell'interesse paesaggistico e la peculiarità delle valutazioni che sovrintendono al rilascio dell'autorizzazione (affatto diverse da quelle relative al permesso di costruire) P. CARPENTIERI, *L'autorizzazione paesaggistica in sanatoria*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2004, 384 e ss. Sull'argomento vedi anche S. CIVITARESE MATTEUCCI, *L'autorizzazione paesaggistica ex post e la valutazione del danno arrecato al paesaggio: un lunga querelle*, in *Riv. giur. amb.*, n. 1/2001, 101 e ss.

⁴⁵ Vedi T.a.r. Campania Napoli, 7 febbraio 2006, sez. VI, n. 1718, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it; T.a.r. Veneto, sent. n. 91 del 2005, cit. Che la tesi negativa sostenuta dal Ministero per i beni e le attività culturali avrebbe comportato l'inapplicabilità dell'art. 13 della l. n. 47 del 1985 (oggi art. 36 del T.U. edilizia) per le aree vincolate è stato sempre chiaro alla giurisprudenza amministrativa (citata *retro*).

⁴⁶ Vedi l'art. 181, commi 1-ter e 1-quater, del Codice come novellato dalla legge n. 308 del 2004. Si noti che l'accertamento postumo di compatibilità paesaggistica fa venire meno la responsabilità penale; tale effetto era escluso dalla giurisprudenza penale in caso di autorizzazione postuma sotto il regime previgente (Cass.pen. 26 novembre 2002, sez. III, sn, in *Ced. Cass. rv 222703 (m)*; Id., 17 gennaio 2003, sez. III, n. 2109, citata da P. CARPENTIERI, *L'autorizzazione paesaggistica*, cit., 385). Sulla novella apportata dalla l. n. 308 del 2004 vedi C. BERGAMASCO, *Art. 181, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, Padova, 2005, 908-912; P. CARPENTIERI, *Il condono paesaggistico*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2005, 267-268.

⁴⁷ Gli interventi sono: a) 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) l'impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica; c) i lavori configurabili quali interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria.

In base al nuovo art. 167 il rilascio del provvedimento in sanatoria non incide più ai soli fini dell'irrelevanza penale del fatto, ma produce effetti anche in ordine alla sanzione amministrativa applicabile: la riconosciuta compatibilità paesaggistica, infatti, esclude la possibilità di imporre la demolizione dell'opera e consente la sola sanzione pecuniaria; diversamente, qualora non si rientri nei casi di abusi minori, o non venga riconosciuta la compatibilità paesaggistica degli interventi realizzati, l'autorità amministrativa deve ordinare la remissione in pristino dello stato dei luoghi.

La tipizzazione delle ipotesi in cui è possibile ottenere il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica dopo la realizzazione dell'opera condiziona, altresì, l'ambito di applicabilità del permesso di costruire in sanatoria: atteso il vincolo di presupposizione che lega i due atti, il ricorso all'art. 36 del T.U. edilizia dovrà considerarsi ammissibile solamente per sanare gli abusi che rientrano nella casistica contemplata dall'art. 167, comma 4 del Codice.

1.1.8. Lo speciale regime di giustizia amministrativa previsto dall'art. 146, comma 11, del Codice.

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio ha introdotto un particolare regime di giustizia amministrativa per l'impugnativa dell'autorizzazione paesaggistica.

L'autorizzazione paesaggistica è impugnabile con ricorso al tribunale amministrativo regionale⁴⁸, o con ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, da qualsiasi soggetto pubblico o privato che ne abbia interesse: è necessario, pertanto, essere titolari di una posizione soggettiva differenziata che risulti da un rapporto di "stabile e significativo collegamento" con i luoghi interessati dal provvedimento⁴⁹.

Legittimate a ricorrere sono altresì le associazioni ambientaliste portatrici di interessi diffusi riconosciute ai sensi dell'articolo 13 della legge 8 luglio 1986, n. 349.

A destare maggior sorpresa è la norma sulla doverosità della decisione nel merito anche se, dopo la proposizione del ricorso ovvero in grado di appello, il ricorrente dichiara di

⁴⁸ Sulle ipotesi in cui possa ricorrere la giurisdizione del Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche si veda Cons. Stato, c.c. 4 marzo 2003, sez. VI, n. 2699, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it nonché Cass. civ., ord. 26 luglio 2002, SS. UU., n. 11126, in *Ced Cass.*, rv. 556334.

⁴⁹ Cons. Stato, c.c. 10 dicembre 2002, sez. VI, n. 1600 (del 2003) disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

rinunciare all'impugnativa o di non avervi più interesse⁵⁰. In questo modo il processo amministrativo sfugge al principio dispositivo per diventare uno strumento di giustizia in senso oggettivo⁵¹. Nello stesso senso si può leggere l'altra norma derogatoria del sistema ordinario di giustizia amministrativa, per cui le sentenze e le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale possono essere impugnate da chi sia legittimato a ricorrere avverso l'autorizzazione paesaggistica, anche se non abbia proposto il ricorso di primo grado. Se il risultato che si vuole ottenere coincide con la tutela del paesaggio in senso sostanziale e obiettivo, pare logica, se non scontata, la decisione di garantire la massima apertura del processo agli interessi in gioco attraverso l'attenuazione dei meccanismi decadenziali tipici del processo amministrativo⁵².

1.1.9. L'autorizzazione e i provvedimenti in materia di miniere, cave e torbiere

Il penultimo comma dell'art. 146 stabilisce espressamente che le disposizioni relative al procedimento di autorizzazione paesaggistica si applicano anche alle istanze concernenti le attività minerarie di ricerca ed estrazione che riguardano aree sottoposte a tutela paesaggistica. Com'è noto, le competenze amministrative relative ai permessi di ricerca e alle concessioni di coltivazione di minerali solidi e delle risorse geotermiche sulla terraferma, sono esercitate dalla Regione per effetto del conferimento attuato dall'art. 34 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

Il comma successivo stabilisce che non si applicano le disposizioni dei commi 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13 e 14 all'autorizzazione per la coltivazione di cave e torbiere. Rispetto alla formulazione del 2004, che escludeva l'applicazione dell'intero art. 146, viene chiarito che il Codice non elimina la necessità dell'autorizzazione paesaggistica, così come valgono le norme relative all'acquisizione del titolo in sanatoria.

⁵⁰ Che si tratti di un'ipotesi eccezionale lo conferma anche T.a.r. Puglia-Lecce, 27 maggio 2004, sez. I, n. 3208, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

⁵¹ Sostengono la dubbia costituzionalità della norma P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it, nonché G. PAGLIARI, *Permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica*, cit., 257, per cui "l'inviolabilità sancita dal comma 2 dell'art. 24 Cost.,...non può non intendersi riferita alla piena disponibilità dello stesso diritto". Nota A. MANSI, *La tutela dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2004, 595, come nel caso in cui venga a mancare l'interesse delle parti alla prosecuzione del giudizio "nessuno avrà interesse a notificare la sentenza al fine di far decorrere il termine breve (art. 327 c.p.c.), cosicché il terzo potrà proporre ricorso entro il termine lungo con conseguente dilatazione dei tempi il perdurare delle incertezze".

⁵² Si interroga della legittimità della norma alla luce dell'art. 3 Cost., avuto riguardo ad altri interessi generali di "uguale spessore", G. PAGLIARI, *Permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica*, cit., 258.

Più problematica è l'interpretazione della parte che tiene ferme le potestà del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, “*ai sensi della normativa in materia*”.

Com'è noto, la disciplina delle cave e delle torbiere ha carattere prettamente regionale e nell'ambito dei procedimenti autorizzatori non è previsto alcun ruolo del Ministero; a ciò si aggiunga che in materia di cave la V.I.A. è, di regola, di competenza regionale (o delegata agli enti locali)⁵³.

Ad ogni modo, malgrado la non perfetta formulazione della disposizione del Codice, il senso potrebbe essere quello della sopravvivenza, anche nell'attuale regime, del potere ministeriale di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica che, in forza dell'art. 2, comma 1, lett. d) della legge n. 349 del 1986⁵⁴, spetta non al Ministero per i beni e le attività culturali, ma al Ministero dell'ambiente⁵⁵.

Il Codice prevede che le competenze ministeriali debbano essere esercitate tenendo conto delle valutazioni espresse dal soprintendente competente che si pronuncia entro trenta giorni dalla richiesta del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio.

1.2. La disciplina transitoria prevista dall'art. 159 del Codice dei beni culturali e del paesaggio.

L'eliminazione del potere ministeriale di annullamento dell'autorizzazione, sostituito dalla partecipazione della Soprintendenza al procedimento mediante la formulazione di un parere obbligatorio, ma non vincolante, ha rappresentato una delle innovazioni più significative nella disciplina dei beni paesaggistici introdotte dal Codice.

Con la novella del 2006, si è visto, si assiste ad un rafforzamento del ruolo dell'organo statale le cui valutazioni assumono per lo più carattere vincolante. La modifica degli equilibri tra centro e periferia ha interessato anche le disposizioni dell'art. 159 e, in particolare, i tempi e le condizioni per il passaggio dalla disciplina transitoria all'iter procedimentale a regime.

⁵³ Oggi la materia è regolata dal d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante “*Norme in materia ambientale*”; in ordine alla distribuzione delle competenze in materia di VIA, rilevano gli articoli 23, 35 e 42. Per la disciplina previgente, vedi il D.P.R. 12 aprile 1996 “*Atto di indirizzo e coordinamento per l'attuazione dell'art. 40, comma 1, della L. 22 febbraio 1994, n. 146, concernente disposizioni in materia di valutazione di impatto ambientale*”.

⁵⁴ Articolo non abrogato dal d.lgs. n. 152 del 2006.

⁵⁵ Tale assetto sarebbe stato mantenuto dall'art. 156, comma 3 del d.lgs. n. 490 del 1999. Vedi Cons. Stato, c.c. 20 gennaio 2004, sez. VI, n. 1434, disponibile sul sito www.giustizia-amministrativa.it. Per una interpretazione analoga vedi D. SANDRONI, *Art. 146*, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2005, 687.

Tale passaggio si realizza: *a)* con l'approvazione dei nuovi piani paesaggistici ovvero con l'adeguamento di quelli esistenti alle previsioni del Codice; *b)* in ogni caso, con lo spirare del termine stabilito dall'art. 156 (1° maggio 2008).

La necessità di approvare un piano che abbia i contenuti indicati dall'art. 143, mostra come la modifica del procedimento autorizzatorio si inserisca in un quadro complessivo in cui la discrezionalità delle amministrazioni competenti al rilascio del nulla-osta è destinata a ridimensionarsi per effetto della “vestizione” dei provvedimenti di vincolo e degli strumenti di pianificazione paesaggistica.

D'altro canto, l'opzione per un termine ultimo ben definito e, soprattutto, il venir meno della condizione rappresentata dall'adeguamento degli strumenti urbanistici alla nuova pianificazione si spiegano in forza della riqualificazione del contributo della Soprintendenza in termini di parere vincolante, di talché anche in assenza del reticolo di protezione formato dalle norme locali di governo del territorio, la tutela verrebbe garantita dall'intervento dell'organo statale.

Rispetto al procedimento a regime nulla cambia in ordine all'ambito oggettivo di applicazione del nulla-osta paesaggistico, alle autorità competenti al rilascio, alla documentazione che deve essere prodotta con l'istanza di autorizzazione, alle valutazioni che devono essere compiute dall'autorità competente per il rilascio del provvedimento ed in merito alla formulazione del parere da parte della Commissione per il paesaggio.

L'autorità competente deve provvedere entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla relativa richiesta; il termine può essere sospeso, per una sola volta, qualora sorga l'esigenza di integrare la documentazione prodotta o di svolgere degli accertamenti; la sospensione si protrae fino alla data di ricezione della documentazione richiesta ovvero fino alla data di effettuazione degli accertamenti⁵⁶.

L'amministrazione competente è obbligata a produrre una relazione illustrativa degli accertamenti che ha svolto per verificare la compatibilità paesaggistica degli interventi progettati e, in ogni caso, persiste l'obbligo di motivare in maniera adeguata e stringente tanto il diniego quanto il rilascio del provvedimento autorizzatorio.

Qualora il procedimento abbia esito positivo, l'autorità competente dà immediata comunicazione alla Soprintendenza delle autorizzazioni rilasciate, trasmettendo la

⁵⁶ Decorso inutilmente il termine è data facoltà agli interessati di richiedere l'autorizzazione alla competente Soprintendenza, che si pronuncia entro il termine di sessanta giorni dalla data di ricevimento della richiesta (art. 159, comma 4).

documentazione prodotta dall'interessato nonché le risultanze degli accertamenti eventualmente esperiti: inizia il sub-procedimento dinanzi all'organo ministeriale che può portare all'annullamento dell'autorizzazione rilasciata.

L'art. 159 chiarisce definitivamente che agli interessati deve essere inviata la comunicazione di avvio del procedimento dinanzi all'organo statale, come stabilito dalla legge 7 agosto 1990, n. 241⁵⁷. Com'è noto, il sindacato della Soprintendenza non può comportare un riesame nel merito delle valutazioni tecnico discrezionali compiute dall'autorità procedente, ma deve limitarsi ad un controllo di mera legittimità, che peraltro può riguardare tutti i possibili profili dell'eccesso di potere⁵⁸. L'autorizzazione può essere annullata dalla Soprintendenza⁵⁹, con provvedimento motivato, entro il termine perentorio di sessanta giorni successivi alla ricezione della completa documentazione⁶⁰.

⁵⁷ Sui rapporti tra la previsione dell'art. 159 del Codice e le norme generali sul procedimento amministrativo vedi Cons. Stato, 29 maggio 2006, sez. V, n. 3220, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it in cui il giudice amministrativo afferma che *“la forma partecipativa prevista dall'art. 159 del decreto legislativo n. 42 del 2004 è anomala, nel quadro delle formalità contemplate dalla legge generale sul procedimento, dalla quale si discosta sotto vari profili: essa pone l'obbligo della comunicazione a carico di una amministrazione differente da quella che sarà poi tenuta a provvedere, e giocoforza, non contiene alcun richiamo ai contenuti prescritti nell'articolo 8 della legge n. 241 del 1990, in quanto l'avviso partecipativo si ritiene compiutamente assolto con la mera comunicazione dell'avvenuta trasmissione. Malgrado la formula “costituisce avviso di inizio di procedimento, ai sensi e per gli effetti della legge 7 agosto 1990, n. 241”, appare dunque evidente che la comunicazione in parola è oggetto differente dall'avviso contemplato dall'art. 7 della legge citata”* concludendo nel senso che *“deve ritenersi che la funzione conoscitiva del complesso iter procedimentale si è compiutamente realizzata con la sottoscrizione, da parte del richiedente, del modulo preordinato all'adozione dell'autorizzazione”*. Occorre inoltre rammentare quanto prescrive l'art. 21-*octies*, comma 2 della legge n. 241 del 1990 per cui *“il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”*; per una prima applicazione della norma alla comunicazione prevista dall'art. 159 vedi T.a.r. Campanica-Napoli, c.c. 20 aprile 2006, sez. II, n. 6410; per un'applicazione dell'orientamento giurisprudenziale, che ha costituito la matrice genetica della modifica della legge sul procedimento, al caso in esame vedi Cons. Stato, c.c. 21 maggio 2004, sez. VI, n. 6472; le pronunce sono disponibili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ La modifica dell'art. 159, per cui la Soprintendenza può annullare *“se ritiene l'autorizzazione non conforme alle prescrizioni di tutela del paesaggio”* emanate ai sensi del Codice, non sembrerebbe aprire ad un sindacato sul merito. Vedi tuttavia la delib.G.R. Toscana del 19 giugno 2006, n. 451 in cui si profila l'impugnazione (tra le altre disposizioni) dell'art. *“26 D.Lgs. n. 157/2006 che sostituisce l'art. 159 D.Lgs. 42/2004, con particolare riferimento al comma 3 del novellato art. 159 in esame, perché estende il potere di annullamento dell'autorizzazione paesaggistica da parte della Soprintendenza, anche per motivi di merito”*; la deliberazione è disponibile sul sito www.urbanisticatoscana.it. Sul sindacato ampio di legittimità da parte dell'organo statale vedi Cons. Stato, Ad. plen. n. 9 del 2001, cit.; Id., 11 settembre 2003, sez. VI, n. 5099; Id., 22 agosto 2003, sez. VI, n. 4766; T.a.r. Campania-Napoli, c.c. 9 febbraio 2005, sez. IV, n. 1482, disponibili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ La puntualizzazione inserita col d.lgs. n. 157 del 2006 per cui il potere di annullamento è esercitato dalla Soprintendenza e non da Ministero si spiega in ragione della denuncia del vizio di incompetenza avanzato in alcuni giudizi (e disatteso dai giudici), vedi T.a.r. Calabria-Catanzaro, 9 marzo 2006, sez. II, n. 271 e T.a.r. Puglia-Lecce, 11 gennaio 2006, sez. I, nn. 122 e 123 nonché, Id., 24 gennaio 2006, sez. I, n. 490; le sentenze sono disponibili su www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁰ L'art. 159, comma 3 richiama le disposizioni dell'art. 6, comma 6-*bis* del d.m. 13 giugno 1994, n. 495 sulla sospensione del procedimento in caso di richiesta di integrazioni documentali. La norma codifica il consolidato

Con la novella del 2006 si è provveduto a sancire espressamente l'applicabilità delle norme sull'autorizzazione paesaggistica in sanatoria (art. 146, comma 13), anche nella fase transitoria. Sul punto, la tesi positiva sostenuta dal Ministero aveva già trovato l'avallo del giudice amministrativo in ragione del carattere meramente procedurale delle norme di cui all'art. 159 – a fronte della natura sostanziale dell'art. 146, comma 10, lett. c), del Codice del 2004 – e tenuto conto che *“la connotazione dell'attuale pianificazione paesaggistica non consente alla stessa di porsi quale stringente criterio per la verifica della compatibilità di una trasformazione del territorio con il superprimario interesse paesaggistico”* per cui *“resta particolarmente avvertita la necessità di assicurare che tale valutazione abbia luogo di necessità anteriormente alla modifica dello stato delle cose”*⁶¹.

2. Le altre funzioni in materia di paesaggio.

2.1. Inibizione, sospensione dei lavori e capacità di incidere su determinati interventi.

La necessità di impedire che venga irrimediabilmente compromesso il valore paesaggistico dei luoghi, anche in assenza di un provvedimento di vincolo che ne abbia riconosciuto il pregio, costituisce la *ratio* dei poteri cautelari di inibire o di sospendere i lavori eseguiti in difetto di autorizzazione o che siano comunque capaci di pregiudicare il paesaggio,

orientamento giurisprudenziale per cui il termine inizia a decorrere da quando la documentazione è completa (tra le tante Cons. Stato, 29 novembre 2002, sez. VI, n. 6560, in *Foro amm.*, 2002, 2976). Occorre anche segnalare un recente orientamento per cui si produrrebbe un mero effetto sospensivo quando si tratti di una semplice richiesta di chiarimenti avanzata in presenza di una documentazione già completa, e ciò al solo fine di decidere in modo più ponderato (Cons. Stato, 21 febbraio 2005, sez. VI, n. 599, disponibile sul sito internet www.ambientediritto.it). Per una lettura più rigorosa della perentorietà del termine che esclude effetti sospensivi e ritiene completa la documentazione pervenuta alla Soprintendenza quando è la medesima su cui si è basata l'autorità procedente, Cons. Stato, 9 marzo 2005, sez. VI, n. 968, disponibile sul sito internet www.ambientediritto.it. Vedi anche T.a.r. Toscana, 19 maggio 2005, sez. III, n. 2316, in www.giustizia-amministrativa.it per cui il potere della Soprintendenza di disporre istruttoria deve essere esercitato nei sessanta giorni (a nulla valendo la tesi difensiva per cui la documentazione era giunta incompleta così da impedire il verificarsi di tutte le condizioni per l'esercizio del potere di annullamento). Per completezza va detto che il termine di sessanta giorni attiene al solo esercizio del potere di annullamento, restando estranea alla previsione normativa l'ulteriore fase della comunicazione o notificazione, tra le tante Cons. Stato, 25 gennaio 2005, sez. VI, n. 160, disponibile sul sito internet www.ambientediritto.it.

⁶¹ T.a.r. Puglia - Lecce, 24 febbraio 2005, sez. I, n. 871 nonché T.a.r. Veneto, 1 luglio 2005, sez. II, n. 2766, disponibili sul sito internet www.ambientediritto.it, nonché, T.a.r. Puglia - Lecce, 8 marzo 2006, sez. I, n. 1431 e, seppur indirettamente, T.a.r. Molise, n. 10 del 2006 (c.c. 15 dicembre 2005), disponibili su www.giustizia-amministrativa.it. La tesi del Ministero per i beni e le attività culturali è contenuta nella circolare della D.G.B.A.P. 19 luglio 2004, prot. 56/06/24664 che recepisce il parere dell'Ufficio legislativo 22 giugno 2004, n. 11758, disponibili sul sito internet www.beniculturali.it.

di cui dispongono – in via concorrente – la Regione e il Ministero per i beni e le attività culturali (art. 150 del Codice).

L'intervento di inibizione o sospensione dei lavori incidenti su aree non ancora dichiarate di notevole interesse pubblico è strumentale alla realizzazione degli effetti del successivo provvedimento di vincolo ed ha carattere provvisorio, destinato a venir meno qualora nei successivi novanta giorni non sia stata effettuata la pubblicazione all'albo pretorio della proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico (relativo a bellezze d'insieme), ovvero non sia stata ricevuta dagli interessati la comunicazione della proposta prevista dall'articolo 139, comma 3, del Codice (per le bellezze individue)⁶².

Qualora il provvedimento di inibizione o sospensione dei lavori incida su di un bene paesaggistico per il quale la pianificazione paesaggistica preveda misure di recupero o di riqualificazione i suoi effetti vengono meno se entro il termine di novanta giorni la Regione non abbia comunicato agli interessati le prescrizioni alle quali attenersi, nella esecuzione dei lavori. Occorre rammentare che per queste tipologie di interventi il piano paesaggistico potrebbe escludere la necessità di richiedere l'autorizzazione paesaggistica (art. 143, comma 5, lett. b).

Il Codice dei beni culturali e del paesaggio attribuisce alla Regione il potere di incidere sulla realizzazione di particolari interventi, quali l'apertura di strade e di cave, la posa di condotte per impianti industriali e di palificazione che avvengano nell'ambito e in vista delle bellezze d'insieme, ovvero in prossimità delle bellezze individue. In questi casi la Regione, tenendo in debito conto l'utilità economica delle opere già realizzate, può prescrivere le distanze, le misure e le varianti ai progetti in corso d'esecuzione, che valgano ad evitare pregiudizio ai beni paesaggistici⁶³.

2.2. Le funzioni di vigilanza.

L'art. 155 del Codice, sotto la rubrica “*vigilanza*”, disciplina istituti eterogenei.

⁶² Sul momento in cui le dichiarazioni di notevole interesse pubblico cominciano a produrre effetto, con il conseguente obbligo di munirsi di autorizzazione paesaggistica, vedi *retro*, Parte I, par. 3.2.1. L'art. 151 del Codice disciplina il rimborso spese a seguito della sospensione dei lavori.

⁶³ Ai sensi dell'art. 152 del Codice il potere spetta in via concorrente anche al Ministro per i beni e le attività culturali che lo esercita previa consultazione della Regione. Qualora si tratti di zone di interesse archeologico (bellezze d'insieme o aree tutelate per legge) la Regione consulta preventivamente le competenti soprintendenze.

Occorre tenere ben distinte la vigilanza sul corretto esercizio delle funzioni amministrative in materia di paesaggio da parte delle amministrazioni individuate dalla Regione (comma 2) dalla vigilanza sui beni paesaggistici, intesa come azione di controllo volta ad evitare che venga arrecato un pregiudizio all'immobile o all'area tutelata (comma 1).

Intesa in questo secondo senso, la funzione di vigilanza sui beni paesaggistici è attribuita alla Regione e al Ministero.

A differenza di quanto sostenuto in ordine alla funzione pianificatoria, in questo caso la delega ad un ente sub-regionale non dovrebbe porre particolari problemi; anche a voler ammettere che si versi in un ambito disciplinare affidato integralmente alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, lo spostamento di competenza dalla Regione ad un altro ente – es. alla Provincia⁶⁴ – non pare illegittimo poiché non incide sulla determinazione statale di *standard* uniformi di tutela, anzi si dimostra coerente con il principio di sussidiarietà (Cort. cost. sent. n. 259 del 2004).

Non va taciuta, peraltro, la tendenza che si registra nella normativa ambientale di fare della Provincia l'ente deputato ad esperire le funzioni di vigilanza e controllo; si pensi alle numerose disposizioni in tal senso del d.lgs. 30 marzo 1999, n. 96 (*“Intervento sostitutivo del Governo per la ripartizione di funzioni amministrative tra regioni ed enti locali a norma dell'art. 4, comma 5, della legge 15 marzo 1997, n. 59 e successive modificazioni”*) e più di recente alle previsioni del c.d. Codice dell'ambiente (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) in materia di rifiuti (art. 197), di bonifica dei suoli contaminati (art. 248), di inquinamento idrico (art. 128 con riferimento all'art. 124)⁶⁵.

Quanto alla potestà legislativa sulla funzione di vigilanza, è nota la posizione della Corte costituzionale per cui la competenza a regolare un'attività di vigilanza dipende dall'individuazione della materia cui essa si riferisce; ciò perché la vigilanza è la fonte dell'individuazione di fattispecie sanzionabili e la regolamentazione delle sanzioni spetta al soggetto nella cui sfera di competenza rientra la disciplina della materia, la cui inosservanza costituisce l'atto sanzionabile (sent. n. 384 del 2005).

Orbene, se è vero che la competenza in punto di vigilanza è connotata dall'oggetto su cui questa si appunta, è anche vero che di fronte ad oggetti complessi, che mal si prestano ad essere ricondotti ad una sola materia, la determinazione del soggetto titolare a porre le norme

⁶⁴ E' questo il caso toscano (art. 92 della l.r. n. 1 del 2005).

⁶⁵ Quanto all'inquinamento atmosferico, l'art. 268, lett. *p*), salvo casi particolari (impianti sottoposti ad autorizzazione ambientale integrata), lascia alle regioni individuare l'autorità competente al controllo.

sulla funzione di controllo può diventare problematica, con la conseguenza che vi potrà essere la tendenza, dimostrata dal giudice costituzionale, di far prevalere le ragioni dell'uniformità piuttosto che quelle della differenziazione⁶⁶.

Il secondo comma dell'art. 155 si occupa del potere delle regioni di vigilare sull'ottemperanza alle disposizioni contenute Codice da parte delle amministrazioni individuate per l'esercizio delle competenze in materia di paesaggio. La stessa disposizione aggiunge che *“l'inottemperanza o la persistente inerzia nell'esercizio di tali competenze comporta l'attivazione dei poteri sostitutivi da parte del Ministero”*.

Sul punto, occorre rammentare che sia l'attività di vigilanza sull'operato delle amministrazioni competenti sia l'esercizio del potere sostitutivo devono ispirarsi al canone della leale collaborazione (Corte cost., sent. n. 43 del 2004). Soprattutto in caso di sostituzione, l'intervento ministeriale non potrà tradursi nella brusca adozione dei provvedimenti che l'autorità competente ha mancato di emanare, ma dovrà svilupparsi in una sequenza procedimentale con cui si diffida l'ente a provvedere, lo si mette in condizione di agire quando non lo sia e, infine, si opera la sostituzione in caso di persistente inerzia⁶⁷.

2.3. Le competenze in materia di cartelli pubblicitari e colore dei fabbricati.

L'art. 153 del Codice vieta di collocare cartelli o altri mezzi pubblicitari nell'ambito o in prossimità di beni paesaggistici senza una preventiva autorizzazione dall'autorità competente individuata dalla Regione⁶⁸.

Analogo divieto è stabilito per i cartelli o gli altri mezzi pubblicitari da collocare lungo strade situate in prossimità o nell'ambito dei beni paesaggistici (art. 153, comma 2, Codice)⁶⁹. L'autorizzazione viene rilasciata dall'ente proprietario della strada previo parere favorevole dell'autorità competente che valuta la compatibilità della collocazione o della tipologia del mezzo pubblicitario con i valori paesaggistici degli immobili o delle aree soggetti a tutela.

⁶⁶ Sent. n. 384 del 2005 e vedi la giurisprudenza costituzionale citata *infra*, par. 2.4.

⁶⁷ Il canone della leale collaborazione, infatti vale non solo per la sostituzione straordinaria prevista dall'art. 120 Cost. (attuato dall'art. 8 della legge n. 131 del 2003), ma anche per le ipotesi di sostituzione ordinaria (Corte cost. n. 43 del 2004).

⁶⁸ Il Codice ha abrogato il divieto assoluto stabilito dall'art. 23, comma 13-ter del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (*“Nuovo codice della strada”*). Vedi T.a.r. Toscana, 11 marzo 2002, sez. I, n. 456, in *Foro amm.-Tar*, 2002, 880.

⁶⁹ Anche in questo caso è stato abrogato dal Codice il divieto assoluto previsto dall'art. 23, comma 3 del Nuovo Codice della Strada.

All'interno dei centri abitati al rilascio dell'autorizzazione provvedono sempre i comuni, salvo il preventivo nulla-osta tecnico dell'ente proprietario se la strada è statale, regionale o provinciale (art. 23, comma 4, Codice della strada); in questo caso, il comune dovrà acquisire anche il parere dell'amministrazione competente al rilascio del nulla-osta paesaggistico, atteso quanto previsto dall'art. 146, comma 3, sulla dimensione sovracomunale del soggetto a cui delegare la funzione autorizzatoria da parte della Regione⁷⁰.

Al fine di salvaguardare le aree e i complessi di beni immobili individuati dall'art. 136, lett. c) e d)⁷¹, l'amministrazione competente può ordinare che sia dato alle facciate, il cui colore rechi disturbo alla bellezza dell'insieme, un colore diverso che si armonizzi con il contesto paesistico, con la possibilità di intervenire d'ufficio in caso di inadempimento del proprietario, del possessore o del detentore del fabbricato (art. 154, commi 1 e 4 del Codice). Qualora si tratti di fabbricati che ricadono in zone di interesse archeologico (che siano bellezze d'insieme o aree tutelate dalla legge), l'amministrazione competente deve acquisire il parere – obbligatorio, ma non vincolante – della Soprintendenza competente per territorio.

L'esercizio del potere trova un limite nell'interesse ad assicurare la perfetta integrità degli immobili riconosciuti come beni culturali, anche nel caso in cui il loro aspetto esteriore non si armonizzi con la bellezza dell'insieme⁷².

2.4. Le sanzioni amministrative.

Com'è noto, l'art. 167 del Codice lasciava all'amministrazione competente la possibilità di scegliere, *“secondo ciò che l'autorità amministrativa preposta alla tutela paesaggistica ritenga più opportuno nell'interesse della protezione dei beni indicati nell'articolo 134”*, tra la l'ordine di demolizione e il pagamento di una somma di denaro determinata in base al maggior importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito dal

⁷⁰ Vedi *retro*, par 1.1.3.

⁷¹ Sono le c.d. bellezze d'insieme: i complessi di cose immobili che compongono un caratteristico aspetto avente valore estetico e tradizionale (lett. c) e le bellezze panoramiche considerate come quadri e così pure i quei punti i vista o di belvedere, accessibili al pubblico, dai quali si goda lo spettacolo di quelle bellezze (lett. d).

⁷² Si tratta degli immobili di cui all'art. 10, comma 3, lett. a) e d) del Codice, dichiarati ai sensi del successivo art. 13.

trasgressore⁷³. Nonostante il richiamo al parametro del danno arrecato all'interesse paesaggistico, la giurisprudenza ha riconosciuto alla fattispecie la natura di vera e propria sanzione amministrativa e non quella di misura ripristinatoria, con la conseguenza di ammettere l'applicabilità della fattispecie non solo per violazioni sostanziali (che postulano un danno al bene giuridico tutelato), ma anche per illeciti formali (per mere violazioni di un obbligo)⁷⁴. Questa impostazione, come già si è avuto modo di accennare⁷⁵, ha consentito di legittimare la prassi dell'autorizzazione paesaggistica postuma senza che da ciò derivasse il venir meno dell'obbligo di pagare l'indennità pecuniaria.

Allo stesso modo, la giurisprudenza ha mantenuto ferma l'applicazione della sanzione pecuniaria anche nell'ipotesi di condono edilizio per opere eseguite in zone vincolate quando vi sia stato il parere favorevole dell'amministrazione preposta al vincolo⁷⁶.

Il d.lgs. n. 157 del 2006 ha introdotto notevoli modifiche al regime sanzionatorio previsto in caso di opere eseguite in violazione degli ordini e degli obblighi imposti dalla disciplina del paesaggio.

L'aspetto più importante è costituito dalla tipizzazione delle ipotesi in cui si applica l'irrogazione della sanzione pecuniaria a fronte di quella demolitoria. Si tratta di abusi minori per i quali è ammessa una valutazione di compatibilità paesaggistica postuma da parte dell'autorità competente. Più precisamente, le ipotesi sono costituite da:

- a) 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) impiego di materiali in difformità dall'autorizzazione paesaggistica;
- c) 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.

⁷³ Questa discrezionalità veniva meno in caso di vincolo di inedificabilità assoluta per effetto dell'art. 27, comma 2 del D.P.R. n. 380 del 2001. Vedi P. CERBO, *Art. 167*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 656.

⁷⁴ Cons. Stato, 2 giugno 2000, sez. VI, n. 3184, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1368 e ss; Id., 12 novembre 2002, sez. IV, n. 6279 disponibile sul sito internet www.ambientediritto.it. Sul tema della natura giuridica della misura contemplata dalla norma vedi C. BERGAMASCO, *Art. 167, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, cit., 882-885.

⁷⁵ Vedi *retro*, par 1.1.7.

⁷⁶ Da ultimo T.a.r.Lombardia-Brescia, 10 marzo 2005, n. 144, disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

In questi casi, il proprietario, possessore o detentore a qualsiasi titolo dell'immobile o dell'area interessati dagli interventi presenta apposita domanda all'autorità preposta alla gestione del vincolo, ai fini dell'accertamento della compatibilità paesaggistica delle opere. In altri termini, – e come già si è avuto modo di chiarire – cade il divieto assoluto di autorizzazione paesaggistica postuma che viene limitato agli abusi che non possono essere ricondotti alle tipologie di interventi appena richiamate (art. 146, comma 12).

L'autorità competente si pronuncia sulla domanda entro il termine perentorio di centottanta giorni, previo parere vincolante della Soprintendenza da rendersi entro il termine perentorio di novanta giorni.

Qualora venga accertata la compatibilità paesaggistica, il trasgressore è tenuto al pagamento di una somma equivalente al maggiore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione. L'importo della sanzione pecuniaria è determinato previa perizia di stima.

Diversamente, in caso di rigetto della domanda si applica la sanzione demolitoria.

La domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata a fini penali – ai sensi dell'articolo 181, comma 1-*quater* – si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 167. Occorre rammentare, infatti, che la valutazione postuma di compatibilità paesaggistica, non solo esclude la remissione in pristino⁷⁷, ma determina il venir meno della rilevanza penale degli interventi realizzati. Quanto alla natura vincolante del parere della Soprintendenza, a quanto già sostenuto⁷⁸, occorre aggiungere che, se è vero che la competenza in materia sanzionatoria segue il riparto previsto per la disciplina sostanziale, è anche vero che la Corte costituzionale ha manifestato la tendenza a salvare meccanismi che garantiscano l'uniformità delle tutela sul territorio nazionale e il potere vincolante della Soprintendenza va proprio in questo senso (sent. n. 361 del 2003, n. 384 del 2005, nn. 63 e 106 del 2006)⁷⁹.

⁷⁷ Come confermato dall'art. 181, comma 1-*ter*, del Codice, come modificato dal d.lgs. n. 157 del 2006 che ha eliminato l'alternatività tra sanzione ripristinatoria e sanzione pecuniaria.

⁷⁸ Vedi *retro*, par 1.1.5.

⁷⁹ Si pensi a quanto affermato dalla Corte in tema di sanzioni per la violazione del divieto di fumo: “*la stretta strumentalità del procedimento di accertamento delle infrazioni e di irrogazione delle sanzioni rispetto alla effettività del divieto di fumo in locali chiusi, posto a tutela di un bene non suscettibile di valutazioni differenziate, determina la necessaria attrazione nella sfera di competenza statale della disciplina delle attività amministrative necessarie allo scopo. Il procedimento in questione non è accessorio ad una potestà legislativa regionale, ma, pur nell'ambito della complessiva materia «tutela della salute», ad un'area di normazione – quella riguardante le sanzioni – di sicura attribuzione allo Stato, come del resto viene riconosciuto dalla stessa ricorrente*” (sent. n. 63 del 2006, p. 2.1. del *considerato in diritto*). Occorre anche notare che la tendenza

Inoltre, la disciplina sanzionatoria penale e quella amministrativa sono altamente compenstrate, non a caso viene specificato che la domanda di accertamento della compatibilità paesaggistica presentata ai sensi dell'articolo 181, comma 1-*quater*, si intende presentata anche ai sensi e per gli effetti previsti dall'art. 167, di talché è difficile pensare ad un regime differenziato in cui a fronte dello stesso manufatto vi potrebbero essere due valutazioni contrastanti, l'una che elimina la rilevanza penale del fatto (e vieterebbe la demolizione, poiché tiene ferma la sola sanzione pecuniaria) e l'altra che, esprimendosi negativamente sull'istanza, impone la demolizione dell'opera⁸⁰. E' pur vero che nelle motivazioni della sent. n. 183 del 2006 la Corte costituzionale ammette la separazione dei due regimi sanzionatori, ma occorre rammentare che il giudice delle leggi si è espresso prima che intervenissero le modifiche agli art. 167 e 181 che hanno coordinato le due fattispecie.

Sulla disciplina prevista dall'art. 167, resta da dire che riconoscerne la natura sanzionatoria comporta l'applicazione del termine quinquennale di prescrizione (*ex art. 28 della legge n. 689 del 1981*) che, in ragione della natura permanente dell'illecito, comincerebbe a decorrere o dal momento dell'irrogazione della sanzione⁸¹ o con il conseguimento dell'autorizzazione che, come più volte precisato, può essere rilasciata anche in via postuma nei casi stabiliti dal comma 4 dell'art. 167⁸².

L'art. 168 del Codice punisce “*chiunque colloca cartelli o altri mezzi pubblicitari in violazione delle disposizioni di cui all'articolo 153*”⁸³ e richiama per gli aspetti sanzionatori l'art. 23 del Codice della strada che contempla il pagamento di somme di diversa entità nonché la misura riparatoria della rimozione del cartello illecitamente apposto⁸⁴; da segnalare

all'uniformità si registra in materia di diritti: tutela della salute ovvero tutela del lavoratore per quanto attiene gli aspetti contrattuali e previdenziali (sent. n. 384 del 2005).

⁸⁰ Ovvero l'ipotesi inversa per cui il manufatto rileva penalmente, ma è consentita la sanatoria amministrativa col pagamento della sola pena pecuniaria.

⁸¹ Tra le tante Cons. Stato, 4 febbraio 2004, sez. IV, nn. 395, 396, 397, disponibili sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it.

⁸² Cons. Stato, 3 novembre 2003, sez. IV, n. 7025. disponibile sul sito internet www.giustizia-amministrativa.it. Per gli aspetti relativi alla imputazione soggettiva dell'illecito (trasgressore o acquirente dell'immobile) vedi F. DE SANCTIS, *Il rapporto tra la sanzione ambientale e il condono edilizio dopo la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 2.06.2000, n. 3184: ulteriori approfondimenti della giurisprudenza (nota a Tar Toscana, III Sezione, 18.02.2002, n. 256)*, disponibile sul sito internet www.giuramm.it.

⁸³ Vedi *retro*, par 2.3.

⁸⁴ Sull'applicabilità di tale misura vedi C. BERGAMASCO, *Art. 168, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42*, in F. GIUNTA (a cura di), *Codice commentato dei reati e degli illeciti ambientali*, cit., 890-891.

la tesi per cui il rinvio alle norme del Codice della strada sarebbe da intendersi unicamente *quoad penam*, applicandosi per il resto la legge n. 689 del 1981⁸⁵.

⁸⁵ P. CERBO, *Art. 162*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., 636. Sul carattere vincolato del provvedimento di diffida alla rimozione dell'insegna pubblicitaria e sulla conseguente applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, della legge n. 241 del 1990 vedi T.a.r. Veneto, 11 marzo 2005, sez. II, n. 935, disponibile su www.lexitalia.it.