

GIORGIO PAGLIARI

Professore Associato Confermato di Diritto Amministrativo –
Cattedra di Diritto Urbanistico – Università degli Studi di Parma

*“Permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica”**

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. L'autorizzazione paesaggistica e il titolo abilitativo edilizio: tutela di due distinti e autonomi interessi. 2. Le novità del D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (“Codice dei beni culturali e del paesaggio”). Dal “bene ambientale” al “bene paesaggistico”. I beni ambientali come “species” del “genus” bene paesaggistico. Il piano paesaggistico come strumento di imposizione del vincolo paesaggistico. 3. L'autorizzazione paesaggistica ai sensi dell'art. 146 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42. Provvedimento di discrezionalità tecnica o di discrezionalità mista? 4. I casi nei quali l'autorizzazione paesaggistica è obbligatoria. L'obbligo dell'autorizzazione paesaggistica per gli immobili per i quali è pendente il procedimento di imposizione del vincolo paesaggistico: i dubbi di costituzionalità (artt. 3 e 42 Cost.). Le ipotesi di esclusione dell'obbligo del preventivo provvedimento autorizzatorio paesaggistico. La speciale disciplina per le opere delle Amministrazioni statali e per quelle sottoposte a V.I.A.. 5. Il procedimento dell'autorizzazione paesaggistica. 5.1. Il parere della Soprintendenza competente. 5.2. Il potere sostitutivo della Regione (o della Soprintendenza). 6. L'autorizzazione paesaggistica: disciplina e rapporti con i titoli abilitativi dell'attività edilizia. 7. Le norme processuali eccezionali. 8. Rapporto tra l'art. 146 (“Autorizzazione”) e l'art. 159 (“Procedimento di autorizzazione in via transitoria”) Codice dei beni culturali e del paesaggio.

1) Il tema può dirsi classico perché, quanto meno, affonda le sue radici nell'ormai risalente L. 29 giugno 1939 n. 1497 ("Protezione delle bellezze naturali")¹.

La "ratio" istitutiva dell'autorizzazione dell'art. 7 L. cit. risiedeva nella considerazione che la verifica della conformità alle norme urbanistiche dell'opera realizzanda, garantita del preventivo assentimento comunale, assicurava la coerenza dell'intervento con l'interesse urbanistico, ma non comportava la valutazione dell'interesse "ambientale", tutelato dall'apposizione del relativo vincolo, con la conseguente necessità di un provvedimento autorizzativo "ad hoc".

I due ricordati interessi pubblici nascono, quindi, per il Legislatore autonomi e distinti e, per questo, sono stati e sono considerati (e disciplinati) come degni di una tutela autonoma e indipendente, quand'anche, come nel caso dell'attività manipolativa di immobili vincolati in base alla predetta Legge 1497 e alle successive, riguardino un medesimo bene e vengano coinvolti da un'unica azione di trasformazione del bene paesaggistico².

* Il presente scritto costituisce la prima redazione della relazione su "Permesso di costruire e autorizzazione paesaggistica" esposta nel corso del Convegno dell'Associazione Italiana di Diritto Urbanistico – A.I.D.U. – tenutosi presso l'Università degli Studi di Parma nei giorni 18 e 19 novembre 2005.

¹ F. Miscioscia ("I beni paesaggistici" in M.A. Cabiddu-N.Grasso - a cura di – "Diritto dei beni culturali e del paesaggio", Torino 2004, 290) ricorda che il primo sistema di tutela giuridico del paesaggio è stato introdotto dalla L. 11 giugno 1922 n. 778: "una disciplina alquanto sommaria, dal momento che non veniva regolato nemmeno il procedimento per l'individuazione dei beni paesaggistici ritenuti meritevoli di protezione".

² La distinzione, che non significa (e non può significare) netta separazione, è stata ribadita, non senza qualche incertezza, dalla Corte Costituzionale: S. Piemonte, commento art. 134, in A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, "Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio", Torino, 2005; F. Miscioscia, "I beni cit.", 285.

Questo spiega la differenziazione tra i due provvedimenti e la loro autonomia non solo – e, per vero, non sempre - documentale, ma anche giuridica e funzionale³, sancita inequivocabilmente dalla già più volte richiamata L. 1497, come dal D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 (“Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell’articolo 1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352”) e confermata dal D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (“Codice dei beni culturali e del paesaggio ai sensi dell’art. 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137”, di seguito chiamato, per brevità, anche solo Codice).

Questa impostazione non è di ostacolo all’affidamento delle due competenze ad una sola autorità amministrativa. Tale fattispecie comincia a delinearsi nel secolo scorso attraverso il trasferimento (parziale) delle competenze di tutela delle bellezze naturali (L. 1497) o dei beni ambientali (D.Lgs. 490) alle Regioni nonché le deleghe da parte di queste ultime agli Enti territoriali locali.

In questo nuovo contesto, si creano le condizioni perché il Comune si trovi ad essere, nello stesso tempo, titolare della competenza edilizia e di quella ambientale, cioè possa (e debba) pronunciarsi tanto sull’assentimento dell’intervento

³ Profilo pacifico tanto in giurisprudenza (per tutti, vedasi Cons. St. – sez. VI – 21 febbraio 2001 n. 913 in Riv. Giur. Ed. 2001, 389 ss.), quanto in dottrina: tra gli altri, G.F. Cartei (“L’autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio”, in Giorn. Dir. Amm. 2004, 1270), che, tra l’altro, sottolinea testualmente: “Per quanto sussista la prassi del rilascio della concessione edilizia e dell’autorizzazione con un unico atto, risulta prevalente l’indirizzo che riconosce l’autonomia dei due provvedimenti abilitativi sul presupposto che, malgrado entrambi legittimino la trasformazione della zona protetta, distinta resta pur sempre la loro valenza funzionale”.

edilizio progettato, quanto sull'autorizzabilità del medesimo intervento sotto il profilo ambientale.

Questa ipotesi è recepita anche dal Codice dei beni culturali e del paesaggio (art. 146, II comma), che, peraltro, conferma espressamente la distinzione e l'autonomia del provvedimento "ambientale" rispetto a quello "edilizio", pur se entrambi sono riferiti allo stesso, identico, bene (art. 146, VIII e XI comma, Codice): il profilo sarà ripreso più avanti⁴.

Il tema del rapporto tra gli atti "de quibus" è stato foriero di dispute abbastanza travagliate e accese, che hanno affrontato, in particolare, le questioni della natura giuridica dei due atti, dei termini e dei limiti della loro reciproca autonomia giuridica, dell'esistenza o meno per legge di una sequenza logica (e, quindi, cronologica) da rispettare e tale da imporre – ad esempio – di richiedere l'autorizzazione ambientale solo prima o solo dopo aver ottenuto le licenze (o concessioni) edilizie e della configurabilità dell'autorizzazione ambientale in sanatoria⁵.

Si è trattato di un dibattito serrato, ma incompiuto, nel senso che non sono state raggiunte conclusioni condivise.

⁴ D. Sandroni (commento art. 146, in R. Tamiozzo – a cura di – "Il Codice dei Beni Culturali e del Paesaggio", Torino 2005, 681 ss.), dopo aver ricordato la prassi comunale del provvedimento unico a contenuto plurimo, rileva che "il Codice, separando la procedura di autorizzazione paesaggistica da quella edilizia e subordinando quest'ultima alla prima, garantisce una corretta gestione del territorio e contribuisce alla certezza nei cittadini dei diritti acquisiti a fronte delle proprie aspettative all'edificazione". Il che dovrebbe assicurare che, in fatto, non si verifichi più che il confluire delle due competenze in capo ad un solo organismo e la contemplazione dei due provvedimenti (edilizio e paesistico) in un unico atto determinino, come è avvenuto, "la prevalenza degli interessi propri dell'attività urbanistica sull'interesse collettivo della tutela, in assoluto contrasto con quel ruolo di primarietà attribuito al paesaggio dalla Costituzione e più volte sottolineato dalla Suprema Corte".

⁵ Su questi temi si rinvia, tra gli altri, a M. Immordino, "Vincolo paesaggistico e regime dei beni", Padova 1991; W. Cortese, "I beni culturali e ambientali. Profili normativi", Padova 1999.

In via esemplificativa e riassuntiva, il seguente richiamo valga per tutti: sotto la vigenza della L. 29 giugno 1939 n. 1497, la legittimità della fattispecie dell'autorizzazione (ambientale) in sanatoria è stata, dapprima, negata dal Consiglio di Stato⁶ e, successivamente, riconosciuta⁷.

- 2) La vigente disciplina, notoriamente contenuta nel già richiamato "Codice dei beni culturali e del paesaggio", costituisce un tentativo di sistemazione assai meno timido di quello caratterizzante il D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 e finalizzato anche a dare soluzione legislativa a taluni dei profili disciplinari rimasti controversi, nonostante le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali.

"Sembra di poter concludere" – scrive V. Caputi Jambrenghi⁸ - "che l'episodio legislativo che costruisce le cose d'arte e di storia e le bellezze naturali come patrimonio culturale della nazione è destinato a lasciare il segno anche nelle idee e nelle consapevolezze comuni a tutti i cittadini".

Il discorso sarebbe ampio ed articolato ed esorbiterebbe, in gran parte, dal tema specifico del presente lavoro. Pertanto, in questa sede, ci si sofferma solo sui dati fondanti e peculiari della novella stessa: "il principio della formale unitarietà del patrimonio culturale nazionale" formato dai beni culturali in

⁶ Cons. St. – sez. VI – 06.10.1994 n. 1488 in FA 1994, 2430; Cons. St. – Comm. Spec. – 09.05.1977 n. 5 in Cons. St. 1978, I, 1584.

⁷ Cons. St. – sez. VI – 16.11.2000 n. 6130 in Sett. Giur. 2000, I, 897; ID, 31.10.2000 n. 5851, ivi 2000, I, 859. Sul punto, F. Miscioscia ("I beni cit.", 307) e G. Cartei ("L'autorizzazione cit.", 1270).

⁸ V. Caputi Jambrenghi, "La codificazione delle belle arti e del paesaggio", in A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi (a cura di), "Commentario cit.", 26.

senso stretto e dai beni paesaggistici⁹; la decisa centralità del piano paesaggistico, tra l'altro determinata (e provata) dall'autonoma e diretta competenza di individuazione di beni paesaggistici¹⁰ e dalla competenza per l'indicazione dei casi di esclusione dell'obbligo dell'autorizzazione paesaggistica¹¹; la considerazione del bene paesaggistico non in sé e per sé, ma come parte del paesaggio e tutelato in quanto tale¹².

La prima novella operata dal Codice riguarda l'inquadramento dei "beni ambientali", che mutano, nel 2004, il nome, diventando (una "species" dei) "beni paesaggistici".

⁹ F. Miscioscia ("I beni cit.", 285-286) sostiene che il cardine intorno al quale ruota la nuova disciplina dei beni paesaggistici è costituito dall'art. 9 Cost., ricordando l'evoluzione del concetto di paesaggio fino alla c.d. modifica del titolo V della Carta Costituzionale entrata in vigore nel 2001.

¹⁰ F. Miscioscia ("I beni cit.", 303-304) parla di "nuova concezione della tutela del paesaggio" affidata prevalentemente alla regolamentazione dei piani paesaggistici e sottolinea: «... una volta che saranno adeguati alla nuova normativa, i piani paesaggistici potranno stabilire una diversa procedura di controllo sulle opere e gli interventi eseguibili e non sarà più necessario il rilascio di un'autorizzazione paesaggistica per effettuare interventi su beni assoggettati a vincolo. Viene quindi introdotto un vincolo effettivo e preventivo sia in sede di pianificazione, attraverso la previsione della facoltà di predisporre piani paesaggistici d'intesa tra i diversi livelli istituzionali, sia in sede di valutazione della compatibilità ambientale dei singoli interventi, attribuendo alle Soprintendenze il potere di formulare un parere preventivo – che ora può investire anche profili di merito – sui singoli progetti presentati alle amministrazioni comunali».

¹¹ G.F. Cartei ("L'autorizzazione paesaggistica cit.", 1269) rileva testualmente: «Accanto alle ipotesi ampliative del ricorso all'atto autorizzatorio affiorano casi di esenzione dell'obbligo di munirsi di titoli abilitativi ulteriori rispetto a quelli elencati dalla norma di cui all'art. 149. L'art. 143, quinto comma, lett. b, prevede, infatti, che il piano possa individuare le aree non oggetto della dichiarazione di notevole interesse pubblico, in quanto "la realizzazione di opere ed interventi può avvenire sulla base della verifica della conformità delle previsioni del piano paesaggistico e dello strumento urbanistico, effettuata nell'ambito del procedimento inerente al titolo edilizio e con le modalità previste dalla relativa disciplina e non richiede il rilascio dell'autorizzazione". La disposizione, allorché attribuisce un potere di deroga al piano, sembra inserire un elemento di contraddizione nella disciplina della tutela paesaggistica, specie se considerata alla luce della funzione tradizionale dell'autorizzazione e dei rapporti tra il vincolo e il piano». L'Autore, parla, per questo, di "dequotazione" dell'autorizzazione paesaggistica.

¹² A. Angiuli, commento art. 146 in A. Angiuli – V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 387; D. Sandroni, commento art. 146, in R. Tamiozzo, "Il Codice cit.", 671; F. Miscioscia, "I beni cit.", 301 ss..

Il mutamento non è meramente nominalistico, ma trova la sua giustificazione nelle scelte del legislatore¹³.

Nel sistema della L. 29 giugno 1939 n. 1497 e del D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490, gli immobili di “notevole interesse pubblico (ambientale)” erano considerati in modo, per così dire, atomistico o comunque separato dal più complessivo contesto naturale, nel quale erano inseriti¹⁴.

Si trattava semplicemente di peculiari emergenze, che, ove riconosciute tali con provvedimento del competente Ministero, dovevano essere conservate e preservate da eventuali interventi, che, alterandoli, avrebbero potuto far perdere loro le caratteristiche, che ne avevano determinato la soggezione al vincolo ambientale.

In altri termini, ciò che rilevava era la pregevolezza del bene in sé considerato, sia quando si fosse trattato di una c.d. bellezza individuale (artt. 1, lett. a) e b), L. 29 giugno 1939 n. 1497 e 139, lett. a) e b), D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 1490), sia quando si fosse trattato di c.d. bellezze di insieme (artt. 1, lett. c) e d), L. 29 giugno 1939 n. 1497 e 139, lett. c) e d), D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 1490).

Questo spiega perché, in entrambi i testi legislativi da ultimo richiamati, la funzione dell'autorizzazione per le opere da realizzarsi sui beni ambientali fosse quella di preservare solo *“quel loro esteriore aspetto che è oggetto di tutela”*, cioè fosse

¹³ Questa valutazione si trova in tutti i commenti, sia pure con sottolineature diversificate.

¹⁴ C. Malinconico, “I beni ambientali”, Padova 1991, passim..

ancorata – rigidamente e restrittivamente – alle mutazioni (dirette) del singolo bene vincolato senza nessuna attenzione per gli effetti di queste modificazioni sul contesto complessivo¹⁵. La prospettiva accolta dal Codice è, sostanzialmente, ribaltata, rispetto a quella ora descritta. Questo sembra doversi dedurre – come anticipato – già dall’art. 2, e (quindi) dall’art. 131, che ha come punto di approdo il paesaggio come *“parte omogenea del territorio i cui caratteri derivano dalla natura, dalla storia umana e dalle reciproche interrelazioni”* (I comma) e che identifica la tutela e la valorizzazione del paesaggio con la salvaguardia de *“i valori che esso esprime quali manifestazioni identitarie percepibili”* (II comma)¹⁶.

La scelta legislativa pare riassumibile, sottolineando, da un lato, che i singoli beni rilevano in quanto parti costitutive del paesaggio, e, dall’altro, che la preservazione degli stessi beni ha importanza in quanto costituisce tutela del paesaggio stesso, anzi del patrimonio culturale¹⁷.

¹⁵ “La funzione dell’autorizzazione prevista dall’art. 7 L. n. 1497 del 1939 è di verifica della compatibilità dell’opera edilizia che si intende realizzare con le esigenze di conservazione della bellezza naturale oggetto del vincolo (che, a sua volta, ha lo scopo di assumere le caratteristiche ambientali come valori specifici della zona) ed in sede di emanazione della detta autorizzazione non è concesso derogare all’accertamento contenuto nel provvedimento di vincolo ...” (Cons. St. – sez. VI – 6 luglio 2000 n. 3793, in Sett. Giur. 2000, I, 572).

¹⁶ D. Sacconi (commento art. 146, in R. Tamiozzo, “Il Codice cit.”, 671) rileva: «Il Testo unico, riproducendo il dettato dell’articolo 7 della legge n. 1497/1939, aveva circostanziato il divieto di apportare pregiudizio all’esteriore aspetto dei beni tutelati. Il Codice, invece, abbandona questa espressione a favore dei valori paesaggistici, in coerenza con la centralità del paesaggio che connota tutta la parte terza e con l’individuazione dei valori paesaggistici che caratterizza gli ambiti territoriali nei quali il piano paesaggistico suddivide la regione. Il termine valore paesaggistico appare inclusivo di tutti gli aspetti propri degli immobili e delle aree individuati nello stesso comma: il valore delle caratteristiche paesaggistiche dichiarato dai provvedimenti o riconosciuto dai piani, le caratteristiche morfologiche o ubicazionali protette per legge».

¹⁷ Il tema è già stato affrontato. Sul punto, si ricorda, incidentalmente, che, giusta l’art. 2 Codice, in dottrina (F. Miscioscia, “I beni cit.”, 289) si è sostenuto che la tutela del paesaggio

Con questo, la salvaguardia del singolo bene rimane un'esigenza fondamentale, tanto perché il paesaggio e i singoli valori sono inscindibili (al punto che il primo sparisce o si modifica se vengono estinti o modificati i secondi), quanto perché la tutela del singolo bene è, per definizione, tutela del paesaggio.

Naturale e consequenziale sul piano logico-giuridico e legislativo è il cambiamento del "nomen iuris" da "beni ambientali" a "beni paesaggistici", ma anche l'ampliamento delle "species" di beni paesaggistici (art. 134 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42)¹⁸.

Se il punto di partenza è il paesaggio, non può non avere primario rilievo lo strumento principe della tutela del paesaggio, cioè il piano paesaggistico, con la conseguenza che i "beni paesaggistici" non si identificano (solo) con gli "ex-beni ambientali", pur autonomamente considerati dall'art. 136 del Codice medesimo come "immobili ed aree di notevole interesse pubblico", ma ricomprendono anche gli immobili e le aree comunque sottoposti a tutela dai piani paesaggistici (art. 134, lett. b, D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42). La terza categoria di beni paesaggistici non è, invece, una novità, nel senso che si tratta di beni ambientali vincolati "ex lege" dall'art. 82 D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 (quale novellato dal D.L. 27 giugno 1985 n. 312

è riconducibile alla materia "tutela dei beni culturali" e, quindi, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, II comma, lett. s, Cost.).

¹⁸ Per questo, è più esatto dire che i "beni ambientali" diventano una specie dei "beni paesaggistici".

convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1985 n. 431) e, per questo, già considerati anche dal I comma dell'art. 151 D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490.

La novella del 2004 comporta, quindi, un'estensione dei "beni paesaggistici", ma anche una modificazione della disciplina riguardante la loro giuridica esistenza. Anteriormente, la "res" assumeva la qualifica di "bene ambientale" per effetto dell'imposizione di un vincolo (giusta il pertinente provvedimento amministrativo) e l'inclusione nel relativo elenco; con l'entrata in vigore del Codice, il "bene paesaggistico" è anche quello individuato da un atto pianificatorio, qual è il piano paesaggistico, cui sono equiparati i *"piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesaggistici concernenti l'intero territorio regionale"* (art. 135, II comma, Codice)¹⁹.

¹⁹ Questo è l'elemento di maggiore novità, che viene evidenziato in tutti i commenti: F. Miscioscia, "I beni cit.", 298; S. Piemonte, commento art. 134 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 349; D. Sandroni, commento art. 134 in R. Tamiozzo, "Il Codice cit.", 599. G.F. Cartei ("L'autorizzazione cit.", 1269) osserva testualmente: «La differenza significativa rispetto al passato sembra costituita dalla possibilità per i piani di individuare autonomamente beni che risultano, in tal modo, sottratti al regime urbanistico ed attratti nello statuto giuridico dei beni paesaggistici. Del resto, a favore di un'interpretazione che configuri la potestà dei piani di individuare autonomamente tipologie ulteriori di beni paesaggistici cospirano alcuni rilievi esegetici. Il primo appare fornito dall'ampliamento dell'ambito della tutela paesaggistica: in quanto estesa agli ambiti territoriali significativamente compromessi e degradati, essa pare arricchire la funzione di controllo dello strumento autorizzatorio secondo un profilo cui non sembrano sfuggire in taluni casi contenuti programmatici. Un secondo argomento appare fornito dall'art. 2, terzo comma, del Codice, là dove prevede che sono beni paesaggistici, oltre a quelli individuati dall'art. 134 e dalla legge, altresì, i beni "... individuati ... in base alla legge", in cui il riferimento alla pianificazione appare sviluppato dall'art. 143, terzo comma, lett. h, allorché è previsto che l'elaborazione del piano si articoli nella fase della "individuazione ... di eventuali categorie di immobili o di aree, diverse da quelle indicate agli artt. 136 e 142, da sottoporre a specifiche misure di salvaguardia e di utilizzazione". Riscontri indiretti della capacità dei piani di allargare le maglie tipologiche dei beni paesaggistici, del resto, appaiono affiorare dall'art. 143, secondo comma, lett. c., che attribuisce al piano la realizzazione di nuovi valori paesaggistici, e dall'art. 145, quarto comma, allorché allude alla salvaguardia dei valori paesaggistici individuati dai piani».

A questo proposito, non vi è chi non veda il differenziarsi di due provvedimenti e di due procedimenti di individuazione dei “beni paesaggistici”: quello, per così dire, tradizionale (artt. 138 ss. Codice), relativo ad un singolo bene appartenente ad una delle “species” contemplate dall’art. 136 Codice, e quello nuovo, che connette il vincolo alle scelte pianificatorie paesaggistiche (ma anche urbanistico-territoriali). La fattispecie di imposizione del vincolo tramite la pianificazione paesaggistica pone più interrogativi.

In primo luogo, vi è da chiedersi se il proprietario del bene vincolato nel modo suddetto abbia riconosciuto un livello di partecipazione al procedimento pari a quello riconosciuto al proprietario nell’ipotesi dell’imposizione del vincolo paesaggistico con provvedimento singolo (art. 138 ss. Codice).

Or bene, quanto a questo aspetto, si deve sottolineare che la legge pone le premesse per una sostanziale equiparazione delle posizioni dei proprietari, disciplinando la partecipazione di questi nel procedimento relativo al singolo bene (art. 139 Codice) e dettando i principi nella stessa materia, cui dovrà ispirarsi la regolamentazione dei procedimenti di approvazione dei piani paesaggistici (art. 144 Codice).

In secondo luogo, non può considerarsi che l’inclusione nei “beni paesaggistici”, quale che sia il titolo giuridico (piano paesaggistico o provvedimento singolo) dell’iscrizione alla

suddetta categoria, comporta una rilevante incisione del diritto di proprietà.

Or dunque, se la regolamentazione degli effetti del vincolo paesaggistico è certamente coerente con la nuova concezione legislativa del bene paesaggistico e con la conseguente maggiore funzionalizzazione del bene medesimo all'interesse pubblico paesaggistico, non di meno, giusta la notoria sentenza 29 maggio 1968 n. 56 della Corte Costituzionale, non si può non chiedersi se il vincolo imposto tramite il piano paesaggistico sia costituzionalmente legittimo.

Al riguardo, si deve constatare che l'individuazione del bene paesaggistico ai sensi del III comma, lett. h, dell'art. 143 Codice sembra fondarsi sulle caratteristiche intrinseche della "res", quali individuate dal I comma dello stesso art. 143. Di conseguenza, la fattispecie pare essere costituzionalmente legittima in base ai criteri indicati dalla Corte Costituzionale nella predetta sentenza n. 56 del 1968.

- 3) Del nuovo statuto del bene (già ambientale e oggi) paesaggistico risente coerentemente la disciplina dell'autorizzazione, una volta contemplata dagli artt. 7 L. 29 giugno 1939 n. 1497 e 151 D.Lgs. 29 ottobre 1999 n. 490 e oggi dall'art. 146 Codice.

Il primo dato significativo è rappresentato dal contenuto del divieto di intervento: infatti, mentre, in virtù della precedente legislazione (fondata sulla considerazione – e unitaria e avulsa

e solitaria - del “bene ambientale”), non si potevano apportare modificazioni, destinate a recare *“pregiudizio a quel loro esteriore aspetto che è oggetto di protezione”* (art. 7 L. 1497 cit. e art. 150 D.Lgs. 490 cit.), invece, giusta il I comma dell’art. 146 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, sono inibite le sole *“modificazioni che rechino pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione”*.

Questo dato trova conseguente sviluppo nella previsione legislativa sulla domanda tesa ad ottenere l’autorizzazione, che deve contenere la descrizione dello stato attuale del bene interessato e degli elementi di valore paesaggistico presenti, nonché l’indicazione dell’impatto sul paesaggio delle trasformazioni proposte e degli elementi di mitigazione e di compensazione necessari (art. 146, IV comma, Codice)²⁰.

Gli elementi conoscitivi richiesti, infatti, rendono già di tutta evidenza che il legislatore, proprio perché il bene paesaggistico è inscindibilmente legato al paesaggio di cui è elemento costitutivo, richiede non solo (e, financo, non tanto) che non vi sia pregiudizio per l’esteriore aspetto (oggetto esclusivo di protezione secondo la legislazione previgente), ma anche (e soprattutto, per non dire pregiudizialmente) che non vi sia incidenza sul paesaggio, quale definito dal I comma dell’art. 131 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42.

²⁰ A. Angiuli (commento art. 146, in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, “Commentario cit.”, 387) sostiene che la “tipicizzazione” della domanda di autorizzazione paesaggistica è finalizzata a “limitare la lata discrezionalità che ha sempre contraddistinto l’attività valutativa dell’autorità preposta alla gestione del vincolo” e a “prefigurare parametri estrinseci uniformi per l’esercizio della funzione pubblica cui è preordinato il potere autorizzatorio”.

Alla luce di questa prima statuizione, non può destare sorpresa che lo stesso legislatore abbia indicato, in maniera vincolante, il campo dell'istruttoria, che deve essere espletata dall'Autorità competente: la conformità dell'intervento alle prescrizioni contenute nei piani paesaggistici, la compatibilità rispetto ai valori paesaggistici riconosciuti dal vincolo, la congruità con i criteri di gestione dell'immobile o dell'area e la coerenza con gli obiettivi di qualità paesaggistica (art. 146, V comma, Codice).

La formulazione della disposizione in esame e la terminologia utilizzata inducono a constatare che il legislatore ha posto come pregiudiziale il controllo formale della domanda (*"... verifica la conformità ..."*), ma ha incentrato l'attenzione sul controllo sostanziale o di merito della scelta che il privato intende attuare rispetto ai precitati valori paesaggistici, ai criteri gestionali e agli obiettivi di qualità paesaggistica²¹.

A questo punto, non può eludersi la domanda sulla natura giuridica dell'attività istruttoria suddetta e del provvedimento autorizzativo.

Sostanzialmente, i corni del dilemma sembrano essere i seguenti: trattasi di discrezionalità tecnica²² o di discrezionalità amministrativa, per quanto mista?

²¹ A. Angiuli (commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 388) osserva: «Non può farsi a meno di rilevare che, se l'osservanza delle prescrizioni del piano paesaggistico si presta per il suo oggetto ad un'attività di "verifica", altrettanto non può ritenersi per la compatibilità dell'intervento oggetto della richiesta di autorizzazione con i "valori paesaggistici", insuscettibile di dar luogo ad un'attività di mero accertamento, ma presupponente una "valutazione"».

²² G. Corso, "Manuale di diritto amministrativo", Torino 2003, 154.

La perplessità appare fondata perché non è dubitabile che l'accertamento preteso dal legislatore sia tecnico, in quanto deve essere espresso anche alla stregua di conoscenze specialistiche o di regole o canoni o criteri non giuridici, e che la decisione finale sia legata all'accertamento dell'assenza di pregiudizio ai valori oggetto di protezione (art. 146, I comma, Codice), o della equipollente "compatibilità paesaggistica dell'intervento" (art. 146, VI comma, Codice), che non è, sul piano logico-giuridico, una automatica conseguenza dell'accertamento (per così dire) tecnico-paesaggistico.

Proprio quest'ultima considerazione, unita al fatto che l'uso del verbo "accerta" (art. 146, V comma, Codice), sembra voler escludere l'anticipazione della discrezionalità al momento dell'istruttoria²³, porta a concludere per la seconda ipotesi e, in particolare, per la fattispecie della discrezionalità mista^{24, 25}.

²³ G. Corso, ("Manuale cit.", 155) osserva: "I problemi della discrezionalità tecnica attengono tutti alla fase dell'accertamento dei presupposti della decisione, ossia al momento cognitivo che precede quest'ultima. È questa la ragione per cui la dottrina che collega la discrezionalità al momento della decisione o della manifestazione di volontà ritiene che quello della discrezionalità tecnica sia un falso problema. Non lo è, invece – giova ripeterlo – se il tema della discrezionalità viene anticipato alla fase del giudizio che precede, sia pure sul piano logico, soltanto la decisione".

²⁴ F. Bassi, ("Lezioni di diritto amministrativo", VII ed., Milano 2003, 72) così si esprime su discrezionalità tecnica e mista: "Tradizionalmente si usa parlare però anche della c.d. discrezionalità tecnica. Quest'ultima ricorrerebbe ogni qual volta la scelta da compiersi dal titolare del potere sia più o meno strettamente ancorata ad un preventivo accertamento (o valutazione) di carattere tecnico di un presupposto da compiersi alla luce di regole fornite da scienze o da arti. È opinione di chi scrive che il concetto in esame sia in buona sostanza il risultato di un equivoco di fondo. Al riguardo può presentarsi infatti una sola alternativa: o la scelta del titolare del potere risulta strettamente determinata dall'esito dell'accertamento o della valutazione tecnica e in questo caso non si vede qual margine di autodeterminazione rimanga alla P.A. ovvero l'accertamento o valutazione tecnica di un presupposto lascia un margine di scelta all'operato della P.A. ed in questo caso occorre riconoscere che ci si trova di fronte ad un caso di c.d. discrezionalità mista in quanto l'operato della P.A. viene ad articolarsi in due fasi distinte anche se strettamente connesse: la prima valutativa e la seconda discrezionale".

²⁵ F. Miscioscia ("I beni cit.", 302) parla di "apprezzamento tecnico-discrezionale"; G.F. Cartei ("L'autorizzazione cit.") , da un lato, osserva, sulla scia dell'insegnamento di M.S.

4) Il mutamento dell'approccio del legislatore sembra anche spiegare l'estensione dell'obbligo dell'autorizzazione paesaggistica.

In base all'impostazione della L. 29 giugno 1939 n. 1497, l'obbligo dell'autorizzazione riguardava solo i beni (già) vincolati: la tutela era funzionale alla salvaguardia del singolo bene in sé considerato, cosicché la scelta legislativa era del tutto coerente. Ugualmente è a dirsi per il Testo Unico delle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali del 1999, il cui art. 151, I comma, comprende altri beni già vincolati in virtù di previsioni precedenti (art. 82 D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616 s.m.i. e art. 146 stesso T.U.).

Se il parametro di riferimento è il "paesaggio", quale definito dal I comma dell'art. 131 Codice, è evidente che si giustifica – e si impone sul piano logico – una diversa estensione dell'ambito di applicazione dell'autorizzazione paesaggistica, quale è stata introdotta dal I comma dell'art. 146 Codice. Detta norma applica l'obbligo della preventiva autorizzazione ai beni "de quibus" per i quali è stata formulata la proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico ai sensi dell'art. 138 Codice, e ai beni sottoposti a tutela dal piano paesaggistico.

Giannini, che i provvedimenti impositivi del vincolo sono caratterizzati dall'"affiancamento" di discrezionalità tecnica e di discrezionalità in senso proprio (1269), e, dall'altro, sostiene: «... l'autorizzazione paesaggistica non appare configurabile quale provvedimento interamente vincolato e condizionato unicamente alla verifica della conformità con le statuizioni dei piani urbanistici. La valutazione di compatibilità paesaggistica inerente al provvedimento paesaggistico implica, infatti, un giudizio i cui elementi di discrezionalità ed effetti costitutivi giustificano, anche alla luce delle novità introdotte dal Codice, la necessità che ogni caso di trasformazione dell'immobile sottoposto a tutela sia preceduta da un atto di controllo del rispetto dell'interesse pubblico che si intende perseguire».

Fin troppo evidente è la constatazione che la novità maggiore è quella dell'inclusione dei beni per i quali pende il procedimento di imposizione del vincolo individuale o, più precisamente, di dichiarazione di notevole interesse pubblico.

La previsione, in sé considerata, lascia perplessi alla luce dell'art. 3 Cost., perché opera una parificazione con situazioni caratterizzate da una ben più definita condizione giuridica, nonché alla luce dell'art. 42 Cost., perché l'assenza della declaratoria del notevole interesse pubblico a causa delle caratteristiche intrinseche del bene impedisce di cogliere, quanto meno con immediatezza, i presupposti, in base ai quali la Corte Costituzionale aveva negato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 L. 29 giugno 1939 n. 1497 con la già richiamata sentenza 29 maggio 1968 n. 56.

Sotto questo profilo, appare molto più opportuna la previsione della possibilità del ricorso alla misura inibitoria, come prevista sia dall'art. 8, lett. a, L. 29 giugno 1939 n. 1497, che dall'art. 150, I e II comma, Codice cit.. E ciò anche in considerazione dell'indicazione del termine finale di efficacia della misura cautelare medesima prevista tanto dalla legge del 1939 (art. 9), quanto dal T.U. del 1999 (art. 453, II comma).

La temporaneità della misura cautelare, infatti, esclude ogni rilievo di indebita compressione del diritto di proprietà secondo i noti canoni sanciti dalla Corte Costituzionale, in particolare, con la famosa sentenza 29 maggio 1968 n. 55.

Al contrario, la fattispecie contemplata dal D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 (art. 146, I comma, e 138 ss.) si caratterizza per una disciplina procedimentale priva di termini perentori e/o della previsione di ipotesi di silenzio significativo, cosicché (se non si erra) la mera proposta di dichiarazione di notevole interesse pubblico crea una situazione potenzialmente stabile quanto quella legata alla dichiarazione di notevole interesse pubblico. L'irrazionalità dell'equiparazione è evidente.

Ciò premesso, deve ricordarsi che l'autorizzazione paesaggistica non è richiesta in tre tassative ipotesi, con l'ovvia conseguenza che, al di fuori delle stesse, è obbligatorio richiedere (ed ottenere) l'autorizzazione paesaggistica, qualora si voglia intervenire su uno dei beni considerati dall'art. 146, I comma, Codice.

I casi, per i quali sussiste una presunzione "iuris et de iure" di assenza del *"pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione"*, sono, nel dettaglio, i seguenti (art. 149 Codice):

- gli interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria, di consolidamento statico e di restauro conservativo che non alterino lo stato dei luoghi e l'aspetto esteriore degli edifici;
- 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 semprechè si tratti di opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio;

- 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, purchè previsti ed autorizzati in base alla normativa in materia.

La prima fattispecie contempla gli interventi sul patrimonio edilizio esistente, che il T.U. dell'edilizia descrive compiutamente nelle lettere a), b) e c) del I comma dell'art. 3, con la sola precisazione che il consolidamento statico non è separatamente definito, ma può essere ricondotto, a seconda dell'esistenza o meno di un insieme sistematico di opere, o al restauro e risanamento conservativo o alla manutenzione straordinaria²⁶.

Si tratta, notoriamente, degli interventi in dottrina autorevolmente²⁷ ricondotti al "ius utendi" e non al "ius aedificandi", cioè ad un'attività, che, in quanto tesa a conservare (o a recuperare) le condizioni di piena fruibilità di un immobile, non sono espressione della facoltà di costruire, ma di quella di godimento della proprietà edilizia. Sul piano ermeneutico, sembra essere questa la chiave di esplicazione dell'esclusione dell'obbligo dell'autorizzazione paesaggistica: infatti, se non c'è attività costruttiva, non ci può essere alterazione dello stato dei

²⁶ Sull'analisi degli interventi sul patrimonio edilizio esistente, ci si permette di rinviare, tra gli altri, a G. Pagliari, "Corso di diritto urbanistico", III ed., Milano 2002, 192 ss..

²⁷ G. Greco, "Uso e destinazione d'uso. Tra precetti conformativi della proprietà e jus utendi" in "Argomenti di diritto amministrativo", II ed., Milano 2000, 193 ss..

luoghi e non è nemmeno astrattamente configurabile il pregiudizio di cui parla l'art. 146, I comma, Codice.

Il Legislatore, peraltro, per maggiore prudenza, ha delimitato la fattispecie, introducendo due condizioni negative: una (invero ultronea, a parere dello scrivente, per la natura degli interventi previsti) è l'assenza di alterazione dello stato dei luoghi; l'altra riguarda la modificazione dell'aspetto esteriore degli edifici.

Quando ricorre questa seconda condizione?

L'espressione "aspetto esteriore" è assai vaga ed indeterminata, tanto che, a priori, non si può escludere la rilevanza né della modifica della sagoma, né di quella dei prospetti, né del profilo cromatico.

Ciò premesso, sembra indubbio che l'ipotesi vada focalizzata alla luce delle definizioni degli interventi indicati, come detto contenute nel I comma dell'art. 3 T.U. dell'edilizia.

Alla luce di queste ultime, pare da ritenersi che realizzi la condizione negativa (e non sia, quindi, realizzabile senza l'autorizzazione paesaggistica) l'opera che alteri la sagoma dell'edificio, intesa come "conformazione complessiva dell'edificio nei suoi profili architettonici e morfologici"²⁸. Al contrario, non necessita l'autorizzazione paesaggistica per gli interventi di ritinteggio²⁹, di mera sostituzione degli infissi e dei telai delle porte e delle finestre nonché delle persiane perché non si tratta dell'alterazione dell'aspetto esteriore, ma di

²⁸ G. Pagliari, "Corso cit.", 407.

²⁹ Fatta salva, naturalmente, la fattispecie contemplata dall'art. 154 ("Colore delle facciate dei fabbricati") Codice.

ripristino dello stesso. In base ad un'interpretazione strettamente letterale, che pare giustificata dalla funzione della disposizione interpretata e dalla tassatività dell'elencazione contenuta nell'articolo in esame, l'ipotesi di modificazione dei prospetti pare da considerare una fattispecie di alterazione dell'aspetto esteriore, con la conseguente obbligatorietà della preventiva autorizzazione paesaggistica per effettuare l'intervento.

Chi scrive ha ben presente che le modificazioni dei prospetti³⁰, potendosi concretare in aggiunte o ridisegni di balconi e/o di finestre o di porte esterne, non hanno – “ictu oculi” – nessun reale effetto trasformativo, epperò non ritiene possibile superare la considerazione che trattasi di previsioni di stretta interpretazione, in quanto derogatorie ad un precetto posto a tutela dell'immodificabilità di beni di dichiarato interesse pubblico in assenza della previa verifica della compatibilità paesaggistica della nuova opera. E sotto questo profilo (per così dire, strettamente identitario) non si può escludere che, tecnicamente, il mutamento dei prospetti sia un'alterazione dell'aspetto esteriore, introducendo fisicamente un “quid novi”.

Le riflessioni ora svolte possono essere, naturalmente, condivise o non condivise, ma confermano la valutazione negativa – avanzata da un commentatore³¹ - di questa

³⁰ Per prospetto si intende ogni facciata di una costruzione: G. Pagliari, “Corso cit.”, 407.

³¹ D. Sandroni, commento art. 149 in R. Pamiozzo, “Il Codice cit.”, 699.

previsione legislativa proprio a causa della sua indeterminatezza.

La seconda e la terza fattispecie non paiono richiedere note di commento, ma solo una sottolineatura importante riguardante, peraltro, esclusivamente la terza fattispecie. Quest'ultima, infatti, si riferisce – unicamente – ai boschi e alle foreste vincolati “ex lege” ai sensi dell’art. 142 Codice. Il che ha indotto taluno ad affermare – si crede a ragione, tenuto conto della tassatività dell’elencazione e dei conseguenti limiti dell’attività interpretativa – che “il richiamo dell’art. 142 esplica come gli stessi siano esclusi dall’autorizzazione solo se eseguiti nei boschi e nelle foreste tutelati per legge. Laddove, invece, un bosco o una foresta risultino (anche) dichiarati di notevole interesse pubblico con specifico provvedimento regionale o ministeriale, sarà obbligatoria la procedura autorizzativa”³².

L’art. 149 Codice, peraltro, ha due limiti applicativi esterni o generali, cioè validi per tutte le fattispecie: uno è quello relativo alle aree per le quali il piano paesaggistico escluda la necessità dell’autorizzazione paesaggistica (art. 143, V comma lett. b), Codice); l’altro è il ricorso delle condizioni previste dall’art. 156, IV comma, Codice. Quest’ultimo prevede che il piano paesaggistico non entri in vigore se non dopo l’espletamento delle forme di pubblicità previste dal IV comma dell’art. 140 Codice, allorché le previsioni del piano stesso comportino

³² D. Sandroni, commento art. 149, in R. Pamiozzo, “Il Codice cit.”, 700.

modificazioni dei provvedimenti dell'art. 140, dall'art. 141 e dall'art. 157 del Codice medesimo.

Il limite, quindi, sembra essere solo temporaneo, cioè limitato all'esplicazione di dette formalità.

Pare, peraltro, necessario coordinare questa disposizione con quella dell'art. 143, VI comma, Codice, per il quale le norme del piano paesistico che consentono interventi solo *“sulla base della verifica della conformità alle previsioni del piano paesaggistico e dello strumento urbanistico effettuata nell'ambito del procedimento inerente il titolo edilizio”* entrano in vigore solo allorché gli strumenti urbanistici siano stati adeguati al piano paesaggistico.

Al riguardo, pare fondato ritenere che l'espletamento delle formalità di pubblicazione dell'art. 156, IV comma, D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 sia una condizione necessaria, ma non sufficiente, perché le disposizioni “de quibus” divengano efficaci. A tal fine, sarà necessario altresì il verificarsi della condizione, sopra ricordata, prospettata dal VI comma dell'art. 143 Codice, cioè l'adeguamento degli strumenti urbanistici ai piani paesaggistici.

Giusta l'art. 146, XIII comma, D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, l'autorizzazione paesaggistica va richiesta anche per le attività minerarie di ricerca e di estrazione, mentre, ai sensi del XIV comma dello stesso art. 146, non è prevista per la coltivazione di cave e torbiere.

L'art. 147 Codice, infine, contempla non due casi di deroga all'obbligo dell'autorizzazione preventiva, ma due ipotesi di procedimenti diversi: la conferenza dei servizi nel caso di opere da eseguirsi da parte di Amministrazioni Statali, *“ivi compresi gli alloggi di servizio per il personale militare”* (I comma); l'espressione dell'autorizzazione in sede di concerto per la pronuncia della compatibilità ambientale, quando l'opera vada sottoposta a valutazione di impatto ambientale (II comma, con rinvio all'art. 26 stesso Codice).

- 5) La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica è dettata dai commi II e seguenti dell'art. 146 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42.

La richiesta del provvedimento autorizzatorio può essere avanzata dai “proprietari, possessori o detentori a qualsiasi titolo” e va presentata all'Amministrazione deputata al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.

Questa ha quaranta giorni per trasmettere la proposta di autorizzazione, unitamente al progetto e alla relativa documentazione, alla competente Soprintendenza, essendo obbligata a darne contestuale notizia agli interessati agli effetti dell'art. 7 L. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i..

Il suddetto termine è suscettibile di sospensione in tre diverse fattispecie: l'incompletezza della documentazione prodotta rispetto a quella tipo, che sarà definita dal D.P.C.M. previsto dal III comma dell'art. 146; la richiesta di documentazione ulteriore,

cioè in aggiunta rispetto a quella tipo; la predisposizione di accertamenti.

Nella prima e nella seconda ipotesi, la sospensione inizia dalla data della richiesta e termina con la ricezione della documentazione.

Nella terza ipotesi, la sospensione ha una durata massima di trenta giorni decorrenti dalla data di comunicazione della necessità degli accertamenti e termina nel momento dell'effettuazione di questi ultimi, sempreché naturalmente tale momento sia anteriore alla scadenza del termine massimo della sospensione.

Appare opportuno sottolineare che, parlando la legge di *“data della richiesta”* o di *“data della comunicazione”*, la sospensione decorre a prescindere dalla conoscenza dell'atto interruttivo da parte del destinatario dello stesso, mentre la stessa ha fine con la ricezione della documentazione da parte dell'Amministrazione competente.

La linea seguita dal legislatore è quella di garantire alla P.A. la massima espansione temporale dell'effetto sospensivo sul presupposto, del tutto logico, che l'Amministrazione pubblica non può dare ulteriore impulso all'esame dell'istanza autorizzatoria da quando decide la richiesta o l'accertamento, ancorché la decisione della P.A. medesima non sia conosciuta dal diretto interessato, cosicché l'effetto sospensivo non può dipendere dalla conoscenza da parte di quest'ultimo (peraltro,

non pregiudicato né nel diritto al contraddittorio, né nel diritto di tutela di eventuali lesioni delle sue legittime aspettative). Questa impostazione di equo temperamento delle esigenze dell'attività istruttoria e dell'interesse del privato all'espletamento celere del procedimento e alle decisioni nei termini di legge non sembra parimenti applicata nel caso degli accertamenti. In tale ipotesi, infatti, la sospensione cessa dal momento dell'effettuazione degli stessi (dizione che letteralmente intesa si riferisce allo svolgimento delle indagini peritali, non già alla comunicazione del loro esito alla P.A.). Risulta evidente che l'interpretazione puramente letterale non può essere accolta e che, sul piano logico e su quello sistematico, appare giustificato ritenere che, nella fattispecie considerata, la sospensione cessi da quando la P.A. abbia formale notizia degli esiti degli accertamenti stessi. Questa soluzione, infatti, tempera il principio di celerità con quello della preservazione del massimo margine possibile da riconoscere alla P.A. per l'espletamento dell'istruttoria. Vi è da aggiungere, peraltro, che, tenendo conto del principio di partecipazione e della disciplina dello stesso contenuta negli artt. 7 ss. L. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i., nella fattispecie riguardante gli accertamenti, si sarebbe dovuta far salva la facoltà del privato istante (e degli eventuali intervenuti) di presentare osservazioni relative alle risultanze degli accertamenti medesimi.

L'annotazione può sembrare – si crede (solo) a prima vista – pedante, epperò deve considerarsi non solo che gli accertamenti attengono sicuramente agli elementi contemplati dal V comma dell'art. 146 del Codice, ma anche che gli stessi potrebbero risultare decisivi per il parere della Soprintendenza, chiamata a pronunciarsi – si tenga presente – sulla “proposta di autorizzazione”, cioè su un'ipotesi di provvedimento che non può non essere stata definita anche alla luce delle risultanze peritali. Il che porta ad osservare che il VI comma dello stesso art. 146 va criticato, là dove non prevede che la comunicazione dell'avvio del procedimento debba essere anticipata alla comunicazione della necessità degli accertamenti, (naturalmente) allorché questi vengano predisposti.

Ciò premesso, si deve sottolineare che il termine di quaranta giorni riconosciuto all'Amministrazione per la trasmissione della proposta di autorizzazione alla Soprintendenza è meramente ordinatorio³³.

Di conseguenza, il suo decorso può avere solo come conseguenza la responsabilità per ritardo nell'emanazione del provvedimento.

Nei suddetti quaranta giorni, deve essere acquisito, altresì, il parere della Commissione per il paesaggio contemplata dall'art. 148 D.Lgs. in commento.

³³ D. Sandroni (commento art. 146, in R. Tamiozzo, “Il Codice cit.”, 683).

Nulla è stabilito dal citato testo legislativo in ordine ai tempi di attivazione e di risposta della Commissione medesima, con la conseguenza che non è dato di evincere come la previsione di questo parere obbligatorio si concilii con la previsione della trasmissione della proposta di autorizzazione alla Soprintendenza.

L'unico elemento normativo è costituito dalla formulazione letterale del primo capoverso del VI comma dell'art. 146 del Codice: *“L'Amministrazione, accertata la compatibilità paesaggistica dell'intervento e acquisito il parere della commissione per il paesaggio, entro il termine di quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza, trasmette”*.

L'uso del participio passato “acquisito”, infatti, esclude la legittimità della trasmissione senza il parere della Commissione per il paesaggio³⁴. Di conseguenza, all'interprete, se non vuole registrare un'insanabile contraddizione tra la necessità di acquisire il parere prima di inviare la proposta di autorizzazione alla Soprintendenza e il dovere di provvedere a tale adempimento nei quaranta giorni dalla ricezione dell'istanza del privato, non resta che concludere per un'ipotesi di sospensione implicita del predetto termine per il tempo intercorrente tra la richiesta del parere alla Commissione per il paesaggio e la

³⁴ Una posizione analoga sembra avere A. Angiuli (commento art. 146, in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, “Commentario cit.”, 388), che rileva: “L'incongrua formulazione della norma si evidenzia anche nella parte in cui sembra postulare un accertamento compiuto direttamente dall'amministrazione preposta alla tutela del vincolo ed un'acquisizione successiva del parere (tecnico) della commissione per il paesaggio; mentre un'interpretazione condotta alla stregua di canoni logici non può che condurre a ritenere che il parere obbligatorio debba esser acquisito prima dell'attività di improprio accertamento e che quest'ultima debba svolgersi sulla base dell'atto consultivo”.

ricezione del parere medesimo. Naturalmente, questa sospensione avrà autonomo rilievo solo se ed in quanto non coincidente con quella determinata dalla richiesta della documentazione tipo mancante o dalla domanda di documentazione ulteriore o dalla comunicazione della necessità di accertamenti. Diversamente, infatti, si creerebbe la possibilità di un'elusione del principio di celerità, di quello di non aggravamento e dell'obbligo di concludere il procedimento nei termini di legge, che renderebbe la proposta interpretazione in contrasto, quanto meno, con i precitati principi legislativi generali e, per ciò stesso, non sostenibile.

5.1) Natura perentoria ha, invece, il termine di sessanta giorni decorrente dalla ricezione della documentazione, entro il quale la Soprintendenza deve “comunicare” (cioè far conoscere) – e, quindi, non semplicemente emanare o spedire – il proprio parere all'Amministrazione competente per l'emanazione dell'autorizzazione paesaggistica.

La formulazione del VII comma dell'art. 146 del Codice non lascia spazio a dubbi di sorta, sia perché il termine “de quo” è testualmente qualificato come “perentorio”, sia perché è indicata “expressis verbis” la conseguenza dell'inutile decorso del termine medesimo: l'obbligo dell'Amministrazione di assumere “comunque” le determinazioni in ordine alle domande di autorizzazione³⁵.

³⁵ A. Angiuli (commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, “Commentario cit.”, 388-389) osserva: “Il ruolo della soprintendenza nel procedimento è, tuttavia, nel complesso

Appare il caso di aprire una parentesi per chiedersi quali conseguenze abbia la comunicazione del parere dopo i sessanta giorni, ma prima della pronuncia sull'istanza autorizzativa.

Sul punto, va premesso che non ha nessun rilievo la circostanza che il parere sia stato emanato e/o spedito prima o dopo il decorso dei sessanta giorni di legge.

Or dunque, non sembra discutibile che il parere comunicato dopo il termine non abbia più il requisito della obbligatorietà proprio del parere comunicato entro i sessanta giorni di legge. Il che non esclude che l'Amministrazione possa prenderlo in considerazione alla stregua di qualsiasi parere facoltativo, con il conseguente dovere di motivare l'eventuale decisione in difformità dalle conclusioni contenute nel parere medesimo.

In altre parole, il problema è quello dell'effetto dell'inutile decorso del predetto lasso temporale sulla competenza consultiva della Soprintendenza.

Le risposte, alternative, teoricamente ammissibili paiono due: l'estinzione della competenza consultiva della Soprintendenza; la modificazione "ipso facto" del procedimento con

svalutato: se il parere obbligatoriamente richiesto non sia comunicato all'amministrazione entro il termine perentorio di sessanta giorni, decorrenti dal momento in cui la soprintendenza abbia ricevuto la proposta corredata dalla documentazione necessaria, essa provvede comunque sulla domanda di autorizzazione, anche in mancanza del parere non pervenuto (7° comma). Si prescinde, cioè, senz'altro dal parere non tempestivamente reso e comunicato, in difformità dalle previsioni dettate dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, sia per i pareri amministrativi (art. 16, 2° comma), che per quelli tecnici (art. 17, 1° comma) e disattendendo altresì l'assoluta infungibilità in via generale affermata per i "pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini" (art. 17, 2° comma, legge cit.)".

soppressione, nell'ambito della sottofase predecisionale³⁶, del momento consultivo (obbligatorio).

Nel momento stesso in cui un ordinamento giuridico ammette il parere facoltativo³⁷, è da escludersi la decadenza della competenza consultiva, ma può ammettersene solo la modificazione sotto la specie del mutamento del presupposto (o del titolo) del suo esercizio.

Questa conclusione trova, nel caso di specie, conforto nella terminologia usata dal legislatore (art. 146, VII comma, Codice: *“Decorso inutilmente il termine per l’acquisizione del parere, l’amministrazione assume comunque le determinazioni del caso”*), nel senso che questi sancisce il dovere dell’Amministrazione competente per l’emanazione dell’autorizzazione paesaggistica di pronunciarsi, pur in mancanza del parere della Soprintendenza. Il che, da un lato, significa che il parere della Soprintendenza non è più obbligatorio in senso tecnico-giuridico, e, dall’altro, sta ad indicare che la perentorietà del termine in questione non preclude che l’Amministrazione stessa, nel rispetto del termine prefissatole dall’VIII comma dello stesso art. 146, possa pronunciarsi, tenendo conto del parere comunicato dopo il

³⁶ Il modello procedimentale è quello illustrato da F. Bassi, “Lezioni cit.”, 26.

³⁷ Come noto, infatti, il parere facoltativo è la fattispecie che consente alla P.A. agente di richiedere un supporto specialistico anche quando la legge non impone il “consulto” tecnico-specialistico prima dell’emanazione del provvedimento. Di conseguenza, anche la sola opportunità (dalla stessa apprezzata e ritenuta) del supporto tecnico legittima la richiesta del parere da parte della P.A.: «Pareri facoltativi: essi sono previsti» – scrive E. Casetta, “Manuale di diritto amministrativo”, VII ed., Milano 2005, 448 – «dalla legge; l’amministrazione può di propria iniziativa richiederli, purchè ciò non comporti un ingiustificato aggravamento del procedimento».

decorso dei sessanta giorni di legge ovvero del parere emanato (e trasmesso) dalla Soprintendenza dopo il decorso del termine perentorio “de quo”. Del pari, non può escludersi nemmeno che l’Amministrazione competente al rilascio del provvedimento autorizzatorio possa pronunciarsi, tenendo conto del parere emesso su richiesta (o su sollecitazione della P.A. competente in ordine alla evasione della precedente domanda di parere) della stessa Amministrazione, avanzata dopo la scadenza del citato lasso temporale.

Come si è illustrato, il provvedimento di accoglimento o di diniego dell’autorizzazione paesaggistica viene assunto in base a due pareri. È opportuno chiedersi quale influenza un parere abbia sull’altro.

La prima risposta di tipo (per così dire) procedimentale è data dai commi VI e VII dell’art. 146 Codice, nel senso che è ivi sancito che il parere della Commissione per il paesaggio debba essere acquisito prima dell’inoltro della proposta di autorizzazione alla Soprintendenza affinché questa esprima la propria valutazione consultiva.

La constatazione che i due pareri sono diacronici non ha, per la verità, rilievo assorbente.

La proposta di autorizzazione, infatti, è predisposta “iussu legis”, tenendo conto del parere della Commissione per il paesaggio, e, di conseguenza, la valutazione della Soprintendenza “coinvolge” inevitabilmente anche il precitato parere.

Ciò non di meno, nel suddescritto quadro legislativo, i due atti consultivi sono autonomi sul piano sostanziale e tali non possono non essere sul piano giuridico-formale. Il “parere del (o sul) parere”, infatti, non è configurabile, non avendo né senso logico né senso tecnico né senso giuridico.

Tra le due fattispecie, dunque, non sussiste relazione giuridicamente significativa, nel senso che il parere della Commissione per il paesaggio non è obbligatorio (in senso tecnico-giuridico) per la Soprintendenza, che deve esprimersi sulla proposta di provvedimento autorizzativo e non – come detto – sull’altro parere.

Peraltro, pur nella laconicità della legge, non può non osservarsi che i due pareri sembrano avere ambiti di giudizio diversi: da un lato, la Commissione per il paesaggio pare destinata ad esprimersi sulla tutela del paesaggio con specifica attenzione alla salvaguardia de *“i valori che esso esprime quali manifestazioni identitarie percepibili”* (art. 131, II comma, D.Lgs. 23 gennaio 2004 n. 42); dall’altro, la Soprintendenza, quale organo di garanzia del vincolo paesaggistico, risulta chiamata ad un’indagine più specifica e tecnica qual è quella imposta dalla salvaguardia dei *“valori paesaggistici oggetto di protezione”* in virtù dei vincoli apposti o in via di apposizione (art. 146, I comma, Codice)³⁸.

³⁸ Contra G.F. Cartei (“L’autorizzazione cit.”, 1268), che sostiene: «A questo riguardo merita sottolineare che l’amministrazione, allorché esamina la domanda di autorizzazione, ha tra gli altri elementi di valutazione, altresì, il parere della commissione del paesaggio, i cui contenuti e finalità, alla luce della composizione di tale organismo, dovrebbero essere assimilabili a

Naturalmente, i due pareri, nella precisata autonomia, sono entrambi obbligatori per l'Autorità di amministrazione attiva, tenuta a pronunciarsi sull'istanza di autorizzazione paesaggistica.

Ciò chiarito, non si può non rilevare che dalle disposizioni in esame si evince che il parere della Commissione per il paesaggio non può non essere acquisito, mentre quello della Soprintendenza, in caso di inerzia di quest'ultima protratta per sessanta giorni (146, VII comma, Codice), non è più – come detto - un elemento necessario.

La previsione, ancor più che dimostrare la sottovalutazione o la restrizione del ruolo della Soprintendenza rispetto alla pregressa disciplina e in termini oggettivi³⁹, appare irrazionale e illogica.

In tal modo, infatti, si consente che possa essere rilasciata un'autorizzazione paesaggistica non solo senza che si pronunzi l'organo tecnico per legge più competente e più idoneo ad esprimersi sulla compatibilità paesaggistica, ma anche l'organo, che, per la sua indipendenza e autonomia dall'Amministrazione deputata all'emanazione dell'autorizzazione paesaggistica, è nelle condizioni "di diritto e di fatto" migliori per esprimersi nei termini obiettivi richiesti in una materia così delicata e complessa. Se a ciò si aggiunge che il parere della

quelli del parere della soprintendenza. Prova ne sia che, secondo quanto previsto dal quarto comma dell'art. 148, nell'ipotesi in cui sia stipulato un accordo tra le regioni ed il Ministero sulla partecipazione di quest'ultimo alle attività della commissione, il parere di questa è destinato ad assorbire quello della soprintendenza».

³⁹ A. Angiuli, commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 388; F. Miscioscia, "I beni cit.", 306.

Soprintendenza è un parere di merito⁴⁰, cioè sull'opportunità e non sulla mera compatibilità (giuridico-) formale dell'intervento ipotizzato sul bene paesaggistico, l'irragionevolezza della scelta del legislatore risulta ancora più evidente.

5.2) Dalla data di comunicazione del proprio parere da parte della Soprintendenza, o una volta decorso il termine concesso alla medesima per la comunicazione dello stesso, l'Autorità competente per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica ha venti giorni per pronunciarsi, cioè per accogliere o respingere l'istanza.

La previsione dell'art. 20 L. 7 agosto 1990 n. 241 non permette di ritenere applicabile il silenzio-assenso, ivi prefigurato.

Al richiedente è consentito (solo) di domandare alla Regione (se la competenza in materia di autorizzazione paesaggistica sia stata delegata alla Provincia o al Comune) ovvero alla Soprintendenza, l'emanazione del provvedimento autorizzativo nell'esercizio dei poteri sostitutivi. La Regione (o la Soprintendenza) può provvedere anche mediante un commissario "ad acta".

È prevista la suspendibilità, per una sola volta, del termine (di sessanta giorni dalla ricezione della richiesta) per la decisione,

⁴⁰ G.F. Cartei ("L'autorizzazione cit.", 1268) sottolinea testualmente: «Proprio perché trattasi di parere sulla proposta di autorizzazione, l'ambito della scrutinio svolto prima che si realizzi la perfezione dell'atto appare destinato, infatti, a trascendere i profili di legittimità del provvedimento per abbracciarne il merito. In questo senso depongono, altresì, le prescrizioni in materia di integrazione della documentazione necessaria e di sospensione dei termini, nonché la previsione del rilascio del parere ad opera della commissione del paesaggio».

allorché venga domandata documentazione ulteriore o siano disposti accertamenti ritenuti necessari.

Per l'inutile decorso del termine predetto il Codice dei beni culturali e per il paesaggio non indica alcuna conseguenza.

Peraltro, è esclusa anche l'applicabilità dell'art. 20 L. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i., giusta il suo IV comma.

Di conseguenza, non può non constatarsi che l'istante rischia di trovarsi, dopo centoventi giorni (senza calcolare le eventuali sospensioni) dalla presentazione della domanda, in una situazione di paralisi.

In base ai principi, deve ritenersi che le uniche armi (giuridiche) siano - giusta il comma V dell'art.2 L. 7 agosto 1990, n. 241 s.m.i. - o il ricorso giurisdizionale avverso il silenzio-rifiuto, o la diffida all'amministrazione con termine di almeno trenta giorni per emanare il provvedimento richiesto, con la conseguente facoltizzazione dell'istante per la presentazione del ricorso avverso il silenzio-rifiuto, qualora la diffida resti senza risposta.

Naturalmente, una volta investita l'Amministrazione (Regione o Soprintendenza) competente ai sensi del IX comma dell'art. 146 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, la eventuale diffida dovrà essere rivolta a quest'ultima (ovviamente quando sarà scaduto il termine concesso dalla legge per l'esercizio del potere sostitutivo) e non alla P.A. (per così dire) originariamente competente.

Quest'ultima, al contrario, sarà la destinataria dell'atto di diffida, allorché l'interessato non intenda avviare il procedimento in via sostitutiva. Sul punto, la conferma si rinviene nell'art. 146, IX comma, Codice che definisce "facoltà" la "potestas" del privato in ordine all'attivazione del potere sostitutivo: infatti, è evidente, per ciò solo, che il legislatore ha concepito la fase "sostitutiva" come eventuale, legata all'insindacabile decisione del privato, che, in quanto non obbligato a rivolgersi in via sostitutiva all'Autorità indicata dal IX comma dell'art. 146 Codice, può liberamente decidere di diffidare la (prima) Amministrazione inadempiente e di impugnare il silenzio-rifiuto della medesima.

Un'ultima annotazione appare opportuna.

La formulazione del citato IX comma dell'art. 146 Codice, che non individua un termine di decadenza per l'esercizio della facoltà di avviare il procedimento in via sostitutiva, è tale per cui all'(originario) istante non sembra impedito di diffidare l'Amministrazione competente in via ordinaria (commi V e VIII art. 146 cit.) e successivamente di chiedere alla Regione l'esercizio – in via sostitutiva – della competenza riguardante l'autorizzazione paesaggistica.

Peraltro, nulla sembra ostare nemmeno a che l'interessato proponga il ricorso giurisdizionale avverso il silenzio-rifiuto e contestualmente richieda l'esercizio del potere sostitutivo.

Si tratta, infatti, di due diritti ("rectius": facoltà) del privato di natura affatto diversa, che non sono dalla legge posti in

alternativa tra loro ed il cui contestuale esercizio non può ritenersi precluso. Su queste premesse, peraltro, la richiesta di esercizio dei poteri sostitutivi non assume il valore di atto di acquiescenza rispetto al silenzio-rifiuto. E, del resto, il rilascio – in seguito all’esercizio dei poteri sostitutivi – dell’autorizzazione paesaggistica determinerà l’estinzione del ricorso giurisdizionale, semprechè non sia stata avanzata domanda risarcitoria legata all’inerzia dell’Amministrazione, mentre il diniego dell’autorizzazione paesaggistica da parte della Regione o della Soprintendenza ai sensi del IX comma dell’art. 146 Codice causerà l’estinzione per cessazione della materia del contendere⁴¹.

Ritornando alla disciplina del potere da esercitare in via sostitutiva, si deve ricordare che l’Autorità sostituta (o il commissario “ad acta”) deve pronunciarsi entro sessanta giorni dalla richiesta del privato. Per l’inutile decorso del termine, nessuna conseguenza è sancita per legge né è prefigurabile il silenzio-assenso per il già ricordato postulato dell’art. 20 L. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i.. Di conseguenza, l’interessato non potrà che diffidare la medesima P.A. sostituta e, quindi, agire contro il silenzio-rifiuto.

⁴¹ Se, infatti, è vero che si imputano al sostituto le fattispecie giuridiche connesse all’attività del sostituito (E. Casetta, “Manuale cit.”, 91), è evidente che il rilascio dell’autorizzazione paesaggistica, perché tardiva, non farà venir meno il diritto al risarcimento dei danni pur se limitato al “danno da ritardo” se ed in quanto dovuto e, di conseguenza, non determinerà l’estinzione del ricorso per cessazione della materia del contendere, rimanendo l’interesse alla decisione sulla domanda risarcitoria nei limiti suddetti, così come è chiaro che il diniego dell’autorizzazione determinerà l’estinzione per cessazione della materia del contendere del ricorso giurisdizionale quand’anche sia stata proposta la domanda risarcitoria per il venir meno di ogni profilo contenzioso.

Dopo centottanta giorni, escluse le eventuali sospensioni di legge della decorrenza dei diversi termini dalla presentazione della domanda – originaria – per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, l'istante può, dunque, trovarsi sostanzialmente al punto di partenza. L'irrazionalità di una simile disciplina e la sua contraddittorietà rispetto ai principi generali dell'attività amministrativa appaiono solari, al punto che non è manifestamente infondato il dubbio di illegittimità costituzionale ai sensi dell'art. 3 Cost.: infatti, la peculiarità della singola competenza pubblica, il cui esercizio rimane doveroso, non può tradursi in una sostanziale, quanto ingiustificata, elusione dell'obbligo di concludere il procedimento con un provvedimento espresso, ma deve trovare il temperamento in una previsione che garantisca all'istante una risposta. Il che è ancor più chiaro, se si tiene conto della natura preventiva (art. 146, I comma, Codice) dell'autorizzazione paesaggistica e dell'effetto inibitorio rispetto all'esercizio del diritto di edificazione.

La fattispecie dell'attività edilizia su beni paesaggistici vede, in effetti, coinvolti due interessi, uno pubblico e uno privato, ma quello pubblico può prevalere fino alla negazione di quello privato solo se venga accertata e dichiarata l'incompatibilità paesaggistica della prefigurata attività edilizia e non per il solo fatto che la P.A. rimanga inerte.

Se, infatti, la lettera dell'art. 20 L. 7 agosto 1990 n. 241 e s.m.i. non lascia dubbi sull'inapplicabilità alla fattispecie "de qua" del

principio del silenzio-assenso, non pare per vero negabile che la “ratio” dell’introduzione del principio della significatività del silenzio quando l’Amministrazione pubblica sia tenuta a provvedere imponga che si trovi una soluzione di garanzia per le aspettative dell’istante anche quando la complessità della fattispecie ha portato all’esclusione dall’applicazione della regola generale.

La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.) deve essere temperata, infatti, con il diritto all’intrapresa (art. 41 Cost.) e con il diritto di proprietà (art. 42 Cost.).

- 6) L’autorizzazione paesaggistica è definita dall’art. 146, VIII comma, D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 *“atto distinto e presupposto della concessione o degli altri titoli legittimanti l’intervento edilizio”*.

La formulazione legislativa non è di univoca interpretazione.

Le tesi interpretative prospettabili sembrano tre: l’autorizzazione paesaggistica come presupposto di diritto o “condicio iuris” del titolo abilitativo “edilizio”; l’autorizzazione medesima come presupposto del legittimo espletamento dell’attività edilizia; l’autorizzazione paesaggistica come atto legato da un vincolo di presupposizione⁴²⁻⁴³ con il titolo abilitativo⁴⁴.

⁴² G.F. Cartei, (L’Autorizzazione cit.), 1270) parla di “nesso di presupposizione”, traendone la conseguenza che il titolo abilitativo edilizio possa essere rilasciato “solo successivamente all’emanazione dell’autorizzazione”.

⁴³ Sulla figura dogmatica della presupposizione si rinvia a E. Casetta (“Manuale cit.”, 385): «La connessione più importante è costituita dalla presupposizione (Sandulli): al fine di esercitare legittimamente un potere, occorre la sussistenza di un certo atto che funge da presupposto di un altro procedimento in quanto crea una qualità in un bene, cosa o persona (Giannini) che costituisce l’oggetto anche del successivo provvedere».

La questione non è accademica.

Al riguardo, basti considerare che, accogliendo la prima tesi, la domanda di permesso di costruire riguardante un bene paesaggistico non potrebbe essere accolta in difetto dell'autorizzazione paesaggistica, mentre, recependo la seconda, il provvedimento autorizzatorio dell'art. 146 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 sarebbe indispensabile (esclusivamente) per espletare l'attività edilizia configurandosi come presupposto di mera efficacia del titolo abilitativo edilizio. Accogliendo la terza tesi, infine, il procedimento riguardante il permesso di costruire non potrebbe essere iniziato in assenza dell'autorizzazione paesaggistica.

La surrichiamata definizione dell'VIII comma dell'art. 146 Codice va raffrontata con l'aggettivazione "preventiva" (art. 146, II comma), con la previsione dell'ultimo capoverso dello stesso VIII comma ("I lavori non possono essere iniziati in difetto di essa") e con il divieto dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria in caso di realizzazione, anche parziale, degli interventi (art. 146, X comma, lett. c).

La lettura sistematica di queste disposizioni induce a propendere per l'accoglimento della seconda tesi e a ritenere che l'autorizzazione paesaggistica sia condizione di efficacia del titolo abilitativo "edilizio".

⁴⁴ L'esistenza della presupposizione avrebbe come conseguenza anche la configurazione del procedimento paesaggistico e di quello edilizio come "connessi" in senso tecnico-giuridico (E. Casetta, "Manuale cit.", 385).

Da un lato, infatti, le ultime due norme richiamate legittimano univocamente questa interpretazione; dall'altro, l'espressione "atto presupposto" non è inconciliabile con la configurazione dell'autorizzazione paesaggistica nel senso qui accolto.

Peraltro, questa interpretazione non è in contrasto con l'esigenza che l'attività edilizia si svolga tenendo conto delle prescrizioni eventualmente contenute nell'autorizzazione paesaggistica medesima.

Quest'ultima, una volta rilasciata, non è immediatamente efficace, ma diviene tale "dopo il decorso di venti giorni dalla sua emanazione": così recita la lettera a) del X comma dell'art. 146 Codice, che scinde perfezione ed efficacia dell'atto autorizzatorio in questione, sancendo che il provvedimento in esame diventa efficace.

Orbene, la legge parla di "emanazione" e non di "pubblicazione", pur prevista dal XII comma dello stesso art. 146, "notificazione" ovvero "comunicazione", cosicché deve ritenersi che i predetti venti giorni decorrano dal momento della perfezione (giuridica)⁴⁵ della medesima autorizzazione paesaggistica.

Sul termine "de quo" non incide l'obbligo di trasmissione ("senza indugio": art. 146, X comma lett. b, Codice) di copia di quest'ultima alla Soprintendenza, "*che ha emesso il parere nel corso del procedimento*", nonché alla Regione, alla Provincia,

⁴⁵ F. Bassi ("Lezioni cit.", 106) parla, a tal proposito, di condizione propria dell'atto che possiede tutti gli elementi essenziali richiesti dalla norma; vedasi, inoltre, E. Casetta, "Manuale cit.", 452.

alla Comunità Montana, ove esistente, e all'Ente Parco, nel cui territorio si trovi l'immobile o l'area sottoposta al vincolo. A detti ultimi soggetti deve essere inviata anche copia del parere della Soprintendenza.

La dizione della legge non lascia dubbi sul fatto che si tratti di una forma di mera pubblicità notizia, la cui giustificazione sembra da ricondursi al principio di leale collaborazione tra enti e alla potenziale legittimazione dei suddetti Enti, quali ricorrenti ai sensi dell'XI comma dello stesso art. 146⁴⁶, non meno che alla chiara volontà del legislatore di dare la massima pubblicità ai provvedimenti autorizzatori (art. 146, XII comma, Codice).

La formulazione letterale dell'obbligo di trasmissione limita quest'ultimo, quanto alla Soprintendenza, al solo caso in cui la stessa abbia "emesso il parere nel corso del procedimento".

La "ratio" della norma sembra chiara: se ha emesso il parere, la Soprintendenza deve poter verificare se la P.A. agente ha tenuto conto del parere nell'emanare l'autorizzazione paesaggistica. Non di meno, si potrebbe dubitare che la legge "dica meno di quanto avrebbe voluto dire", nel senso che

⁴⁶ La dottrina tende, per vero, ad accentuare maggiormente il profilo della pubblicità (F. Miscioscia, "I beni cit.", 307), giungendo a sottolineare: "Forme incisive di pubblicità sono prescritte per i provvedimenti di autorizzazione, affinché si possano esercitare le funzioni istituzionali di vigilanza ed il controllo sociale, soprattutto sugli atti permissivi adottati in difformità dal parere della Soprintendenza (commi 10 e 12), nonché gli incisivi strumenti di tutela in sede amministrativa e giurisdizionale previsti dalla norma" (A. Angiuli, commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 391).

Per vero, pur condividendo le considerazioni surrichiamate, sembra di poter inserire questa previsione tra quelle che costituiscono puntuale applicazione del principio di leale collaborazione, "criterio-guida di esercizio delle funzioni in materia di paesaggio" in base alla previsione dell'art. 132 Codice: «L'attuazione del principio di leale collaborazione» – scrive F. Miscioscia ("I beni cit.", 289) – «tra gli Enti territoriali che hanno competenza in tema di protezione e valorizzazione dei beni paesaggistici si esplicherà in tutte le attività che interessano la gestione della tutela, garantendo in particolare una più efficace considerazione dei valori paesistici nei processi di pianificazione del territorio».

l'obbligo di trasmissione avrebbe dovuto essere contemplato a prescindere dall'emanazione del parere da parte della Soprintendenza. In verità, il dubbio potrebbe non apparire fondato, perché il Codice non contempla il potere di annullamento dell'Autorità preposta al vincolo, al contrario di quanto sanciva la precedente legislazione e di ciò che dispone l'art. 159 per il "procedimento di autorizzazione in via transitoria".

Al contrario, si ritiene che la Soprintendenza debba essere destinataria della trasmissione senza indugio di copia dell'autorizzazione paesaggistica anche quando non abbia emesso il parere, in virtù del già richiamato principio di leale collaborazione (art. 132 Codice). Questa convinzione è rafforzata dal fatto che, se la Soprintendenza è legittimata ad impugnare l'autorizzazione paesaggistica allorché abbia emesso il relativo parere⁴⁷, la medesima non può non essere titolare del diritto di azione anche quando non abbia esercitato la funzione consultiva, posto che la legittimazione medesima, ove configurabile, non può che discendere dalla sua posizione istituzionale, non già dalla considerazione della singola e specifica attribuzione di natura (per giunta) consultiva.

In altri termini, secondo un'interpretazione sistematica, parrebbe giustificato ritenere che l'obbligo di trasmissione della copia del provvedimento autorizzatorio debba intendersi previsto a favore

⁴⁷ Per la legittimazione a ricorrere delle Soprintendenze si pronunzia F. Miscioscia, "I beni cit.", 311. D. Sandroni (commento art. 146 in R. Pamiozzo, "Il Codice cit.", 685) indica la legittimazione del Ministero per i beni e le attività culturali.

della Soprintendenza, competente ad esprimere il parere. Sul punto, peraltro, trattandosi di previsione priva di sanzione, sarà decisiva la prassi amministrativa.

Da ultimo, ma solo in virtù dell'elencazione legislativa, va evidenziato che la legge esclude la rilasciabilità in sanatoria: la previsione è categorica, nel senso che esclude il rilascio "successivamente alla realizzazione, anche parziale, degli interventi" (art. 146, X comma, lett. c, Codice)⁴⁸.

Nondimeno, non può non rilevarsi che l'autorizzazione paesaggistica in sanatoria è vietata solo se l'attività edilizia è stata iniziata, con la conseguenza che la legge non esclude il rilascio in sanatoria allorché sia stato emesso il titolo abilitativo edilizio, ma allo stesso non sia ancora stata data esecuzione.

In altri termini, la legge sembra consentire che il vizio meramente formale rappresentato in particolare dal rilascio del permesso di costruire in mancanza dell'atto presupposto – autorizzazione paesaggistica – possa essere eliminato dal rilascio posteriore di quest'ultima, allorché con l'attuazione, anche solo iniziale, dell'intervento edilizio, il difetto formale non sia divenuto sostanziale⁴⁹.

- 7) Il Codice contiene anche una disciplina eccezionale relativa al regime processuale.

⁴⁸ F. Miscioscia, "I beni cit.", 306-307; D. Sandroni, commento art. 146, in R. Tamiozzo, "Il Codice cit.", 683.

⁴⁹ Naturalmente, la sanatoria sarà configurabile senza ulteriori atti, qualora l'autorizzazione paesaggistica non preveda prescrizioni, la cui osservanza comporti varianti al progetto edilizio. In tale ultimo caso, prima di iniziare l'attività, dovrà ottenersi una variante al titolo abilitativo che renda il progetto conforme (anche) alle prescrizioni del provvedimento autorizzatorio.

Di questa regolamentazione, contenuta nell'XI comma dell'art. 146 Codice, può dirsi, in sintesi, che la sua problematicità è inversamente proporzionale alla sinteticità della formulazione legislativa.

"Nulla quaestio" pone il precetto sulla legittimazione a ricorrere: il diritto di azione è riconosciuto alle associazioni ambientaliste portatrici di interessi diffusi individuate ai sensi dell'art. 13 L. 8 luglio 1986 n. 349, nonché ai soggetti, pubblici o privati, che ne abbiano interesse.

La prima fattispecie non appare altro che una "species" delle azioni, cui vengono legittimate "ope legis" le associazioni ambientaliste per la tutela dell'interesse (diffuso) ambientale. Al riguardo, si può solo osservare che la previsione dell'azione ai sensi dell'art. 13 L. 8 luglio 1986 n. 349 risulta del tutto coerente con la nuova impostazione del Codice, notoriamente fondato sulla considerazione del "bene (ex) ambientale" (e, più in generale, del "bene paesaggistico") come componente del paesaggio (art. 131, I comma) e tutelato in quanto parte di quest'ultimo (artt. 136, 146, I e VI comma), cosicché l'esistenza dell'interesse diffuso appare di evidenza solare.

Per la seconda fattispecie, stante la generalità dell'espressione usata, si potrebbe pensare, a prima vista, ad un'azione popolare.

Senonchè, la formulazione della norma lega la legittimazione a ricorrere alla legittimazione al ricorso⁵⁰, cioè richiede la titolarità di una situazione giuridica lesa e il conseguente interesse alla decisione come personale, diretta ed attuale, mentre l'azione popolare, pur non necessariamente alternativa all'azione ordinaria⁵¹, è caratterizzata dalla legittimazione di ogni cittadino ad agire in giudizio per la sola tutela di un interesse generale⁵². In altri termini, l'azione popolare è caratterizzata dal riconoscimento della legittimazione al ricorso disgiunta dalla titolarità di un preciso ed individuale interesse sostanziale e dipendente (solo) dallo "status" di cittadino o di persona fisica. Orbene, nel caso, l'art. 146, IX comma, D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 non sembra lasciar dubbio in ordine al fatto che il legislatore abbia inteso ribadire la regola generale in materia di impugnazione dei provvedimenti amministrativi e non abbia voluto dar vita ad un'azione popolare, che deve essere istituita per legge e che è ipotesi eccezionale⁵³. In altre parole, l'esigenza della "legitimatio ad causam" ("che ne abbiano interesse")⁵⁴ esclude che si sia di fronte ad un'azione

⁵⁰ La distinzione è quella tra "legitimatio ad causam" e "legitimatio ad processum", quale richiamata in AA.VV., "Diritto amministrativo", Bologna 2005, vol. II, IV ed., 522 e 529, là dove si precisa testualmente: «Di regola, a chi appartiene la "legitimatio ad causam" (capacità di essere parte di chi si affermi titolare della situazione giuridica controversa) appartiene anche la "legitimatio ad processum" (capacità di stare in giudizio)».

⁵¹ N. Saitta, "Sistema di giustizia amministrativa", Milano 2005, 361.

⁵² P. Virga ("La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione", IV ed., Milano 2003, 241 ss.), con riferimento all'azione popolare in materia elettorale, afferma testualmente: «Il ricorso elettorale, può essere proposto da qualsiasi cittadino elettore, in quanto titolare dell'interesse generale della pubblica amministrazione alla regolarità delle operazioni elettorali, anche se privo di un suo particolare interesse personale».

⁵³ N. Saitta, "Sistema cit.", 362.

⁵⁴ A. Angiuli (commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 391) osserva testualmente: "Infatti, pur se il ricorso avverso un'autorizzazione paesaggistica

popolare, la quale è caratterizzata dalla legittimazione “ad processum” e dalla tutela di interessi collettivi o diffusi⁵⁵⁻⁵⁶.

Su questa premessa, non potranno non lasciare dubbiosi le due ulteriori statuizioni del comma IX dell’art. 146 Codice.

Da un lato, si sancisce che *“il ricorso è deciso anche se, dopo la sua proposizione ovvero in grado di appello, il ricorrente dichiara di rinunciare o di non avervi più interesse”*; dall’altro, si stabilisce: *“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”*.

Non abbisogna di illustrazione l’eccezionalità di entrambe le previsioni, in virtù delle quali vengono superati tanto il principio fondante del diritto di azione, come diritto potestativo che rimane nella disponibilità delle parti, quanto il principio dispositivo, quanto il principio del termine di decadenza per la proposizione del ricorso giurisdizionale e della legittimazione all’appello⁵⁷.

può esser proposto “da qualsiasi altro soggetto, pubblico o privato, che vi abbia interesse”, non va trascurato che l’applicazione degli ordinari criteri di legittimazione all’impugnativa di atti amministrativi incidenti su interessi collettivi conduce a legittimazioni individuali e di soggetti pubblici più estese, abilitando alla proposizione di un ricorso l’individuo che si trovi in un rapporto di “stabile collegamento territoriale” con il contesto paesaggistico minacciato dal rilascio dell’autorizzazione, o l’ente pubblico nel territorio del quale ricadano l’area o l’immobile il cui valore potrebbe essere compromesso dal provvedimento autorizzatorio”.

⁵⁵ E. Casetta (“Manuale cit.”, 279 e 751) distingue due tipi di azioni popolari: quella suppletiva, quale quella disciplinata dall’art. 9 T.U.EE.LL., caratterizzata dal cittadino che, in luogo dell’Ente Territoriale, fa valere in giudizio azione che quest’ultimo sarebbe legittimato ad esperire; quella correttiva, cioè diretta a rimuovere illegittimità poste in essere dalla P.A.. L’esempio più noto di quest’ultima fattispecie è l’azione in materia elettorale.

⁵⁶ In questo senso è orientato anche F. Miscioscia (“I beni cit”, 311).

⁵⁷ F. Miscioscia (“I beni cit.”, 310) parla di “un rito speciale che deroga a taluni principi fondamentali del processo amministrativo, sotto il profilo della legittimazione a ricorrere, dell’impulso processuale su iniziativa di parte, dell’estinzione del processo”.

La “ratio” delle previsioni considerate sembra consistere nel tentativo di “oggettivare” l’azione esperita⁵⁸, in modo che la tutela dell’interesse paesaggistico sia garantita a prescindere dalla permanenza dell’interesse al ricorso del ricorrente stesso.

Lo scopo è, per così dire, nobile, ma la soluzione appare contraddittoria e irrazionale, concretizzando la violazione degli artt. 3 e 24 Cost..

L’elemento essenziale dell’irrazionalità denunciata sta nel fatto che il ricorso diventa indisponibile da parte del ricorrente – e, quindi, oggettivo e pubblico – solo dopo la sua proposizione, mentre, se vi è ragione di un’azione pubblica, questa preesiste all’azione privata e non sorge in conseguenza dell’esercizio del proprio diritto di azione da parte di un “quivis de populo”. Si noti che nemmeno l’azione popolare, quando configurata, sfugge alla disponibilità di chi l’ha esperita⁵⁹, nel senso che la rinuncia e la dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse o quella di cessazione della materia del contendere precludono la prosecuzione del giudizio e la decisione di merito⁶⁰.

Or dunque, non si può ritenere razionale che l’esigenza oggettiva di tutela di un interesse rimanga legata all’eventuale proposizione dell’azione giudiziale da parte di un privato né può ammettersi che il privato venga “espropriato” del proprio diritto

⁵⁸ A. Angiuli, commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, “Commentario cit.”, 391.

⁵⁹ N. Saitta, “Sistema cit.”, 360-361.

⁶⁰ F. Miscioscia (“I beni cit.”, 311) sostiene: «... in contrasto con il consolidato sistema di giustizia amministrativa esistente nel nostro Paese, a tale giudizio viene attribuito carattere officioso, con previsione di una giurisdizione di tipo obiettivo del giudice amministrativo a presidio dell’interesse pubblico alla tutela del paesaggio».

di azione⁶¹. L'inviolabilità sancita dal II comma dell'art. 24 Cost., infatti, non può non intendersi riferita alla piena disponibilità dello stesso diritto.

Di conseguenza, la disposizione appare irrazionale e lesiva delle prerogative costituzionali del diritto di azione.

A questo proposito, non può non osservarsi come risulti illogica (pure) la mancata previsione della decisione del ricorso anche in caso di perenzione, cioè di mancata presentazione dell'istanza di fissazione dell'udienza di discussione del ricorso entro due anni dal deposito del ricorso stesso nella Segreteria del Giudice Amministrativo ovvero entro due anni dall'esecuzione dell'istruttoria⁶².

Se, infatti, una volta che il ricorso sia stato depositato a termini di legge con la conseguente instaurazione del processo giurisdizionale amministrativo, il diritto di azione deve intendersi sottratto (o sottraibile) al ricorrente, non si vede perché l'inerzia di quest'ultimo (meramente) processuale (e procedurale) possa consentire l'estinzione del giudizio. Il che, nel silenzio della legge e nell'impossibilità di interpretazione analogica o estensiva, è quanto deve, invece, prevedersi di fronte al maturare della perenzione⁶³.

⁶¹ A. Angiuli (commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 392) sostiene: «... si sottrae, pertanto, al privato o al soggetto pubblico o collettivo ricorrente la disponibilità della tutela di un qualsiasi interesse paesaggistico, escludendo in radice il suo potere abdicativo rispetto all'azione proposta».

⁶² N. Saitta, "Sistema cit.", 250.

⁶³ Contra F. Miscioscia, "I beni cit.", 311.

Non meno perplessi lascia la previsione che il cointeressato (cioè chi avrebbe potuto impugnare autonomamente il provvedimento, per esserne leso al pari dell'effettivo ricorrente) possa ricorrere in appello anche se non abbia proposto il ricorso in primo grado⁶⁴.

La previsione sconvolge i principi fondamentali del processo amministrativo, ma anche i principi generali in materia processuale. Come anticipato, infatti, chi è decaduto dall'esercizio del diritto di azione per non aver esperito il ricorso nei sessanta giorni può proporre appello avverso la sentenza di primo grado, così essendo "rimesso in termini" senza che sussista una ragione oggettiva, logica e razionale, che giustifichi il superamento della decadenza del diritto di azione. E, a tutto concedere, bisognerebbe anche chiedersi perché ciò valga in materia di paesaggio e non anche in materia urbanistica o in altra materia riguardante un interesse generale di uguale spessore: quale ragione sarebbe a fondamento di questa discriminazione al punto da renderla costituzionalmente legittima alla luce, "in primis", dell'art. 3 Cost.? Non è dato di vedere tale ragione.

Sul piano della disciplina processuale, peraltro, è legittimo porsi almeno due domande: la legittimazione all'appello sussiste solo se non impugna la sentenza il ricorrente in primo grado o anche qualora impugni anche quest'ultimo? L'appellante-non ricorrente

⁶⁴ Si concorda con A. Angiuli, commento art. 146, in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 392.

in primo grado può proporre solo censure alla sentenza, può riproporre anche i mezzi di gravame assorbiti o non deliberati o può proporre anche motivi nuovi?

La “ratio” della norma, ovverossia la tutela dell’interesse paesaggistico a prescindere dal ricorrente⁶⁵, induce a ritenere che la disposizione legittimi l’appello del non ricorrente di primo grado solo allorché l’appello non venga proposto dal soccombente in I grado, ché solo in questo caso trova una (pseudo) spiegazione la legittimazione del cointeressato non ricorrente.

Per vero, la lettera della legge lascia spazio all’interpretazione più ampia ovverossia consente di affermare la legittimazione ad appellare del non ricorrente di I grado anche allorché il ricorrente abbia proposto o possa ancora proporre appello. Questa ipotesi appare assolutamente più che irrazionale e più che illogica cosicché non sembra potersene ritenere l’ammissibilità per la palesissima contrarietà alla Carta Costituzionale (artt. 3 e 24 Cost.). Per la verità, l’incostituzionalità della disposizione non sembra discutibile anche nell’ipotesi dell’appello del non ricorrente in I grado in assenza dell’appello del soccombente di I grado, ma l’abnormità della fattispecie non è pari a quella dell’altra ed induce a distinguerle.

Del resto, la fattispecie pone anche altri interrogativi.

⁶⁵ A. Angiuli (commento art. 146, in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, “Commentario cit.”, 392) parla di tutela “infortiata” dell’interesse pubblico di natura paesaggistica.

L'appello può essere proposto nell'anno dalla pubblicazione della sentenza anche quando la stessa sia stata notificata al soccombente e questi non abbia proposto l'appello, cosicché per quest'ultimo si sia formato il giudicato? La risposta sembra essere nel senso che l'appello del non ricorrente di I grado sia precluso dal solo decorso del c.d. termine lungo (annuale).

A tale conclusione, spinge l'oggettivazione del ricorso, che è inconciliabile con la rilevanza della notificazione della sentenza di I grado al fine del decorso del c.d. termine breve di impugnazione.

Quest'ultimo istituto, infatti, è tipico del giudizio a impulso di parte e si fonda su un presupposto – la notificazione nel domicilio eletto ai fini processuali o nella Segreteria del T.A.R. – certamente conoscibile solo dall'interessato.

La paradossalità della situazione descritta è talmente evidente, che non abbisogna di ulteriore illustrazione.

Del resto, c'è piena consapevolezza del fatto che l'impugnabilità di una sentenza passata in giudicato è un'ipotesi abnorme, ma questo non è che un ulteriore indizio (non manifestamente infondato) dell'incostituzionalità della disposizione "de qua".

A questo proposito, si sottolinea che non può invocarsi, nel caso, alcuna analogia con l'opposizione di terzo⁶⁶.

Quali censure può proporre l'appellante-non ricorrente di primo grado? La soluzione meno aberrante è quella che ritiene

⁶⁶ Sull'opposizione di terzo e sui limiti di ammissibilità dell'istituto nel diritto amministrativo, si rinvia a N. Saitta, "Sistema cit.", 569 ss..

l'appellante "de quo" legittimato solo a proporre le censure alla sentenza e i mezzi di gravame assorbiti e comunque non delibati in I grado⁶⁷. Una volta ammessa (dalla legge!) la legittimazione all'appello del non-ricorrente, però, non si può nemmeno escludere la possibilità di questi di proporre motivi aggiunti nei limiti consentiti dalla legge⁶⁸.

La legittimazione a proporre l'appello, peraltro, non può che ritenersi riconosciuta dalla norma in esame solo a chi avrebbe avuto interesse ad impugnare l'autorizzazione paesaggistica, cioè all'(originario) cointeressato.

Altro, infatti, alla luce dei principi non può dedursi dall'ultimo capoverso del XI comma dell'art. 146 Codice che, come noto, riconosce il diritto di proporre appello a *"chi sia legittimato a ricorrere avverso l'autorizzazione paesaggistica, anche se non abbia proposto il ricorso di primo grado"* (art. 146, XI comma, Codice)⁶⁹.

⁶⁷ A. Angiuli (commento art. 146, in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 392) sostiene testualmente: «Non sembra, tuttavia, che il riconoscimento di un'autonoma legittimazione ad impugnare in capo a colui che, pur essendo "interessato", non abbia proposto il ricorso in primo grado sia atta a configurare in appello una sorta di giudizio in unico grado, nell'ambito del quale possano essere sollevate nuove censure di legittimità nei confronti del provvedimento impugnato in prime cure: in difetto di diverse previsioni normative, l'appellante non soccombente in primo grado per non aver proposto egli stesso ricorso troverà la materia del contendere già definita nella sentenza sottoposta a gravame».

⁶⁸ Sull'ammissibilità di motivi aggiunti in appello, si rinvia a N. Saitta, "Sistema cit.", 519-520.

⁶⁹ A. Angiuli (commento art. 146, in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 392) parla di "previsione di difficile inquadramento sistematico", rilevando testualmente: «Mentre l'elaborazione giurisprudenziale amministrativa ammette che il legittimo contraddittore pretermesso nel giudizio di primo grado sia legittimato ad impugnare la sentenza conclusiva di quel procedimento giurisdizionale al quale egli non abbia potuto partecipare, fondandosi sulla nozione di "parte in senso sostanziale" spettante a tale soggetto, esclude, invece, decisamente che colui che sia stato leso in una situazione di interesse giuridicamente rilevante e non abbia proposto tempestivo ricorso dinanzi al giudice amministrativo, così incorrendo nella decadenza dal potere di impugnazione, possa gravare la sentenza eventualmente resa in altro giudizio vertente sul medesimo provvedimento amministrativo impugnato da altro ricorrente più diligente».

Da notare, infine, che la norma non esclude, nella genericità della dizione, l'appello di sentenze parziali, sempreché (naturalmente) riguardino la decisione della domanda relativa all'annullamento dell'autorizzazione paesaggistica.

Pure questa fattispecie pone molti problemi; in questa sede si accenna al principale di essi.

Il punto è il seguente: se il ricorrente propone riserva di appello, può ammettersi l'appello del non-ricorrente in I grado?

La risposta sembra dover essere negativa perché l'opposta tesi consentirebbe di interferire sull'esercizio del diritto di azione, al quale il titolare non ha rinunciato, cosicché nemmeno l'interesse paesaggistico, di riflesso garantito, potrebbe dirsi pretermesso.

Per molti altri profili, non si può che rinviare alle osservazioni svolte sull'impugnazione della sentenza definitiva.

La disposizione in esame, come si è visto, consente anche l'appello del non-ricorrente avverso le ordinanze del Tribunale amministrativo regionale. L'indicazione legislativa è generica, e, come tale, certamente riferita anche alle ordinanze emesse nel ricorso cautelare.

Come noto, però, il processo cautelare amministrativo è incidentale, cosicché la sua instaurazione richiede la preventiva costituzione del rapporto processuale principale. La domanda necessitata è la seguente: può proporsi appello avverso l'ordinanza cautelare senza costituirsi nel ricorso principale? La risposta sembrerebbe dover essere positiva. Da un lato, infatti, il

processo principale è certamente ancora instaurato; dall'altro, opinando diversamente, la norma in esame configurerebbe una fattispecie di intervento principale autonomo, che sarebbe figura unica (più ancora che eccezionale) per il processo amministrativo.

Al termine di queste annotazioni problematiche (e non certo definitive), prima di svolgere alcune considerazioni di sintesi rimane un interrogativo.

Il dubbio che residua è se la disciplina "de qua" introduca (pur con qualche palese incongruenza) un'ipotesi di sostituzione processuale, come noto disciplinata dall'art. 81 c.p.c., che stabilisce testualmente: *"Fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui"*⁷⁰.

Il dubbio risulta infondato: nei suddetti casi, infatti, agirebbe un cointeressato, cioè un soggetto legittimato dalla titolarità di un proprio diritto o interesse legittimo. La formulazione dell'art. 146, XI comma, Codice sembra sul punto inequivocabile.

Per vero, si potrebbe obiettare che la situazione di cointeressato non ricorrente in I grado è la "condicio iuris" individuata dalla legge per consentire, nel caso, la sostituzione processuale.

La legge, cioè, ammetterebbe, nel caso di processi amministrativi avverso autorizzazioni paesaggistiche, la sostituzione processuale solo da parte di chi avrebbe potuto

⁷⁰ Per una panoramica sull'istituto si rinvia al commento dell'art. 81 c.p.c. in Carpi-Taruffo, "Commentario breve al Codice di Procedura Civile", Padova 2002, 236 ss..

agire in giudizio in proprio avverso lo stesso provvedimento e per ricercare la stessa utilità del ricorrente.

In questa prospettiva, il soggetto agente tutelerebbe in nome proprio un interesse altrui, essendo il proprio, per quanto giuridicamente identico a quello del ricorrente di I grado, non più azionabile. Questa impostazione, però, “provverebbe troppo” perché, sul piano sostanziale, l'irrazionalità della disposizione e la sua contrarietà all'art. 24 Cost. non resterebbero nemmeno così superate, posto che il cointeressato decaduto verrebbe messo nella condizione di eludere le norme inderogabili riguardanti il diritto di azione e la certezza dei rapporti giuridici.

Le pregresse considerazioni non sono certamente esaustive dei problemi interpretativi ed applicativi posti dall'art. 146, XI comma, D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42, ma evidenziano anche il limite di una disciplina parziale e criptica riguardante una fattispecie che, per le sue peculiarità, avrebbe dovuto essere frutto di una regolamentazione organica, tale da evitare le incongruenze e, prima ancora, i (non manifestamente infondati) contrasti con i dettati costituzionali.

Il tema, se ben si coglie, è quello di assicurare la tutela dell'interesse – pubblico e primario – di natura culturale e paesaggistica (artt. 2, 131, 134 e 146 Codice), soprattutto una volta che il potere di annullamento ministeriale è stato abolito e che, quindi, non è più contemplato quel “potere di cogestione” dei valori paesistici, che, per quanto limitato ai soli profili di

legittimità⁷¹, permetteva comunque la “supervisione” ministeriale, cioè di un organo, quanto meno, in grado di valutare più oggettivamente la situazione⁷².

Se così è, la scelta del legislatore è intrinsecamente contraddittoria, sia perché non vi è perfetta coincidenza tra l'interesse privato leso dall'autorizzazione paesaggistica e l'interesse pubblico in materia, sia perché l'azione del privato non può essere, conseguentemente, fungibile per la tutela dell'interesse pubblico, nemmeno quando è azione esperita da associazioni legittimate a tutelare interessi diffusi.

Una volta riconosciuta l'esigenza di difesa dell'interesse (pubblico) paesaggistico, non può che prefigurarsi una fattispecie di azione “ad hoc”, predefinita per legge nei suoi presupposti, nei poteri delle parti e nei rapporti con le azioni dei privati. Diversamente, se la tutela dell'interesse viene affidata alla legittimazione del Ministero per i beni e le attività culturali ad esperire il ricorso ordinario, non si possono introdurre modifiche così parziali, senza determinare insanabili contraddittorietà giuridico-costituzionali.

- 8) Una delle questioni, emersa in sede di prime valutazioni sulla riforma del 2004 e destinata ad assumere un importante rilievo pratico, è costituita dal rapporto tra l'art. 159 (“Procedimento di autorizzazione in via transitoria”) e l'art. 146 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42.

⁷¹ Vedasi, per tutti, Cons. St. Ad. Plen. 14 dicembre 2001 n. 9, in Cons. St. 2001, I, 2585.

⁷² G.F. Cartei, “L'autorizzazione cit.”, 1267-1268.

La prima disposizione si risolve in una serie di deroghe alla disciplina dell'autorizzazione paesaggistica contenuta nell'art. 146 Codice, valide "fino all'approvazione dei piani paesaggistici, ai sensi dell'art. 156 ovvero ai sensi dell'art. 143 ed al conseguente adeguamento degli strumenti urbanistici ai sensi dell'articolo 145" (art. 159, I comma).

Tali deroghe possono così sintetizzarsi:

- a) la P.A. competente al rilascio del provvedimento autorizzatorio deve pronunciarsi entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla presentazione della richiesta di rilascio, decorso il quale è "facoltà" dell'istante chiedere l'autorizzazione paesaggistica alla competente Soprintendenza, anch'essa chiamata a pronunciarsi entro sessanta giorni (art. 146, II e IV comma);
- b) dell'autorizzazione rilasciata deve essere data immediata comunicazione alla Soprintendenza competente e alla stessa va trasmessa copia anche della documentazione e degli accertamenti effettuati (art. 146, I comma);
- c) il Ministero per i beni e le attività culturali può annullare, con provvedimento motivato, l'autorizzazione paesaggistica entro i sessanta giorni successivi alla ricezione della relativa, completa documentazione (art. 146, III comma)⁷³-

74 .

⁷³ Entrambi i termini possono essere sospesi per una sola volta per la richiesta di integrazione documentale ovvero per l'effettuazione di accertamenti tecnici.

⁷⁴ Il V comma dello stesso art. 146 Codice, infine, stabilisce il divieto di rilasciare le autorizzazioni paesaggistiche per i beni oggetto di provvedimenti adottati ai sensi

Qual è la portata dell'art. 159?

Le tesi avanzate sono due.

Da un lato, si sostiene⁷⁵ che la disposizione abbia valore meramente procedimentale; dall'altro, si sostiene che vi siano due regimi distinti e diversi: quello ordinario (art. 146 Codice) e quello transitorio (art. 159 Codice)⁷⁶.

La disputa non è meramente accademica.

Come è stato giustamente sottolineato, infatti, "l'interpretazione ministeriale sui rapporti tra l'art. 146 e l'art. 159 supporta l'immediata applicabilità della previsione di cui al X comma, lett. c, dell'art. 146 (divieto di autorizzazioni paesaggistiche postume)"⁷⁷.

Al riguardo, pare di poter fondatamente osservare che l'interrogativo di fondo per l'interprete debba essere quello relativo alla funzione attribuita dal legislatore all'art. 159 rispetto all'art. 146 del Codice.

In questa prospettiva, un elemento molto importante è, senz'altro, rappresentato dalla natura transitoria dell'art. 159, essendo notorio che la funzione delle disposizioni transitorie è quella di dettare la disciplina di passaggio dal vecchio al nuovo

dell'articolo 1-quinquies del decreto legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito con modificazioni nella legge 8 agosto 1985 n. 431 e pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data anteriore al 6 settembre 1985. Il divieto è vigente fino all'approvazione dei piani paesaggistici.

⁷⁵ La posizione è sostenuta dal Ministero per i beni e le attività culturali nella circolare interpretativa 56/04/24664 del 19 luglio 1994, rinvenibile al link www.bap.beniculturali.it/organizzazione/circolari.

⁷⁶ G.F. Cartei, "L'autorizzazione cit.", 1268; D. Sandroni, commento art. 146 in R. Pamiozzo, "Il Codice cit.", 670.

⁷⁷ A. Angiuli, commento art. 146 in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 386.

regime. In quanto tale, il tipo di norma in esame non è, per definizione, nettamente alternativo alla nuova regolamentazione, pur se deve procedersi, in concreto, all'analisi caso per caso.

Or dunque, nell'ipotesi in esame, da una parte la nuova disciplina dell'autorizzazione paesaggistica richiede la piena vigenza dei piani paesaggistici, come evidenzia, "in primis", il V comma dell'art. 146 D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42⁷⁸; dall'altra, l'art. 159 si limita ad introdurre quei correttivi alla regolamentazione dell'art. 146 che sono necessitati proprio dalla mancata vigenza dei piani di cui all'art. 143 Codice.

La conclusione da trarsi sul piano ermeneutico è, pertanto, che l'art. 146 si applichi là dove non derogato in via transitoria dall'art. 159, con la conseguenza che deve intendersi vigente fin dall'entrata in vigore del Codice in esame il divieto di autorizzazioni in sanatoria nei limiti e nei termini della lett. c) del X comma dell'art. 146⁷⁹.

⁷⁸ A. Angiuli, commento art. 146, in A. Angiuli-V. Caputi Jambrenghi, "Commentario cit.", 386-387

⁷⁹ **Il 18 novembre 2005 il Consiglio dei Ministri ha deliberato uno schema di decreto legislativo recante modificazioni al D.Lgs. 22 gennaio 2004 n. 42.**

Nel momento (20 dicembre 2005) in cui si licenzia questo scritto il provvedimento legislativo è ancora in itinere.

Ciò non di meno, pare opportuno segnalare le più importanti novità riguardanti l'autorizzazione paesaggistica.

Il nuovo comma III dell'art. 146 prevede che le Regioni possano ordinariamente delegare la competenza autorizzatoria alle Province, mentre i Comuni potranno essere delegati solo qualora sia stato approvato il piano paesaggistico ai sensi dell'art. 143, III comma, e siano stati adeguati a quest'ultimo gli strumenti urbanistici comunali.

Il nuovo comma VII dell'art. 146 prevede che la proposta di rilascio o di diniego dell'autorizzazione paesaggistica sia trasmessa al Soprintendente e non più alla Soprintendenza, con ciò individuando l'organo competente nel vertice della struttura soprintendentizia.

Al parere del Soprintendente è attribuita efficacia vincolante e non più meramente obbligatoria, con la sola eccezione dell'esistenza di un piano paesaggistico approvato ai sensi del III comma dell'art. 143 Codice.

In base al novellato IX comma dell'art. 146, nel caso in cui la richiesta di autorizzazione paesaggistica vada respinta, deve inviarsi il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'art. 10 bis L. 7 agosto 1990 n. 241 e succ. mod. ed integr..

L'autorizzazione è definito atto "autonomo" e non più semplicemente distinto rispetto ai titoli abilitativi "edilizi".

Il provvedimento autorizzatorio diviene efficace dopo "trenta" giorni e non più dopo venti (XI comma art. 146).

Il divieto di autorizzazione in sanatoria è derogato, giusta il combinato disposto dei novellati XII comma dell'art. 146 e dei commi IV e V dell'art. 167.

Si riportano "ex professo" queste due ultime disposizioni:

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

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

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