

CASTELFRANCO VENETO, 29 novembre 2013

**“LA SEMPLIFICAZIONE PROCEDURALE PER GLI INTERVENTI SU IMMOBILI
SOTTOPOSTI A VINCOLO PAESAGGISTICO”**

di RAFFAELLA RAMPAZZO

Le misure di semplificazione, introdotte dal Legislatore nazionale, riguardano anche il codice dei beni culturali e del paesaggio (in prosieguo Codice) che, com'è noto, contiene la disciplina per i lavori interessanti gli immobili che sono sottoposti a vincolo paesaggistico.

I margini di intervento erano assai limitati, poiché la materia è già disciplinata nel dettaglio, si consideri, infatti, che tutti lavori, che interessano un immobile in area vincolata, hanno una loro disciplina di riferimento, inclusi quelli di lieve entità, che nel D.P.R. 9 luglio 2010 n.139, emanato in attuazione del comma 9 dell'art. 146 del Codice, trovano un autonomo procedimento, semplificato, di autorizzazione.

Già solo l'elenco dei lavori di lieve entità, contenuto nell'allegato 1 del D.P.R. n.139 del 2010, dà l'idea di come il Legislatore sia ora intervenuto in modo pressoché chirurgico nella delicata materia della tutela dei valori paesaggistici.

Ciononostante, gli interventi di cosiddetta semplificazione ci sono e non sono marginali.

Per quanto qui interessa, il Legislatore è intervenuto sulle disposizioni che regolano l'efficacia, la durata del procedimento e il procedimento stesso dell'autorizzazione paesaggistica, disciplinata dall'art. 146 del Codice.

Detto articolo ha subito negli ultimi due anni molteplici modificazioni, dalle quali traspaiono i timori del Legislatore di ampliare i margini di azione sia del soggetto istante sia dell'Amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione stessa, in considerazione del fatto che il paesaggio è un bene primario assoluto, rispondente ad un interesse pubblico preminente, la cui tutela è costituzionalmente garantita (art. 9 II comma della Costituzione) e quindi avente un rango superiore rispetto ai piani urbanistici che disciplinano il territorio e la relativa edificazione.

Cominciamo con l'esaminare le novità relative all'efficacia dell'autorizzazione.

Va detto che in ordine all'efficacia, una prima modifica è stata introdotta dal D.L. 13 maggio 2011 n. 70, cosiddetto decreto sviluppo, convertito in legge del 12 luglio 2011 n. 106, che ha modificato il comma 11 dell'art. 146, eliminando la previsione di efficacia dell'autorizzazione decorsi 30 giorni dopo il suo rilascio.

E' evidente che tale modificazione ha lo scopo di accelerare l'inizio dei lavori, di modo che l'interessato non debba attendere un mese prima di intraprenderli.

V'è da considerare tuttavia che dal momento che l'autorizzazione paesaggistica è un atto presupposto al titolo abilitativo edilizio (comma 4 art. 146) anche se è immediatamente efficace, l'interessato deve comunque attendere il titolo abilitativo edilizio, pertanto il vantaggio dell'immediata efficacia dell'autorizzazione paesaggistica è in definitiva marginale.

Indipendentemente dal momento in cui l'autorizzazione paesaggistica consegue l'efficacia, vi potrebbe essere anche il caso in cui il titolo abilitativo edilizio si formi molto dopo l'autorizzazione, e nelle more il termine di decadenza della sua efficacia continua a correre, con la conseguenza, anche se remota, ma non da escludersi, che l'autorizzazione paesaggistica potrebbe decadere prima ancora che si formi il titolo edilizio, imponendo al destinatario così di fornirsi di una nuova autorizzazione.

Il decreto del fare del 21 giugno 2013 n. 69 convertito in L. 9 agosto 2013 n.98, pubblicata in G.U. 20 agosto 2013, è a sua volta intervenuto sull'efficacia dell'autorizzazione paesaggistica.

Com'è noto, il comma 4 dell'art. 146 stabiliva che l'autorizzazione è efficace per un periodo di 5 anni, scaduto il quale, senza che i lavori fossero ultimati, per la loro prosecuzione doveva intervenire una nuova autorizzazione.

Il D.L. n. 69 del 2013 ha ritenuto superfluo che debba essere ripercorso l'iter procedimentale dell'autorizzazione scaduta prima dell'ultimazione dei lavori, e ha previsto che, nel caso in cui i lavori siano intrapresi nel quinquennio, l'efficacia dell'autorizzazione è prorogata per un ulteriore periodo di 12 mesi, questo, evidentemente, sulla considerazione che la funzione del controllo della compatibilità con i valori tutelati è già stata positivamente esercitata.

In sede di conversione del D.L. n. 69 del 2013, in uno slancio di ottimismo, il Legislatore ha protratto l'efficacia dell'autorizzazione per tutta la durata dei lavori, purché iniziati entro il quinquennio dal rilascio.

Senonché a distanza di poco più di un mese dall'entrata in vigore della Legge di conversione del decreto del fare, (avvenuta il 21 agosto 2013) il Legislatore ci ha ripensato, e con l'art. 3 - *quater*, comma 1, della L. 7 ottobre 2013 n. 112, di conversione del D.L. 8 agosto 2013 n.91, cosiddetto decreto cultura, ha modificato sul punto il decreto del fare, stabilendo: "all'articolo 146, comma 4, del codice di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e successive modificazioni, l'ultimo periodo è sostituito dal seguente: *«I lavori iniziati nel corso del quinquennio di efficacia dell'autorizzazione possono essere conclusi entro, e non oltre, l'anno successivo la scadenza del quinquennio medesimo»*».

Il Legislatore evidentemente si è reso conto che l'autorizzazione paesaggistica, secondo l'originaria formulazione della norma, avrebbe potuto consentire l'esecuzione dei lavori a tempo indeterminato.

V'è un'ulteriore intervento che riguarda l'efficacia dell'autorizzazione, sempre ad opera della legge 7 ottobre 2013 n. 112, di conversione del decreto cultura D.L. 8 agosto 2013 n. 91 (entrata in vigore il 9 ottobre) che ha aggiunto all'art. 30, comma 3, del D.L. n. 69 del 2013 convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98, il seguente periodo: *«E' altresì prorogato di tre anni il termine delle autorizzazioni paesaggistiche in corso di efficacia alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.»*

E' stata così introdotta una proroga triennale delle autorizzazioni in corso di validità già rilasciate alla data del 21 agosto 2013, data, come si è detto, di entrata in vigore della L. 9 agosto 2013 n. 98 (Gazzetta Ufficiale 20 agosto) di conversione del D.L. 21/6/2013 n. 69 decreto del fare.

Il decreto del fare è intervenuto inoltre sul procedimento dell'autorizzazione paesaggistica.

Anche per il procedimento, una prima significativa modificazione all'ultima parte del comma 5 dell'art. 146 è stata introdotta dal D.L. 13/5/2011 n. 70, decreto sviluppo, convertito in L. 12/7/2011 n. 106, che è intervenuto sulla valenza del parere della Soprintendenza stabilendo che "il parere del Soprintendente assume natura obbligatoria e non vincolante all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi dell'art. 140, comma 2, 141, comma 1, 141 bis e 143, comma 1, lettere b) c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero, su richiesta della regione interessata, dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici".

Sempre il decreto sviluppo aveva stabilito che nel caso in cui il parere non fosse reso dalla Soprintendenza nel termine di 90 giorni dalla ricezione degli atti, doveva considerarsi favorevole.

L'ultima parte di tale comma è stata ora sostituita dall'art. 39 del D.L. 21 giugno 2013 n. 69, convertito con modificazioni in legge 9 agosto 2013 n. 98 (decreto del fare) che ha mantenuto la natura obbligatoria e non vincolante del parere della Soprintendenza, aggiungendo che esso deve essere reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di 45 giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione".

Vi sono tre rilevanti differenze introdotte all'ultima parte del comma in esame dal decreto del fare rispetto alla L. n. 106 del 12/7/2011 di conversione del decreto sviluppo D.L. 13 maggio 2011 n. 70.

La prima consiste in un'oggettiva accelerazione del procedimento, infatti il termine assegnato alla Soprintendenza viene dimezzato ed è ridotto da 90 a 45 giorni, analogamente al termine previsto dal comma 8 dello stesso art. 146.

La seconda differenza riguarda i margini di discrezionalità della Soprintendenza che deve rendere il parere nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico e infine la terza toglie valenza al silenzio della Soprintendenza che non deve più intendersi come parere favorevole, ma semplicemente comporta la perdita del relativo potere, con la conseguenza che la determinazione sul rilascio dell'autorizzazione paesaggistica è rimessa all'Amministrazione attiva, cioè alla Regione e quindi agli enti locali delegati.

Il decreto del fare riduce dunque i margini di discrezionalità della Soprintendenza che deve rendere il proprio parere nel rispetto delle prescrizioni d'uso contenute nella dichiarazione di interesse pubblico paesaggistico dei beni che rientrano nell'elenco dell'art. 136, e nel rispetto delle prescrizioni dei piani paesaggistici, che siano state ovviamente approvate e recepite dagli strumenti urbanistici.

Viene così previsto un parametro di riferimento al quale ricondurre l'attività di verifica di compatibilità paesaggistica, e questo non è di poco conto se si considerano i risvolti di carattere processuale, perché, se il parere deve essere reso nel rispetto di determinate prescrizioni paesaggistiche, allora, in tal caso, il parere può essere oggetto del sindacato di legittimità del Giudice, il cui parametro di riferimento è dato dalle suddette prescrizioni.

Con il decreto del fare, il Legislatore ha introdotto un'altra significativa modificazione del comma 5 dell'art. 146, prevedendo che decorsi 45 giorni dalla ricezione degli atti, senza che la Soprintendenza abbia reso il parere, l'Amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione.

Il Legislatore ha quindi tolto ogni valenza al silenzio della Soprintendenza, attribuendo all'Amministrazione regionale, e quindi gli enti delegati, il potere di pronunciarsi sulla domanda, previa ovviamente la verifica del rispetto delle prescrizioni paesaggistiche, prescindendo dal parere ancorché obbligatorio della Soprintendenza.

Questa modifica ha risvolti significativi.

Si consideri infatti che il decreto sviluppo n. 70 del 13 maggio 2011, convertito in L. 12 luglio 2011 n. 106, aveva introdotto una previsione immediatamente favorevole all'istante, perché qualificava il silenzio della Soprintendenza come parere favorevole, e questo era coerente con il sistema che prevede, appunto, il parere obbligatorio. Infatti nonostante la mancanza del parere, esso doveva intendersi formato per silenzio, quindi, in quanto esistente, soddisfaceva il requisito dell'obbligatorietà e al contempo integrava il presupposto del titolo edilizio, richiesto dal quarto comma dell'art. 146.

Con l'ultima modifica, l'Amministrazione attiva deve ora determinarsi in mancanza del parere.

Questo potere è previsto però solo nei casi in cui gli immobili soggetti a vincolo sono corredati di specifiche prescrizioni, o perché soggetti a puntuale dichiarazione di interesse pubblico paesaggistico ai sensi dell'art. 140 o perché soggetti alle prescrizioni dei piani paesaggistici, e quindi si tratta di un potere da esercitare nel rispetto di dette prescrizioni, in merito al quale si ritiene che non sia necessario la partecipazione della Soprintendenza nel caso in cui questa non abbia ravvisato di rendere il proprio parere.

Il legislatore ha introdotto una disposizione che attribuisce ora maggiori poteri all'Amministrazione competente al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, che non è più condizionata dal parere della Soprintendenza nel caso in cui non venga reso.

Infatti, in seguito alla concentrazione in capo alla Regione e quindi in via delegata agli enti locali delle funzioni sia urbanistiche che di tutela del paesaggio, col D.P.R. n. 616 del 1977, l'Amministrazione dello Stato aveva un potere di controllo limitato alla sola legittimità dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata dall'ente locale, con esclusione di qualsivoglia controllo di merito.

Tale forma di partecipazione dell'Amministrazione statale alla gestione della funzione delegata alle Regioni della tutela paesaggistica è stata ritenuta insoddisfacente, all'esito dell'esercizio per oltre vent'anni di detta funzione da parte degli enti delegati, sia forse per la mancanza di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecniche scientifiche e di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica e attività inerente al governo del territorio, sia anche per l'oggettiva mancanza di parametri di riferimento, considerato che i piani paesaggistici non sempre esistevano oppure le relative norme avevano contenuti piuttosto vaghi.

Con il Codice dei beni Culturali e del Paesaggio, intervenuto dopo la modifica dell'art. 118 della Costituzione, sostituito, com'è noto, dall'art. 5 della L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, si è introdotto un radicale cambiamento di prospettiva e sono state infatti consolidate le prerogative statali, con il recupero delle funzioni di verifica dell'effettiva compatibilità del progetto con i valori paesaggistici oggetto di tutela, mentre nel contempo gli enti locali delegati dalle Regioni sono stati obbligati a dotarsi di adeguate competenze tecniche scientifiche per esercitare la funzione autorizzatoria.

Passato il regime transitorio, disciplinato dall'art. 159 del Codice dei beni Culturali e del paesaggio, il potere della Regione e degli enti locali delegati di rilascio dell'autorizzazione è stato assoggettato al previo parere obbligatorio e vincolante della Soprintendenza.

In questo quadro si inserisce ora la norma del decreto del fare che riattribuisce alla Regione e quindi agli enti delegati provvisti di adeguate competenze, come prevede del resto il 6° comma dell'art. 146, il potere di rilasciare l'autorizzazione anche in mancanza del parere della Soprintendenza.

Questi interventi legislativi sono stati introdotti in vista del raggiungimento del dichiarato obiettivo di rilanciare l'economia che, nel settore edilizio, passa anche attraverso il recupero del patrimonio edilizio esistente.

Sappiamo che nel patrimonio edilizio esistente vi sono costruzioni che si trovano in aree paesaggisticamente vincolate, prive del tutto o parzialmente della relativa autorizzazione.

Non è facile fare una stima dell'entità delle costruzioni in questa situazione, ma considerato che il nostro territorio è caratterizzato da un gran numero di aree soggette a vincolo paesaggistico, si pensi solo all'elenco di quelle tutelate *ex lege* (art.142) è ben possibile che l'entità delle costruzioni che sono sfuggite al controllo sia alquanto rilevante.

E' quindi evidente che il recupero, in termini di legittimità, di dette costruzioni contribuirebbe al raggiungimento degli obiettivi perseguiti del legislatore, perché significherebbe anche recupero edilizio nelle più svariate declinazioni (ristrutturazioni, ampliamenti risanamenti, risparmi energetici, ecc..).

Senonché, com'è noto, per dette costruzioni il recupero non è possibile, perché il quarto comma dell'art. 146 stabilisce che fuori dai casi di cui all'art. 167, commi 4 e 5 (vale a dire, sostanzialmente, lavori che non creano superfici utili o volumi o che non aumentano quelli già realizzati) l'autorizzazione in sanatoria non può essere rilasciata. Tale disposizione dell'art. 146, al di là delle problematiche sorte in ordine alla sua immediata applicazione, e al temperamento del suo rigore con i correttivi del D.lgs. 24 marzo 2006 n. 157 e D.lgs. n. 63 del 26 marzo 2008, esclude dunque la cosiddetta sanatoria postuma, quasi volesse sancire, una volta per tutte, che una costruzione senza autorizzazione è assiomaticamente incompatibile con il valore paesaggistico tutelato.

In realtà, il fatto che una costruzione sia priva di autorizzazione paesaggistica non esclude che sia compatibile con il bene protetto, né è preclusa la verifica della compatibilità che può essere condotta *ex post* consentendo peraltro di percepire appieno il tipo di impatto che la costruzione comporta sul bene protetto.

Prima del Codice, la giurisprudenza del Consiglio di Stato riconosceva legittimo il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in sanatoria delle costruzioni realizzate senza tale titolo, previa verifica di compatibilità con il valore tutelato, semplicemente perché rispondente alla necessità di conformare l'azione della pubblica amministrazione ai

principi di buon andamento, proporzionalità e ragionevolezza, la cui applicazione esclude l'inutile distruzione di un bene, se alla mancanza dell'autorizzazione non corrisponde un'effettiva incompatibilità con il vincolo paesaggistico.

Lo stesso Consiglio di Stato peraltro aveva avuto cura di precisare che il rilascio della sanatoria *ex post* non significa equiparare la costruzione senza autorizzazione a quella che invece ne è dotata, perché il fatto illecito esiste e l'autorizzazione in sanatoria non esclude, anzi comporta, l'irrogazione contestuale della sanzione amministrativa (cfr. *ex multis*, Consiglio di Stato, sez VI, 22 settembre 2006 n. 5574, in *Riv. giur. edil.*, 2007, I, 237).

Il divieto introdotto dall'art. 146 va rapportato al momento in cui è stato introdotto, quando il controllo della compatibilità paesaggistica era esercitato dagli enti locali, spesso privi di strutture con adeguata preparazione tecnica e in mancanza di parametri normativi di riferimento, attesa la diffusa mancanza dei piani paesaggistici, e in un periodo in cui non era neppure chiaro che cosa si dovesse intendere per paesaggio, la cui definizione, contenuta nell'art. 131 del Codice, è stata introdotta con il D.lgs. del 26 marzo 2008 n. 63.

Dall'entrata in vigore del Codice sono passati quasi 10 anni, ci sono i piani paesaggistici, le Amministrazioni locali delegate al rilascio dell'autorizzazione sono in grado di svolgere la funzione di controllo, vi è infine una diversa, generalizzata sensibilità.

In presenza di questo mutato quadro, è sempre più sentita pressante l'esigenza che in qualche modo si intervenga sul divieto di sanatoria sancito dall'art. 146.

In attesa che il legislatore nazionale ponga rimedio, vi sono dei primi segnali di intervento del Giudice Amministrativo, anche sollecitato dalla dottrina, che si è posto il problema della compatibilità della norma con l'ordinamento comunitario.

Recentemente il T.A.R. della Sicilia – Palermo, sez. I, con ordinanza n. 802 del 10 aprile 2013 ha sottoposto alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la seguente questione: se l'art. 17 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione, e il principio di proporzionalità come principio generale del diritto dell'Unione Europea, ostino all'applicazione di una normativa nazionale che, come l'art. 167, comma 4, lett. a), del decreto legislativo n.42 del 2004, esclude la possibilità del rilascio di una autorizzazione paesaggistica in sanatoria per tutti gli interventi umani comportanti l'incremento di superfici e volumi, indipendentemente dall'accertamento concreto della compatibilità di tali interventi con i valori di tutela paesaggistica dello specifico sito considerato.

In effetti la semplificazione che il Legislatore mostra di voler perseguire dovrebbe portare anche alla logica conseguenza che non debba essere demolita una

costruzione che, pur se non sottoposta alla verifica della compatibilità con il vincolo paesaggistico al momento della sua realizzazione, venga sottoposta alla verifica stessa in un momento successivo e la superi positivamente.

Lo stesso discorso vale anche per l'altro fondamentale obiettivo perseguito dal Legislatore, il rilancio dell'economia, che pure riesce difficile conciliare con una norma draconiana che impone la distruzione indiscriminata di beni economici mancanti del titolo autorizzativo, che pur potrebbero conseguire (a meno che non si intenda per rilancio dell'economia la moltiplicazione delle opere che prima si costruiscono, poi si demoliscono e infine si ricostruiscono).