

L'autorizzazione paesaggistica. Riflessioni sulla gestione del vincolo a margine della l.r. Emilia-Romagna 23/2009

Patrizia Marzaro

Sommario

1. Premessa – 2. Le nuove complessità nell'autorizzazione paesaggistica – 3. L'autorizzazione paesaggistica nella l.r. 23/2009 – 3.1. Alcune problematiche sostanziali e procedurali – 4. La gestione del vincolo – 5. Il potere autorizzatorio tra i diversi livelli di competenza territoriale – 6. Uno sguardo alla legislazione regionale in materia.

1. Premessa

Al pari di quanto già avvenuto in passato con altri interventi di normazione, degni di nota per l'intento di sistemazione organica e di continuo aggiornamento della disciplina¹, anche per la legge regionale 23/2009, recante norme in materia di tutela e valorizzazione del paesaggio e modifica della legge regionale 24 marzo 2000, n. 20, "Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio"², va sottolineata preliminarmente la medesima attenzione del legislatore dell'Emilia-Romagna nel cercare di fornire un quadro chiaro e completo della

(1) Un riferimento esemplare in questo senso può essere costituito dalla normativa in materia di governo del territorio, oggetto di un attento lavoro di disciplina organica e di aggiornamento delle fattispecie e di sistemazione complessiva della materia, che trova oggi la propria sintesi formale nel *Testo coordinato delle principali leggi sul governo del territorio*, che raccoglie al proprio interno rispettivamente: la legge 3 luglio 1998, n. 19, "Norme in materia di riqualificazione urbana", la legge 24 marzo 2000, n. 20, "Disciplina generale sulla tutela e l'uso del territorio", la legge 25 novembre 2002, n. 31, "Disciplina generale dell'edilizia", la legge 19 dicembre 2002, n. 37, "Disposizioni regionali in materia di espropri", la legge 21 ottobre 2004, n. 23, "Vigilanza e controllo dell'attività edilizia e applicazione della normativa statale di cui all'art. 32 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. in l. 24 novembre 2003, n. 326".

(2) Formalmente la citata legge 23/2009 va ad integrare la legge 20/2000, inserendo il titolo III-bis "Tutela e valorizzazione del paesaggio".

disciplina in materia. Ciò appare ancora più apprezzabile in un ambito che presenta caratteristiche peculiari e delicate, posto a cavallo tra i commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost., diviso tra competenza legislativa esclusiva e concorrente di Stato e Regione, e finalizzato ad una sistemazione organica della disciplina all'interno della Regione, che persegue la "valorizzazione" delle funzioni di amministrazione del paesaggio³ a tutti i livelli territoriali.

Sotto quest'ultimo profilo, in particolare, la disciplina regionale dell'autorizzazione paesaggistica, ovvero della gestione del vincolo paesaggistico, con la delega della potestà autorizzatoria conferita ai Comuni – o alle Unioni di Comuni – pare anzitutto presentare una propria coerenza con il sistema complessivo attraverso il quale viene attuata la tutela del paesaggio in ambito regionale.

Esso, infatti, si snoda attraverso tutti i livelli della pianificazione urbanistico-territoriale, dal PTPR – investito dal Codice Urbani della funzione di tutela del paesaggio in sede congiunta Stato-Regione – al PTCP, il quale, *ex art. 40-nonies* l.r. 20/2000, "attua i contenuti e le disposizioni del PTPR, specificandoli e integrandoli in riferimento alle caratteristiche paesaggistiche, storiche e culturali del territorio provinciale", mentre nel successivo art. 40-*decies* i Psc ulteriormente "provvedono a specificare, approfondire e attuare i contenuti e le disposizioni del PTPR e perseguono gli obiettivi di qualità paesaggistica da questo indicati". Non a caso, peraltro, il precedente art. 40-*bis*, nel dettare in apertura i principi generali per la tutela e la valorizzazione del paesaggio, dopo aver sancito, al comma 2, che "nel rispetto dei principi di sussidiarietà, adeguatezza e differenziazione, la Regione, gli enti locali e le altre amministrazioni pubbliche, ciascuna nell'ambito della propria competenza, contribuiscono alla tutela, alla valorizzazione e alla gestione sostenibile del paesaggio", prosegue al comma 4 con l'affermazione che "la tutela del paesaggio è garantita dal sistema degli strumenti di pianificazione paesaggistica, costituito dal Piano

(3) Sulla configurazione di una funzione generale di amministrazione, del paesaggio, sia consentito il rinvio a P. MARZARO, *La "cura" ovvero l'amministrazione del paesaggio: livelli, poteri e rapporti tra enti nella riforma del 2008 del Codice Urbani (dalla concorrenza dei poteri alla paralisi dei poteri?)*, in *Riv. giur. urb.*, 2008, p. 423 ss.

territoriale paesaggistico regionale (PTPR), nonché dai Piani territoriali di coordinamento provinciale (PTCP) e dai Piani strutturali comunali (Psc) che diano attuazione al piano regionale, in coerenza con i caratteri connotativi dei contesti paesaggistici locali. I PTCP specificano, approfondiscono e integrano le previsioni del PTPR, senza derogare alle stesse, coordinandole con gli strumenti territoriali e di settore incidenti sul territorio”.

È evidente che i Comuni – specialmente quando sarà entrato a regime questo complesso sistema di riempimento dei vincoli con la definizione complessiva del c.d. statuto dei luoghi⁴ ad opera degli strumenti pianificatori, nel rispetto delle scelte effettuate in sede di pianificazione congiunta Stato-Regione *ex* artt. 143 e 145 d.lgs. 42/2004 e di quello che è stato definito dalla giurisprudenza costituzionale un vero e proprio principio di sovraordinazione gerarchica della pianificazione paesaggistica rispetto agli strumenti urbanistico-territoriali, oltre che ai piani di settore⁵ – attraverso questo filtro di parametri a formazione integrata e nel rispetto del principio di adeguatezza e differenziazione, saranno in grado di porsi come attori primari nell’attuazione della tutela in sede di gestione del vincolo.

2. Le nuove complessità nell’autorizzazione paesaggistica

Ciò in realtà non significa che oggi, invece, il ruolo di tali enti sia così ridotto. Tuttavia, per poterne comprendere appieno la portata – in un quadro generale che prescinde invero dalla dimensione strettamente regionale della legge 23/2009, ma che ne costituisce il presupposto necessario – esso va necessariamente collocato in una prospettiva plurima, che si presenta indubbiamente come un fattore di complessità della materia e che prende le mosse da una considerazione generale che ne sta alla base, ovvero dal fatto che ci troviamo di fronte ad un interesse, quello paesaggistico, che costituisce valore primario e assoluto dell’ordinamento, rimesso *in primis* allo Stato *ex* art. 117,

(4) Così G. SANTANGELO, *Paesaggio e governo del territorio: profili introduttivi sulla legge*, in questo stesso Quaderno.

(5) Cfr. sul punto Corte cost., 30 maggio 2008, n. 180, in *Consulta Online*, www.giurcost.org.

secondo comma, lett. s) Cost.⁶ – e per esso disciplinato dal Codice – ma che, al contempo, la finalità di tutela del paesaggio, sempre nel rispetto del limite dell'inderogabilità degli standard di protezione uniformi, costituisce compito trasversale della Repubblica *ex art. 9 Cost.*, e si distribuisce dunque su tutti i livelli dell'amministrazione⁷.

Trattare quindi dell'autorizzazione paesaggistica oggi, alla luce della disciplina "combinata" statale e regionale, presenta vari livelli di complessità (e di complicazione) dei quali si deve tenere conto in via generale.

Anzitutto va chiarito che l'apporto normativo regionale può essere prettamente organizzativo e non altrimenti; e infatti l'art. 40-*undecies* della legge in esame, con una scelta di tecnica normativa molto chiara, apre con un rinvio complessivo agli artt. 146, 147 e 159 del Codice per ciò che concerne "il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica".

Ferma restando la disciplina statale del procedimento di rilascio, ciò che compete al legislatore regionale è soprattutto la regolamentazione dei profili organizzatori della gestione del vincolo – dalla quale senza dubbio dipende buona parte del peso assunto dai Comuni – oltre all'eventuale completamento, in chiave di ulteriore dettaglio, di profili procedurali ulteriori rispetto a quelli regolati dal Codice; e dunque nella disciplina dell'autorizzazione paesaggistica ci si muove su dimensioni normative diverse, che portano alla combinazione della parte procedimentale riservata allo Stato con quella più schiettamente organizzativa, rimessa dal Codice all'autonomia della Regione, in particolare dal comma 6 dell'art. 146, sull'adeguatezza e la differenziazione delle strutture delegate all'esercizio della funzione autorizzatoria, e dal successivo art. 148, sulle Commissioni locali per il paesaggio.

Ma, ciò posto, è in via generale che la disciplina autorizzatoria si presenta come intrinsecamente mobile e variabile, con il conseguente spostamento del ruolo degli enti territoriali locali in una posizione di

(6) Questi profili sono bene sintetizzati da Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, in *Consulta Online*, www.giurcost.org.

(7) Su questi aspetti si vedano ancora Corte cost., 16 giugno 2005, n. 232; 29 gennaio 2005, n. 62; 5 maggio 2006, n. 182; 27 giugno 2008, n. 232; 29 ottobre 2009, n. 272, in *Consulta Online*, www.giurcost.org.

maggiore o minor peso, in ragione del grado di attuazione della tutela dell'interesse paesaggistico che si sia raggiunto in un certo momento storico (e in un certo luogo) e dunque della garanzia che gli sia stata assicurata in concreto, tanto in assoluto, mediante l'imposizione del vincolo, quanto in relazione ad altri interessi con il primo potenzialmente confliggenti, attraverso la determinazione delle prescrizioni d'uso del bene.

Del resto, l'intera materia della tutela del paesaggio è caratterizzata da un continuo gioco dei ruoli che i vari soggetti vengono a praticare a tutti i livelli dell'ordinamento, tipico dei canoni della sussidiarietà⁸; dal livello centrale, con la posizione che lo Stato è venuto ad assumere a seguito delle ripetute modifiche al d.lgs. 42/2004, a quello regionale, che spesso viene "vissuto" in chiave conflittuale rispetto al primo, a causa del peso primario (antagonista) degli interessi di cui la Regione è portatrice in sede di governo del territorio unitamente alle amministrazioni territoriali minori, a quello di fatto assunto (o assumibile) da queste ultime nella loro duplice qualità di enti delegati alla gestione (garanzia) del vincolo paesaggistico e di primi (e tradizionali) soggetti rappresentativi degli interessi urbanistici, i quali potrebbero essere causa di fortissime pressioni sulle amministrazioni in sede di gestione del vincolo paesaggistico. E non è dunque chi non veda la delicatezza di questo gioco.

3. *L'autorizzazione paesaggistica nella l.r. 23/2009*

Nell'esaminare allora la disciplina del rilascio dell'autorizzazione paesaggistica nella nuova legge dell'Emilia-Romagna, all'interno del più ampio quadro cui ci si è riferiti, pare opportuno, ai fini di una sua migliore comprensione, "isolare" i fattori di variabilità di cui si è detto, per analizzarli compiutamente nelle rispettive dimensioni statali e regionali.

(8) Su questi aspetti sia consentito il rinvio a C. MARZARO, *La "cura"*, cit.; S. AMOROSINO, *La governance e la tutela del paesaggio tra Stato e Regioni dopo il secondo decreto correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, p. 99 ss.; C.P. SANTACROCE, *La gestione dei vincoli paesaggistici tra ripensamenti centripeti e (ri-)formulazioni legislative centrifughe*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, p. 219 ss.

Ora, definitivamente tramontato il regime risalente alla legge Galasso, poi transitato nell'art. 159 del Codice – con il rilascio dell'autorizzazione da parte della Regione, o dell'ente a ciò subdelegato, ed il successivo, eventuale, annullamento ministeriale – quello attuale presenta un primo elemento di variabilità proprio nella presenza o meno di determinati presupposti di natura organizzativa.

Infatti, a seconda che, *ex art.* 146, comma 6, gli enti territoriali minori – Province, Comuni, ovvero eventuali forme associative o di cooperazione fra enti locali – “dispongano di strutture in grado di assicurare un adeguato livello di competenze tecnico-scientifiche nonché di garantire la differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni amministrative in materia urbanistico-edilizia”, il potere di rilascio dell'autorizzazione potrà rimanere in basso, in capo all'ente delegato, ovvero si sposterà verso l'alto, in capo alla Regione – che ne è titolare *ex art.* 146 – secondo il meccanismo generale del c.d. azionamento dell'ascensore della sussidiarietà, già messo in luce in dottrina⁹.

Quanto a questo profilo l'art. 40-*undecies*, inserito dalla l.r. 23/2009 nella l.r. 20/2000, si connota per la completezza.

Conferita dall'art. 40-*decies* la delega ai Comuni per l'esercizio della potestà autorizzatoria – con possibilità di ulteriore subdelega alle Unioni di Comuni – grava in prima battuta sugli enti delegati l'onere di garantire adeguatezza e differenziazione (art. 40-*undecies*, comma 2), ferma rimanendo in capo alla Regione, ai sensi del successivo comma 3, la responsabilità di vigilare sulla presenza di tali requisiti organizzativi, i quali dovranno non solo sussistere al momento del trasferimento dell'esercizio delle funzioni ma anche permanere nell'ente delegato, a pena di decadenza della delega stessa (previa formale diffida a quest'ultimo) e della riassunzione dell'esercizio del potere direttamente in capo alla prima.

Sotto questo profilo, peraltro, la delega potrebbe divenire efficace

(9) Cfr. in proposito E. BUOSO, *Riflessioni sulla ridefinizione dei ruoli di Stato e Regioni dopo la modifica al Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 63 del 2008: le competenze legislative e le funzioni amministrative in materia di paesaggio*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, p. 127.

anche in un momento diverso dal suo conferimento, essendo la sua operatività subordinata alla condizione della differenziazione e adeguatezza delle strutture, che il Comune per primo potrebbe ritenere di non essere in grado di assicurare all'interno della propria organizzazione. In tal caso, quindi, la competenza a pronunciarsi sulla domanda di autorizzazione paesaggistica all'interno di quel territorio comunale spetterà alla Regione sino al raggiungimento dei requisiti richiesti¹⁰.

Diverso ancora – e disciplinato dall'art. 40-*decies*, ai commi 3 e 4 – il caso di patologie nell'esercizio delle funzioni delegate.

Infatti “in caso di persistente inerzia nel compimento di un atto nell'esercizio delle funzioni delegate, la Giunta regionale assegna al Comune [...] un termine per provvedere”, trascorso inutilmente il quale verranno assunti i provvedimenti necessari, ivi compreso il rilascio dell'autorizzazione in via sostitutiva, mediante la nomina di un commissario *ad acta*. Nel caso differente, invece, di “persistenti e gravi violazioni delle leggi o direttive regionali o statali da parte di un Comune [...] la Giunta regionale può, previa formale diffida, apportare le eventuali necessarie modifiche all'assetto delle funzioni delegate” e dunque revocare la delega stessa.

Nell'esercitare il potere di vigilanza che le compete in via di principio in quanto titolare del potere autorizzatorio la Regione è adiuvata

(10) Sotto questo profilo va osservato come la normativa in esame, al pari delle altre di cui si dirà più avanti, mostri di fondarsi sul disposto “a regime ordinario” dell'art. 146, comma 6, considerandolo separatamente dalla previsione transitoria di cui all'art. 159, comma 1, che comminava la decadenza delle deleghe in atto al 31 dicembre 2009, ove la Regione non avesse preventivamente provveduto a verificare la presenza negli enti delegati dei requisiti di differenziazione e adeguatezza delle strutture. Il legislatore regionale, infatti, considerando sostanzialmente esaurito il regime transitorio, provvede alla disciplina della materia prescindendo da quest'ultimo, e si fonda sul solo presupposto “strutturale” della spettanza del potere autorizzatorio alla Regione alla data di entrata in vigore del regime ordinario. Su tale fondamento – discostandosi dall'impianto normativo che caratterizzava invece il passaggio dal regime transitorio a quello definitivo nell'art. 159 – dà attuazione all'art. 146, comma 6, che disciplina le condizioni per la delega agli enti subregionali, scegliendo di attribuirle in via generale *ex ante* ponendo la responsabilità della sussistenza di tali condizioni direttamente in capo all'ente delegato e riservandosi il potere di intervento in sede di vigilanza *ex post* ad esercizio del potere già trasferito.

dall'Osservatorio regionale per la qualità del paesaggio – omologo di quello nazionale di cui all'art. 133 del Codice – che, ai sensi dell'art. 40-*octies*, ha il compito di “monitorare l'attuazione della pianificazione paesaggistica e l'evoluzione delle trasformazioni del paesaggio regionale, a supporto [...] dei compiti di vigilanza sulle funzioni amministrative delegate ai Comuni e di valutazione delle trasformazioni incidenti sui beni paesaggistici”.

Senza dubbio un elemento di rafforzamento e di garanzia dell'uso adeguato della delega da parte dei Comuni, è costituito dal ruolo riconosciuto dal legislatore dell'Emilia-Romagna alla Commissione per la qualità architettonica e per il paesaggio, in sostanziale funzione di Commissione locale per il paesaggio, di cui all'art. 148 del Codice.

Ciò per una pluralità di motivi.

Anzitutto per la composizione di tale organo, già disciplinato dall'art. 3 della l.r. 31/2002¹¹, come “organo a carattere esclusivamente tecnico i cui componenti, di norma esterni all'amministrazione, presentano una elevata competenza e specializzazione”. Quindi, per l'ambito territoriale di riferimento dell'azione della Commissione, che ne rafforza le caratteristiche di imparzialità nel senso della separatezza richiesta dall'art. 146 del Codice. Infatti il comma 9 dell'art. 40-*undecies* non solo lascia facoltà agli enti delegati di “definire ambiti ottimali per l'esercizio delle proprie funzioni, istituendo Commissioni per ambiti territoriali sovracomunali in forma associativa”, ma impone tale livello sovracomunale, coerentemente, ai Comuni chiamati dal PTPR o dal PTCR alla pianificazione in forma associata o comunque intercomunale. Infine va sottolineata anche l'obbligatorietà del parere della Commissione, che costituisce parte necessaria, e dunque separata, della relazione tecnica illustrativa da inviare alla Soprintendenza e che in tale guisa sicuramente arricchisce e garantisce ulteriormente l'adeguatezza e la specializzazione nell'esercizio della funzione delegata.

(11) Recante disciplina generale dell'edilizia; la Commissione è istituita dai Comuni ai sensi dell'art. 3 “quale organo consultivo cui spetta l'emanazione di pareri, obbligatori e non vincolanti, ai fini del rilascio dei provvedimenti comunali in materia di beni paesaggistici, interventi di risanamento conservativo e restauro e di abbattimento delle barriere architettoniche in edifici aventi valore storico-architettonico”.

3.1. *Alcune problematiche sostanziali e procedurali*

Ma ulteriori e significativi fattori di variabilità della disciplina e del ruolo degli enti che esercitano il potere autorizzatorio, dipendono anche da altri differenti profili aventi, distintamente, natura sostanziale e procedurale.

Da un punto di vista sostanziale certamente la linea discriminante nel riconoscimento del peso dell'ente territoriale nella gestione del vincolo paesaggistico sta anzitutto – secondo il Codice Urbani – nell'avvenuta o meno “vestizione” del vincolo, ovvero nella determinazione delle prescrizioni d'uso del bene paesaggistico che dovrebbe avvenire ad opera dell'ente – Stato o Regione – che ne aveva la paternità, nel caso di vincoli preesistenti al Codice, ma anche in sede di pianificazione paesaggistica congiunta *ex art.* 143, comma 1 – come sembra stia per lo più accadendo nelle varie esperienze amministrative di pianificazione paesaggistica, stando alle preventive intese tra Stato e Regione.

Quando, in una di queste sedi, siano state dettate tali prescrizioni e, come richiesto dal comma 5 dell'art. 146, sia intervenuta la verifica positiva dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, il parere pronunciato dalla Soprintendenza nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione degraderà da vincolante a meramente obbligatorio, con un evidente avanzamento del ruolo decisionale del soggetto chiamato ad esercitare il potere autorizzatorio, sul quale graverà il solo onere di motivare adeguatamente sulle ragioni per le quali riterrà eventualmente di discostarsi dalla valutazione espressa dall'organo statale.

Peraltro, è interessante notare che un elemento di variabilità “interno” a questo sistema, potrebbe situarsi a livello regionale, nella disciplina di attuazione del riempimento dei vincoli ovvero nel contenuto della stessa intesa Stato-Regione sulla quale questo si fonda.

Per quanto riguarda l'Emilia-Romagna, il legislatore ha adottato un sistema di pianificazione nel quale tutela e valorizzazione del paesaggio sono fortemente integrate, in cui – come si è visto in precedenza – il P_{TCP} attua i contenuti e le disposizioni del P_{TPR} (in ogni caso frutto della pianificazione congiunta e inderogabili ai sensi del combinato disposto degli artt. 145, comma 3, del Codice e 40-*sexies* l.r. 20/2000)

specificandoli e integrandoli in riferimento alle caratteristiche paesaggistiche, storiche e culturali del territorio provinciale. Ciò significa, quindi, che la definizione complessiva delle prescrizioni d'uso può risultare dall'opera di una pluralità di soggetti, che agiscono in una pluralità di sedi, anche più ampia rispetto alla fattispecie – a questo punto minima – richiesta dal Codice e che dunque la dequotazione del parere, con l'abbassamento della fonte decisionale al livello territoriale più lontano dal centro, potrà dipendere anche da fattori ulteriori a seconda delle varie realtà regionali.

Ma vi è di più. Non pare infatti che possa contrastare con la disciplina codicistica in esame la diversa ipotesi in cui la stessa normativa regionale, ovvero sempre l'intesa Stato-Regione *ex art.* 135 del d.lgs. 42/2004 dalla quale, in sostanza, dipende la disciplina dell'uso dei beni paesaggistici – nel rispetto dei principi minimi fissati dalla legge statale – si estendano fino a contemplare anche i meccanismi di verifica dell'adeguamento degli strumenti urbanistici, modulandoli in ragione delle scelte procedurali e sostanziali di pianificazione che sono state fatte e del grado di partecipazione alla loro elaborazione da parte degli organi dello Stato.

Da questo punto di vista – per quanto concerne la legge in esame – è degno di nota il sopracitato art. 40-*sexies*, il quale, ai commi 4 e 5, assicura la partecipazione degli organi periferici del MIBAC “alle conferenze di pianificazione relative al procedimento di conformazione e adeguamento degli strumenti territoriali e urbanistici alle previsioni del PTPR”, così come “le Province predispongono il documento preliminare relativo alla variante di adeguamento del PTCP al PTPR in accordo con la Regione e gli organi periferici del Ministero per i beni e le attività culturali”. Tale variante, che ha già provveduto a completare sostanzialmente la vestizione del vincolo, contiene – *rectius* ha valore altresì di – “proposta di verifica e di aggiornamento dei vincoli paesaggistici [...] comprensiva delle prescrizioni, delle misure e dei criteri di gestione dei beni paesaggistici e dei relativi interventi di valorizzazione”¹², dovendo comunque tale provvedimento intervenire

(12) “Dopo l'approvazione della variante di adeguamento – prosegue il citato comma 5 – le Province trasmettono la proposta di verifica e aggiornamento dei vincoli paesaggistici alla Commissione regionale per il paesaggio di cui all'art. 40-*duodecies*”.

da un punto di vista formale, essendo riservato allo Stato ovvero alla Regione il potere di dichiarazione (o di integrazione del contenuto) di notevole interesse pubblico (artt. 136-141-*bis* del Codice).

In sintesi, si potrebbe affermare che tanto più congiuntamente avviene il riempimento dei vincoli anche attraverso una loro graduazione successiva, “partecipata” dai titolari necessari di tale potere, tanto più si potrebbe ottenere la semplificazione della verifica dell’avvenuto adeguamento in sede urbanistica, dalla quale dipende il posizionamento verso il basso del potere autorizzatorio con il relativo innalzamento del ruolo dell’ente territoriale minore.

4. La gestione del vincolo

Naturalmente, nonostante questo sistema mobile, teso ad adattare la tutela alla realtà del territorio e delle amministrazioni, c’è un elemento sul quale non si è in grado di intervenire mediante gli strumenti procedurali di cui si è detto, ma che non può essere sottaciuto poiché da esso dipende in buona sostanza la garanzia della tutela paesaggistica, che deve poi essere assicurata, attraverso il procedimento, dall’auto-rizzazione.

Infatti, a prescindere dalle sedi, diverse, in cui ciò può essere avvenuto, il riempimento del vincolo deve però essere stato effettivamente operato, attraverso una definizione congrua dei modi di utilizzo (e di modificazione) del bene, che sia realmente in grado di garantire l’assenza di pregiudizio per i valori paesaggistici e di consentire, quindi, l’adeguato esercizio del potere autorizzatorio anche al livello più basso dell’ordinamento – quello in cui invece è più elevato il pericolo di commistioni con gli interessi urbanistici. Ciò comporta necessariamente l’utilizzo di canoni di discrezionalità tecnica che portino ad un provvedimento avente un ridotto tasso di opinabilità e comunque passibile di un sindacato adeguato in sede giurisdizionale proprio per la presenza, da un lato, di appropriati parametri cui rapportare la logicità e la congruità della scelta dell’amministrazione, e, dall’altro, di norma, anche del parere rilasciato dalla Soprintendenza.

La delicatezza di questo profilo è di tutta evidenza, poi, se si considera che, non solo l’ente delegato al rilascio dell’autorizzazione potrebbe discostarsi, motivando adeguatamente (*in primis* in ragione

delle prescrizioni d'uso dettate, che costituiscono a monte un limite per la P.A.) dal parere oramai solo obbligatorio della Soprintendenza, ma soprattutto che quest'ultimo – considerata la specialità della disciplina codicistica rispetto a quella dettata dagli artt. 16 e 17 della legge 241/1990 – potrebbe anche non intervenire entro i termini previsti, con la conseguenza che, *ex art.* 146, comma 9, “in ogni caso [...] l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione”, a questo punto nella “pienezza” del potere di gestione del vincolo, a fronte delle sole prescrizioni d'uso (congruamente o meno) preliminarmente dettate.

5. Il potere autorizzatorio tra i diversi livelli di competenza territoriale

Dei profili procedurali si è già in parte fatto cenno, ma anche a tale riguardo è opportuno dare la giusta rilevanza ai fattori di variabilità del ruolo delle amministrazioni coinvolte nella gestione del vincolo, che caratterizzano la disciplina (in questo caso) statale.

Definito nelle forme sopra descritte dal punto di vista dell'organizzazione, l'esercizio del potere autorizzatorio si dipana infatti attraverso il procedimento regolato dall'art. 146, componendosi di una pluralità di segmenti in cui Stato e Regione – o, per essa, ente delegato – risultano diversamente situati in ragione, come si diceva, della specificazione del grado di tutela conferita al bene paesaggistico, a seconda, cioè, che sia stata attuata o meno, nelle forme possibili, la c.d. vestizione del vincolo.

L'attenzione va quindi spostata sul rapporto che, nella sostanza, si delinea tra i vari enti nelle due ipotesi e sulle diverse posizioni che essi possono di conseguenza venire ad occupare.

Attualmente (salvi i rari casi in cui si sia proceduto all'integrazione dei vincoli) sulla relazione tecnico-illustrativa – corredata per l'Emilia-Romagna dal parere della Commissione per la qualità architettonica e il paesaggio – che – con funzione sostanzialmente propositiva – il Comune deve inviare alla Soprintendenza entro i quaranta giorni previsti per il compimento dell'istruttoria, quest'ultima, entro i successivi quarantacinque giorni, è tenuta a rendere un parere vincolante per

l'amministrazione competente, che vi si dovrà conformare nei venti giorni successivi alla sua ricezione¹³.

Nella sostanza, quindi, il potere decisorio – con il meccanismo dell'azionamento dell'ascensore della sussidiarietà verso l'alto – è stato posizionato dal legislatore in capo allo Stato sino a quando non saranno disponibili i parametri specifici relativi agli elementi meritevoli di tutela e all'uso dei beni.

Ma la connotazione astratta del sistema non pare in grado, alla fin fine, di garantire l'effettività di questa scelta.

Non si può dimenticare, infatti, che quelle che debbono ritenersi sostanziali esigenze di certezza delle posizioni giuridiche hanno indotto la dottrina prevalente e la prassi amministrativa a configurare il parere statale vincolante come prescindibile, nel caso in cui – *ex art. 146*, comma 9, prima parte – la Soprintendenza non si pronunci entro il termine complessivo di sessanta giorni dalla ricezione degli atti¹⁴, cioè

(13) Ciò avverrà, *ex art. 146*, comma 8, rilasciando l'autorizzazione conforme al parere ovvero comunicando agli interessati il preavviso di provvedimento negativo *ex art. 10-bis* della legge 241/1990.

(14) In effetti da un punto di vista ontologico e logico si possono avanzare dei dubbi intorno alla configurazione della prescindibilità del parere vincolante, che tuttavia pare ormai essersi affermata in sede di interpretazione dell'art. 146 del Codice. Da un lato, infatti, pare in sé contraddittorio che si possa prescindere da un atto al quale non si può riconoscere mera natura di dichiarazione di giudizio, ma che ha forza sostanzialmente decisoria, determinando esso necessariamente il contenuto del provvedimento finale. (Il dibattito dottrinale sul punto, legato alla complessità di questa figura è bene riassunto da A. TRAVI, *Parere nel diritto amministrativo*, in *Digesto disc. pubbl.*, Torino, 1995, p. 606, il quale sottolinea il dovere dell'autorità decidente di conformarvisi; in giurisprudenza cfr. tra le altre TAR Umbria, I, 6 maggio 2009, n. 202; TAR Veneto, II, 3 agosto 2009, n. 2253; TAR Lombardia, Milano, I, 19 maggio 2009, n. 3767; Cons. Stato, VI, 12 giugno 2008, n. 2903, tutte in www.giustizia-amministrativa.it). Dall'altro, se anche si fosse voluto introdurre la regola della prescindibilità del parere come rimedio ad un'inerzia patologica dell'amministrazione statale – peraltro in deroga anche alla disciplina generale di cui agli artt. 16 e 17 della legge sul procedimento amministrativo – ciò risulterebbe logicamente in contrasto con la *ratio* dell'intero sistema di gestione del vincolo delineato dal Codice, dove è indiscutibile che lo spostamento verso il basso del centro autorizzatorio sia legato all'avvenuta determinazione delle prescrizioni d'uso oltre che anche all'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici. È giocoforza allora ritenere che l'interpretazione affermatasi in dottrina e nella prassi amministrativa e che poggia sostanzialmente sul dato letterale del solo comma 9 dell'art. 146, privilegiandolo e slegandolo in qualche modo dal precedente comma 5, ma anche dal

a prescindere dal fatto che siano state dettate le prescrizioni d'uso del bene e sia stato verificato l'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, per la sola ragione del silenzio dell'organo dello Stato protrattosi oltre il predetto termine.

In questo caso, quindi, l'inerzia della P.A. determinerà un brusco abbassamento dell'"ascensore" di cui si è detto, conferendo di fatto l'intero potere di garanzia e di gestione del vincolo all'amministrazione competente al rilascio del provvedimento finale – il più delle volte, nella realtà del nostro ordinamento regionale, quella posta al livello territoriale meno elevato – pur in assenza delle condizioni poste dal sistema a tutela del bene paesaggistico.

E non è chi non veda, allora, in una situazione nella quale si possono moltiplicare i fattori di variabilità, l'importanza della presenza effettiva (e del rafforzamento attraverso il ricorso alle Commissioni locali per il paesaggio) dei requisiti di differenziazione e adeguatezza in capo all'autorità decidente, i soli, a questo punto, rimasti a "presidiare" l'appropriata gestione del vincolo, assicurando la specializzazione di un'amministrazione che alla fine può risultare depositaria dell'intero potere di assicurare il valore paesaggistico.

In effetti, il contrasto con la graduazione complessiva del compito di tutelare tale valore, che – in attuazione dell'art. 9 Cost – costituisce una delle linee fondamentali del Codice, appare a tale riguardo in tutta la sua evidenza.

In nome di una scelta palesemente compromissoria tra le opposte esigenze di Stato e Regioni emerse in sede di elaborazione della disciplina codicistica¹⁵, ma altrettanto chiaramente derogatoria, può accadere invero che – pur a fronte di un procedimento modulato diversamente in ragione del diverso grado di attuazione della tutela, presente in un certo momento storico e in un certo luogo – la misura massima del potere decisorio si concentri in capo all'amministrazione competente

comma 3 dell'art. 143, costituisca ancora una volta il frutto del confronto che ha sempre animato Stato e Regioni su ciascuna versione del Codice del paesaggio e che li ha visti il più delle volte su posizioni dialettiche contrapposte e separate, sfociate anche in questo caso in una soluzione compromissoria che per sua natura è andata a minare la coerenza del sistema.

(15) Cfr. la nota che precede.

al rilascio del provvedimento finale nell'ipotesi in cui, invece, essa dovrebbe essere minima, e che tale misura, in ogni caso, sia maggiore anche rispetto a quella "ordinaria", nella quale tale potere deve transitare necessariamente attraverso il filtro delle prescrizioni d'uso, dell'adeguamento a livello urbanistico, e del parere obbligatorio (non vincolante e prescindibile) dell'organo statale.

Quando, infatti, si sarà giunti all'attuazione completa della normativa dettata dal Codice Urbani – secondo quanto previsto dall'art. 143, comma 5 – nella fisiologia del sistema la Regione – o, più presumibilmente l'ente delegato – avvierà il procedimento di autorizzazione sull'istanza del privato, compiendo un'istruttoria completa sul progetto presentato, alla luce del contenuto del vincolo – individuato a livello superiore dal piano paesaggistico ovvero dal singolo provvedimento di vincolo, ovvero di integrazione del vincolo preesistente. Gli esiti di tale istruttoria verranno formalizzati nella relazione tecnico-illustrativa, che, corredata dalla documentazione presentata dall'interessato, verrà inviata alla Soprintendenza – in funzione di sostanziale proposta – per la pronuncia del parere obbligatorio e non più vincolante.

Ove quest'ultimo – *ex art. 146*, comma 9 – non venga rilasciato entro i quaranta giorni successivi alla ricezione degli atti inviati dall'autorità decidente, questa potrà indire una conferenza di servizi che dovrà pronunciarsi entro il termine perentorio di quindici giorni; in ogni caso, però, decorsi complessivamente sessanta giorni dalla ricezione degli atti nel silenzio dello Stato si prescinderà dal parere, concentrando il potere decisorio, ma ormai "filtrato" a monte, in capo all'amministrazione territoriale individuata.

6. Uno sguardo alla legislazione regionale in materia

Vista la complessità della materia ed i problemi di effettività della disciplina che si è cercato di mettere in evidenza pare utile in chiusura effettuare una breve ricognizione del più ampio sistema regionale *in fieri*, all'interno del quale la legge dell'Emilia-Romagna costituisce certamente un rilevante punto di riferimento, per le ragioni suesposte. Non sono molte le normative che ad oggi hanno disciplinato la materia in modo ampio quanto quella che si è esaminata in queste pagine.

Si possono ricordare in proposito le leggi del Piemonte 32/2008¹⁶, delle Marche 34/2008¹⁷, della Toscana 62/2008 e 75/2009¹⁸, del Friuli-Venezia Giulia 12/2008¹⁹, della Puglia 20/2009²⁰, della Liguria 22/2009²¹. Senza ricorrere ad interventi di normazione primaria, invece, altre Regioni hanno provveduto ad emanare direttive per la verifica dei criteri di differenziazione e adeguatezza in capo agli enti delegati, richiesti dagli artt. 159 e 146 del Codice²².

Naturalmente non è necessaria qui una particolare disamina delle singole fonti che, peraltro, spesso si ripetono in modo quasi tratlazio ma anche poco coordinato al loro interno, quanto piuttosto vedere se sia possibile individuare eventuali linee di sviluppo dell'ordinamento regionale, alla luce dei problemi che si sono sin qui evidenziati.

Anzitutto tale esame conferma l'ordinaria allocazione al livello comunale della delega al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica. A quanto è dato vedere, infatti, l'entrata in vigore dell'art. 146 non ha costituito per le Regioni occasione per ripensare alla propria organizzazione in materia, ma solo per adeguarsi – ove ciò risulti essere avvenuto – alle previsioni statali, intervenendo in modo più o meno efficace, sui requisiti di differenziazione e adeguatezza delle strutture.

Così, confermate le precedenti deleghe a Comuni²³, Province²⁴, e, in taluni casi, agli Enti Parco²⁵ o alle Comunità montane²⁶, incentivate in modo più o meno efficace le forme associative tra enti per l'esercizio

(16) Provvedimenti urgenti di adeguamento al d.lgs. 42/2004.

(17) Recante disciplina delle Commissioni locali per il paesaggio.

(18) Recante modifica del capo IV della l.r. 1/2005, "Norme sul governo del territorio".

(19) Recante modifica delle disposizioni di cui alla parte III della l.r. 5/2007, "Riforma dell'urbanistica e disciplina dell'attività edilizia e del paesaggio".

(20) Recante norme per la pianificazione paesaggistica.

(21) Recante attuazione degli artt. 159, comma 1, 148 e 146, comma 6, d.lgs. 42/2004.

(22) Cfr. tra le altre Regione Umbria, d.G.R. 23 novembre 2009, n. 1650; Regione Sardegna, d.G.R. 30 luglio 2009, n. 37/11.

(23) Ciò accade per tutte le Regioni ricordate.

(24) Come avviene nelle Marche e in Liguria.

(25) Come avviene in Lombardia.

(26) Così avviene in Lombardia e nelle Marche.

di tali funzioni, il primo elemento che emerge è l'uso che il legislatore regionale fa delle Commissioni locali per il paesaggio come strumento specialistico di garanzia della presenza dei predetti requisiti.

Nella Regione Puglia, ad esempio, il potere autorizzatorio è delegato ai Comuni associati *ex art. 33 del d.lgs. 267/2000*, mentre i Comuni con più di 15.000 abitanti possono essere destinatari diretti della delega solo se affiancati dalla Commissione; in forma più generale, invece, in Piemonte i Comuni “si avvalgono, per la valutazione delle istanze, delle competenze tecnico-scientifiche delle Commissioni locali per il paesaggio” che istituiscono singolarmente, o preferibilmente, in forma associata, al pari di quanto previsto – con disposizioni di contenuto più o meno approfondito e soddisfacente – in Toscana, nelle Marche e in Lombardia o in Liguria, Regione nella quale esse costituiscono “organi di supporto tecnico-scientifico per la gestione delle funzioni subdelegate in materia di paesaggio e idonee a garantire il requisito di differenziazione tra attività di tutela paesaggistica ed esercizio di funzioni in materia urbanistico-edilizia”, rilasciando pareri obbligatori all'interno di una pluralità di procedimenti singolarmente individuati. In varie Regioni, peraltro, create le Commissioni e in attesa della loro effettiva istituzione da parte dei singoli enti, si è provveduto ad assicurare in via transitoria l'esercizio della funzione consultiva attribuendola alle Commissioni edilizie integrate o addirittura ad esperti singoli²⁷, ma in tal modo si è forse indebolita la garanzia dell'adeguatezza non accompagnandola dal reale obbligo della presenza di questi organi specialistici per l'esercizio della funzione autorizzatoria.

Quanto, invece, alla presenza delle condizioni di differenziazione e di adeguatezza delle strutture delegate, richieste dal Codice all'art. 146, comma 6, spesso il legislatore regionale si limita a richiamarle pedissequamente o a richiedere garanzie in tal senso ai Comuni, ma senza diffondersi sulle misure organizzative che devono essere adottate. Altre volte, invece, le precisa, considerandole sussistenti qualora “la responsabilità del procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica sia affidata ad un soggetto diverso dal responsabile del pro-

(27) Così in Lombardia e nel Friuli-Venezia Giulia.

cedimento urbanistico-edilizio, anche se appartenente alla medesima struttura organizzativa; il soggetto che svolge l'istruttoria possieda almeno uno dei requisiti di competenza ed esperienza previsti" per far parte delle Commissioni locali per il paesaggio o in alternativa siano state costituite le Commissioni stesse²⁸. Alcune altre volte, infine, disciplina le conseguenze dell'assenza di tali condizioni attribuendo alle Province o alla Regione il potere autorizzatorio, e solo in alcuni casi richiama espressamente il potere di vigilanza regionale sull'organizzazione delle strutture deputate all'esercizio della delega.

In conclusione, l'impressione che si ricava da questa prima fase di normazione regionale sembra deporre per la scarsa consapevolezza, da parte del legislatore, del ruolo che viene ad assumere l'amministrazione cui è affidato il compito di rilasciare l'autorizzazione paesaggistica nel sistema complesso ed intrinsecamente variabile quale quello instauratosi nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore del Codice Urbani, e, soprattutto, delle sue ripetute riforme. In particolare, salvo qualche eccezione, pare mancare la consapevolezza dell'importanza, da un lato, delle misure organizzative rimesse all'autonomia della Regione e delle altre amministrazioni, al fine di assicurare l'effettiva specializzazione delle competenze tecnico-scientifiche richieste e la loro differenziazione rispetto alla gestione del governo del territorio, e, dall'altro, della necessità di ponderare oculatamente anche il profilo dell'ambito territoriale nel quale collocare l'esercizio specialistico di tali competenze, soprattutto attraverso le Commissioni locali per il paesaggio, che, in una realtà estremamente frammentata dal punto di vista amministrativo territoriale, qual è quella del nostro Paese, parrebbe estremamente opportuno elevare ad un livello più ampio, e staccato, rispetto a quello comunale, che si è visto nella volontà regionale rimanere quello tradizionalmente deputato alla gestione del vincolo paesaggistico.

(28) Così l.r. Marche 34/2008.