Il Mulino - Rivisteweb

Circolare della Direzione generale Archeologia 30 luglio 2015, n. 19

(doi: 10.7390/84784)

Aedon (ISSN 1127-1345)
Fascicolo 3, settembre-dicembre 2016

Ente di afferenza:
()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda https://www.rivisteweb.it

Licenza d'uso

Questo articolo è reso disponibile con licenza CC BY NC ND. Per altre informazioni si veda https://www.rivisteweb.it/

Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo
Direzione Generale Archeologia
Via di San Michele 22 – 00153 – ROMA
Tel. 06.67234613 / 4614 - Fax 06.6723.4601/4750

dg-ar@beniculturali.it
mbac-dg-ar@mailcert.beniculturali.it

Roma, 30 LUG. 2015

A Soprintendenti delle Soprintendenze Archeologia

Soprintendente della Soprintendenza Speciale per il Colosseo, il Museo nazionale romano e l'area archeologica di Roma

Soprintendente della Soprintendenza Speciale per Pompei, Ercolano, Stabia

Loro Sedi

E p. c. Gabinetto del Ministro

Ufficio Legislativo

Segretariato generale

Direttore generale Belle Arti e Paesaggio

Loro Sedi

Circolare n. 19

Prot. n. **DG-AR** 6847 *Class.* 34.01.10/4.1 *Allegati*.....

OGGETTO: **Sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3652, depositata il 23 luglio 2015.**

Si trasmette in allegato la sentenza del Consiglio di Stato indicata in oggetto (**all. 1**) al fine di consentire a codesti Uffici di adeguare la propria attività istituzionale di tutela ai principi in essa contenuti.

Com'è noto, già il Ministro BAC *pro-tempore*, con nota n. 24516 del 28 settembre 2005 (**all. 2**), aveva avuto modo di chiarire come l'attività di tutela, con particolare riguardo, in quel caso, all'adozione degli atti di individuazione dei beni culturali da parte degli uffici dell'Amministrazione, consistesse in un giudizio tecnico-discrezionale implicante una valutazione sull'interesse culturale e, in taluni casi, sul 'grado' di tale interesse culturale presente nella cosa oggetto di esame, essendo escluso che l'Amministrazione dei beni culturali potesse svolgere apprezzamenti di discrezionalità amministrativa coinvolgenti la comparazione fra interessi pubblici, ovvero fra interessi pubblici e privati, al fine di decidere quale dovesse essere l'interesse da considerare prevalente e meritevole di soddisfazione.

E già in tale atto di indirizzo si chiariva che *"Si è sempre negato che questa amministrazione possa svolgere un tale tipo di apprezzamento* [ossia di discrezionalità amministrativa] *in ragione del fatto che la scelta di prevalenza dell'interesse culturale è stata già compiuta una volta per tutte* in apicibus *dall'art. 9, secondo comma, Cost. e dalle norme di legge ordinaria interposte (dal testo unico del 1999 al codice del 2004, entrambi sotto questo profilo sostanzialmente confermativi dell'impostazione della storica legge "Bottai" n. 1089 del 1939)".*

E comunque, stabiliva ancora detto atto di indirizzo, che *"... ove anche sussista un margine di scelta discrezionale su quale valore o bene-interesse salvaguardare e giudicare prevalente, ... non spetta all'amministrazione che procede nella concreta fattispecie stabilire se deve prevalere l'interesse culturale del bene protetto o l'interesse antagonista (pubblico o privato che esso sia)"* essendo evidente che gli Uffici di questa Amministrazione sono in ogni caso tenuti ad assicurare comunque la tutela dei beni di cui è stata accertata la pertinenza al patrimonio culturale.

Ciò posto, con la citata sentenza n. 3652/2015, il Consiglio di Stato ribadisce il principio – **rilevante non soltanto al fine di definire il perimetro del legittimo esercizio della tutela paesaggistica, questione intorno alla quale verte la rammentata sentenza, bensì estensi-**

Ministero per i Beni
e le Attività Culturali
Direzione Generale per le Antichità
Via di San Michele 22 – 00153 – ROMA
Tel. 06.58434613 / 4614 - Fax 06.5843.4601/4750

Mail: dg-ant@beniculturali.it

bile, come parametro di legittimità, ad ogni attività di tutela del patrimonio culturale, come prevista e disciplinata dal decreto legislativo n. 42/2004 - secondo il quale *"Alla funzione di tutela del paesaggio (che il MiBAC qui esercita esprimendo il suo obbligatorio parere nell'ambito del procedimento di compatibilità ambientale) è estranea ogni forma di attenuazione della tutela paesaggistica determinata dal bilanciamento o dalla comparazione con altri interessi, ancorché pubblici, che di volta in volta possono venire in considerazione: tale attenuazione, nella traduzione provvedimentale, condurrebbe illegittimamente, e paradossalmente, a dare minor tutela, malgrado l'intensità del valore paesaggistico del bene, quanto più intenso e forte sia o possa essere l'interesse pubblico alla trasformazione del territorio. Invero, anche nel procedimento in questione (circa il quale è il caso di rammentare il precedente di cui a Cons. Stato, VI, 10 giugno 2013, n. 3205) il parere del MiBAC in ordine alla compatibilità paesaggistica non può che essere un atto strettamente espressivo di discrezionalità tecnica, dove – similmente al parere dell'art. 146 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 - l'intervento progettato va messo in relazione con i valori protetti ai fini della valutazione tecnica della compatibilità fra l'intervento medesimo e il tutelato interesse pubblico paesaggistico: valutazione che è istituzionalmente finalizzata a evitare che sopravvengano alterazioni inaccettabili del preesistente valore protetto.*

Per il giudice amministrativo, *"questa regola essenziale di tecnicità e di concretezza, per cui il giudizio di compatibilità dev'essere tecnico e proprio del caso concreto, applica il principio fondamentale dell'art. 9 Cost., il quale fa eccezione a regole di semplificazione a effetti sostanziali altrimenti praticabili (cfr. Corte cost., 29 dicembre 1982, n. 239; 21 dicembre 1985, n. 359; 27 giugno 1986, n. 151; 10 marzo 1988, n. 302; Cons. Stato, VI, 18 aprile 2011, n. 2378). (...) La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione (...) richiede, a opera dell'Amministrazione appositamente preposta, che si esprimano valutazioni tecnico-professionali e non già comparative di interessi, quand'anche pubblici e da altre amministrazioni stimabili di particolare importanza.* ***Questa caratterizzazione tecnica del giudizio di compatibilità da parte degli organi del MIBAC (che concerne tutti gli elementi di impatto dell'intervento sul paesaggio: non solo localizzazione, densità e volumi ma anche e soprattutto linee, forme, materiali, ingombro, disposizione e così via) non viene meno – a pena di disattendere il contenuto e il particolare rilievo dell'art. 9 Cost. – in procedimenti semplificatori per opere considerate dalla legge di particolare significato, come quello dell'art. 1-sexies (Semplificazione dei procedimenti di autorizzazione per le reti nazionali di trasporto dell'energia e per gli impianti di energia elettrica di potenza superiore a 300 MW termici)*** **d.l. 29 agosto 2003, n. 239** (*Disposizioni urgenti per la sicurezza [e lo sviluppo] del sistema elettrico nazionale e per il recupero di potenza di energia elettrica*) *come convertito con modificazioni dalla l. 27 ottobre 2003, n. 290, a tenore del cui comma 1 «L'autorizzazione alla costruzione e all'esercizio degli elettrodotti, degli oleodotti e dei gasdotti, facenti parte delle reti nazionali di trasporto dell'energia, è rilasciata dalle amministrazioni*

Ministero per i Beni
e le Attività Culturali
Direzione Generale per le Antichità
Via di San Michele 22 – 00153 – ROMA
Tel. 06.58434613 / 4614 - Fax 06.5843.4601/4750

Mail: dg-ant@beniculturali.it

statali competenti mediante un procedimento unico secondo i principi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, entro il termine di sei mesi dalla data di presentazione della domanda».

Per il Consiglio di Stato, la speciale concentrazione procedimentale di questo e di analoghi procedimenti "*non comporta un'attenuazione della rilevanza della tutela paesaggistica perché questa si fonda su un espresso principio fondamentale costituzionale. Questa speciale disciplina incentrata sulla concentrazione procedimentale è volta a dare speditezza al confronto richiesto dall'approvvigionamento energetico e nello stesso confronto dialettico delle amministrazioni interessate ha il suo valore aggiunto. La semplificazione procedimentale persegue la speditezza in ragione delle necessità energetiche: ma si tratta di un effetto procedimentale e non di contenuti, perché non inverte il rapporto sostanziale tra interessi e non sottrae effettività (come farebbe se negasse la ricordata eccezione) a un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale (cfr. Cons. Stato, VI, 23 maggio 2012, n. 3039; 15 gennaio 2013, n. 220).*

Perciò, per quel che concerne il ruolo del MiBACT nel procedimento di valutazione della compatibilità dell'intervento proposto con le località tutelate, per il giudice amministrativo, "*le valutazioni di comparazione e ponderazione di interessi, proprie della discrezionalità amministrativa, restano del tutto estranee alla fattispecie di legge e, ove di fatto introdotte, rendono l'atto viziato per eccesso di potere. Come ben evidenziato in dottrina, la discrezionalità tecnica, a differenza di quella amministrativa, si concentra su un unico interesse, nel caso quello paesaggistico, attraverso la verifica in fatto della sua configurazione e trasformazione nel caso concreto.* ***Diversamente dalla discrezionalità amministrativa, la discrezionalità tecnica non può dar luogo ad alcuna forma di comparazione e valutazione eterogenea. Nell'esercizio della funzione di tutela spettante al MiBAC, l'interesse che va preso in considerazione è solo quello circa la tutela paesaggistica, il quale non può essere aprioristicamente sacrificato dal MiBAC stesso, nella formulazione del suo parere, in considerazione di altri interessi pubblici la cui cura esula dalle sue attribuzioni.***

L'indeclinabilità della funzione pubblica di tutela del paesaggio per la particolare dignità data dall'essere iscritta dall'art. 9 Cost. tra i principi fondamentali della Repubblica, è stata del resto più volte affermata dalla giurisprudenza costituzionale (cfr., ad esempio, Corte cost., 27 giugno 1986, n. 151, 29 dicembre 1982, n. 239; 21 dicembre 1985, n. 359; 5 maggio 1986, n. 182; 10 ottobre 1998, n. 302; 19 ottobre 1992, n. 393; 12 febbraio 1996, n. 2; 28 giugno 2004, n. 196; 29 ottobre 2009, n. 272; 23 novembre 2011, n. 309) sia dal Consiglio di Stato (cfr. ex multis *Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001, n. 9; VI, 3 luglio 2012, n. 3893; VI, 18 aprile 2011, n. 2378; 22 settembre 2014, n. 4775)."*

Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Direzione Generale per le Antichità
Via di San Michele 22 – 00153 – ROMA
Tel. 06.58434613 / 4614 - Fax 06.5843.4601/4750

Mail: dg-ant@beniculturali.it

Per il giudice amministrativo, quanto sopra *"risulta patentemente leso nel procedimento oggetto del presente giudizio, in cui il MiBAC – ponendo, per l'inequivoca logica interna al giudizio, la sua seconda valutazione in comparazione con altri interessi pubblici - si è spinto ultra vires rispetto al compito assegnatogli dalla legge e ha di fatto abdicato, sulla soverchiante base di un suo inammissibile bilanciamento con altri interessi, ad esercitare correttamente l'indeclinabile funzione di tutela di cui è esso per legge titolare.*

Il Ministero invero**, anziché occuparsi, come debito suo compito, di curare l'interesse paesaggistico (e di valutare, quindi, in termini non relativi ad altri interessi l'impatto paesaggistico dell'intervento), **ha illegittimamente compiuto una non consentita attività di comparazione e di bilanciamento dell'interesse affidato alla sue cura (la tutela del paesaggio) con interessi pubblici di altra natura e spettanza** (essenzialmente quelli sottesi alla realizzazione dell'elettrodotto e, dunque, al trasporto dell'energia elettrica). **Non ad esso, ma ad altre Amministrazioni competeva esprimere, nel confronto dialettico proprio della conferenza di servizi, quelle valutazioni, indicandone le rispettive ragioni.

*È patente che questa distorsione di fatto nel confronto dialettico istituzionalizzato – generata dall'introduzione di elementi spurii di ragionamento e giudizio - ne ha alterato la proporzione e la ragionevolezza, con l'effetto di squilibrare e viziare per inattendibilità gli atti finali che ne sono seguiti, poi fatti oggetto di impugnazione davanti al giudice amministrativo. **Se il giudizio sull'impatto paesaggistico è negativo, il MIBAC, per quella che è la sua parte, non può, compiendo un'inammissibile scelta di merito fondata sull'esigenza di dare priorità ad altri e non suoi interessi, esprimere un parere sviato, per quanto condizionato al rispetto di alcune prescrizioni.**".*

Alla luce del predetto orientamento giurisprudenziale, rimane, pertanto, estranea alle valutazioni di cui sopra - che si incentrano sul contenuto che per legge deve avere il parere del MIBAC - la "*considerazione degli effetti di un ipotetico ortodosso confronto dialettico, che si svolga secondo le forme e le competenze di legge, con le Amministrazioni pubbliche portatrici di altri e opposti interessi.* A tale confronto, infatti, *vi provvedono le disposizioni che, anche mediante rinvio, regolano il procedimento in questione*".

Infine, con particolare riferimento alla declinazione, in concreto, del principio di leale collaborazione fra Amministrazioni pubbliche e i diversi livelli di governo, si segnala la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 709, depositata il 10 febbraio 2015 (**all. 3**).

Per il giudice amministrativo *"i profili di leale collaborazione – valutabili anche ai fini dell'accertamento di responsabilità e retribuzione di risultato, ai sensi dell'art. 6 bis e dell'art. 14 ter della legge n. 241 del 1990 – richiedono in conclusione che sia dimostrabile l'impegno delle Amministrazioni, chiamate ad esprimere il proprio parere, per concordare e rispettare un calendario di possibili presenze alle conferenze di servizi; le Amministrazioni*

Ministero per i Beni e le Attività Culturali

Direzione Generale per le Antichità
Via di San Michele 22 – 00153 – ROMA
Tel. 06.58434613 / 4614 - Fax 06.5843.4601/4750

Mail: dg-ant@beniculturali.it

procedenti, a loro volta – ove comunque messe in grado di conoscere valutazioni negative di altre Amministrazioni competenti, circa l'incidenza delle opere da autorizzare sui valori protetti del territorio – non possono considerare dette valutazioni 'tamquam non essent', *solo perché non ritualmente espresse: quanto sopra, in assenza di una nuova convocazione, effettuata con la sollecitudine imposta dalle scadenze temporali previste."*

Tanto si rappresenta a codesti Uffici onde far sì che le funzioni di tutela esercitate sui beni e / o sui contesti di interesse archeologico mediante il rilascio di pareri, di autorizzazioni e di ogni altro provvedimento di competenza, vengano esercitate in conformità ai criteri di legittimità sopra rammentati.

IL DIRETTORE GENERALE
(Gino Famiglietti)

Gino Famiglietti