

Giancarlo Montedoro

## Giudice amministrativo

(doi: 10.7390/87179)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 2, maggio-agosto 2017

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.

Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

### **Licenza d'uso**

L'articolo è messo a disposizione dell'utente in licenza per uso esclusivamente privato e personale, senza scopo di lucro e senza fini direttamente o indirettamente commerciali. Salvo quanto espressamente previsto dalla licenza d'uso Rivisteweb, è fatto divieto di riprodurre, trasmettere, distribuire o altrimenti utilizzare l'articolo, per qualsiasi scopo o fine. Tutti i diritti sono riservati.



# Aedon

Rivista di arti e diritto *on line*

quadrimestrale diretto da Marco Cammelli

numero 2, 2017, issn 1127-1345 [Home](#) [Indice](#) [Ricerca](#) [Risorse web](#)

## Osservatorio sulla giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di beni culturali e paesaggistici

a cura di [Giancarlo Montedoro](#) [\*]

**Sommario:** [1. Beni culturali.](#) - [2. Beni paesaggistici.](#)

### 1. Beni culturali

#### **Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2495 - Presidente ed Estensore Maruotti - Sulla natura dell'atto che impone il vincolo e sull'ambito di applicazione dell'art. 10-bis della legge n. 241/1990.**

L'atto che impone un vincolo (archeologico, artistico, storico, ecc.) non può essere assimilato ad un atto di natura regolamentare; con esso non sono introdotte norme giuridiche, ma si rende applicabile la disciplina prevista dalla legge ai beni che ne costituiscono l'oggetto. L'atto che impone un tale vincolo è immediatamente lesivo ed impugnabile, anche quando si tratta di un atto che conforma una pluralità di beni. Quando l'atto di imposizione del vincolo è divenuto inoppugnabile (per la mancata tempestiva impugnazione del soggetto legittimato), la sua legittimità non può essere posta in contestazione, in occasione della impugnazione di provvedimenti ulteriori, basati sulla esistenza del vincolo (d.lgs. n. 104/2010, c.p.a.).

L'art. 10-bis legge n. 241/1990 non si applica quando sia proposta un'istanza di riesame, volta alla rinnovazione dell'esercizio del potere, e non si prospetti alcuna sopravvenienza. In tal caso, infatti, si chiede all'amministrazione di effettuare una ulteriore valutazione della situazione di fatto e di diritto già in precedenza valutata e non vi sono profili che potrebbero comportare una motivazione a sorpresa.

Quando l'istanza di riesame è respinta con un atto meramente confermativo o solo di conferma del precedente atto, sulla base di una motivazione incentrata sulla immodificabilità della precedente valutazione, non occorre dunque una ulteriore interlocuzione procedimentale con l'interessato: l'amministrazione, così come in linea di principio non ha l'obbligo di prendere in considerazione l'istanza di riesame, così non ha l'obbligo di inviare la comunicazione prevista dall'art. 10-bis legge n. 241/1990, se intende respingerla perché ritiene immodificabile la precedente valutazione.

#### **Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2017, n. 2597 - Pres. Santoro, Est. Buricelli - In tema di assoggettamento di beni immobili di enti ecclesiastici al regime dei beni culturali, ex lege, in via temporanea o cautelare o interinale.**

Deve ritenersi l'assoggettamento di beni immobili di enti ecclesiastici, realizzati da più di 50 anni, al regime dei beni culturali, ex lege, in via temporanea, o cautelare, o interinale fino a quando non sia stata effettuata la verifica di interesse culturale prevista dall'art. 12 d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali).

#### **Cons. St., sez. VI, 7 giugno 2017, n. 2756 - Pres. Maruotti, Est. Mele - Sull'ambito di applicazione della disciplina sul ritrovamento di beni di interesse storico e artistico.**

Nel caso di ritrovamento di un affresco situato su un muro interno del fabbricato di proprietà di un privato è esclusa l'applicazione della disciplina della scoperta fortuita di cui all'art. 49 della legge n. 1089 del 1939, ai sensi del quale "Le cose scoperte fortuitamente appartengono allo Stato". Le cose ritrovate o scoperte fortuitamente, per appartenere allo Stato, devono essere cose distinte rispetto al bene in cui il rinvenimento viene effettuato.

Il premio che, ai sensi dell'art. 49 della legge n. 1089 del 1939 spetta allo scopritore fortuito di cose di interesse artistico è previsto non solo per la scoperta di cose mobili, ma anche di cose immobili (per il fatto che il bene scoperto sia acquisito ex lege al patrimonio statale).

Per il "ritrovatore" del bene di interesse artistico, il diritto alla riscossione del premio, di cui all'art. 49 della legge n. 1089 del 1939, non deriva soltanto dalla rilevanza artistica culturale del bene rinvenuto, ma anche dall'acquisto in favore dello Stato dei beni oggetto della scoperta o del ritrovamento. D'altra parte, la corresponsione del premio anche in ipotesi di rinvenimento di un bene che resti nella proprietà privata costituirebbe un arricchimento ingiustificato, traendo il privato già vantaggio patrimoniale dal valore economico del bene di sua proprietà oggetto di rinvenimento.

#### **Cons. St., sez. VI, 10 luglio 2017, n. 3382 - Pres. ed Est. Maruotti - In materia di imposizione di vincoli.**

Una volta attivato il procedimento volto alla dichiarazione dell'interesse culturale di un bene ed al conseguente "vincolo diretto", è del tutto ragionevole che l'amministrazione statale attivi anche il procedimento volto alla tempestiva imposizione del "vincolo indiretto", a tutela del bene oggetto della tutela primaria. Nessuna disposizione vieta, infatti, la contestuale attivazione del procedimento volto alla imposizione del "vincolo indiretto", bastando che questo sia disposto anche subito dopo dell'imposizione del "vincolo diretto".

Il decreto di imposizione del vincolo indiretto - posto a protezione di un bene principale avente valore artistico, storico o archeologico - ben può salvaguardare l'integrità del complesso monumentale e imporre un divieto assoluto di immutazione dello stato dei luoghi.

**Cons. St., sez. VI, 24 luglio 2017, n. 3666 - Pres. Santoro, Est. Lopilato - Sull'istituzione del Parco archeologico del Colosseo con provvedimento non regolamentare nonché sul bando di concorso per il conferimento dell'incarico di direttore del medesimo Parco nella parte in cui consente la partecipazione alla selezione anche a cittadini non italiani.**

È legittimo il decreto 12 gennaio 2017 del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo con il quale è stato istituito il Parco archeologico del Colosseo, anche se non adottato nelle forme del regolamento. Invero, la fonte primaria di autorizzazione non deve rinvenirsi nella disciplina generale di cui all'art. 17, comma 4-bis, della legge n. 400 del 1988 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) ma nelle fonti primarie di autorizzazione speciale, con conseguente legittima adozione di un atto non regolamentare.

È legittimo il bando della selezione pubblica internazionale per il conferimento dell'incarico di direttore del Parco archeologico del Colosseo, nella parte in cui ammette a partecipare alla selezione stessa anche cittadini non italiani, atteso che l'art. 38, 1° comma, del d.lgs. n. 165 del 2001, è conforme alla normativa europea così come interpretata dalla Corte di Giustizia, in quanto essa prescrive il requisito della cittadinanza italiana soltanto in relazione ai posti presso pubbliche amministrazioni che implicano l'esercizio, diretto o indiretto, di pubblici poteri; la fonte secondaria regolamentare, costituita dal d.p.c.m. n. 174 del 1994, autorizzata dal secondo comma del citato art. 38 - nella parte in cui prevede che "i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato" sono riservati ai soli cittadini italiani - è difforme dalla suddetta normativa, e va pertanto disapplicata.

## **Beni paesaggistici**

**Cons. St., sez. III, 15 febbraio 2017, n. 682 - Pres. Balucani, Est. Greco - In tema di motivazione del parere di compatibilità paesaggistica.**

Il parere di compatibilità paesaggistica di cui all'art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004 (Codice dei beni culturali), affinché possa considerarsi adeguatamente motivato, deve contenere, all'esito di una completa istruttoria, la descrizione puntuale: dell'intervento, mediante indicazione, tra l'altro, delle modalità della sua concreta esecuzione; del contesto storico architettonico e morfologico nel quale l'intervento si colloca; del rapporto tra intervento e contesto.

**Cons. St., sez. VI, 24 febbraio 2017, n. 889 - Pres. Maruotti, Est. Gambato Spisani - In tema di autorizzazione paesaggistica.**

L'art. 167, comma 2, lettera a), d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali) non consente la sanatoria di lavori realizzati in assenza o difformità dall'autorizzazione paesaggistica, i quali abbiano comunque determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati, e quindi non distingue fra costruzioni fuori terra e costruzioni interrato o seminterrate. Se ne ricava un principio di generale rilevanza paesaggistica anche delle costruzioni di questo ultimo tipo che devono essere autorizzate al pari delle costruzioni fuori terra quando siano oggetto di nuove opere. Ne deriva che anche la realizzazione di un parcheggio interrato comporta alterazione dell'aspetto visibile dei luoghi attraverso le necessarie opere complementari fuori terra (ad esempio l'accesso e le prese d'areazione) per le quali si pone un problema di compatibilità paesaggistica.

**Cons. St., sez. VI, 28 febbraio 2017, n. 922 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Buricelli - In tema di accertamento della compatibilità paesaggistica.**

L'art. 167 d.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali) limita l'accertamento della compatibilità paesaggistica ad alcune fattispecie marginali, vietando la sanatoria *ex post* mediante il pagamento di una sanzione pecuniaria nei casi di lavori che abbiano determinato la creazione di superfici utili o volumi o l'aumento (percepibile, in misura non minima o trascurabile) di quelli legittimamente realizzati.

**Cons. St., sez. VI, 15 maggio 2017, n. 2262 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Pannone - Sui poteri della soprintendenza nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica.**

Nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, con l'entrata in vigore, a regime (dal primo gennaio 2010), dell'art. 146 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali), che attribuisce al previo parere della soprintendenza natura vincolante, la soprintendenza esercita, non più un sindacato di mera legittimità sull'atto autorizzatorio di base adottato dalla regione o dall'ente delegato, con il correlativo potere di annullamento ad estrema difesa del vincolo, ma una valutazione di merito amministrativo, espressione dei nuovi poteri di cogestione del vincolo paesaggistico. Conseguentemente, i poteri sindacatori attribuiti al giudice amministrativo sono di mera legittimità, con la conseguenza che il parere vincolante della soprintendenza può essere censurato soltanto nel caso in cui la decisione amministrativa sia stata incoerente, irragionevole o frutto di errore tecnico.

**Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2017, n. 2485 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Simeoli - In tema di accertamento postumo della compatibilità paesaggistica.**

L'art. 167 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali) contiene la regola della non sanabilità *ex post* degli abusi, sia sostanziali che formali. L'intenzione legislativa è quella di precludere qualsiasi forma di legittimazione del fatto compiuto, in quanto l'esame di compatibilità paesaggistica deve sempre precedere la realizzazione dell'intervento. Il rigore del precetto è ridimensionato soltanto da poche eccezioni tassative, tutte relative ad interventi privi di impatto sull'assetto del bene vincolato. Segnatamente, sono suscettibili di accertamento postumo di compatibilità paesaggistica: gli interventi realizzati in assenza o difformità dell'autorizzazione paesaggistica, che non abbiano determinato creazione di superfici utili o volumi ovvero aumento di quelli legittimamente realizzati; l'impiego di materiali diversi da quelli prescritti dall'autorizzazione paesaggistica; i lavori configurabili come interventi di manutenzione ordinaria o straordinaria ai sensi della disciplina edilizia. L'accertamento di compatibilità, peraltro, è subordinato al positivo riscontro della soprintendenza e al pagamento di una somma equivalente al minore importo tra il danno arrecato e il profitto conseguito mediante la trasgressione.

**Cons. St., sez. VI, 5 giugno 2017, n. 2693 - Pres. Barra Caracciolo, Est. Mele - Sull'autorizzazione paesaggistica per l'installazione di un chiosco.**

È legittima la sentenza di merito relativamente ad un provvedimento comunale con cui, stante il rilascio di precedente autorizzazione paesaggistica per installazione di un chiosco stagionale ed accertata l'assenza di relative contestazioni da parte della soprintendenza, venga emessa (altra) autorizzazione paesaggistica per il mantenimento, per tutto l'anno, del medesimo chiosco, condizionato però al rispetto di determinate prescrizioni comunali.

**Cons. St., sez. IV, 30 giugno 2017, n. 3230 - Pres. Poli, Est. Castiglia - In tema di vincolo paesistico sui fiumi, torrenti e acque fluenti minori.**

Per fiumi e torrenti la pubblicità degli stessi esiste di per sé, in base all'art. 822 c.c. , e conseguentemente anche il vincolo paesistico è imposto *ex lege* a prescindere dalla iscrizione in elenchi; solo per le acque fluenti di minori dimensioni e importanza, vale a dire per i corsi d'acqua che non sono né fiumi né torrenti, si impone, al fine della loro rilevanza paesaggistica, l'iscrizione negli elenchi delle acque pubbliche.

[\*] Con la collaborazione della dott.ssa Vania Talienti.