

AMBIENTE: Piano specifico di prevenzione anti incendio boschivo - Tagli di alberi in area paesaggistica - Mancato coinvolgimento degli organi statali – Illegittimità – VINCA sui siti Natura 2000 – Carenze di istruttoria – Illegittimità – Partecipazione al procedimento di associazioni ambientaliste – Necessità – Poteri decisorii del giudice di annullamento – Annullamento dell’atto e ulteriore produzione di effetti fino all’intervento di nuovo atto – Mancanza – Conseguenze.

Cons. Stato, Sez. I, parere 24 giugno 2020, n. 1233

- in *Giurisprudenza Italiana*, 8-9, 2021, pag. 1942 e ss., con commento di Enrico Follieri, *La tutela del paesaggio culturale negata per la tesi sulla graduazione di ufficio degli effetti dell’annullamento*.

1. “[...] Il regime di tutela “rafforzato” che, limitatamente a certi aspetti, assiste i beni paesaggistici dichiarati con apposito provvedimento motivato, rispetto a quelli tutelati ex lege “Galasso”, trova ulteriori espressioni nel diverso trattamento previsto nell’ambito della pianificazione paesaggistica [articolo 143, comma 4, lettera a) del codice di settore del 2004].

In questo senso torna ad acquistare rilievo l’ampia premessa sopra svolta (sub par. 5) - sull’abbrivio delle specifiche censure pure prospettate dalle ricorrenti - riguardo all’inestricabile intreccio di competenze che caratterizza la disciplina della gestione del patrimonio forestale nazionale, che implica (sul piano sistematico e teleologico dell’interpretazione) l’esigenza di garantire comunque il coinvolgimento degli organi tecnico-scientifici statali ai quali la legge riserva, nella cooperazione delle regioni e degli altri enti territoriali (articolo 5 e Parte III del d.lgs. n. 42 del 2004), l’esercizio delle funzioni di tutela paesaggistica.

Significativamente e non a caso, anche il nuovo Testo unico in materia di foreste e filiere forestali del 2018 stabilisce che le regioni e i competenti organi territoriali del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, “con i piani paesaggistici regionali, ovvero con specifici accordi di collaborazione stipulati ai sensi dell’articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241”, concordino “gli interventi previsti ed autorizzati dalla normativa in materia, riguardanti le pratiche selvicolturali, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione, da eseguirsi nei boschi tutelati ai sensi dell’articolo 136 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e ritenuti paesaggisticamente compatibili con i valori espressi nel provvedimento di vincolo” (articolo 7, comma 12) [...]”.

2. “[...] In conclusione, per tutte le esposte ragioni il ricorso deve giudicarsi fondato e merita pertanto accoglimento, con conseguente annullamento della delibera di giunta regionale [...] e dell’annesso “Piano Specifico di Prevenzione AIB” per il comprensorio territoriale delle pinete

litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia, nella parte in cui considera erroneamente come paesaggisticamente irrilevanti - e perciò sottratti alla preventiva autorizzazione paesaggistica - tutti gli interventi previsti nel piano, omettendo un'adeguata analisi e valutazione dell'impatto paesaggistico di tali interventi, nonché nella parte in cui si fonda su una valutazione di incidenza sui siti della rete Natura 2000 interessati dalle misure rivelatasi carente nell'istruttoria e nelle motivazioni, oltre che corredata da mere raccomandazioni di buona esecuzione degli interventi prive della consistenza di prescrizioni integrative [...]".

3. *"[...] L'enucleazione, svolta nei precedenti paragrafi, dei rilevati vizi di carenza istruttoria e motivazionale, tradottisi in una sostanziale sottovalutazione dei profili paesaggistici e ambientali degli interventi antincendio programmati, fa emergere anche un ulteriore profilo, diffusamente proposto nel ricorso introduttivo, concernente la mancata partecipazione al percorso elaborativo delle associazioni di tutela ambientale, le quali pure avevano più volte chiesto di essere ascoltate e di poter contribuire al procedimento.*

Se è vero che non si rinvencono nel panorama normativo (nazionale e regionale) specifiche previsioni che impongano tale partecipazione - sicché deve escludersi la sussistenza di puntuali vizi di violazione di legge sotto questo profilo - è altrettanto vero che non è conforme a criteri generali di buona amministrazione non prendere in considerazione i possibili contributi delle associazioni ambientaliste che abbiano chiesto di essere sentite o che abbiano prodotto memorie e documenti.

Si ricordi, a tale riguardo che, ai sensi dell'articolo 9 l. 7 agosto 1990, n. 241, qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento e che è loro riconosciuto, giusta il disposto del successivo articolo 10, il diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

Ciò peraltro risponde ai canoni di buona amministrazione sanciti dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come è noto, ai sensi dell'articolo 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Fermo restando che l'amministrazione ha il dovere di procedere, anche celermente quando necessario, in vicende come queste sarebbe stato utile garantire la possibilità di ascolto e di presa in considerazione dei punti di vista diversi da quelli dell'amministrazione quando ciò non si traduce esclusivamente in ostacoli al compimento del procedimento amministrativo [...]".

4. *"[...] l'estensione dell'oggetto della cognizione al rapporto giuridico controverso, al di là dei confini imposti dal mero scrutinio di legittimità dell'atto impugnato, può giustificare il*

riconoscimento di poteri valutativi in ordine alla perduranza degli effetti dell'atto illegittimo, nell'ottica del bilanciamento fra le esigenze di tutela fatte valere dalla parte ricorrente ed i controinteressi generali e particolari rilevanti nel caso concreto.

Il governo degli effetti delle sentenze costitutive di annullamento appare dunque ammissibile nel quadro di atipicità rimediale e contenutistica che permea la moderna struttura del processo amministrativo [...]".

5. *"[...] il combinato disposto dell'articolo 30, comma 1 e dell'articolo 34, comma 1, lettera c), primo periodo del codice del processo amministrativo consente la proposizione di domande atipiche di condanna, le quali, se formulate contestualmente ad altra azione, possono condurre alla pronuncia di sentenze di accoglimento che obbligano l'Amministrazione "all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio".*

Lungi dall'integrare una violazione della riserva di legge prevista dall'articolo 113, comma 3 della Costituzione, la dichiarazione di efficacia dell'atto illegittimo sino al nuovo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione rinviene quindi nella disciplina processuale di rango primario un fondamento normativo[...].

NUMERO AFFARE 00252/2020

OGGETTO:

Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dall'Associazione "Italia Nostra", in persona del Presidente e rappresentante legale pro-tempore, sig.ra Mariarita Signorini, dall'Associazione WWF Provincia di Grosseto, in persona del suo Presidente e rappresentante legale pro-tempore sig. Luca Passalacqua, e dalla Lega Abolizione Caccia (LAC), Sezione Toscana, in persona del responsabile delegato sig. Raimondo Silveri, contro la Regione Toscana, in persona del Presidente e legale rappresentante pro-tempore, per l'annullamento, previa sospensiva, della delibera di Giunta Regione Toscana n. 355 del 18/3/2019, recante "L.R. 39/00, articolo 74-bis. Approvazione Piano Specifico di Prevenzione AIB per il comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia"; dei successivi atti amministrativi della Regione Toscana collegati e connessi alla delibera citata: delibera di Giunta Regione Toscana n. 456 del 1 aprile 2019, recante "L.R. 39/00, articolo 74-bis. Piano specifico di Prevenzione AIB per il

comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia. Integrazioni a DGR 355/2019” e delibera di Giunta Regionale Toscana n. 564 del 23 aprile 2019 pubblicata sul Bollettino Ufficiale della Regione Toscana, Parte Seconda, n. 20 del 15 maggio 2019, Supplemento n. 71 recante “DELIBERAZIONE 23 aprile 2019, n. 564. L.R. 39/00, articolo 74. Approvazione del Piano AIB 2019-2021”, di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente;

LA SEZIONE

Vista la relazione prot. n. 15089 del 2 marzo 2020, pervenuta in data 10 marzo 2020, con la quale il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

Premesso:

1. Con il ricorso in esame le associazioni indicate in epigrafe hanno impugnato, chiedendone la sospensiva, la delibera n. 355 del 18 marzo 2019 e n. 456 del 1° aprile 2019 con la quale la giunta regionale della Toscana ha approvato il “Piano Specifico di Prevenzione AIB” (Anti Incendio Boschivo) per il comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia (la pineta cd. del “Tombolo”), area di grande pregio naturalistico e paesaggistico, presidiata da numerosi vincoli paesaggistici e ambientali, nonché la delibera di giunta n. 564 del 23 aprile 2019 di approvazione del “Piano AIB 2019-2021.

2. Le associazioni ricorrenti contestano gli atti impugnati nella parte in cui prevedono tagli che interesserebbero il 70% dei pini e l’80% del sottobosco, ciò che ridurrebbe la pineta del Tombolo a essere *“una pineta minimale con pochi pini residui e con qualche cespuglio di sottobosco non più ricco di biodiversità e di specie protette”* e che, *“associato al transito capillare di grandi macchine operatrici, oltre ad annientare sostanzialmente l'habitat, compromette la presenza della fauna presente, incluse le specie protette (ad esempio: ghiandaia marina e specie ad essa collegate,*

tartaruga di Hermann, cervone) presenti nella pineta”, rompendo il delicato equilibrio proprio dell’ecosistema complesso del bosco/pineta, con “*stravolgimento del paesaggio naturale e dell’immagine stessa del territorio*” (pagina 5 del ricorso).

3. Per il piano oggetto di contestazione sarebbe stata acquisita la sola autorizzazione VINCA, con esclusione dell’autorizzazione paesaggistica, trattandosi di pratiche selvicolturali in quanto tali rientranti nell’ambito degli interventi non soggetti ad autorizzazione, ai sensi dell’articolo 149, comma 1, lettera c) del codice dei beni culturali e del paesaggio. Dall’esame dello Studio di Incidenza Ambientale e della relativa istanza emergerebbe che nessuna valutazione dei vincoli ambientali e paesaggistici è stata effettuata e che nessuna delle osservazioni a suo tempo presentate è stata presa in considerazione.

4. A sostegno del gravame parte ricorrente ha dedotto le seguenti censure:

4.1. “Eccesso di potere, difetto di motivazione e violazione di leggi anche internazionali a tutela dei siti natura 2000; Violazione degli articoli 1, 2, 3, 9, 11, 32, 97, 117, 118 della Costituzione; 6, 7 comma 12, 9 e 17 del D. Lgs. n. 34 del 2018; 3 e 4 della L. n. 353 del 2000; 74 *bis* della L.r. Toscana n. 39 del 2000”. Il piano specifico di prevenzione AIB per il comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia (delibera n. 355 del 18 marzo 2019), il successivo piano AIB 2019-2021 (delibera n. 564 del 23 aprile 2019) e tutti gli atti presupposti connessi e consequenziali violerebbero la legge nazionale e il riparto di competenze stabilito dalla Costituzione in materia di misure antincendio boschivo, per i vari profili ambientali, paesaggistici, sanitari, di protezione civile oltre che forestali coinvolti. La Regione Toscana non avrebbe potuto adottare un piano antincendio boschivo specifico prima del completamento del quadro normativo attuativo nazionale come previsto dal d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, il cui articolo 17 dispone che, fino alla emissione dei decreti ministeriali attuativi previsti dagli articoli 6 e 7 del decreto legislativo ora citato, non ancora adottati, che prevedono sempre il previo coinvolgimento degli altri dicasteri competenti (ambiente e beni culturali), debbano trovare applicazione le norme in vigore. In ogni caso, il piano specifico in oggetto sarebbe stato approvato in violazione della stessa legge regionale

forestale n. 39 del 2000 (come modificata dalla legge regionale 20 marzo 2018, n. 11, che per la prima volta ha introdotto lo strumento dei piani specifici), poiché la stessa norma regionale (art. 74-*bis*) prevede che un piano specifico di prevenzione AIB può essere approvato solo se esista un presupposto vigente piano AIB che ne abbia individuato l'area, piano generale che, al momento dell'approvazione del piano specifico, non era in vigore.

4.2. “Eccesso di potere, difetto di motivazione e violazioni di legge per sottovalutazione degli elementi di rischio, per omessa procedura di v.a.s. (valutazione ambientale strategica), per violazione direttiva 92/43 CEE “habitat” e direttiva 2009/147/CE “uccelli”; Violazione degli articoli 5, 11 e 15 del D. Lgs. n. 152 del 2006; 136, 146, 147 e 149 del D. Lgs. n. 42 del 2004; 3, 9, 10 della L. 241 del 1990; 5 della L. r. Toscana n. 10 del 2010; 61-*bis* del Reg. for. Toscana n. 48 del 2003”. Sia il piano specifico di prevenzione AIB che il piano AIB 2019-2021 avrebbero dovuto essere sottoposti alle procedure previste dagli articoli sopra indicati a tutela dei valori ambientali (VAS, ai sensi degli articoli 5, 11 e 15 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) e paesaggistici e dei relativi vincoli pendenti sulla Pineta del Tombolo. La Regione Toscana si è invece limitata, sotto il primo profilo, a esperire un mero studio di incidenza con valutazioni relative ai SIC/ZPS ai sensi delle direttive Natura 2000 “habitat” e “Uccelli”, mentre, sotto il secondo profilo, ha omesso di acquisire le doverose autorizzazioni paesaggistiche (previste sia dal P.I.T. della regione Toscana, sia dal regolamento forestale regionale, il cui art. 61-*bis* prevede per l'approvazione dei piani specifici di prevenzione AIB che la giunta regionale debba acquisire tutti gli atti e pareri previsti dalla normativa vigente in relazione alla tipologia degli interventi colturali straordinari e delle opere destinati alla prevenzione ed estinzione degli incendi), non potendo valere in senso contrario la tesi secondo la quale gli interventi previsti dal piano specifico di prevenzione AIB si configurerebbero come pratiche selvicolturali, in quanto tali rientranti nell'ambito degli interventi non soggetti ad autorizzazione ai sensi dell'articolo 149, comma 1, lettera c) del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

4.3. “Eccesso di potere per travisamento di fatti, carenza dei presupposti, difetto di istruttoria, illogicità, contraddittorietà, sviamento, perplessità, omessa considerazione di fatti rilevanti,

ingiustizia manifesta, violazione dei principi del giusto procedimento, disparità di trattamento”. L’amministrazione avrebbe condotto l’istruttoria in modo carente, ostacolando la partecipazione delle associazioni e dei cittadini interessati alla tutela delle aree in questione, ignorando i noti ed evidenti vincoli pendenti sulla Pineta del Tombolo. La Regione avrebbe compresso i tempi procedurali per consentire l’accesso ai finanziamenti comunitari, trascurando l’istruttoria relativa ai vincoli ambientali, paesaggistici e idrogeologici, omettendo la VAS e impedendo la partecipazione ai soggetti interessati, senza valutare le osservazioni comunque sollevate. Non sarebbero state considerate la reale consistenza del monumento naturale in questione, l’insistenza sul medesimo di domini collettivi ai sensi della legge 20 novembre 2017, n. 168 e l’eventuale presenza di piante monumentali ai sensi dell’articolo 7 della legge 14 gennaio 2013, n. 10.

4.4. Nell’ambito del paragrafo del ricorso introduttivo denominato “Conclusioni tecnico-scientifiche”, le associazioni ricorrenti lamentano infine le seguenti carenze contenutistiche dei piani impugnati: i dati sugli incendi verificatisi nel periodo 1984-2017 sarebbero privi di analisi sull’origine dolosa o colposa e su quali siano state le cause che hanno determinato gli eventi e il tipo di incendio prodotto (trattandosi di inneschi per lo più perimetrali alla pineta, sarebbe preferibile, a detta delle associazioni ricorrenti, la predisposizione di attività di presidio e controllo, in luogo dei massicci diradamenti all’interno della pineta o dell’eliminazione del pino marittimo proposti nel piano); mancherebbero informazioni puntuali sulla consistenza e distribuzione sul territorio di mezzi, attrezzature e personale impegnato nelle attività di prevenzione, primo intervento e lotta attiva, e circa eventuali limiti e criticità della struttura riscontrate negli anni; il piano sarebbe ispirato ad un approccio selvicolturale classico, che considera la pineta come soprassuolo destinato alla produzione di pinoli, per cui si fa riferimento ad un modello di gestione, basato su tagli a raso, diradamenti e ripuliture del bosco, inadeguato sotto il profilo ambientale e paesaggistico; non sarebbe chiaro se il diradamento preveda 120 piante/ha come numero di alberi da abbattere o da conservare; poiché il numero attuale di fusti nella pineta adulta oscilla tra 180 e 300 piante/ha, il risultato finale sarebbe comunque quello di avere una pineta con circa 150 p/ha, ossia un numero di

alberi ad ettaro del tutto ingiustificato per una pineta a funzione turistico-paesaggistica; sarebbe criticabile la proposta di eliminare tutti i pini marittimi (che potrebbero ammalarsi) a favore della ricostituzione dell'originaria pineta di pino domestico: se l'obiettivo può essere condivisibile, si critica la modalità drastica dell'intervento; sarebbe errata la proposta di sostituire il pino marittimo con il pino d'Aleppo, estraneo alla storia delle pinete grossetane; la rinnovazione artificiale proposta non sarebbe condivisibile; i tagli a raso con parziale eliminazione anche della vegetazione arbustiva (fino all'80%) confliggerebbe con il valore paesaggistico di queste formazioni forestali e sarebbe incompatibile con la tutela della biodiversità, rendendo inospitale l'habitat di molte specie animali che nel bosco e del bosco vivono, in contrasto con quanto previsto per le aree definite strategiche S.I.C. - Natura 2000; sarebbe errata la soluzione proposta di triturazione e rilascio sul posto del materiale derivante dal taglio del sottobosco, potendo tale materiale, seccandosi, costituire un perfetto combustibile per l'innesco e la propagazione delle fiamme; la tecnica del così detto "fuoco prescritto", previsto dal piano A.I.B., sarebbe in netto contrasto con i principi ispiratori alla base della creazione di zone protette e con la tutela della biodiversità vegetale e animale, provocando pesanti, negative ripercussioni sulle componenti dell'ecosistema foresta; criticabile sarebbe anche la previsione di fasce parafuoco di 50 m, e le fasce di 20 m per lato, adiacenti alla viabilità principale strategica, sostituibili con fasce di latifoglie sempreverdi appartenenti al dinamismo della cenosi come il leccio o la sughera, la cui corteccia è notoriamente poco combustibile; il piano conterrebbe l'indicazione di procedere, ovunque sia possibile, a significativi prelievi legnosi, probabilmente finalizzati alla produzione biomasse: tali interventi non potrebbero configurarsi come ordinarie pratiche selvicolturali rientranti nell'ambito degli interventi non soggetti ad autorizzazione, ai sensi dell'articolo 149, comma 1, lettera c) del codice dei beni culturali e del paesaggio, trattandosi di interventi straordinari (tagli a raso, eliminazione totale del sottobosco, taglio nella macchia di tutti i soggetti di altezza inferiore a 2 m) avulsi da un ordinario contesto produttivo colturale e non in linea con gli stessi indirizzi gestionali per la tutela di specie e habitat stabiliti dalla Regione Toscana con deliberazione n. 1223 del 15 dicembre 2015 ["Direttiva 92/43/CE "Habitat" - art. 4 e 6 -

Approvazione delle misure di conservazione dei SIC (Siti di Importanza Comunitaria) ai fini della loro designazione quali ZSC (Zone Speciali di Conservazione)"]].

5. Con la relazione prot. n. 15089 del 2 marzo 2020 il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare ha dato conto delle difese regionali (nota assunta al protocollo ministeriale n. PNM/0014661 del 25 giugno 2019) ed ha concluso per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

6. La Regione Toscana - nella memoria in data 29 novembre 2019 - ha difeso la scelte compiute con gli atti impugnati ed ha in primo luogo rappresentato come i cambiamenti climatici in atto e il succedersi di ricorrenti fenomeni estremi, in uno con le mutate condizioni delle superfici forestali, sempre più soggette a fenomeni di abbandono, hanno reso particolarmente pressante la necessità di mettere in atto interventi più radicali, capaci di assicurare una più forte prevenzione e un più efficace controllo degli incendi boschivi, tenuto conto anche del fatto che questi incendi, anche per l'aumento delle zone di interfaccia urbano-foresta e come è dimostrato dagli eventi che negli ultimi anni hanno colpito la Spagna, il Portogallo e la Grecia causando centinaia di morti, assumono sempre più una diretta rilevanza di protezione civile e di tutela dell'incolumità delle persone e delle cose. La Regione ha dunque riferito di avere a tal fine avviato un percorso volto a realizzare, nelle aree ritenute a maggior rischio, appositi "Piani Specifici di Prevenzione", come previsto nella legge forestale regionale n. 39 del 2000 (art. 74-*bis*), individuando venti comprensori territoriali - soggetti ad un alto rischio incendi boschivi, espresso in termini di frequenza, vulnerabilità e pericolosità potenziale - per i quali si è ritenuto di procedere prioritariamente con la predisposizione entro la fine del 2020 di altrettanti piani specifici di prevenzione AIB. Ha riferito quindi di aver stipulato un apposito protocollo di intesa con Pau Costa Foundation, una delle principali organizzazioni europee con sede in Spagna, considerata tra le più qualificate sul tema della lotta agli incendi boschivi, al fine di acquisire un adeguato supporto tecnico per la validazione dei piani specifici di prevenzione. Ha quindi contestato punto per punto le censure di controparte ed ha concluso per il rigetto del ricorso e della domanda cautelare.

7. Con nota n. prot. 26760 del 16 aprile 2020 il Ministero ha trasmesso la memoria di replica, in data 2 aprile 2020, nella quale le associazioni ricorrenti hanno ribadito i motivi di censura proposti e hanno insistito per l'accoglimento del ricorso.

Considerato:

1. Il ricorso è in parte fondato e deve pertanto essere accolto, nei limiti di seguito precisati.
2. È incontroverso tra le parti che la Pineta del Tombolo, oggetto del piano specifico di prevenzione AIB per il comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia, oggetto di lite, previsto nella delibera di giunta della Regione Toscana n. 355 del 18 marzo 2019, è sottoposta a vincolo paesaggistico di tipo provvedimentale (ai sensi dell'articolo 136 del codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42 del 2004, giusta sei decreti ministeriali degli anni dal 1958 al 1967), è inserita nel piano di indirizzo territoriale con valenza di piano paesaggistico della Regione Toscana e ricade nella rete ecologica europea denominata "Natura 2000" [ZSC/ZPS Tombolo da Marina di Grosseto a Castiglione della Pescaia (IT51A0012), ZSC/ZPS Diaccia Botrona (IT51A0011) e ZSC punta Ala e Isolotto dello Sparviero (IT51A0007)].
3. È altresì incontroverso in atti che il piano specifico di prevenzione AIB oggetto di lite prevede, in sintesi, come denunciato dalle associazioni ricorrenti e riferito nella relazione ministeriale, il taglio di circa il 70% dei pini esistenti e di circa l'80% della vegetazione arbustiva del sottobosco. Nella memoria difensiva regionale (pag. 7) si afferma che *"È da sottolineare che le aree soggette agli interventi strategici, contrariamente a quanto riportato nel presente ricorso, non arrivano nemmeno al 15% della superficie totale complessiva dell'area considerata, da trattarsi nei 10 anni di validità del Piano ed impossibile che si verifichi la lamentata scomparsa delle aree di Rete Natura 2000"*. Ma tale rilievo non contesta tuttavia quanto affermato in ricorso, riguardo alle percentuali di pini e di sottobosco destinati al taglio, sia pur limitatamente alle aree interessate dagli interventi programmati.

Il piano, inoltre, qualifica espressamente gli interventi previsti come "non soggetti ad autorizzazione paesaggistica", ai sensi dell'articolo 149 del citato d.lgs. n. 42 del 2004, la cui lettera b) del comma

1 esclude la necessità dell'autorizzazione paesaggistica per gli *“interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio”*.

4. Il piano specifico di prevenzione AIB oggetto di lite costituisce uno strumento introdotto dalla legge regionale della Toscana 20 marzo 2018, n. 11, pubblicata nel B.U. Toscana 26 marzo 2018, in vigore dal 10 aprile 2018, che, con l'articolo 12, aggiunge nella legge regionale forestale della Toscana 21 marzo 2000, n. 39 un nuovo articolo 74-bis del seguente tenore: *“Piani specifici di prevenzione AIB. 1. Nelle aree individuate dal piano AIB sono approvati dalla Giunta regionale i piani specifici di prevenzione AIB riferiti a un periodo minimo di dieci anni. Il piano specifico di prevenzione può essere aggiornato nell'arco temporale della sua validità. Il regolamento forestale disciplina le modalità per la realizzazione dei piani specifici di prevenzione AIB”*. Nella relazione ministeriale si riferisce che questo *“piano specifico di prevenzione AIB”* costituisce un piano operativo di prevenzione, riferito alle aree *“ritenute ad alto rischio per l'intensificarsi di fenomeni dovuti agli incendi boschivi, stante le mutate condizioni climatiche e l'acuirsi di fenomeni estremi che negli ultimi anni hanno colpito anche il territorio toscano”*, basato sul regime storico degli incendi boschivi ricorrenti in un determinato comprensorio territoriale, al fine di individuare e gestire i punti strategici dove realizzare adeguati interventi di prevenzione per contenere gli incendi boschivi, entro la capacità di estinzione del sistema e per salvaguardare l'incolumità pubblica e l'ambiente naturale. In questa prima fase sono stati individuati venti comprensori territoriali - soggetti ad alto rischio incendi boschivi, espressi in termini di frequenza, vulnerabilità e pericolosità potenziale - per i quali la Regione ha ritenuto opportuno procedere prioritariamente con la predisposizione, entro la fine del 2020, di altrettanti piani specifici di prevenzione AIB.

5. Quasi contemporaneamente alla emanazione della legge regionale n. 11 del 2018 è intervenuto a livello di legislazione statale il nuovo d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, recante il Testo unico in materia di

foreste e filiere forestali, pubblicato nella Gazz. Uff. 20 aprile 2018, n. 92 ed entrato in vigore il 5 maggio 2018.

È indispensabile ai fini dell'esame dei motivi di ricorso svolgere una breve descrizione del quadro normativo come ridefinito dal suddetto d.lgs. n. 34 del 2018.

5.1. È ormai un dato acquisito nella dottrina e nella giurisprudenza che il patrimonio forestale nazionale reca in sé ed esprime una pluralità di valori, interessi, beni, che chiamano in causa plurimi campi di materia e titoli di potestà legislativa, essendo ormai superata la tradizionale visione che relegava questo settore al solo campo dell'agricoltura (silvicoltura). È dunque pacifico che, oggi, il patrimonio forestale nazionale intreccia titoli di competenza statale [in particolare, quelli di cui alla lettera s) del comma 2 dell'articolo 117, Cost.: tutela dell'ambiente e del paesaggio, in quanto componente del patrimonio culturale] e di competenza concorrente Stato-regioni, in particolare le politiche agricole contemplate dal comma 3 del citato articolo 117, Cost. Lo stesso articolo 1 del d.lgs. n. 34 del 2018 (*"Principi"*) non manca di esplicitare che *"La Repubblica riconosce il patrimonio forestale nazionale come parte del capitale naturale nazionale e come bene di rilevante interesse pubblico da tutelare e valorizzare per la stabilità e il benessere delle generazioni presenti e future"* (comma 1) e che lo Stato e le regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, perseguono il *"fine di riconoscere il ruolo sociale e culturale delle foreste, di tutelare e valorizzare il patrimonio forestale, il territorio e il paesaggio nazionale, rafforzando le filiere forestali e garantendo, nel tempo, la multifunzionalità e la diversità delle risorse forestali, la salvaguardia ambientale, la lotta e l'adattamento al cambiamento climatico, lo sviluppo socio-economico delle aree montane e interne del Paese"* (comma 3). Coerentemente, nell'articolo 2 (*"Finalità"*) sono enumerati scopi sia di tipo conservativo-ambientale ([lettera a) del comma 1: *"garantire la salvaguardia delle foreste nella loro estensione, distribuzione, ripartizione geografica, diversità ecologica e bio-culturale"*], sia di tipo economico-produttivo [ad es., le lett. b) e c): *"promuovere la gestione attiva e razionale del patrimonio forestale nazionale al fine di garantire le funzioni*

ambientali, economiche e socio-culturali; promuovere e tutelare l'economia forestale, l'economia montana e le rispettive filiere produttive . . . etc.”].

5.2. Conseguentemente, nella premessa al testo dell'articolato vi è un generico richiamo all'articolo 117 della Costituzione, ma sono significativamente richiamati sia il d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante codice dei beni culturali e del paesaggio, sia il decreto d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, recante norme in materia ambientale, ed è stata acquisita l'intesa della Conferenza unificata, espressa nella seduta dell'11 gennaio 2018.

Non può pertanto condividersi la tesi svolta nella memoria difensiva regionale, secondo la quale “*il d.lgs. n. 34 del 2018 (Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali) non ha altresì innovato la legge n. 353 del 2000 (Legge quadro sugli incendi boschivi) in quanto tratta di materie diverse*”, poiché “*il d.lgs. n. 34 del 2018 ha carattere di norma di orientamento facendo salve le competenze esclusive della Regione sancite dalla Costituzione*”. In realtà, il nuovo testo unico, aggiornando la normativa nazionale al mutato quadro interpretativo e alle più recenti acquisizioni sulle valenze ambientali e paesaggistiche del patrimonio forestale, ha largamente superato la vecchia impostazione (risalente alla seconda metà del secolo scorso, il cui precipitato giuridico conclusivo si era depositato nel d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112), che configurava il bosco come una mera risorsa agricola in un'ottica di sfruttamento economico, cui era legata la competenza legislativa regionale concorrente nella tradizionale materia della “*agricoltura e foreste*” dell'originario testo dell'articolo 117 della Costituzione (materia da intendersi nella sua proiezione esclusivamente economica, oggi rifluita nella potestà legislativa residuale regionale, di cui al comma 4 dell'articolo 117 della Costituzione, nel testo novellato con la riforma del 2001).

5.3. Il d.lgs. n. 34 del 2018, in considerazione di questo inestricabile intreccio di valori-beni-interessi espressi dal patrimonio forestale e delle annesse e conseguenti competenze normative e amministrative, ha avuto cura di costruire un sistema volto ad assicurare che tutti i diversi (e a volte confliggenti) interessi generali-pubblici messi in gioco dal tema della gestione del patrimonio forestale fossero adeguatamente rappresentati, acquisiti e valutati nei procedimenti attuativi, al fine

di garantire, per quanto possibile, un ragionevole equilibrio tra le esigenze gestionali, anche di tipo economico-produttivo, e quelle di tutela ambientale e paesaggistica.

5.4. In particolare, come bene illustrato anche negli scritti difensivi delle parti, il decreto legislativo prevede un complesso percorso attuativo che si snoda attraverso i seguenti passaggi essenziali: a) l'adozione, da parte del Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, d'intesa con la Conferenza unificata ed in coordinamento, per quanto di rispettiva competenza, con il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e con il Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, di appositi atti di indirizzo e coordinamento delle attività necessarie a garantire il perseguimento unitario e su tutto il territorio nazionale delle finalità enunciate nel decreto legislativo; b) l'adozione, con decreto del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, adottato di concerto con il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo e il Ministro dello sviluppo economico e d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, di una "Strategia forestale nazionale" (art. 6, Programmazione e pianificazione forestale), che definisce, con validità ventennale soggetta a revisione e aggiornamento quinquennale, gli indirizzi nazionali per la tutela, la valorizzazione e la gestione attiva del patrimonio forestale nazionale e per lo sviluppo del settore e delle sue filiere produttive, ambientali e socio-culturali; c) l'adozione da parte delle Regioni, in coerenza con la Strategia forestale nazionale, di Programmi forestali regionali per individuare i propri obiettivi e definire le relative linee d'azione; d) la predisposizione da parte delle Regioni, nell'ambito di comprensori territoriali omogenei, di piani forestali di indirizzo territoriale, che *"concorrono alla redazione dei piani paesaggistici di cui agli articoli 143 e 156 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 145 del medesimo decreto legislativo"*; e) la promozione, da parte delle Regioni, della redazione di piani di gestione forestale o di strumenti equivalenti, riferiti ad un ambito aziendale o sovraziendale di livello locale, quali strumenti indispensabili a garantire la tutela, la valorizzazione e la gestione attiva delle risorse forestali (per i quali è richiesto il parere del Soprintendente, salvo che per la parte inerente la realizzazione o l'adeguamento della

viabilità forestale di cui al punto A.20 dell'Allegato A del d.P.R. 13 febbraio 2017, n. 31, ove i piani di gestione forestale siano conformi ai piani forestali di indirizzo territoriale di cui al comma 3 dell'art. 6).

5.5. I commi 6 e 7 dell'articolo 6 del d.lgs. n. 34 del 2018 prevedono che gli strumenti pianificatori sopra indicati (i piani forestali di indirizzo territoriale di cui al comma 3 e i piani di gestione forestale, o strumenti equivalenti, di cui al comma 6) debbano essere conformi ai “*criteri minimi nazionali di elaborazione*” da adottarsi con decreto del Ministro delle politiche agricole, alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e d'intesa con la Conferenza Stato-regioni, al fine di armonizzare le informazioni e permetterne una informatizzazione su scala nazionale, con previsione dell'obbligo delle regioni di adeguarsi alle suddette disposizioni entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto. Il comma 8 dell'articolo 6 del d.lgs. n. 34 del 2018 prevede, inoltre, che le regioni, in conformità a quanto statuito al comma 7, definiscono i criteri di elaborazione, attuazione e controllo dei piani forestali di indirizzo territoriale di cui al comma 3 e dei piani di gestione forestale o strumenti equivalenti di cui al comma 6, definiscono, altresì, i tempi minimi di validità degli stessi e i termini per il loro periodico riesame, garantendo che la loro redazione e attuazione venga affidata a soggetti di comprovata competenza professionale, nel rispetto delle norme relative ai titoli professionali richiesti per l'espletamento di tali attività.

6. Di particolare rilievo, ai fini della decisione della controversia in esame, sono infine le previsioni contenute nei commi 12 e 13 dell'articolo 7 (“*Disciplina delle attività di gestione forestale*”) del d.lgs. n. 34 del 2018: “12. *Con i piani paesaggistici regionali, ovvero con specifici accordi di collaborazione stipulati tra le regioni e i competenti organi territoriali del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241, vengono concordati gli interventi previsti ed autorizzati dalla normativa in materia, riguardanti le pratiche selvicolturali, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione, da eseguirsi nei boschi tutelati ai sensi dell'articolo 136 del decreto legislativo 22*

gennaio 2004, n. 42, e ritenuti paesaggisticamente compatibili con i valori espressi nel provvedimento di vincolo. Gli interventi di cui al periodo precedente, vengono definiti nel rispetto delle linee guida nazionali di individuazione e di gestione forestale delle aree ritenute meritevoli di tutela, da adottarsi con decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dei beni delle attività culturali e del turismo, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano. 13. Le pratiche selvicolturali, i trattamenti e i tagli selvicolturali di cui all'articolo 3, comma 2, lettera c), eseguiti in conformità alle disposizioni del presente decreto ed alle norme regionali, sono equiparati ai tagli colturali di cui all'articolo 149, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42”.

7. Così definito e chiarito il quadro giuridico di riferimento, è ora possibile procedere alla trattazione dei singoli motivi di ricorso.

8. Con il primo motivo le associazioni ricorrenti assumono che i piani AIB impugnati si porrebbero in violazione della legge nazionale e del riparto di competenze stabilito dalla Costituzione in materia di antincendio boschivo per i vari profili ambientali, paesaggistici, sanitari, di protezione civile oltre che forestali in esso coinvolti. La Regione Toscana non avrebbe quindi potuto adottare un piano antincendio boschivo specifico prima del completamento del quadro normativo attuativo nazionale, come previsto dal d.lgs. n. 34 del 2018. In ogni caso, il piano specifico in oggetto sarebbe stato approvato in violazione della stessa legge regionale forestale n. 39 del 2000 (come modificata dalla legge regionale 20 marzo 2018, n. 11, che per la prima volta ha introdotto lo strumento dei piani specifici), il cui articolo 74-bis prevede che un piano specifico di prevenzione AIB può essere approvato solo se esista un presupposto vigente piano AIB che ne abbia individuato l'area, piano generale che, al momento dell'approvazione del piano specifico, non era in vigore.

La tesi di parte ricorrente non è condivisibile, poiché lo stesso articolo 17 del decreto legislativo da essa invocato, recante le disposizioni applicative e transitorie, nel prevedere che *“nelle more dell'adozione dei decreti ministeriali e delle disposizioni di indirizzo elaborate ai sensi del presente*

decreto restano valide le eventuali normative di dettaglio nazionali e regionali vigenti” (comma 2), fa salva, contrariamente all’assunto delle associazioni ricorrenti, la previsione della legge regionale n. 11 del 2018 e i piani specifici di prevenzione AIB in forza di tale nuova legge adottati (tra i quali vi è quello qui oggetto di lite).

Parimenti non condivisibile deve giudicarsi la tesi secondo la quale il piano specifico di prevenzione AIB relativo alla Pineta del Tombolo sarebbe illegittimo in quanto adottato prima del piano AIB pluriennale generale 2019-2021, che doveva costituire il suo presupposto, approvato dalla giunta regionale solo successivamente, in data 23 aprile 2019. In senso contrario persuade la tesi difensiva secondo la quale il piano AIB “generale” preesisteva, nel sistema normativo regionale, alla novella introdotta dalla legge regionale n. 11 del 2018, poiché già la legge forestale della Toscana n. 39 del 2000 prevedeva, nell’articolo 74, la “Pianificazione dell’AIB”. Era dunque già vigente, all’atto dell’adozione della delibera di giunta n. 355 del 18 marzo 2019, il precedente piano AIB 2014-2016 approvato con delibera di giunta n. 50 del 28 gennaio 2014, variamente prorogato fino al 2019. Inoltre, come evidenziato nelle difese regionali, il nuovo piano AIB è intervenuto dopo pochi giorni rispetto al piano specifico relativo alla Pineta del Tombolo e lo ha sostanzialmente recepito, con un indiretto effetto, ove necessario, di sanatoria. La stessa delibera n. 355 del 18 marzo 2020 dà inoltre conto, nelle premesse, *“che sono in corso le attività di redazione del testo definitivo del nuovo piano AIB che, come previsto all’articolo 74-bis, comma 1, individua le aree soggette ad alto rischio incendi boschivi, espresso in termini di frequenza, vulnerabilità e pericolosità potenziale”*, ed ha espressamente valutato, in modo non irragionevole, *“la necessità di dover procedere, nelle more dell’approvazione del suddetto piano AIB, alla realizzazione di uno specifico piano di prevenzione del rischio incendi boschivi per il comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia che presenta un’alta incidenza e pericolosità relativa al fenomeno degli incendi boschivi”*.

9. Il secondo motivo di ricorso introduce due distinte censure: la mancata sottoposizione a VAS e la ritenuta non necessità di controllo paesaggistico degli interventi. Tali censure devono essere partitamente esaminate, essendo infondata la prima e in parte fondata la seconda.

10. Sotto un primo profilo, le associazioni ricorrenti, con il secondo motivo in esame, hanno censurato gli atti gravati per la omessa valutazione ambientale strategica (VAS, ai sensi degli articoli 5, 11 e 15 del d.lgs. n. 152 del 2006), a loro dire necessaria (in luogo del mero studio di incidenza con valutazioni relative ai SIC/ZPS ai sensi delle direttive Natura 2000 “habitat” e “uccelli” esperito dalla Regione) giusta la previsione dell’articolo 5, comma 2, lett. a) della legge regionale della Toscana 12 febbraio 2010, n. 10. La norma, riproducendo peraltro il testo della legge nazionale [art. 6, comma 2, lettera a) del d.lgs. n. 152 del 2006], impone la sottoposizione a VAS, tra gli altri, dei piani e dei programmi elaborati per i settori agricolo e forestale e prevede la VAS obbligatoria [lett. b)] anche per *“i piani e i programmi per i quali, in considerazione dei possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la conservazione degli uccelli selvatici e di quelli classificati come siti di importanza comunitaria per la protezione degli habitat naturali, della flora e della fauna selvatica, si ritiene necessaria una valutazione di incidenza, ai sensi dell’art. 5 del decreto del Presidente della Repubblica 8 settembre 1997, n. 357”*, come invero avvenuto nel caso di specie.

L’assunto non è condiviso dalla Sezione. Deve infatti ritenersi fondata la replica regionale, che invoca l’eccezione costituita dalla previsione della lettera *c-bis*) del comma 4 dell’articolo 6 del d.lgs. n. 152 del 2006, [*“Sono comunque esclusi dal campo di applicazione del presente decreto: ... c-bis) i piani di gestione forestale o strumenti equivalenti, riferiti ad un ambito aziendale o sovraziendale di livello locale, redatti secondo i criteri della gestione forestale sostenibile e approvati dalle regioni o dagli organismi dalle stesse individuati”*] ed evidenza come il piano specifico di prevenzione AIB costituisce uno strumento equivalente al piano di gestione forestale, in quanto contiene gli interventi selvicolturali e le opere necessarie alla prevenzione AIB, ed è redatto secondo i criteri della gestione forestale sostenibile.

10.1. Aggiunge al riguardo il Ministero che, per i siti compresi nella rete ecologica europea denominata “Natura 2000” [Siti di Importanza Comunitaria (SIC) e Zone speciali di Conservazione (ZSC), di cui alla direttiva 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli habitat naturali e seminaturali, nonché della flora e della fauna selvatiche (“Direttiva Habitat”); Zone di Protezione Speciale (ZPS) previste dalla direttiva 79/409/CEE, ora 2009/147/CE, concernente la conservazione degli uccelli selvatici (“Direttiva Uccelli”)], disciplinati, a livello di normativa nazionale, dal d.P.R. 8 settembre 1997, n. 357, dalla legge 11 febbraio 1992, n.157, dai decreti ministeriali 3 settembre 2002 (recante “*Linee guida per la gestione dei siti Natura 2000*”) e 17 ottobre 2007 (relativo ai criteri minimi uniformi per la definizione di misure di conservazione relative di detti siti), qualsiasi piano o progetto che possa pregiudicare significativamente il sito non può essere autorizzato senza una preventiva valutazione della sua incidenza (articolo 6, comma 3 della direttiva habitat). Nel caso di specie risulta formalmente svolto uno studio di incidenza per la realizzazione del piano oggetto di lite, ciò che - in disparte la questione della sufficienza di tale studio di incidenza, che costituisce l’oggetto di una separata e autonoma censura di parte ricorrente - consentirebbe di giudicare rispettati i canoni normativi invocati a parametro di legittimità dalle associazioni ricorrenti.

10.2. Benché lo stesso disposto normativo dell’articolo 6 del d.lgs. n. 152 del 2006 rechi in sé un elemento di interna contraddittorietà tra il comma 2 e la lettera *c-bis*) del comma 4 (aggiunta, senza un adeguato coordinamento, dall’art. 4-*undecies*, comma 1, del d.l. 3 novembre 2008, n. 171, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 2008, n. 205), tuttavia, seguendo in ciò l’impostazione sottesa alla relazione ministeriale che privilegia il profilo di conformità comunitaria, può pervenirsi alla soluzione negativa della necessità nella fattispecie della previa VAS. Ed invero l’articolo 6 del d.lgs. n. 152 del 2006 da un lato afferma che è necessaria la VAS “*per tutti i piani e i programmi che sono elaborati . . . per i settori agricolo, forestale, . . . etc.*” [comma 2, lett. a)] e che tale valutazione è altresì necessaria per i piani e i programmi che presentano “*possibili impatti sulle finalità di conservazione dei siti designati come zone di protezione speciale per la*

conservazione degli uccelli selvatici . . . etc.” [lett. b)]; dall’altro lato, afferma che sono comunque esclusi dalla VAS “*i piani di gestione forestale o strumenti equivalenti, riferiti ad un ambito aziendale o sovraziendale di livello locale, redatti secondo i criteri della gestione forestale sostenibile e approvati dalle regioni o dagli organismi dalle stesse individuati*” (comma 4, lettera c-bis). Onde l’evidente contraddizione con il combinato disposto delle lettere a) e b) del comma 2, poiché pressoché tutti i siti della rete “Natura 2000” sono “*di livello locale*” e dunque, dovendo prevalere la ora detta lettera c-bis) in quanto disposizione speciale-derogatoria, nessun piano o programma di gestione forestale o strumento equivalente, ancorché molto impattante su uno di tali siti, essendo inevitabilmente di livello locale, potrà mai essere sottoposto a VAS [il che svuota di senso, in una parte consistente, il disposto della lettera b) del comma 2]. Nondimeno, come anticipato sopra e come in qualche modo prospettato nella relazione ministeriale, ciò che soprattutto rileva è il dettato della direttiva europea, che non richiede la VAS, ma la valutazione di incidenza ambientale. In questo senso può confermarsi la non fondatezza della censura in esame, pur, deve darsene atto, a fronte di un quadro normativo al riguardo non privo di elementi di contraddittorietà.

11. Fondato e meritevole di accoglimento viene invece giudicato dalla Sezione il secondo profilo di censura articolato dalle ricorrenti nel motivo di ricorso in esame, riguardo alla insufficiente considerazione dei vincoli paesaggistici gravanti sulla Pineta del Tombolo. La contestazione in esame fa emergere due distinti (anche se connessi e consequenziali) elementi di illegittimità riguardo al trattamento dei suddetti vincoli paesaggistici: l’erronea presupposizione (poi esplicitata in puntuali note del dirigente del settore regionale competente) della piena riconducibilità di tutti gli interventi previsti nel piano nell’esclusione dalla previa autorizzazione paesaggistica ai sensi delle lettere b) e c) del comma 1 dell’articolo 149 del codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004; la (connessa e conseguente) assenza, negli atti istruttori, di una analisi e valutazione adeguate degli impatti paesaggistici dei medesimi interventi sui beni vincolati (analisi e valutazione che, per quanto si dirà, avrebbero dovuto comunque coinvolgere i competenti uffici territoriali del Ministero di settore).

11.1. È in particolare illegittima la previsione, implicita nel piano specifico di prevenzione AIB impugnato, della esclusione della previa autorizzazione paesaggistica per tutti indistintamente gli interventi programmati, secondo la tesi per cui tali interventi si configurerebbero come pratiche selvicolturali, in quanto tali rientranti tutti nell'ambito delle misure non soggette ad autorizzazione ai sensi dell'articolo 149, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 42 del 2004.

11.1.2. È vero che né la delibera di giunta n. 355 del 2019, né l'allegato piano specifico di prevenzione AIB con essa approvato contengono un'espressa affermazione in questo senso. Ma che questa tesi sia acquisita implicitamente negli atti impugnati e ne costituisca il presupposto logico-giuridico fondamentale, per quanto attiene al profilo paesaggistico, è dimostrato e reso esplicito dalle note a firma del dirigente della Direzione agricoltura e sviluppo rurale - settore forestazione - usi civici - agroambiente della Regione Toscana, di riscontro (rispettivamente) delle domande di accesso agli atti del 4 e del 17 aprile 2019 presentate dal Tavolo permanente di amministrazione e di governo della Pineta da Castiglione della Pescaia ai Monti dell'Uccellina (allegati nn. 19 e 21 della produzione di parte ricorrente), nelle quali si precisa che *“gli interventi previsti dal Piano Specifico di prevenzione AIB si configurano come pratiche selvicolturali e in quanto tali rientranti nell'ambito degli interventi non soggetti ad autorizzazione, ai sensi dell'articolo 149, comma 1, lettera c) del Codice dei beni culturali e del paesaggio. (d.lgs. n. 42 del 2004)”* e, inoltre, che *“ai sensi del Regolamento Forestale, articolo 61-bis, comma 4, l'attuazione dei singoli interventi previsti dal Piano è soggetta a una dichiarazione, quale forma semplificata di autorizzazione. Pertanto, al momento della realizzazione dei singoli interventi, resta a carico dell'ente competente rilasciare le relative autorizzazioni”*.

Che la costruzione del piano si fondi su questo errato presupposto interpretativo è infine dimostrato ulteriormente dalle stesse difese regionali, dove si sostiene (pag. 9-10 della memoria difensiva) che *“lo stesso articolo 7, comma 13 prevede per le tipologie di interventi di cui all'articolo 3, comma 2, lettera c) del d.lgs. n. 34 del 2018 (tra i quali rientrano anche gli interventi volti alla prevenzione incendi) l'equiparazione ai tagli colturali di cui all'articolo 149, comma 1, lettera c) del d.lgs. n. 42*

del 2004 (interventi non soggetti ad autorizzazione paesaggistica” (tesi poi ribadita nella pag. 16 della memoria, con riferimento alla legge regionale n. 39 del 2000).

11.1.3. La tesi regionale non ha pregio e non può essere condivisa, e ciò sia per ragioni legate alla lettera delle disposizioni normative di riferimento sia per ragioni discendenti dall’interpretazione sistematica e finalistica del complesso normativo in cui tali disposizioni si inquadrano, come tratteggiato nel precedente par. 5 di questa motivazione. In estrema sintesi, l’errore interpretativo che inficia la posizione regionale consiste nell’aver esteso ai boschi e foreste sottoposti a vincolo provvedimentale (articolo 136 del d.lgs. n. 42 del 2004, già legge 29 giugno 1939, n. 1497) il regime (meno severo) previsto per i boschi e le foreste sottoposti a vincolo *ex lege* [articolo 142, comma 1, lettera g) del predetto d.lgs. n. 42 del 2004, già legge 8 agosto 1985, n. 431].

11.1.4. Sul piano letterale, occorre considerare che l’articolo 149 del codice dei beni culturali e del paesaggio, a proposito dell’esclusione della preventiva autorizzazione paesaggistica, distingue chiaramente, nelle lettere b) e c) del comma 1, il regime proprio degli interventi *“inerenti l’esercizio dell’attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l’assetto idrogeologico del territorio”* rispetto a quello degli interventi consistenti nel taglio colturale, nella forestazione, riforestazione, in opere di bonifica, antincendio e di conservazione *“da eseguirsi nei boschi e nelle foreste indicati dall’articolo 142, comma 1, lettera g), purché previsti ed autorizzati in base alla normativa in materia”* (lett. c). Questo diverso regime deriva dalla distinzione (articolo 134 del medesimo codice del 2004) tra i boschi e le foreste vincolati sulla base di un apposito provvedimento amministrativo, che ne abbia acclarato il notevole interesse pubblico paesaggistico (articolo 136 dello stesso codice), e i boschi e le foreste vincolati indistintamente *ex lege*, come categoria geografica, in base alla cosiddetta legge “Galasso” [d.l. 27 giugno 1985, n. 312, convertito, con modificazioni, nella legge 8 agosto 1985, n. 431, oggi rifluita nell’articolo 142, comma 1, lett. g) del codice]. Il combinato disposto delle sopra riportate lettere b) e c) dell’articolo

149 dimostra in tutta evidenza che per la prima tipologia di boschi e foreste (vincolati con apposito provvedimento amministrativo) l'esclusione della necessaria autorizzazione paesaggistica preventiva prevista dalla lettera b) dell'articolo 149 per gli interventi "*inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale*" vale solo per gli interventi "minori", che non si traducano nel "*taglio colturale, [nel]la forestazione, [nel]la riforestazione, [nel]le opere di bonifica, antincendio e di conservazione*", i quali sono sottratti all'obbligo della previa autorizzazione paesaggistica solo ed esclusivamente quando siano "*da eseguirsi nei boschi e nelle foreste indicati dall'articolo 142, comma 1, lettera g), purché previsti ed autorizzati in base alla normativa in materia*" [articolo 149, lettera c)]. Con la conseguenza che le ora dette tipologie di interventi - tra i quali rientra senz'altro la maggior parte di quelli previsti dal piano oggetto di lite - riguardando un bosco vincolato con apposito provvedimento amministrativo, ai sensi dell'articolo 136 del d.lgs. n. 42 del 2004, qual è pacificamente la pineta del Tombolo, non possono in alcun modo considerarsi senz'altro e a priori sottratti all'obbligo dell'autorizzazione paesaggistica preventiva prevista dall'articolo 146 del decreto legislativo da ultimo citato.

Il che trova una sua evidente spiegazione razionale nel fatto che sia il taglio colturale, sia quello antincendio, nella modalità prevista nel piano in esame, se può presumersi compatibile con la nozione generica di territorio coperto da foreste e da boschi, considerati in astratto, come tipologia generale, senza alcuno specifico accertamento tecnico-discrezionale *in loco*, non può logicamente ammettersi, senza un previo controllo puntuale di compatibilità esercitato in concreto dagli organi a ciò preposti, nel caso di boschi e foreste dichiarati di notevole interesse pubblico e paesaggistico con apposito provvedimento motivato, nel qual caso è coesistente al vincolo il controllo preventivo tecnico-discrezionale di compatibilità dei tagli proposti rispetto alla consistenza e alla fisionomia paesaggisticamente percepibile del bene protetto, come accertata e dichiarata nel provvedimento di vincolo.

Coerente con questo sistema normativo e con le sue finalità logiche si pone altresì il Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a

procedura autorizzatoria semplificata, di cui al d.P.R. n. 31 del 2017, nel cui allegato A (di cui all'art. 2, comma 1 - Interventi ed opere in aree vincolate esclusi dall'autorizzazione paesaggistica), non a caso e significativamente, sono bene distinti e graduati, nelle voci A.19 e A.20, rispettivamente, gli interventi sottratti all'autorizzazione paesaggistica *“nell'ambito degli interventi di cui all'art. 149, comma 1, lettera b) del codice”* e quelli sottratti all'autorizzazione paesaggistica *“nell'ambito degli interventi di cui all'art. 149, comma 1, lettera c) del Codice”*. Al riguardo le difese regionali propongono, invece, un'erronea lettura di tale previsione regolamentare, lì dove (pag. 17) si pretende di riferire anche ai boschi vincolati con apposito provvedimento la voce A.20, che è invece testualmente riferita solo ai boschi e alle foreste vincolati *ex lege*.

Il regime di tutela *“rafforzato”* che, limitatamente a certi aspetti, assiste i beni paesaggistici dichiarati con apposito provvedimento motivato, rispetto a quelli tutelati *ex lege* *“Galasso”*, trova ulteriori espressioni nel diverso trattamento previsto nell'ambito della pianificazione paesaggistica [articolo 143, comma 4, lettera a) del codice di settore del 2004].

11.1.5. In questo senso torna ad acquistare rilievo l'ampia premessa sopra svolta (sub par. 5) - sull'abbrivio delle specifiche censure pure prospettate dalle ricorrenti - riguardo all'inestricabile intreccio di competenze che caratterizza la disciplina della gestione del patrimonio forestale nazionale, che implica (sul piano sistematico e teleologico dell'interpretazione) l'esigenza di garantire comunque il coinvolgimento degli organi tecnico-scientifici statali ai quali la legge riserva, nella cooperazione delle regioni e degli altri enti territoriali (articolo 5 e Parte III del d.lgs. n. 42 del 2004), l'esercizio delle funzioni di tutela paesaggistica.

Significativamente e non a caso, anche il nuovo Testo unico in materia di foreste e filiere forestali del 2018 stabilisce che le regioni e i competenti organi territoriali del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, *“con i piani paesaggistici regionali, ovvero con specifici accordi di collaborazione stipulati ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241”*, concordino *“gli interventi previsti ed autorizzati dalla normativa in materia, riguardanti le pratiche selvicolturali, la forestazione, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione, da eseguirsi*

nei boschi tutelati ai sensi dell'articolo 136 del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, e ritenuti paesaggisticamente compatibili con i valori espressi nel provvedimento di vincolo” (articolo 7, comma 12).

Per completezza di esame della fattispecie, deve inoltre evidenziarsi che la previsione contenuta nell'ultimo periodo del comma 12 ora esaminato (secondo la quale *“Gli interventi di cui al periodo precedente, vengono definiti nel rispetto delle linee guida nazionali di individuazione e di gestione forestale delle aree ritenute meritevoli di tutela, da adottarsi con decreto del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, di concerto con il Ministro dei beni delle attività culturali e del turismo, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e d'intesa con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano”*), contrariamente alla tesi regionale (secondo la quale non sarebbe *“vigente in quanto collegato al D.M. non ancora promulgato”*), non introduce un vincolo impeditivo della possibilità di stipula, già prima dell'emanazione delle suddette linee guida, di appositi accordi tra l'amministrazione regionale e quella ministeriale, atteso che l'articolo 15 della legge n. 241 del 1990 costituisce un potere implicito di carattere generale delle amministrazioni, attivabile anche indipendentemente da specifiche norme autorizzative, ed esistendo ed essendo già operanti, inoltre, anche sulla base della nuova pianificazione paesaggistica regionale e della relativa legislazione regionale della Toscana, diversi organismi a partecipazione mista che curano la gestione e l'attuazione del piano paesaggistico e delle problematiche di comune interesse inerenti la tutela dei paesaggi, in seno alle quali ben sarebbe stato possibile ricercare forme di concordamento in attuazione della previsione della norma del decreto del 2018 sopra richiamata.

11.1.6. Diventa recessiva, al cospetto di questo coerente sistema, la tesi interpretativa proposta dalle difese regionali, secondo la quale l'articolo 7, comma 13 del d.lgs. n. 34 del 2018, nel prevedere che *“le pratiche selvicolturali, i trattamenti e i tagli selvicolturali di cui all'articolo 3, comma 2, lettera c), eseguiti in conformità alle disposizioni del presente decreto ed alle norme regionali, sono equiparati ai tagli colturali di cui all'articolo 149, comma 1, lettera c) del d.lgs. 22 gennaio 2004,*

n. 42”, avrebbe escluso la previa autorizzazione paesaggistica anche per gli interventi sui boschi e le foreste vincolati ai sensi dell’art. 136 del codice di settore del 2004. Proprio alla luce di quanto osservato e considerato nel precedente paragrafo 11.1.4, risulta chiaro, invece, che questa previsione si riferisce solo ed esclusivamente ai boschi e alle foreste vincolati *ex lege* (art. 142, comma 1, lett. g) del codice del 2004), come è del resto reso evidente dal puntuale richiamo in essa contenuto alla lettera c) del comma 1 dell’art. 149 che, come si è visto sopra, riguarda esclusivamente i boschi e le foreste *ex lege* Galasso. Questa lettura, oltre che dalla coerenza del sistema, è imposta anche dal dato topografico del testo dell’articolo 7 del d.lgs. n. 34 del 2018, che antepone la norma speciale prevista dal comma 12 (relativo ai boschi e alle foreste tutelati in base a un vincolo di tipo provvedimentale) a quella generale di cui al seguente comma 13, erroneamente invocato dalle difese regionali.

Una diversa e più ampliativa interpretazione del d.lgs. n. 34 del 2018, quale quella che sembra essere ipotizzata dalla Regione Toscana, tale da derogare alle più stringenti norme di tutela prevista dal codice dei beni culturali e del paesaggio del 2004, renderebbe inoltre incostituzionale per eccesso di delega il decreto del 2018, nella cui delega di legge non vi era in alcun modo il potere di incidere in senso riduttivo sui livelli di tutela del paesaggio.

11.2. La diversa – ma non condivisa dalla Sezione – lettura del combinato disposto delle lettere b) e c) del comma 1 dell’articolo 149 del d.lgs. n. 42 del 2004 (e del d.lgs. n. 34 del 2018), con conseguente confusione tra il regime di tutela paesaggistica del patrimonio forestale vincolato con apposito provvedimento rispetto a quello proprio del patrimonio forestale vincolato *ex lege* Galasso, ha ingenerato, come prima anticipato, un secondo elemento di illegittimità del piano impugnato, nella parte in cui ha condotto a una sottovalutazione degli aspetti paesaggistici, con conseguente carenza istruttoria e motivazionale sul punto.

11.2.1. È da notare che nulla è detto nella delibera di giunta n. 355 del 2019, né nell’allegato piano specifico di prevenzione AIB con essa approvato, in tema di valutazione paesaggistica degli interventi. Nelle premesse della delibera compare solo la seguente considerazione: “*Preso atto che*

sono stati acquisiti con esito favorevole tutti gli atti e pareri previsti dalla normativa vigente in relazione alla tipologia degli interventi colturali straordinari e delle opere destinati alla prevenzione e lotta agli incendi boschivi”.

Di tali atti e pareri non è tuttavia fornita alcuna indicazione specifica.

Nella parte finale del piano, alla voce “*Quadro normativo e bibliografia*” (pag. 138), figura solo un generico richiamo dei vincoli paesaggistici provvedimentali imposti sulle aree interessate dal piano, nonché al codice di tutela del 2004 (e al regolamento di semplificazione di cui al d.P.R. n. 31 del 2017). Inoltre, nello studio di incidenza presentato ai sensi dell’articolo 5 del d.P.R. n. 357 del 1997, si afferma “*gli interventi per cui viene valutata l’incidenza vertono perlopiù sull’attività di ordinaria coltivazione di soprassuoli boschivi all’interno del sito di interesse comunitario*” (pag. 5).

Nel medesimo studio di incidenza risultano solo citate le misure di conservazione contenute nel piano paesaggistico della Regione Toscana, in particolare rispetto all’Ambito di Paesaggio 18 ovvero “*Maremma Grossetana*” (pagg. 49 -53), ma - in disparte la considerazione che ogni valutazione di tutela paesaggistica avrebbe dovuto essere acquisita presso gli organi competenti e nell’ambito delle procedure appropriate e non avrebbe potuto comunque essere utilmente svolta nello studio di incidenza - il suddetto documento si è limitato in proposito a una mera riproduzione testuale della relativa scheda di piano paesaggistico, con annesse “*Criticità*” e “*Obiettivi di qualità e direttive - Obiettivo 4*”, senza alcuna aggiunta o considerazione sulla compatibilità degli interventi.

Nella pag. 149 vi è poi un breve paragrafo intitolato “*Incidenza degli interventi proposti rispetto al piano paesaggistico*” del seguente tenore: “*Nella parte inerente gli Obiettivi di qualità e direttive si legge al punto 4: Salvaguardare e valorizzare i rilievi dell’entroterra e l’alto valore iconografico e naturalistico dei ripiani tufacei, reintegrare le relazioni ecosistemiche, morfologiche, funzionali e visuali con le piane costiere 1.13 - tutelare l’elevato grado di panoramicità del sistema costiero e le relazioni visuali con il mare e con le aree retrostanti. Gli interventi previsti sono volti alla conservazione dell’ambiente pineta così come appare oggi, grazie ad azioni selvicolturali volte alla lotta contro gli incendi boschivi. Incidenza Positiva*”. La disamina ora compiuta del modo in cui i

profili paesaggistici sono stati presi in considerazione nei documenti di piano dimostra, ad avviso della Sezione, la fondatezza della censura di insufficienza istruttoria e motivazionale su tali, pur essenziali, profili di tutela.

12. Con il terzo motivo di ricorso le associazioni ricorrenti hanno lamentato che la Regione Toscana avrebbe condotto l'istruttoria in modo carente, ostacolando la partecipazione delle associazioni e dei cittadini interessati alla tutela delle aree in questione, comprimendo i tempi procedurali per consentire l'accesso ai finanziamenti comunitari e trascurando l'istruttoria relativa ai vincoli ambientale, paesaggistico e idrogeologico. Sarebbero state sottovalutate la reale consistenza del monumento naturale in questione, l'insistenza sul medesimo di domini collettivi ai sensi della legge n. 168 del 2017 e l'eventuale presenza di piante monumentali previste dall'articolo 7 della legge n. 10 del 2013 per il rilascio di esemplari vetusti e di ricovero. In sostanza, con il mezzo di censura in esame, corroborato e integrato con i numerosi rilievi puntuali svolti nel paragrafo del ricorso introduttivo denominato "*Conclusioni tecnico-scientifiche*", le associazioni ricorrenti denunciano una complessiva carenza istruttoria, che si sarebbe tradotta in una sostanziale sottovalutazione e non adeguata considerazione dei vincoli ambientali e paesaggistici esistenti sulla pineta del Tombolo.

Rinviando ai paragrafi precedenti per gli aspetti paesaggistici, già ivi trattati, occorre qui esaminare l'adeguatezza istruttoria e motivazionale del piano specifico impugnato relativamente ai profili di tutela ambientale, segnatamente quelli legati alla inclusione di parti delle aree interessate dal piano AIB in ambiti ricomprese nel sistema Natura 2000.

12.1. Fermo restando che, come chiarito supra al par. 10, nella fattispecie non era necessaria la VAS, risultano tuttavia dagli atti significativi elementi che depongono nel senso dell'inadeguatezza istruttoria e motivazionale della valutazione d'incidenza svolta dalla Regione Toscana.

Ed invero dall'esame dell'atto di autorizzazione regionale emerge che si risolve in un riscontro piuttosto formalistico di corrispondenza degli interventi, singolarmente considerati, ad alcune voci tipologiche desunte dalla modulistica di settore, senza un'adeguata valutazione d'insieme – con conseguente difetto di motivazione – della reale dimensione degli impatti del piano.

12.2. Nello studio di incidenza, nel capitolo intitolato “*Fase 2. Valutazione "appropriata": Stima degli effetti degli interventi proposti*”, compaiono alcune indicazioni di “*incidenza negativa*” (evidenziate in rosso) e numerose indicazioni di “*incidenza non significativa*” (in verde) o “*positiva*” (in colore scuro). Nella parte dedicata alla incidenza sulla fauna (pagg. 150 ss.) figura una sola ipotesi di incidenza negativa sugli insetti (per la specie *Chalcophora detrita*, pag. 151) e nessuna incidenza negativa sugli uccelli (riguardo ai quali ricorre, invece, sistematicamente, la valutazione di incidenza positiva degli interventi, con la ripetitiva motivazione per cui “*Con la lotta agli incendi boschivi anche questa specie troverà beneficio, in quanto molti degli habitat a cui si lega saranno salvaguardati dalla distruzione - Incidenza Positiva*”). Per i mammiferi ricorre una sola incidenza negativa (pag. 160, per il topo quercino).

In senso opposto le associazioni ricorrenti hanno sottolineato come la previsione del taglio del 70% dei pini (con eliminazione progressiva dei pini marittimi, molti dei quali molto vetusti e di ricovero per molte specie animali) e dell’80% del sottobosco (habitat elettivo di numerose specie di insetti, di rettili, di uccelli e di mammiferi), nonché l’ampio ricorso al cosiddetto “fuoco prescritto”, non possono realisticamente essere valutati pressoché tutti e interamente con “*incidenza non significativa*” o “*positiva*”, con pochissime eccezioni di “*incidenza negativa*”, come si è visto sopra. Ritiene il Collegio che, escluso in questa sede ogni inammissibile giudizio di merito che spetta all’amministrazione effettuare e che non può essere qui compiuto, la valutazione svolta, in ragione dell’entità degli interventi programmati, non sia adeguatamente motivata. Ad esempio la frase ricorrente – “*Con la lotta agli incendi boschivi anche questa specie troverà beneficio, in quanto molti degli habitat a cui si lega saranno salvaguardati dalla distruzione - Incidenza Positiva* – avrebbe meritato un maggiore approfondimento perché, per un verso, è certo che con la lotta agli incendi boschivi la fauna ne ricaverà beneficio ma, fermo tale punto, per altro verso, non è chiarito se ciò rimane vero – ed eventualmente in che termini – anche a seguito del diradamento degli alberi e delle altre misure contemplate.

12.3. Conseguenziale e specularmente aderente alla prospettazione molto favorevole contenuta nello studio di incidenza si rivela la trattazione fattane dall'amministrazione regionale in sede di "autorizzazione VINCA" (doc. n. 4 allegato alla produzione regionale). Questo provvedimento, riscontrando *"l'istanza in oggetto, acclarata con Prot. n. 31847 del 23.01.2019, per la quale lo scrivente Settore ha ricevuto dagli Uffici Regionali la modulistica e lo studio di incidenza per la realizzazione di un Piano di prevenzione AIB dei punti strategici nelle pinete litoranee dei comuni di Grosseto e Castiglione della Pescaia"*, prende atto *"dello Studio di incidenza e della modulistica presentata, in cui si analizza compiutamente l'opera proponendo misure di mitigazione"* e, viste le misure di conservazione mediante interventi selvicolturali individuate per l'habitat *"2270 - Dune con foreste di Pinus pinea e Pinus pinaster"* dalla delibera regionale n. 1223/2015, ritenuto che *"gli interventi risultano coerenti con le misure di conservazione vigenti e le incidenze negative rilevate risultano essere non significative per la loro transitorietà ed estensione"*, che, anzi, *"gli interventi previsti determineranno anche incidenze positive per la conservazione attiva dell'habitat 2270 a medio termine e quindi delle specie di interesse conservazionistico che utilizzano tale habitat"*, che *"la realizzazione degli interventi previsti seguendo le prescrizioni indicate nella parte dispositiva del presente provvedimento non determinerà effetti negativi sugli obiettivi di conservazione, sulla disponibilità di siti per la nidificazione e/o il rifugio della fauna, sulla complessità delle reti alimentari ivi presenti, sulla struttura e funzioni necessarie alla conservazione a lungo termine degli habitat e delle specie tutelati presenti nei siti Natura 2000 in oggetto"*, ha espresso una valutazione positiva *"in base alle informazioni fornite"*.

È mancata dunque la necessaria considerazione e valutazione unitaria dell'impatto delle attività proposte sugli habitat oggetto di protezione che, si ripete ancora una volta, spettava all'amministrazione compiere e non certo a questo Decidente

12.3.3. Anche le prescrizioni — riassumibili in sintesi nei seguenti quattro punti: 1) salvaguardare i periodi di nidificazione (eseguire dunque gli interventi possibilmente tra il 1 ottobre ed il 28 febbraio di ogni anno, salvo estensioni e deroghe motivate, con alcuni accorgimenti); 2) evitare la

perdita di lubrificanti e carburante e limitare l'emissione di gas di scarico e di rumori durante l'esecuzione dei lavori; 3) avvisare il Servizio regionale competente qualora siano rinvenuti, durante l'esecuzione dell'intervento, nidi o cavità sulle piante da abbattere; 4) verificare la sussistenza sull'area delle condizioni indicate dal progetto per applicare la tecnica del "fuoco prescritto", facendo attenzione a monitorare durante l'esecuzione i parametri più importanti per l'utilizzo di questa tecnica, quali il vento, la temperatura, l'umidità, etc. — avrebbero meritato maggiore attenzione, e comunque migliore motivazione, perché, lungi dal costituire "*specifiche prescrizioni*" come affermato nella memoria difensiva regionale, non sembrano avere alcun contenuto prescrittivo autonomo rispetto a quelle che sono le comuni buone regole tecniche minimali già implicite negli interventi antincendio boschivo presi in considerazione. Si tratta, quindi, di mere raccomandazioni generiche di eseguire a regola d'arte i lavori che non aggiungono e non tolgono alcunché a quanto già previsto nel piano. Anche sotto tale aspetto è necessario che, coerentemente alla regola generale, sia fornita una migliore motivazione della scelta fatta.

13. L'enucleazione, svolta nei precedenti paragrafi, dei rilevati vizi di carenza istruttoria e motivazionale, tradottisi in una sostanziale sottovalutazione dei profili paesaggistici e ambientali degli interventi antincendio programmati, fa emergere anche un ulteriore profilo, diffusamente proposto nel ricorso introduttivo, concernente la mancata partecipazione al percorso elaborativo delle associazioni di tutela ambientale, le quali pure avevano più volte chiesto di essere ascoltate e di poter contribuire al procedimento.

Se è vero che non si rinvergono nel panorama normativo (nazionale e regionale) specifiche previsioni che impongano tale partecipazione - sicché deve escludersi la sussistenza di puntuali vizi di violazione di legge sotto questo profilo - è altrettanto vero che non è conforme a criteri generali di buona amministrazione non prendere in considerazione i possibili contributi delle associazioni ambientaliste che abbiano chiesto di essere sentite o che abbiano prodotto memorie e documenti.

Si ricordi, a tale riguardo che, ai sensi dell'articolo 9 l. 7 agosto 1990, n. 241, qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in

associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento e che è loro riconosciuto, giusta il disposto del successivo articolo 10, il diritto di presentare memorie scritte e documenti, che l'amministrazione ha l'obbligo di valutare ove siano pertinenti all'oggetto del procedimento.

Ciò peraltro risponde ai canoni di buona amministrazione sanciti dall'articolo 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, come è noto, ai sensi dell'articolo 6 TUE, ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Fermo restando che l'amministrazione ha il dovere di procedere, anche celermente quando necessario, in vicende come queste sarebbe stato utile garantire la possibilità di ascolto e di presa in considerazione dei punti di vista diversi da quelli dell'amministrazione quando ciò non si traduce esclusivamente in ostacoli al compimento del procedimento amministrativo.

14. In conclusione, per tutte le esposte ragioni il ricorso deve giudicarsi fondato e merita pertanto accoglimento, con conseguente annullamento della delibera di giunta regionale n. 355 del 18 marzo 2019 e dell'annesso "Piano Specifico di Prevenzione AIB" per il comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia, nella parte in cui considera erroneamente come paesaggisticamente irrilevanti - e perciò sottratti alla preventiva autorizzazione paesaggistica - tutti gli interventi previsti nel piano, omettendo un'adeguata analisi e valutazione dell'impatto paesaggistico di tali interventi, nonché nella parte in cui si fonda su una valutazione di incidenza sui siti della rete Natura 2000 interessati dalle misure rivelatasi carente nell'istruttoria e nelle motivazioni, oltre che corredata da mere raccomandazioni di buona esecuzione degli interventi prive della consistenza di prescrizioni integrative.

15. L'annullamento della delibera n. 355 del 18 marzo 2019 e dell'annesso piano si riverbera sulla delibera n. 564 del 23 aprile 2019 (di approvazione del piano AIB 2019-2021) nella sola parte in cui tale ultima delibera recepisca, approvi, ratifichi o comunque faccia propri i contenuti della delibera n. 355 del 2019 e dell'annesso piano specifico AIB.

16. La Regione Toscana ha più volte sottolineato, nella sua memoria difensiva, l'estrema urgenza di eseguire interventi AIB a tutela della pubblica incolumità e della sicurezza di persone e cose seriamente minacciate dal rischio sempre più urgente e pressante di devastanti incendi boschivi, molto probabili (se non, pare di capire, inevitabili) a causa del mutamento climatico, non senza evocare scenari tragici, quali quelli di recente verificatisi in Grecia, in Spagna e in Portogallo (per guardare solo alle aree mediterranee e per non parlare della California o dell'Australia). Scrive, ad esempio, la Regione Toscana (pag. 6 della memoria in data 29 novembre 2019): *“È evidente che in tali condizioni, eventuali decisioni di rinuncia agli interventi di prevenzione comportano l'assunzione di responsabilità in merito alle conseguenze di eventi che dovessero accadere”* e, ancora (ivi): *“Nel corso del 2017 un incendio ad alta intensità e di limitata superficie (3,5 ha) ha danneggiato case e veicoli in località Marina di Grosseto, mentre a Castiglione della Pescaia si è verificato un incendio boschivo di 75,9 ettari che ha raggiunto una velocità di propagazione di 20 metri/minuto”*, sicché le delibere impugnate e il piano specifico di prevenzione AIB delle pinete litoranee di Grosseto e Castiglione della Pescaia *“sono volti ad assicurare la salvaguardia dell'incolumità di residenti e turisti; una loro mancata attuazione esporrebbe al permanere delle condizioni di rischio come sopra evidenziate”* (pag. 7).

16.1. A fronte di tali impegnative affermazioni dell'Amministrazione regionale, il Collegio deve porsi la questione di come poter in qualche modo bilanciare le contrapposte esigenze di tutela giurisdizionale degli interessi dei ricorrenti (e di ripristino della legittimità dell'azione amministrativa) con quelle di tutela della pubblica incolumità e della sicurezza delle persone e dei beni patrimoniali delle concentrazioni antropiche che insistono nella (o in prossimità della) pineta oggetto del piano AIB impugnato.

In particolare, il Collegio non può sottrarsi alla responsabilità di esplorare a fondo la possibilità, per le suddette finalità, di graduare l'effetto caducatorio degli atti impugnati discendente dal disposto annullamento, in modo da scongiurare effetti di paralisi, che potrebbero rivelarsi dannosi per gli stessi interessi ambientali fatti valere dalle Associazioni ricorrenti.

Soccorre all'uopo, ad avviso del Collegio, la possibilità di calibrare l'effetto di annullamento, al fine di consentire alla Regione Toscana di disporre di un congruo lasso di tempo per rivedere ed emendare, in linea con i precetti regolativi desumibili dalla presente decisione, il piano specifico AIB oggetto della presente pronuncia di annullamento, consentendone, nelle more, interventi di messa in sicurezza o che si presentino come particolarmente urgenti e ineludibili.

16.2. Com'è noto, la facoltà di modulare gli effetti demolitori delle sentenze di annullamento è stata riconosciuta dal Consiglio di Stato con la sentenza 10 maggio 2011, n. 2755. In quella sede, la Sezione VI, accertata l'illegittimità del piano faunistico venatorio della regione Puglia a cagione dell'omesso svolgimento del procedimento di valutazione ambientale strategica (VAS), accoglieva il ricorso e dichiarava la perdurante efficacia dell'atto impugnato nelle more dell'adozione di un nuovo provvedimento programmatico sostitutivo.

A tali conclusioni il Collegio giudicante perveniva non soltanto sul rilievo della potenziale compromissione degli equilibri ambientali derivante dall'eliminazione degli effetti del piano originariamente approvato, ma anche in ragione del contenuto delle pretese fatte valere dalla parte ricorrente. In quella sede si sosteneva infatti che il principio di effettività della tutela giurisdizionale, nella declinazione desumibile tanto dalle fonti sovranazionali (articoli 6 e 13 della CEDU), quanto da quelle interne (articoli 24 e 113 della Costituzione), imponeva una modulazione temporale dell'efficacia tipica del *dictum* giudiziale, in vista della necessità di assicurare una soddisfazione non meramente formale dell'interesse fatto valere con la domanda.

La Sezione VI osservava altresì che il riconoscimento di deroghe alla naturale retroattività degli effetti caducatori non incontrerebbe alcuna preclusione nelle norme sostanziali e processuali, laddove rispettivamente disciplinano l'annullamento in autotutela degli atti amministrativi (articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990) ed i contenuti delle sentenze che dispongono l'eliminazione dalla realtà giuridica del provvedimento impugnato (articolo 34, comma 1, lettera a), c.p.a.). Parimenti, i poteri valutativi esercitabili dal giudice in ordine all'efficacia del contratto stipulato sulla base di un'aggiudicazione illegittima (articoli 121-122, c.p.a.) costituirebbero un ulteriore indice normativo

a sostegno della compatibilità sistematica di pronunce che, accertata la difformità dell'atto a contenuto generale rispetto al parametro legale, escludono la produzione di effetti caducatori sino all'adozione del nuovo provvedimento da parte dell'Amministrazione.

In virtù dell'ascrivibilità della disciplina ambientale al novero delle competenze concorrenti fra gli Stati membri e le istituzioni dell'Unione europea, questo Consiglio affermava inoltre che gli interessi fatti valere in tale ambito materiale dovessero essere tutelati dai giudici nazionali secondo livelli di garanzia non inferiori rispetto a quelli assicurati dal diritto europolitano. In tal senso, le disposizioni di cui all'articolo 264 del TFUE, specie nella parte in cui affidano alla Corte di giustizia la facoltà di precisare “*gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi*” (paragrafo 2), troverebbero ingresso nell'ordinamento interno in qualità di principi idonei a garantire una “*tutela piena ed effettiva*” delle situazioni giuridiche soggettive dedotte in giudizio (articolo 1, c.p.a.).

16.3. Giova osservare come, sulla base degli argomenti posti a fondamento della sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato abbia ammesso la configurabilità di deroghe all'efficacia retroattiva delle pronunce con cui il giudice della nomofilachia modifica orientamenti giurisprudenziali consolidati (Cons. St., Ad. plen., sentenza 22 dicembre 2017, n. 13).

Se il contenuto di un siffatto richiamo vale indubbiamente a rafforzare l'apparato argomentativo della citata decisione del 2017, non può tuttavia omettersi di precisare come il cosiddetto *prospective overruling* non condivida con la graduazione della portata caducatoria delle sentenze di annullamento null'altro che la comune riconducibilità alle tecniche di governo dell'efficacia delle pronunce giurisdizionali.

L'elaborazione di principi di diritto innovativi rispetto all'orientamento precedentemente consolidato, in quanto formulati in sentenze dichiarative di interpretazione intese a rendere manifesto il significato dell'originario dato normativo, esprime una naturale tendenza alla retroazione dei nuovi canoni esegetici. Tuttavia, a fronte della potenziale lesione di controinteressi

di rango costituzionale, l'operatività del *revirement* giurisprudenziale può essere limitata alle sole fattispecie che vengano in rilievo posteriormente alla pubblicazione della nuova decisione.

Muovendo dalla risalente tradizione pretoria della Corte suprema statunitense, la giurisprudenza non ha tuttavia mancato di delimitare puntualmente le condizioni di praticabilità del *prospective overruling*. Sin dalla sentenza 11 luglio 2011, n. 15144, il Giudice di legittimità ha costantemente sostenuto che l'ammissibilità di interventi nomofilattici con efficacia *ex nunc* sia subordinata alla cumulativa presenza dei seguenti requisiti:

- a) la nuova interpretazione incida su norme processuali;
- b) il mutamento giurisprudenziale sia stato imprevedibile e sopravvenga ad un distinto orientamento consolidato nel tempo, in modo da indurre la parte ad un ragionevole affidamento sulla perdurante validità dell'indirizzo anteriore;
- c) l'*overruling* precluda l'esercizio del diritto di azione o di difesa delle parti (da ultimo, cfr. Cass. civ., Sez. II, ordinanza 10 maggio 2018, n. 11300; Cass. civ., Sez. un., sentenza 3 ottobre 2018, n. 24133; Cass. civ., Sez. un., sentenza 12 febbraio 2019, n. 4135; Cass. civ., Sez. lav., ordinanza 13 gennaio 2020, n. 403).

Ad analoga definizione dei presupposti fondativi dell'istituto in esame è pervenuta anche la giurisprudenza amministrativa (Cons. St., Ad. plen., 2 novembre 2015, n. 9; Cons. St., Sez. III, ordinanza 7 novembre 2017, n. 5138). E in applicazione delle medesime condizioni questo Consiglio ha recentemente escluso la differibilità nel tempo dei principi di diritto enunciati in tema di riapertura delle graduatorie ad esaurimento (Cons. St., Ad. plen., 27 febbraio 2019, n. 4; Cons. St., Sez. VI, sentenza 8 aprile 2019, n. 2266), nonché di superamento della pregiudiziale amministrativa nella domanda di risarcimento del danno (Cons. St., Sez. III, sentenza 22 febbraio 2019, n. 1230; Cons. St., Sez. IV, sentenza 28 giugno 2018, n. 3977).

Rispetto a tale assetto giurisprudenziale si distingue invece la citata sentenza n. 13 del 2017, con la quale l'Adunanza plenaria, accogliendo la tesi della cosiddetta "discontinuità" dell'efficacia del vincolo preliminare nascente dalle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico anteriori

all'entrata in vigore del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, giunge ad estendere la portata del *prospective overruling* anche all'esegesi di norme a contenuto sostanziale. Conoscendo di una fattispecie rientrante nella sfera di vincolatività dei principi di diritto formulati dall'Adunanza plenaria n. 13 del 2017, la Sezione VI del Consiglio di Stato, con sentenza 3 dicembre 2018, n. 6858, ha parimenti sostenuto che “*anche nell'ambito del procedimento amministrativo (nel caso in esame, di conclusione del procedimento di vincolo), come in ambito processuale, la modifica del precedente orientamento non può che comportare che la parte (nella specie, l'Amministrazione) incorra in decadenze fino allora non prevedibili*”.

In altri termini, giova in questa sede evidenziare con forza che il potere di disporre la decorrenza *ex nunc* degli effetti delle sentenze a contenuto interpretativo non possa assimilarsi alle tecniche di modulazione della portata caducatoria delle pronunce costitutive di annullamento degli atti illegittimi. Queste ultime, lungi dall'incidere sulla stabilità di precedenti giurisprudenziali consolidati, contengono indefettibilmente un accertamento circa la legittimità/illegittimità del provvedimento amministrativo impugnato in vista della soddisfazione di un interesse protetto dall'ordinamento sostanziale. Le prime, invece, individuano il momento a partire dal quale il nuovo orientamento interpretativo deve essere applicato.

Deve in conclusione ritenersi che l'indagine sulla graduazione degli effetti dell'annullamento non possa che essere condotta sulla base di criteri distinti rispetto a quelli cui la giurisprudenza ordinaria e amministrativa ricorre per giustificare la praticabilità del *prospective overruling*.

16.4. La Sezione è consapevole dei rilievi critici mossi da una parte della dottrina avverso la graduazione degli effetti caducatori delle sentenze di annullamento.

Si è osservato, in primo luogo, come nel sistema della giustizia amministrativa il contenuto tipico dell'azione di annullamento, consistente nell'eliminazione del provvedimento illegittimo dalla realtà giuridica, sarebbe violato dalle decisioni con cui il giudice dispone il mantenimento dell'efficacia dell'atto impugnato nelle more dell'ulteriore esercizio del potere. Le conseguenze caducatorie dell'accoglimento della domanda, benché non puntualmente desumibili dalla disciplina

processuale, sarebbero imposte dalla natura costitutiva della sentenza di annullamento, dei cui effetti demolitori dovrebbe dunque predicarsi la radicale indisponibilità.

Con un secondo argomento critico si è inoltre ritenuto che le tesi sostenute dalla Sezione VI del Consiglio di Stato con la citata sentenza n. 2755 del 2011 presenterebbero profili di contrasto con l'articolo 113, comma 3 della Costituzione, ai sensi del quale *“la legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa”*. La necessaria intermediazione legislativa nella definizione dei poteri di annullamento osterebbe infatti all'autonoma gestione giudiziaria dell'efficacia delle pronunce costitutive, dal momento che la produzione del risultato demolitorio potrebbe essere legittimamente escluso nelle sole ipotesi predeterminate dalla fonte primaria.

Una terza censura di matrice dottrinale è stata avanzata in relazione alla pretesa violazione del carattere dispositivo del processo amministrativo. Il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (articolo 112, c.p.c.) non consentirebbe al giudice di modulare il contenuto del *decisum* in senso difforme rispetto alla pretesa annullatoria fatta valere con la domanda di parte. Anche gli argomenti di diritto positivo posti a fondamento del percorso motivazionale della sentenza n. 2755 del 2011 non hanno mancato di suscitare la disapprovazione di alcuni esponenti della dottrina.

Non persuasivo è ritenuto il riferimento ai poteri esercitabili della Corte di giustizia nel giudizio sulla legittimità degli atti delle istituzioni eurounitarie (articolo 264, paragrafo 2, TFUE). Né il richiamo ai principi di derivazione europea, previsto dall'articolo 1 del codice del processo amministrativo, consentirebbe per ciò solo di trasporre nell'ordinamento interno gli istituti tipici di un distinto sistema processuale. Sulla base delle norme di matrice eurounitaria non potrebbe infatti imporsi ai giudici nazionali la temporanea conservazione dell'efficacia di atti illegittimi in vista della necessaria protezione di controinteressi meritevoli di tutela.

Quanto alla disciplina speciale di cui agli articoli 121-122 del codice del processo amministrativo, la previsione di una deroga espressa all'inefficacia retroattiva del contratto stipulato sulla base di

un'aggiudicazione illegittima costituirebbe un significativo indice dell'eccezionalità del rimedio pretorio in esame, non invece la esplicitazione settoriale di un generale potere di valutazione circa la perduranza o meno degli effetti del provvedimento annullato.

Da ultimo, la radicale distinzione tra le funzioni giurisdizionali e quelle di amministrazione attiva precluderebbe l'assimilazione tra la rimozione in autotutela degli atti illegittimi (articolo 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990) e le sentenze costitutive di annullamento.

16.5. La Sezione ritiene che tali rilievi critici non debbano essere condivisi.

16.5.1 Con riguardo alla pretesa violazione del contenuto tipico delle pronunce costitutive di annullamento, occorre osservare quanto segue.

In esito al complesso percorso evolutivo che ha visto la pretesa alla soddisfazione del bene della vita progressivamente acquisire una valenza centrale entro la struttura dell'interesse legittimo, la disciplina processuale delle azioni esperibili a fronte dell'esercizio del potere richiede un costante adeguamento interpretativo alle esigenze di effettività imposte dalla cognizione di una posizione giuridica soggettiva sostanziale.

È noto che il modello rimediale pluralistico originariamente accolto dalla bozza del codice del processo amministrativo licenziata l'8 febbraio 2010 dalla Commissione insediata presso il Consiglio di Stato sia stato solo parzialmente recepito nella versione definitiva del testo legislativo. Ove tuttavia si ritenesse che il riferimento alle azioni di annullamento (articolo 29, c.p.a.) e di condanna (articolo 30, c.p.a.), nonché a quelle in materia di silenzio-inadempimento (articolo 31, commi 1-3, c.p.a.) e di nullità (articolo 31, comma 4, c.p.a.), sia espressivo di un sistema di tutela tipico e concluso, dovrebbe al contempo ammettersi la validità di una configurazione meramente processuale dell'interesse legittimo.

Per converso, e in modo più condivisibile, la considerazione del moderno schema dei rapporti di diritto pubblico, nel quale il bene della vita inciso dall'esercizio del potere diviene l'elemento costitutivo di una situazione giuridica soggettiva sostanziale, esige la costruzione di un apparato rimediale idoneo ad assicurare a quest'ultima una protezione adeguata alla sua intrinseca natura.

In forza dei criteri direttivi di cui all'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, nonché del richiamo ai principi costituzionali e comunitari previsto dall'articolo 1 del codice del processo amministrativo, deve dunque ritenersi che il canone di effettività della tutela giurisdizionale si ponga a fondamento di un sistema atipico di azioni, la cui esperibilità garantisce la soddisfazione di interessi giuridicamente rilevanti mediante strumenti processuali non necessariamente coincidenti con quelli espressamente previsti dalla legge.

Con specifico riguardo all'azione generale di accertamento, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 29 luglio 2011, n. 15, ha infatti autorevolmente sostenuto che *“nell'ambito di un quadro normativo sensibile all'esigenza costituzionale di una piena protezione dell'interesse legittimo come posizione sostanziale correlata ad un bene della vita, la mancata previsione, nel testo finale del codice del processo, dell'azione generale di accertamento non preclude la praticabilità di una tecnica di tutela, ammessa dai principali ordinamenti europei, che, ove necessaria al fine di colmare esigenze di tutela non suscettibili di essere soddisfatte in modo adeguato dalle azioni tipizzate, ha un fondamento nelle norme immediatamente precettive dettate dalla Carta fondamentale al fine di garantire la piena e completa protezione dell'interesse legittimo (articoli 24, 103 e 113).*

Anche per gli interessi legittimi, infatti, come pacificamente ritenuto nel processo civile per i diritti soggettivi, la garanzia costituzionale impone di riconoscere l'esperibilità dell'azione di accertamento autonomo, con particolare riguardo a tutti i casi in cui, mancando il provvedimento da impugnare, una simile azione risulti indispensabile per la soddisfazione concreta della pretesa sostanziale del ricorrente”.

Così delineato il quadro dei mezzi di tutela esperibili nell'attuale sistema di giustizia amministrativa, deve ulteriormente osservarsi come l'atipicità dell'apparato rimediabile possa presentare anche una declinazione di tipo contenutistico, nella misura in cui la decisione del giudice esprime una sintesi degli interessi in conflitto non astrattamente predeterminabile dal legislatore.

Ed in specie, l'estensione dell'oggetto della cognizione al rapporto giuridico controverso, al di là dei confini imposti dal mero scrutinio di legittimità dell'atto impugnato, può giustificare il riconoscimento di poteri valutativi in ordine alla perduranza degli effetti dell'atto illegittimo, nell'ottica del bilanciamento fra le esigenze di tutela fatte valere dalla parte ricorrente ed i controinteressi generali e particolari rilevanti nel caso concreto.

Il governo degli effetti delle sentenze costitutive di annullamento appare dunque ammissibile nel quadro di atipicità rimediale e contenutistica che permea la moderna struttura del processo amministrativo.

Del resto - come è stato notato - sotto il profilo dell'azione proposta, la domanda di annullamento contiene sempre il *quid minus* della domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori e, sotto il profilo dei poteri del giudice, l'attribuzione del potere di decidere quando annullare l'atto illegittimo implica (*rectius*: può implicare) anche il potere, meno incisivo, di stabilire da quando far decorrere la portata della sentenza di annullamento dell'atto.

16.5.2 Con il secondo degli esaminati rilievi critici si sostiene che i poteri di modulazione riconosciuti dalla sentenza n. 2755 del 2011 configurerebbero una violazione della riserva di legge prevista dall'articolo 113, comma 3, della Costituzione, nella parte in cui affida all'intermediazione legislativa la determinazione dei casi e degli effetti dell'annullamento giurisdizionale.

Anche la suddetta censura di matrice dottrinale non appare persuasiva.

Deve in primo luogo osservarsi che nessuna norma di diritto sostanziale o processuale espressamente preclude l'individuazione di deroghe alla portata retroattiva delle pronunce a contenuto demolitorio.

In secondo luogo il vigente assetto processuale, oltre a rimettere al giudice la valutazione circa la necessità dell'annullamento dell'atto illegittimo (articolo 34, comma 3, c.p.a.), accentua il carattere conformativo delle decisioni adottabili. A questo proposito giova infatti ricordare che il combinato disposto dell'articolo 30, comma 1 e dell'articolo 34, comma 1, lettera c), primo periodo del codice del processo amministrativo consente la proposizione di domande atipiche di condanna, le quali, se

formulate contestualmente ad altra azione, possono condurre alla pronuncia di sentenze di accoglimento che obbligano l'Amministrazione *“all'adozione delle misure idonee a tutelare la situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio”*.

Lungi dall'integrare una violazione della riserva di legge prevista dall'articolo 113, comma 3 della Costituzione, la dichiarazione di efficacia dell'atto illegittimo sino al nuovo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione rinviene quindi nella disciplina processuale di rango primario un fondamento normativo.

16.5.3 Il terzo profilo di criticità interpretativa contestato da una parte della dottrina attiene all'asserita incompatibilità fra le tecniche di modulazione degli effetti demolitori e il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (articolo 112, c.p.c.).

Anche tale argomento va superato.

L'oggetto dell'azione di annullamento comprende indefettibilmente la domanda di accertamento circa l'illegittimità dell'atto impugnato. La pronuncia con cui il giudice, pur dichiarando la sussistenza di profili di contrasto rispetto al parametro legale, sospende provvisoriamente la produzione dell'effetto eliminatorio della sentenza, o stabilisce che l'atto illegittimo sia annullato senza far retroagire gli effetti della caducazione, non può ritenersi difforme rispetto ai contenuti del *petitum*.

Né, in senso diverso, possono ricavarsi argomenti da una sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che – statuendo in ordine ad una controversia nella quale si discuteva della possibilità di sostituire l'annullamento degli atti di una procedura concorsuale con il “semplice” risarcimento dei danni – è giunta a formulare il seguente principio di diritto: *“sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può ex officio limitarsi a condannare l'Amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche*

per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita" (Cons. St., Ad. plen., sentenza 13 aprile 2015, n. 4).

Proprio dalle motivazioni della citata sentenza del giudice della nomofilachia si desume peraltro che la condivisibile preclusione alla sostituzione officiosa delle forme di tutela richieste dalla parte ricorrente (risarcimento al posto dell'annullamento) non può in alcun modo estendersi alla modulazione degli effetti caducatori delle pronunce di annullamento, con la quale il giudice amministrativo assicura una protezione effettiva alle pretese dedotte in giudizio, senza travalicare i limiti imposti dall'oggetto e dalle ragioni della domanda (cfr. paragrafo n. 7 delle motivazioni in diritto).

In chiave sistematica, poi, le deroghe alla retroattività delle sentenze di annullamento del contratto, previste dagli articoli 1443 e 1445 del codice civile rispettivamente a tutela dell'incapace e del terzo subacquirente, confermano la validità dell'orientamento che ammette la modulazione degli effetti delle pronunce demolitorie, ove tale soluzione sia imposta dalla necessità di proteggere adeguatamente gli interessi dedotti in giudizio. Per il giudice ordinario, infatti, in materia di annullamento del contratto, l'art. 1445 c.c., escludendo gli effetti dell'annullamento nei confronti dei terzi di buona fede che abbiano acquistato a titolo oneroso, sancisce implicitamente l'efficacia dell'annullamento nei confronti degli acquirenti rispetto ai quali non ricorra tale requisito soggettivo (Cass. civile, sez. II, 10 settembre 2019, n. 22585), così confermando che gli effetti possono essere calibrati in ragione degli interessi coinvolti. Si tratta, peraltro, di soluzione immanente all'ordinamento giuridico, come confermato da una non recente decisione: *"La disposizione dell'articolo 2652, n. 6, c.c., riguardante l'onere della trascrizione delle domande dirette a far dichiarare la nullità o far pronunciare l'annullamento di atti soggetti a trascrizione, ha lo scopo di limitare l'efficacia retroattiva e l'opponibilità della pronuncia dichiarativa della nullità, in quanto fa salvi i diritti che i terzi di buona fede abbiano acquistato in base ad un atto trascritto anteriormente alla trascrizione della domanda di nullità, qualora quest'ultima sia stata trascritta dopo decorsi cinque anni dalla trascrizione dell'atto impugnato. Il verificarsi del duplice*

presupposto della trascrizione del titolo di acquisto e dell'omissione della trascrizione della domanda di dichiarazione di nullità entro il quinquennio attribuisce pertanto sia al primo acquirente sia ad ogni altro successivo avente causa una posizione di piena tutela nei confronti della pretesa di invalidità del titolo del dante causa" (Cass. civ., Sez. I, sentenza 20 maggio 1967, n. 1095).

16.6. La soluzione inaugurata dalla sentenza di questo Consiglio di Stato n. 2755/2011, con tutta evidenza, trae fondamento nell'evoluzione del sindacato del giudice che si è trasformato da giudizio di mera conformità dell'atto ad un determinato parametro normativo a giudizio sul legittimo esercizio della funzione amministrativa con riferimento al rapporto.

Nella prospettiva tradizionale – e ormai superata perché incentrata esclusivamente sulla legittimità/illegittimità dell'atto – la posizione di sovraordinazione, propria dell'amministrazione, impediva di individuare vincoli in capo all'ente nel rapporto con il privato (prima suddito e poi cittadino) e conseguentemente nessuno spazio vi era per una "relazione giuridica in senso proprio". Come affermato dalla dottrina, "l'ordinamento giuridico poteva anche disciplinare il potere dell'amministrazione con norme volte ad orientare l'attività della medesima nell'interesse della stessa amministrazione (norme d'azione), ma senza che si instaurasse una relazione giuridica in senso proprio".

Con l'affermarsi dello Stato di diritto – e poi con alcune rilevanti modifiche normative (possibilità di risarcire i danni cagionati da lesioni agli interessi legittimi, impugnazione di atti connessi con l'istituto dei motivi aggiunti, possibilità di valutare la fondatezza della pretesa e non annullabilità degli atti illegittimi che non potevano avere un contenuto diverso da quello in concreto adottato) – l'interesse legittimo ha assunto un'indiscutibile valenza sostanziale consentendo di ricostruire "i termini dialettici ... di una relazione giuridica bilaterale" in cui è essenziale penetrare nel rapporto tra amministrazione e cittadino per saggiarne la reale consistenza. Emblematico in tal senso è la disposizione che esclude l'annullamento dell'atto illegittimo quando il contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Altra dottrina – dopo aver distinto il “rapporto dinamico (procedimento) e quello statico (provvedimento), poiché nella dinamica procedimentale il privato, parte del rapporto, interagisce col responsabile del procedimento, mentre nel provvedimento è solo destinatario rispetto all'assetto degli interessi” – ha insistito per la costruzione di un più maturo quadro di tutele che, ad avviso della Sezione, non può che passare per un ampliamento degli schemi consolidati.

Anche la giurisprudenza ha rilevato che “l'interesse legittimo non rileva come situazione meramente processuale, ossia quale titolo di legittimazione per la proposizione del ricorso al giudice amministrativo, né si risolve in un mero interesse alla legittimità dell'azione amministrativa in sé intesa, ma si rivela posizione schiettamente sostanziale, correlata, in modo intimo e inscindibile, ad un interesse materiale del titolare ad un bene della vita, la cui lesione (in termini di sacrificio o di insoddisfazione a seconda che si tratti di interesse oppositivo o pretensivo) può concretizzare un pregiudizio”; conseguentemente si aprono le porte ad un “giudizio sul rapporto regolato dal medesimo atto, volto a scrutinare la fondatezza della pretesa sostanziale azionata” (Cons. St., a.p., 23 marzo 2011, n. 3).

È bene precisare però che quanto sino ad ora affermato non deve mai travalicare i confini del merito amministrativo, se non nei rari casi previsti dalla legge (articolo 134 c.p.a).

16.7. Non può inoltre omettersi di osservare come l'impostazione accolta in questa sede si ponga in continuità con l'indirizzo accolto dalla giurisprudenza eurounitaria.

La Corte di Giustizia, prima in applicazione dell'articolo 231 Trattato CE, poi in ossequio a quanto stabilito dall'articolo 264 TFUE, ritiene di poter decidere, di volta in volta, sugli effetti dell'annullamento nel caso di riscontrata invalidità di un regolamento e “anche nei casi di impugnazione delle decisioni, delle direttive e di ogni altro atto generale”.

A tale riguardo, giova ricordare che, ai sensi dell'articolo 264 TFUE, se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Viene altresì precisato che, ove lo reputi necessario, la Corte precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi.

Con la sentenza 10 gennaio 2006, in causa C-178/03, la Corte, richiamando l'articolo 231, secondo comma, allora vigente, ha mantenuto gli effetti dell'atto annullato "sino all'adozione, entro un termine ragionevole, di un nuovo regolamento basato su fondamenti normativi adeguati".

Con altra sentenza, sempre la Corte di Giustizia, ha mantenuto gli effetti dell'atto impugnato "per un periodo non eccedente i tre mesi", a decorrere dalla data di pronuncia della sentenza, sul presupposto che l'annullamento con effetto immediato avrebbe potuto "arrecare un pregiudizio grave ed irreversibile all'efficacia delle misure" imposte dall'atto caducato (Corte di giustizia, sentenza 3 settembre 2008, in cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P).

Di particolare interesse è altra pronuncia con la quale la Corte di Giustizia, dopo aver riscontrato l'illegittimità di una decisione, ha sospeso "gli effetti della constatazione d'invalidità", per un periodo non superiore a due mesi, stabilendo altresì alcune eccezioni in considerazione della particolare posizione di determinati ricorrenti (Corte di giustizia, sentenza 22 dicembre 2008, in causa C-333/07).

Parimenti, l'analisi delle tradizioni giurisprudenziali straniere (in specie francese) dimostra il diffuso riconoscimento di deroghe alla retroattività delle sentenze di annullamento.

In particolare, il Conseil d'Etat, in data 11 maggio 2004, Association Ac ed Autres, ha ritenuto che *"Se l'annullamento di un atto amministrativo implica in linea di principio che tale atto non si considera mai avvenuto, quando le conseguenze di un annullamento retroattivo sarebbero manifestamente eccessive per gli interessi pubblici e privati coinvolti, il giudice può, in via eccezionale, modulare nel tempo gli effetti dell'annullamento che pronuncia"*.

16.8. La Sezione non ignora che le tesi sostenute con la citata sentenza n. 2755 del 2011 siano state solo occasionalmente accolte dalla giurisprudenza amministrativa di primo grado (cfr. TAR Abruzzo - Pescara, sentenza 13 dicembre 2011, n. 700; TAR Lazio - Roma, Sez. III-bis, sentenza 9 aprile 2014, n. 3838; TAR Molise, sentenza 21 novembre 2014, n. 637).

E ciò ancorché ancora recentemente la Sezione VI del Consiglio di Stato, con sentenza 6 aprile 2018, n. 2133, ha affermato che *"il giudice amministrativo - anche in sede di cognizione - può"*

comunque determinare se, nel caso di fondatezza delle censure poste a base di una domanda di annullamento, sussistano i presupposti per applicare il principio generale per il quale l'atto illegittimo vada rimosso con effetti ex tunc, oppure vada rimosso con effetti ex nunc, ovvero l'atto stesso non vada rimosso, ma debba o possa essere sostituito, con un ulteriore provvedimento, a sua volta se del caso avente effetti ex nunc (cfr. Cons. St., Sez. VI, sentenza 10 maggio 2011, n. 2755; Cons. St., Ad. plen., sentenza 22 dicembre 2017, n. 13).

Anche in considerazione del principio di effettività della tutela del ricorrente vittorioso (richiamato dall'articolo 1 del codice del processo amministrativo), in rapporto alla consistenza dei poteri comunque esercitabili dall'Amministrazione a seguito della rilevata illegittimità del suo provvedimento, il giudice amministrativo - con la sentenza di cognizione o d'ottemperanza - nell'esercizio dei propri poteri conformativi e se del caso di merito può determinare quale sia la regola più giusta, che regoli il caso concreto.

Tale ampio potere del giudice amministrativo deve però tenere conto della normativa applicabile nella materia in questione e non deve condurre a conseguenze incongrue o asistematiche”.

In effetti il giudice amministrativo fa un uso molto avveduto del potere in esame, limitandolo alle sole ipotesi in cui un temperamento alla regola della caducazione retroattiva degli atti illegittimi si renda strettamente necessario per la tutela degli interessi rilevanti nel caso concreto, così come s'è visto accade oltralpe.

16.9. In conclusione reputa la Sezione che risponda meglio al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale la possibilità di “modulare” gli effetti dell'annullamento.

Tale potere, tuttavia, dovrà essere utilizzato in modo accorto e solo nelle ipotesi in cui si renda necessario per una migliore tutela degli interessi fatti valere nel giudizio in confronto con quelli pubblici e privati coinvolti.

E ciò anche al fine di evitare che le esigenze di effettività della tutela trasmodino – com'è stato giustamente paventato - in situazioni di incertezza giuridica o amministrativa.

In particolare tale possibilità soccorrerà allorché - come nel caso in esame - occorre evitare che l'annullamento di un atto dell'amministrazione possa generare una condizione amministrativa di vuoto regolatorio (in caso di annullamento di atti normativi o generali), tale da determinare effetti peggiorativi della posizione giuridica tutelata col ricorso, nel senso di pregiudicare, anziché proteggere, il bene della vita che l'interessato aspira a conseguire o mantenere.

Sotto questo profilo, il caso qui all'odierno esame della Sezione appare paradigmatico: l'annullamento del piano specifico AIB potrebbe indurre indirettamente un effetto di paralisi dell'azione amministrativa di prevenzione incendi, impedire dunque anche quegli interventi urgenti, necessari a mitigare il rischio di incendi boschivi e, con l'approssimarsi della stagione estiva, aumentare di fatto ancor di più il rischio di devastanti incendi, difficilmente controllabili, con il risultato paradossale che l'accoglimento del ricorso proposto dalle associazioni ambientaliste per garantire più elevati livelli di tutela del paesaggio tutelato e delle aree naturali protette che ospitano specie vegetali e animali nel sistema Rete Natura 2000 potrebbe finire per (con)causare indirettamente la distruzione definitiva di quei paesaggi e di quegli habitat naturali.

16.10. Per le considerazioni sino a qui espresse, quindi, il Consiglio esprime parere nel senso che il ricorso vada accolto, disponendo l'annullamento degli atti impugnati, nei limiti delle censure accolte e solo a decorrere dall'approvazione del nuovo piano AIB, approvazione che dovrà avvenire nel rispetto dei principi affermati con la presente decisione nel termine di 180 giorni dalla comunicazione del decreto che decide il ricorso.

Per garantire la piena tutela degli interessi fatti valere col ricorso e degli interessi pubblici coinvolti, dunque, il piano qui annullato rimane in vigore durante il predetto periodo di 180 giorni. Resta chiaro che le Autorità competenti, in tale lasso temporale, hanno l'obbligo di adottare tutte le misure e le azioni, eventualmente anche in attuazione parziale del piano qui annullato, per mettere in sicurezza il sito nonché per fronteggiare gli interventi improcrastinabili e indifferibili relativi ad aree - soprattutto vicine ad insediamenti antropici - che presentano rischi elevati secondo la

prudente e responsabile valutazione delle amministrazioni che certamente non compete a questo Decidente.

Decorso il predetto termine, il piano oggetto del ricorso rimane definitivamente annullato e privo di effetti con la conseguenza che, qualora l'amministrazione non dovesse ottemperare alla decisione, parte ricorrente potrà agire in sede di ottemperanza secondo il costante orientamento della giurisprudenza (ex multis, Cons. St., ad. plen., 5 giugno 2012, n. 18; Cons. St., ad. plen., 6 maggio 2013, n. 9; Cons. St., ad. plen., 14 luglio 2015, n. 7).

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere accolto esclusivamente nei limiti e con le prescrizioni indicati in motivazione.

L'ESTENSORE
Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE
Mario Luigi Torsello

IL SEGRETARIO

Carola Cafarelli

Svolgimento del processo - Motivi della decisione

p. 1. La CO.GE.SAN. - Costruzioni Generali S. spa (incorporante la Pro Edificante 2005 srl) ha proposto due motivi di ricorso per la cassazione della sentenza n. 4323/14/15 del 21.7.2015, con la quale la Commissione Tributaria Regionale del Lazio, in riforma della prima decisione, ha ritenuto legittimo l'avviso di accertamento per Ici 2005 e sanzioni notificatole il 4 gennaio 2011 dal Comune di Roma - Roma Capitale; ciò con riguardo ad un'area di sua proprietà inserita nel comprensorio ivi ubicato in località (OMISSIS), dapprima edificabile, ma poi privata di questa caratteristica in quanto inclusa nel Parco Regionale (OMISSIS) in forza dell'ampliamento perimetrale di quest'ultimo da parte della L.R. Lazio 31 maggio 2002, n. 14.

La Commissione Tributaria Regionale, in particolare, ha rilevato che:

- ancorchè privata della edificabilità, l'area in questione doveva purtuttavia assoggettarsi ad Ici, D.Lgs. n. 504 del 1992, ex artt. 1 e 2, come edificabile, poichè essa era stata fatta oggetto di un accordo di compensazione urbanistica ex art. 19 delle Norme Tecniche di Attuazione del PRG, con procedura confermata, ai sensi del nuovo Piano Regolatore del 2003, da Delib. Consiglio Comunale 28 maggio 2003, n. 53;

- in forza di questo intervento di compensazione urbanistica, l'edificabilità dell'area in questione (c.d di "decollo") poteva infatti essere esercitata su altro terreno nell'ambito delle già individuate aree di assegnazione (c.d di "atterraggio"), con conseguente sua tassazione Ici secondo il criterio del valore venale.

p. 2. Con il primo motivo di ricorso la società deduce - ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3 - violazione e falsa applicazione del D.Lgs. n. 504 del 1992, artt. 1 e 3; per avere la Commissione Tributaria Regionale erroneamente affermato la sussistenza nella specie del presupposto oggettivo dell'Ici, nonostante che l'edificabilità compensativa costituisse oggetto non già dell'avvenuta assegnazione di una diversa area, quanto soltanto di una promessa di futura ed incerta capacità edificatoria, su area ancora da individuarsi nell'ambito di quelle "di atterraggio".

Con il secondo motivo di ricorso la società lamenta - ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4 - nullità della sentenza per violazione dell'art. 132 c.p.c.; per avere la Commissione Tributaria Regionale affermato la tassabilità Ici dell'area in questione come area "edificabile per compensazione", salvo poi essa stessa riconoscere che l'assegnazione di quota di edificabilità compensativa non costituiva un diritto certo del proprietario, ma una mera legittima aspettativa, come tale non imponibile. Il che si risolveva in una motivazione a tal punto illogica e contraddittoria da risultare del tutto mancante.

p. 3. Con ordinanza interlocutoria n. 26016/19 la Sezione Tributaria di questa Corte di Cassazione ha rimesso agli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso, in quanto involgente questione di massima di particolare importanza, alle Sezioni Unite.

Osservano i giudici remittenti che:

- la Commissione Tributaria Regionale ha affermato l'imponibilità Ici dell'area in questione ancorchè quest'ultima fosse stata privata della propria originaria edificabilità, e nonostante che il programma di compensazione urbanistica adottato dal Comune non si fosse ancora completato mediante l'esatta individuazione dell'area di fruizione compensativa della volumetria; si verte, in sostanza, di imposizione Ici nel periodo (c.d. di "volo"), successivo all'imposizione del vincolo assoluto (parco pubblico) sull'area originaria, ma antecedente alla certa individuazione ed assegnazione dell'area di sfruttamento compensativo;

- pur in assenza di precedenti specifici di legittimità sull'imposizione Ici in caso di "compensazione urbanistica" sussistono taluni precedenti (Cass. n. 27575/18; 15693-15700/17) concernenti analogo problema in fattispecie di "perequazione urbanistica", "per effetto della quale viene attribuito un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà destinate alla trasformazione di uno o più ambiti del territorio comunale, a prescindere dall'effettiva localizzazione dei diritti edificatori, trasferibili e negoziabili separatamente dal suolo (...)" (Cass. n. 27575/18 cit.), i quali hanno concluso per l'effettivo assoggettamento ad Ici dell'area di partenza, in applicazione del principio per cui il presupposto oggettivo di questo tributo può essere individuato anche soltanto nella "mera potenzialità edificatoria" dell'area, secondo quanto già stabilito da Cass. SS.UU. n. 25506/06 ed altre conformi;

- secondo quanto affermato dalla Sezione Tributaria fino al 2015 (Cass. nn. 25672/08; 5992/15) l'apposizione sull'area di un vincolo di destinazione a servizio pubblico o di interesse pubblico, ovvero a verde pubblico attrezzato, idoneo ad impedire ai privati tutte quelle trasformazioni del suolo riconducibili alla nozione tecnica di edificazione, esclude la fabbricabilità ai fini del D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 1, comma 2 (ad analoga conclusione è pervenuta Cass. Sez. I nn. 11408/12 e 13197/07 ai diversi fini della determinazione dell'indennità di espropriazione); ma, a partire dal 2015, è invece andato consolidandosi, all'interno della sezione, l'opposto orientamento, in base al quale l'apposizione di vincoli di destinazione, ancorchè indubbiamente incidente sul valore venale dell'immobile, non è tuttavia tale da farne venir meno l'originaria natura edificabile (Cass. n. 17764/18, 23814/16; 14763/15);

- a diversa conclusione, cioè nel senso della inedificabilità, si è pervenuti in presenza di strumenti di pianificazione paesaggistica ed ambientale regionale ostativi alla fabbricabilità, pur a fronte di edificabilità secondo il PRG; ciò in forza della affermata prevalenza, D.Lgs. n. 42 del 2004, ex art. 145, delle prescrizioni del piano paesaggistico regionale, comunque denominato, sulla pianificazione urbanistica comunale (Cass. n. 15726/14; 11080/19);

- la soluzione della imponibilità Ici in ragione della mera potenzialità edificatoria susciterebbe purtuttavia qualche perplessità, specie a fronte dei nuovi strumenti, variamente previsti dalle normative regionali, della perequazione, della compensazione e dell'incentivazione urbanistica, destinati a sostituire lo schema classico della c.d. "zonizzazione" ovviando alle discriminazioni tra proprietari di aree omologhe da quest'ultima spesso indotte, e ad ingenerare, in capo ai proprietari, dei "diritti edificatori" non disciplinati espressamente dalla legge statale (se non nei ristretti limiti della trascrivibilità di cui all'art. 2643 c.c., n. 2 bis, come introdotto dal D.L. n. 70 del 2011, conv. in L. n. 106 del 2011), e di qualificazione giuridica ancora incerta: se diritti reali di godimento,

tipici o atipici; se diritti obbligatori riconducibili ad un rapporto di credito tra il privato e l'amministrazione comunale; se meri "frutti" del bene;

- qualora si attribuisse ai diritti edificatori in questione natura obbligatoria, ben difficilmente se ne potrebbe ammettere l'imponibilità Ici, essendo quest'ultimo un tipico tributo di natura reale che presuppone l'edificabilità in quanto qualità intrinseca del terreno; là dove, in fattispecie come quella dedotta nel presente giudizio: "il credito edificatorio compensativo farà eventualmente nascere, come una sorta di indennizzo o corrispettivo aggiuntivo, una capacità edificatoria (in altra sede) solo in forza della conclusione del procedimento compensatorio, sicchè fino a tale momento non esisterà l'edificabilità di alcuna area, ma soltanto una mera possibilità futura di edificabilità, neppure certa nell'an e nel quando"; sicchè "mancando i requisiti, richiesti dalla norma tributaria, dell'attualità, realtà e localizzazione della capacità edificatoria, le aree di compensazione non sembrano poter essere assimilate a quelle fabbricabili indicate dalla normativa Ici, neppure sotto il profilo di una loro "potenzialità" (ord. rim. pag. 13);

un indirizzo interpretativo chiarificatore si imporrebbe anche in ragione delle diversità esistenti tra gli interventi di tipo "perequativo" e quelli di tipo "compensativo", posto che nel primo caso viene pur sempre riconosciuta al fondo, quale strumento alternativo all'imposizione di un vincolo, una determinata frazione della cubatura complessiva fruibile su altre aree (contigue oppure no), mentre nel secondo caso si verifica l'attribuzione di un "credito" compensativo di natura indennitaria suscettibile di essere fruito su un'altra area (di "atterraggio") la cui identificazione può tuttavia avvenire anche molto tempo dopo l'imposizione del vincolo sull'area di origine, con le conseguenti problematiche circa la configurabilità non soltanto del presupposto oggettivo dell'Ici, ma anche di quello soggettivo (D.Lgs. n. 504 del 1992, artt. 1 e 3).

p. 4. Il ricorso è stato quindi dal Primo Presidente assegnato a queste Sezioni Unite, ex art. 374 c.p.c., comma 2, sulla questione "se un'area, prima edificabile e poi assoggettata con legge regionale ad un vincolo di inedificabilità assoluta, sia da considerare edificabile ai fini Ici ove inserita in un programma di cd. compensazione urbanistica adottato dal Comune, ancorchè il procedimento compensatorio non si sia ancora concluso, non essendo stata specificamente individuata ed assegnata al proprietario la cd. area di atterraggio, ossia l'area sulla quale deve essere trasferita l'edificabilità già cessata sull'area cd. di decollo.

Il Comune di Roma si è costituito al fine di partecipare alla discussione, nel corso della quale ha eccepito vizio di notificazione del ricorso per cassazione.

Il Procuratore Generale ha concluso come in epigrafe.

p. 5. Come eccepito dal Comune di Roma, la notificazione nei suoi confronti del ricorso per cassazione deve ritenersi invalida, siccome eseguita presso la sede dell'Avvocatura Capitolina, in (OMISSIS), invece che presso l'Ufficio Tributi dove il Comune aveva dichiarato domicilio nell'atto di appello (presso il funzionario Dott.sa Sb.Pa., Via (OMISSIS)).

E tuttavia si verte di ipotesi non di inesistenza ma di nullità, non essendo in discussione che la notificazione in questione sia stata eseguita da soggetto a ciò qualificato (ufficiale giudiziario UNEP - Corte di Appello di Roma) e presso una ripartizione interna, quella avente competenza legale, dell'amministrazione comunale.

Ricorre quindi quanto già stabilito da Cass. SSUU n. 14916/16, secondo cui: "L'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità. Tali elementi consistono: a) nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato; b) nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento (in virtù dei quali, cioè, la stessa debba comunque considerarsi, "ex lege", eseguita), restando, pertanto, esclusi soltanto i casi in cui l'atto venga restituito puramente e semplicemente al mittente, così da dover reputare la notificazione meramente tentata ma non compiuta, cioè, in definitiva, omessa"; e, inoltre: "il luogo in cui la notificazione del ricorso per cassazione viene eseguita non attiene agli elementi costitutivi essenziali dell'atto, sicchè i vizi relativi alla sua individuazione, anche quando esso si riveli privo di alcun collegamento col destinatario, ricadono sempre nell'ambito della nullità dell'atto, come tale sanabile, con efficacia "ex tunc", o per raggiungimento dello scopo, a seguito della costituzione della parte intimata (anche se compiuta al solo fine di eccepire la nullità), o in conseguenza della rinnovazione della notificazione, effettuata spontaneamente dalla parte stessa oppure su ordine del giudice ex art. 291 c.p.c.." In applicazione di questo indirizzo, ha osservato Cass. n. ord. 7703/18 che l'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a renderla riconoscibile come tale, che, per la fase di consegna, consistono nel raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento, in virtù dei quali la stessa debba comunque considerarsi eseguita; sicchè la notificazione in un luogo diverso dal domicilio eletto,

ove l'atto risulti consegnato al destinatario e non restituito al mittente, non è pertanto inesistente, ma nulla ed è suscettibile di sanatoria per effetto della costituzione in giudizio dell'intimato, ancorchè effettuata al solo fine di eccepire la nullità.

Nel caso di specie, la rilevata nullità risulta pertanto sanata dalla costituzione in giudizio del Comune di Roma, il quale ha partecipato alla discussione in udienza, senza neppure chiedere termini a difesa.

p. 6.1 La questione di fondo si pone in un punto di sovrapposizione fra tre distinti ambiti giuridici. Se l'individuazione dei presupposti impositivi Ici tanto soggettivo (proprietario o titolare di diritto reale su area fabbricabile) quanto oggettivo (possessione di area fabbricabile) deriva dalla interpretazione delle norme tributarie di riferimento e delle relative definizioni legali (D.Lgs. n. 504 del 1992, artt. 1-3), la nozione di fabbricabilità o edificabilità di un'area, seppure applicata ad esclusivi fini tributari, pone invece un problema, se non di obbligata uniformità, quantomeno di raffronto e raccordo sistematico con i principi propri della disciplina amministrativa ed urbanistica che regolano la sorte dei suoli. Ma neppure il diritto civile può dirsi estraneo al tema, là dove la capacità contributiva sulla quale la patrimonialità dell'imposizione si regge debba soppesarsi, ex art. 53 Cost., anche nella considerazione della natura giuridica di diritto privato delle posizioni soggettive coinvolte nella edificabilità o non-edificabilità dell'area, specialmente se si tratti - come nel caso degli interventi edilizi di natura compensativa di una soppressa edificabilità originaria - di posizioni che pur costituendo, tutte, forme di manifestazione e sfruttamento economico dello jus aedificandi, sono tuttavia suscettibili di separata cessione negoziale tra privati, e di più o meno libera circolazione sul mercato mobiliare dei c.d. "diritti edificatori", per ora indistintamente intesi. Un altro motivo di interferenza riguarda poi specificamente questi ultimi, ed attiene alla fonte normativa della loro disciplina.

Si tratta infatti di istituti che trovano una regolamentazione estremamente variegata, sul piano strettamente urbanistico, nella legislazione regionale (a solo titolo di esempio: L.R. Lombardia n. 12 del 2005, art. 11, sulla compensazione, perequazione ed incentivazione urbanistica quali strumenti di governo del territorio; L.R. Veneto n. 11 del 2004, artt. 35-37, sulla perequazione e compensazione urbanistica nonché sull'attribuzione di credito edilizio in ipotesi di riqualificazione ambientale; L.R. Toscana n. 65 del 2014, artt. 100 e 101, sulla perequazione urbanistica; L.R. Emilia Romagna n. 24 del 2017, art. 26, sull'attribuzione dei diritti edificatori ed il principio di perequazione urbanistica; L.R. Campania n. 16 del 2004, art. 32, sulla equa distribuzione di diritti edificatori ed obblighi in funzione di perequazione urbanistica tra i proprietari interessati dalla trasformazione; L.R. Calabria n. 19 del 2002, art. 31, sui comparti edificatori con finalità di

perequazione, e così via); talvolta essi sono previsti, senza neppure una specifica copertura da parte della Legge regionale, direttamente dagli strumenti regolatori generali, così come accade nella presente fattispecie, caratterizzata da una compensazione urbanistica introdotta nel Piano Regolatore Generale del Comune di Roma (adottato nel 2003 ed approvato con Delib. Consiliare 12 febbraio 2008, n. 18), a sua volta inscrivibile tra i procedimenti di perequazione urbanistica di natura consensuale e concordata, come definiti dalle Delib. Consiglio Comunale di Roma n. 176 del 2000 e Delib. Giunta Capitolina n. 811 del 2000, e già ritenuti legittimi dal giudice amministrativo (Cons. Stato Sez.IV 13 luglio 2010 n. 4545). E tuttavia, la disciplina di fonte regionale, limitata al governo del territorio ed alle relative prescrizioni conformative, non potrebbe in alcun modo spingersi a riempire di contenuto civilistico o dominicale gli istituti in questione, così da sovrapporsi alla potestà legislativa esclusiva ed unitaria dello Stato in materia di ordinamento civile e di diritto di proprietà; ciò secondo quanto dettato dall'art. 117 Cost., come più volte inteso dal giudice delle leggi, nel senso che la limitazione conformativa del diritto di proprietà volta ad assicurarne la funzione sociale ben può essere esercitata, nelle materie di competenza, dalla legge regionale, ferma però restando la preclusione per il legislatore regionale di interferire sulla disciplina dei diritti soggettivi per quanto riguarda "i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull'adempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità per inadempimento, la disciplina della responsabilità extracontrattuale, i limiti dei diritti di proprietà connessi ai rapporti di vicinato, e via esemplificando" (C.Cost. sent. n. 391/89 ed altre).

Senonchè, la disciplina statutale su tali contenuti è, in materia, del tutto carente e di mero richiamo. A parte talune disposizioni di settore che prevedono la possibilità di attribuzione di "diritti edificatori" in funzione premiale ed incentivante di interventi edilizi di rilevanza sociale e di riqualificazione (L. n. 308 del 2004, art. 1, commi 21-22, di delega ambientale; L. n. 244 del 2007, art. 1, comma 259, di bilancio 2008; L. n. 133 del 2008, art. 11, comma 5, sul "Piano Casa"), la norma di più generale portata è costituita dall'art. 2643 c.c., n. 2 bis (introdotto dal D.L. n. 70 del 2011, conv. L. n. 106 del 2011, c.d. "decreto sviluppo"), secondo cui si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione anche "i contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale". Disposizione, questa, che certamente riconosce meritevolezza e diritto di cittadinanza ai "diritti edificatori" (con ciò rivendicando all'ordinamento statutale la legiferazione privatistica in materia), senza però definirli nè tipizzarli, ed al solo dichiarato fine di garantirne "certezza nella circolazione" (art. 5, comma 3 D.L. cit.).

La natura al contempo multilivello e polimorfa della fattispecie è poi resa evidente - una volta di più - anche sul piano linguistico, stante la frequente adozione, da parte non solo della dottrina e della giurisprudenza, ma anche della stessa normativa, di terminologie diverse (da qui l'avvertita esigenza del "comunque denominati" di cui all'art. 2643 cit.), discutendosi ora di "diritti edificatori", ora di "crediti edilizi", ora di "crediti compensativi", ora di "titoli volumetrici" o altre simili locuzioni. E ciò in maniera non casuale e fungibile, ma a seconda della sostanza giuridica che in tali istituti si voglia vedere: se di diritto soggettivo o di interesse legittimo; se di natura reale di godimento ovvero obbligatoria; se meramente identificativi di una "cosa" oggetto di diritti ovvero di una "utilità" o "chance" ingenerante un'aspettativa giuridicamente tutelata. Il tutto, sempre con riguardo al bene della vita costituito dalla pratica possibilità, riconosciuta dalla PA, di sfruttare altrove una determinata volumetria (o cubatura che dir si voglia) a vario titolo riconducibile ad un suolo-sorgente.

p. 6.2 I diritti edificatori, di progressiva diffusione nelle procedure e nelle prassi di pianificazione urbanistica a partire dagli ultimi decenni del secolo scorso, si pongono - come anche evidenziato dall'ordinanza di rimessione - quale strumento di evoluzione e superamento della metodica della c.d. "zonizzazione".

Per quanto anche quest'ultima (associata al regime degli standard edilizi di cui all'art. 17 della "L. Ponte" n. 765 del 1967, modificativa della L. urbanistica fondamentale del 1942) costituisca una tappa evolutiva di modernizzazione e razionalizzazione della pianificazione urbanistica - mediante la suddivisione del territorio comunale in varie zone di qualificazione, intervento e destinazione d'uso - rispondente ad un governo territoriale il più possibile ordinato, oggettivo e soddisfacente di tutte le complesse esigenze facenti capo alle comunità locali, se ne sono di essa al contempo riconosciuti i limiti. Rappresentati, da un lato, dalla disparità di trattamento riservata ai proprietari di fondi del tutto omogenei a seconda della casualità della loro ubicazione (tanto da determinare, in condizioni analoghe di partenza, ora effetti sostanzialmente ablativi ed ora vere e proprie rendite di posizione correlate alla edificabilità della zona di assegnazione ed alla sua misura) e, dall'altro, dai costi e dai tempi gravanti sugli enti pubblici attuatori per l'acquisizione espropriativa di determinate aree e la loro trasformazione a destinazione pubblica.

Si tratta di controindicazioni che la c.d. urbanistica consensuale e postvincolistica - a sua volta espressione d'ambito della più ampia nozione definita di amministrazione per accordi - intende evitare o attenuare proprio attraverso il riconoscimento ai proprietari chiamati a concorrere alla pianificazione generale di una posizione giuridica qualificata a fronte della cessione pattizia dei suoli, ovvero della imposizione su di essi di restrizioni o anche di vincoli assoluti di inedificabilità.

E' appunto l'insieme indistinto di queste posizioni giuridiche qualificate che viene riassuntivamente indicato con il sintagma "diritti edificatori".

I quali, va detto fin d'ora, non negano, ma anzi presuppongono - consentendone variamente l'esercizio delocalizzato - che lo jus aedificandi costituisca una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà del suolo, sebbene sottoposto alle condizioni conformative e di utilità sociale previste dalla legge e dagli strumenti urbanistici, secondo quanto già affermato, ai fini della determinazione dell'indennità di esproprio, dalla Corte Costituzionale con la fondamentale sentenza n. 5/1980, ed ancora recentemente ribadito da queste stesse Sezioni Unite con la sentenza n. 7454/20.

Il comune denominatore dei diritti edificatori in questione è dato - al di là dei menzionati obiettivi di politica generale nel governo del territorio - dalla loro riconosciuta scorporabilità dal terreno che li ha originati, e dalla conseguente loro autonoma cedibilità negoziale; intendendosi per tale la possibilità - oggi sancita dall'art. 2643, n. 2 bis cit. del loro trasferimento oneroso tra privati indipendentemente dal trasferimento del terreno. E questa autonomia, in assenza di previsioni normative ostative, viene talora concepita ed attuata in termini estremamente ampi, perchè estesi fino alla possibilità di cartolarizzazione del diritto edificatorio (con circolazione assimilabile a quella dei titoli di credito), ovvero anche di sua dematerializzazione (con circolazione attestata dalle annotazioni sui "registri dei diritti edificatori" tenuti dai Comuni così come previsto da talune leggi regionali).

p. 6.3 Nel caso dell'urbanistica perequativa, si ha distribuzione paritetica e proporzionale - tra tutti i proprietari di un determinato ambito territoriale o lotto tanto del vantaggio costituito dalla edificabilità, quanto dell'onere di contribuzione ai costi di riqualificazione, urbanizzazione e realizzazione di aree a servizi di pubblica utilità o verde. In questo modo, a tutti i suoli dell'ambito territoriale di intervento viene riconosciuto un valore edificatorio costante, indipendentemente dalla effettiva e specifica collocazione, all'interno di esso, dei fabbricati assentiti; collocazione che, stante appunto l'effetto distributivo-perequativo, risulta in definitiva indifferente per i singoli proprietari, i cui terreni saranno comunque destinatari di una quota uguale di edificabilità.

Ha osservato Cass. n. 27575/18 (che si è pronunciata proprio sulla tassabilità Ici dei diritti edificatori rinvenienti dalla perequazione, come tra breve si dirà) che: "il meccanismo consiste nell'assegnazione all'insieme delle aree, pur con diverse destinazioni, pubbliche e private costituenti un comparto, di un indice perequativo, inferiore all'indice fondiario attribuito alle aree destinate all'edificazione. Nella sostanza il privato non subisce un vincolo e non è gravato dall'obbligo di soggiacere all'esproprio, ma sarà titolare dell'onere previsto dal piano perequativo il cui assolvimento gli permetterà di partecipare ai vantaggi del piano stesso".

La perequazione limitata ad un ambito territoriale omogeneo e composto da terreni contigui trova radice in un istituto - quello del comparto edilizio - non nuovo, perchè già previsto nell'art. 870 c.c. e nell'art. 23 della L. urbanistica del 1942.

Accanto a questa modalità di perequazione, c.d. "ristretta", le legislazioni regionali conoscono tuttavia anche una tecnica di perequazione estesa, in forza della quale l'effetto distributivo, sia della edificabilità sia degli oneri di trasformazione, può coinvolgere anche ambiti territoriali non contigui (dunque non di comparto in senso stretto), eventualmente riferiti all'intero territorio comunale (o anche, come pure talvolta previsto, intercomunale) interessato dalla trasformazione stessa.

I diritti edificatori provenienti da interventi perequativi sono assegnati direttamente dal piano urbanistico e sono negoziabili a seguito dell'approvazione di quest'ultimo, ferma restando la possibilità della PA di procedere ad una successiva revisione del potere di pianificazione.

p. 6.4 Nel caso della compensazione urbanistica (ovvero, come talvolta anche si legge, della perequazione compensativa) la PA attribuisce al proprietario un indice di capacità edificatoria (credito edilizio o volumetrico) fruibile su altra area di proprietà pubblica o privata, non necessariamente contigua e di anche successiva individuazione; ciò a fronte della cessione gratuita dell'area oggetto di trasformazione pubblica, ovvero di imposizione su di essa di un vincolo assoluto di inedificabilità o preordinato all'esproprio.

La compensazione urbanistica - che può prevedere anche diverse forme attuative, ad esempio di permuta tra aree, ovvero di mantenimento in capo al privato della proprietà dell'area destinata alla realizzazione di servizi pubblici, dati al medesimo in gestione convenzionata - può fungere da strumento della pianificazione generale tradizionale (compensazione infrastrutturale), ovvero dipendere dall'esigenza di tenere indenne un proprietario al quale venga imposto un vincolo di facere o non facere per ragioni ambientali-paesaggistiche (compensazione ambientale), come nel caso qui dedotto, segnato da imposizione di vincolo assoluto di inedificabilità ai sensi della L.R. Lazio n. 14 del 2002, concernente l'ampliamento della perimetrazione del parco regionale (OMISSIS).

Il diritto edificatorio proveniente da interventi compensativi può trovare fondamento, ad esempio in ordine alla sua quantificazione, nel piano regolatore generale, ma viene assegnato (ed è dunque trasferibile tra privati) solo all'esito della cessione dell'area o dell'imposizione del vincolo; trattandosi di un istituto con funzione corrispettiva o indennitaria di un'edificabilità soppressa, esso risulta indifferente alle successive variazioni di piano.

Inoltre, mentre il diritto edificatorio di origine perequativa viene riconosciuto al proprietario del fondo come una qualità intrinseca del suolo (che partecipa fin dall'inizio di un indice di edificabilità

suo proprio, così come prestabilito e "spalmato" all'interno di un determinato ambito territoriale di trasformazione), il diritto edificatorio di origine compensativa deriva dall'adempimento di un rapporto sinallagmatico in senso lato, avente ad oggetto un terreno urbanisticamente non edificabile, ristorato con l'assegnazione al proprietario di un quid volumetrico da spendere su altra area.

Nel caso del diritto edificatorio di origine compensativa, particolarmente evidente è la progressività dell'iter perfezionativo della fattispecie, dal momento che quest'ultima si articola - seguendo la metafora aviatoria utilizzata in materia dagli urbanisti - in una fase (o area) di "decollo", costituita dall'assegnazione del titolo volumetrico indennitario al proprietario che ha subito il vincolo; di una fase (o area) di "atterraggio", data dalla individuazione ed assegnazione del terreno sul quale il diritto edificatorio può essere concretamente esercitato; di una fase di "volo" rappresentata dall'arco temporale intermedio durante il quale l'area di atterraggio ancora non è stata individuata, e pur tuttavia il diritto edificatorio è suscettibile di circolare da sè.

p. 6.5 Va detto che entro il frastagliatissimo contorno dei diritti edificatori rientra anche la fattispecie (del resto, l'unica ad essere specificamente prevista da legge dello Stato: L. n. 244 del 2007, art. 1, comma 259, che espressamente parla di "aumento di volumetria premiale" da parte dei Comuni) nella quale al privato viene dalla PA attribuito - a titolo straordinario ed aggiuntivo rispetto a quanto già previsto dagli strumenti di pianificazione - un indice edificatorio con scopo di premio, ovvero di incentivo, a fronte dell'esecuzione di interventi di riqualificazione ambientale, architettonica, urbanistica o residenziale reputati virtuosi, perchè eccedenti gli standard minimi e di interesse generale. Nel qual caso si evidenzia la creazione di nuova volumetria, cioè di una volumetria ulteriore e del tutto slegata da quella previgente, invece essenziale alla vicenda compensativa.

Esterna al perimetro dei diritti edificatori propriamente detti deve invece ritenersi la fattispecie, di più risalente vaglio dottrinale e giurisprudenziale, della cessione di cubatura.

In tal caso il trasferimento (totale o parziale) della capacità edificatoria del fondo avviene - tra privati - a favore di un'area fin dall'inizio ben determinata, se non necessariamente contigua quantomeno prossima, e di destinazione urbanistica omogenea.

Non vi è incidenza sulla pianificazione generale, attesa l'invarianza della cubatura complessiva, l'omogeneità delle aree coinvolte e l'estraneità alla cessione in sè della PA (per questo la si ritrova talvolta definita come intervento di "micropianificazione urbanistica ad iniziativa privata"), alla quale sarà tuttavia demandato di assentire il rilascio, a favore del cessionario, del permesso di costruire maggiorato della quota di cubatura trasferita.

Dibattuta è la natura giuridica dell'istituto - rilevante per varie imposte, dirette ed indirette - tra realtà ed obbligatorietà; ma si tratta di questione sulla quale queste SSUU dovranno prossimamente tornare ex professo a seguito dell'ordinanza di rimessione recentemente emessa dalla Sezione Tributaria (n. 19152 del 15 settembre 2020), alla cui ampia ricostruzione interamente qui si rinvia.

p. 7.1 Venendo allo specifico quesito posto dall'ordinanza di rimessione, deve escludersi la imponibilità Ici, come area edificabile, del terreno dal quale origina il diritto edificatorio compensativo.

Premesso che la disciplina Ici funge, nell'ambito della fiscalità locale, da matrice di riferimento anche per i tributi che si sono ad essa succeduti (D.Lgs. n. 23 del 2011, Imu; L. n. 147 del 2013, Iuc-Tasi; L. n. 160 del 2019, nuova Imu) e che hanno accolto la medesima nozione di area fabbricabile, la fattispecie impositiva è incentrata, da un lato, sulla tassativa ed esaustiva elencazione dei beni immobili colpiti (fabbricati, aree fabbricabili, terreni agricoli) e, dall'altro, su una relazione di realtà con tali immobili.

E' vero che la disciplina dell'Ici conosce anche sconfinamenti tanto in senso personalistico (come nel regime delle esenzioni di cui al D.Lgs. n. 504 del 1992, art. 7, talvolta facente richiamo non alle caratteristiche oggettive del bene immobile ma alla qualità soggettiva del suo possessore), quanto in senso obbligatorio (come nell'imposizione a carico dell'utilizzatore in leasing, ex art. 3, comma 2 L. cit.), e tuttavia si tratta di previsioni di natura eccezionale e derogatoria rispetto agli elementi costitutivi generali del tributo che, dal punto di vista tanto della legittimazione soggettiva passiva (proprietario o titolare di diritto reale su l'immobile), quanto del presupposto obiettivo (possesso di fabbricati, aree fabbricabili, terreni agricoli) fanno inequivoco riferimento al sostrato reale dell'imposta (D.Lgs. n. 504 del 1992, artt. 1, 2, 3).

E questo sostrato reale fa certamente difetto nel caso del diritto edificatorio compensativo.

Si sono già posti in evidenza (p. 6.1) gli ostacoli di "decentramento" normativo alla individuazione di un diritto assoluto di natura reale - i cui elementi identificativi andrebbero poi riferiti ad uno dei diritti reali già disciplinati dal codice civile, salvo che ci si voglia avventurare, ma senza alcuna sicura guida legislativa, nel definirne uno nuovo, in deroga al numero chiuso che impronta la materia - sulla base di una normazione di fonte non statuale che sfugge a qualsiasi pratica possibilità di riconduzione ad unitaria definizione e compattezza caratteristica. E ciò, va notato, con riguardo non solo alla legge di circolazione dei diritti in esame, rispetto alla quale l'eterogeneità di discipline è spinta al massimo grado, ma anche al loro nucleo contenutistico.

Del resto, evidente è la distanza dei diritti in esame dai diritti reali tipici che più potrebbero ad essi teoricamente avvicinarsi, quali la servitù o la superficie.

Quanto alla prima, non si riscontra nella fattispecie in esame alcun rapporto di dominanza-asservimento, quanto di scambiabilità, tra i fondi correlati; nè le nozioni qualificanti di utilità e vicinitas (sebbene valutate nella massima ampiezza di accezione, funzionale e non topografica, tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza) potrebbero riferirsi ad un'area, quella di arrivo, ancora da individuarsi.

Quanto alla seconda, difetta l'elemento essenziale dell'esercizio del diritto reale su cosa altrui mediante superamento del vincolo dell'accessione, venendo qui in discussione l'alterità oggettiva dei luoghi di produzione e di esercizio dello jus aedificandi in capo ad un medesimo titolare, e non l'alterità soggettiva tra proprietario del fondo e proprietario dell'edificio che ad esso acceda.

Ciò che tuttavia sembra rappresentare un ostacolo davvero invalicabile nell'affermare la natura reale del diritto edificatorio in questione, è il suo totale distacco dal fondo di origine e la sua conseguente perfetta ed autonoma ambulatorietà.

Caratteri, questi, che ben si accordano con la funzione da esso assolta, costituita appunto - come si è detto - dall'attribuzione al proprietario del fondo, alternativa all'esproprio, di un'utilità giuridica ed economica che lo tenga indenne dalla decurtazione subita per effetto dell'imposizione del vincolo su un terreno originariamente edificabile. Sicchè, da questo necessitato punto di vista, il diritto edificatorio compensativo non costituisce nulla di diverso da una indennità ripristinatoria - in moneta urbanistica - di un patrimonio inciso, che il proprietario può valorizzare sul mercato indipendentemente dal suolo generatore; il quale, del resto, potrebbe risultare ormai privo di qualsivoglia appetibilità commerciale e, anzi, nemmeno più appartenergli, come nel caso in cui il diritto gli fosse attribuito a fronte della cessione spontanea dell'area.

Non può negarsi che la fattispecie presenti una necessaria duplice connessione fondiaria nel richiedere che il diritto edificatorio scaturisca da un terreno (di decollo) per poi essere esercitato su un altro terreno (di atterraggio); ma si tratta di una connessione funzionale estrinseca e non ricostruibile in termini di realtà, dal momento che il diritto, o credito, edificatorio che dir si voglia - proprio per lo scopo compensativo e l'autonomia che gli sono coesenziali - non è inerente nè immediatamente pertinente al fondo di partenza, di cui neppure costituisce una qualità intrinseca atta ad essere economicamente valorizzata solo nel trasferimento congiunto con esso.

Il difetto di inerenza in senso giuridico (tanto civilistico quanto tributario) si evidenzia in maniera addirittura eclatante in quello che è il segmento più critico, e rivelatore, della fattispecie, appunto quello del "volo"; allorché il diritto di costruire non può più essere esercitato sul fondo di origine, e non può ancora essere esercitato sul fondo di destinazione perchè non ancora assegnato nè, forse, individuato.

Un sostrato di natura reale non può essere recuperato nemmeno facendo ricorso alla figura della obbligazione "propter rem". A tacere delle incertezze dogmatiche che ancora gravano sull'istituto, basterà osservare come faccia anche in tal caso difetto una adeguata ed univoca descrizione normativa, sul presupposto che: "le obbligazioni "propter rem", al pari dei diritti reali, dei quali sono estrinsecazione, non sono una categoria di rapporti innominati, ma sono caratterizzate dal requisito della tipicità, con la conseguenza che possono sorgere per contratto solo nei casi e col contenuto espressamente previsti dalla legge" (Cass. n. 25673/18, così Cass. n. 4572/14 ed altre).

Ma poi, non sfugge come nel caso del diritto edificatorio sia escluso, potremmo dire "per definizione", il diritto di seguito con il terreno, a sua volta basato su una nozione di inerenza obbligatoria con esso qui non concepibile; inoltre l'obbligazione propter rem costituisce pur sempre un vincolo debitorio per il proprietario il quale nel caso del diritto edificatorio è, all'esatto contrario, non debitore ma creditore verso l'amministrazione comunale che gli ha promesso l'edificazione compensativa da un'altra parte.

Resta da valutare l'incidenza dell'inserimento dei contratti che trasferiscono, costituiscono o modificano i diritti edificatori nel regime generale di trascrivibilità degli atti relativi ai beni immobili, ex art. 2643 cit..

Il dato normativo in esame, pur ideologicamente assai significativo per le già evidenziate ragioni di recepimento e valutazione di meritevolezza da parte dell'ordinamento statale, non è tuttavia dirimente nel senso della realtà dell'istituto, ove si consideri che da esso, eccezion fatta per l'ampia dizione di diritti suscettibili di divenire oggetto di contratti, non si trae alcun utile elemento definitorio di contenuto ed effetti in tal senso (si limita la norma a semplicemente rinviare a quanto previsto dalle corrispondenti discipline statali o regionali, ovvero dagli strumenti di pianificazione territoriale), e che, per altro verso, lo stesso regime in questione ben conosce la trascrivibilità anche di atti ad effetto meramente obbligatorio, quali la locazione ultranovennale o il contratto preliminare (art. 2645 bis c.c.).

Con la disposizione in questione, in definitiva, i diritti edificatori vengono sì enunciati quali istituti dell'ordinamento giuridico, ma non riempiti di sostanza reale.

p. 7.2 Come ricordato, le sezioni unite della Corte di Cassazione si sono già occupate della nozione di edificabilità ai fini Ici, affermando il seguente principio di diritto (Cass. SSUU n. 25506/06): "in tema di ICI, a seguito dell'entrata in vigore del D.L. 30 settembre 2005, n. 203, art. 11 quaterdecies, comma 16, convertito con modificazioni dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248, e del D.L. 4 luglio 2006, n. 223, art. 36, comma 2, convertito con modificazioni dalla L. 4 agosto 2006, n. 248, che hanno fornito l'interpretazione autentica del D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, art. 2, comma 1, lett. b),

l'edificabilità di un'area, ai fini dell'applicabilità del criterio di determinazione della base imponibile fondato sul valore venale, dev'essere desunta dalla qualificazione ad essa attribuita nel piano regolatore generale adottato dal Comune, indipendentemente dall'approvazione dello stesso da parte della Regione e dall'adozione di strumenti urbanistici attuativi. L'inizio del procedimento di trasformazione urbanistica è infatti sufficiente a far lievitare il valore venale dell'immobile, le cui eventuali oscillazioni, in dipendenza dell'andamento del mercato, dello stato di attuazione delle procedure incidenti sullo "ius aedificandi" o di modifiche del piano regolatore che si traducano in una diversa classificazione del suolo, possono giustificare soltanto una variazione del prelievo nel periodo d'imposta, conformemente alla natura periodica del tributo in questione, senza che ciò comporti il diritto al rimborso per gli anni pregressi, a meno che il Comune non ritenga di riconoscerlo, ai sensi del D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, art. 59, comma 1, lett. f). L'inapplicabilità del criterio fondato sul valore catastale dell'immobile impone peraltro di tener conto, nella determinazione della base imponibile, della maggiore o minore attualità delle sue potenzialità edificatorie, nonché della possibile incidenza degli ulteriori oneri di urbanizzazione sul valore dello stesso in comune commercio".

In primo luogo, la pronuncia in questione rende nitida l'autonomia della nozione di edificabilità in senso tributario da quella in senso urbanistico: "diverse, infatti, sono le finalità della legislazione urbanistica rispetto a quelle della legislazione fiscale. La prima tende a garantire il corretto uso del territorio urbano, e, quindi, lo jus aedificandi non può essere esercitato se non quando gli strumenti urbanistici siano perfezionati (garantendo la compatibilità degli interessi individuali con quelli collettivi); la seconda, invece, mira ad adeguare il prelievo fiscale alle variazioni dei valori economici dei suoli, che si registrano e progrediscono, in parallelo, dal sorgere della mera aspettativa dello jus aedificandi, fino al perfezionamento dello stesso. Ne consegue, che le chiavi di lettura dei due comparti normativi possono essere legittimamente differenti".

In secondo luogo, essa svolge, proprio in nome di quell'autonomia e della referenzialità economica sempre sottesa al diritto tributario ex art. 53 Cost., un'analisi appunto economica del diritto di edificare, attribuendo rilevanza impositiva anche al solo avvio della procedura amministrativa finalizzata alla edificabilità, posto che questo solo avvio costituisce, da un lato, motivo di interesse ed apprezzamento da parte del mercato (dunque fattore di incremento patrimoniale) e, dall'altro, manifestazione di ricchezza e capacità contributiva: "non bisogna confondere lo jus aedificandi con lo jus valutandi, che poggiano su differenti presupposti. Il primo sul perfezionamento delle relative procedure, il secondo sull'avvio di tali procedure. Non si può costruire se prima non sono definite tutte le norme di riferimento. Invece, si può valutare un suolo considerato a vocazione edificatoria,

anche prima del completamento delle relative procedure. Anche perchè i tempi ancora necessari per il perfezionamento delle procedure, con tutte le incertezze riferite anche a quelli che potranno essere i futuri contenuti prescrittivi, entrano in gioco come elementi di valutazione al ribasso. In definitiva, la equiparazione legislativa di tutte le aree che non possono considerarsi "non inedificabili", non significa che queste abbiano tutte lo stesso valore. Con la perdita della inedificabilità di un suolo (cui normalmente, ma non necessariamente, si accompagna un incremento di valore) si apre soltanto la porta alla valutabilità in concreto dello stesso".

Certo rimane il nodo di misurare l'incremento patrimoniale così determinato dall'avvio della procedura amministrativa di edificazione, ma questo non è un problema giuridico, bensì economico di mera determinazione della base imponibile secondo il valore venale; esso va risolto con una formula (ripresa anche da C.Cost. ord. 41/2008) che è solo in apparenza un ossimoro, là dove implica che si prenda in considerazione, in una con l'incidenza degli oneri di urbanizzazione, la "minore o maggiore attualità" della "potenzialità edificatoria" espressa dal terreno.

Orbene, ferma restando la rilevanza concettuale della distinzione tra edificabilità in senso tributario ed edificabilità in senso urbanistico, quanto stabilito dalle sezioni unite nel 2006 (innumerevoli volte ribadito dalla giurisprudenza successiva) non fornisce, a ben vedere, elementi interpretativi utili a risolvere il quesito che ci interessa.

Ciò perchè in quel caso le sezioni unite si occuparono di una problematica del tutto diversa dalla presente perchè segnata, per un verso, dal dubbio sul momento (anche prima dell'approvazione regionale e degli strumenti urbanistici attuativi) nel quale un'area interessata da un intervento di pianificazione urbanistica debba considerarsi edificabile (in senso tributario) e, per altro, dalla pacifica esercitabilità in situ della edificabilità così individuata (costituente senz'altro, in quel caso, una qualità caratteristica ed intrinseca del bene); dunque, si era di fronte ad un fenomeno di ordinaria fruizione della edificabilità sullo stesso suolo oggetto di tassazione, mentre la peculiarità del caso qui in esame è proprio data dallo scorporo di questa fruizione, altrove rivolta.

E' ben vero che quanto allora stabilito dalle sezioni unite in ordine alla rilevanza tributaria della mera "potenzialità edificatoria" ed anche al metro della sua quantificazione, paiono poter esercitare qualche suggestione anche sul problema di oggi. Ciò perchè anche la sola attribuzione di un diritto edificatorio compensativo incrementa (alla stessa maniera del solo avvio della procedura amministrativa di edificabilità) il patrimonio del proprietario del suolo con l'obiettivo di reintegrarlo in tutto o in parte al livello antecedente alla inedificabilità, e può risultare essa stessa dotata di minore o maggiore appetibilità di mercato. In ottica di imposizione, anche in tal caso il problema dovrebbe risolversi con la misurazione di questo incremento patrimoniale.

Si tratta di un profilo messo in evidenza anche dall'ordinanza di rimessione la quale osserva che, specialmente nella fase del "volo", questa misurazione può però risultare addirittura impossibile, essendo il più delle volte ignota l'area di destinazione, ed imprevedibili i tempi (spesso notoriamente assai lunghi) della sua effettiva assegnazione da parte della PA. E tuttavia, ciò che osta alla tassazione Ici non è la difficoltà di stima - e neppure la non irragionevole eventualità che, in considerazione dell'alto grado di indeterminatezza della fattispecie di assegnazione sostitutiva dell'edificabilità, il valore economico del diritto edificatorio possa risultare per molte annualità di fatto pari o prossimo allo zero - quanto, ed a differenza del tema già affrontato dalle sezioni unite, proprio l'ontologica autonomia giuridica ed economica del diritto edificatorio rispetto al suolo dal quale emana.

In altre parole, mentre là il problema era di base imponible, qui è di presupposto dell'imposizione. Tanto che nella fattispecie oggi in esame non si giungerebbe ad una soluzione diversa dalla non tassabilità neppure in quei casi nei quali (come pure è ipotizzabile) il controvalore economico del diritto edificatorio risultasse invece di fatto facilmente accertabile ed anche di significativa consistenza perchè, al contrario, intercettato in una annualità di avvenuta o imminente individuazione di tutti gli elementi soddisfattivi della compensazione edificatoria (area di atterraggio; volumetria edificabile; tempi di edificazione, oneri di urbanizzazione ecc...).

Si dirà che l'effetto compensativo o indennitario è tale proprio perchè in grado di sostitutamente reintegrare il patrimonio del proprietario del terreno, privato della edificabilità; il che, per un'imposta di tipo patrimoniale qual è l'Ici, non può risultare del tutto ininfluenza (sempre che, ovviamente, permanga la legittimazione passiva al tributo perchè il diritto edificatorio non è stato ceduto a terzi ma si rinviene ancora, abbinato al terreno, all'interno di quel patrimonio).

Questa obiezione non convince. Ciò non perchè si dubiti che il diritto di edificare altrove, proprio in quanto utilità patrimoniale economicamente apprezzabile, costituisca in effetti un indice di ricchezza e, in definitiva, una manifestazione di capacità contributiva che può tenere luogo della edificabilità soppressa, ma perchè la sola espressione di ricchezza e la sola capacità contributiva - colte in natura non possono bastare, evidentemente, a legittimare il prelievo senza il filtro di una fattispecie normativa che lo contempra e lo regoli; per giunta, con i caratteri di legalità, certezza, determinatezza, tassatività, prevedibilità propri della norma tributaria di tipo impositivo. Là dove, altrimenti ragionando, si verrebbe a creare in via interpretativa - e con riguardo ad un'imposta patrimoniale speciale, in quanto strutturata sul possesso di certi beni soltanto - una fattispecie impositiva altra rispetto a quella concepita dal legislatore del D.Lgs. n. 504 del 1992, perchè estesa

ad un bene (il diritto edificatorio) diverso da quelli espressamente lì considerati (fabbricati, terreni edificabili, terreni agricoli).

Si tratterebbe di soluzione certo portatrice di seri dubbi di compatibilità anche ex art. 23 Cost..

Come si è detto, alcuni recenti precedenti di legittimità (Cass.nn. 15693/17, 15700/17, 27575/18 cit.) hanno affermato - con riguardo ad una fattispecie oggettivamente più vicina a quella qui in esame - la tassabilità Ici di terreni fatti oggetto di perequazione urbanistica, ciò proprio con richiamo al criterio della rilevanza tributaria della mera potenzialità edificatoria di cui alle sezioni unite del 2006; potenzialità edificatoria ravvisata nell'attribuzione di un indice perequativo costante di edificabilità ai suoli ricompresi nel comparto o, comunque, nell'area interessata dal piano di intervento.

Si osserva nella già citata Cass. n. 27575/18 che: "la perequazione è una tecnica urbanistica volta ad attribuire un valore edificatorio uniforme a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione urbanistica di uno o più ambiti del territorio comunale. La caratteristica di tale tecnica risiede nel fatto che si prescinde dall'effettiva localizzazione della capacità edificatoria sulle singole proprietà e dalla imposizione di vincoli di inedificabilità apposti, al fine di garantire all'amministrazione la disponibilità di spazi da destinare ad opere collettive. Ne deriva che i proprietari partecipano in misura uguale alla distribuzione dei valori e degli oneri correlati alla trasformazione urbanistica"; e, inoltre, che "(...) il meccanismo della perequazione urbanistica deve essere coniugato con il presupposto di applicazione del tributo. Va, infatti, condivisa la consolidata giurisprudenza per la quale, ai fini Ici, ciò che rileva è l'edificabilità in astratto del suolo, ovvero la sua potenzialità edificatoria, anche non immediatamente attuabile, purchè il suolo sia incluso in un PRG anche semplicemente adottato".

Ancora, si legge in Cass. n. 15693/17 cit. che: "lo strumento attuativo comunale del piano di comparto, con indice di fabbricabilità omogeneo, consente al proprietario di una specifica porzione di suolo, compreso nel perimetro del medesimo comparto, di concorrere alla formazione di volume edificabile, indipendentemente dalla destinazione d'uso prevista sull'area specifica, così come dei vincoli su quest'ultima esistenti, (...)"; e che "quanto sopra esposto appare del tutto coerente con l'istituto del comparto che, nell'ambito della c.d. urbanistica perequativa (cfr. L. n. 662 del 1996), mira a soddisfare l'insopprimibile esigenza di legare tra loro i singoli proprietari entro un ambito spaziale più ampio di quello dei singoli lotti, al fine di consentire la realizzazione di quanto previsto nel piano urbanistico, permettendo così ai proprietari di territori di accordarsi tra di loro riguardo alla concentrazione di volumetrie all'interno di una determinata area, in modo tale da non creare svantaggi per alcuno".

Neppure quanto osservato in questi precedenti di legittimità sembra attagliarsi appieno al tema in esame, essendosi già anticipati (p. 6.4) - assieme alla impraticabilità, a fronte di una così marcata diversificazione fenomenica, di una soluzione unitaria del problema sia della natura giuridica sia della imponibilità dei diritti edificatori globalmente considerati - i fattori di distinzione ed autonomia, posti in luce anche dalla dottrina, tra urbanistica perequativa ed urbanistica compensativa.

La prima è avulsa da qualsiasi obiettivo restitutorio di una originaria edificabilità, si produce direttamente e preventivamente dal piano urbanistico (e non in contropartita della specifica assegnazione o cessione volontaria dell'area al Comune come nel caso di compensazione) e comporta la generalizzata, preordinata e diffusa attribuzione di un indice perequativo con effetto diretto sul terreno interessato in quanto facente parte del comparto di intervento. Ancorchè si verta, in entrambi i casi, di volumetria non esercitabile direttamente sul fondo, resta che solo nella perequazione l'indice di edificabilità viene attribuito "al fondo" divenendo una qualità intrinseca di questo, e solo nella perequazione la fattispecie di edificabilità può dirsi perfetta fin dall'origine, non necessitando di successiva individuazione ed effettiva assegnazione di aree surrogatorie di atterraggio.

E' dunque nella compensazione - e non nella perequazione - urbanistica che si assiste alla massima volatilità dello jus aedificandi rispetto alla proprietà del suolo.

Ed è su questi presupposti, ed in forza di una nozione di inerenza reale e non virtuale, che il ricordato indirizzo di legittimità giunge a qualificare come edificabile ai fini Ici il terreno assegnatario dell'indice perequativo, così da sussumere la fattispecie ancora all'interno della previsione impositiva tipica.

p. 7.3 In definitiva, va stabilito che "un'area, prima edificabile e poi assoggettata ad un vincolo di inedificabilità assoluta, non è da considerare edificabile ai fini ICI ove inserita in un programma attributivo di un diritto edificatorio compensativo, dal momento che quest'ultimo non ha natura reale, non inerisce al terreno, non costituisce una sua qualità intrinseca ed è trasferibile separatamente da esso".

In applicazione di questo principio di diritto risulta fondato il primo motivo di ricorso, con conseguente cassazione della sentenza con la quale la Commissione Tributaria Regionale si è da esso discostata.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto, sussistono i presupposti per la decisione nel merito, ex art. 384 c.p.c., mediante accoglimento del ricorso originario della società contribuente ed

annullamento dell'atto impositivo. La controvertibilità della questione depone per la compensazione delle spese dell'intero giudizio.

P.Q.M.

La Corte:

accoglie il ricorso;

cassa la sentenza impugnata e decide nel merito mediante accoglimento del ricorso originario della società contribuente ed annullamento dell'atto impositivo; compensa le spese dell'intero giudizio.

Conclusionione

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle Sezioni Unite Civili, il 22 settembre 2020.

Depositato in Cancelleria il 29 ottobre 2020