Quadro generale

Il tema dell'edificazione a distanza dai corsi d'acqua, sebbene apparentemente possa apparire relegato all'impegno delle Giurisdizioni alla risoluzione delle controversie tra privati e pubbliche Amministrazioni circa il rispetto del regime vincolistico funzionale alla protezione del bene demaniale, ha assunto invero nuove ragioni di interesse riconducendosi il tema ai molteplici aspetti "trasversali" che coinvolgono non solo l'urbanistica e l'edilizia, in connessione alla tutela demaniale ed idraulica delle acque e delle relative fasce di rispetto, ma altresì all'ambiente ed all'energia.

In tale prospettiva di ampliamento dell'ambito di rilevanza della tutela delle acque e degli interessi pubblici a tale tutela connessi, non può sottacersi il rinnovato riconoscimento legislativo che qualifica l'acqua come "risorsa" da utilizzarsi secondo criteri di solidarietà al fine della salvaguardia delle aspettative e dei diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale (art. 144 d.lgs. n. 152/2006); tale riconoscimento – che trova fonte nella articolata disciplina unionale ed internazionale di protezione dell'ambiente e sul clima – a mio parere – assurge a criterio interpretativo generale della disciplina nazionale sul regime delle acque e delle opere idrauliche risalente all'inizio del '900, ancora attualmente in vigore, con particolare riguardo ai limiti inderogabili di edificabilità posti allora – ed ancora oggi – a tutela del demanio idrico ai fini dello sfruttamento delle acque e del libero deflusso delle medesime.

Del resto la regolazione normativa delle acque – che ne comprende la relativa tutela – può essere per gli amministrativisti occasione di approfondimento non solo in una visione di studio della tutela attuale e *de jure condendo* avente ad oggetto i beni essenziali quali l'acqua e le situazioni soggettive pubbliche e private collegate a tali beni, ma altresì occasione per ricordare come già gli antichi sistemi giuridici positivi, quale quello romano, avevano cura di disciplinare tale materia (come ricorda Guido Astuti, voce Acque, Introduzione Storica Generale, in Enciclopedia del Diritto, vol. I, Giuffré, 1958, pag. 346 segg.), rappresentando la disciplina giuridica delle acque un'esperienza storica di singolare rilievo per la chiara sensibilità e precisa consapevolezza con cui gli antichi giureconsulti e i poteri pubblici variamente concorsero alla formazione di un regime normativo capace di soddisfare, in ordine alle molteplici utilità delle acque, le esigenze vitali dell'economia privata e al tempo stesso quelle dell'interesse pubblico, come interesse generale della collettività, che lo Stato rappresenta e tutela.

Si pensi al proposito che già nel sistema romano l'esercizio del pubblico potere si atteggiava, analogamente a quello attuale, in modo tale da realizzare una equilibrata attuazione degli interessi pubblici e privati, avvicinandosi il diritto delle acque romano al

diritto moderno.

Vale ricordare al proposito l'esigenza già allora sentita di evitare e limitare gli effetti dannosi delle acque sia fluviali che piovane mediante la previsione di azioni a tutela dei fondi privati (*actio aquae pluviae arcendae*), nonché il riconoscimento degli usi pubblici delle acque nelle sue diverse forme collettive e individuali, con attribuzione ai pubblici poteri dell'esercizio di funzioni di gestione e vigilanza sui maggiori corsi d'acqua affinché le opere realizzate sulle sponde o nell'alveo o le derivazioni non avessero a compromettere la navigabilità o a modificare o ridurre il corso normale, a recare danno ai fondi vicini e alle colture.

Si pensi ancora alla disciplina delle "cauzioni" e degli "interdetti" mirante a reprimere eventuali abusi; mentre il singolo cui fosse stato impedito l'uso individuale, ma non esclusivo, della *res pubblica* veniva tutelato con l'*actio iniuriarum*.

Tutele della *res pubblica* che ancor oggi, ancorché con forme diverse, persistono nell'ordinamento giuridico.

* * * *

Ciò premesso, il quadro normativo può riassumersi con il richiamare la normativa fondamentale del T.U. sulle opere idrauliche (R.D. 25 luglio 1904 n. 523) il cui Capo VII – dedicato alla polizia delle acque pubbliche – pone alcuni divieti in materia di edificazione in fregio ai corpi idrici diretti a tutelare gli interessi pubblici più sopra accennati.

L'art. 96 individua partitamente i lavori ed atti vietati "*in modo assoluto sulle acque pubbliche, loro alvei, sponde e difese*", includendo (lettera f) "*le piantagioni di alberi e siepi, le fabbriche, gli scavi e lo smovimento del terreno a distanza dal piede degli argini e loro accessori come sopra, minore di quella stabilita dalle discipline vigenti nelle diverse località, ed in mancanza di tali discipline a distanza minore di metri quattro per le piantagioni e smovimento del terreno e di metri dieci per le fabbriche e per gli scavi*." Parimenti è vietata, ai sensi della successiva lettera g), "*qualunque opera o fatto che possa alterare lo stato, la forma, le dimensioni, la resistenza e la convenienza all'uso, a cui sono destinati gli argini e loro accessori come sopra, e manufatti attinenti*", in tal caso a prescindere dal limite spaziale di cui sopra.

Inoltre, l'art. 133 (I comma, lett. a)) del Regio Decreto 8 maggio 1904 n. 368 vieta, in modo assoluto, sui corsi d'acqua, strade, argini ed altre opere d'una bonificazione, "*le piantagioni di alberi e siepi, le fabbriche, e lo smovimento del terreno dal piede interno ed esterno degli*

argini e loro accessori o dal ciglio delle sponde dei canali non muniti di argini o dalle scarpate delle strade, a distanza minore di metri 2 per le piantagioni, di metri 1 a 2 per le siepi e smovimento del terreno, e di metri 4 a 10 per i fabbricati, secondo l'importanza del corso d'acqua".

Alla preesistente e tuttora vigente disciplina in materia di polizia idraulica e bonifica di cui si è fatto cenno si affianca il d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152.

In particolare, l'art. 115 attribuisce alla competenza delle Regioni il compito di disciplinare gli interventi di trasformazione e di gestione del suolo e del soprassuolo previsti nella fascia di almeno 10 metri dalla sponda di fiumi, laghi, stagni e lagune, comunque vietando la copertura dei corsi d'acqua che non sia imposta da ragioni di tutela della pubblica incolumità e la realizzazione di impianti di smaltimento dei rifiuti.

L'introduzione della fascia di rispetto è espressamente rivolta alla tutela degli interessi ambientali ivi specificati, tra cui il mantenimento o il ripristino della vegetazione spontanea nella fascia immediatamente adiacente i corpi idrici, con funzioni di filtro per i solidi sospesi e gli inquinanti di origine diffusa, la stabilizzazione delle sponde e la conservazione della biodiversità da contemperarsi con le esigenze di funzionalità dell'alveo.

A tali fini le aree demaniali dei fiumi, dei torrenti, dei laghi e delle altre acque possono essere date in concessione allo scopo di destinarle a riserve naturali, a parchi fluviali o lacuali o comunque a interventi di ripristino e recupero ambientale.

Non solo; il legislatore ha previsto di demandare alle Regioni, su proposta delle Autorità d'àmbito, la potestà di individuare "aree di salvaguardia" distinte in "zone di tutela assoluta" e "zone di rispetto", nonché, all'interno dei bacini imbriferi e delle aree di ricarica della falda, "zone di protezione", al fine di mantenere e migliorare le caratteristiche qualitative delle acque superficiali e sotterranee destinate al consumo umano, erogate a terzi mediante impianto di acquedotto che riveste carattere di pubblico interesse, nonché per la tutela dello stato delle risorse (art. 94 Codice dell'Ambiente).

La "zona di tutela assoluta" è costituita dall'area immediatamente circostante le captazioni o derivazioni con una estensione di almeno dieci metri di raggio dal punto di captazione; tale area deve essere adeguatamente protetta e deve essere adibita esclusivamente a opere di captazione o presa e ad infrastrutture di servizio, escludendosi pertanto tutte le altre opere.

La "zona di rispetto" è costituita dalla porzione di territorio circostante la zona di tutela

assoluta da sottoporre a vincoli e destinazioni d'uso tali da tutelare qualitativamente e quantitativamente la risorsa idrica captata e può essere suddivisa in zona di rispetto ristretta e zona di rispetto allargata, in relazione alla tipologia dell'opera di presa o captazione e alla situazione locale di vulnerabilità e rischio della risorsa. In particolare – precisa la disposizione – nella zona di rispetto (che in assenza di intervento regionale ha una estensione di 200 metri di raggio rispetto al punto di captazione o di derivazione) è fatto divieto di insediamento dei c.d. "centri di pericolo" e lo svolgimento di attività ben individuate il cui esercizio è incompatibile con la risorsa idrica (quali la dispersione di fanghi e acque reflue, anche se depurati; l'accumulo di concimi chimici, fertilizzanti o pesticidi; lo spandimento di concimi chimici, fertilizzanti o pesticidi, la dispersione nel sottosuolo di acque meteoriche proveniente da piazzali e strade).

Ed in particolare, con riguardo all'aspetto edificatorio, è fatto divieto di realizzare, ad esempio, aree cimiteriali, cave che possono essere in connessione con la falda, apertura di pozzi, gestione di rifiuti, stoccaggio di prodotti ovvero sostanze chimiche pericolose e sostanze radioattive; centri di raccolta, demolizione e rottamazione di autoveicoli pozzi perdenti. Infine, quanto già realizzato deve essere oggetto di misure per il relativo allontanamento ed in ogni caso deve essere garantita la loro messa in sicurezza.

§ § §

Il quadro normativo così illustrato, configurante le limitazioni all'edificazione in prossimità del demanio idrico, è completato dalla legislazione regionale, che nelle regioni del Veneto e del Friuli Venezia Giulia – che in questa sede si vuole richiamare – è così delineabile.

In sintesi, quanto alla Regione Veneto, la legge urbanistica della Regione Veneto (L.R. 23 aprile 2004 n. 11) individua tra le finalità della pianificazione territoriale, da perseguirsi nel rispetto dei principi di sussidiarietà, adeguatezza ed efficienza, la promozione e realizzazione di uno sviluppo sostenibile e durevole, finalizzato a soddisfare le necessità di crescita e di benessere dei cittadini, senza pregiudizio per la qualità della vita delle generazioni future, nel rispetto delle risorse naturali, nonché la tutela del paesaggio rurale, montano e delle aree di importanza naturalistica e la messa in sicurezza degli abitati e del territorio dai rischi sismici e di dissesto idrogeologico (art. 2).

La previsione di fasce di rispetto a difesa del suolo e delle acque è demandata ai contenuti del Piano di assetto del territorio (art. 41) che individuano e disciplinano le aree soggette a dissesto idrogeologico, a pericolo di valanghe ed esondazioni o che presentano caratteristiche geologiche e geomorfologiche tali da non essere idonee a nuovi insediamenti; le golene, i corsi d'acqua, gli invasi dei bacini naturali e artificiali, nonché le aree a essi

adiacenti per una profondità adeguata; le aree comprese fra gli argini maestri e il corso d'acqua dei fiumi e nelle isole fluviali.

Al Piano di assetto del territorio è demandata la individuazione delle fasce di rispetto di profondità nella misura minima di:

— m. 30 dal ciglio dei fiumi, torrenti, canali, compresi nei territori classificati montani;

— m. 100 dall'unghia esterna dell'argine principale per i fiumi, torrenti e canali arginati e canali navigabili;

— m. 100 dal limite demaniale dei laghi naturali o artificiali e, nei restanti territori non montani, dalle zone umide e dal limite demaniale dei fiumi, delle loro golene, torrenti e canali;

— m. 300 dal piede esterno degli argini maestri, e m. 100 dal limite esterno della zona golenale del fiume Po.

La successiva L.R. 6 giugno 2017 n. 14 è intervenuta dettando disposizioni per il contenimento del consumo di suolo, definendo quest'ultimo "*bene comune di fondamentale importanza per la qualità della vita delle generazioni attuali e future, per la salvaguardia della salute, per l'equilibrio ambientale e per la tutela degli ecosistemi naturali, nonché per la produzione agricola finalizzata non solo all'alimentazione ma anche ad una insostituibile funzione di salvaguardia del territorio*" e individuando quali principi informatori "*la programmazione dell'uso del suolo e la riduzione progressiva e controllata della sua copertura artificiale, la tutela del paesaggio, delle reti ecologiche, delle superfici agricole e forestali e delle loro produzioni, la promozione della biodiversità coltivata, la rinaturalizzazione di suolo impropriamente occupato, la riqualificazione e la rigenerazione degli ambiti di urbanizzazione consolidata, contemplando l'utilizzo di nuove risorse territoriali esclusivamente quando non esistano alternative alla riorganizzazione e riqualificazione del tessuto insediativo esistente, in coerenza con quanto previsto dall'articolo 2, comma 1, lettera d) della legge regionale 23 aprile 2004, n. 11 "Norme per il governo del territorio e in materia di paesaggio*" (art. 1).

Prevede, altresì, all'art. 5 la rispondenza alle finalità di cui alla medesima legge della demolizione integrale di opere incongrue o di elementi di degrado nonché di manufatti ricadenti in aree a pericolosità idraulica e geologica, o nelle fasce di rispetto stradale, con ripristino del suolo naturale o seminaturale, fatti salvi eventuali vincoli o autorizzazioni.

Nella Regione Veneto, inoltre, il Piano di Tutela delle Acque detta all'art. 17 le regole di tutela delle aree di pertinenza dei corpi idrici, affidando alla Giunta Regionale la potestà di definire indirizzi e criteri per la disciplina degli interventi di trasformazione e uso del suolo, laddove necessario, nella fascia di almeno 10 metri dalla sponda di fiumi, laghi, stagni e lagune e ciò ai seguenti fini:

a) mantenere o ripristinare la vegetazione perifluviale nella fascia immediatamente adiacente ai corpi idrici, con funzioni di filtro per i solidi sospesi e gli inquinanti di origine diffusa, di stabilizzazione delle sponde e di conservazione della biodiversità;

b) conservare l'ambiente naturale;

c) consentire un'adeguata manutenzione e il monitoraggio dei corpi idrici.

La suddetta disposizione precisa, inoltre, che qualunque forma di utilizzo dei corpi idrici e della relativa fascia di rispetto deve avvenire in conformità a prioritari obiettivi di tutela della pubblica incolumità, garanzia della funzionalità dei corsi d'acqua e salvaguardia dal dissesto idraulico e geologico, dettati dalla normativa vigente e dagli strumenti di pianificazione di settore, prevedendosi espressamente il divieto di copertura dei corsi d'acqua, tranne che per ragioni di tutela della pubblica incolumità, nonché la realizzazione di impianti di smaltimento di rifiuti e lo svolgimento di attività che possono compromettere la qualità del corpo idrico all'interno della fascia di tutela.

Quanto alla Regione autonoma Friuli Venezia Giulia, la Legge Regionale 29 aprile 2015, n. 11 contiene la disciplina organica in materia di difesa del suolo e di utilizzazione delle acque, sottoponendo al regime autorizzatorio di cui al R.D. 523/1904 gli interventi da realizzare lungo i corsi d'acqua demaniali, incluse le opere disciplinate dall'art. 96 del citato regio decreto.

Assoggetta, inoltre, le attività che comportano modifiche del suolo all'interno della fascia di 10 metri, misurata dal piede dell'argine o dal ciglio della sponda o, comunque, dal limite demaniale, all'autorizzazione idraulica di cui agli articoli 2 e 93 del Regio Decreto citato, con eccezione degli interventi di posa in opera di tubazioni e canalizzazioni sugli impalcati di manufatti di attraversamento di corsi d'acqua, internamente o esternamente alla struttura, a condizione che le medesime siano contenute entro la sagoma di ingombro degli impalcati stessi, considerata in senso trasversale rispetto al corso d'acqua (art. 17).

Espressamente richiamandosi alle limitazioni e alle finalità individuate dalle leggi nazionali, il successivo art. 18 vieta, a tutela dei corpi idrici superficiali e delle aree fluviali,

determinate opere, tra le quali, in particolare, la costruzione di qualsiasi edificio esterno al centro abitato nella fascia di 10 metri dal ciglio della sponda, facendo tuttavia salva la facoltà dei Comuni di modificare in senso ampliativo tale fascia.

La stessa norma prosegue contemplando un divieto assoluto di opere all'interno della struttura degli argini dei corsi d'acqua, se non per quei manufatti e lavori funzionali al mantenimento in efficienza degli argini stessi, alla difesa idraulica, al contenimento delle piene, al soccorso pubblico, alla tutela della pubblica incolumità e dell'ambiente o alla bonifica idraulica del territorio.

* * *

IL CONTENUTO "ASSOLUTO" DEI VINCOLI

L'indagine ricognitiva della normativa vincolistica più sopra svolta può essere integrata dando evidenza del pensiero applicativo sviluppato dalle Corti nazionali in ordine ai vincoli di inedificabilità a tutela del demanio idrico.

Vale innanzitutto osservare che l'interpretazione giurisprudenziale ha condotto a rafforzare il già chiaro tenore della normativa di cui al R.D. n. 368/1904, affermando che il vincolo di inedificabilità ivi previsto è assoluto, non derogabile da discipline locali, risultando per l'effetto intollerabili i manufatti realizzati in suo spregio.

In ordine alla natura del vincolo di cui all'art. 96, lett. f), del R.D. n. 523 del 1904, secondo consolidata giurisprudenza, il divieto di costruzione di opere lungo gli argini dei corsi d'acqua ha carattere legale e inderogabile, essendo diretto ad assicurare non solo la possibilità di sfruttamento delle acque demaniali, ma anche (e soprattutto) il libero deflusso delle acque nei fiumi, canali e scolatoi pubblici (Cass. Civ., SS.UU., 30 luglio 2009, n. 17784; Cons. St., sez. IV, 26 marzo 2009, n. 1814; 23 luglio 2009, n. 4663; 22 giugno 2011, n. 3781; Trib. Sup. Acque Pubbl., 24 giugno 2010, n. 104; Trib. Sup. delle Acque Pubbliche, sentenza n. 124 del 2015).

L'ambito del divieto è esteso a qualunque manufatto o volume collocato a meno di dieci metri dalla sponda del fiume, per cui nessuna opera realizzata in violazione di tali norme può essere sanata.

L'assolutezza del divieto trova così estensione anche in tema di condono edilizio; l'art. 33 della legge n. 47 del 1985 ricomprende, nei vincoli di inedificabilità, tutti i casi in cui le norme vietino in modo assoluto di edificare in determinate aree (Cons. Stato, sez. IV, 26

marzo 2009, n. 1814; 23 luglio 2009, n. 4663; 12 febbraio 2010, n. 772; 22 giugno 2011, n. 3781; Trib. Sup. Acque Pubbl., 15 marzo 2011, n. 35), così come successivamente riaffermato dal decreto-legge del 30.9.2003 n. 269 art. 32 che esclude, in particolare, la sanabilità di opere abusive qualora siano realizzate sul demanio fluviale.

L'inderogabilità del divieto di cui si sta trattando viene sostanzialmente confermata anche nelle ipotesi in cui la normativa regionale o quella secondaria regolamentare individuino spazi di discrezionalità della pubblica amministrazione nel valutare l'esclusione dell'opzione ripristinatoria dei luoghi.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione già con la sentenza n. 19813/2008, a cui ha fatto seguito in termini il Tribunale Sup. delle Acque Pubbliche con la sentenza n. 124 del 2015, hanno infatti precisato che l'art. 96, lett. f), del R.D. 25 luglio 1904, n. 523, in materia di distanze delle costruzioni dagli argini, ha carattere sussidiario, essendo destinato a prevalere solo in assenza di una specifica normativa locale. Tuttavia, quest'ultima, che può anche essere contenuta nello strumento urbanistico, per derogare alla norma statale, deve essere espressamente destinata alla regolamentazione delle distanze dagli argini, esplicitando le condizioni locali e le esigenze di tutela delle acque e degli argini che giustifichino la determinazione di una distanza maggiore o minore di quella indicata dalla norma statale.

E ciò a voler dire – nell'applicazione puntuale dei principi di tutela delle acque – che il diniego alla sanatoria di manufatti costruiti in spregio ai divieti distanziali è sostanzialmente un provvedimento vincolato che non necessita di istruttoria, laddove una volta accertata l'abusività dell'edificato per mancato rispetto della distanza deve negarsi la sanatoria e procedersi con l'esercizio dei relativi poteri di polizia; le eventuali discipline derogatorie devono in ogni caso fissare preventivamente i criteri vincolanti l'esercizio della discrezionalità nel rilascio di provvedimenti che consentano l'edificazione a minore distanza, in modo tale da evitare che l'esercizio della discrezionalità sia volto a superare i limiti generali posti dalla legislazione primaria.

In tale ipotesi, il vincolo da assoluto parrebbe degradare a relativo; tuttavia, la stretta interpretazione della disciplina vincolistica, resa uniformemente dalle Corti nazionali, confina tale relatività all'ambito ridotto dettato dal dettaglio che deve assistere il contenuto della disciplina secondaria, la quale dovrà individuare puntualmente le condizioni che consentano il rilascio del titolo autorizzatorio in deroga ai vincoli legali, in guisa che l'esercizio discrezionale della funzione sarà ricondotto all'accertamento delle condizioni (per lo più tecniche) previste dalla disciplina derogatoria.

Per esemplificare, la L.R. della Liguria n. 9/1993 all'art. 26 ha previsto delle deroghe alle distanze dettate dalla normativa nazionale, prevedendo che le nuove edificazioni non avrebbero potuto essere realizzate ad una distanza inferiore a metri venti, all'interno del perimetro dei centri urbani, e a metri quaranta, al di fuori di esso, dai corsi d'acqua pubblici a sponde naturali o protette, misurata dal piede della sponda e dell'opera di protezione e, comunque, dal limite della proprietà demaniale, prevedendosi contestualmente che l'autorità competente in materia di polizia idraulica possa autorizzare deroghe alla distanza suddetta comunque non inferiori a metri tre e a metri dieci, rispettivamente all'interno ed all'esterno del perimetro dei centri urbani. Tale deroga, tuttavia, deve tener conto del regolare deflusso senza esondazioni ed erosioni e con adeguato franco della portata di piena prevedibile con tempo di ritorno di almeno duecento anni o, se maggiore, della portata certificata dal Servizio idrografico dello Stato per i litorale ligure-tirrenico. Tale deroga può essere concessa anche nei casi in cui la notevole acclività del versante interessato, esterno al perimetro del centro urbano, rende in modo assoluto, documentato da apposita relazione idraulica, geologica e geotecnica, ininfluente sul regime del corso d'acqua per le portate suddette la presenza della nuova edificazione, per la quale dovranno essere esclusi pericoli di allagamenti o di erosioni al piede.

Come si vede, la normativa regionale ha dettagliato le ipotesi derogatorie ancorandole alle specifiche condizioni locali delle acque ed alla valutazione di elementi tecnici.

Non attiene invece – a mio parere – alla definizione del carattere assoluto o meno dei vincoli di edificabilità la diversa questione – parimenti affrontata dalla giurisprudenza – che riguarda la persistenza di tali vincoli nell'ipotesi in cui venga accertata la sopravvenuta assenza della "massa d'acqua pubblica". In tale ipotesi verrebbero meno le funzioni protettive del regime giuridico escludente l'edificazione e, quindi, la tutela dell'interesse pubblico della sicurezza e dello sfruttamento delle acque demaniali; pertanto, solo l'attuale presenza di una massa d'acqua pubblica o la verosimile ricostituzione della stessa per eventi naturali rappresenta la condizione per affermarsi la perdurante operatività del divieto di costruire (orientamento consolidato cfr. Cass. Sez. Un. n. 12271/2004 e n. 19066/2016).

Ulteriore e finale profilo che merita di essere segnalato attiene alla c.d. "regola dell'alternatività" riferita ai lavori vietati quale declinata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione a partire dalla sentenza n. 1282/1961, poi ripresa dalla seconda sezione n. 1744 del 2013.

L'art. 96 del TU sulle opere idrauliche (di cui al R.D. 25 luglio 1904, n. 523) contiene un'elencazione di lavori ed atti vietati in modo assoluto sulle acque pubbliche, loro alvei, sponde e difese: tra questi alla lettera g) è prevista "*qualunque opera o fatto che possa*

alterare lo stato, la forma, le dimensioni, la resistenza e la convenienza all'uso, cui sono destinati gli argini e loro accessori e manufatti attinenti"; pertanto, si include in questo divieto l'opera che alteri o lo stato o la forma o le dimensioni o la resistenza dell'argine, trattandosi di ipotesi che la legge prevede tutte in via alternativa tra loro, poiché l'alterazione dello stato dei luoghi, che la norma intende assolutamente impedire, può derivare dalla modificazione anche di una soltanto delle caratteristiche dell'argine, senza che occorra che la modificazione le investa tutte.

* * * *

L'INDEROGABILITÀ DEL VINCOLO IN RAPPORTO AGLI INTERESSI PUBBLICI CONCORRENTI: L'ESEMPIO DELLA PRODUZIONE DI ENERGIA ELETTRICA.

Si è illustrata la regolazione normativa dei vincoli di inedificabilità di cui stiamo trattando e la loro caratteristica di inderogabilità nei limiti – molto ampi – di cui si è detto.

Vale riservare l'ultima parte di questo intervento alle problematiche afferenti la compatibilità dei divieti di edificazione in prossimità delle acque con il regime normativo regolante la realizzazione di impianti per la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili.

Si ricorda che la Comunità Europea, nell'adottare la direttiva 2001/77/CE del 27 settembre 2001, aveva riconosciuto la necessità di promuovere in via prioritaria le fonti energetiche rinnovabili, poiché esse contribuiscono alla protezione dell'ambiente e allo sviluppo sostenibile.

La successiva direttiva 2009/28/CE del 23 aprile 2009, nel porre un quadro comune per la promozione della produzione di energia da fonti rinnovabili, ha fissato gli obiettivi che gli Stati Membri devono perseguire e ha affermato, in particolare, che "*Per consentire il rapido sviluppo dell'energia da fonti rinnovabili e alla luce della loro grande utilità complessiva in termini di sostenibilità e di ambiente, gli Stati membri, nell'applicazione delle norme amministrative, delle strutture di pianificazione e della legislazione previste per la concessione di licenze agli impianti nel settore della riduzione e del controllo dell'inquinamento degli impianti industriali, per la lotta contro l'inquinamento atmosferico e per la prevenzione o la riduzione al minimo dello scarico di sostanze pericolose nell'ambiente, dovrebbero tenere conto del contributo delle fonti energetiche rinnovabili al conseguimento degli obiettivi in materia di ambiente e di cambiamenti climatici, in particolare rispetto agli impianti di energia non rinnovabile.*"

Il d.lgs. 29 dicembre 2003 n. 387, adottato in attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità, all'art. 12 definisce opere di pubblica utilità, indifferibili e urgenti, quelle finalizzate alla realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili nonché quelle connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti, autorizzate ai sensi del comma 3 del medesimo articolo, ovverosia con autorizzazione unica, rilasciata dalla regione o dalle province delegate dalla regione, ovvero, per impianti con potenza termica installata pari o superiore ai 300 MW, dal Ministero dello sviluppo economico, nel rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico, che costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico.

Le linee guida ministeriali per l'autorizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili del 10 settembre 2010 prevedono che le Regioni e le Province autonome possono porre limitazioni e divieti in atti di tipo programmatorio o pianificatorio per l'installazione di specifiche tipologie di impianti alimentati a fonti rinnovabili ed esclusivamente nell'ambito e con le modalità di cui al paragrafo 17.

Tuttavia la Corte Costituzionale ha affermato che "*il legislatore statale attraverso la disciplina delle procedure per l'autorizzazione degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili, ha introdotto princìpi che, per costante giurisprudenza di questa Corte, non tollerano eccezioni sull'intero territorio nazionale, in quanto espressione della competenza legislativa concorrente in materia di energia, di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione*" ammettendo che il principio di derivazione comunitaria della massima diffusione degli impianti di energia a fonte rinnovabile possa trovare eccezione in presenza di esigenze di tutela della salute, paesaggistico-ambientale e dell'assetto urbanistico del territorio, ma la compresenza dei diversi interessi coinvolti, tutti costituzionalmente rilevanti, ha come luogo elettivo di composizione il procedimento amministrativo, come previsto al paragrafo 17.1. dalle Linee guida secondo cui «[…] *l'individuazione della non idoneità dell'area è operata dalle Regioni attraverso un'apposita istruttoria avente ad oggetto la ricognizione delle disposizioni volte alla tutela dell'ambiente, del paesaggio, del patrimonio storico e artistico, delle tradizioni agroalimentari locali, della biodiversità e del paesaggio rurale che identificano obiettivi di protezione non compatibili con l'insediamento, in determinate aree, di specifiche tipologie e/o dimensioni di impianti, i quali determinerebbero, pertanto, una elevata probabilità di esito negativo delle valutazioni, in sede di autorizzazione* […]».

Nell'applicazione di tali principi, ad esempio, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 111, commi 2 e 5, della legge della Regione Veneto 30

dicembre 2016, n. 30 (Collegato alla legge di stabilità regionale 2017) che prevedeva dei divieti distanziali di edificazione di tali impianti dalle residenze civili.

Con la recentissima sentenza n. 148/2019 pubblicata il 19.6.2019 la Corte Costituzionale ha scrutinato l'art. 18, comma 3, della Legge della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia 29 aprile 2015, n. 11 (Disciplina organica in materia di difesa del suolo e di utilizzazione delle acque) nel giudizio promosso dal Tribunale Superiore delle Acque Pubbliche nel procedimento vertente tra una Amministrazione comunale e la Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia.

Tale norma, che avevo già avuto modo di richiamare più sopra, dispone che «*all'interno della struttura degli argini dei corsi d'acqua non è consentita la costruzione di opere di qualunque tipologia, a eccezione della realizzazione di manufatti e di lavori funzionali al mantenimento in efficienza degli argini stessi, alla difesa idraulica, al contenimento delle piene, al soccorso pubblico, alla tutela della pubblica incolumità e dell'ambiente o di manufatti di presa funzionali all'alimentazione di reti e impianti consortili aventi finalità irrigue o di bonifica*».

Tale disposizione è stata successivamente modificata ed integrata in particolare con l'eliminazione della possibilità di realizzare manufatti di presa funzionali all'alimentazione di reti e impianti consortili aventi finalità irrigue e con l'inserimento al comma 1 alle «*finalità di cui all'art. 115 del decreto legislativo 152/2006*»; disposizione questa che – come sopra detto – reca la disciplina di tutela delle aree di pertinenza dei corpi idrici e specificamente prevede che le Regioni disciplinano gli interventi di trasformazione e di gestione del suolo e del soprassuolo previsti nella fascia di almeno dieci metri dalla sponda di fiumi, laghi, stagni e lagune.

In applicazione di tale divieto la Regione aveva negato all'Amministrazione comunale la concessione di derivazione d'acque dal torrente Cormor ad uso idroelettrico.

Come si intuisce, il vincolo di inedificabilità era connesso alla tutela idraulica ed aveva caratteri assoluti ed inderogabili, salvo le eccezioni ivi previste tutte collegate ad interessi pubblici di concorrente rilevanza, ma non a quello riguardante la produzione e distribuzione di energia; inoltre, la conformazione del vincolo poneva una disciplina restrittiva rispetto ai vincoli previsti dalla normativa nazionale di cui sopra si è detto.

La Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità della norma impugnata ritenendo che il divieto assoluto di realizzazione, negli argini fluviali, di qualsivoglia manufatto per la produzione di energia idroelettrica, previsto dalla norma regionale senza neppure

prevedere, come eccezione, la possibilità di realizzare opere compatibili con l'esigenza, in particolare, di prevenire rischi idrogeologici si ponga in contrasto con i principi fondamentali della materia i quali richiedono all'opposto che la produzione di energia idroelettrica sia favorita e quindi con essi è incompatibile una norma regionale, quale quella censurata, che ne faccia divieto in alcuni siti, ponendo una prescrizione assoluta di immodificabilità, nella specie, degli argini fluviali.

La Corte ha aggiunto che la competenza regionale in materia di utilizzazione delle acque non legittima tale divieto assoluto, ma comporta solo che il favore che assiste la produzione dell'energia idroelettrica debba essere bilanciato, nell'apposito procedimento, con le esigenze sottese alla competenza regionale in materia di acque.

Pertanto, la *reductio ad legitimitatem* della disposizione censurata comporta che la possibilità di realizzazione di manufatti negli argini fluviali sia bilanciata dall'esigenza di prevenire ogni rischio idrogeologico.

Le conclusioni a cui è giunto il Giudice costituzionale, oltre a rendere evidente la complessità degli interessi pubblici tra loro concorrenti, parrebbe mettere in crisi il dogma dell'assolutezza del divieto edificatorio quale previsto dalla legislazione di inizio scorso secolo. Tuttavia deve evidenziarsi che la riconduzione della verifica di tutti gli interessi pubblici nel procedimento amministrativo che deve essere attivato ai sensi delle Linee Guida consente la ponderazione dei medesimi e non esclude che, nel caso concreto, possano prevalere quelli tutelati dalla norme vincolistiche di cui sopra si è detto, permanendo quindi il carattere assoluto del vincolo di inedificabilità. Del resto, la "tollerabilità" delle opere nella fascia di rispetto inedificabile era già prevista all'art. 133 del R.D. n. 368/1904 qualora non rechino un riconosciuto pregiudizio.

A mio parere ed in conclusione, nella specifica materia di cui si tratta, la valutazione procedimentale dovrà quantomeno fondarsi sulla esplicitazione delle condizioni locali e delle esigenze di tutela delle acque e degli argini che giustifichino la determinazione di una distanza minore o maggiore a quella prevista dalle norme statali.

Alessandro Tudor

*Relazione al XXIX Convegno annuale dell'Associazione Veneta degli Avvocati Amministrativisti, sul tema : "*Cambiamenti climatici, tutela del suolo e uso responsabile delle risorse idriche*" (Cortina d'Ampezzo, 5 luglio 2019). Si procederà in sequenza alla

pubblicazione degli ulteriori interventi.