



CAVIEZEL
PARTNER



VINCENZ & PARTNER
Rechtsanwälte & Notare

PERIZIA GIURIDICA

Questioni giuridiche e margini di manovra negli spazi riservati alle acque

redatta su incarico

**dell'Ufficio per la natura e l'ambiente dei Grigioni e
dell'Ufficio per lo sviluppo del territorio dei Grigioni**

da

Dr. iur. Gieri Caviezel, Caviezel Partner, Masanserstrasse 136, 7000 Coira
Lic. iur. Michelangelo Giovannini, Vincenz & Partner, Masanserstrasse 40, 7000
Coira

Coira, 14 novembre 2017

INDICE

I.	Situazione di partenza e incarico	7
II.	Valutazione.....	9
	1. Basi.....	9
	1.1. Basi giuridiche in materia di pianificazione.....	9
	1.2. Basi giuridiche in materia di protezione delle acque.....	10
	1.3. Rapporto tra pianificazione territoriale e protezione delle acque.....	13
	2. Determinazione dello spazio riservato alle acque.....	14
	2.1. Prescrizioni regolatorie.....	14
	2.2. Attuazione nel Cantone dei Grigioni.....	16
	2.3. Riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque in zone densamente edificate.....	17
	a) Definizione del concetto di "zone densamente edificate"	17
	b) Riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque in caso di corsi d'acqua (art. 41a cpv. 4 OPAC)	22
	c) Riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque in caso di acque stagnanti (art. 41b cpv. 4 OPAC).....	23
	2.4. Rinuncia a determinare lo spazio riservato alle acque	24
	a) Rinuncia in caso di corsi d'acqua (art. 41a cpv. 5 OPAC)	24
	b) Rinuncia in caso di acque stagnanti (art. 41b cpv. 4 OPAC)	26
	2.5. Rinuncia vs. mancata esecuzione della determinazione degli spazi riservati alle acque.....	26
	3. Edifici e impianti all'interno dello spazio riservato alle acque (art. 41c OPAC).....	27
	3.1. Impianti ad ubicazione vincolata e d'interesse pubblico nello spazio riservato alle acque (art. 41c cpv. 1 prima frase OPAC)	27
	a) Impianti	28
	b) Ubicazione vincolata.....	28
	c) Interesse pubblico	33
	3.2. Ulteriori impianti all'interno dello spazio riservato alle acque (art. 41c cpv. 1 frase 2, lett. a - c OPAC)	34
	a) In zone densamente edificate (art. 41c cpv. 1 lett. a OPAC).....	34
	i. Impianti conformi alla destinazione della zona in zone densamente edificate all'interno dello spazio riservato alle acque.....	34
	ii. Rapporto con la riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque.....	39
	b) Impianti conformi alla destinazione della zona al di fuori di zone densamente edificate su singole particelle non edificate all'interno di una successione di particelle edificate (art. 41c cpv. 1 lett. a ^{bis} OPAC) 39	
	c) Passi carrai e strade in ghiaia agricoli e forestali (art. 41c cpv. 1 lett. b OPAC).....	41

	d) Impianti che servono ai prelievi o alle immissioni di acqua (art. 41c cpv. 1 lett. c OPAC)	42
	e) Piccoli impianti per l'utilizzazione delle acque (art. 41c cpv. 1 lett. d OPAC).....	42
	3.3. Protezione della situazione di fatto (art. 41c cpv. 2 OPAC)	43
	a) Al di fuori della zona edificabile.....	43
	b) All'interno della zona edificabile.....	46
	3.4. Oneri.....	48
III.	Sintesi dei risultati.....	50
IV.	Allegato.....	51

BIBLIOGRAFIA

- AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editore), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, Zurigo / Basilea / Ginevra 2016 (*Nutzungsplanung*).
- AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editore), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, Zurigo / Basilea / Ginevra 2017 (*Bauen ausserhalb der Bauzone*).
- ARE/UFAM/DCPA, promemoria "Gewässerraum im Siedlungsgebiet" del 18 gennaio 2013 (*Promemoria*)
- UFAM, rapporto esplicativo del 20 aprile 2011, Iniziativa parlamentare Protezione e utilizzo dei corsi d'acqua (07.492) – Modifica dell'ordinanza sulla protezione delle acque, dell'ordinanza sulla sistemazione dei corsi d'acqua, dell'ordinanza sull'energia e dell'ordinanza concernente la legge federale sulla pesca (*Rapporto esplicativo 2011*)
- UFAM, rapporto esplicativo concernente la modifica dell'ordinanza sulla protezione delle acque del 22 dicembre 2014 (*Rapporto esplicativo 2014*)
- UFAM, rapporto esplicativo concernente la modifica dell'ordinanza sulla protezione delle acque del 23 maggio 2016 (*Rapporto esplicativo 2016*)
- CALUORI CORINA / GRIFFEL ALAIN, Basler Kommentar BV, 2015 (*Basler Kommentar BV*)
- FRITZSCHE CHRISTOPH, Kommentar GSchG/WBG, Zurigo / Basilea / Ginevra 2016 (*Kommentar GSchG*)
- FRITZSCHE CHRISTOPH, Entschädigungspflicht aus materieller Enteignung infolge Festsetzung von Gewässerräumen, URP 2014, pag. 218 segg. (*Entschädigungspflicht*)
- HÄFELIN ULRICH / MÜLLER GEORG / UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5^a edizione, Zurigo 2006 (*Verwaltungsrecht*)
- HÄNNI PETER, Planungs-, Bau- und besonderes Umweltrecht, 6^a edizione, Berna 2016 (*Planungsrecht*)
- HÄNNI PETER/ ISELI TAMARA, Bauen im geschützten Gewässerraum: Erste Urteile, BR 2/2015 (*Erste Urteile*)
- JEANNETTE KEHRLI, Spielräume der Kantone in der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung, convegno ADA del 16 giugno 2016 (*Spielräume*)
- JEANNETTE KEHRLI, Bauen im Gewässerraum und Uferstreifen, URP 2015, pag. 681 segg. (*Gewässerraum*)
- LENDI MARTIN, St. Galler Kommentar zu Art. 75 BV, 8^a edizione, Zurigo / San Gallo 2008 (*BV Kommentar*)
- STUTZ HANS W., Uferstreifen und Gewässerraum – Umsetzung durch die Kantone, URP 2012, pag. 90 segg. (*Uferstreifen*)

VALLENDER KLAUS A., Kommentar GSchG/WBG, Zurigo / Basilea / Ginevra 2016 (*Kommentar GSchG*)

WALDMANN BERNHARD / HÄNNI PETER, Handkommentar Raumplanungsgesetz, Berna 2006 (Handkommentar)

WIEDERKEHR RENÉ / RICHLI PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Berna 2012 (*Praxis*)

È stata tenuta in considerazione letteratura e giurisprudenza fino al 1° novembre 2017.

I. SITUAZIONE DI PARTENZA E INCARICO

¹ Con decreto dell'11 dicembre 2009¹ l'Assemblea federale ha sottoposto a revisione la legge federale sulla protezione delle acque (LPac) in diversi settori. Il progetto di revisione trae le sue origini dall'iniziativa popolare "Acqua viva" presentata nel 2006, la quale chiedeva un nuovo articolo costituzionale 76a "Rinaturazione delle acque". Il progetto di revisione aveva ad oggetto tra l'altro la rivitalizzazione delle acque.² Dopo che l'Assemblea federale ha licenziato la revisione della legge sulla protezione delle acque, l'iniziativa "Acqua viva" è stata ritirata e la legge sulla protezione delle acque sottoposta a revisione è stata posta in vigore con effetto dal 1° gennaio 2011.

² Con il progetto di revisione la legge sulla protezione delle acque è stata integrata tra l'altro con l'art. 36a (spazio riservato alle acque). Quest'ultimo recita:

"¹ Previa consultazione degli ambienti interessati, i Cantoni determinano lo spazio necessario alle acque superficiali affinché siano garantite:

- a. le funzioni naturali delle acque;*
- b. la protezione contro le piene;*
- c. l'utilizzazione delle acque.*

² Il Consiglio federale disciplina i dettagli.

³ I Cantoni provvedono affinché lo spazio riservato alle acque sia preso in considerazione nei piani direttori e di utilizzazione e sia sistemato e sfruttato in modo estensivo. Lo spazio riservato alle acque non è considerato superficie per l'avvicendamento delle colture. La perdita di superfici per l'avvicendamento delle colture va compensata secondo quanto previsto nei piani settoriali della Confederazione di cui all'articolo 13 della legge del 22 giugno 1979 sulla pianificazione del territorio."

³ In virtù dell'art. 36a cpv. 2 LPac con decreto del 4 maggio 2011 il Consiglio federale ha modificato l'ordinanza sulla protezione delle acque e ha integrato quest'ultima tra l'altro con gli art. 41a-41d (sezione: "Spazio riservato alle acque e rivitalizzazione delle acque").³ Contestualmente il Consiglio federale ha emanato disposizioni transitorie per le modifiche del 4 maggio 2011.

¹ RU 2010 4285.

² FF 2008 7033.

³ RU 2011 1955.

In base a tali disposizioni i Cantoni sono stati obbligati tra l'altro a determinare entro il 31 dicembre 2018 lo spazio riservato alle acque conformemente agli art. 41a e 41b OPAc. Per il periodo transitorio fino alla determinazione definitiva dello spazio riservato alle acque sono state emanate prescrizioni minime. Ulteriori modifiche all'ordinanza sulla protezione delle acque sono state apportate con i decreti del Consiglio federale del 5 novembre 2015 e del 22 marzo 2017, i quali hanno fornito precisazioni e integrazioni riguardo agli art. 41a e 41c.⁴

- ⁴ Con lettera del 27 aprile 2016 l'Ufficio per la natura e l'ambiente (UNA) in collaborazione con l'Ufficio per lo sviluppo del territorio (UST-GR) ha dato incarico ai sottoscritti di allestire una perizia giuridica sul tema "Questioni giuridiche e margini di manovra negli spazi riservati alle acque". Secondo quanto indicato nell'incarico, in sede di delimitazione degli spazi riservati alle acque e di valutazione di progetti nel settore delle acque l'UST-GR e l'UNA intendono sfruttare per quanto possibile i margini di manovra esistenti concessi dalla legislazione e dalla giurisprudenza al fine di garantire un'utilizzazione parsimoniosa del suolo. La perizia giuridica ha lo scopo di individuare i margini di manovra esistenti per la determinazione degli spazi destinati alle acque e di chiarire le questioni giuridiche che emergono con riferimento allo spazio riservato alle acque.
- ⁵ La struttura e le tematiche da affrontare nella perizia sono state oggetto di discussione e definite con i committenti in occasione di due riunioni. La perizia giuridica si articola in due parti. La prima parte (la presente perizia principale) ha ad oggetto l'interpretazione e la comprensione delle disposizioni applicabili nonché l'individuazione di margini di manovra. La seconda parte contiene valutazioni di casi concreti sottoposti ai periti dai committenti; le evidenze raccolte da tale valutazione pratica sono sintetizzate in un documento separato allegato.

⁴ RU 2015, 4791; RU 2017, 2585.

II. VALUTAZIONE

1. Basi

1.1. Basi giuridiche in materia di pianificazione

- ⁶ Conformemente all'art. 75 cpv. 1 della Costituzione federale (Cost.) la Confederazione stabilisce i principi della pianificazione territoriale. La pianificazione del territorio in quanto tale spetta ai Cantoni e stando alla Costituzione è volta a un'appropriata e parsimoniosa utilizzazione del suolo e a un ordinato insediamento del territorio. Pertanto secondo l'art. 75 Cost. la legislazione di principio viene stabilita dalla Confederazione, mentre l'attuazione spetta ai Cantoni.⁵ Nel quadro della legislazione federale si tratta quindi esclusivamente di definire principi intesi come prescrizioni vincolanti che indichino ai Cantoni con quali obiettivi, con quali strumenti, mediante quali misure e in base a quali procedure affrontare i compiti legati alla pianificazione del territorio.⁶ A livello costituzionale, gli obiettivi della pianificazione del territorio vengono descritti con un'utilizzazione appropriata e parsimoniosa del suolo e con un insediamento ordinato del territorio; in tal modo vengono definiti anche i compiti che la pianificazione del territorio si trova a dover adempiere. A livello costituzionale si tratta di un'affermazione generica che viene concretizzata all'interno della legge federale sulla pianificazione del territorio (LPT) in particolare negli art. 1 e 3. È necessario tenere conto di tali principi nell'adempimento di tutti i compiti d'incidenza territoriale.⁷
- ⁷ In corrispondenza al suo carattere di legge quadro, la LPT descrive solo nei loro tratti fondamentali i mezzi con cui raggiungere gli obiettivi stabiliti a livello costituzionale. Essa distingue strategie e piani settoriali della Confederazione, piani direttori cantonali nonché piani delle utilizzazioni. A tale proposito il piano direttore cantonale assume un'importanza fondamentale. Esso definisce almeno lo sviluppo territoriale del Cantone, le modalità di coordinamento delle attività d'incidenza territoriale in vista dello sviluppo che intende perseguire e i tempi e i mezzi previsti per l'attuazione (art. 8 cpv. 1 LPT).⁸ La revisione della legge federale sulla pianificazione del terri-

⁵ HÄNNI, Planungsrecht, pag. 68 segg.; LENDI, BV Kommentar, art. 75 Cost. marg. 24.

⁶ LENDI, BV Kommentar, art. 75 Cost. marg. 24.

⁷ HÄNNI, Planungsrecht, pag. 84.

⁸ Talvolta il piano direttore cantonale viene definito anche quale "piattaforma di coordinamento per tutti i livelli statali e tutti i settori specifici d'incidenza territoriale"; HÄNNI, Planungsrecht, pag. 83.

torio del 15 giugno 2012 (entrata in vigore il 1° maggio 2014; riforma I LPT) ha comportato un ulteriore considerevole rafforzamento del piano direttore quale piano direttore delle utilizzazioni. A livello di contenuto il piano direttore costituisce la base per i piani delle utilizzazioni, i quali definiscono in maniera generalmente vincolante lo scopo, il luogo e l'intensità dello sfruttamento del suolo. I piani direttori e delle utilizzazioni devono conformarsi agli obiettivi e ai principi della pianificazione del territorio (art. 1 e 3 LPT) che allo stesso modo costituiscono la base giuridica in materia di pianificazione.

- ⁸ I principi pianificatori di cui all'art. 3 LPT nonché gli scopi pianificatori di cui all'art. 1 LPT illustrano a livello di diritto federale quali impulsi e quali valutazioni sono collegati con gli obiettivi prescritti dalla Costituzione. Gli elementi chiave sono costituiti da prescrizioni in materia di protezione del paesaggio (art. 1 cpv. 2 lett. a e art. 3 cpv. 2 LPT) nonché dalla strutturazione e dalla limitazione degli insediamenti (art. 1 cpv. 2 lett. a^{bis} e lett. b nonché art. 3 cpv. 3 LPT). Tali principi pianificatori producono effetti vincolanti e giustiziabili per le autorità che svolgono compiti pianificatori a tutti i livelli.⁹ Da un lato i principi pianificatori nel quadro della pianificazione direttrice e delle utilizzazioni fungono da criterio generale di riferimento e contribuiscono a determinare l'interesse pubblico corrispondente in sede di delimitazione di singole zone di utilizzazione oppure in sede di emanazione di misure pianificatorie.¹⁰ D'altro lato i principi pianificatori hanno notevole rilevanza anche in sede di valutazione di progetti edilizi concreti dato che contribuiscono a definire l'interpretazione di concetti giuridici indeterminati e fattispecie oggetto di apprezzamento.¹¹

1.2. Basi giuridiche in materia di protezione delle acque

- ⁹ L'art. 76 Cost. sancisce la base costituzionale per il regime idrico, l'economia idrica e la protezione delle acque. La disposizione interpreta il diritto in materia di acque secondo un approccio globale. Nei settori menzionati essa si fonda su una concezione generale.¹² In primo luogo il costituente si esprime in merito al contrasto tra aspetti legati alla protezione e all'utilizzazione, senza tuttavia definire un ordine di priorità (art. 76 cpv. 1 Cost.). Inoltre esso assegna incarichi legislativi e distingue tra settori di diritto in cui alla Confederazione spetta solamente competenza legislativa di principio

⁹ DTF 112 Ia 65 consid.4.

¹⁰ HÄNNI, Planungsrecht, pag. 90.

¹¹ DTF 134 II 99 seg. con ulteriori rimandi

¹² VALLENDER, Kommentar GSchG, art. 1 marg. 14.

(art. 76 cpv. 2 Cost.) e aspetti attribuiti alla Confederazione per una disciplina completa (art. 76 cpv. 3 Cost.). La dottrina vigente attribuisce la protezione qualitativa delle acque nonché la salvaguardia di adeguati deflussi residuali alla competenza legislativa completa della Confederazione, mentre per gli altri aspetti legati alla protezione quantitativa dei corsi d'acqua il legislatore federale deve definire solo i principi. Tuttavia pare che l'Amministrazione federale e il Parlamento applichino una concezione in parte divergente, più ampia del termine "protezione delle acque".¹³

¹⁰ In base alla dottrina più recente, la protezione qualitativa e quantitativa delle acque viene integrata in misura sempre maggiore da una terza componente, ossia la protezione delle acque sotto il profilo degli spazi. Quest'ultima ha lo scopo di conservare la funzione naturale delle acque quale spazio vitale ed elemento tipico del paesaggio attraverso la garanzia di uno spazio riservato alle acque sufficiente. Uno spazio riservato alle acque sufficiente è utile anche alla protezione contro le piene. Le disposizioni introdotte con la revisione parziale della LPac del 2009, tra cui rientra anche l'art. 36a a protezione degli spazi riservati alle acque, si basano sia sulla competenza legislativa di principio di cui all'art. 76 cpv. 2 Cost., sia sulla competenza legislativa completa di cui all'art. 76 cpv. 3 Cost.¹⁴ In questa sede è possibile rinunciare ad approfondire la questione dogmatica riguardo a quali aspetti avrebbero dovuto essere disciplinati dalla Confederazione solo in linea di principio e per quali aspetti avrebbe dovuto essere definita una disciplina federale completa. In questo contesto infatti occorre osservare che la Confederazione ha disciplinato in ampia parte in modo completo e dettagliato gli spazi riservati alle acque nell'art. 36a LPac nonché nell'art. 41a segg. OPac.

¹¹ La determinazione concreta degli spazi riservati alle acque è di competenza dei Cantoni. Questi ultimi sono vincolati alle prescrizioni imperative previste dal diritto federale. Si è in presenza di competenze che si trovano in competizione tra loro. In tale situazione le competenze cantonali e comunali vengono meno nella misura in cui la Confederazione ha dato seguito, in maniera completa o parziale, alla propria competenza.¹⁵ In questo settore non vi sono più margini per un diritto cantonale autonomo.¹⁶ I Cantoni non pos-

¹³ CALUORI / GRIFFEL, Basler Kommentar BV, art. 76 marg. 37; VALLENDER, Kommentar GSchG, art. 1 marg. 14.

¹⁴ CALUORI / GRIFFEL, Basler Kommentar BV, art. 76 marg. 38; KEHRLI, Spielräume.

¹⁵ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 5.

¹⁶ TF, sentenza 1C_390/2008 del 15 giugno 2009, consid. 2.3.

sono emanare o mantenere discipline che si pongono in contrasto con il diritto federale.¹⁷

- 12 Gli obiettivi della delimitazione degli spazi riservati alle acque sono definiti nell'art. 36a cpv. 1 LPAc e comprendono segnatamente
- a. la garanzia delle funzioni naturali delle acque
 - b. la protezione contro le piene
 - c. l'utilizzazione delle acque
- 13 Secondo il tenore della legge lo spazio riservato alle acque deve essere determinato nella misura in cui ciò sia "necessario" per il raggiungimento dell'obiettivo. Di conseguenza lo spazio riservato alle acque non deve essere inferiore alla misura necessaria, però non deve nemmeno essere superiore all'indispensabile. Infine occorre rinunciare a una determinazione dello spazio riservato alle acque quando essa non è necessaria.¹⁸
- 14 La Confederazione prescrive che lo spazio riservato alle acque sia preso in considerazione nei piani direttori e di utilizzazione (art. 36a cpv. 3 LPAc nonché art. 46 cpv. 1^{bis} OPAc). Dietro a questa formulazione cauta si cela lo strumento di attuazione fondamentale a garanzia degli spazi riservati alle acque. Esso deve essere determinato nel quadro di una procedura di pianificazione che stabilisca determinazioni per singola particella, vincolanti per i proprietari fondiari e impugnabili.¹⁹ La mera determinazione dello spazio riservato alle acque a livello di pianificazione direttrice vincolante solo per le autorità o di pianificazione settoriale non sarebbe sufficiente.²⁰
- 15 La maggior parte dei Cantoni ha trasferito ai comuni il compito di determinare gli spazi riservati alle acque. Dato che i comuni sono competenti anche per la pianificazione comunale delle utilizzazioni, il coordinamento necessario tra la determinazione degli spazi riservati alle acque prevista dalla legge federale sulla protezione delle acque e la pianificazione delle utilizzazioni prevista dalla legislazione in materia di pianificazione territoriale può essere affrontato senza grandi problemi di sovrapposizione.²¹ Tuttavia sono possibili anche varianti di attuazione cantonali, segnatamente l'emanazione

¹⁷ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 5.

¹⁸ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 14.

¹⁹ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 33; UFAM, Rapporto esplicativo 2011, pag. 4; STUTZ, Uferstreifen, pag. 117.

²⁰ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 33.

²¹ STUTZ, Uferstreifen, pag. 111.

di un piano particolareggiato cantonale oppure lo svolgimento di una pianificazione settoriale cantonale vincolante per i proprietari fondiari.²²

- ¹⁶ Gli effetti giuridici della determinazione degli spazi riservati alle acque comportano che le superfici ivi situate possano essere sistemate e sfruttate solamente in modo estensivo (art. 41c OPAc). In altre parole, all'interno dello spazio riservato alle acque è possibile realizzare nuovi impianti e utilizzazioni agricole solo in misura molto limitata. Per via di queste possibilità di utilizzazione restrittive, è lecito ritenere che la determinazione degli spazi riservati alle acque comporti regolarmente interventi nella situazione giuridica dei proprietari fondiari interessati.²³

1.3. Rapporto tra pianificazione territoriale e protezione delle acque

- ¹⁷ Il diritto federale non disciplina in maniera esaustiva tutti gli aspetti della determinazione degli spazi riservati alle acque. Pertanto i Cantoni conservano determinati margini di manovra.²⁴ Secondo l'art. 3 OPT le autorità ponderano i diversi interessi nelle situazioni in cui esse dispongono di margini d'azione nell'adempimento e coordinamento dei compiti d'incidenza territoriale. In tale contesto esse verificano gli interessi in causa, li valutano e tengono conto di tali interessi nel migliore modo possibile, sulla base della loro valutazione.²⁵ Nel presente caso ciò significa che agli scopi di pianificazione territoriale di cui all'art. 1 e 3 LPT deve essere dato seguito segnatamente nella ponderazione degli interessi prescritta dagli art. 41a, 41b e 41c OPAc nonché nell'esercizio del potere discrezionale.
- ¹⁸ Se a fronte di ciò, in relazione alla determinazione dello spazio riservato alle acque sussistono inevitabili conflitti d'interesse tra la pianificazione del territorio e la protezione delle acque per via di divieti od obblighi previsti dal diritto in materia di protezione delle acque o in base a prescrizioni concrete di diritto materiale, secondo il principio "lex specialis derogat legi generali"²⁶ il diritto in materia di protezione delle acque prevale in quanto si tratta di una regolamentazione speciale.

²² FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 35 seg.; STUTZ, Uferstreifen, pag. 112.

²³ Cfr. al riguardo FRITZSCHE, Entschädigungspflicht, pag. 218 segg.

²⁴ Cfr. marg. 20; STUTZ, Uferstreifen, pag. 115 segg.; KEHRLI, Spielräume.

²⁵ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 39.

²⁶ HÄFELIN / MÜLLER / UHLMANN, Verwaltungsrecht, marg. 220.

2. Determinazione dello spazio riservato alle acque

2.1. Prescrizioni regolatorie

¹⁹ La determinazione dello spazio riservato alle acque avviene in base agli obiettivi di cui all'art. 36a cpv. 1 LPAc e ai criteri desunti conformemente agli art. 41a e 41b OPAc. La disciplina in materia di protezione delle acque si fonda sulla seguente concezione. Per quanto riguarda i corsi d'acqua, in una prima fase devono essere definiti le acque e i tratti di corsi d'acqua per i quali deve essere definito uno spazio riservato alle acque. In una seconda fase è necessario determinare nel caso singolo la larghezza minima dello spazio riservato alle acque in base al fondo naturale dell'alveo secondo quanto prescritto dall'art. 41a cpv. 1 e 2 OPAc. In una terza fase è necessario esaminare se sia necessario un aumento (art. 41a cpv. 3 OPAc) oppure una riduzione (art. 41a cpv. 4 OPAc) della larghezza dello spazio riservato alle acque. Se riguardo a un corso d'acqua o a un tratto di corso d'acqua si intende rinunciare a fissare lo spazio riservato alle acque (art. 41a cpv. 5 OPAc), tale rinuncia va fissata in maniera vincolante dopo aver svolto una ponderazione degli interessi.²⁷ Acque stagnanti sono soggette a una procedura analoga. In una prima fase è necessario determinare le acque per le quali va fissato uno spazio riservato alle acque. In una seconda fase è necessario determinare la linea di sponda e su tale base lo spazio minimo riservato alle acque (art. 41b cpv. 1 OPAc). In una terza fase è necessario esaminare se sia necessario un aumento (art. 41a cpv. 2 OPAc) oppure una riduzione (art. 41a cpv. 3 OPAc) della larghezza dello spazio riservato alle acque. Infine, anche per acque stagnanti è necessario fissare in maniera vincolante una rinuncia nel singolo caso, per quanto siano soddisfatte le relative condizioni (art. 41b cpv. 4 OPAc).

²⁰ Come già rilevato, il diritto federale sancisce regolamentazioni complete e in parte anche definitive riguardo alla determinazione degli spazi riservati alle acque. Ai Cantoni rimangono i margini di manovra descritti in seguito. A livello legislativo essi devono disciplinare in primo luogo la competenza e la procedura per la determinazione degli spazi riservati alle acque²⁸. Inoltre essi sono tenuti a definire la gamma degli strumenti²⁹ per la determinazione degli spazi riservati alle acque.³⁰ In sede di determinazione degli spazi riservati alle acque nel singolo caso, i Cantoni determinano la posizione del

²⁷ Cfr. marg. 42 segg.

²⁸ STUTZ, Uferstreifen, pag. 114.

²⁹ Cfr. marg. 14 seg.

³⁰ STUTZ, Uferstreifen, pag. 116.

corridoio, quindi una posizione simmetrica o asimmetrica, rispetto all'asse longitudinale del corso d'acqua a seconda delle condizioni territoriali.³¹ Essi adeguano il corridoio e lo spazio riservato alle acque alle circostanze nei dintorni del corso d'acqua, segnatamente in presenza di edifici e strade, e tengono conto degli interessi dei proprietari fondiari interessati.³² Nel caso di corsi d'acqua che presentano una larghezza del fondo dell'alveo superiore a 15 metri sono i Cantoni a determinare lo spazio necessario riservato alle acque in base al caso singolo.³³ Essi sono competenti per l'applicazione nel caso singolo dei criteri in "zone densamente edificate".³⁴ Infine essi stabiliscono i criteri secondo i quali nel caso singolo si debba procedere a un aumento o a una riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque.³⁵

- ²¹ A fronte di ciò, i Cantoni non dispongono di alcun margine di manovra per quanto riguarda le prescrizioni minime inerenti la larghezza dello spazio riservato alle acque.³⁶ Essi non possono prevedere possibilità di riduzione proprie in relazione alla determinazione della larghezza dello spazio riservato alle acque oppure fattispecie di rinuncia aggiuntive in relazione alla determinazione degli spazi riservati alle acque.
- ²² Le prescrizioni restrittive contenute dall'OPAc poste alla determinazione degli spazi riservati alle acque sono state soggette a varie critiche. A livello parlamentare la CAPTE-N ha presentato la mozione 12.3334 che mira a mitigare le conseguenze che la legislazione in materia di protezione delle acque sottoposta a revisione produce sull'agricoltura. Inoltre la CAPTE-S ha inoltrato la mozione 15.3001 con cui il Consiglio federale è stato incaricato di adeguare la OPAc in maniera tale che ai Cantoni venga concesso un margine di manovra il più ampio possibile per la determinazione degli spazi riservati alle acque, affinché essi possano tenere conto delle peculiarità locali.³⁷
- ²³ In seguito sono state avviate revisioni della OPAc in due tappe. Un primo pacchetto di modifiche è entrato in vigore con effetto dal 1° gennaio 2016.³⁸ Esso comprende due tipi di impianto aggiuntivi che possono essere autoriz-

³¹ DCPA, catalogo di domande del 10 giugno 2016, n. 13a.

³² FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 48.

³³ art. 41a cpv. 2 lett. b OPAc e contrario; STUTZ, Uferstreifen, pag. 114.

³⁴ ARE/UFAM/DCPA, promemoria, pag. 4.

³⁵ STUTZ, Uferstreifen, pag. 114.

³⁶ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 45.

³⁷ UFAM, Rapporto esplicativo 2016, pag. 2.

³⁸ RU 2015 4791.

zati nello spazio riservato alle acque a titolo di eccezione (art. 41c cpv. 1 lett. b e c OPAC)³⁹, la protezione della situazione di fatto di colture perenni (art. 41c cpv. 2 OPAC) nonché la regolamentazione della gestione di superfici coltivate idonee (art. 41c^{bis} OPAC). Il secondo pacchetto di modifiche è entrato in vigore con effetto dal 1° maggio 2017.⁴⁰ Esso comprende la possibilità di adeguare la larghezza dello spazio riservato alle acque in casi particolari alle condizioni topografiche (art. 41a cpv. 4 lett. b OPAC), di rinunciare a fissare lo spazio riservato alle acque se queste sono molto piccole (art. 41a cpv. 5 lett. d OPAC), di sfruttare vuoti edilizi nello spazio riservato alle acque anche al di fuori di zone densamente edificate (art. 41c cpv. 1 lett. a^{bis} OPAC)⁴¹, di autorizzare piccoli impianti nello spazio riservato alle acque, se servono per l'utilizzazione delle acque (art. 41c cpv. 1 lett. d OPAC), di concedere deroghe alle limitazioni di utilizzazione nello spazio riservato alle acque (art. 41c cpv. 4^{bis} OPAC) e infine una precisazione riguardo alla compensazione di superfici coltivate idonee (art. 41c^{bis} cpv. 2 OPAC).

2.2. Attuazione nel Cantone dei Grigioni

²⁴ Nel Cantone dei Grigioni gli spazi riservati alle acque vengono determinati nel quadro della pianificazione delle utilizzazioni. La procedura è spiegata nella direttiva dell'UNA dell'11 giugno 2015; è possibile rinviare a quest'ultima. Da un lato, nel piano delle utilizzazioni le zone con spazi riservati alle acque vengono delimitate come zone speciali sovrapposte secondo l'art. 18 LPT; d'altro lato nella legge edilizia viene inserita una disposizione corrispondente che descrive la zona con spazi riservati alle acque sotto il profilo contenutistico.⁴² A nostro avviso è anche indispensabile che il rapporto di pianificazione e di partecipazione (RPP) contenga affermazioni riguardo alla determinazione degli spazi riservati alle acque. Ciò dovrebbe risultare già dall'art. 47 cpv. 1 OPT, ma è importante anche in relazione all'approvazione della pianificazione locale da parte del Governo e soprattutto anche per l'applicazione successiva (a tale proposito si pensi alla questione legata all'autorizzazione d'eccezione secondo l'art. 41c cpv. 1 OPAC). Nei casi in cui si rinuncia a delimitare uno spazio riservato alle acque riteniamo che spie-

³⁹ Cfr. marg. 83 segg.

⁴⁰ RU 2017 2585.

⁴¹ Cfr. marg. 79 segg.

⁴² Tuttavia sotto il profilo pratico il margine di manovra è molto ridotto, dato che l'utilizzazione all'interno dello spazio riservato alle acque viene prescritta in modo esaustivo dal diritto federale. I margini di manovra si limitano all'applicazione e all'interpretazione del diritto federale.

gazioni corrispondenti con la ponderazione degli interessi siano indispensabili.⁴³

2.3. Riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque in zone densamente edificate

a) *Definizione del concetto di "zone densamente edificate"*

- ²⁵ In determinate circostanze la delimitazione in zone densamente edificate non è opportuna⁴⁴ oppure lo è solo dopo un adeguamento alle condizioni di edificazione. Per tale ragione l'autorità che ha emanato l'ordinanza ha previsto pertanto la possibilità di adeguare lo spazio riservato alle acque alle condizioni di edificazione sia nel caso di corsi d'acqua (art. 41a cpv. 4 OPAC), sia nel caso di acque stagnanti (art. 41b cpv. 3 OPAC). A tale scopo vige il presupposto che sia garantita la protezione contro le piene.
- ²⁶ L'obiettivo legato all'adeguamento dello spazio riservato alle acque alle condizioni di edificazione e pertanto al mancato rispetto delle larghezze minime prescritte dall'OPAC consiste nel procedere a una densificazione delle aree di insediamento e nel colmare vuoti edificatori per lo sviluppo centripeto degli insediamenti. In tale contesto l'interesse legato all'utilizzazione edilizia deve prevalere rispetto alla delimitazione dello spazio riservato alle acque in tutta la sua larghezza. In primo luogo ciò è il caso nei luoghi in cui lo spazio riservato alle acque non è in grado di adempiere le funzioni naturali ai sensi dell'obiettivo formulato nell'art. 36a cpv. 1 lett. a LPAC nemmeno in una prospettiva di lungo termine.⁴⁵ Secondo la prassi più recente seguita dal Tribunale federale, tale valutazione non dipende tuttavia dall'esistenza di progetti concreti di rivitalizzazione.⁴⁶ Piuttosto si tratta di classificare in un'ottica di lungo termine le condizioni concrete e i potenziali sviluppi.
- ²⁷ La "zona densamente edificata" è un nuovo concetto della protezione delle acque creato dal diritto federale, che secondo la giurisprudenza del Tribunale federale deve essere interpretato in maniera uniforme a livello federale.⁴⁷ La "zona densamente edificata" è un concetto giuridico indeterminato che necessita di essere concretizzato dalla dottrina e dalla giurisprudenza,

⁴³ Cfr. marg. 42 segg.

⁴⁴ Cfr. riguardo alla rinuncia alla delimitazione di spazi riservati alle acque marg. 42 segg.

⁴⁵ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 77; ARE/UFAM/DCPA, Promemoria, pag. 3.

⁴⁶ DTF 140 II 428 consid. 8.1, pag. 436.

⁴⁷ DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 7.

ma che concede ai Cantoni un determinato margine di manovra in sede di attuazione nei limiti (rigidi) di cui si è detto sopra.⁴⁸ L'autorità che ha emanato l'ordinanza utilizza il concetto "zona densamente edificata" sia in relazione alla riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque (art. 41a cpv. 4 OPAC, art. 41b cpv. 3 OPAC), sia in relazione alla disposizione d'eccezione per costruzioni e impianti all'interno dello spazio riservato alle acque (art. 41c cpv. 1 lett. a OPAC, art. 41c cpv. 1 lett. a^{bis} OPAC). Le tre disposizioni si fondano su una concezione uniforme del termine.⁴⁹ Occorre delimitare il concetto di "zona densamente edificata" rispetto alla "zona edificata" conformemente all'art. 37 cpv. 3 LPAC nonché rispetto alla locuzione del diritto in materia di pianificazione territoriale del comprensorio "largamente" edificato (art. 36 cpv. 3 LPT). Il concetto di "zona densamente edificata" si basa su un criterio più rigido⁵⁰ e deve essere interpretato quale eccezione dalla protezione di massima e dallo sfruttamento estensivo dello spazio riservato alle acque.⁵¹

²⁸ La questione se una zona sia "densamente edificata" viene valutata sulla base della situazione di edificazione concreta e quindi dell'utilizzazione edilizia di un determinato tratto di sponda. Il comprensorio da considerare non si concentra esclusivamente sulla particella edificabile concreta e sulle particelle immediatamente confinanti, bensì – almeno in comuni di dimensioni ridotte – comprende la struttura edilizia dell'intero territorio comunale ai sensi di una valutazione globale.⁵² Pertanto si è in presenza di una "zona densamente edificata" quando fondi nei dintorni sono in ampia parte sfruttati sotto il profilo edilizio, il fondo previsto per l'edificazione è situato in una zona di nucleo o in una zona centrale, nei dintorni del fondo previsto per l'edificazione vi sono già numerose costruzioni e impianti nella zona riparia rispettivamente nello spazio riservato alle acque oppure la particella edificabile costituisce un vuoto edificatorio.⁵³

²⁹ Dato che la determinazione degli spazi riservati alle acque è stata introdotta nella LPAC in tempi relativamente recenti, ad oggi non è ancora disponibile una casistica ampia. Finora il Tribunale federale si è espresso in soli cinque

⁴⁸ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 84; STUTZ, Uferstreifen, pag. 103 seg.

⁴⁹ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 85; DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 7.

⁵⁰ TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf), consid. 2.7 con ulteriori rimandi

⁵¹ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 87; DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 7.

⁵² TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf), consid. 2.7 con ulteriori rimandi; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 88 con ulteriori rimandi.

⁵³ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 91; STUTZ, Uferstreifen 104; DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 3.3.

casi⁵⁴ riguardo alla problematica in materia di protezione delle acque legata alla "zona densamente edificata". Tutti i casi riguardavano autorizzazioni d'eccezione per costruzioni nella zona riparia, ossia all'interno di un tratto di un corso d'acqua non ancora delimitato. Pertanto è lecito ritenere che il concetto giuridico indeterminato della "zona densamente edificata" nel prossimo futuro sarà ulteriormente concretizzato, segnatamente in relazione alla determinazione degli spazi riservati alle acque a livello di pianificazione delle utilizzazioni. Le decisioni adottate finora dal Tribunale federale sono strettamente correlate al caso concreto e pertanto si prestano solo in misura limitata per desumere linee guida generalizzate. Nella sua decisione più recente "Altendorf" il Tribunale federale fa tuttavia riferimento alla sua prassi precedente e conferma esplicitamente i principi sviluppati.⁵⁵ Secondo la giurisprudenza e la letteratura attuali pertanto occorre prendere a riferimento i seguenti gruppi di casi:

³⁰ *Zona centrale:*

Sono considerati tipicamente "densamente edificati" parti dell'abitato con funzioni di centro, come centri urbani, quartieri o centri storici. Se tali aree dell'agglomerato principale vengono attraversate da fiumi devono essere permessi la densificazione urbana e lo sviluppo centripeto degli insediamenti – auspicati sotto il profilo della pianificazione territoriale – e devono essere colmati vuoti edificatori, ragione per cui è necessario ammettere un adeguamento dello spazio riservato alle acque oppure un'autorizzazione d'eccezione. Lo stesso vale per centri dei villaggi sviluppatisi in maniera tradizionale in zone rurali.⁵⁶

³¹ *Zone con vuoti edificatori:*

In linea di principio, le zone in cui non vi sono impianti o si trovano solo singoli impianti non sono considerate "densamente edificate". Fanno eccezione i veri e propri vuoti edificatori quando vi è l'interesse o l'esigenza di procedere all'edificazione densificata dello spazio riservato alle acque in questo punto e di colmare il vuoto edificatorio. Questa categoria di casi si fonda sul riconoscimento che fondi azzonati situati nel mezzo di un'area insediata, con lo scopo di un uso parsimonioso del suolo non devono essere frammentati in modo tale dallo spazio riservato alle acque da diventare non

⁵⁴ DTF 140 II 428 (Dagmarsellen); DTF 140 II 437 (Rüschlikon II); TF 1C_473/2015 del 22 marzo 2016 (Hurden); TF 1C_444/2015 del 14 marzo 2016 (Oberrüti) nonché TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf).

⁵⁵ TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016, consid. 2.7.

⁵⁶ TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf), consid. 2.7 con ulteriori rimandi; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 93.

edificabili. È previsto che vuoti edificatori vengano sfruttati in modo opportuno e che, su particelle edificate solo in parte, sia possibile procedere a ulteriori densificazioni.⁵⁷ Tuttavia questa categoria di casi non deve essere fraintesa nel senso che zone periferiche⁵⁸ sarebbero da qualificare come "densamente edificate" per via di vuoti edificatori. Il Tribunale federale continua ad applicare un criterio rigoroso a questo concetto⁵⁹. Tuttavia con l'introduzione dell'art. 41c cpv. 1 lett. a^{bis} OPAC è stata creata la possibilità di colmare vuoti edificatori anche al di fuori delle zone densamente edificate.⁶⁰

³² *Aree periferiche nella zona urbanizzata:*

In base alle considerazioni del Tribunale federale nei casi "Dagmarsellen" e "Altendorf" bisogna ritenere che in aree periferiche che confinano con corsi d'acqua, di norma non vi è un interesse preponderante a un'edificazione densa. Lo spazio minimo richiesto dalle acque secondo l'art. 41a seg. OPAC deve essere rispettato e mantenuto libero da impianti non a ubicazione vincolata.⁶¹

³³ *Aree verdi:*

Aree situate all'interno di un'area verde importante interna o vicina all'insediamento non sono considerate come "densamente edificate". Lo stesso vale per aree di importanza ecologica o paesaggistica, sia nello stato attuale, sia dopo l'adozione del provvedimento di valorizzazione.⁶²

⁵⁷ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 94 e 97; ARE/UFAM/DCPA, Promemoria, pag. 7 seg.

⁵⁸ Cfr. marg. 32.

⁵⁹ TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf), consid. 2.7 con ulteriori rimandi

⁶⁰ Cfr. marg. 79 segg.

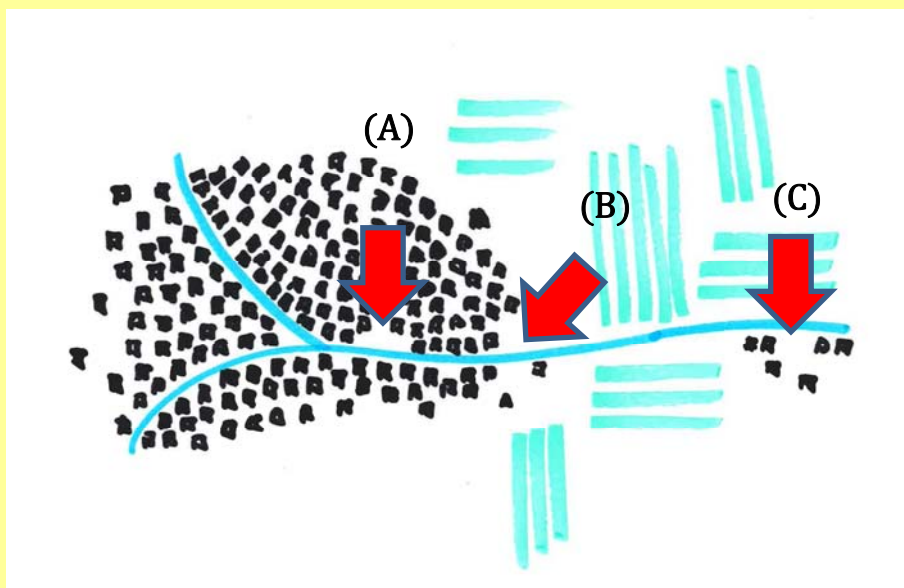
⁶¹ DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 7; TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf), consid. 2.7; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 98.

⁶² FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 99; ARE/UFAM/DCPA, Promemoria, pag. 5; DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 3.4.

³⁴ *Nuove zone edificabili:*

In caso di nuove zone edificabili, sia periferiche, sia in città, lo spazio riservato alle acque deve essere determinato secondo le disposizioni di cui all'art. 41a cpv. 2 e all'art. 41b cpv. 2 OPAc.⁶³

³⁵ **Esito:** *le possibilità di procedere a una riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque nel caso di "zone densamente edificate" sono solo molto limitate. La fattispecie di riduzione si limita in sostanza ai centri urbani o ai nuclei dei villaggi che presentano un'elevata densità edilizia (A). A fronte di ciò, di norma non sono considerate "densamente edificate" zone marginali (B) oppure periferiche che confinano con il corso d'acqua (C).*



⁶³ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 101.

b) Riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque in caso di corsi d'acqua (art. 41a cpv. 4 OPAC)

³⁶ Secondo la disciplina attualmente in vigore in materia di protezione delle acque, una riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque riferita a corsi d'acqua è ammissibile principalmente⁶⁴ in zone densamente edificate al fine di adeguare lo spazio riservato alle acque alle condizioni di edificazione. In ogni caso vige la premessa secondo cui la protezione contro le piene deve essere garantita anche in caso di riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque. I marg. 25 segg. contengono spiegazioni dettagliate riguardo a quando un tratto di un corso d'acqua è considerato "zona densamente edificata". Nelle decisioni del Tribunale federale "Dagmarsellen" e "Oberrüti", che hanno ad oggetto progetti edilizi situati lungo corsi d'acqua, alle aree interessate è stata negata la qualifica di "densamente edificate".⁶⁵ In entrambi i casi è risultata determinante tra l'altro l'ubicazione periferica rispetto all'intero territorio comunale. Non si trattava quindi di quartieri urbani o nuclei di villaggio densamente edificati in cui sussisteva un interesse preponderante a un'edificazione densificata. Secondo il Tribunale federale, nelle zone periferiche che confinano con un corso d'acqua "di norma" occorre ritenere che non sussista un interesse preponderante a un'edificazione densificata dello spazio riservato alle acque.⁶⁶

³⁷ Con la revisione dell'OPAc entrata in vigore il 1° gennaio 2017 è stata creata una fattispecie di riduzione aggiuntiva riguardo alla determinazione degli spazi riservati alle acque lungo corsi d'acqua. La larghezza dello spazio riservato alle acque può dunque essere adeguata alle condizioni topografiche nei tratti di corsi d'acqua in cui le acque riempiono quasi interamente il fondovalle e che sono fiancheggiati su entrambi i lati da pendii la cui ripidità non ne consente l'utilizzazione a scopo agricolo (art. 41a cpv. 4 lett. b OPAC). Secondo quanto previsto, la possibilità di adeguare lo spazio riservato alle acque a simili condizioni topografiche troverà applicazione solo in ubicazioni in cui per la loro natura non sono generalmente presenti costruzioni o impianti e che non sono nemmeno utilizzate a scopi agricoli.⁶⁷ In considerazione dei requisiti molto restrittivi, questa disposizione dovrebbe trovare applicazione solo in pochi casi.

⁶⁴ Cfr. marg. 37.

⁶⁵ DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 8.; TF 1C_444/2015 del 14 marzo 2016 (Oberrüti), consid. 3.6.4.

⁶⁶ TF 1C_444/2015 del 14 marzo 2016 (Oberrüti), consid. 3.6.2.

⁶⁷ UFAM, Rapporto esplicativo 2016, pag. 3.

³⁸ La definizione delle modalità con cui procedere all'adeguamento concreto dello spazio riservato alle acque alle condizioni di edificazione in caso di applicazione dell'art. 41a cpv. 4 OPAC viene lasciata ai Cantoni.⁶⁸

c) Riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque in caso di acque stagnanti (art. 41b cpv. 4 OPAC)

³⁹ Secondo la disciplina vigente in materia di protezione delle acque, anche con riferimento alle acque stagnanti una riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque è ammissibile solo in zone densamente edificate. L'adeguamento alle condizioni di edificazione presuppone che la protezione contro le piene possa essere garantita. Il termine "zona densamente edificata" corrisponde alla disciplina prevista dall'art. 41a cpv. 4 lett. a OPAC. A livello di contenuto è possibile rinviare alle spiegazioni contenute nel marg. 25 segg. Nel caso "Rüschlikon II" il Tribunale federale ha confermato la sussistenza di una "zona densamente edificata" sulla sponda sinistra del lago di Zurigo. È risultata determinante tra l'altro l'ubicazione della particella da edificare situata all'interno dell'agglomerato principale dell'agglomerato di Zurigo nonché la circostanza che il tratto di sponda del lago in questione è edificato con un muro spondale e in aggiunta è coperto da rimesse per battelli e strutture balneari in immediata successione.⁶⁹ Nel caso "Hurden" il Tribunale federale ha negato la qualifica di "zona densamente edificata". In tale caso è risultato determinante il fatto che, diversamente dalla situazione a Rüschlikon, la particella interessata a Hurden è sensibilmente discosta rispetto al territorio dell'agglomerato principale, trovandosi dunque in posizione periferica, che essa presenta una vegetazione ripuale che in ampia parte corrisponde allo stato naturale e che gli edifici e impianti non sono direttamente attigui alla riva. Inoltre alla zona interessata è stata disconosciuta la qualità di punto centrale di sviluppo utile alla densificazione.⁷⁰ Nel caso "Altendorf" il casale interessato di Seestatt è situato in riva al lago e viene separato dal territorio dell'agglomerato principale di Altendorf dalla linea ferroviaria e da una fascia verde. Il Tribunale federale è dunque dell'avviso che non si tratti di una zona centrale o di un punto centrale di sviluppo, bensì di una zona periferica. Nella zona ripuale del lago esistono ampie superfici verdi con solo singole costruzioni in prevalenza non situate

⁶⁸ STUTZ, Uferstreifen, pag. 114.

⁶⁹ DTF 140 II 437 (Rüschlikon II), consid. 5.4.

⁷⁰ TF 1C_473/2015 (Hurden), consid. 5.7.

direttamente sul lago. Da una prospettiva più generale il territorio lungo le acque pertanto non è stato qualificato come "densamente edificato".⁷¹

- ⁴⁰ Anche nel caso concreto delle acque stagnanti vale quanto segue: la definizione delle modalità con cui procedere all'adeguamento concreto dello spazio riservato alle acque alle condizioni di edificazione viene lasciata ai Cantoni.⁷²

⁴¹ *Esito: in sede di valutazione di "zone densamente edificate" il Tribunale federale applica un criterio severo. L'interpretazione fornita dalla massima autorità giudiziaria del concetto giuridico indeterminato "zona densamente edificata" limita in misura crescente i margini di manovra cantonali.*

2.4. Rinuncia a determinare lo spazio riservato alle acque

a) Rinuncia in caso di corsi d'acqua (art. 41a cpv. 5 OPAC)

- ⁴² Per quanto non vi si oppongano interessi preponderanti, se sono soddisfatte le condizioni indicate all'art. 41a cpv. 5 OPAC è possibile rinunciare a fissare uno spazio riservato alle acque. Tale rinuncia non ha lo scopo di evitare conflitti tra protezione e sfruttamento, bensì si intende concentrare la determinazione degli spazi riservati alle acque su quelle acque per le quali sono probabili conflitti di questo tipo.⁷³ Se un corso d'acqua si trova in foresta o in zone che nel catasto della produzione agricola non sono classificate come regioni di montagna o di pianura conformemente alla legislazione in materia di agricoltura, è possibile rinunciare a fissare lo spazio riservato alle acque (art. 41a cpv. 5 lett. a OPAC). In tal caso si parte dal presupposto che in foresta o in regioni situate in quota conflitti tra protezione e sfruttamento si presentano con minore frequenza.⁷⁴ Inoltre una rinuncia è ammessa nel caso di corsi d'acqua messi in galleria (art. 41a cpv. 5 lett. b OPAC). In assenza di un progetto concreto, in numerosi casi non è chiaro quale sarebbe il tracciato del corso d'acqua. La situazione tuttavia è diversa quando la protezione contro le piene richiede uno spazio riservato alle acque oppure deve essere garantito uno spazio sufficiente per un successivo ripristino dell'alveo a cielo aperto.⁷⁵ Inoltre è possibile rinunciare a fissare

⁷¹ TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf), consid. 2.8.

⁷² STUTZ, Uferstreifen, pag. 114.

⁷³ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 61.

⁷⁴ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 63.

⁷⁵ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 64.

lo spazio riservato alle acque se queste sono artificiali (art. 41a cpv. 5 lett. c OPAC). La possibilità di rinunciarevi esiste tuttavia solo per corsi d'acqua completamente artificiali e ad esempio non per tratti di sponda corretti di un corso d'acqua naturale.⁷⁶

⁴³ Con la revisione dell'OPAC entrata in vigore il 1° gennaio 2017 è stata creata un'ulteriore fattispecie di rinuncia. In caso di acque "molto piccole" è possibile rinunciare a fissare lo spazio riservato alle acque (art. 41a cpv. 5 lett. d OPAC). In sede di valutazione di che cosa vada considerato "molto piccolo", in primo luogo si dovrebbe fare riferimento all'importanza concreta del corso d'acqua.⁷⁷ L'UFAM suggerisce di fare riferimento al fatto se il corso d'acqua è registrato sulla carta nazionale 1:25'000. Per tale valutazione esso lascia tuttavia un margine di discrezionalità ai Cantoni.⁷⁸

⁴⁴ Come già spiegato in precedenza, gli spazi riservati alle acque vengono determinati nel quadro della pianificazione dell'utilizzazione comunale.⁷⁹ Ciò vale anche per il caso in cui si rinunci alla determinazione dello spazio riservato alle acque conformemente all'art. 41a cpv. 5 OPAC. Se sono soddisfatti i presupposti per una rinuncia, è possibile fare a meno di una delimitazione dello spazio riservato alle acque nella pianificazione delle utilizzazioni. Proprio nel caso di una rinuncia riteniamo però importante e indispensabile che vengano fornite spiegazioni corrispondenti almeno nel rapporto di pianificazione e di partecipazione (RPP), dato che è possibile rinunciare a fissare lo spazio riservato alle acque solo se a tale rinuncia non si oppongono interessi preponderanti. La ponderazione degli interessi deve essere effettuata caso per caso.⁸⁰ Nel RPP, che costituisce parte integrante del progetto di pianificazione locale e pertanto anche dell'approvazione, nel caso singolo e ponderando i diversi interessi dovrebbero quindi essere spiegate le ragioni che portano a rinunciare alla determinazione dello spazio riservato alle acque con riguardo a singoli corsi d'acqua. Altrimenti la pianificazione potrebbe essere contestata in quanto lacunosa, il che sarebbe problematico anche per il proprietario del fondo. Infine la rinuncia dovrebbe essere valutata ed eventualmente confermata nel decreto di approvazione del Governo, affinché produca i suoi effetti giuridici con il passaggio in giudicato dell'approvazione.

⁷⁶ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 65.

⁷⁷ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 68.

⁷⁸ UFAM, rapporto esplicativo 2016, pag. 3; UNA direttiva "Determinazione dello spazio riservato alle acque", pag. 30.

⁷⁹ Cfr. marg. 24.

⁸⁰ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 61 seg.

b) Rinuncia in caso di acque stagnanti (art. 41b cpv. 4 OPAc)

⁴⁵ La possibilità di rinunciare a determinare lo spazio riservato alle acque in caso di acque stagnanti in sostanza corrisponde alla disciplina vigente per corsi d'acqua. Nel caso di acque stagnanti manca naturalmente la fattispecie di rinuncia relativa alle acque messe in galleria. In compenso l'art. 41b cpv. 4 lett. b OPAc prevede la possibilità di rinunciare a fissare lo spazio riservato alle acque se la superficie d'acqua del corso d'acqua interessato è inferiore a 0,5 ettari. Tale valore soglia è stato scelto per ragioni di praticabilità.⁸¹

⁴⁶ Anche nel caso di acque stagnanti la rinuncia a fissare lo spazio riservato alle acque richiede una ponderazione degli interessi concreti in gioco e una decisione formale. A tale proposito è possibile rinviare integralmente alle spiegazioni corrispondenti relative ai corsi d'acqua.⁸²

⁴⁷ *Esito: la rinuncia a fissare uno spazio riservato alle acque presuppone una ponderazione degli interessi, fatto che concede un margine di discrezionalità al Cantone. È importante che la decisione riguardo alla rinuncia venga motivata sotto il profilo materiale e adottata nel quadro di una procedura formale. Nel caso ideale la decisione di rinuncia va integrata nel processo di pianificazione.*

2.5. Rinuncia vs. mancata esecuzione della determinazione degli spazi riservati alle acque

⁴⁸ Secondo il capoverso 1 delle disposizioni transitorie relative alla revisione dell'OPAc del 2011, i Cantoni sono tenuti a determinare lo spazio riservato alle acque entro il 31 dicembre 2018. Finché non viene effettuata questa determinazione, trova applicazione il capoverso 2 delle disposizioni transitorie. Quest'ultimo determina una zona riparia rispetto alle due sponde del corso d'acqua a seconda dell'attuale larghezza del fondo dell'alveo, in cui trovano applicazione le limitazioni secondo l'art. 41c cpv. 1 e 2 OPAc. Diversamente da quanto vale per lo spazio riservato alle acque, per la zona riparia non sono ammessi spostamenti laterali rispetto all'asse del corso d'acqua.⁸³ Le limitazioni d'uso che ne risultano per le superfici interessate sono stabilite direttamente dalla legge e dall'ordinanza e valgono nei confronti di autorità e di privati. In altre parole la zona riparia non necessita di un atto

⁸¹ UFAM, rapporto esplicativo 2011, pag. 14; FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 67.

⁸² Cfr. marg. 44.

⁸³ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 70.

d'attuazione da parte del Cantone o dei comuni. Ne consegue che le autorità di pianificazione devono tenere conto di tali zone riparie nella pianificazione direttrice e delle utilizzazioni. Le autorità competenti per il rilascio di licenze edilizie devono respingere domande di costruzione se queste ultime non soddisfano i requisiti di cui all'art. 41c cpv. 1 e 2 OPAC^{84,85}

- ⁴⁹ Se rispetto a ciò nel corso della delimitazione dello spazio riservato alle acque, in applicazione dell'art. 41a cpv. 5 e dell'art. 41b cpv. 4 OPAC, successivamente alla ponderazione degli interessi per determinati tratti di corsi d'acqua è possibile rinunciare a una determinazione, per le ubicazioni interessate vengono meno le limitazioni di cui all'art. 41c cpv. 1 e 2 OPAC. Questo effetto giuridico sorge con la delimitazione vincolante, ossia nel momento della rinuncia.⁸⁶

*⁵⁰ **Esito:** tra la mancata esecuzione e la rinuncia relative alla determinazione dello spazio riservato alle acque vi sono importanti differenze per quanto concerne le conseguenze giuridiche. Fatte salve poche eccezioni, nel primo caso all'interno della zona riparia vige un divieto di costruire. Nel secondo caso tali limitazioni non fanno stato.*

3. Edifici e impianti all'interno dello spazio riservato alle acque (art. 41c OPAC)

3.1. Impianti ad ubicazione vincolata e d'interesse pubblico nello spazio riservato alle acque (art. 41c cpv. 1 prima frase OPAC)

- ⁵¹ Conformemente all'art. 41c OPAC nello spazio riservato alle acque è consentito realizzare esclusivamente impianti ad ubicazione vincolata e d'interesse pubblico, come percorsi pedonali e sentieri, centrali idroelettriche ad acqua fluente o ponti. Questa disposizione definisce i requisiti ai quali possono essere autorizzate domande di costruzione nello spazio riservato alle acque.⁸⁷ In parte i concetti non sono tuttavia ulteriormente definiti (concetto di im-

⁸⁴ Cfr. marg. 51 segg.

⁸⁵ STUTZ, Uferstreifen, pag. 102 seg.

⁸⁶ DCPA, catalogo di domande del 10 giugno 2016, n. 1.

⁸⁷ La disposizione di cui all'art. 41c OPAC vale indipendentemente dal fatto che i Cantoni abbiano fissato o meno lo spazio riservato alle acque entro il termine stabilito nelle disposizioni transitorie. Le disposizioni transitorie si limitano a stabilire le dimensioni minime dello spazio riservato alle acque per il periodo in cui non ha ancora avuto luogo un'attuazione pianificatoria. Tuttavia esse non producono alcun effetto sull'applicabilità di base delle altre discipline, in particolare anche della disposizione di cui all'art. 41c OPAC. Ciò risulta anche dalle decisioni DTF 140 II 437 consid. 2.3 (Rüschlikon II) ossia DTF 140 II 428 consid. 2.3 (Dagmarsellen).

pianto) oppure si tratta di concetti giuridici indeterminati e di fattispecie oggetto di apprezzamento (interesse pubblico e ubicazione vincolata). Pertanto in ultima analisi occorre esaminare e decidere nel caso singolo e tenendo conto dei principi pianificatori di cui all'art. 1 e all'art. 3 LPT se un progetto concreto nello spazio riservato alle acque può essere autorizzato. In seguito vengono analizzati in maggiore dettaglio i requisiti per il rilascio dell'autorizzazione.

a) Impianti

⁵² L'ordinanza si limita a parlare del concetto di "impianti".⁸⁸ Le pubblicazioni e le decisioni giudiziarie apparse finora partono, di solito tacitamente, dal presupposto che il concetto di impianto di cui all'art. 41c OPAC comprenda sia impianti, sia edifici.⁸⁹ Anche il nuovo commentario riguardo alla legge sulla protezione delle acque prende a riferimento il concetto di edifici e impianti secondo l'art. 22 LPT.⁹⁰ L'obbligo di autorizzazione quindi riguarda almeno *"gli impianti artificiali e realizzati in maniera duratura che presentano un determinato legame fisso con il terreno e sono idonei a influenzare le concezioni inerenti il regime di utilizzazione, fatto salvo il caso in cui modificano in misura considerevole lo spazio esterno, gravano sull'urbanizzazione o arrecano pregiudizio all'ambiente"*.⁹¹

⁵³ **Esito:** il concetto di impianti ai sensi dell'art. 41c OPAC comprende anche edifici e impianti ai sensi dell'art. 22 LPT.

b) Ubicazione vincolata

⁵⁴ Nuovi impianti nello spazio riservato alle acque sono ammissibili solo se presentano un vincolo di ubicazione rispetto a quest'ultimo. Secondo il rapporto esplicativo dell'UFAM riguardo all'OPAC sono considerati a ubicazione vincolata gli impianti che *"per via della loro destinazione o delle condizioni locali non possono essere collocati altrove"*.⁹² Il concetto di ubicazione vincolata è ripreso dal diritto in materia di pianificazione del territorio (art. 24

⁸⁸ Il concetto di "impianto" viene utilizzato anche nell'art. 41c cpv. 1 seconda frase e nell'art. 41c cpv. 2 OPAC.

⁸⁹ Cfr. ad es. DTF 140 II 437 (Rüschlikon II), KEHRLI, Gewässerraum, pag. 686; nella sua decisione VB.2012.00644, consid. 3.2.2, il TA ZH parte dal presupposto che l'elenco degli impianti a ubicazione vincolata contenuto nell'art. 41c cpv. 1 OPAC non sia esaustivo, bensì di carattere esemplificativo e pertanto non escluderebbe un ristorante sul lago.

⁹⁰ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36a, marg. 112.

⁹¹ DTF 123 II 259 nonché casistica di HÄNNI, Planungsrecht, pag. 309 segg.

⁹² UFAM, Rapporto esplicativo 2011, pag. 14.

LPT); i principi sviluppati al suo interno possono essere applicati anche alla valutazione dell'ubicazione vincolata nello spazio riservato alle acque.

⁵⁵ L'ubicazione vincolata ai sensi dell'art. 24 LPT presuppone che la destinazione di edifici e impianti esiga un'ubicazione fuori della zona edificabile. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale ciò è il caso da un lato quando un edificio, per ragioni tecniche o d'esercizio oppure per ragioni legate alla configurazione del suolo, può essere realizzato soltanto in un luogo ben preciso (cosiddetta ubicazione vincolata positiva)⁹³ oppure d'altro lato se per determinate ragioni un'opera non può essere realizzata in una zona edificabile (cosiddetta ubicazione vincolata negativa).⁹⁴ In tale contesto non si richiede che l'ubicazione prospettata sia l'unica possibile; basta che ragioni particolarmente importanti e oggettive facciano apparire il luogo prescelto nettamente preferibile rispetto ad altre ubicazioni collocate in una zona edificabile. Ciò implica una ponderazione degli interessi che coincide in parte con quella dell'art. 24 lett. b LPT.⁹⁵

⁵⁶ Secondo la giurisprudenza riguardo all'art. 24 LPT, il riconoscimento di un'**ubicazione vincolata positiva** non presuppone una prova che l'ubicazione prescelta sia l'unica possibile. È sufficiente una cosiddetta *ubicazione vincolata relativa*.⁹⁶ Viene richiesta una valutazione dell'ubicazione adeguata all'importanza concreta del caso per quanto concerne l'area presa a riferimento e l'onere, da cui emerga che sussistono motivi particolarmente importanti ed oggettivi che consentano di ritenere che l'ubicazione auspicata appaia come molto più favorevole rispetto ad altre ubicazioni all'interno della zona edificabile.⁹⁷ La giurisprudenza più recente del Tribunale federale fa dipendere la decisione riguardo alla concessione di un'autorizzazione d'eccezione secondo l'art. 24 LPT dal fatto che tutti i vantaggi e gli svantaggi delle ubicazioni ragionevolmente prese in considerazione all'interno e al di fuori della zona edificabile siano noti e possano essere confrontati tra loro al fine di determinare la soluzione complessivamente migliore che abbia effetti minori possibili sul territorio e sull'ambiente.⁹⁸ Nella prassi sono considerati motivi oggettivi requisiti tecnici, requisiti legati alla configurazione

⁹³ DTF 129 II 63 consid. 3.1.

⁹⁴ DTF 123 II 56 consid. 5a.

⁹⁵ DTF 136 II 214 consid. 2.1.

⁹⁶ DTF 141 II 245 consid. 7.6.1; TF 1C_11/2016 consid. 4.3.

⁹⁷ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, n. 8 ad art. 24 LPT; WALDMANN / HÄNNI, Handkommentar, n. 10 ad art. 24 LPT.

⁹⁸ DTF 141 II 245 consid. 7.

del suolo o requisiti d'esercizio.⁹⁹ Risultano irrilevanti invece motivi soggettivi legati alla persona del richiedente. Infine la prova dei motivi oggettivi comprende anche l'illustrazione dell'attualità e della portata dell'esigenza nonché della durata di quest'esigenza.¹⁰⁰

⁵⁷ Secondo la prassi relativa all'art. 24 LPT l'ipotesi di un'*ubicazione vincolata negativa* è concepibile solo in casi eccezionali; in particolare in base all'obbligo di pianificazione secondo l'art. 2 LPT, l'ipotesi di un'ubicazione vincolata negativa va adottata con moderazione. L'ubicazione vincolata negativa viene confermata soprattutto nei casi in cui per un progetto edilizio non è disponibile una zona edificabile adatta e quindi non è possibile realizzare quest'ultimo all'interno della zona edificabile. A tale proposito devono sussistere motivi oggettivi. Regolarmente si presentano casi in cui le immissioni di un progetto costituiscono un motivo tale.¹⁰¹

⁵⁸ Queste definizioni di ubicazione vincolata in senso positivo e negativo nonché la prassi giudiziaria sviluppata a tale proposito possono essere chiamate in causa anche con riferimento all'attuazione dell'art. 41c OPAC. Un'ubicazione vincolata in senso positivo o relativo va dunque riconosciuta quando sussistono motivi particolarmente importanti e oggettivi che fanno apparire l'ubicazione auspicata all'interno dello spazio riservato alle acque come molto più vantaggiosa rispetto all'ubicazione al di fuori dello spazio riservato alle acque.

⁵⁹ Tra gli impianti a ubicazione vincolata in senso positivo per via della loro destinazione, gli esempi classici sono dati da percorsi pedonali e sentieri (se sono funzionali alla fruibilità del corso d'acqua), lidi, centrali idroelettriche, costruzioni di protezione contro le piene o ponti.¹⁰² Secondo la decisione del Tribunale amministrativo del Cantone dei Grigioni, anche un ristorante sul lago è funzionale alla fruibilità di un corso d'acqua e quindi all'utilizzazione delle acque (nel senso di utilizzazione a scopo di svago); in linea di principio il ristorante ha quindi assoluto bisogno dell'ubicazione nelle vicin-

⁹⁹ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, n. 10 ad art. 24 LPT con ulteriori rimandi

¹⁰⁰ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, n. 12 ad art. 24 LPT con ulteriori rimandi

¹⁰¹ Ad es. impianti per la tenuta di animali, campi di volo per aeromodelli, piccoli impianti di tiro; cfr. in merito AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editore), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, n. 13 seg. ad art. 24 LPT.

¹⁰² Cfr. elenco esemplificativo nell'art. 41c cpv. 1 prima frase OPAC; UFAM, Rapporto esplicativo 2011, pag. 14; KEHRLI, Gewässerraum, pag. 686.

nanze del lago.¹⁰³ Un'area di sosta nello spazio riservato alle acque può essere considerata a ubicazione vincolata con la medesima motivazione.¹⁰⁴ Inoltre possono essere prese in considerazione condotte (dell'acqua di scarico/potabile) che devono attraversare un corso d'acqua per vie sotterranee, perché altrimenti le infrastrutture corrispondenti non potrebbero essere messe a disposizione in modo opportuno. In parte condotte di questo tipo possono essere realizzate solamente con un tracciato lungo il corso d'acqua per poter scorrere in territorio aperto (condotte a pelo libero), il che permette di garantire il deflusso senza ricorrere a energia esterna.¹⁰⁵ Si tratta di un'ubicazione vincolata in senso positivo per motivi tecnici o d'esercizio.

- ⁶⁰ Secondo le spiegazioni menzionate dell'UFAM riguardo all'OPAc, l'ubicazione vincolata sussiste non solo quando la destinazione richiede un'ubicazione al di fuori dello spazio riservato alle acque, bensì anche quando un impianto *"per via delle condizioni locali non può essere collocato al di fuori dello spazio riservato alle acque"*. Secondo quanto indicato nelle spiegazioni dell'UFAM ciò è il caso ad es. quando un progetto edilizio non può essere realizzato al di fuori dello spazio riservato alle acque per via di gole o spazi ristretti per la presenza di rocce.¹⁰⁶ Anche una configurazione problematica del suolo – un fondo roccioso, una zona di protezione della natura di pregio o una zona palustre confinanti con lo spazio riservato alle acque – può fare in modo che un impianto non possa essere realizzato al di fuori dello spazio riservato alle acque.¹⁰⁷ Questa ubicazione vincolata in senso negativo per analogia tuttavia non risulta dalla destinazione dell'edificio o dell'impianto stesso, bensì dalle condizioni effettive nei dintorni (situazione degli spazi, suolo). Di conseguenza a nostro avviso si è ritenuto legittimamente che l'ubicazione vincolata nello spazio riservato alle acque abbia una portata più ampia rispetto al concetto nel senso della pianificazione territoriale.¹⁰⁸ An-

¹⁰³ TA ZH VB.2012.00644 del 27 marzo 2013 consid. 3.2.2.

¹⁰⁴ TA BE DTA 2012.463 del 7 luglio 2014 consid. 8.6 = URP 2014 668.

¹⁰⁵ KEHRLI, Gewässerraum pag. 686.

¹⁰⁶ UFAM, Rapporto esplicativo 2011, pag. 14.

¹⁰⁷ KEHRLI, Gewässerraum pag. 687.

¹⁰⁸ KEHRLI, Gewässerraum, pag. 687. Il saggio menzionato però fa riferimento anche al fatto che l'ubicazione vincolata "per via delle condizioni locali" non possa essere equiparata all'ubicazione vincolata data dalla configurazione del suolo secondo il diritto in materia di pianificazione del territorio. Quest'ultima significherebbe piuttosto che lo scopo di una costruzione richiede un'ubicazione con una determinata configurazione del terreno, com'è il caso di solito per impianti per l'estrazione di determinati materiali (ghiaia, argilla). In VB.2013.00444 del 16 gennaio 2014, consid. 7.2, il TA ZH sostiene la posizione opposta, secondo cui l'autorità che ha emanato l'ordinanza intendeva interpretare l'ubicazione vincolata nello spazio riservato alle acque "in maniera altrettanto restrittiva come la LPT".

che in questo caso è necessario studiare a fondo le diverse varianti di ubicazione che entrano in considerazione, gli interessi toccati e il carattere degno di protezione delle singole aree.¹⁰⁹ Anche in questo caso il carattere di ubicazione vincolata soggiace a motivi oggettivi. Ad esempio non sarà sufficiente basare una decisione esclusivamente su considerazioni di praticabilità, ossia maggiore semplicità o minore onere tecnico.¹¹⁰

- ⁶¹ Per l'esame dell'ubicazione vincolata (in senso positivo o negativo) nello spazio riservato alle acque infine viene generalmente richiesto che per ciascun progetto edilizio debba essere fornita prova della necessità oggettiva con riferimento all'ubicazione precisa, all'entità e alla strutturazione della costruzione o dell'impianto. La realizzazione dell'impianto al di fuori dello spazio riservato alle acque deve apparire più svantaggiosa secondo criteri qualificati rispetto a un'ubicazione nello spazio riservato alle acque.¹¹¹ In questo contesto devono essere prese in considerazione in particolare anche ubicazioni alternative.¹¹² Secondo quanto deciso dal Tribunale amministrativo del Cantone di Zurigo, l'ubicazione vincolata di principio di un ristorante sul lago non è sufficiente per stabilire *"in quale punto specifico nelle vicinanze del lago debba essere costruito il ristorante, né è possibile dedurre che l'edificio dovrebbe imperativamente trovarsi nello spazio riservato alle acque o addirittura lungo la linea di sponda sul lago"*.¹¹³

⁶² **Esito:** sono considerati a ubicazione vincolata ai sensi dell'art. 41c OPAC edifici e impianti il cui scopo richiede un'ubicazione al di fuori della zona edificabile; a tale proposito è possibile fare riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale relativa all'ubicazione vincolata positiva (in particolare a quella relativa) e a quella negativa. Inoltre l'ubicazione vincolata secondo tale disposizione deve essere riconosciuta anche quando l'edificio o l'impianto, per via della condizioni locali, non può essere realizzato al di fuori dello spazio riservato alle acque.

¹⁰⁹ KEHRLI, Gewässerraum, pag. 687; di conseguenza anche l'ubicazione vincolata per via delle condizioni locali risulta essere relativa, al pari dell'ubicazione vincolata per via della destinazione. L'ubicazione nello spazio riservato alle acque non deve essere l'unica possibile, però deve apparire più vantaggiosa secondo criteri qualificati.

¹¹⁰ TA SG B 2011/164 dell'11 dicembre 2012 consid. 3.3.6.

¹¹¹ KEHRLI, Gewässerraum, pag. 688; DTF 136 II 214 consid. 2.1 con ulteriori rimandi

¹¹² DTF 136 II 214 consid. 2.2: un esame dell'ubicazione vincolata appare incompleto se non vengono studiate possibili ubicazioni alternative.

¹¹³ VerwGer ZH VB 2012.0064 del 27 marzo 2013 consid. 3.2.2.

c) Interesse pubblico

- ⁶³ Infine, progetti a ubicazione vincolata devono essere di interesse pubblico al fine di poter essere autorizzati all'interno dello spazio riservato alle acque. Anche in questo caso ci troviamo dinanzi a un concetto giuridico indeterminato, vale a dire a una clausola generale che necessita di una valutazione e di una concretizzazione e che può comprendere interessi disparati che possono essere desunti principalmente dalla Costituzione nonché dagli articoli aventi ad oggetto gli obiettivi e gli scopi nelle leggi specifiche corrispondenti.¹¹⁴ Nei casi oggetto di valutazione in questa sede è necessario fare riferimento in particolare ai principi pianificatori secondo l'art. 3 LPT nonché agli scopi della LPT (art. 1 LPT) che devono essere tenuti in considerazione nel caso di tutte le misure d'incidenza territoriale. Inoltre è necessario tenere in considerazione anche pianificazioni esistenti che sono espressione dell'interesse pubblico (ad es. iscrizioni nel piano direttore). In aggiunta occorre tenere conto del fatto che deve sussistere esplicitamente un interesse *pubblico* al fine di poter rilasciare un'autorizzazione secondo l'art. 41c cpv. 1 frase 1 OPAc. In presenza di un mero interesse privato, entra in considerazione solamente un'autorizzazione secondo l'art. 41c cpv. 1 frase 2; in questo caso al progetto non devono opporsi interessi preponderanti.
- ⁶⁴ Il rapporto esplicativo dell'UFAM menziona solo percorsi con valore ricreativo quale opere di interesse pubblico.¹¹⁵ La letteratura indica anche impianti necessari all'urbanizzazione di particelle edificabili delimitate con effetto esecutivo, alla protezione contro le piene nonché alla promozione delle energie rinnovabili.¹¹⁶ Il Tribunale amministrativo del Cantone di Berna ha considerato di interesse pubblico inoltre anche l'infrastruttura di un'area di sosta lungo l'Aare, fornendo la motivazione (in breve) che l'area di sosta sarebbe in sintonia con la funzione naturale del corso d'acqua e sarebbe funzionale all'uso ricreativo, il quale rappresenterebbe anch'esso una funzione del corso d'acqua (del relativo spazio riservato).¹¹⁷

¹¹⁴ WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, marg. 1854 segg.

¹¹⁵ UFAM, Rapporto esplicativo 2011, pag. 14.

¹¹⁶ KEHRLI, Gewässerraum, pag. 689.

¹¹⁷ L'interesse all'accesso pubblico e alla percorribilità di rive di fiumi e di laghi trova espressione nei principi pianificatori della LPT, ad esempio nell'art. 3 cpv. 2 lett. c LPT. È improbabile che la tematica legata a rimesse private per battelli e pontili si ponga nel Cantone dei Grigioni, ragione per cui in questa sede si rinuncia a fornire ulteriori spiegazioni e si fa riferimento a quanto esposto in KEHRLI, pag. 690.

⁶⁵ *Esito: la sussistenza di un interesse pubblico si conforma in primo luogo ai principi pianificatori (art. 3 LPT) e agli scopi della pianificazione territoriale (art. 1 LPT).*

3.2. Ulteriori impianti all'interno dello spazio riservato alle acque (art. 41c cpv. 1 frase 2, lett. a - c OPAC)

a) *In zone densamente edificate (art. 41c cpv. 1 lett. a OPAC)*

i. *Impianti conformi alla destinazione della zona in zone densamente edificate all'interno dello spazio riservato alle acque*

⁶⁶ Oltre a edifici e impianti a ubicazione vincolata e d'interesse pubblico secondo l'art. 41c cpv. 1 frase 1 OPAC, l'ordinanza ammette anche impianti conformi alla destinazione della zona in zone densamente edificate qualora non vi si oppongano interessi preponderanti. Questa regolamentazione d'eccezione era già contenuta nell'ordinanza del 4 maggio 2011 e nel frattempo ha portato a varie sentenze giudiziarie. Di norma queste avevano ad oggetto la questione se fosse soddisfatto il criterio della zona densamente edificata. A tale proposito ci siamo espressi nel marg. 25 segg. In seguito andrà analizzato in che modo vada gestita l'applicazione pratica di questa disposizione d'eccezione.

⁶⁷ Secondo il rapporto esplicativo dell'UFAM, con tale eccezione dal divieto di principio di realizzare impianti nello spazio riservato alle acque si intende permettere in particolare uno sviluppo centripeto degli insediamenti e una densificazione urbanistica (ad es. colmando vuoti edificatori).¹¹⁸ I presupposti ai quali un'autorizzazione d'eccezione può essere rilasciata vengono disciplinati in via definitiva all'interno dell'ordinanza.¹¹⁹ Viene presupposta (in via cumulativa) la sussistenza di una zona densamente edificata, la conformità alla destinazione della zona dell'impianto e il fatto che non vi si oppongano interessi preponderanti. A tale proposito va tenuto conto del fatto che in linea di principio non sussiste alcun diritto al rilascio di un'autorizzazione d'eccezione.¹²⁰ Con riferimento all'art. 41c cpv. 1 OPAC, nella letteratura viene spiegato che occorre ritenere che sussista solamente "un diritto condizionato al rilascio dell'autorizzazione d'eccezione".¹²¹ Il diritto è con-

¹¹⁸ Rapporto esplicativo 2011, pag. 15.

¹¹⁹ FRITZSCHE, Kommentar GSchG marg. 119 relativo all'art. 36a LPAC.

¹²⁰ WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, Band II, marg. 381 con numerosi rimandi.

¹²¹ KEHRLI, pag. 696.

dizionato in quanto l'autorità competente sarebbe tenuta a esaminare una domanda di costruzione inoltrata riguardo al suo carattere eccezionale e in presenza di una situazione eccezionale dovrebbe esercitare il potere discrezionale sotto forma di una ponderazione completa degli interessi. Siamo però del parere che tali spiegazioni non necessitino di essere approfondite. Riteniamo determinante che nelle diverse fasi dell'esame (ciò sarà approfondito in seguito) venga dimostrato in maniera comprensibile che l'edificio pianificato è situato in una zona densamente edificata, è conforme alla destinazione della zona o ad ubicazione vincolata e che non vi si contrappongono interessi preponderanti. Ciò concede alle autorità un determinato margine discrezionale (discrezionalità decisionale) per la loro decisione, margine nel quale un tribunale di norma interviene solo con moderazione. Tuttavia tale margine discrezionale va utilizzato in misura adeguata. Le autorità preposte all'applicazione del diritto sono tenute a rispettare in particolare il principio dell'uguaglianza giuridica, il principio della proporzionalità e l'obbligo di preservare gli interessi pubblici.¹²² Inoltre occorre tenere conto delle finalità dell'ordinamento giuridico anche nel caso di decisioni discrezionali.

⁶⁸ L'ordine con cui vengono valutati i requisiti per il rilascio di un'autorizzazione d'eccezione in parte è differente.¹²³ Premessa la conformità alla zona, a nostro avviso risulta opportuno verificare innanzitutto la sussistenza di una zona densamente edificata quale primo e indispensabile requisito per il rilascio di un'autorizzazione d'eccezione. Se la sussistenza di una zona densamente edificata non è data, ulteriori verifiche risultano superflue.

⁶⁹ In una fase successiva occorre esaminare l'ubicazione vincolata; in particolare spetta al committente fornire prova del fatto che la costruzione prevista non permette un'incidenza minore sullo spazio riservato alle acque.¹²⁴

¹²² FRITZSCHE, Kommentar GSchG, marg. 122 relativo all'art. 36a LPAC; Tribunale amministrativo di Zurigo, VB.2014.00073, consid.3.2.

¹²³ Nella DTF 139 II 470 (Rüschlikon I) consid. 4.5, il Tribunale federale ha verificato innanzitutto il requisito della "zona densamente edificata" per poi effettuare una ponderazione degli interessi e affrontare infine il tema dell'ubicazione vincolata. Nella DTF 140 II 437 (Rüschlikon II), la conformità alla zona non era in discussione, in seguito il Tribunale federale ha innanzitutto verificato il criterio della "zona densamente edificata" e in una seconda fase ha effettuato una ponderazione degli interessi; nella VB.2014.00073, consid. 3, il Tribunale amministrativo di Zurigo ha agito nello stesso modo. La questione legata all'ubicazione vincolata non è stata affrontata appositamente.

¹²⁴ DTF 139 II 470 (Rüschlikon I) consid. 4.5; KEHRLI, Gewässerraum, pag. 697; HÄNNI/ ISELI, Erste Urteile, pag. 88.

- ⁷⁰ Infine occorre esaminare se all'impianto conforme alla zona e a ubicazione vincolata nella zona densamente edificata non si contrappongono interessi preponderanti. In conformità alla prassi del Tribunale federale ciò presuppone una ponderazione completa degli interessi. Nel quadro di quest'ultima occorre tenere conto in particolare delle istanze della protezione contro le piene legate alla protezione della natura e del paesaggio e dell'interesse della collettività a disporre di un accesso agevolato ai corsi d'acqua (art. 3 cpv. 2 lett. c LPT).¹²⁵ In questo senso occorre ponderare tra l'altro l'interesse a uno scorrimento dell'acqua a cielo aperto, vicino allo stato naturale, alla creazione di uno spazio vitale per piante e animali o a riferimenti visivi sufficienti verso il corso d'acqua a fronte degli interessi a una densificazione e a uno sfruttamento parsimonioso del suolo.¹²⁶ Nel quadro della ponderazione degli interessi occorre garantire che il rilascio di un'autorizzazione d'eccezione in conformità all'art. 41c cpv. 1 OPAC non renda più difficoltosa la futura pianificazione degli spazi riservati alle acque e delle rivitalizzazioni e non vi si ponga in contrasto (nella misura in cui sia già stata concretizzata).¹²⁷
- ⁷¹ In una sentenza più recente¹²⁸ il Tribunale federale ha esteso la ponderazione degli interessi agli interessi della protezione dei siti caratteristici. Secondo il Tribunale federale, il rilascio di un'autorizzazione d'eccezione nell'area riservata alle acque secondo l'art. 41c cpv. 1 OPAC rappresenterebbe un compito della Confederazione ai sensi dell'art. 78 cpv. 2 Cost. e dell'art. 2 LPN "in quanto si tratta di un'autorizzazione speciale o d'eccezione disciplinata dal diritto federale avente uno stretto legame con la protezione della natura e del paesaggio". Di conseguenza anche l'Inventario degli insediamenti svizzeri da proteggere di importanza nazionale (ISOS) sarebbe direttamente applicabile in sede di ponderazione degli interessi secondo l'art. 41c cpv. 1 OPAC.¹²⁹
- ⁷² Per quanto concerne le autorizzazioni d'eccezione in zone densamente edificate all'interno delle zone riservate alle acque, dalla prassi giudiziaria sviluppata finora è possibile trarre le seguenti conclusioni ed evidenze:

- *Rüschlikon I (DTF 139 II 470) e Rüschlikon II (DTF 140 II 437)*

¹²⁵ DTF 140 II 437 (Rüschlikon II) consid. 6; 139 II 470 (Rüschlikon I) consid. 4.5.

¹²⁶ KEHRLI, Gewässerraum, pag. 678.

¹²⁷ DTF 140 II 437 (Rüschlikon II) consid. 6.2.

¹²⁸ Sentenza 1C_558/2015 del 30 novembre 2016 (Altendorf).

¹²⁹ TF 1C_558/2015 del 30 novembre 2016, consid. 3.1.

73 Queste due sentenze avevano ad oggetto la realizzazione di una casa unifamiliare con garage sul lago di Zurigo. Nella prima sentenza il Tribunale federale ha stabilito che il progetto edilizio sarebbe sì conforme alla zona, però violerebbe la distanza dalle acque di 20 metri prevista dal diritto transitorio e non sarebbe a ubicazione vincolata. Fatto salvo il rilascio di un'autorizzazione d'eccezione secondo l'art. 41c cpv. 1 frase 1 OPAC, la prevista casa unifamiliare sarebbe quindi inammissibile. Il Tribunale federale ha rinviato la questione al Cantone al fine di verificare la possibilità di rilasciare un'autorizzazione d'eccezione conformemente a tale disposizione. Come rilevato dal Tribunale federale, in questo contesto occorrerebbe esaminare innanzitutto il concetto di "zona densamente edificata" e procedere successivamente a una ponderazione degli interessi. Se in base alla ponderazione degli interessi risultasse ammissibile il rilascio di un'autorizzazione d'eccezione, ciò però non significherebbe che la costruzione possa essere realizzata nelle immediate vicinanze del corso d'acqua. Gli spazi nella zona riparia "andrebbero occupati nella misura minore possibile e in linea di principio spetta al committente provare che la costruzione prevista non permette un'incidenza minore sullo spazio riservato alle acque".¹³⁰

74 Nella seconda sentenza il Tribunale federale ha accolto un ricorso inoltrato dal committente dopo che il Tribunale amministrativo aveva annullato la licenza edilizia rilasciata dal comune. Innanzitutto il Tribunale federale ha qualificato la zona come "densamente edificata" perché il tratto interessato del lago di Zurigo è edificato con un muro spondale e in aggiunta presenta rimesse per battelli e strutture balneari in immediata successione. In seguito il Tribunale si è occupato della ponderazione degli interessi, specialmente per quanto riguarda gli aspetti della protezione della natura e del paesaggio e l'interesse della collettività a usufruire di un accesso agevolato ai corsi d'acqua. Tenendo conto degli interessi speciali in campo, il Tribunale federale non ha ritenuto necessario vietare completamente l'attività edilizia nelle zone riservate alle acque. Piuttosto sarebbe possibile tenere conto delle istanze di un'edificazione meno intensa della prima linea di edificazione al fine di conservare la vegetazione ripariale o di rendere accessibile la riva del lago per la collettività definendo condizioni e oneri, concedendo l'autorizzazione d'eccezione solo per progetti edilizi compatibili con il paesaggio. In tale contesto sarebbe pos-

¹³⁰ DTF 139 II 470 (Rüschlikon I) consid. 4.5.

sibile collegare oneri volti a garantire l'accesso per la collettività con una vegetazione vicina allo stato naturale.¹³¹

- *Tribunale amministrativo di Zurigo VB.2014.00073*

75 Questo caso aveva ad oggetto la nuova realizzazione di una casa unifamiliare con una distanza di 5,01 m dallo sbocco di un torrente. Nel quadro di una procedura di decisione preliminare il dipartimento costruzioni aveva stabilito che per la realizzazione del nuovo edificio non poteva essere prospettata un'autorizzazione d'eccezione in materia di diritto sulla protezione delle acque. Il tribunale competente in materia di ricorsi edilizi ha respinto un ricorso presentato in merito; il Tribunale amministrativo del Cantone di Zurigo ha invece accolto il ricorso. A motivazione della decisione negativa, le istanze precedenti avevano indicato il pericolo di piene e l'impedimento del pregiudizio incombente riguardo a una successiva rinaturalizzazione del torrente.

76 Il Tribunale amministrativo di Zurigo ha spiegato che progetti edilizi nello spazio riservato alle acque non sarebbero esclusi a prescindere dal campo d'applicazione dell'art. 41c cpv. 1 OPac, anche se per ragioni legate alla protezione dalle piene renderebbero necessari oneri particolari. Anche in questi casi occorrerebbe richiedere una ponderazione individuale. In tale contesto andrebbe tenuto conto del carattere eccezionale della disposizione e degli altri interessi con cui essa si pone in contrasto. Per quanto concerne il timore di arrecare pregiudizio a una possibile rinaturalizzazione, il Tribunale amministrativo ha osservato che le autorità competenti sarebbero tenute a tenere conto in maniera precoce e coordinata di questo aspetto nel quadro della procedura di concessione dell'utilizzo e della procedura per il rilascio della licenza edilizia. Per quanto concerne una ponderazione completa degli interessi, nel caso di specie sarebbe stato necessario esaminare in maniera approfondita le varie possibilità inerenti lo scorrimento a cielo aperto del corso d'acqua e chiarire le diverse soluzioni (varianti), cosa che non sarebbe accaduta. In particolare occorrerebbe chiarire la questione se la possibilità di procedere a una rinaturalizzazione rimanente dopo la realizzazione del progetto edilizio soddisferebbe i requisiti posti dall'art. 37 cpv. 2 LPac. Non sarebbe però accettabile negare l'autorizzazione d'eccezione per la casa unifamiliare prevista all'interno dello spazio riservato alle acque disciplinato dal diritto transitorio senza procedere a un esame preciso delle circostanze determinanti, adducendo a titolo di motivazione che sussi-

¹³¹ DTF 140 II 347 (Rüschlikon II) consid. 6.3.

sterebbe un pericolo di piena medio e non sarebbe ancora disponibile nessun progetto concreto e garantito sotto il profilo giuridico per l'ampliamento sicuro sotto il profilo delle piene o rinaturalizzato del torrente.¹³²

⁷⁷ **Esito:** dalle sentenze pronunciate finora riguardo ad autorizzazioni d'eccezione per impianti conformi alla zona in zone densamente edificate all'interno dello spazio riservato alle acque risulta che la prassi giudiziaria non è ancora consolidata. Siamo dell'avviso che risulti opportuno procedere come segue in sede di esame di corrispondenti domande: premessa la conformità alla zona dell'impianto occorre innanzitutto esaminare se si è in presenza di una zona densamente edificata. Se ciò è il caso, in una fase successiva occorre verificare il vincolo di ubicazione e infine procedere alla ponderazione degli interessi. In tale contesto occorre eventualmente chiarire varianti e tenere conto di futuri progetti di rinaturalizzazione.

ii. Rapporto con la riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque

⁷⁸ L'autorità che ha emanato l'ordinanza utilizza il termine "zona densamente edificata" sia in relazione alla riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque (art. 41a cpv. 4 OPAC, art. 41b cpv. 3 OPAC), sia in relazione alla disposizione d'eccezione per costruzioni e impianti all'interno dello spazio riservato alle acque (art. 41c cpv. 1 lett. a OPAC). Le tre disposizioni si fondano su una concezione uniforme del termine.¹³³ Nel caso specifico dovrebbe quindi essere fatta una ponderazione tenendo conto delle circostanze concrete in merito al fatto se il conflitto tra protezione e sfruttamento può essere risolto già in sede di determinazione dello spazio riservato alle acque durante il processo di pianificazione oppure se occorre decidere solo per l'oggetto singolo in questione nel quadro di un'autorizzazione d'eccezione.

b) Impianti conformi alla destinazione della zona al di fuori di zone densamente edificate su singole particelle non edificate all'interno di una successione di particelle edificate (art. 41c cpv. 1 lett. a^{bis} OPAC)

⁷⁹ Con l'ordinanza del 22 marzo 2017 (entrata in vigore il 1° maggio 2017) l'art. 41c cpv. 1 OPAC è stato integrato con la lett. a^{bis}. Secondo tale disposizione, "impianti conformi alla destinazione della zona al di fuori di zone

¹³² VB.2014.00073, consid. 3.3 – 3.5.

¹³³ FRITZSCHE, Kommentar GSchG, art. 36 marg. 85; DTF 140 II 428 (Dagmarsellen), consid. 7.

densamente edificate su singole particelle non edificate all'interno di una successione di particelle edificate" possono essere autorizzati sempreché non vi si oppongano interessi preponderanti. Tale integrazione dell'ordinanza è riconducibile a una mozione presentata dalla Commissione dell'ambiente, della pianificazione del territorio e dell'energia del Consiglio degli Stati (CAPTE-CS) del 19 gennaio 2015. Con tale mozione il Consiglio federale viene incaricato "di modificare l'ordinanza sulla protezione delle acque e tutte le direttive per dare ai cantoni il massimo margine di manovra possibile nella determinazione dello spazio riservato alle acque di cui all'art. 36a della legge federale sulla protezione delle acque".¹³⁴

- ⁸⁰ L'orientamento contenuto nella formulazione leggermente prolissa della lett. a^{bis} viene descritto come segue nel rapporto esplicativo:

*"Finora era già ammesso realizzare impianti conformi alla destinazione della zona in zone densamente edificate, se non vi si oppongono interessi preponderanti. Tuttavia, anche al di fuori delle zone densamente edificate può accadere che in determinate situazioni il fatto di lasciare libero lo spazio riservato alle acque su singole particelle non edificate lungo il corso d'acqua non possa portare benefici a lungo termine per le acque. Ciò poiché lo spazio riservato alle acque rimane comunque più ridotto a causa di impianti esistenti tutelati a lungo termine. L'articolo 41c capoverso 1 lettera a^{bis} dovrà ora consentire di colmare questi vuoti edificatori. Di regola, questi vuoti edificatori possono essere sottoposti a edificazione immediatamente o entro breve termine. Le infrastrutture di allacciamento sono inoltre disponibili in misura sufficiente o possono essere realizzate a costi ridotti".*¹³⁵

- ⁸¹ Nella prassi futura questa disposizione dovrebbe rivestire grande rilevanza. Indipendentemente dal fatto che la zona sia densamente edificata o meno, è previsto che si possa costruire dove il corso d'acqua non è comunque in grado di svolgere la sua funzione naturale e di garantire la protezione contro le piene. Ciò è il caso in particolare nei punti in cui vi sono vuoti edificatori. L'ordinanza parla di "singole particelle non edificate all'interno di una successione di particelle edificate". Questa formulazione all'interno dell'ordinanza e quanto indicato nel rapporto esplicativo permettono di concludere che si intendevano i vuoti edificatori ai sensi del diritto in materia di pianificazione del territorio.¹³⁶ Quindi singole particelle e parti di particelle non edificate di superficie esigua sono considerate vuoti edificatori imme-

¹³⁴ Mozione 15.3001 della CAPTE-CS.

¹³⁵ Rapporto esplicativo 2016, pag. 4.

¹³⁶ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editore), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, n. 203 ad art. 5 LPT; DTF 132 II 218 consid. 4.2 pag. 223 con ulteriori rimandi.

diatamente adiacenti alla zona edificata, che sono caratterizzati dalla vicina edificazione e che segnatamente per via del loro avanzato grado di urbanizzazione contribuiscono alla qualità degli insediamenti.¹³⁷ La giurisprudenza del Tribunale federale richiede una prospettiva che vada al di là della singola particella e comprenda tutta la zona.¹³⁸ Risulta determinante una valutazione qualitativa, meri aspetti quantitativi non sono idonei a essere determinanti.¹³⁹ Se per via delle sue dimensioni, dello stato di urbanizzazione nonché della possibilità di trattarla in modo autonomo dal punto di vista pianificatorio una superficie non edificata può essere considerata come entità a sé stante, essa non rientra tra le aree in gran parte già edificate. Di conseguenza, superfici non edificate ai margini dell'area insediata e areali di grandi dimensioni all'interno dell'area insediata, i quali risultano funzionali all'alleggerimento e alla separazione, all'incremento della qualità abitativa e alla creazione di zone destinate al tempo libero, non rientrano tra le aree in gran parte già edificate. A determinate condizioni però anche solo una parte di una tale particella può far parte dell'area in gran parte già edificata.¹⁴⁰

- ⁸² Questa nuova disposizione fornisce un margine di manovra non trascurabile alle autorità. Proprio in considerazione del fatto che il concetto di "zona densamente edificata" viene interpretato in maniera restrittiva¹⁴¹, questa disposizione permette di trovare soluzioni adeguate per particelle non edificate non situate in una zona densamente edificata. In tale contesto occorre tenere sempre conto anche dell'orientamento di tale disposizione, la quale secondo la mozione della CAPTE-CS aveva lo scopo di creare "il massimo margine di manovra possibile" riguardo alla determinazione degli spazi riservati alle acque.

c) Passi carrai e strade in ghiaia agricoli e forestali (art. 41c cpv. 1 lett. b OPAC)

- ⁸³ Questa disposizione è stata inserita nell'ordinanza nel corso della revisione del 4 novembre 2015 (entrata in vigore il 1.1.2016), come del resto anche l'art. 41c cpv. 1 lett. c. In tal modo si intendeva creare la possibilità di autorizzare a determinate condizioni all'interno dello spazio riservato alle acque

¹³⁷ DTF 132 II 218 consid. 4.2. pag. 223.

¹³⁸ Sentenza TF 1A.41/2002 del 26.11.2002, consid. 4.

¹³⁹ DTF 132 II 218 consid. 4.2.3. – 4.2.5, pag. 224.

¹⁴⁰ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), Praxiskommentar RPG: Nutzungsplanung, N. 203 zu Art. 5 RPG.

¹⁴¹ Cfr. marg. 27 segg.

anche strade agricole e forestali che non sono d'interesse pubblico. Questa disposizione trova applicazione nei casi in cui gli spazi sono per natura limitati e vi sono diversi interessi all'utilizzazione di una superficie limitata (in particolare interessi agli impianti di trasporto o ad altre infrastrutture come pure all'utilizzazione agricola).¹⁴² A queste condizioni, passi carrai e strade in ghiaia agricoli e forestali possono essere autorizzati a una distanza di almeno 3 metri dalla linea di sponda del corso d'acqua.

- ⁸⁴ Tale integrazione dell'ordinanza risulta in ogni caso opportuna, in quanto amplia il catalogo delle autorizzazioni d'eccezione finora molto ristretto, limitato alle costruzioni conformi alla destinazione della zona in zone densamente edificate. Di conseguenza, strade agricole e forestali possono essere realizzate negli spazi riservati alle acque anche quando non è dato un vero e proprio vincolo di ubicazione; disponibilità limitata di spazi e mancanza di interessi preponderanti che vi si oppongono risultano sufficienti.

d) Impianti che servono ai prelievi o alle immissioni di acqua (art. 41c cpv. 1 lett. c OPAC)

- ⁸⁵ Infine, a titolo di novità all'interno degli spazi riservati alle acque possono essere autorizzati (premesse che al progetto non si oppongano interessi pubblici preponderanti) anche impianti che servono ai prelievi o alle immissioni di acqua. Tra questi vi sono ad esempio gli impianti per la conservazione e il miglioramento della struttura e del bilancio idrico del suolo (drenaggio, irrigazione), gli impianti per l'utilizzazione del calore o quelli a scopo di raffreddamento.¹⁴³

e) Piccoli impianti per l'utilizzazione delle acque (art. 41c cpv. 1 lett. d OPAC)

- ⁸⁶ Con l'adeguamento dell'art. 41c cpv. 1 lett. d OPAC entrato in vigore il 1° maggio 2017, secondo il rapporto esplicativo sono consentiti esplicitamente nuovi impianti di piccole dimensioni o la sostituzione di impianti esistenti con un altro tipo di impianto di piccole dimensioni (p. es. darsena invece di sentiero in selciato). Ciò però dev'essere possibile solo a condizione che tale impianto serva all'utilizzo delle acque e che non vi si oppongano interessi preponderanti (p. es. nessun danno ecologico significativo causato dagli impianti, nessun conflitto con la legislazione sulla pianificazione del territorio). Con la formulazione "che serve all'utilizzo delle acque" in questo

¹⁴² UFAM, Rapporto esplicativo 2014, pag. 8.

¹⁴³ UFAM, Rapporto esplicativo 2014, pag. 8.

contesto si intende innanzitutto l'accesso alle acque. Il fatto che tali impianti possano essere autorizzati dipende innanzitutto dalla legislazione sulla pianificazione del territorio, in particolare dalle disposizioni federali concernenti le costruzioni al di fuori delle zone edificabili. L'obiettivo della nuova disposizione dell'OPAc è non impedire la costruzione di impianti di questo genere se, in base alla legislazione sulla pianificazione del territorio, tale costruzione sarebbe in linea di principio autorizzata.¹⁴⁴

3.3. Protezione della situazione di fatto (art. 41c cpv. 2 OPAc)

⁸⁷ Conformemente all'art. 41c cpv. 2 OPAc, gli impianti nonché le colture perenni secondo l'art. 22 cpv. 1 lettere a-c, e nonché g-i dell'ordinanza del 7 dicembre 1998 sulla terminologia agricola, situati entro lo spazio riservato alle acque, sono di massima protetti nella propria situazione di fatto, sempreché siano realizzati in conformità alle vigenti disposizioni e siano utilizzabili conformemente alla loro destinazione. In sede di interpretazione di questa disposizione ci limitiamo agli impianti. Occorre distinguere tra protezione della situazione di fatto all'interno o al di fuori delle zone edificabili.

a) *Al di fuori della zona edificabile*

⁸⁸ Nella sua sentenza 1C_345/2014 del 17 giugno 2015 (Wollishofen), il Tribunale federale si è espresso come segue riguardo al contenuto e alla portata della protezione della situazione di fatto conformemente all'art. 41c cpv. 2 OPAc per edifici e impianti esistenti al di fuori delle zone edificabili, non conformi alla destinazione della zona (art. 24c LPT):

"4.1.3. Dalla formulazione non è possibile desumere indicazioni riguardo all'esatta portata dell'art. 41c cpv. 2 OPAc. Invece si può osservare che questa norma, diversamente dall'art. 24c LPT, disciplina la protezione della situazione di fatto solo a livello di ordinanza. Ciò depone a sfavore di un'interpretazione in senso più stretto della protezione della situazione di fatto secondo l'art. 41 cpv. 2 OPAc rispetto all'art. 24c LPT, tanto più che la protezione delle rive secondo la legislazione in materia di protezione delle acque e quella secondo la legislazione in materia di pianificazione territoriale si sovrappongono in buona parte (cfr. art. 36a cpv. 1 LPac nonché art. 3 cpv. 2 lett. c e art. 17 cpv. 1 lett. a LPT). Il radicamento dell'art. 41c cpv. 2 OPAc a un livello normativo inferiore suggerisce piuttosto di interpretare la protezione dello spazio riservato alle acque come interesse pubblico, il quale va riconosciuto come esigenza importante

¹⁴⁴ Rapporto esplicativo 2016, pag. 4.

conformemente all'art. 24c cpv. 2 LPT e integrato nella ponderazione degli interessi (alla stregua della sentenza del tribunale competente in materia di ricorsi edilizi del Cantone di Zurigo del 25 settembre 2013, consid. 6, in: BEZ 2014 n. 13). Nella misura in cui sia applicabile l'art. 24c LPT, l'art. 41c cpv. 2 OPac pertanto non riveste importanza autonoma."¹⁴⁵

- ⁸⁹ In tal modo il Tribunale federale si è dichiarato favorevole a una protezione della situazione di fatto ampliata che oltre a lavori di manutenzione e semplici lavori di rinnovo permette anche rinnovi, trasformazioni parziali, ampliamenti moderati e ricostruzioni.¹⁴⁶ L'entità della garanzia ampliata dei diritti acquisiti si conforma quindi alle disposizioni di cui all'art. 24c LPT e all'art. 42 OPT.
- ⁹⁰ Sono considerati rinnovi ammissibili ai sensi dell'art. 24c cpv. 2 LPT lavori di manutenzione aperiodici "di ampia portata" che vanno oltre la normale manutenzione e adeguano una costruzione a standard moderni; di norma questi lavori di rinnovo comportano un incremento del valore della costruzione.¹⁴⁷ L'art. 24c LPT permette trasformazioni parziali e l'ampliamento moderato di edifici se l'identità dell'edificio o dell'impianto unitamente ai dintorni rimane conservata nei tratti essenziali (art. 42 cpv. 1 OPT). Attività edilizie che vanno oltre tale limite rappresentano trasformazioni totali (e non parziali) che devono essere valutate nel quadro degli art. 24, 24b, 24d o 24e LPT. Ai fini della valutazione dell'identità sono determinanti le caratteristiche di un edificio al momento dell'assegnazione a una zona non edificabile rispetto allo stato perseguito con la domanda di costruzione (art. 42 cpv. 2 OPT). L'identità presuppone che l'"identità sostanziale" dell'edificio riguardo a estensione, aspetto esterno nonché destinazione d'uso rimanga immutata e non vengano creati effetti sostanzialmente nuovi sul regime di utilizzazione, sull'urbanizzazione e sull'ambiente.¹⁴⁸ Il quesito se l'identità dell'edificio o dell'impianto rimanga sostanzialmente immutata va valutato tenendo conto di tutte le circostanze. L'art. 42 cpv. 3 OPT prevede alcuni limiti numerici mirati a concretizzare il concetto dell'ampliamento modera-

¹⁴⁵ Tale giurisprudenza ha trovato conferma nella sentenza 1C_43/2015 (Vinelz) del 6.11.2015. All'interno di quest'ultima si è rilevato esplicitamente che un ampliamento moderato nel quadro della ponderazione degli interessi da effettuare sarebbe ammissibile.

¹⁴⁶ Il Tribunale amministrativo di Berna (sentenza del 7 luglio 2014, DTA 100.2012.463, in URP 2014, 685) e il Tribunale amministrativo di San Gallo (sentenza 24.03.2015, B 2013/153) si erano espressi a favore di una mera protezione semplice della situazione di fatto.

¹⁴⁷ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, n. 23 riguardo all'art. 24c LPT.

¹⁴⁸ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone, n. 25 segg. riguardo all'art. 24c LPT con ulteriori rimandi.

to.¹⁴⁹ Infine una ricostruzione (edificio sostitutivo) nel quadro dell'art. 24c cpv. 4 è ammissibile se al momento della distruzione o della demolizione l'edificio o l'impianto era ancora utilizzabile secondo la destinazione e vi era ancora un interesse alla sua utilizzazione. Contestualmente, ove risulti indicato dal profilo oggettivo, l'ubicazione dell'edificio sostitutivo può divergere in misura minima da quella dell'edificio o dell'impianto preesistente. In tutti i casi che hanno ad oggetto misure edilizie nel quadro della protezione della situazione di fatto è fatta salva la compatibilità con le importanti esigenze della pianificazione territoriale (art. 24c cpv. 5 LPT).¹⁵⁰

- ⁹¹ Il Tribunale federale non si è pronunciato in merito alla questione della protezione della situazione di fatto riguardo a costruzioni conformi alla destinazione della zona al di fuori delle zone edificabili.¹⁵¹ Il Tribunale federale non ha voluto (e dovuto) pronunciarsi in merito alla questione se nel caso di costruzioni esistenti conformi alla destinazione della zona nello spazio riservato alle acque (per le quali non trova applicazione l'art. 24c LPT), all'art. 41c cpv. 2 OPAC vada riconosciuto il medesimo campo di applicazione dell'art. 24c LPT. In questo caso si tratta soprattutto di fare in modo di evitare disparità di trattamento ingiustificate. Nel suo trattato Kehrlì ritiene eccessivo conferire attraverso un'interpretazione all'art. 41c cpv. 2 OPAC il medesimo campo d'applicazione prescritto dall'art. 24c LPT per progetti conformi alla zona. La problematica legata alla disparità di trattamento andrebbe chiarita dall'autorità che emana la legge o l'ordinanza. Proprio sotto il profilo dell'obbligo della parità di trattamento non sarebbe però comprensibile il motivo per cui la protezione della situazione di fatto dovrebbe essere limitata nel caso di edifici conformi alla destinazione della zona al di fuori delle zone edificabili e i proprietari di questi edifici dovrebbero ritrovarsi in una situazione peggiore rispetto a quelli con edifici non conformi alla destinazione della zona. A tale proposito a nostro avviso non vi è alcuna motivazione oggettiva, ragione per cui secondo il parere espresso in questa sede la protezione della situazione di fatto ampliata deve valere anche per edifici conformi alla destinazione della zona al di fuori della zona edificabile.

¹⁴⁹ AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), *Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone*, cfr. in merito le spiegazioni e le indicazioni pratiche n. 30 segg. ad art. 24c LPT.

¹⁵⁰ Le esigenze importanti risultano dagli obiettivi e dai principi della pianificazione territoriale (art. 1 e 3 LPT); AEMISEGGER / MOOR / RUCH / TSCHANNEN (editori), *Praxiskommentar RPG: Bauen ausserhalb der Bauzone*, n. 44 segg. riguardo all'art. 24c LPT.

¹⁵¹ Il Tribunale federale non si è pronunciato riguardo a questa questione per i casi in cui l'art. 24c LPT non trova applicazione.

⁹² *Esito: in base alla giurisprudenza del Tribunale federale al di fuori delle zone edificabili vige una protezione più ampia della situazione di fatto, la quale oltre a lavori di manutenzione e di rinnovo permette anche parziali modifiche, ampliamenti moderati e le ricostruzioni.*

b) All'interno della zona edificabile

- ⁹³ Secondo la più recente giurisprudenza del Tribunale federale, per casi all'interno della zona edificabile la protezione della situazione di fatto in primo luogo si conforma al diritto cantonale e a tale proposito i Cantoni godono di un determinato margine di manovra.¹⁵² In questo contesto la regolamentazione cantonale della protezione della situazione di fatto da un lato deve rispettare la garanzia della proprietà (art. 26 Cost.), d'altro lato però non deve svuotare di contenuto le disposizioni inerenti gli spazi riservati alle acque previste dal diritto federale.
- ⁹⁴ Nel diritto grigionese è l'art. 81 della legge cantonale sulla pianificazione territoriale (LPTC) a definire il quadro ammissibile. Ad esempio edifici e impianti costruiti a norma di legge, che non soddisfano più le prescrizioni in vigore, possono essere mantenuti e rinnovati (stato di proprietà semplice). Conformemente all'art. 81 cpv. 2 LPTC tali edifici e impianti possono inoltre essere trasformati, moderatamente ampliati o modificati nella loro utilizzazione (protezione della situazione di fatto ampliata), se con ciò non viene aumentata la differenza rispetto alle prescrizioni in vigore e se non vi si oppongono interessi pubblici preponderanti o interessi dei vicini. Infine sussiste la possibilità della ricostruzione dopo distruzione o demolizione nel quadro del diritto di ricostruzione (art. 81 cpv. 3 LPTC) ai sensi delle pertinenti disposizioni comunali.
- ⁹⁵ La protezione della situazione di fatto ampliata conformemente all'art. 81 cpv. 2 LPTC presuppone che tra l'altro non vi si oppongano interessi pubblici preponderanti. Per quanto si tratti di una protezione della situazione di fatto ampliata nello spazio riservato alle acque, nel quadro della ponderazione degli interessi in linea di principio occorre valutare i medesimi aspetti rilevanti per l'autorizzazione d'eccezione conformemente all'art. 41c cpv. 1 OPAC.¹⁵³ A tale proposito occorre tuttavia tenere conto del fatto che in linea di principio si tratta di edifici e impianti esistenti che possono beneficiare della protezione della situazione di fatto ampliata. Di conseguenza il testo di

¹⁵² DTF 1C_473/2015 del 22 marzo 2016 (Hurden), consid. 4.2 con ulteriori rimandi

¹⁵³ Cfr. in merito marg. 63.

legge ammette trasformazioni, ampliamenti moderati e modifiche dell'utilizzazione se "con ciò non viene aumentata la differenza rispetto alle prescrizioni in vigore e se non vi si oppongono interessi pubblici preponderanti o interessi dei vicini". Con questa formulazione il legislatore intendeva garantire una compensazione tra gli interessi inerenti un ulteriore utilizzo opportuno di edifici illeciti e gli interessi della collettività e del vicino inerenti l'esecuzione il più possibile completa dell'ordinamento edilizio e di utilizzazione passato in giudicato.¹⁵⁴ Contestualmente è stata data risposta alla questione riguardo a quando, nel caso di una trasformazione o di un ampliamento, si potrebbe parlare di un rafforzamento dell'illiceità esistente: "In generale quest'ultimo dovrebbe sussistere se l'interesse pubblico e dei vicini che dovrebbe essere tutelato dalla norma lesa venisse pregiudicato in misura maggiore dalla trasformazione o dall'ampliamento".¹⁵⁵ Con riferimento allo spazio riservato alle acque ciò significa quindi che trasformazioni o ampliamenti nello spazio riservato alle acque sono ammissibili a condizione che la trasformazione o l'ampliamento non comportino un peggioramento del corso d'acqua sotto il profilo ecologico. Nella prassi ciò dovrebbe essere concepibile tutt'al più nel caso di ampliamenti nello spazio riservato alle acque.

- ⁹⁶ Le medesime riflessioni valgono anche per quanto riguarda il diritto di ricostruzione che i comuni possono disciplinare all'interno delle loro leggi edilizie tenendo conto degli interessi pubblici e dei vicini (art. 81 cpv. 3 LPTC). Per quanto il diritto comunale permetta la demolizione e la ricostruzione, gli edifici sostitutivi sono soggetti alla protezione della situazione di fatto ampliata; il rifiuto di un'autorizzazione a titolo di protezione dello spazio riservato alle acque può quindi essere preso in considerazione solo se l'edificio sostitutivo comporta un peggioramento (rispetto all'edificio esistente) per lo spazio riservato alle acque. Nella prassi ciò dovrebbe essere concepibile solo in caso di spostamento dell'ubicazione per un edificio sostitutivo.¹⁵⁶

⁹⁷ ***Esito:*** la protezione della situazione di fatto all'interno delle zone edificabili si conforma al diritto cantonale. L'art. 81 della legge cantonale sulla pianificazione territoriale (LPTC) prevede una protezione della situazione di fatto ampliata se con ciò non viene aumentata la differenza rispetto alle prescrizioni in vigore e se non vi si oppongono interessi pubblici preponderanti o interessi dei vicini.

¹⁵⁴ Messaggio del Governo a destinazione del Gran Consiglio 2004-2005 (revisione LPTC), pag. 353.

¹⁵⁵ Messaggio del Governo a destinazione del Gran Consiglio 2004-2005 (revisione LPTC), pag. 353.

¹⁵⁶ Ciò è possibile comunque solo se ammesso dal diritto comunale.

3.4. Oneri

- ⁹⁸ Nel quadro della ponderazione degli interessi talvolta può porsi la questione se determinati obiettivi di protezione previsti dalle disposizioni di legge possono essere raggiunti anche con oneri. Almeno in un caso (Rüschlikon II) il Tribunale federale ha espressamente confermato tale ipotesi.¹⁵⁷ Secondo il Tribunale federale, l'autorità cantonale di autorizzazione aveva inteso in primo luogo "garantire un'edificazione poco intensiva della prima linea di edificazione al fine di conservare la vegetazione ripariale tra le costruzioni e di evitare una netta separazione tra la zona riparia e il retroterra". A ciò si aggiunse l'interesse di rendere la riva del lago accessibile al pubblico. Come spiegato dal Tribunale federale, per questi scopi non sarebbe necessario vietare integralmente l'attività edilizia nello spazio riservato alle acque. *"È possibile tenere conto delle esigenze menzionate con condizioni e oneri, concedendo l'autorizzazione d'eccezione solo per progetti di costruzioni compatibili con il paesaggio, con oneri volti a garantire l'accesso per la collettività e con una vegetazione vicina allo stato naturale."*¹⁵⁸ Anche il Tribunale amministrativo di Zurigo in una sentenza ha spiegato che progetti edilizi nello spazio riservato alle acque non sarebbero esclusi a prescindere dal campo d'applicazione dell'art. 41c cpv. 1 OPAC, anche se per ragioni legate alla protezione dalle piene richiedono oneri particolari. Però sarebbe necessaria una ponderazione del caso singolo tenendo conto dei diversi interessi e dell'esame delle varie soluzioni.¹⁵⁹
- ⁹⁹ In base a queste spiegazioni bisogna ritenere che l'applicazione di condizioni e oneri è assolutamente ammissibile e opportuna anche nel settore degli spazi riservati alle acque (come nel rimanente diritto amministrativo e in particolare nel diritto edilizio). Se gli obiettivi di protezione possono essere raggiunti con condizioni e oneri, talvolta può risultare opportuno rinunciare a un divieto di costruire e garantire gli obiettivi di protezione con disposizioni accessorie. In questo contesto l'emanazione di condizioni e oneri (disposizioni accessorie) è soggetta alle regole generali previste dal diritto amministrativo. In linea di principio sono ammissibili solo se si fondano su una base legislativa, corrispondono a un interesse pubblico, presentano una connessione materiale sufficientemente stretta con la decisione da disporre e sono proporzionati.¹⁶⁰ Come ripetutamente stabilito dalla prassi giudiziaria, non è però necessaria una base legislativa esplicita per gli oneri e le

¹⁵⁷ DTF 140 II 437 (Rüschlikon II) consid. 6.3.

¹⁵⁸ DTF 140 II 437 (Rüschlikon II) consid. 6.3.

¹⁵⁹ Tribunale amministrativo di Zurigo VB.2014.00073 consid. 3.3 e 3.5.

¹⁶⁰ WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, volume I, marg. 2526 con ulteriori rimandi

condizioni; è sufficiente se l'ordine della disposizione accessoria risulta dalla ratio della legge.¹⁶¹ Quindi, fintantoché le disposizioni accessorie rispettano gli obiettivi di protezione della OPAC, sono di interesse pubblico e proporzionate, la loro applicazione è assolutamente ammissibile e in determinati casi addirittura indicata.¹⁶²

¹⁰⁰ *Esito: fintantoché gli obiettivi di protezione previsti dall'ordinanza sulla protezione delle acque possono essere raggiunti con condizioni e oneri, la loro applicazione è ammissibile e in determinati casi indicata. In tale contesto l'emanazione di condizioni e oneri deve conformarsi alle regole generali previste dal diritto amministrativo.*

¹⁶¹ WIEDERKEHR / RICHLI, Praxis, volume I, marg. 2528 con ulteriori rimandi

¹⁶² Nella prassi dovrebbero trovare applicazione soprattutto la clausola di eliminazione e oneri che prescrivono una determinata edificazione, utilizzazione o gestione.

III. SINTESI DEI RISULTATI

- ¹⁰¹ *Le possibilità di procedere a una riduzione della larghezza dello spazio riservato alle acque nel caso di "zone densamente edificate" sono solo molto limitate. La fattispecie di riduzione si limita in sostanza ai centri urbani o ai nuclei dei villaggi che presentano un'elevata densità edilizia. A fronte di ciò, di norma non sono considerate "densamente edificate" zone marginali oppure periferiche che confinano con il corso d'acqua.*
- ¹⁰² *In sede di valutazione di "zone densamente edificate" il Tribunale federale applica un criterio severo. L'interpretazione fornita dalla massima autorità giudiziaria del concetto giuridico indeterminato "zona densamente edificata" limita in misura crescente i margini di manovra cantonali.*
- ¹⁰³ *La rinuncia a fissare uno spazio riservato alle acque presuppone una ponderazione degli interessi, fatto che concede un margine di discrezionalità al Cantone. È importante che la decisione riguardo alla rinuncia venga motivata sotto il profilo materiale e adottata nel quadro di una procedura formale. Nel caso ideale la decisione di rinuncia va integrata nel processo di pianificazione.*
- ¹⁰⁴ *Tra la mancata esecuzione e la rinuncia relative alla determinazione dello spazio riservato alle acque vi sono importanti differenze per quanto concerne le conseguenze giuridiche. Fatte salve poche eccezioni, nel primo caso all'interno della zona riparia vige un divieto di costruire. Nel secondo caso tali limitazioni non fanno stato.*
- ¹⁰⁵ *Il concetto di impianti ai sensi dell'art. 41c OPAC comprende anche edifici e impianti ai sensi dell'art. 22 LPT.*
- ¹⁰⁶ *Sono considerati a ubicazione vincolata ai sensi dell'art. 41c OPAC edifici e impianti il cui scopo richiede un'ubicazione al di fuori della zona edificabile; a tale proposito è possibile fare riferimento alla giurisprudenza del Tribunale federale relativa all'ubicazione vincolata positiva (in particolare a quella relativa) e a quella negativa. Inoltre l'ubicazione vincolata secondo tale disposizione deve essere riconosciuta anche quando l'edificio o l'impianto, per via delle condizioni locali, non può essere realizzato al di fuori dello spazio riservato alle acque.*
- ¹⁰⁷ *La sussistenza di un interesse pubblico si conforma in primo luogo ai principi pianificatori (art. 3 LPT) e agli scopi della pianificazione territoriale (art. 1 LPT).*

¹⁰⁸ *Dalle sentenze pronunciate finora riguardo ad autorizzazioni d'eccezione per impianti conformi alla zona in zone densamente edificate all'interno dello spazio riservato alle acque risulta che la prassi giudiziaria non è ancora consolidata. Siamo dell'avviso che risulti opportuno procedere come segue in sede di esame di corrispondenti domande: Premessa la conformità alla zona dell'impianto occorre innanzitutto esaminare se si è in presenza di una zona densamente edificata. Se ciò è il caso, in una fase successiva occorre verificare il vincolo di ubicazione e infine procedere alla ponderazione degli interessi. In tale contesto occorre eventualmente chiarire varianti e tenere conto di futuri progetti di rinaturalizzazione.*

¹⁰⁹ *In base alla giurisprudenza del Tribunale federale al di fuori delle zone edificabili vige una protezione più ampia della situazione di fatto, la quale oltre a lavori di manutenzione e di rinnovo permette anche parziali modifiche, ampliamenti moderati e le ricostruzioni.*

¹¹⁰ *La protezione della situazione di fatto all'interno delle zone edificabili si conforma al diritto cantonale. L'art. 81 della legge cantonale sulla pianificazione territoriale (LPTC) prevede una protezione della situazione di fatto ampliata se con ciò non viene aumentata la differenza rispetto alle prescrizioni in vigore e se non vi si oppongono interessi pubblici preponderanti o interessi dei vicini.*

¹¹¹ *Fintantoché gli obiettivi di protezione previsti dall'ordinanza sulla protezione delle acque possono essere raggiunti con condizioni e oneri, la loro applicazione è ammissibile e in determinati casi indicata. In tale contesto l'emanazione di condizioni e oneri deve conformarsi alle regole generali previste dal diritto amministrativo.*



Dr. iur. Gieri Caviezel



Lic. iur. Michelangelo Giovannini

IV. ALLEGATO

Sintesi delle evidenze raccolte dalla valutazione degli esempi pratici.