

LA TUTELA INDIRETTA DEL BENE CULTURALE. IL DIFFICILE EQUILIBRIO TRA TUTELA DELLA CULTURA E GARANZIA DELLE SITUAZIONI GIURIDICHE DEI CIRCUMCOLENTES

Stefano Salvatore Scoca**

Abstract ita: il presente scritto ha lo scopo di approfondire quella particolare forma di tutela dei beni culturali che prende il nome di tutela indiretta. L'istituto, introdotto con la legge Bottai e confermato dal d.lgs. n. 42/2004, si caratterizza per imporre vincoli del più ampio contenuto su beni, non di pregio culturale, che sono connessi e nelle vicinanze del bene culturale direttamente tutelato e dunque a esso asserviti. La caratteristica di asservimento dei c.d. vincoli indiretti, insieme al fatto che i beni da essi colpiti non hanno intrinseche caratteristiche di pregio e il loro contenuto atipico, determinano la necessità di una attenta riflessione sulla tutela delle situazioni giuridiche dei soggetti che si vedono colpiti dal provvedimento di vincolo indiretto. Appare dunque utile, per un verso, una rimediazione della posizione della Corte costituzionale sull'assenza di un indennizzo a favore dei soggetti colpiti dal vincolo indiretto. Sotto altro aspetto, occorre verificare la tipologia di potere esercitato dall'amministrazione al fine di parametrare una adeguata e proporzionata tutela della situazione giuridica soggettiva nel giusto bilanciamento della tutela del bene culturale. Basandosi sulle poche, ma autorevoli, voci dottrinali e viceversa sull'ampio contributo giurisprudenziale, segno che l'apposizione del vincolo indiretto desta numerosi conflitti, si intende verificare la coerenza, sul piano costituzionale, della previsione di un indennizzo, quantomeno per l'eliminazione di posizioni giuridiche consolidate; mentre con riferimento al tipo di potere esercitato esso appare di tipo discrezionale puro. Tali approdi originano dall'idea di fondo, coerente col dato costituzionale e col sistema di tutela dei beni culturali, che la valorizzazione del bene culturale non significa necessariamente il sacrificio di legittime situazioni giuridiche dei privati.

Abstract eng: the purpose of this paper is to examine that particular form of protection of cultural goods known as indirect protection. The institute, introduced by the Bottai Law and confirmed by the d.lgs. n. 42/2004, it is characterised by the imposition constraints of the broadest content on assets, not of cultural value, which are connected to and in the vicinity of the directly protected cultural object and are therefore subservient to it. The subjugation characteristic of indirect restrictions, together with the fact that the assets affected by them do not have intrinsic characteristics of value, as well as their atypical content, they determinate the need for careful reflection on the protection of the legal situations on the persons affected by the indirect constraint measure. It therefore seems useful, on the one hand, a reconsideration of the orientation of the constitutional Court which denies indemnity to persons affected by indirect constraints. In another look, it is necessary to ascertain the type of authority exercised by the administration in order to establish an adequate and proportionate protection of the subjective legal situation in the proper balance of the protection of the cultural heritage. Based on the few, but authoritative, doctrinal voices and vice versa on the extensive jurisprudential contribution, this is sign that the imposition of indirect constraint has a significant impact on the recipient, the aim is to verify the constitutional consistency of the provision for indemnity, at least in the case of elimination of steady legal position; whereas, with reference to the type of authority exercised, it appears to be purely discretionary. These approaches originate from the basic idea, consistent with the constitutional consistency and with the system of protection of cultural assets, that their valorisation and protection does not necessarily mean the sacrifice of legitimate subjective legal situation.

** Il presente lavoro sarà pubblicato anche negli scritti in onore della cara Amica Maria Immordino.

*** Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università per Stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria.

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari sui vincoli indiretti. – **2.** Il rapporto tra bene direttamente tutelato e beni (non culturali) vincolati: asservimento e zona di rispetto. – **3.** Contenuto prescrittivo atipico del vincolo indiretto. – **4.** Tassatività degli scopi e contenuto motivazionale. – **4.1. segue.** Proporzionalità e congruità. – **5.** Il tipo di discrezionalità nell'esercizio del potere di vincolo indiretto. – **6.** L'(assenza di)indennità a favore del soggetto gravato dal vincolo indiretto. – **7.** Conclusioni.

1. Considerazioni preliminari sui vincoli indiretti.

La tutela del bene culturale passa sovente¹, se non costantemente, per una duplice protezione, l'una definita diretta, l'altra definita indiretta e disciplinata dagli artt. 45 e seguenti del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 (Codice dei beni culturali)².

Il Codice inserisce tali forme di tutela indiretta nella Sezione III, Capo III, Libro I, rubricata "altre forme di protezione" e in essa sono disciplinati diversi istituti che hanno prevalentemente ad oggetto l'ambiente circostante al bene culturale tutelato ovvero atti di consenso al loro utilizzo. In particolare, l'art. 45 del Codice attribuisce al Ministero per i beni e le attività culturali la facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro. La disposizione appena richiamata si caratterizza per l'atipicità delle prescrizioni che non sono limitate alla previsione di misure e distanze (che si potrebbero definire tipiche), ma la locuzione "e le altre norme" pertiene alla possibilità di ricorrere a ogni strumento idoneo a garantire gli obiettivi di tutela, questi sì, tipizzati dalla norma³. Di contro la stessa disposizione impone la sussistenza di un rapporto tra bene culturale direttamente tutelato e la necessità che la tutela di questo sia "completata" dal c.d. provvedimento di tutela indiretta che deve tassativamente indicare lo scopo che ritiene di perseguire tra quelli espressamente indicati dalla norma. La dottrina inquadra il rapporto tra bene di pregio e beni sottoposti a vincoli indiretti alla stregua di un asservimento dei secondi ai primi⁴.

¹ La dottrina sulla nozione di bene culturale è ampissima, in quanto non è argomento immediato del presente scritto sia consentito rinviare, senza pretesa di completezza, a M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 3 ss.; S. CASSESE, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in Id., *L'amministrazione dello Stato. Saggi*, Milano, 1976, p. 153 ss.; B. CAVALLO, *La nozione giuridica di bene culturale*, in F. Perego (coordinatore), *Memorabilia, il futuro della memoria*, I, Bari, 1987, p. 11 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, I, Milano, 1988, p. 135; M.P. CHITI, La nuova nozione di "beni culturali" nel d.lgs. 112/98: prime note esegetiche, in *Aedon*, n. 1-1998, aedon-mulino.it; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Postfazione (ad un dibattito su la «Cultura e i suoi beni giuridici»)*. *I beni culturali: gnoseologia e nuove disposizioni*, in Id. (a cura di), *La cultura e i suoi beni giuridici*, Milano, 1999, p. 424 ss.; G. SEVERINI, *La nozione di bene culturale e le tipologie di beni culturali*, in G. Caia (a cura di), *Il testo unico sui beni culturali e ambientali*, Milano, 2000, p. 1 ss.; P. STELLA RICHTER, E. SCOTTI, *Lo statuto dei beni culturali tra conservazione e valorizzazione*, in A. Catelani, S. Cattaneo (a cura di), *I beni e le attività culturali*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, XXXIII, Padova, 2002, p. 385 ss.; N. AICARDI, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002, p. 29 ss.; G. CAIA, *art. 2*, in G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2005, p. 1059 ss.; A. BARTOLINI, *Beni culturali (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, VI, Milano, 2013, p. 93 ss.; ID., *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. amm.*, 2019, p. 223 ss.; G. SCIULLO, *Patrimonio e beni*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciuillo, *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, p. 31 ss.

² In tema in particolare, D. VAIANO, *Beni culturali e paesaggistici*, in A. Crosetti – D. Vaiano, Torino, 2005, spec. p. 58 ss.; ID., *Altre forme di protezione*, in G. Leone – A. Leo Tarasco (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, p. 356 ss.; L. CASOLI, *Altre forme di protezione*, in E. Follieri (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, I, *I beni culturali*, Napoli, 2005, p. 155 ss.; A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2006, p. 363 ss.

³ Sul punto già M. GRISOLIA, *In tema di zone di rispetto di monumenti*, in *Foro amm.*, 1956, I, 3, c. 380 ss.; E. GUICCIARDI, *La tutela diretta e indiretta delle cose di interesse artistico*, in *Giur. it.*, 1963, III, c. 209 ss.

⁴ In tal senso T. ALIBRANDI – P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, Milano, 2001, p. 387-388.

Se la prima forma di protezione del bene di pregio, che si sostanzia nell'apposizione di un vincolo sul bene culturale, viene definita diretta proprio perché ha ad oggetto immediato e diretto il bene culturale da tutelare, più complesso è comprendere quella forma di protezione che è mediatamente e indirettamente funzionale a proteggere il bene culturale già tutelato in via diretta, attraverso la creazione di quella che viene definita una fascia di rispetto all'interno della quale opereranno le più variegate prescrizioni su immobili (non di pregio) e/o attività in varia guisa e misura a esso collegati.

Pertanto, mentre il vincolo diretto opera e ha ad oggetto il bene di pregio, i vincoli indiretti operano su beni che non sono e non possono essere di pregio e tuttavia hanno ad oggetto il (completamento della disciplina del) bene di pregio.

Dottrina e giurisprudenza ammettono che tali forme di protezione, nominate vincoli indiretti, una volta apposte creano una zona (o fascia) di rispetto del bene culturale tutelato dal vincolo (diretto), sebbene a ben guardare non sia del tutto assimilabile alle altre zone di rispetto quali ad esempio quelle idriche o urbanistiche⁵. Pertanto uno dei temi di maggior complessità attiene alla esatta individuazione e perimetrazione della fascia di rispetto, per modo che una volta individuata essa sia effettivamente funzionale a tutelare il bene di pregio nel rigoroso rispetto degli obiettivi di tutela prescritti tassativamente dall'art. 45 del Codice⁶, e allo stesso tempo non frustri eccessivamente sia le esigenze urbanistico-edilizie, che comunque risultano soccombenti rispetto al vincolo indiretto, sia le esigenze e i diritti dei privati.

Da rilevare che proprio le prescrizioni del vincolo indiretto, che possono avere il contenuto più ampio e disparato –arrivando fino all'inedificabilità assoluta o all'inibizione di attività imprenditoriali–, e che portano dottrina e giurisprudenza a qualificarle atipiche, impongono una chiara e quanto più oggettiva possibile perimetrazione della zona da sottoporre a vincolo indiretto. La fascia di rispetto viene però perimetrata sulla base di nozioni che tuttavia appaiono flessibili e indefinite quali, ad esempio, vicinanza e contiguità. Concetti giuridici indeterminati (o se si preferisce nozioni indefinite) che, a seconda di come vengono declinati dall'amministrazione procedente, possono ampliare o restringere la zona di rispetto nel limite (generico e nei fatti difficilmente sindacabile) della discrezionalità-tecnica, come costantemente affermato in giurisprudenza. In altre parole, l'ampiezza dei vincoli indiretti –che colpiscono beni non di pregio culturale– è tarata facendo riferimento a nozioni e concetti indeterminati e dunque per natura flessibili. La caratteristica di indeterminatezza dei concetti sui quali si coagula la tutela indiretta (vicinanza, contiguità, cornice ambientale, luce, prospettiva, veduta), se da un lato presenta aspetti di rilevante favore per il bene culturale oggetto di tutela (diretta), di contro, laddove eccessivamente estesi, può frustrare i diritti di proprietà o di godimento dei cittadini "limitrofi", ma anche eventuali pianificazioni urbanistiche che in precedenza avevano determinato indici di edificabilità di uno o più immobili, in sintesi di tutti quei beni e attività, pubblici o privati, che si trovino nella zona di rispetto. Appare questo un profilo di criticità che unitamente all'ampiezza delle prescrizioni che possono essere imposte coi vincoli indiretti, va a penalizzare oltre modo beni immobili e finanche attività imprenditoriali che risultano (asseritamente) contigue o vicine al bene culturale tutelato, a seguito di un (preteso) apprezzamento discrezionale(-tecnico) da parte dell'amministrazione competente. In sostanza non si ha una determinazione prestabilita e oggettiva circa l'ampiezza della fascia di rispetto⁷, essendo questa rimessa alla valutazione (a ben guardare più soggettiva che) tecnica dell'amministrazione.

La concreta determinazione della tutela indiretta passa dunque per una complessa valutazione che si attua per fasi parallele e allo stesso tempo sovrapposte.

Infatti, la determinazione del perimetro della zona di rispetto, che significa in buona sostanza l'individuazione dell'"ambito spaziale" (per fornire una locuzione neutra) non di pregio da sottoporre a prescrizioni, dipende in prima battuta dall'oggetto di tutela che l'amministrazione

⁵ Infatti, per quanto riguarda le zone di rispetto idriche è direttamente prestabilito per legge sia l'oggetto per cui è prevista la tutela (il corso d'acqua), sia l'ampiezza minima della fascia; non diversamente per quanto avviene in materia urbanistica quali ad esempio quelle stradale, ferroviaria, cimiteriale, quella riferita alle aree limitrofe gli aeroporti. Anche in tal caso, tuttavia, è ben chiaro l'oggetto di tutela, le distanze e l'ampiezza della fascia di rispetto e i limiti legali.

⁶ In tema, ma *amplius infra*, l'orientamento è ormai costante. La prima pronuncia che ha affermato la necessità di adeguata motivazione del vincolo in rapporto alla finalità ed estensione sembra potersi individuare in Cons. Stato, Sez. VI, 9 febbraio 1956, n. 96, in *Giur. it.*, 1956, III, c. 133, con nota di E. GUICCIARDI, *ivi*.

discrezionalmente intende perseguire e dunque l'integrità, la prospettiva, la luce o le condizioni di ambiente e di decoro.

Tale prima fase risulta essenziale per determinare, da un lato, l'ampiezza della fascia di rispetto, dall'altro per definire le prescrizioni (atipiche) che andranno a colpire i beni immobili e le attività ricomprese nella fascia di rispetto. A tali segmenti andrebbe poi sovrapposta la necessità di individuare misure alternative o meno impattanti sulle situazioni giuridiche dei soggetti (pubblici o privati) che si vedranno gravati dal vincolo indiretto⁸.

Provando a fornire un ordine procedimentale sarebbe opportuno che l'amministrazione determinasse previamente il tipo di tutela che intende perseguire vincolando "spazi" non di pregio in relazione al bene tutelato, conseguentemente perimetrare l'ampiezza della fascia di rispetto e solo successivamente indicasse le puntuali prescrizioni che vanno ad integrare il vincolo indiretto.

Utilizzando tale schema appare chiaramente complessa la qualificazione dell'attività amministrativa, se essa debba essere considerata discrezionale, ovvero discrezionale tecnica. La giurisprudenza sul punto sembra essersi attestata su una posizione monolitica che qualifica la scelta dell'amministrazione basata esclusivamente su discrezionalità tecnica⁹, mentre la dottrina sembra propendere per l'affermazione di una scelta discrezionale o mista¹⁰.

Appare chiaro, già da tali prime battute, come il vincolo indiretto presenti problematiche di non poco momento circa la tutela dei diritti dei privati sia inerenti alla proprietà, sia le attività imprenditoriali.

D'altronde l'alto numero di contenziosi (sviluppati soprattutto a partire dalla metà degli anni '50 del Novecento) che hanno ad oggetto i vincoli indiretti, dimostra che sovente il cittadino percepisce, a torto o a ragione, una indebita invasione della propria situazione giuridica soggettiva.

A riguardo vale la pena rammentare che la c.d. tutela indiretta ha un'origine legislativa remota in quanto era già stata prevista dall'art. 21 della legge 1° giugno 1939, n. 1089¹¹. Tale articolo è stato poi trasfuso nell'art. 49 del d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 e infine nell'art. 45 del vigente Codice¹². Non si può inoltre non rilevare come la giurisprudenza abbia contribuito non poco a conformare una norma – rimasta sostanzialmente invariata – dal 1939 a oggi. Pertanto, vi sono orientamenti ormai costanti e formati nel corso del tempo già a partire dalla metà degli anni '50 del Novecento.

Il contributo della giurisprudenza, molto più di quello dottrinario, che tuttavia in alcuni casi ha avuto la capacità di stimolare il giudice amministrativo, è stato essenziale in tale materia nella quale, riprendendo i (risalenti, ma per certi versi ancora attuali) severi ammonimenti di alcuni autorevoli studiosi, è nelle mani di un'amministrazione che emana provvedimenti di forte impatto vincolistico con «tanta facilità da rasentare talvolta, agli occhi del profano, il capriccio o quantomeno la deformazione professionale»¹³.

⁷ Appare fin troppo chiara l'assonanza dei concetti di vicinanza e contiguità ex art. 45 Codice con la diversa, ma allo stesso tempo affine, nozione di *vicinitas*, la quale elaborata in giurisprudenza come condizione dell'azione, ha da sempre scontato la difficoltà di indicare in modo incontrovertibile chi possa vantare la *vicinitas* per impugnare un provvedimento edilizio. Numerosi sono gli orientamenti giurisprudenziali che hanno mostrato di apprezzare il concetto di *vicinitas* in modo difforme e non sempre omogeneo, sia sul piano sostanziale, sia su quello spiccatamente processuale. Sul piano processuale il campo era diviso tra l'orientamento secondo il quale la *vicinitas* è criterio idoneo a legittimare l'impugnazione di singoli titoli edilizi e assorbe in sé anche il profilo dell'interesse al ricorso; e l'altro per cui la *vicinitas* da sola non basta a fondare anche l'interesse, dovendo il ricorrente fornire la prova concreta di un pregiudizio sofferto. Su tale ultimo punto è intervenuta C. Stato, ad. plen., 9 dicembre 2021, n. 22, in *giustizia-amministrativa.it*. La plenaria (punto 6 in diritto) fornisce anche una definizione di *vicinitas* sul piano sostanziale definendola come «stretto collegamento tra la (proprietà di) parte ricorrente e l'area oggetto dell'intervento edilizio, trattandosi di immobili direttamente e immediatamente confinanti, sebbene la violazione, ossia il mancato rispetto delle distanze, come ricordato in premessa, si abbia non nei confronti dell'edificio di parte ricorrente ma di quello di chi a sua volta confina dall'altro lato con quello confinante».

Appare evidente la eccessiva volatilità della nozione sin troppo facile da (ri)maneggiare e poco stabile.

⁸ Si potrebbe opinare che anche in tal caso l'amministrazione debba vagliare una c.d. "opzione zero".

⁹ In tal senso da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, in *giustizia-amministrativa.it*. *Infra* per una più ampia indicazione di pronunce in tal senso.

¹⁰ In tal senso R. COLONNA, *La tutela ambientale dei beni culturali: riflessioni sulla natura giuridica del c.d. vincolo indiretto ex art. 21 legge n. 1089 del 1939*, in *Riv. giur. edilizia*, 1996, II, p. 75 ss.; L. CASOLI, *Altre forme di protezione*, in E. Follieri (a cura di), *Il diritto dei beni culturali e del paesaggio*, I, *I beni culturali*, cit., p. 160-161; A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 374-375.

¹¹ M. GRISOLIA, *La disciplina dei monumenti nel nuovo codice in rapporto alla legislazione speciale*, in *Dir. beni pubbl.*, 1941, p. 313 ss.; ID., *La protezione dell'ambiente municipale*, in *Corr. amm.*, 1953, p. 41 ss.; M. CANTUCCI, *La tutela delle cose di interesse artistico e storico nella giurisprudenza e nella dottrina*, Napoli, 1968, p. 27 ss.

Pertanto, sin da subito è stato apprezzato lo sforzo giurisprudenziale che «ha dovuto da qualche tempo adoperarsi per ricondurre l'Amministrazione ad un uso più accettabile dei suoi poteri»¹⁴. Vero è che è mutato l'approccio sociale verso i beni culturali e artistici e maggiore è la sensibilità di ognuno per la tutela dei beni di pregio e per i valori che essi rappresentano, vero altresì che i concetti di cultura e arte sono essi stessi dinamici e che l'amministrazione possa in maniera forse eccessivamente integralista qualificare beni di pregio artistico o culturale anche beni che sono socialmente non identificati come tali, ma viceversa sono considerati "mostri edilizi". Vero è che il compito dell'amministrazione è "pre-vedere" il contenuto artistico o culturale di un immobile, ma spesso tale "pre-visione" dipende più da intime convinzioni del decidente o da mode passeggere, che da reali e intimamente esistenti caratteristiche artistico-culturali.

È l'intima essenza della cultura e dell'arte che si modifica e allo stesso tempo modifica le linee e i gusti, e dunque è sfuggente proprio il valore costituzionale tutelato con la conseguenza che è ampissimo lo *spatium deliberandi* dell'amministrazione procedente nell'indicare quale bene sia di pregio, e, correlativamente, quali vincoli indiretti debbano essere previsti per tutelare il contesto del bene di pregio.

Con ciò si vuole dire che se da un lato si condivide l'ampia flessibilità della tutela indiretta, al fine di garantire valori costituzionali, peraltro in un Paese ricco di beni culturali come l'Italia, dall'altro la eccessiva ampiezza dei poteri attribuiti all'amministrazione, non corredata da un sindacato giurisdizionale più profondo e da effettivi controbilanciamenti all'esercizio del potere vincolistico, porteranno certamente, prima o poi, a qualificare beni di pregio immobili che sono ben lontani dall'incarnare lo specifico valore immateriale che qualifica il bene culturale.

A ciò si aggiunga che l'ampiezza di poteri, va a incidere pesantemente su diritti di soggetti che hanno l'unica "colpa" di essere proprietari di immobili che vengono discrezionalmente ricompresi nella "cornice ambientale" del bene di pregio. Come a dire oltre al danno si aggiunge la beffa: dover guardare un "mostro edilizio" e subire limitazioni per la sua tutela.

La precedente legge 20 giugno 1909, n. 364 aveva una norma simile, ma di minore impatto in quanto a differenza dell'art. 21 della legge Bottai e oggi dell'art. 45 del Codice, che possono imporre limitazioni anche sull'esistente, invece prevedeva limitazioni solo per le nuove costruzioni. L'art. 14 della legge del 1909 statuiva infatti che nei «Comuni, nei quali si trovano cose immobili soggette alle disposizioni della presente legge, possono essere prescritte, nei casi di nuove costruzioni, ricostruzioni, piani regolatori, le distanze, le misure e le altre norme necessarie allo scopo che le nuove opere non danneggino la prospettiva o la luce richiesta dai monumenti stessi». Sul punto si condivide A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 367. Rimarca le differenze tra l'art. 14, l. n. 364/1909 e art. 21, l. n. 1089/1939, D. VAIANO, *Altre forme di protezione*, cit., p. 360. Da notare che invece una non recentissima pronuncia, invero non proprio precisa, ha affermato che l'art. 45, d.lgs. n. 42/2004 si pone in linea di assoluta continuità, anche testuale, con le previgenti disposizioni del testo unico in materia di beni culturali (art. 49, d.lgs. n. 490/1999), e, ancor prima, della legge "sulla tutela delle cose d'interesse artistico e storico" (art. 21, l. n. 1089/1939) -sul punto *nulla quaestio*- prosegui tuttavia rilevando la continuità anche con l'art. 14, l. n. 364/1909. Inoltre ivi si afferma che trattasi di una disposizione di meditata elaborazione legislativa, la cui genesi sarebbe da ricondurre ai lavori del congresso internazionale degli architetti e tecnici dei monumenti, tenutosi a Venezia nel 1964, in esito al quale fu emanata la cd. "Carta internazionale del restauro", nella quale è stato valorizzato un concetto di tutela del patrimonio culturale esteso al contesto urbano e territoriale, espresso nell'art. 6, in tal senso T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 29 maggio 2013, n. 1389, in *Foro amm. T.A.R.*, 2013, p. 1446. Se la prima affermazione non pare revocabile in dubbio, ossia la continuità tra l'art. 21 l. n. 1089/1939, l'art. 49 d.lgs. n. 490/1999 e l'art. 45 Codice, come dimostra peraltro anche la continuità degli orientamenti giurisprudenziali formati a partire dal citato art. 21; meno condivisibile pare la ulteriore affermazione della continuità con l'art. 14, l. n. 364/1909 (per le considerazioni sinteticamente espresse) e altresì il fatto che la disposizione debba la propria genesi al Congresso di Venezia del 1964 semplicemente in forza di una constatazione diacronica. In sostanza l'affermazione della continuità tra l'art. 21 del 1909 e il 45 Codice smentisce in radice la sua genesi nel 1964.

Va inoltre rilevato che la legge n. 364/1909 all'art. 16 comma 2 attribuiva la facoltà di creare zone di rispetto per evitare la costruzione di nuove opere in prossimità di monumenti a detrimento della luce e della prospettiva a essi indispensabili, in tal senso, Cass., 15 febbraio 1944, in *Rep. Foro it.*, 1943-45, alla voce *Monumento pubblico*, n. 8.

¹² Sulla continuità tra gli artt. 21, l. n. 1089/1909, 49, d.lgs. n. 490/1999 e art. 45 del Codice non sembra si possano porre soverchi dubbi. In tal senso *ex pluribus*, C. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in *Foro amm.*, 2014, p. 2021. Anche sul punto si condivide A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 367.

¹³ Così E. GUICCIARDI, cit., c. 134. Affermazione confermata e rincarata dallo stesso A., *Tutela diretta e tutela indiretta delle cose di interesse artistico*, cit., ove afferma che la «scarsa propensione dell'Amministrazione artistica a rendersi conto del senso giuridico, e pertanto dei limiti, dei poteri di cui si trova investita, e a prevalersi invece della allettante insindacabilità nel merito del loro esercizio, che non di rado appare quindi determinato da valutazioni irragionevoli o manifestamente erranee, o da ragioni di puntiglio, o da altro ancora», (c. 209). In senso non dissimile, M. GRISOLIA, *In tema di zone di rispetto di monumenti*, cit., c. 383, il quale ha utilizzato termini certamente più moderati, ma non meno incisivi.

¹⁴ E. GUICCIARDI, cit., c. 134; nello stesso senso M. GRISOLIA, *op. ult. cit.*, c. 384.

Pertanto, pur condividendo gli orientamenti giurisprudenziali che ormai costantemente predicano la proporzionalità degli interventi e la loro ragionevolezza, sembra necessario che si esca dall'impasse della discrezionalità tecnica come strumento per giustificare le scelte dell'amministrazione¹⁵. È necessario che la giurisprudenza faccia finalmente un passo avanti verso un sindacato intrinseco e pieno, che lungi dal sovrapporsi alle scelte dell'amministrazione, ne possa vagliare l'intimo perseguimento dell'interesse pubblico, tanto più laddove l'amministrazione abbia poteri così ampi e vaghi che possa di fatto qualificare, definire e conformare ogni cosa. Pertanto, la giurisprudenza Meglio avrebbe potuto fare sul versante del sindacato intrinseco e nella effettiva applicazione di quei principi che, come si vedrà, alle volte sono stati "capovolti" sul piano pratico. È certamente con un sindacato giurisdizionale pieno, più che con la previsione di un indennizzo, utile quantomeno come deterrente per un abusivo esercizio di integralismo artistico-culturale, che il cittadino potrà accettare limitazioni ai propri diritti per la tutela di un valore superiore.

2. Il rapporto tra bene direttamente tutelato e beni (non culturali) vincolati: asservimento e zona di rispetto.

Si è rilevato che il vincolo indiretto è funzionale a tutelare mediamente il bene culturale in quanto tende sostanzialmente a riconoscere e mantenere inalterato l'ambito spaziale nel quale il bene è incastonato. In tal modo il vincolo indiretto diviene una forma di completamento della tutela del bene culturale che è il vero e unico protagonista della tutela culturale¹⁶. L'obiettivo è dunque quello di fornire una tutela più organica al bene direttamente tutelato, in quanto si ritiene che tale bene mantenga il proprio valore culturale anche in considerazione e in relazione ai beni a esso circostanti¹⁷. Per questo attraverso il vincolo indiretto si introducono zone di rispetto entro le quali, a tutela della luce, della prospettiva, delle condizioni di ambiente e di decoro si possano adottare le più ampie misure possibili. Le zone di rispetto diventano il contenitore di beni in esse ricomprese che diventano strumentali al bene culturale, e, infatti i provvedimenti vanno a colpire beni diversi da quello di pregio, in quanto a questo funzionalmente collegati¹⁸. Pertanto, il vincolo indiretto non deve essere imposto su aree interessate da beni di diretto rilievo artistico e culturale, riguardando aree non dotate di specifico rilievo ma tali che una utilizzazione illimitata verrebbe ad alterare la luce, la prospettiva e l'ambiente di edifici di diretto interesse archeologico, storico ed artistico¹⁹. Tanto che si ritiene che le prescrizioni relative al vincolo indiretto presuppongano un decreto di vincolo (diretto) di un bene ritenuto di rilevante interesse artistico o storico, ponendosi rispetto a questo in relazione di accessorietà, con la conseguenza che la mancanza del bene principale, non consentendo nell'individuazione del rapporto tra questo e le misure accessorie, rende prive di ragione quest'ultime. E dunque è chiara la necessità di evidenziare il rapporto di complementarità tra i due vincoli (diretto e indiretto).

In tale quadro si ritiene che l'amministrazione possa vincolare beni che, seppur privi di valore storico artistico, sono a questi legati al fine di garantirne il decoro anche sotto l'aspetto ambientale.

¹⁵ Sul punto l'orientamento è consolidato nell'affermare che l'imposizione dei vincoli indiretti è conseguente ad una valutazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione, in quanto -stando alla tesi- questa soggiace a precisi limiti enucleabili nel generale concetto di logicità e razionalità dell'azione amministrativa (onde evitare che la vincolatività indiretta, accessoria e strumentale potesse trasformarsi in una vincolatività generale e indifferenziata); al principio di proporzionalità (congruità del mezzo rispetto al fine perseguito), alla specifica valutazione dell'interesse pubblico "particolare" perseguito ed alla necessità che nella motivazione provvedimento sia chiaramente espressa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato del vincolo indiretto, in tal senso da ultimo Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, cit.; 20 settembre 2005 n. 4866; Id., 8 settembre 2009 n. 5264, in *giustizia-amministrativa.it*.

¹⁶ Sulla denominazione del vincolo indiretto come vincolo di completamento, A. MANSI, *Il nuovo testo unico per i beni culturali e ambientali*, Padova, 2000, p. 99. C. Stato, Sez. VI, 7 dicembre 1994, n. 1745, in *Riv. giur. edilizia*, 1995, I, p. 455.

¹⁷ In tema C. Stato, Sez. VI, 9 gennaio 2013, n. 61, in *Foro amm. CDS*, 2013, p. 219 con la quale si è statuito che il vincolo indiretto è preordinato a tutelare l'integrità dei beni immobili che siano stati già riconosciuti di interesse culturale, la difesa della prospettiva e della luce degli stessi, la cura delle relative condizioni di ambiente e di decoro; ne consegue che presupposto necessario per la legittimità del decreto impositivo di vincolo indiretto è l'esatta individuazione ed estensione del bene storico-artistico da tutelare e che in nessun modo il vincolo indiretto può essere imposto con la sola finalità di impedire le modificazioni del territorio storicamente conformato.

¹⁸ A. CROSETTI, *Sub art. 45*, cit., p. 367.

¹⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 22 agosto 1991, n. 524, in *Riv. giur. edilizia*, 1992, I, p. 136, nello stesso senso T.A.R. Campania, Salerno, 29 ottobre 1993, n. 549, in *Foro amm.*, 1994, p. 921, ove si mette chiaramente in evidenza il rapporto di accessorietà tra i vincoli diretto e indiretto; Cons. Stato, Sez. VI, 19 aprile 1996, n. 580, in *Giur. it.*, 1996, III, I, c. 595; Id., 11 ottobre 1996, n. 1316, in *Cons. Stato*, 1996, I, p. 1546.

Si ammette dunque la possibilità di impedire la realizzazione di opere site nelle vicinanze, collidenti con il valore storico e artistico che i beni hanno acquisito nel tempo a garanzia della visibilità, integrità e decoro²⁰.

Pertanto, uno dei punti di maggior complessità attiene alla esatta perimetrazione della zona di rispetto e dunque dei beni non di pregio che saranno sottoposti a vincolo²¹.

L'ampiezza della zona di rispetto non è predeterminabile in base a parametri oggettivi, ma rimessa esclusivamente all'apprezzamento definito tecnico dell'amministrazione che, tuttavia, si basa su concetti giuridici indeterminati quali la tutela dell'integrità dei beni culturali immobili, e con l'obiettivo di tutelarne la prospettiva o la luce ovvero le condizioni di ambiente e di decoro²², con il limite, da apprezzare di volta in volta, che il vincolo indiretto non possa avere finalità esclusive di tutelare l'ambiente circostante, senza che la tutela sia asservita a un bene direttamente tutelato²³.

Tale indeterminazione di concetti, e il loro apprezzamento ha condotto sovente l'amministrazione a vincolare indirettamente ampie zone peraltro non necessariamente vicine. Si affermò sin da subito l'orientamento in forza del quale l'ampiezza della zona di rispetto non debba essere valutata in astratto, ma in rapporto alla natura, alle caratteristiche e all'ubicazione dei singoli beni²⁴.

La giurisprudenza amministrativa nel corso del tempo ha fornito diverse indicazioni che hanno aiutato a dare maggiore chiarezza; di contro, essa ha tuttavia reso maggiormente complessa la perimetrazione allorquando ha utilizzato in modo alternativo le nozioni di vicinanza, contiguità, adiacenza, e altri sinonimi²⁵.

Infatti, sovente è dato ritrovare pronunce ove si afferma che il vincolo indiretto può essere apposto su aree territoriali circoscritte, caratterizzate dalla loro contiguità con il bene vincolato; viceversa, in altre, la nozione di contiguità è stata allargata fino a far scomparire il concetto di vicinanza fisica o storica, ammettendo così che il vincolo indiretto possa colpire anche immobili siti in zone non fisicamente contigue²⁶. Queste due posizioni convivono e vengono entrambe parallelamente confermate. Pertanto, in alcune ipotesi si ammette la correttezza della perimetrazione della fascia rispetto con riferimento a nozioni che denotano una continuità dell'ambiente in senso fisico o identità di stilemi culturali (storici o artistici); di contro, e contestualmente alle precedenti ipotesi si ritengono legittime perimetrazioni che prescindono dalla distanza fisica rispetto al bene tutelato, e dalla continuità di stilemi. In tal modo si afferma che il vincolo indiretto è applicabile a tutti gli immobili che si trovino nelle adiacenze del monumento da tutelare, anche se non contigui ad esso, ma separati, ad esempio, da una via pubblica o da un giardino²⁷, purchè caratterizzati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale²⁸.

La giurisprudenza pur confermando che la non contiguità dell'area non impedisce l'apposizione di un vincolo indiretto²⁹, ha individuato il limite nel fatto che qualora le esigenze di tutela del bene culturale vincolato comportino la necessità di disciplinare una vasta porzione di territorio non si può utilizzare lo strumento del vincolo indiretto ma occorre fare ricorso alla strumentazione di piano³⁰.

Pertanto, il parametro per valutare se l'area possa essere tutelata con vincolo indiretto o strumento pianificatorio, non è né fisico, né storico-artistico, ma diviene l'interesse effettivamente tutelato: se questo è la salvaguardia di un'area nella quale sia solo ricompreso il

²⁰ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 2 novembre 1989, n. 1534, in *Foro amm.*, 1990, p. 1579; C. Stato, Sez. VI, 25 febbraio 1998, n. 215, in *Cons. Stato*, 1998, I, p. 286.

²¹ Cons. Stato, Sez. VI, 24 agosto 1992, n. 615, in *Riv. amm. R. It.*, 1992, p. 1345 ove si afferma che provvedimento di imposizione di vincolo indiretto su area di interesse archeologico diretto a disporre una fascia di rispetto per la visibilità e godibilità del bene archeologico costituente oggetto di vincolo diretto.

²² Rileva T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 16 febbraio 2006, n. 1171, in *Foro amm. TAR*, 2006, p. che la determinazione del suo contenuto e della delimitazione della estensione del vincolo appartiene alla sfera di discrezionalità tecnica dell'autorità procedente, in ragione dell'elasticità e dell'indeterminatezza dei parametri tecnici delle discipline storiche ed archeologiche.

²³ Cons. Stato, Sez. VI, 22 ottobre 1958, n. 784, in *Foro it.*, 1959, III, c. 46; Id. 19 ottobre 1960, n. 765, in *Cons. Stato*, 1960, I, p. 1843.

²⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 1964, n. 1301, in *Cons. Stato*, 1964, I, p. 1931.

²⁵ A ciò si aggiunga che, stando all'impostazione consolidata, non rileva necessariamente la mera distanza fisica.

²⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 1961, in *Cons. Stato*, 1961, I, p. 2000.

²⁷ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 24 luglio 1986, n. 1220, in *Foro amm.*, 1987, p. 281.

²⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, in *Foro amm.*, 2014, p. 2021; Id., 28 dicembre 2017, n. 6142, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁹ Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 1966, n. 711, in *Cons. Stato*, 1966, I, p. 1669.

bene culturale, allora lo strumento non è la zona di rispetto, ma la pianificazione. È stato, tuttavia, evidenziato che esula dai contenuti del vincolo indiretto l'interesse alla conservazione delle bellezze panoramiche che si godono dai beni vincolati³¹.

Come ulteriore limite si è rilevato che l'esigenza di assicurare la prospettiva o la luce o le condizioni di ambiente e di decoro dei beni di interesse artistico o storico non può condurre all'imposizione di vincoli sproporzionati rispetto alla consistenza di tali beni; con la conseguenza che deve ritenersi illegittimo il vincolo indiretto apposto su un terreno prossimo ai reperti meno appariscenti di un complesso archeologico con il dichiarato fine "di non alterare le prospettive e i temi visuali", e ciò in quanto tale finalità è estranea a quelle per cui è conferito il potere di vincolo indiretto³².

È stata, ancora, riconosciuta, la legittimità del vincolo disposto su un intero comprensorio archeologico, caratterizzato dall'esistenza nel sottosuolo di beni culturali (i.e. catacombe), e non limitato al solo soprassuolo, o su cui insistono costruzioni di pari interesse. Ne consegue che l'amministrazione esercita il potere discrezionale in relazione alle situazioni ambientali, alla natura, alla collocazione, alla quantità di beni e a ogni altro elemento diretto a migliorarne l'utilizzo e la tutela; potendo la stessa apporre un vincolo unico –anziché una pluralità di vincoli aventi per oggetto i singoli monumenti– su una zona intera del comprensorio archeologico relativa alla parte centrale e originaria della città antica³³.

La giurisprudenza ha coniato il concetto di cornice ambientale, che rappresenta lo spazio intorno al bene direttamente tutelato e che ne diviene elemento servente. Tuttavia, tale locuzione anziché oggettivizzare il perimetro lo rende ancora più elastico in quanto si riesce a prescindere dalle nozioni di vicinanza e contiguità, in favore di una indefinita relazione tra bene di pregio e beni circostanti. Più nel dettaglio si afferma in giurisprudenza che il vincolo indiretto è posto a salvaguardia delle condizioni di ambiente e decoro delle cose immobili tutelate dal Codice, che devono essere stabilite con riguardo alla globale consistenza della c.d. cornice ambientale, la quale, si può estendere fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, ma in prossimità del bene monumentale, che sia con questo in una relazione tale che la sua manomissione sia idonea, secondo una valutazione ampiamente discrezionale dell'autorità, ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali che connotano lo spazio circostante. In tale ampia nozione dunque si attribuisce rilievo, ad esempio, anche alla continuità storica e tradizionale fra il monumento e gli edifici che lo circondano³⁴.

Con riferimento alla ampiezza della zona di rispetto, si può ritenere che avuto riguardo alla finalità della tutela indiretta, che è funzionale alla protezione dei caratteri e del contesto del bene soggetto al vincolo diretto, essa opera attraverso prescrizioni destinate alle aree o agli edifici circostanti, non necessariamente confinanti, tese a garantire il mantenimento dell'integrità, della prospettiva, della luce, delle condizioni di ambiente e decoro.

Viene così dilatata la nozione di cornice ambientale consentendo che la tutela "indiretta" possa essere ammessa per garantire la conservazione materiale e la visibilità complessiva del bene culturale, preservandolo da antropizzazioni in contrasto con il suo stile e il suo significato storico-artistico, assicurando in tal modo la continuità storica e stilistica tra il monumento e la situazione ambientale in cui è contestualizzato³⁵.

³⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 29 aprile 2008, n. 1939, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, I, p. 1161 e più in particolare ha rilevato che il vincolo indiretto è finalizzato alla tutela di un specifico bene culturale; viceversa qualora l'esigenza di tutela non sia strettamente legata ad uno specifico bene culturale ed occorra salvaguardare un'area vasta, il cui pregio è solo sottolineato dalla presenza, al suo interno, di uno o più singoli beni di interesse culturale, la legge impone l'adozione dello strumento di programmazione dell'uso del territorio costituito dal piano paesaggistico; Id., 9 aprile 1998, n. 460, in *Riv. giur. edilizia*, 1998, I, p. 948.

³¹ Cons. giust. amm. Sicilia, 8 aprile 2021, n. 297, in *leggiditalia.it*.

³² Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 1986, n. 758, in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, p.249; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 29 gennaio 2014, n. 1155, in *Foro amm.*, 2014, p. 279

³³ T.A.R. Lazio sez. II - 27/01/1990, n. 238, in *Foro it.*, 1991, III, c. 34

³⁴ In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 aprile 2011, n. 2354, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 1299; Id., 3 aprile 2002, n. 1855, in *Foro amm. CDS*, 2002, p. 953; Id., 9 giugno 1993, n. 420, in *Cons. Stato*, 1993, I, p. 741, ove si riprende la nozione già indicata da T.A.R. Piemonte, 11 ottobre 1978, n. 487, in *Rass. Avv. Stato*, 1979, p. 168; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 7 marzo 2007, n. 724, in *Foro amm. TAR*, 2007, p. 1119; Cons. Stato, Sez. VI, 23 maggio 2006, n. 3078, *Foro amm. CDS*, 2006, p. 1544; Id., 27 novembre 1997, n. 1754, in *Foro amm.*, 1997, p. 3115.

³⁵ T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 9 giugno 2020, n. 436, in *Riv. giur. edilizia*, 2020, I, p. 1006; Cons. Stato, Sez. VI, 10 gennaio 2018, n.100, in *Foro amm.*, 2018, p. 24

Si può ritenere, dunque, stando all'insegnamento giurisprudenziale, che la perimetrazione della cornice ambientale del vincolo indiretto debba recare le seguenti indicazioni: esso viene imposto su beni o aree circostanti quelli sottoposti a vincolo diretto, per garantirne una migliore visibilità e fruizione collettiva, o migliori condizioni ambientali e di decoro³⁶; il vincolo indiretto può essere imposto anche per finalità di tipo ambientale, purché non siano esclusive, ed il provvedimento di imposizione deve indicare il bene oggetto di vincolo, le cose in funzione delle quali il vincolo indiretto è imposto, il rapporto di complementarità fra le misure limitative ed il fine pubblico perseguito, le ragioni di adozione della misura limitativa³⁷.

Dalla ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali, risulta evidente che anche la distanza del bene vincolato, o l'ampiezza della zona di rispetto, va calibrata rispetto all'interesse che l'amministrazione dei beni culturali intende tutelare. Pertanto, se l'oggetto della tutela è il decoro, la zona di rispetto sarà fisiologicamente più ristretta e la contiguità assumerà una connotazione più rigida; viceversa se la tutela ha ad oggetto la luce o la prospettiva, potranno subire un vincolo indiretto tutti quegli immobili che si trovino nel raggio dal quale si prende la prospettiva o la luce; pertanto in tale secondo caso la nozione di vicinanza sarà da intendere in senso molto più lato.

Si può ritenere, dunque, che l'estensione della tutela indiretta del bene storico-artistico non è questione che possa essere risolta in termini puramente quantitativi, dovendo, al contrario, essere valutata caso per caso, in ragione delle caratteristiche proprie del bene da tutelare, della sua importanza storicoartistica e delle caratteristiche dei luoghi.

Appare dunque evidente che la perimetrazione della zona di rispetto del bene direttamente tutelato, ancorandosi a concetti indeterminati e rimessi all'esclusivo apprezzamento tecnico discrezionale dell'amministrazione, non si basa su parametri oggettivi e predeterminati, e dunque trova i propri limiti nell'ambito dell'apprezzamento della legittimità sull'esercizio del potere.

Provando invece a trarre delle considerazioni di carattere generale sulla base degli orientamenti richiamati sembra che si possa ritenere che debba sussistere un rapporto di complementarità tra beni direttamente tutelati e beni che rientrano nel suo "ambito spaziale", tale per cui i secondi sono in funzione della tutela dei primi. Come accennato in dottrina di parla sovente di tutela di completamento e ciò in forza del concetto di asservimento del bene gravato da vincolo indiretto al bene di pregio. Se appare condivisibile la nozione di asservimento occorre verificare lo strumento attraverso il quale viene imposto tale asservimento. Tale punto non è stato particolarmente analizzato in dottrina, ma sembrano doversi condividere le considerazioni di autorevole dottrina che ha rilevato che i vincoli indiretti vengono apposti con atto amministrativo discrezionale con contenuto costitutivo e non dichiarativo³⁸. Pertanto, che si voglia affermare che i vincoli indiretti costituiscono limitazioni legali o servitù, ovvero limitazioni legali con imposizioni di servitù, essi non sono direttamente determinati dalla legge, ma discendono da provvedimenti amministrativi che gravano *ex novo* immobili, precedentemente liberi, e che solo a seguito del riconoscimento (tramite operazione valutativa e non accertativa) della loro complementarità con il bene di pregio, vengono vincolati.

Tale precisazione sembra necessaria per chiarire la distinzione, anche a fini indennitari, dei vincoli indiretti da quelli diretti. Se per i vincoli diretti vale l'affermazione risalente (e tutt'ora seguita) della Corte costituzionale secondo cui essi sono meramente accertati, con atto amministrativo, beni di pregio; viceversa i beni gravati da tutela indiretta non hanno *qualitas* di pregio prima dell'apposizione del vincolo e non mutano tale aspetto dopo l'apposizione della tutela indiretta. Pertanto l'apposizione dei vincoli indiretti, affidata ad ampio apprezzamento discrezionale (da vedere se anche tecnico) dell'amministrazione mantengono l'identità non di pregio, ma nonostante ciò su di essi vengono costituiti vincoli tanto stringenti che possono arrivare fino all'eliminazione dello *ius aedificandi* (magari anche assentito), senza alcun ristoro.

Ulteriore elemento da considerare è il fatto che si ritiene che, in quanto servitù legali, unilateralmente imposte, le prescrizioni dei vincoli indiretti si traducano solo apparentemente in obblighi di *non facere* o di *pati*, mentre tuttavia, a ben guardare, spesso hanno in concreto risvolti attivi, soprattutto per quelle prescrizioni che non comprimono definitivamente lo *ius aedificandi*.

³⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 1996, n. 1316, cit.

³⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 6 settembre 2002 n. 4566, in *giustizia-amministrativa.it*.

³⁸ In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Beni culturali, diritti collettivi e proprietà pubblica*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, I, cit., p. 147-148.

È sufficiente por mente all'esigenza di mantenere una data coltivazione che impone al proprietario di attivarsi per mantenerla e manutenerla; o ancora alla imposizione del mantenimento di stilemi architettonici e qualitativi di costruzione che impongono sborsi economici sicuramente maggiori di materiali e stilemi più semplici. Pertanto, le prescrizioni del vincolo indiretto limitando l'esistente conformano il futuro, imponendo attività non un mero *patis* a carico del soggetto gravato da vincolo indiretto.

In tale accezione non pare peregrina quella teoria che ha tentato di ricostruire la natura di tali vincoli alla stregua di provvedimenti ablatori personali laddove, a ben guardare, essi hanno contenuti sia positivi sia negativi³⁹.

Infine, merita rilevare che i provvedimenti di vincolo indiretto possono essere doppiati da successivi provvedimenti che possono ampliare la zona di rispetto o modificare le prescrizioni già dettate.

3. Contenuto prescrittivo atipico del vincolo indiretto.

È ormai consolidato quell'orientamento del giudice amministrativo che afferma l'atipicità del contenuto prescrittivo del vincolo indiretto.

Tuttavia, le prime pronunce si appuntarono, con orientamenti ancora seguiti, sulla necessità che il provvedimento di tutela indiretta dovesse specificare esso stesso gli oneri ai quali il proprietario era soggetto, non potendo rimetterne la determinazione ai soprintendenti in sede di approvazione dei singoli progetti edilizi⁴⁰: il vincolo indiretto non poteva avere indicazioni generiche, ma necessariamente dettagliate⁴¹. Con successive pronunce si statuì che le limitazioni poste nelle zone di rispetto risultavano legittime quando era puntualmente indicata l'esigenza di pubblico interesse che il vincolo intende(va) tutelare, e, altresì erano stati chiaramente indicati i limiti della zona di rispetto⁴².

In particolare, si è affermato che il decreto di imposizione di vincolo indiretto per la tutela di beni storico-artistici, oltre a contenere obblighi di rispetto di distanze e di misure, può disporre divieti e doveri, nonché l'obbligo di sottoporre tutti i progetti di modificazione ambientale alla competente soprintendenza ai monumenti. Pertanto, il decreto di imposizione può contemplare ulteriori norme, dal più vario contenuto, volte ad impedire che siano alterate le condizioni dell'ambiente che circonda le cose immobili soggette a vincolo artistico e storico⁴³, senza tuttavia arrivare a imporre l'obbligo di ricostruzione⁴⁴.

In sostanza il vincolo indiretto non è necessariamente costituito da distanze o misure, ma può arrivare a ricomprendere disposizioni normative di diverso e più ampio contenuto che soddisfino lo scopo perseguito dall'amministrazione. Unico limite a tale ampliamento è la necessaria correlazione e proporzione tra le prescrizioni imposte e la funzione di pubblico interesse cui esse sono preordinate⁴⁵.

Per tale via si è giunti ad affermare che il vincolo indiretto non ha un contenuto prescrittivo tipico, essendo esso rimesso all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione e potendo variare in funzione della protezione del bene, fino a ricomprendere l'inedificabilità assoluta dell'area cui si riferisce.

³⁹ In tal senso R. COLONNA, *La tutela ambientale dei beni culturali*, cit., p. 87-89. Ricostruzione richiamata da A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 374.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1955, n. 125, in *Giur. it.*, 1955, III, c. 179; Id., 22 ottobre 1958, n. 795, in *Cons. Stato*, 1958, I, p. 1176 che nega che il vincolo indiretto possa avere un contenuto generico; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 24 giugno 1959, n. 455, in *Foro it.*, 1959, III, c. 197; Id., 14 ottobre 1959, n. 595, in *Foro amm.*, 1959, I, p. 715; Id., 14 novembre 1959, n. 812, in *Cons. Stato*, 1959, I, p. 1557; Id., 2 dicembre 1959, *ivi*, I, p. 1747. Apparentemente contraria Cons. Stato, Sez. VI, 23 ottobre 1957, n. 695, in *Cons. Stato*, I, p. 1300, in quanto pur ammettendo determinazioni puntuali in capo al soprintendente, esse devono essere conformi ai criteri adottati in linea di massima nel provvedimento di vincolo indiretto; nello stesso senso Cons. Stato, Sez. IV, 2 luglio 1958, n. 516, in *Cons. Stato*, 1958, I, p. 873.

⁴¹ Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 1960, n. 103, in *Foro amm.*, 1960, I, p. 247, ove si afferma che sono illegittime le prescrizioni generiche, traducendosi in non identificate ed aleatorie limitazioni, e la riserva di specificazione in un momento successivo, tanto più se affidata ad altra autorità. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. VI, 21 dicembre 1960, n. 1110, in *Cons. Stato*, 1960, I, p. 2421; Id., 27 aprile 1960, n. 251, *ivi*, I, p. 743; Id. 31 maggio 1961, n. 489, *ivi*, 1961, I, p. 1005; Id. 31 ottobre 1961, n. 811, *ivi*, I, p. 1795; Id. 28 marzo 1962, n. 291, in *Foro amm.*, 1962, I, p. 859; Id., Sez. IV, 23 marzo 1966, n. 160, in *Cons. Stato*, 1966, I, p. 472.

⁴² Cons. Stato, Sez. VI, 25 settembre 1964, n. 997, in *Foro amm.*, 1964, I, 2, p. 956; Id., Sez. IV, 9 dicembre 1969, n. 772, in *Foro amm.*, 1969, I, 2, p. 1468; Id., Sez. VI, 3 novembre 1970, n. 707, in *Cons. Stato*, 1970, I, p. 2018.

⁴³ Cons. Stato, Sez. VI, 31 ottobre 1992, n. 823, in *Riv. giur. edilizia*, 1993, I, p. 122

⁴⁴ Cons. Stato, Sez. VI, 9 maggio 1956, n. 298, in *Cons. Stato*, 1956, I, p. 750, con la quale il collegio ha rilevato che non rientrasse fra le prescrizioni *ex art. 21* il divieto di ricostruzione.

⁴⁵ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 novembre 1986, n. 2308, in *Foro amm.*, 1987, p. 1172

Nella specie si ritiene che l'art. 45 del Codice (e i suoi precedenti) prevede che possono essere imposte anche misure non tipizzate dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni tutelati⁴⁶. Pertanto, la determinazione delle prescrizioni trova un unico limite che è dato dall'obiettivo di prevenire un *vulnus* ai valori oggetto di salvaguardia cioè l'integrità dei beni, la difesa della prospettiva e della luce, la cura delle relative condizioni di ambiente e decoro⁴⁷.

Se dunque il contenuto prescrittivo è atipico, numerose e variegate sono le prescrizioni indicate dall'amministrazione nei provvedimenti di vincolo indiretto.

Tralasciando, per ora l'ipotesi di inedificabilità assoluta, che pare, nella sua drasticità quantomeno un caso classico, appare utile soffermarsi sui casi in cui l'amministrazione ha utilizzato la propria "fantasia" per tutelare il bene di pregio.

Interessante un provvedimento con il quale l'amministrazione ha intimato la rimozione di un bancone di mescita bevande e il posizionamento dei tavoli e sedie, poiché rientrante all'interno di una cornice ambientale in ragione del fatto che ciò avrebbe creato «un imbuto lungo la strada, causando restringimento della carreggiata, deturpando la godibilità del bene culturale con l'ingombro incongruo»⁴⁸.

Molto più complesse risultano invece quelle prescrizioni che disinteressandosi delle attività imprenditoriali in essere o non ancora avviate ma autorizzate inseriscono prescrizioni con esse incompatibili⁴⁹.

Un altro contenuto che si può definire tipico, in quanto previsto espressamente dalla norma, è la prescrizione di misure e distanze. Tale ipotesi può ricorrere sia nel caso di modifica dell'immobile esistente, sia nell'ipotesi di nuova costruzione, ove vengano predeterminate misure e distanze e ciò vale tanto per i privati, quanto per l'amministrazione, ad esempio prevedendo l'allargamento di una strada esistente⁵⁰.

Allo stesso modo, si è imposto il divieto di mettere a dimora determinati tipi di piante (o a volte piantagioni), ovvero di modificarle o mantenerle; ad esempio con il divieto di piantumazione di alberi di alto fusto al dichiarato fine di evitare «che possano interferire con la percezione della prospettiva di paesaggio o modificarne la luce o il decoro»⁵¹. In tema è abbastanza ricorrente anche la prescrizione che impone di mantenere le esistenti colture con la possibilità di mettere a dimora, in sostituzione, piantumazioni di essenze autoctone o colture storicamente affermate⁵².

Ancora, nella zona può conformarsi l'uso del suolo, ad esempio imponendo soltanto l'uso agricolo del suolo indicando le destinazioni d'uso ammesse (es. parco e giardino, cortile, orto, prato). In tali ipotesi si pone il dubbio, pratico e non soltanto teorico, circa l'interpretazione dell'elencazione indicata nel vincolo sulle destinazioni consentite. Per tale via, ad esempio, si è posta innanzi al giudice amministrativo la questione se una coltivazione a vigneto fosse compatibile con le destinazioni indicate (es. parco e giardino, cortile, orto, prato) e soltanto in giudizio è stato chiarito che la coltivazione esistente era compatibile con il vincolo e dunque non andava smantellata⁵³.

In sostanza si è sempre ammessa la possibilità di prescrivere il mantenimento a verde di aree (pubbliche o private) adiacenti un immobile tutelato⁵⁴.

⁴⁶ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 marzo 2003, n. 1711, in *Riv. giur. edilizia*, 2003, I, p. 1390; Id., 29 gennaio 2014, n. 1155, *Foro amm.*, 2014, p. 279; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 10 maggio 2004, n. 1664, in *Foro amm. TAR*, 2004, p. 1267.

⁴⁷ In tal senso, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2017, n. 6142, cit.; Id., 11 maggio 2018, n. 2839, in *Riv. giur. edilizia*, 2018, I, p. 1095; Id., 10 settembre 2021, n. 6253, in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina per tutti, M. GRISOLIA, *In tema di zone di rispetto dei monumenti*, cit., p. 380, parla di norma in bianco che per la sua applicazione comporta di l'imposizione di esplicite prescrizioni nel provvedimento.

⁴⁸ T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 27 giugno 2006, n. 467, in *leggiditalia.it*.

⁴⁹ Nel secondo caso, per esempio è stato ritenuto legittimo il divieto di adibire a stazione di autolinee e posteggio di autoveicoli pesanti, una piazza antistante un bene monumentale, essendo tale attività - a dire dell'amministrazione- idonea a pregiudicare la prospettiva e la luce del bene tutelato, alterandone altresì le condizioni di ambiente e di decoro. In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 19 ottobre 1965, n. 620, in *Foro amm.*, 1965, I, 2, p. 1274, con annotata da A. ANDREANI, *In tema di vigilanza dello Stato sulla utilizzazione delle cose di interesse artistico*, *ivi*, 1966, II, p. 107 ss.

⁵⁰ T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 8 febbraio 2007, n. 370, in *leggiditalia.it*.

⁵¹ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-quater, 24 aprile 2008, n. 3542, in *leggiditalia.it*.

⁵² T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 19 gennaio 2022, n. 158, in *leggiditalia.it*.

⁵³ Sul punto l'interessante Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, cit. Merita tuttavia rilevare che anche tali prescrizioni sono ormai consuetudinarie, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 9 dicembre 1969, n. 772, cit.

⁵⁴ Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 1967, n. 609, in *Cons. Stato*, 1967, I, p. 2183

In mezzo tra le prescrizioni che riguardano lo *ius aedificandi* e quelle sopra richiamate si pongono sia quelle che concernono i colori delle facciate *et similia* (quali, a titolo di esempio, l'utilizzo di materiali tipici della zona per prospetti), sia quelle che impongono il divieto di collocazione di qualsiasi struttura precaria, anche a carattere stagionale, ovvero il divieto di opere di scavo e/o sterro o di uso a discarica che comportino una condizione permanente di disordine e di degrado ambientale e la prescrizione di manutenzione di quanto legittimamente esistente nel rispetto del decoro del monumento.

Complesse e articolate sono le prescrizioni che vanno invece a incidere in modo più o meno profondo sullo *ius aedificandi*, e che tuttavia, a differenza delle precedenti si caratterizzano per essere sufficientemente tipiche in quanto si limitano a imporre misure o distanze. Tali prescrizioni vanno apprezzate caso per caso in relazione all'obiettivo che si prefigge l'amministrazione e alla loro concreta ragionevolezza.

In tale contesto abbastanza usuali sono le prescrizioni che stabiliscono l'obbligo di riproporre la tipologia e la volumetria del tessuto storico contiguo esistente e il divieto di superare determinate altezze⁵⁵. Così come si può prescrivere la limitazione delle volumetrie e delle altezze delle costruzioni che dovessero sorgere sulle aree oggetto di vincolo in modo da assicurare in futuro la ricomposizione di un migliore rapporto volumetrico tra il bene di pregio e gli edifici facenti parte del quadro prospettico⁵⁶.

Si è addirittura arrivati a inserire disposizioni che hanno l'obiettivo «di mantenere la struttura territoriale del latifondo feudale, con le caratteristiche paesaggistiche tipiche (isolati complessi architettonici, visibili da una notevole distanza e che venivano a caratterizzare le differenti aree territoriali) in un contesto che si è profondamente modificato nel corso dei secoli». In tale ipotesi appare più che condivisibile la scelta del giudice amministrativo laddove ha rilevato che l'utilizzo del vincolo indiretto *ex art. 45* non può «non inserirsi nel moderno contesto ambientale e, quindi, deve tutelare "l'integrità dei beni culturali immobili... la prospettiva... la luce o... le condizioni di ambiente e di decoro", senza per questo diventare uno strumento per impedire modificazioni del territorio che possano alterare l'assetto feudale (vale a dire un assetto superato da secoli)»⁵⁷.

Quanto alla inedificabilità assoluta di intere aree ricomprese nella cornice ambientale, il vero problema sussiste soprattutto allorché le prescrizioni di vincolo indiretto intervengano successivamente alla previsione negli strumenti urbanistico-edilizi di zone edificabili, ovvero e a maggior ragione a seguito del rilascio di titolo edilizio.

Dall'esame delle prescrizioni maggiormente ricorrenti nei vincoli indiretti appare chiaro che esse in realtà si concretizzano in comandi o divieti sostanzialmente ricorrenti, e tuttavia tale elemento non può portare all'affermazione del contenuto prescrittivo tipico, ma al più tipizzato nei contenuti.

Rimane valida l'affermazione ricorrente in dottrina e giurisprudenza dell'atipicità del contenuto prescrittivo sotto due dirimenti profili. In primo, luogo perché il provvedimento non ha per legge un contenuto tipico, ma ha soltanto un "causa tipica" (per usare una locuzione giurisprudenziale) e, pertanto, la prescrizione del vincolo indiretto si può indicare caso per caso. In secondo luogo, se è vero che sinora le diverse e numerose prescrizioni nel corso del tempo adottate nei diversi provvedimenti di vincolo sono variegata, è altrettanto vero che esse non hanno esaurito la possibilità di ulteriori e innovative prescrizioni che dovessero essere elaborate per tutelare il bene di pregio. Pertanto, resta valida l'affermazione del contenuto prescrittivo atipico, potendosi al più ritenere che alcune di esse, in quanto spesso ricorrenti, possono essere ritenute ormai tipizzate.

Ferma restando la prevalenza della tutela culturale sulle prescrizioni urbanistico-edilizie, appare chiaro che il preventivo (rispetto al vincolo) riconoscimento dello *ius aedificandi*, nello strumento pianificatorio e ancor di più in quello attuativo, vada ad attribuire una diversa consistenza della posizione soggettiva che risulta chiaramente diversa da chi invece non ha mai avuto nessuna possibilità di edificare.

⁵⁵ *Ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. I, 22 luglio 2008, n. 990, in *leggiditalia.it*.

⁵⁶ T.A.R. Emilia-Romagna, Bologna, Sez. I, 2 aprile 2009, n. 376, in *leggiditalia.it*.

⁵⁷ T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 9 settembre 2011, n. 1581, in *leggiditalia.it*.

Certamente è diverso avere il permesso di costruire dal non averlo, allo stesso modo è diverso avere la titolarità di un terreno urbanisticamente edificabile, dal un terreno urbanisticamente non edificabile. Appare chiaro che nei due casi appena evidenziati la consistenza della posizione soggettiva risulta decisamente diversa e ciò dovrebbe portare all'affermazione di una tutela differenziata e maggiormente garantista per chi vede la compressione di una posizione di maggior consistenza.

Pertanto, il problema si pone in tutta la sua forza quando il vincolo interviene su un assetto di interessi già definito dalla disciplina urbanistico-edilizia in modo favorevole al privato. Infatti, se è vero che il vincolo indiretto è strumento idoneo a conformare non solo lo strumento urbanistico, ma finanche la disciplina urbanistica, non si può omettere di rilevare che il cittadino si vede eliminata, a causa dell'intervento del vincolo indiretto, una situazione soggettiva di favore legittimamente acquisita.

Riservandosi qualche spunto *infra*, appare poco condivisibile che, almeno per l'ipotesi di situazioni giuridiche consolidate, non debba essere riconosciuta una qualche forma di ristoro a favore del soggetto gravato dall'intervento "in corsa" del vincolo indiretto, quantomeno sotto il profilo del legittimo affidamento.

4. Tassatività degli scopi e contenuto motivazionale.

Come accennato l'art. 45 del Codice indica tassativamente gli obiettivi di tutela che il vincolo indiretto si pone di tutelare e questi sono la tutela della luce, della prospettiva, dell'integrità e decoro del bene monumentale.

Pertanto, se il contenuto prescrittivo del vincolo più essere il più vario esso deve sempre essere finalizzato a soddisfare le esigenze, o meglio gli obiettivi, di tutela che sono esplicitati tassativamente dalla norma. Ciò significa che l'elencazione di essi deve ritenersi non passibile di alcuna estensione. Conseguentemente gli obiettivi di tutela diventano parametri in forza dei quali vagliare la legittimità delle prescrizioni.

Tuttavia, sono proprio le tutele che intende apprestare la norma che non hanno contorni definiti e definitori certi, con la conseguenza che l'identificazione dell'uno o dell'altro passa attraverso l'apprezzamento valutativo che pone in essere l'amministrazione. Invero essi compongono l'interesse pubblico specifico che l'amministrazione intende tutelare tramite il vincolo indiretto.

Tenendo a mente che gli obiettivi sono l'integrità, il decoro, la prospettiva e la luce del bene monumentale, va rilevato che essi sono valutati non sull'immobile di pregio, ma su beni circostanti, quindi, non di pregio, e dunque tali tutele riguardano il bene di pregio in via indiretta.

Appare assai complesso calibrare correttamente gli obiettivi, tenuto in considerazione che non solo non hanno un contenuto oggettivo, ma esso è rimesso all'apprezzamento soggettivo (definito tecnico) del valutatore; inoltre a seconda del punto di vista, essi mutano ampiezza e consistenza, con la conseguenza che possono ampliare (o restringere) la cornice ambientale.

Il primo obiettivo enucleato dalla norma richiama la nozione di integrità che tuttavia dovrebbe essere logicamente riferita al bene di pregio e non ai beni (non di pregio) ricadenti nel suo ambito spaziale; ebbene sarebbe lecito attendersi che tale disposizione abbia riguardo esclusivamente al bene di pregio, non a beni a esso "limitrofi" o che insistono nella sua "cornice ambientale". A ciò si aggiunga che l'integrità del bene di pregio è garantita in prima battuta dal vincolo diretto. Infatti, appare quantomeno complesso intuire come un vincolo indiretto su altri beni possa garantire l'integrità del bene di pregio tenuto altresì conto che la tutela dell'integrità può riguardare tanto l'integrità fisica o strutturale (che si potrebbe definire materiale), quanto quella artistica o culturale del bene di pregio (che si potrebbe definire immateriale). Sulla base di tali rilievi appare realmente difficile distinguere ciò che è coperto dal vincolo diretto, da ciò che deve essere coperto dal vincolo indiretto con riferimento all'obiettivo dell'integrità.

Provando a capire le intenzioni della norma si può a tutto voler concedere ritenere che l'integrità materiale e immateriale hanno oggetti diversi. Infatti, mentre l'integrità materiale ha ad oggetto la "componente fisica" del bene di pregio e dunque dovrebbe essere garantita attraverso prescrizioni che impediscano che immobili o attività circostanti a esso possano

comprometterne la componente fisica; viceversa l'integrità immateriale, avendo ad oggetto i beni circostanti dovrebbe comportare prescrizioni che garantiscano il mantenimento degli "stilemi" storico-artistico-culturali coerenti col bene direttamente tutelato.

E tuttavia rimane assai complesso capire cosa intendesse il legislatore con la nozione di integrità laddove esso rimane tutelato dal vincolo diretto.

Per quanto concerne l'integrità materiale dell'immobile di pregio essa può essere preservata prevalentemente inibendo costruzioni, o attività o servizi nelle immediate vicinanze fisiche sia nel soprasuolo sia nel sottosuolo⁵⁸. Pertanto, qualora si voglia tutelare l'integrità fisica del bene di pregio la zona di rispetto dovrà essere necessariamente circoscritta e ancorata alla vicinanza fisica.

Più complesso individuare la nozione di integrità immateriale che a sua volta si ricollega alle nozioni di cultura e arte e per tale via acquisisce una latitudine così ampia da sfuggire alla nozione di discrezionalità tecnica, per rientrare nell'ambito della discrezionalità pura. Infatti, in tale ipotesi l'oggetto di tutela si identifica nell'interesse pubblico perseguito che a sua volta è strumentale alla cura del valore costituzionalmente garantito. In tale ottica appare più corretto ritenere che più che una scelta tecnica è una valutazione del tipo di interesse pubblico che si intende perseguire. L'integrità immateriale invece può avere un'estensione maggiore rispetto alla materiale in quanto tende a mantenere inalterato il tessuto *lato sensu* stilistico dell'ambiente circostante il bene di pregio.

Tuttavia in giurisprudenza non è dato reperire pronunce che spieghino puntualmente il concetto di integrità, limitandosi esse, alla stregua di clausola di stile, a rilevare che il «vincolo indiretto, inoltre, non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'Amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale, fino all'inedificabilità assoluta, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un *vulnus* ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si stimi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti lo spazio circostante⁵⁹».

Tale indeterminatezza sul concetto di integrità ha condotto sovente l'amministrazione a predicare non l'integrità dell'immobile di pregio come prescrive espressamente l'art. 45, bensì "l'integrità del contesto circostante".

Non minori perplessità derivano dalla declinazione dei concetti di decoro, luce e prospettiva. Non sembra necessario richiamare quanto già rilevato, salvo soffermarsi brevemente sulla complessità della prospettiva. Infatti, a prescindere dalla nozione tecnica che si voglia adottare, la prospettiva ha anche un'accezione estremamente soggettiva che sarebbe il punto di vista dal quale si ritiene di guardare il bene⁶⁰. Posto che il centro della visione è sempre il bene tutelato, esso però muta latitudine e longitudine a seconda del punto di vista⁶¹.

⁵⁸ Si pensi, a mero titolo di esempio, alla costruzione di una metropolitana che potrebbe intaccare le fondamenta del bene di pregio, anche se tale inibizione potrebbe essere propria del vincolo diretto, ovvero il passaggio di mezzi pesanti che potrebbero danneggiare o lesionare il bene, e ciò potrebbe indurre il divieto o l'eliminazione di linee di autobus negli immediati dintorni del bene monumentale, o ancora attività che producano emissioni particolarmente aggressive, o ancora attività economiche che esponano il bene tutelato a particolari rischi.

⁵⁹ Così Cons. Stato, 10 settembre 2021, n. 6253, cit., la quale si richiama alla clausola di stile di Id., 3 luglio 2014, n. 3355; Id., 28 dicembre 2017, n. 6142, tutte reperibili in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁰ In tale ottica appare di estremo interesse T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. I, 23 luglio 2012, n. 2052, in *giustizia-amministrativa.it*. ove si statuisce che l'amministrazione era «tenuta a svolgere una valutazione di impatto dell'antenna telefonica rispetto al complesso dell'area in questione. Per questa ragione la Commissione ha verificato la visibilità dell'antenna da tutte le strade prospicienti sull'area in questione, traendone la conclusione che l'impossibilità di vedere la struttura da tutte le strade costituisce un indice non irragionevole dello scarso impatto della struttura sul bene tutelato, che si ripete, non è il chiostro dei ricorrenti, quanto il centro storico In quest'ottica la visibilità dell'antenna è limitata agli edifici che sovrastano quello sul quale è posta l'antenna e gli edifici limitrofi della stessa altezza, quale quello dei ricorrenti. In merito la relazione paesistica presentata dalla società telefonica afferma, senza essere smentita, che l'antenna in questione potrebbe confondersi con le innumerevoli antenne di varie dimensioni che si ergono dai tetti visibili in quel punto. Anche l'esame delle fotografie presentate dai ricorrenti conferma l'impressione che l'altezza dell'antenna non sia tale da farne una struttura del tutto diversa rispetto alle altre antenne in uso sui tetti delle case». Sembra dunque potersi desumere che la visione prospettica debba sempre essere presa dal piano stradale e, di contro, che ampissimo è l'orizzonte dal quale si può ritenere la prospettiva.

⁶¹ Nel primo senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2018, n. 5668, cit.

I superiori rilievi dimostrano che gli obiettivi di tutela, così definiti dalla giurisprudenza, a ben guardare sono veri e propri interessi pubblici specifici che l'amministrazione decide discrezionalmente di individuare come funzionali e strumentali alla tutela del valore storico-artistico-culturale. Ritenerne dunque che essi si basano esclusivamente su accertamenti tecnici è negare la realtà dei fatti, ponendosi essi più come bilanciamento di interessi che valutazioni tecniche. E ciò appare ancor più veritiero quando, come evidenziato in dottrina, in ragione della tutela che si intende perseguire la giurisprudenza pretende un bilanciamento con le situazioni soggettive che vengono coinvolte dal contenuto prescrittivo del vincolo indiretto⁶².

Si comprende pertanto l'obbligo motivazionale aggravato che richiede la giurisprudenza ripartito in ragione di tutti gli elementi coinvolti. In particolare, sembra si possa ritenere che la motivazione deve indicare: i beni oggetto delle prescrizioni; le cose di interesse storico archeologico in funzione delle quali il vincolo indiretto è imposto; il rapporto di complementarità fra le misure limitative ed il fine pubblico perseguito; le specifiche ragioni, segnatamente quando il provvedimento impedisce ogni utilizzazione economica del bene vincolato, che hanno indotto l'amministrazione ad adottare le misure interdittive.

Tali elementi debbono essere tutti misurati alla stregua dei principi di proporzionalità, congruità e minor sacrificio possibile⁶³.

Con riferimento alla motivazione si creò sin dalle prime pronunce una chiara divisione a seconda che si dibattesse di vincoli diretti o indiretti. Se infatti per i primi si andava attestando un obbligo motivazionale più blando, di contro il Consiglio di Stato adottò un criterio più severo per la motivazione dei vincoli indiretti. Affermò, infatti, che l'onere di motivazione per i provvedimenti *ex art. 21, l. n. 1089/1939*, è tanto più intenso quanto maggiore è la gravità delle prescrizioni in essi contenute essendo necessario far risultare che l'amministrazione si sia attenuta al principio generale di provocare il minor sacrificio del privato. Pertanto appare chiaro, come si evince sin dalle prime pronunce, che la giurisprudenza ha apprezzato l'invasività del vincolo indiretto e ne ha imposto un onere motivazionale non finalizzato solamente a spiegare le ragioni di carattere storico o artistico che giustificassero la sottoposizione a vincolo di beni non aventi tali caratteristiche, ma tale segmento motivazionale doveva essere accompagnato anche da altro che spiegasse le ragioni per cui non era possibile prevedere una alternativa alla scelta effettuata⁶⁴. E così si è affermata l'illegittimità del provvedimento *ex art. 21* qualora non vengano indicate specificamente le finalità perseguite ed enunciate dalla norma (tutela delle condizioni di integrità, di luce, di prospettiva, di ambiente, di decoro dell'immobile) e altresì senza adeguata motivazione circa la valutazione del perseguimento delle finalità attraverso prescrizioni meno gravose per il privato⁶⁵.

Proprio sulla base dell'esigenza motivazionale la giurisprudenza trova un parametro di misurazione di concetti indefiniti di vicinanza, contiguità, ampiezza della zona di rispetto. In sostanza la legittimità del provvedimento di vincolo indiretto trova il proprio baricentro, allorché sia specificata la tutela precipua che il vincolo indiretto intende perseguire, e sulla base di essa sia individuata la prescrizione esatta che si impone agli immobili ad essa asserviti, e, inoltre deve essere fatta una attenta valutazione circa l'impossibilità di perseguire detta tutela in altri modi meno onerosi per il privato⁶⁶. Affermandosi ormai costantemente che in ragione della specifica valutazione dell'interesse pubblico particolare perseguito si appalesa la necessità che nella motivazione provvedimento sia chiaramente espressa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato dal vincolo indiretto⁶⁷.

4.1. segue. Proporzionalità e congruità.

⁶² In tal senso per tutti A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 374-375.

⁶³ Si afferma a titolo di esempio, che debba sussistere un'obiettivo proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse storico-artistico, in tal senso, tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, cit.

⁶⁴ In tal senso Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 1963, n. 503, in *Cons. Stato*, 1963, I, p. 1394; Id., 15 ottobre 1963, n. 516, *ivi*, I, p. 1401; Id., 29 settembre 1970, n. 616, in *Foro amm.*, 1970, I, 2, p. 922.

⁶⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 15 ottobre 1963, n. 520, in *Riv. giur. edilizia*, 1963, I, p. 1292.

⁶⁶ Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 1966, n. 725, in *Cons. Stato*, 1966, I, p. 1685.

⁶⁷ Cons. Stato, Sez. VI, 20 settembre 2005 n. 4866, cit.; Id., 8 settembre 2009, n. 5264, cit.; Id., 11 maggio 2018, n. 2839, cit.

Sin da subito si è iniziata a sentire l'esigenza di misurare il perseguimento dell'obiettivo di tutela in relazione alla proporzionalità della prescrizione concretamente utilizzata per raggiungerlo, dichiarando illegittima l'imposizione di vincoli sproporzionati rispetto alla consistenza dei beni di pregio⁶⁸. In tal modo si è cercato di avere un coordinamento tra le prescrizioni ampissime che può avere il vincolo indiretto, le quali tuttavia sono limitate dalla necessaria correlazione e proporzione tra le prescrizioni imposte e la funzione di pubblico interesse cui esse sono preordinate⁶⁹.

È risalente l'affermazione per cui si ritiene illegittimo il vincolo indiretto qualora esso appaia manifestamente illogico per la sua onerosità non adeguatamente giustificata⁷⁰. E tale orientamento è stato consolidato nel tempo. Si arriva inoltre ad affermare che proprio la pervasività delle prescrizioni contenute nel vincolo indiretto impongono che il potere sia esercitato secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, così da contemperare il sacrificio imposto al privato con il fine di interesse pubblico perseguito e tale ultimo elemento deve essere esplicitato anche in sede di motivazione ove deve essere dato conto delle ragioni che non consentono di adottare una scelta di minore impatto sul privato. Si da sostenere che l'imposizione di vincolo indiretto, su beni che di per sé non sono espressione di valori storici, artistici e archeologici, ma versano in rapporto di contiguità con beni appartenenti alle predette categorie, deve essere esercitato, segnatamente nelle ipotesi in cui esso si traduce in prescrizioni particolarmente gravose per i terreni interessati, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità, così da contemperare il sacrificio imposto al privato con il fine di interesse pubblico perseguito, anche in considerazione del fatto che per il limite imposto non è previsto indennizzo.

Pertanto, ai fini dell'imposizione di un vincolo indiretto, occorre l'acquisita certezza dell'esistenza di beni di rilievo e dell'esatta consistenza degli stessi, affinché l'esercizio del potere previsto dall'art. 45, avvenga, specialmente nelle ipotesi in cui esso si traduca in prescrizioni particolarmente gravose per i terreni interessati, secondo criteri di adeguatezza e proporzionalità, così da contemperare il sacrificio imposto al privato col fine di interesse pubblico perseguito. Alla luce della necessaria comparazione degli interessi coinvolti dall'esercizio della pubblica potestà, non può, quindi, considerarsi proporzionato il sacrificio imposto alla proprietà privata a fronte di rinvenimenti dei quali non sia in alcun modo dimostrata, neppure in via presuntiva o probabilistica, la consistenza e rilevanza ai fini della tutela storico-artistica⁷¹.

Pertanto, il vincolo indiretto deve tener conto del principio di proporzionalità, della valutazione dell'interesse pubblico «particolare» perseguito e della necessità che nella motivazione provvedimento sia chiaramente espressa l'impossibilità di scelte alternative meno onerose per il privato gravato del vincolo indiretto.

5. Il tipo di discrezionalità nell'esercizio del potere di vincolo indiretto.

Il potere esercitato nell'apposizione del vincolo indiretto viene descritto diversamente in dottrina e in giurisprudenza.

Per ricostruire l'orientamento giurisprudenziale è sufficiente richiamare una recente pronuncia sui vincoli indiretti che ha in sé la *summa* degli orientamenti affermatasi e che con riferimento alla discrezionalità ha statuito (citando a sua volta una pronuncia precedente) che «l'imposizione del "vincolo indiretto" disciplinato dall'art. 49 del D.Lgs. n. 490 del 1999, e oggi dall'art. 45 del D.Lgs. n. 42 del 2004, costituisce espressione della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, sindacabile in sede giurisdizionale solo quando l'istruttoria si riveli insufficiente o errata o la motivazione risulti inadeguata o presenti manifeste incongruenze o illogicità anche per l'insussistenza di un'obiettivo»

⁶⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 11 giugno 1956, n. 405, in *Giur. it.*, 1957, III, c. 53, laddove il vincolo diretto riguardava soltanto la facciata posteriore di un monumento e con l'art. 21 si imponeva il divieto di qualsiasi costruzione, ricostruzione o sopraelevazione.

⁶⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 6 ottobre 1986, n. 758, in *Riv. giur. edilizia*, 1987, I, 249; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 novembre 1986, n. 2308, *Foro amm.*, 1987, p. 1172; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 14 agosto 2008, n. 860, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 1004.

⁷⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 30 settembre 1964, n. 660, in *Foro amm.*, 1964, I, 2, p. 1041.

⁷¹ Cons. Stato, Sez. VI, 16 novembre 2004, n. 7492, in *Foro amm. CDS*, 2004, p. 3265; Id., 20 settembre 2005, n. 4867, in *Riv. giur. edilizia*, 2006, 2, I, p. 384; Id., 23 maggio 2006, n. 3078, in *Foro amm. CDS*, 2006, p. 1544; Id., 3 luglio 2014, n. 3355, *Foro amm.*, 2014, p. 2021; Id., 27 luglio 2015 n. 3669, in *Foro amm.*, 2015, p. 1991; T.A.R. Friuli Venezia Giulia, Trieste, Sez. I, 5 dicembre 2019, n. 496, in *giustizia-amministrativa.it*.

proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse storico-artistico, e si basa sull'esigenza che lo stesso sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale»⁷².

Nonostante tale chiara statuizione, tuttavia, è lecito chiedersi dove risiede l'“operazione” tecnico-scientifica che pone in essere l'amministrazione e quali sono i parametri tecnici, ammesso che siano prestabiliti da una norma tecnica, che applica l'amministrazione e che dovrebbero essere inequivocabilmente esplicitati in motivazione.

Da rilevare, inoltre, che la medesima pronuncia qualche passaggio dopo afferma invece che l'«ampia discrezionalità nella valutazione delle prescrizioni di tutela indiretta, tuttavia, deve essere sorretta da un'adeguata motivazione alla base della relativa decisione amministrativa, occorrendo, in particolare (per quanto di maggiore interesse ai fini dell'odierno giudizio), “verificare l'effettiva necessità e proporzionalità delle misure di tutela” (Consiglio di Stato, sez. VI, 14 agosto 2015, n. 3932)».

Pertanto, stando all'orientamento appena richiamato –si ripete è una *summa* giurisprudenziale– i vincoli indiretti sarebbero connotati da discrezionalità tecnica, ma l'individuazione delle prescrizioni, invece, è connotata da “ampia discrezionalità”.

Sarebbe di ausilio una spiegazione che aiutasse a chiarire le due perentorie e contrapposte affermazioni, che tuttavia non risulta presente nella pronuncia.

Occorre partire da un dato: il giudice amministrativo quando parla di ampia discrezionalità si riferisce alla discrezionalità amministrativa, ben conoscendo la differenza tra i due concetti.

Si potrebbe opinare, stando alla prima affermazione, che per il giudice amministrativo l'individuazione dell'obiettivo di tutela è fatta con apprezzamenti tecnici, mentre, stando alla seconda statuizione, l'indicazione delle prescrizioni è frutto di discrezionalità amministrativa.

Pertanto, per il giudice amministrativo vi è una duplice discrezionalità nell'apposizione del vincolo indiretto: tecnica e pura.

A questo punto occorre rammentare che il vincolo indiretto non si appone sul bene di pregio per il quale si applicano pacificamente le scienze dell'arte, della cultura, dell'architettura, ma sui beni a esso circostanti che non sono connotati da alcun elemento intrinseco di pregio. Orbene la asserita discrezionalità tecnica dei vincoli indiretti non si esaurisce nell'affermazione del giudizio tecnico (opinabile), ma è funzionale a dichiarare (e dunque curare) l'interesse pubblico tassativamente indicato dall'art. 45 del Codice. Tuttavia, l'interesse pubblico perseguito è un concetto giuridico indefinito (integrità, prospettiva, luce, condizioni di ambiente e di decoro dei beni culturali immobili) che non si esaurisce in un accertamento tecnico, ma a tutto voler concedere in una valutazione basata su elementi tecnici essi stessi opinabili.

È sufficiente, a mero titolo di esempio, por mente alla nozione di prospettiva per avvedersi che essa è indefinita concettualmente e praticamente. Infatti, essa muta a seconda del cono visuale, della sua ampiezza, della sua posizione e addirittura si dibatte circa la possibilità che l'amministrazione possa utilizzare cono visuali invertiti⁷³. È sufficiente rilevare che non è prestabilito un criterio tecnico dal quale o tramite il quale individuare preventivamente il cono prospettico, dunque, la “posizione visuale” è lasciata integralmente alla discrezionalità dell'amministrazione. Non vi è dubbio, poi, che dopo aver deciso la posizione dalla quale “osservare” il bene di pregio, soltanto allora si possono applicare le scienze prospettiche.

E dunque se può esser vero che, per rimanere nell'esempio, la prospettiva è una nozione tecnico-scientifica, è altrettanto vero che è discrezionale l'individuazione del punto di fuoco.

Ma vi è di più. In questa fase lo scopo dell'amministrazione non sta nell'indicare la scelta e la prescrizione, ma è prodromica a essa ed è funzionale a scegliere quale tra gli interessi di tutela indicati dall'art. 45 del Codice, l'amministrazione intende perseguire. Pertanto, si tratta soltanto del bilanciamento di interessi. A tutto voler concedere, la valutazione tecnica si pone semmai nella fase successiva, e dunque nell'indicazione della prescrizione puntuale che deve essere funzionale a tutelare indirettamente il bene di pregio, e che, conformemente all'obiettivo di tutela, deve essere tecnicamente coerente. Pertanto, rimanendo sull'esempio, è chiaro che per tutelare la prospettiva di un bene di pregio, occorrerà successivamente individuare il “punto di vista” e solo successivamente si potranno apporre vincoli per evitare l'intralcio di quella visuale.

⁷² Cons. Stato, Sez. VI, n. 6253/2021, cit.

⁷³ La questione è stata recentemente affrontata da Cons. Stato, Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923, in *giustizia-amministrativa.it*.

Pertanto, è la scelta dell'interesse pubblico specifico che si pone come momento di discrezionalità pura, potendo al più essere rimesso al vaglio tecnico la modalità di cura dello stesso.

Diversa e condivisibile appare invece l'elaborazione dottrinale che propende per l'affermazione della natura discrezionale del provvedimento di vincolo indiretto. In particolare, si afferma che l'accertamento dei caratteri definiti in via generale dalla legge, non è basato su rigidi caratteri di natura tecnica, ma pare piuttosto il frutto di una valutazione comparativa di interessi pubblici caratterizzato da ampio spazio discrezionale⁷⁴.

Sembra potersi condividere tale impostazione in quanto, come accennato, è proprio nell'individuazione dell'interesse da tutelare che l'amministrazione opera un bilanciamento degli interessi, e dunque con utilizzo della discrezionalità pura, riservando solo alla fase successiva l'indicazione delle puntuali prescrizioni per il tramite di valutazioni che si ispirano (ma non sono applicazione) a regole tecnico-scientifiche.

Appare dunque preponderante il momento discrezionale rispetto a quello tecnico che peraltro reca con sé valutazioni e non accertamenti: i beni circostanti non di pregio non possono avere caratteri intrinseci, ma se ne valuta la compatibilità e il completamento rispetto al bene culturale con apprezzamenti orientati, ma non rigidamente basati, su regole tecniche.

Occorre effettuare un'ulteriore considerazione. L'amministrazione non ha mai ritenuto di dotarsi di norme, generali e astratte, che potessero conformare il potere. Non vi sono parametri tecnici per prestabilire cosa si intenda per prospettiva, luce, decoro, integrità e dunque sono rimessi a valutazioni soggettive attraverso un'operazione più simile a un bilanciamento di interessi sebbene certamente ispirato a nozioni tecniche. Sembra dunque necessario, anche per garantire una maggiore trasparenza e un buon andamento che venga adottata una disciplina regolamentare che predetermini i parametri e i criteri tecnico scientifici di valutazione, finora del tutto assenti.

Tale ultima considerazione dovrebbe portare non a un sindacato debole, ma semmai allo stesso sindacato che si pretende per il provvedimento discrezionale e dunque forte e possibilmente intrinseco anche in ragione del fatto che è l'unica vera tutela per il cittadino e in ultima istanza per verificare se realmente l'amministrazione ha perseguito l'interesse pubblico. Ciò in ragione del fatto che se vi è una minore garanzia nella scelta dell'amministrazione, la logica, e il diritto, impongono che questa sia bilanciata da una maggiore garanzia giurisdizionale.

6. L'(assenza di)indennità a favore del soggetto gravato dal vincolo indiretto.

Un aspetto di particolare rilievo è quello riguardante l'eventuale indennità a favore dei soggetti gravati vincolo indiretto. Sul punto, si affermò sin da subito l'orientamento in forza del quale venne negata la natura espropriativa del vincolo e correlativamente l'indennizzo. Ciò in ragione del fatto che il vincolo indiretto *ex art. 21, l. n. 1089/1939* non era idoneo a vanificare il diritto di proprietà del privato⁷⁵; a differenza del vincolo di cui alla legge n. 1497/1939, che viceversa –stando alla prima impostazione, poi rinnegata– incideva sul godimento del bene fino a renderlo inutilizzabile in rapporto alla sua destinazione, e pertanto era indennizzabile⁷⁶, questo almeno fino alle coeve pronunce della Corte costituzionale 29 maggio 1968, nn. 55 e 56⁷⁷, con le quali si ammise la possibilità di un indennizzo qualora i vincoli alla proprietà privata fossero idonei a concretizzare, immediatamente e a tempo indeterminato, gli estremi di una vera e propria espropriazione in senso sostanziale.

Si può ritenere che tale risalente orientamento non sia di fatto mutato e anche oggi non è attribuito alcun indennizzo a favore del privato gravato dal vincolo indiretto sulla base delle medesime argomentazioni.

Il diniego del riconoscimento di indennità a seguito del vincolo indiretto si basa(va), in buona sostanza, su due argomentazioni riguardanti l'una l'art. 42 Cost., l'altra l'art 3 Cost.

⁷⁴ In tal senso, per tutti, A. CROSETTI, *Commento sub art. 45*, cit., p. 375 e la dottrina ivi richiamata; vede invece la presenza di una doppia discrezionalità, tecnica nell'an e amministrativa nel quando e nel quomodo, L. CASOLI, *Altre forme di protezione*, cit., p. 161.

⁷⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 30 dicembre 1959, in *Cons. Stato*, 1959, I, p. 1777.

⁷⁶ In tal senso, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 1970, n. 585, in *Foro amm.*, 1970, I, 2, p. 796; Id., Sez. VI, 3 novembre 1970, n. 710, in *Cons. Stato*, 1970, I, p. 2024.

⁷⁷ Entrambe in *Giur. cost.*, 1968, p. 834 e p. 884.

Con riferimento all'art. 42 Cost. si riteneva si potesse riconoscere l'indennizzo quando le limitazioni imposte al godimento del bene fossero tali da rendere inutilizzabile il bene stesso con riferimento alla sua destinazione naturale. Sulla scorta di tale premessa si negò che potesse sorgere il diritto all'indennizzo a seguito di vincolo indiretto in quanto esso non impediva il godimento del bene, ma ne regolava soltanto l'esercizio.

Pertanto, aderendo alla impostazione del Giudice delle leggi (sent. nn. 55 e 56/1968, cit.), il giudice amministrativo, pur superando il proprio orientamento in forza del quale riteneva indennizzabile solo l'ipotesi di trasferimento coattivo del bene in capo all'amministrazione, sviluppò le argomentazioni della Corte e affermò che la "regola dell'indennizzo" si applica «allorquando il bene, in virtù del regime giuridico suo proprio, sia suscettibile di utilizzazione piena da parte del proprietario, mentre deve essere esclusa allorquando il bene, per sua intrinseca natura di interesse pubblico, usufruisca di un regime di appartenenza particolarmente limitativo, ossia contenga "in nuce" i limiti ed i vincoli, che poi verranno esplicitati dall'amministrazione mediante formali provvedimenti ricognitivi della situazione giuridica propria del bene medesimo»⁷⁸.

Quanto invece, all'art. 3 Cost. si affermò che l'art. 21 l. n. 1089/1939 prevede limitazioni della proprietà che non s'identificano con la sua ablazione e, pertanto, pone in essere una situazione che non è in alcun modo parificabile a quella del proprietario espropriato.

Tale orientamento si può così sintetizzare: la limitazione del godimento non può essere equiparata alla sua ablazione; in mancanza di trasferimento del bene ogni vincolo, anche particolarmente incidente sul diritto di proprietà, ma che tuttavia ne mantenga una sia pur minima facoltà di godimento, non determina indennizzo, e, infine che il provvedimento dell'amministrazione ha carattere meramente ricognitivo delle intrinseche qualità del bene e, dunque, ha solo efficacia dichiarativa.

Se si può convenire, con alcuni distinguo, sui primi due punti del ragionamento, non pare pienamente condivisibile l'ultima affermazione in quanto essa, a tutto voler concedere, vale per il bene gravato da vincolo diretto, non certamente per i beni gravati da vincolo indiretto i quali per definizione non hanno interesse storico o artistico, ma come rilevato sono strumentali al bene direttamente tutelato.

Se dunque l'impostazione del giudice amministrativo era tetragona nel negare il riconoscimento della fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 21 della l. n. 1089/1939, questa fu sollevata dal giudice ordinario⁷⁹.

La Corte costituzionale si pronunciò dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 21, primo comma, della l. n. 1089/1939, in riferimento agli artt. 42, terzo comma, e 3, primo comma, Cost⁸⁰. Invero poco innovative furono le argomentazioni della Corte, la quale si appoggiò dichiaratamente sull'orientamento del giudice amministrativo, a sua volta su alcune pronunce del Giudice delle leggi.

Vale la pena riportare pedissequamente i passaggi chiave.

«La Corte ha ripetutamente precisato che l'art. 42 della Costituzione non impone indennizzo quando la legge regoli in via generale i diritti dominicali in relazione a determinati beni al fine di assicurarne la funzione sociale e per evitare lesioni all'interesse pubblico.

⁷⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 25 luglio 1970, n. 585, cit., p. 799, punto 2 in diritto.

⁷⁹ Trib. Palermo, ordinanza del 24 marzo 1972, il quale con una visione sostanzialistica, o addirittura realistica, ha ritenuto fondata e rilevante la q.l.c. argomentando che la non indennizzabilità è da ritenersi legittima solo quando le limitazioni non siano tali «da svuotare di contenuto il diritto di proprietà, incidendo sul godimento del bene tanto profondamente da renderlo inutilizzabile in rapporto alla destinazione inerente alla natura del bene stesso, o determinando il venir meno o una penetrante incisione del suo valore di scambio». E, inoltre, che deve essere riconosciuta la garanzia costituzionale dell'indennizzo anche per le limitazioni che, pur senza svuotare di contenuto il diritto del proprietario, siano di "entità apprezzabile" e tali, comunque, da operare «un'incisione a titolo individuale sul godimento del singolo bene, la quale penetri al di là di quei limiti che la legislazione stessa abbia configurato in via generale (ai sensi dell'art. 42, secondo comma, Cost.) come propri di tale godimento in relazione alla categoria dei beni di cui trattasi».

Su tali premesse l'ordinanza di rimessione ha sostenuto la sostanziale identità tra il risultato pratico conseguente ad un formale atto di espropriazione e quello prodotto da un atto che, pur lasciando inalterata, la titolarità del diritto dominicale e la sottoposizione a tutti gli oneri relativi, compresi quelli fiscali, svuotasse il diritto stesso di ogni contenuto, operando per tale via un'evidente ed inammissibile disparità di trattamento fra le due situazioni, qualora si ammettesse l'indennizzabilità soltanto in rapporto al trasferimento coattivo.

⁸⁰ Corte cost., 4 luglio 1974, n. 202, in *Giur. cost.*, 1974, p. 1692, con nota di G. ROLLA, *In tema di vincoli su beni di interesse artistico e storico*, *ivi*, p. 2130 ss.

La riserva di legge espressa nel citato articolo consente al legislatore di attribuire alla pubblica Amministrazione il potere di incidere sulla concreta disciplina del godimento degli immobili “qualora nella legge ordinaria siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell’Amministrazione” (sentenza n. 38 del 1966 e n. 94 del 1971). L’obbligo dell’indennizzo è imposto soltanto in caso di espropriazione per pubblico interesse» [punto 2 in diritto].

L’art. 21 l. n. 1089/1939 «non prevede nessuna ablazione del diritto di proprietà, ma, riconoscendo l’inerenza di un pubblico interesse rispetto alla categoria dei beni predetti, ne disciplina il regime, accordando alla pubblica Amministrazione il potere di imporre dei limiti all’esercizio dei diritti privati in relazione ad un preciso interesse pubblico in base ad apprezzamento tecnico sufficientemente definito e controllabile, la cui discrezionalità è chiaramente determinata» [punto 2 in diritto]⁸¹.

Quanto infine all’art. 3 Cost., la Corte non ha ritenuto si versasse in uguale situazione tra chi è espropriato e chi è gravato da vincolo indiretto.

Il *refrain* è sempre lo stesso, con l’aggiunta (parzialmente assertiva) che la legge attribuisce all’amministrazione il potere di limitare il godimento del bene «qualora nella legge ordinaria siano contenuti elementi e criteri idonei a delimitare chiaramente la discrezionalità dell’Amministrazione».

Orbene proprio l’affermazione appena riportata appare poco condivisibile, in quanto per costante giurisprudenza gli scopi del vincolo indiretto si fondano su concetti giuridici indeterminati rimessi all’apprezzamento discrezionale dell’amministrazione e così pure il contenuto dichiaratamente prescrittivo può avere un contenuto più ampio, dunque non sono stabiliti elementi e criteri idonei a delimitarne chiaramente la discrezionalità, ma criteri indeterminati che consentono una flessibilità nella scelta dell’amministrazione.

La questione fu nuovamente sottoposta al vaglio della Corte costituzionale (sempre con remissione del giudice ordinario⁸²) la quale, richiamando la sentenza del 1974, la dichiarò infondata⁸³. Di contro il giudice amministrativo ha sempre mantenuto la sua linea nel ritenere infondata la questione di costituzionalità⁸⁴.

Non risulta che da allora la questione sia stata nuovamente riproposta, nemmeno con riferimento agli artt. 49 d.lgs. n. 490/1999 e art. 45 Codice.

Infatti, la giurisprudenza più recente ha qualificato il vincolo indiretto come una limitazione legale della proprietà con natura non ablativa ma conformativa del diritto sul bene, in quanto fissata dall’ordinamento in via generale e non in relazione a beni singoli per garantirne la funzione sociale (art. 42, comma 2, Cost.), di conseguenza non può essere subordinato alla previsione di un indennizzo⁸⁵.

Non sembra, dunque, che stante l’indirizzo giurisprudenziale del giudice delle leggi e del giudice amministrativo vi sia concreto spazio per affermare l’indennizzo in caso di apposizione di vincoli indiretti. E ciò anche quando questi vincoli incidano così pesantemente sulla proprietà, tanto da integrare una espropriazione non traslativa tuttavia idonea a privare il diritto di proprietà di pratico contenuto ovvero da svuotare il bene di valore di scambio.

Dovendo, gioco forza, aderire a tale impostazione, valga tuttavia rammentare che i vincoli indiretti sono prescrizioni derivanti da atto amministrativo (adottato in base a norme di legge) che a differenza dei vincoli diretti non hanno natura ricognitiva o dichiarativa della *qualitas* di bene di pregio, ma hanno natura costitutiva e vengono adottati in forza di discrezionalità amministrativa per completare la tutela del bene di pregio. Pertanto, gli immobili sottoposti a vincolo indiretto non hanno una intrinseca *qualitas*, che si costituisce con il provvedimento di vincolo indiretto.

⁸¹ Corte cost., sent. n. 202/1974, cit. Concludendo nel senso che l’art. 21, l. n. 1089/1939 «non contrasta con l’art. 42, comma terzo, della Costituzione in quanto non rientra nei casi da questo previsti.

Tale interpretazione è pienamente condivisa dal Consiglio di Stato, il quale in particolare ha più volte dichiarato manifestamente infondata, in relazione al predetto art. 42, comma terzo, della Costituzione, l’eccezione di illegittimità costituzionale dell’art. 21 della legge n. 1089 del 1939» (punto 2 in diritto).

⁸² Trib. Catanzaro, ord. 26 maggio 1979, in *Giur. cost.*, 1980, II, p. 1094

⁸³ Corte cost., ord., 28 dicembre 1984, n. 309, in *Giur. cost.*, 1984, I, p. 2245.

⁸⁴ Per successive pronunce del giudice amministrativo che hanno dichiarata infondata la q.l.c.: Cons. Stato, Sez. VI, 23 marzo 1979, n. 188, in *Foro it.*, 1979, III, c. 585; Id., 24 aprile 1979, n. 306, in *Riv. giur. edilizia*, 1979, I, p. 642; Id., 13 aprile 1983, n. 259, in *Foro amm.*, 1983, I, p. 662; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 21 giugno 1983, n. 553, *ivi*, I, p. 1969; Cons. Stato, Sez. VI, 3 gennaio 2000, n. 28, in *Riv. giur. edilizia*, 2000, I, p. 453; T.A.R. Calabria, Catanzaro, 11 febbraio 2000, n. 141, in *Foro amm.*, 2000, p. 2883.

⁸⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 30 maggio 2018, n. 3246, in *giustizia-amministrativa.it*; nello stesso senso Id., 10 settembre 2021, n. 6253, cit.

È proprio tale elemento che dovrebbe imporre un ripensamento sull'indennizzo a seguito di apposizione del vincolo indiretto.

È la mancanza della *qualitas* intrinseca dei beni (e attività) circostanti che viene costituita con provvedimento discrezionale dell'amministrazione a risultare eccessivamente poco garantista. La mancanza di indennizzo si giustifica nelle ipotesi in cui i diritti vengono soltanto limitati nei loro modi di esercizio e godimento, ma non certo quando questi vengono soppressi o svuotati di contenuto.

Non vi è chi non veda la differenza tra la mera imposizione di regole estetiche per la facciata del palazzo, senza incidere sul godimento pieno del diritto di proprietà, e lo svuotamento, anzi l'eliminazione dello *ius aedificandi* assentito con strumenti urbanistici. Nonostante non è revocato in dubbio che prevalga la tutela culturale e dunque la conformazione dello strumento urbanistico, in un ordinamento giuridico avanzato si dovrebbe arrivare a indennizzare l'eliminazione di un diritto legittimamente acquisito.

Allo stesso modo è chiara la differenza tra l'imporre modalità che consentano lo svolgimento di una determinata attività imprenditoriale, e l'eliminazione di quella attività perché asseritamente di disturbo alla cornice ambientale costituita con provvedimento.

Tali rilievi dovrebbero indurre certamente un ripensamento della posizione del giudice delle leggi che conduca almeno a una diversa ricostruzione della fattispecie, magari più aggiornata e giusta, anche alla luce dei principi eurounitari. Sul punto non si ignora che anche la disciplina europea detta norme di favore per la tutela del bene culturale, ma non necessariamente a detrimento delle posizioni soggettive dei soggetti coinvolti dall'esercizio del potere.

7. Conclusioni.

Da quanto sopra potrà apparire al lettore disattento che non si attribuisce un adeguato valore al bene culturale. Invero, è proprio l'inverso che si vuole affermare e dimostrare. Tuttavia, come per molte altre materie nell'ordinamento interno, criticare la disciplina, per molti, equivale a non condividere l'oggetto della tutela. Diversamente si deve ritenere che spesso la disciplina, o più sovente la sua applicazione, anziché ottenere l'obiettivo di tutela diventa una vetrina e una rampa di lancio per chi la applica indiscriminatamente e indistintamente. Ed in questa ottica si intende effettuare una valutazione giuridica della disciplina sui vincoli indiretti.

Certamente non si condivide l'integralismo culturale, soprattutto quando questo è basato su mere convinzioni soggettive e ridonda in limitazioni così invasive dell'altrui sfera giuridica da non essere tollerabile.

Non si critica certamente la norma che disciplina i vincoli indiretti, che anzi nella sua flessibilità applicativa può ben plasmarsi alle concrete necessità di tutela, ma ciò che spaventa è la applicazione che se ne fa e che sovente non reca alcuna tutela al bene di pregio, ma ha l'unico risultato di comprimere beni e diritti di terzi soggetti.

Invero la disposizione in parola dovrebbe avere due limiti assoluti e invalicabili.

In primo luogo, dovrebbe essere utilizzata soltanto per tutelare indirettamente un vero e proprio bene di pregio; in secondo luogo, per eliminare la elevata soggettività, mascherata da discrezionalità-tecnica, dell'amministrazione. Solo in tal modo si rende accettabile, in ragione del superiore valore della cultura, il sacrificio di terzi che non si vedono riconosciuto alcunchè in cambio.

Premessa la correttezza della norma, che peraltro appare confermata dal fatto che è sopravvissuta per quasi un secolo e tre testi normativi, certamente il *vulnus* riguarda la sua concreta applicazione che troppo spesso lascia oltremodo danneggiati gli incolpevoli *circumcolentes*.

Tale aspetto potrebbe essere smussato da due semplici ma essenziali elementi: l'uno normativo, l'altro giurisprudenziale.

Sotto il profilo normativo si potrebbe formulare la previsione di un indennizzo per coloro che si vedono gravati da vincolo indiretto. Più specificatamente per coloro che si vedono compressa una situazione soggettiva molto consistente.

Si è accennato sopra alla differenza di posizione di chi subisce il vincolo indiretto, tra chi è titolare (prima del vincolo) di uno *ius aedificandi* e chi non lo è. Certamente per colui che non è titolare risulta condivisibile la mancata previsione di un indennizzo; discorso diverso dovrebbe farsi per colui al quale era riconosciuta la titolarità prima dell'apposizione del vincolo indiretto.

Tuttavia, avverso tale impostazione ostano due elementi: la giurisprudenza della Corte costituzionale e la mancata espressa previsione nell'art. 45 del Codice di un indennizzo.

L'orientamento della Corte segue il seguente schema: la limitazione al godimento della proprietà è prevista dal comma 2 dell'art. 42, nel quale non è fatta menzione di indennizzo, previsto invece dall'art. 42, comma 3, Cost., solo in caso di espropriazione. Sulla base di tale premessa il Giudice delle leggi ritiene che la limitazione del godimento non è atto ablativo della proprietà ossia unico provvedimento, se previsto dalla legge, che contempla l'indennizzo.

La ricostruzione pare ineccepibile stando a una interpretazione letterale.

È pur vero che, come visto, i vincoli indiretti spesso hanno un contenuto così invasivo da rasentare l'azzeramento non solo e non tanto del godimento del bene, ma anche del diritto di proprietà; a riprova di ciò in passato la Corte ha messo in relazione l'art. 21 con l'art. 55 della legge n. 1089/1939 (oggi l'art. 45 con l'art. 96 del Codice⁸⁶). In sostanza l'art. 55 (o 96) diviene il limite esterno al vincolo indiretto, e ciò rafforza l'idea della Corte.

Tuttavia, è vero che quando il vincolo ha una portata tale da eliminare un diritto, che sia di proprietà o di godimento, allora tale diritto dovrebbe essere indennizzato. È questo il caso che ricorre quando l'apposizione del vincolo indiretto comporta l'eliminazione di situazioni soggettive di favore basate su provvedimenti amministrativi autorizzatori.

Occorre rammentare la preminenza del vincolo culturale rispetto agli strumenti urbanistici, ma ciò non toglie che prima del vincolo il privato possa aver ottenuto il diritto di edificare, ovvero l'autorizzazione all'esercizio di una determinata attività imprenditoriale.

La Corte costituzionale con pronunce risalenti ha ritenuto che lo *ius aedificandi* fosse cosa diversa dal diritto di proprietà ma a esso connesso. Tale ricostruzione ha condotto ad affermare che il titolo edilizio non è un provvedimento concessorio ma autorizzatorio. Invero, seguendo la tesi del Giudice delle leggi si può opinare che lo *ius aedificandi* sia un vero e proprio diritto di godimento del diritto di proprietà limitato per legge nell'esercizio.

È tuttavia pur volendolo qualificare come diritto di godimento della proprietà, tutte le volte che tale diritto (di godimento) sia compresso fino alla sua eliminazione si dovrebbe prevedere, in un ordinamento civile, il suo indennizzo. Ciò è ottenibile, a diritto invariato, tramite l'art. 1 della legge 241/1990, ove al comma 2-*bis* si stabilisce che i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede. In tale circostanza appare chiaro che il vincolo indiretto va a eliminare un provvedimento favorevole legittimamente assentito da parte di un'amministrazione. Certamente viene lesa la buona fede del cittadino, il quale non ha nemmeno diritto a un indennizzo. Inoltre, il provvedimento di vincolo indiretto opera come revoca (impropria) dell'atto che riconosce lo *ius aedificandi* (es. il permesso di costruire⁸⁷), anche in tal caso si dovrebbe prevedere un indennizzo potendosi invocare come forma di tutela la disciplina della revoca *ex art. 21-quinquies* legge n. 241/1990.

Appare evidente che la soppressione di un diritto, che sia un'attività assentita ovvero uno *ius aedificandi* acquisito, equivale a eliminazione di una situazione giuridica soggettiva di favore del privato. A questo punto o si mantiene un'interpretazione letterale dell'art. 42, comma 3, Cost. e dunque solo l'eliminazione del diritto di proprietà può essere indennizzata, ovvero se ne fa un'interpretazione costituzionalmente orientata (e non contabilmente orientata) e si riconosce tutela (dimidiata) all'eliminazione di un diritto tramite provvedimento discrezionale.

In sostanza in un'ottica *de jure condito* è una interpretazione evolutiva ispirata ai principi di effettività della tutela che deve porre in essere la giurisprudenza; in ottica *de jure condendo* è auspicabile una previsione che ammetta un indennizzo tutte le volte che il vincolo indiretto elimini in radice lo *ius aedificandi* legittimamente assentito.

Più complessa, la ricostruzione di un indennizzo a favore di chi si vede chiusa *hic et nunc* un'attività imprenditoriale a seguito dell'apposizione di un vincolo indiretto.

In questo caso non si ricade nell'art. 42 Cost, ma a rigore nell'ambito dell'art. 41 Cost., peraltro, recentemente modificato⁸⁸.

⁸⁶ L'art. 96, rubricato espropriazione per fini strumentali stabilisce che: «Possono essere espropriati per causa di pubblica utilità edifici ed aree quando ciò sia necessario per isolare o restaurare beni culturali immobili, assicurarne la luce o la prospettiva, garantirne o accrescerne il decoro o il godimento da parte del pubblico, facilitarne l'accesso».

⁸⁷ La questione si complica in caso di s.c.i.a. Si immagini l'ipotesi dell'inizio di lavori a seguito di una s.c.i.a. e solo successivamente, durante l'espletamento dei lavori, viene apposto il vincolo indiretto.

Non sembra tuttavia che la modifica apportata possa modificare il ragionamento in quanto il termine “ambiente”, aggiunto recentemente ha uno specifico riferimento alla nozione di ambiente come bene giuridico e non come generica locuzione ricomprendente anche i beni paesaggistici e culturali. E ciò è avvalorato dalla modifica introdotta all’art. 9 dalla medesima legge cost. n. 1/2022, ove si richiamano l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi (comma 3), come valori diversi dalla cultura (comma 1) e dal paesaggio (comma 2)⁸⁹.

I limiti derivanti dai vincoli indiretti, dunque, trovano la loro giustificazione costituzionale ancora nell’art. 41, comma 2 Cost., e in particolare nel rapporto con l’utilità sociale.

Orbene anche in tal caso non è previsto alcun indennizzo alla conformazione postuma dell’attività imprenditoriale, ma allo stesso tempo, l’art. 41 non prevede la ipotesi della soppressione o l’eliminazione di un’attività imprenditoriale, stabilendo invece, al comma 3, che l’orientamento all’utilità sociale di un’attività economica debba avvenire per il tramite di programmi e di controlli opportuni perché possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. Pertanto, un’interpretazione costituzionalmente orientata dovrebbe condurre a prevedere provvedimenti tesi a orientare attività economiche divenute (con l’apposizione del vincolo indiretto) in contrasto con l’utilità sociale, e dunque si deve ritenere che la chiusura di tali attività debba essere una *extrema ratio*, possibilmente corredata da un indennizzo⁹⁰.

Con riferimento al sindacato si è già detto nel paragrafo sulla tipologia di discrezionalità utilizzata nei provvedimenti di vincolo.

Tuttavia, occorre solo aggiungere che quale che sia la discrezionalità che si voglia configurare (pura, mista o tecnica) essa non è il *refugium peccatorum* degli atti amministrativi; occorre semmai rammentare che la discrezionalità è stata elaborata come concetto giuridico funzionale per distinguere ciò che è merito amministrativo da ciò che non lo è, pertanto ciò che è non sindacabile da ciò che lo è. Se si rammenta tale matrice apparirà strana l’affermazione che solo l’atto discrezionale è (pienamente) sindacabile, mentre l’atto connotato da discrezionalità tecnica lo è nei limiti (esterni) della manifesta irragionevolezza. L’errore di fondo sta nel non avvedersi che ciò è tecnico non è la scelta, che rimane discrezionale, ma semmai l’apprezzamento che la precede. Rifiutarsi di scendere nell’esame dell’apprezzamento tecnico e parlare soltanto di manifesta irragionevolezza nella scelta significa prendere solo una parte della questione giuridica gettando alle ortiche l’azione complessiva dell’amministrazione. Infatti, non si può omettere di rilevare che l’accertamento è effettuato dalla stessa amministrazione che si pone dunque come segmento della complessiva azione che essa pone in essere e in quanto tale va ampiamente verificato dal giudice; inoltre rimane ampiamente discrezionale la valutazione opinabile che residua all’accertamento tecnico e che si pone come momento puramente discrezionale nel quale l’amministrazione è tenuta a porre in essere il noto bilanciamento degli interessi.

Affermare dunque che la materia è connotata da discrezionalità tecnica non sembra pienamente condivisibile laddove si ponga mente al fatto che anche ammettendo la presenza di un’operazione di apprezzamento di nozioni tecniche da parte dell’amministrazione questa o prodromica alla scelta, questa sì, discrezionale. Pertanto si può ritenere che il provvedimento di vincolo indiretto non sia connotato da discrezionalità tecnica, ma sia invece provvedimento connotato da discrezionalità pura, sebbene preceduti da operazioni tecniche, in quanto valutativi dei diversi interessi compresenti.

Se a tali rilievi si aggiunge che nei vincoli indiretti le operazioni tecniche (da capire poi se si tratta di apprezzamenti, valutazioni o accertamenti) si svolgono su concetti giuridici indefiniti o su nozioni indeterminate, appare più corretto ritenere che si tratta di provvedimenti discrezionali connotati da una forte accentuazione soggettiva da parte del deliberante.

⁸⁸ Sia consentito rilevare che l’art. 41 Cost. è stato modificato dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1. In particolare sono state aggiunte le parole “salute” e “ambiente” al comma 2 che pertanto risulta così: «[n]on può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno *alla salute, all’ambiente*, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana»; e la parola “ambientali” al comma 3.

⁸⁹ La citata legge cost. n. 1/2022 ha lasciato immutati i primi due commi dell’art. 9 Cost. e ha aggiunto il comma 3 che così recita: «[t]utela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali».

⁹⁰ Si potrebbe opinare addirittura un risarcimento, ma lo svolgimento risulta troppo lungo e complesso anche solo per essere affermato.

Non si può infatti non rilevare la differenza delle operazioni tecniche nell'apposizione dei vincoli diretti e indiretti. Infatti se per i primi, che riguardano il bene di pregio, si utilizzano indubbiamente criteri tecnico-scientifici, quali gli stilemi (es. romanico, gotico, ecc.), le architetture (es. *liberty*, razionalismo, ecc.), i periodi storici di costruzione (es. epoca romana, rinascimentale), o l'artista (es. Palladio, Bernini, ecc.) e via dicendo, con il che è sufficiente sussumere il bene all'interno di una categoria chiara e determinata; ciò non può avvenire per i vincoli indiretti in quanto riguardano beni che non hanno e non devono avere caratteristiche di pregio.

Come più volte rilevato gli "spazi" circostanti al bene tutelato sono sottoposti a prescrizioni in forza del loro collegamento con quest'ultimo e il collegamento si valuta in ragione del tipo di tutela che si vuole individuare. Tuttavia, si è visto che sono proprio gli obiettivi di tutela a essere generici e non definiti (o se si preferisce indeterminati) e peraltro mutano al variare della sua rappresentazione. Tanto è vero che le motivazioni che solitamente sorreggono tali vincoli in modo tautologico si limitano ad asserire che al fine di *"evitare che siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro e che sia danneggiata la prospettiva e la luce del bene vincolato, e sia messa in pericolo l'integrità del contesto circostante"*. Le argomentazioni contenute nelle relazioni tecniche che accompagnano il vincolo indiretto sovente vengono così esposte: *"Con la presente relazione si intende garantire la salvaguardia dell'integrità del bene vincolato e delle sue condizioni di prospettiva, luce, cornice ambientale e decoro. L'area circostante l'edificio è testimonianza della struttura originale del borgo e ne permette la visibilità ed una corretta lettura storica. La relazione tecnico-scientifica descrive lo stato attuale dell'ambiente circostante per evidenziare come esso sia ancora connotato dal paesaggio che, come tale, consente la migliore vista e la più idonea fruizione del bene. Nel contempo, si evidenzia come i terreni oggetto del vincolo indiretto abbiano da secoli l'attuale destinazione e che l'area ricade nell'area di pertinenza del bene vincolato, elementi questi che confermano le ragioni di opportunità della sua conservazione"*. La richiamata parte della relazione tecnica risulta una sorta di *format* motivazionale che accompagna i vincoli indiretti, e da cui, a onor del vero, certamente non sembra potersi desumere alcun valore scientifico o di tecnico, (ma semplici rilievi di nessun valore tecnico o scientifico) che (ogni uomo della strada) chiunque potrebbe effettuare. Da rilevare inoltre che ivi si afferma chiaramente che essa si ispira a *"ragioni di opportunità della sua conservazione"*, non depono dunque per la discrezionalità tecnica.

È sufficiente leggere i passaggi delle pronunce che hanno a oggetto l'impugnazione dei vincoli indiretti, per avvedersi che nelle parti motivate e nelle relazioni tecniche a sostegno dell'oggetto di tutela si affermano sempre le stesse generiche cose⁹¹.

Tale genericità delle affermazioni dipende esclusivamente dal fatto che non vi sono elementi tecnico-scientifici che possono essere adeguatamente apprezzati dall'amministrazione, ma mere considerazioni, a tutto voler concedere discrezionali (se non meramente soggettive), che cercano in un modo o nell'altro di rilevare l'esigenza di un obiettivo di tutela che non ha alcun contenuto né fondamento reale e oggettivo.

Per poter parlare di vera e propria discrezionalità tecnica sarebbe necessaria la predeterminazione di criteri di valutazione basati su standard tecnico-scientifici magari attraverso una norma regolamentare che valga per tutte le soprintendenze. Tuttavia, non è dato reperire alcun regolamento, e nemmeno alcuna norma generale e astratta, che possa fornire indicazioni tecnico-scientifiche alle quali l'amministrazione, nell'apposizione del vincolo indiretto, si debba necessariamente rifare.

⁹¹ Ad esempio si afferma che l'amministrazione ha esteso *«l'area interessata dalle misure e prescrizioni di tutela indiretta al fine di garantire la conservazione dei caratteri peculiari della cornice ambientale entro la quale il [bene culturale] in oggetto è collocato, con particolare riferimento alla salvaguardia delle direttrici prospettive e visuali dalle quali è possibile apprezzarne l'inserimento, nelle condizioni di prospettiva e decoro storiche e attuali e rispetto al sistema territoriale di cui il complesso [del bene tutelato] risulta essere il caposaldo visivo e la matrice costitutiva»* così quanto richiamato in Cons. Stato, Sez. VI, 6253/2021, cit. Per richiamare un'altra relazione tecnica, ivi si afferma [per come richiamata in sentenza] *«l'opportunità di "salvaguardare gli aspetti percettivi riferiti alle ville ... al fine di evitare che vengano alterati quei connotati paesaggistici che hanno caratterizzato da secoli tali campagne"*. Questo il motivo in forza del quale assoggettare a vincolo indiretto, un'importante porzione del territorio *"che costituisce esso stesso un monumento significativo che lega l'architettura dei campi e delle colture al suo edificato"*», cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1474, in *giustizia-amministrativa.it*. Si potrebbe proseguire richiamando molte altre relazioni tecniche, ma il tono non cambia.

Pertanto, gli obiettivi di tutela rimangono interessi pubblici specifici scervi di valutazioni tecnico-scientifiche, ma con apprezzamenti talmente ampi e lati da superare anche la nozione di discrezionalità per sfociare in apprezzamenti soggettivi. D'altronde ciò appare dimostrato dalle generiche e spesso tautologiche motivazioni presenti nelle relazioni tecniche, che, come evidenziato, non fanno altro che asserire gli obiettivi di tutela, ma non ne spiegano né la concreta esigenza né il percorso valutativo tecnico-scientifico che li sorregge.

Tale esigenza da un lato porta a ritenere che la scelta del vincolo indiretto sia più coerente con la discrezionalità pura, dall'altro che proprio questa ampiezza e genericità degli obiettivi, i quali se appaiono chiari in teoria rimangono incerti in pratica, non sembra la strada migliore per tutelare realmente l'ambito spaziale intorno al bene culturale e inoltre rischia di danneggiare i *circumcolentes* oltre misura.

Rammentando che il vincolo indiretto si applica su beni che non hanno un intrinseco pregio artistico-culturale, è proprio l'assenza di una disposizione che predetermini i parametri tecnico-scientifici a lasciare l'amministrazione procedente con uno spazio di manovra talmente ampio che può essere colmato solo con la valutazione degli interessi compresenti, e, in conclusione, attraverso la discrezionalità pura.

Si appalesa dunque estremamente necessaria una specificazione dei criteri di valutazione degli obiettivi di tutela tassativamente indicati dalla norma. Si potrebbe opinare, inoltre –ma questa è solo una suggestione– che tale lacuna normativa possa rendere costituzionalmente illegittimo l'art. 45 del Codice per violazione del principio del buon andamento.

Un'ultima considerazione.

Si legge sovente in dottrina e giurisprudenza che il vincolo indiretto, come forma di completamento del bene di pregio, costituisce una forma di tutela (o di valorizzazione) dinamica. A ben guardare non si capisce come l'apposizione di prescrizioni che tendono a cristallizzare *rebus sic stantibus* un ambito spaziale asseritamente circostante il bene di pregio possa avere una caratteristica di dinamismo anziché di staticità. È vero che il *politically correct* impone di dire che si persegue una tutela o valorizzazione dinamica del bene culturale, ma la sostanza deve verificare ed elaborare strumenti che realmente rendano dinamica la tutela. Nel caso dei vincoli indiretti non avviene: le prescrizioni che li connotano servono a inibire o bloccare attività, a rendere immutabile e immutato il territorio; con tutta la buona volontà non si riesce proprio a vedere il dinamismo di tale forma di tutela.

Anche su tale aspetto sarebbe sufficiente richiamare l'art. 41 (più dell'art. 42) Cost. per avvedersi che in esso vi è già la previsione di una tutela dinamica. Prevede l'art. 41, comma 2, Cost. che la legge «determina i programmi e i controlli opportuni perchè l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali»⁹². Vero è che ciò vale per le attività economiche, ma niente impedisce che anche per gli immobili si possano prevedere controlli e programmi per rendere vivo e dinamico, sotto il profilo della tutela culturale, il contesto nel quale vive il bene culturale senza per questo eliminare ogni cosa che lo circonda.

Concludendo si può ritenere che per avere una vera tutela dinamica dei beni culturali, di cui fortunatamente il nostro Paese è ricco, è opportuno che l'amministrazione abbia una norma che le imponga, in sede applicativa, di non giungere a soluzioni poco chiare, arbitrarie, soggettive o comunque parziali, essendo la stessa vincolata per legge a ricercare, tutelare e valorizzare i veri beni culturali.

Pertanto la vera valorizzazione del bene culturale non passa, o non deve passare necessariamente, per l'eliminazione o l'azzeramento di altrui situazioni giuridiche soggettive, ma semmai per la armonica coniugazione del valore culturale con le istanze e le situazioni soggettive dei cittadini i quali restano i primi a beneficiare e ad apprezzare il valore culturale.

La valorizzazione dinamica del bene di pregio dunque, si deve collocare su un perfetto bilanciamento tra tutela del bene e garanzia di situazioni soggettive attraverso una complessa, ma efficace, azione di orientamento dell'amministrazione di tutto quanto ruota intorno al bene di pregio.

⁹² Non sfugge il fatto che la proprietà è disciplinata dall'art. 42, Cost. tuttavia quando ivi si afferma che la «proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale», nulla impedisce di proseguire nel senso che ciò possa avvenire anche con leggi che determinino i programmi e i controlli opportuni perchè la proprietà privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

È la corretta programmazione, molto più del vincolo (comunque importante), a garantire la tutela del bene culturale e a orientare positivamente i beni e le attività che in quella zona si svolgono.

Ma occorre che anche le amministrazioni imparino a programmare correttamente non per compartimenti stagni, ma avendo di mira una programmazione territoriale che comprenda i diversi aspetti del territorio. Insomma una "super programmazione" che comprenda dall'ambiente all'edilizia, passando per i valori paesaggistici e culturali. Diversamente il vincolo (diretto o indiretto) si pone come atto atomistico non inserito in una più ampia operazione amministrativa. Il vincolo isolato della programmazione si pone nel medesimo rapporto che intercorre tra atto e attività amministrativa⁹³.

⁹³ Per la teoria che sposta il *focus* dal singolo atto amministrativo verso una più proficua considerazione complessiva dell'azione amministrativa per tutti M.S. GIANNINI, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 988 ss.; ID. *L'attività amministrativa*, Roma, 1962; E. CASETTA, *Attività amministrativa*, in *D. disc. pubbl.*, I, 1987, p. 520 ss.; F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, p. 83 ss.; G. CORSO, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999; B. MATTARELLA, *L'attività*, in S. Cassese (a cura di) *Diritto amministrativo generale*, I, Milano, p. 629 ss.; F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg., VI, Milano, 2002, p. 75 ss.