

Girolamo Sciullo

I vincoli paesaggistici ex lege: origini e ratio

(doi: 10.7390/37873)

Aedon (ISSN 1127-1345)

Fascicolo 1-2, giugno-settembre 2012

Ente di afferenza:

()

Copyright © by Società editrice il Mulino, Bologna. Tutti i diritti sono riservati.
Per altre informazioni si veda <https://www.rivisteweb.it>

Licenza d'uso

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



Il patrimonio culturale e le sue regole

I vincoli paesaggistici *ex lege*: origini e *ratio* [[*\]](#)

di [Girolamo Sciuillo](#)

Sommario: [1. Generalità.](#) - [2. Le questioni poste dai beni paesaggistici *ex lege*: a\) inquadramento della categoria all'interno dei beni paesaggistici.](#) - [3. \(segue\) b\) configurazione e individuazione \(localizzazione e perimetrazione\) dei beni, ruolo dell'amministrazione nella loro individuazione e gestione, inizio di operatività dei vincoli.](#) - [4. Profili della prassi applicativa: le zone di interesse archeologico e le aree escluse ai sensi dell'art. 142, comma 2, del Codice.](#)

Landscape Constraints *ex lege*: Origins and Rationale

The text dwells on the landscape assets directly protected by law starting from law no. 431/1985, and presently the Legislative Decree no. 42/2004. We consider the origins, types, characters and key problems they pose. In particular, we examine the role played by public administration in their management

1. Generalità

Inizio il mio intervento con la citazione di due passi tratti dal testo classico in materia di beni culturali e paesaggistici [[1](#)]:

"Il dispositivo vincolistico delle zone di particolare interesse ambientale individuate *ex lege* si integra nel sistema della legge n. 1497/1939, avendo in comune con le bellezze naturali procedure, mezzi e obiettivi della tutela. Ma il sistema così integrato ha mutato il quadro di riferimento della protezione ambientale (...): [esso] non è più dominato dalla concezione estetica del paesaggio come fonte di emozione per la non comune bellezza, risultando ispirato alla difesa di un valore complessivo che considera le forme del paese in funzione storico-conoscitiva e che può ben definirsi (...) estetico-culturale".

"Caratteristica peculiare [della legge n. 431/85] è l'aver disposto un'applicazione del vincolo paesistico della legge n. 1497/1939 che omette la fase di individuazione amministrativa del bene protetto. (...) La sua individuazione non richiede un giudizio tecnico discrezionale dotato di margini di apprezzamento, perché discende dalla appartenenza a tipologie territoriali qualificate da puri e semplici connotati geografici, rilevabili in concreto con operazioni tecniche di mero accertamento".

I due passi compendiano in termini esemplari i tratti fondamentali che, nell'opinione consolidata, connotano i beni paesaggistici *ex lege*. Al limite il mio compito di relatore con il loro richiamo ben potrebbe ritenersi assolto. Resta, tuttavia, uno spazio di riflessione poiché la configurazione di tali beni presenta e continua ad offrire aspetti meritevoli di approfondimento.

Com'è noto, la categoria dei beni paesaggistici per legge nasce con il decreto legge 27 giugno 1985, n. 312, convertito dalla legge 8 agosto 1985, n. 431. Essa però trae origine dal d.m. 21 settembre 1984, che, ad integrazione degli elenchi delle bellezze naturali e d'insieme di cui ai punti 1, 3 e 4 della legge 29 giugno 1939, n. 1497, incluse in essi, sottoponendoli al vincolo paesistico ai sensi della stessa legge, vaste aree del territorio nazionale individuate per tipi generali: territori costieri e territori contermini ai laghi per una fascia di 300 metri; fiumi, torrenti e corsi d'acqua con relative ripe per una fascia di 150 metri; montagne per la parte eccedente 1800 metri; ghiacciai e circoli glaciali; parchi e riserve, nazionali o regionali, nonché aree di protezione esterne ai primi; boschi e foreste; infine aree assegnate alle Università agrarie e zone gravate da usi civici (art. 1, comma 1).

Un atto amministrativo questo dovuto all'iniziativa di un 'tecnico prestato alla politica' - come oggi si definirebbe lo storico Giuseppe Galasso, all'epoca sottosegretario nel ministero per i Beni culturali e ambientali - e dettato - come si legge nella motivazione - dalla rilevata "assoluta necessità di evitare il crescente degrado del patrimonio ambientale, emerso anche alla constatazione delle forze politiche e sociali ed al livello parlamentare in occasione della discussione legislativa sul condono edilizio". Un intervento sul piano giuridico di dubbio fondamento, ma di 'illuministica' reazione

ad uno sviluppo edilizio realizzatosi nel nostro Paese nel corso del secondo dopoguerra non di rado in termini di abuso, sovente senza espressione di qualità.

Il d.l. 312/1985, emanato 'a salvezza' del decreto ministeriale annullato dal TAR Lazio [2], ne mantenne nella sostanza l'impianto [3]. Le aree in precedenza indicate furono conservate con talune puntualizzazioni [4] e al contempo arricchite con la previsione di altre tre (zone umide, vulcani e zone di interesse archeologico) (art. 1). Con riferimento ad esse si stabilì poi che le regioni sottoponessero a "specifica normativa d'uso e di valorizzazione ambientale il relativo territorio mediante la redazione di piani paesistici o di piani urbanistico-territoriali con specifica considerazione dei valori paesistici ed ambientali" (art. 1-bis).

L'elenco delle aree, ripreso dal decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 190, è presente, pressoché senza variazioni lessicali, nell'attuale versione del d.lg. 42/2004. L'art. 142 (rubricato *Aree tutelate per legge*) qualifica le stesse, in quanto tali, paesaggisticamente rilevanti ("sono comunque di interesse paesaggistico) e le assoggetta alle disposizioni del Titolo I della Parte terza (dedicato alla tutela e alla valorizzazione dei beni paesaggistici). A sua volta l'art. 143 richiama le previsioni dell'art. 1-bis del d.l. 312/1985, stabilendo che l'elaborazione del piano paesaggistico comprende: "ricognizione delle aree di cui al comma 1 dell'art. 142, loro delimitazione e rappresentazione in scala idonea alla identificazione, nonché determinazione di prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei caratteri distintivi di dette aree e, compatibilmente con essi, la valorizzazione" (lett. c).

Per completezza è da aggiungere che i commi 2 e 3 dell'art. 142 del Codice riprendono i casi di esclusione del vincolo menzionati dal d.l. 312/1985 agli artt. 1 e 1-quater (aree delimitate come zone A e B dagli strumenti urbanistici e aree equiparate, nonché corsi d'acqua valutati dalle regioni irrilevanti a fini paesaggistici).

2. Le questioni poste dai beni paesaggistici *ex lege*: a) inquadramento della categoria all'interno dei beni paesaggistici

Considerati sinteticamente le origini e lo sviluppo normativo dei beni paesaggistici *ex lege*, si può passare a considerare le principali questioni che essi pongono. La prima concerne l'inquadramento complessivo della categoria e può essere formulata nei seguenti termini: la configurazione di tali beni (e dei relativi vincoli) ha segnato una soluzione di continuità rispetto a quella dei beni paesaggistici 'provvedimentali' disciplinati dalla legge 1497/1939? Ovvero, la loro previsione ha rappresentato una svolta del legislatore nella considerazione dei valori paesaggistici: da un'idea di paesaggio per tipi di beni di eccellenza a quella di paesaggio inteso piuttosto come 'forma del territorio' [5], con anticipazione dei contenuti della Convenzione di Firenze [6]?

L'estensione delle aree elencate dal d.l. 312/1985 (si calcola intorno al 50% della superficie del territorio nazionale [7]) e soprattutto il fatto che la loro qualificazione in termini di interesse paesaggistico, in quanto condotta per tipologie generali, prescindendo dalla sussistenza in concreto di quel particolare pregio estetico, viceversa (per lo più) richiesto per i beni 'provvedimentali', farebbero propendere per una risposta affermativa.

I dati appena richiamati, se marcano sicuramente una differenza fra le due categorie di beni, non paiono decisivi per segnare una vera e propria cesura. Basta por mente a quei paesaggi che non compaiono in elenco: mancano i paesaggi urbani, quelli agrari, i segni delle vie di comunicazione, tutte situazioni considerate senz'altro paesaggistiche in altri ambiti disciplinari [8]. Per esemplificare, non vi rientrano le zone collinari toscane o umbro-marchigiane, la pianura padano-veneta, come pure quella campana o pugliese. Il legislatore del 1985 si è mosso 'grosso modo' come chiunque volesse dare ad uno straniero o ad un bambino un'idea sintetica del territorio italiano: disegnerebbe la catena delle Alpi e quella degli Appennini, la linea delle coste, traccerebbe il corso del Po e del Tevere, segnerebbe l'Etna e il Vesuvio e poco altro. Il legislatore insomma ha operato per dati significativi, dando evidenza ad aspetti del territorio italiano ritenuti rilevanti in quanto reputati 'identitari', per usare la locuzione che verrà assunta dal Codice (cfr. art. 131, comma 1). Non a caso nel d.m. del 1984, matrice ideale dell'intervento del 1985, si parla di "grandi linee di articolazione del suolo e delle coste" e se ne assume il "primario valore paesistico". In breve, tanto il legislatore del 1939 quanto quello del 1985 hanno filtrato il paesaggio, inteso come ciò che lo sguardo può abbracciare in un giro di orizzonte, in chiave culturale, ossia per aspetti reputati di particolare rilievo [9].

Il che non comporta trascurare il profilo della discontinuità: l'ottica del legislatore del 1985 muove da una considerazione complessiva del territorio italiano [10] e fa perno essenzialmente su dati geografici derivanti da fattori naturali e umani, e perciò meglio definibili come storico-ambientali; quella del legislatore del 1939 era attenta alle eccellenze e si affidava al dato estetico, anche se è da aggiungere in termini prevalenti, ma non esclusivi, giacché, sia pure in misura secondaria, vi comparivano anche altri criteri (in particolare quello scientifico e quello storico-sociale) [11].

Quanto appena indicato ai fini dell'inquadramento complessivo dei beni paesaggistici *ex lege* presenta rilievo anche ai fini della identificazione e perimetrazione in concreto dei singoli tipi, come si avrà modo di precisare.

3. (segue) b) configurazione e individuazione (localizzazione e perimetrazione) dei beni, ruolo dell'amministrazione nella loro individuazione e gestione, inizio di operatività dei vincoli

Altre questioni riguardano i beni *ex lege* in sé considerati e concernono l'individuazione sul territorio (localizzazione e perimetrazione) degli stessi, l'inizio di operatività dei relativi vincoli, il ruolo che è chiamata a svolgere

l'amministrazione di settore nella individuazione dei beni e nella gestione dei vincoli. Si tratta di temi apparentemente slegati, in realtà connessi: ad esempio, non è esente da difficoltà la tesi dell'efficacia *ab origine* (ossia dall'entrata in vigore della legge) di un vincolo relativo ad un bene la cui individuazione dipenda da una valutazione (nel significato specifico di apprezzamento e non di mero accertamento) dell'amministrazione. In realtà si tratta di temi le cui soluzioni, e ancor prima i termini della loro prospettazione, dipendono dalla configurazione normativa della categoria dei beni *ex lege* e correlativamente dalla 'causa' della loro previsione e quindi dalla *ratio* dei relativi vincoli. Su questi aspetti occorre pertanto soffermarsi sia pur brevemente.

E' osservazione unanime che le tipologie territoriali che compaiono ora nell'elenco dell'art. 142 del Codice si connotano, non solo per estensione spaziale, ma anche per eterogeneità [12]. Si spiega pertanto che a fini sistematici la dottrina e la giurisprudenza siano ricorse a classificazioni, partendo da quella fondata sui caratteri intrinseci presentati dai tipi (a seconda cioè che essi siano costruiti dalla norma su dati geomorfologici, biofisici o su conformazioni prodotte da attività antropiche) [13].

In particolare, trova ampio utilizzo la distinzione fra situazioni paesistiche morfologiche e situazioni ubicazionali. Nella nota pronuncia del giudice amministrativo, che ha teorizzato questa distinzione sulla base di un accenno di quello costituzionale [14], le prime "trovano causa direttamente nella forma del territorio che definiscono", mentre le seconde la rinvengono "non già nell'elemento morfologico, bensì in quello ubicazionale: per queste non è la forma del territorio ad essere denotativa del particolare pregio, ma è la relazione spaziale con particolari elementi localizzati, quelli sì di particolare valore paesistico o culturale, a connotare l'ambito territoriale come meritevole di tutela paesistica nelle forme affrontate per le bellezze naturali" [15]. Come situazioni ubicazionali vengono in genere indicate le zone di interesse archeologico, le aree assegnate alle università agrarie e le zone gravate da usi civici (lett. m) e h).

La distinzione è in sé condivisibile, ma richiede di essere precisata. A parte il fatto che il riferimento a qualificazioni quali "particolare pregio" e "particolare valore paesistico" richiamano un ordine di concetti propri dei beni paesaggistici 'provvedimentali' (la valenza estetica, come si è accennata, non è il dato caratterizzante dei beni paesaggistici *ex lege*), la distinzione si espone a un triplice rischio: di indurre a far ritenere che, essendo le tipologie ubicazionali costruite *per relationem*, la relativa tutela abbia ad oggetto i valori (beni o interessi collettivi [16]) in relazione ai quali dette tipologie sono costruite, e non le situazioni territoriali che ne costituiscono l'oggetto. Opportunamente, nel caso delle zone d'interesse archeologico, si precisa che la tutela concerne "non già direttamente o indirettamente, i beni riconosciuti di interesse archeologico, ma piuttosto il loro territorio", ovvero "il contesto di giacenza (...) quale territorio delle presenze di rilievo archeologico" [17], ma l'affermazione va generalizzata, nel senso che per tutte le tipologie ubicazionali ad essere tutelate sono direttamente le situazioni territoriali che ne rappresentano di volta in volta l'oggetto.

Correlativamente viene suggerita l'idea che le aree in questione siano prive o non necessariamente fornite di intrinseco interesse paesaggistico. Ciò può essere vero solo se intenda come paesaggisticamente rilevante solo il territorio che abbia pregio estetico. In realtà è da ritenere che il dato relazionale serva solo ai fini della costruzione della fattispecie astratta (il tipo di bene), ma non individui la 'causa' della previsione normativa. Questa va rintracciata nei caratteri intrinseci presentati dalle aree indicate *per relationem*: nel caso di quelle di interesse archeologico, la ragione della tutela sembra fondarsi sull'esigenza di salvaguardare i tratti connotativi originari del contesto territoriale relativo al bene archeologico (ovviamente scontando le variazioni intervenute nel corso del tempo), mentre nel caso delle aree oggetto di usi civici essa va rintracciata nell'esigenza di preservare quei caratteri di naturalità che l'utilizzazione economica di tipo tradizionale ed estensivo propria dell'uso civico meglio ha mantenuto rispetto ad un'utilizzazione individuale proprietaria di tipo intensivo [18]. In ambedue i casi l'interesse paesaggistico tenuto presente dal legislatore poggia su valori obiettivi, di carattere storico-morfologico, dei territori considerati.

Ancora, il possibile fraintendimento dell'oggetto e delle ragioni della tutela può a sua volta determinare difficoltà nella perimetrazione in concreto delle aree tutelate, che risulterà attendibile solo qualora si ancori a dati di carattere oggettivo, rispetto ai quali i valori (beni o interessi) di relazione forniscono al riguardo un'indicazione importante, ma non esaustiva.

In ogni caso le situazioni paesistiche ubicazionali ad un attento esame risultano più numerose di quelle tradizionalmente reputate tali (appunto quelle di cui alle lett. l) e m).

Al riguardo, tenuto conto dell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale [19], le situazioni paesistiche previste dalle lett. a)-m), possono ricondursi a tre classi:

I) Situazioni indicate direttamente:

- lett. c) fiumi e torrenti [20]
- lett. d) montagne alpine e montagne appenniniche e delle isole, rispettivamente per la parte eccedente 1600 e 1200 metri sul livello del mare
- lett. e) ghiacciai e circoli glaciali
- lett. l) vulcani

II) Situazioni indicate *per relationem* rispetto ad elementi morfologici/oggettivi:

- lett. a) e b) territori costieri e territori contermini a laghi per una fascia di 300 metri
- lett. c) sponde o piedi degli argini di fiumi e torrenti per una fascia di 150 metri
- lett. m) zone di interesse archeologico [21]

III) Situazioni indicate *per relationem* rispetto a connotazioni giuridiche di elementi morfologici:

- lett. c) corsi d'acqua iscritti negli elenchi di cui al r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775
- lett. f) parchi, con relativi territori di protezione esterna, e riserve nazionali e regionali
- lett. g) territori coperti da boschi e foreste e quelli sottoposti a vincoli di rimboschimento, ex art. 2. comma 2 e 6, d.lg. 18 maggio 2001, n. 227
- lett. h) aree assegnate alle Università agrarie e zone gravate da usi civici
- lett. i) zone umide ex d.p.r. 13 marzo 1976, n. 448

E' esigenza unanimemente espressa che, a fini di certezza giuridica, tali aree vengano individuate sul territorio, ossia ne siano precisati la localizzazione e il perimetro [22].

Il Codice, dopo i decreti correttivi 24 marzo 2006, n. 157 e 26 marzo 2008, n. 63, affida al piano paesaggistico la "ricognizione delle aree di cui al comma 1 dell'art. 142" (così l'attuale art. 143, comma 1, lett. c), compito questo che peraltro doveva ritenersi implicitamente demandato a tale strumento già a partire dalla legge n. 431, in quanto preliminare alla prevista indicazione della "specificativa normativa d'uso e di valorizzazione ambientale" (art. 1-bis, comma 1).

Tale ricognizione, come è noto, va operata, ai sensi dell'art. 135, comma 1, "congiuntamente tra ministero e regioni". In attesa della sua effettuazione la prassi, specie in tema di zone di interesse paesaggistico [23], ha introdotto 'atti ricognitivi' che hanno trovato 'copertura' nello stesso Codice (all'art. 157, lett. d) e f). Nel silenzio della legge è da ritenere che essi restino ammessi e che, quanto a competenza e procedimento, possano richiamarsi in analogia le previsioni dettate in tema di beni paesaggistici 'provvedimentali'.

In termini descrittivi l'attività di ricognizione varia in ragione delle caratteristiche presentate dalle singole situazioni indicate. Come è stato efficacemente chiarito [24], essa può consistere in operazioni materiali di misurazione (ad es., dei 300 metri della fascia costiera), nel riscontro con la disciplina amministrativa richiamata (ad es. inclusione o meno di una zona umida nell'elenco previsto dal d.p.r. n. 448/1976), nella valutazione delle concrete situazioni paesistiche sotto il profilo della riconducibilità o meno ai tipi previsti dalla norma.

Ciò che merita di essere sottolineato è la qualificazione giuridica di detta attività: essa anzitutto si colloca nell'area dell'esercizio della c.d. discrezionalità tecnica e, in secondo luogo, si sostanzia, a seconda dei casi, non solo in accertamenti (di fatti semplici), ma anche in apprezzamenti opinabili (di fatti complessi).

Quanto al primo profilo, si rileva che - a maggior ragione rispetto al caso dei beni paesaggistici 'provvedimentali' [25] (venendo in rilievo tipi di beni già considerati dal legislatore di interesse paesaggistico) - l'amministrazione è chiamata a valutare solo se e in quali termini spaziali ricorrono sul territorio le situazioni paesaggistiche astrattamente previste, senza dovere (e potere) procedere a quella ponderazione di interessi che costituisce lo specifico della discrezionalità amministrativa.

Quanto al secondo aspetto, si osserva che il carattere 'opinabile' dei giudizi formulati discende non solo dal fatto che l'amministrazione è chiamata ad utilizzare (anche) 'concetti giuridici indeterminati' [26] (quali, ad esempio, quelli di ghiacciai e vulcani). Invero, anche quando la fattispecie normativa è determinata, la valutazione può presentare profili di opinabilità. Ad esempio, com'è stato già messo in luce, la formula normativa "territori coperti da foreste e da boschi" induce a ritenere il bosco solo "elemento tipizzante di un "territorio" (che, come tale, può essere anche in parte privo di copertura arborea)" [27], sicché la perimetrazione dell'area corrispondente alla previsione astratta non si esaurisce nell'applicazione del concetto di bosco ex art. 2 del d.lg. 227/2001, ma richiede anche un apprezzamento del terreno in chiave di rilevanza paesaggistica. Analogamente per le "zone gravate da usi civici", si è sostenuto - ritengo a ragione - che per evitare rischi di vincoli "a macchia di leopardo" con incongruità di risultati, la perimetrazione debba fare riferimento alla "unità geografico-paesaggistica, comprendente oltre alle aree ancora giuridicamente gravate da usi civici, anche quelle che storicamente ne costituiscono parte integrante" [28]. Così come - ma il dato sembra assolutamente evidente - la perimetrazione del 'contesto di giacenza' del bene archeologico, nel quale prevalentemente si risolve la individuazione di una "zona di interesse archeologico", costituisce un risultato connotato da opinabilità.

Approccio diverso richiede la "determinazione di prescrizioni d'uso intese ad assicurare la conservazione dei caratteri distintivi" delle aree in discorso, demandata anch'essa al piano paesaggistico (art. 143, comma 1, lett. c). In questo caso è del tutto evidente che insieme all'interesse paesaggistico entrino in gioco altri interessi, pubblici e privati, complessivamente riconducibili sotto l'etichetta 'sviluppo socio-economico' dei territori soggetti a vincolo, e che pertanto si apra il confronto, detto in termini volutamente generici, fra esigenze di conservazione e esigenze di

trasformazione.

Vicenda analoga si verifica nel caso di autorizzazione paesaggistica in assenza di piano, alla quale è rimessa la valutazione di ammissibilità di interventi sull'area tutelata.

Nell'uno e nell'altro caso la scelta che l'amministrazione è chiamata ad operare sembrerebbe rientrare - perfino in termini paradigmatici - negli schemi propri delle valutazioni di discrezionalità amministrativa; e in effetti questa è l'indicazione che proviene da autorevole dottrina [29].

La fondatezza di questa posizione non è però esente da dubbi. La discrezionalità amministrativa consta della ponderazione degli interessi in gioco, della loro valutazione in ragione della obiettiva consistenza e si traduce in scelte, non determinate a priori, di sacrificio dell'uno o dell'altro interesse, o più spesso mediane ossia di bilanciamento e temperamento. Non pare sia questo quanto viene richiesto all'autorità di piano o a quella competente in tema di autorizzazione (anche) nel caso dei beni paesaggistici *ex lege*. L'art. 143 assegna al piano la finalità di assicurare la "conservazione dei caratteri distintivi", definendo in relazione ad essi gli usi e le trasformazioni possibili, mentre l'art. 146 rimette all'autorizzazione la verifica dell'intervento prospettato in funzione di salvaguardia dei "valori paesaggistici oggetto di protezione". Nell'uno come nell'altro caso all'amministrazione è richiesta una valutazione, non in termini di bilanciamento degli interessi coinvolti, ma di compatibilità di un interesse rispetto all'altro. In altre parole il giudizio di compatibilità presuppone un interesse considerato prioritario in relazione al quale vanno considerati gli altri interessi e nel rispetto del quale questi possono trovare soddisfazione.

Il giudizio che l'amministrazione è chiamata a svolgere è per così dire 'tutto interno' all'interesse primario, nel caso in esame l'interesse paesaggistico, e si incentra sull'apprezzamento dei "caratteri distintivi", dei "valori paesaggistici", che altro non sembrano che i "valori storici, culturali, naturali, morfologici, estetici, espressi dagli aspetti e caratteri peculiari" indicati nell'art. 138 a proposito dei beni 'provvedimentali', ma estensibili senza dubbio a quelli *ex lege* [30]. In relazione ad essi, da parte del piano, è possibile definire "il quadro fondamentale delle compatibilità" [31] degli usi e delle innovazioni ammissibili e, da parte dell'autorizzazione, valutare l'intervento prospettato. Quindi un giudizio strettamente tecnico. Il che non esclude che dall'ordinamento siano individuati meccanismi - si pensi ad esempio a quello della conferenza di servizi - in cui l'interesse paesaggistico venga ponderato con altri interessi e che dal confronto esso possa uscire in parte o in tutto soccombente.

Un accenno merita infine la questione dell'inizio di efficacia del vincolo sui beni paesaggistici *ex lege*, che, seppure d'importanza pratica ridotta a seguito dell'implementazione della pianificazione paesaggistica regionale, potrà dirsi definitivamente superata solo con la piena attuazione da parte dei piani paesaggistici del compito di individuazione dei beni *ex lege*, ai sensi del più volte richiamato art. 143, comma 1, lett. c). Al riguardo sono state prospettate fondamentalmente tre tesi: quella secondo cui il vincolo, nascendo direttamente dalla legge, opera automaticamente, senza necessità di apposito atto (di piano o altro) di individuazione; quella, all'opposto, per la quale, ai fini di certezza pubblica, l'inizio di efficacia è subordinato all'intervento dell'atto dell'amministrazione che localizzi e perimetri le aree indicate dalla legge solo per categorie generali; quella, infine, per così dire intermedia, che distingue in rapporto ai caratteri presentati dai singoli tipi di beni.

La tesi dell'operatività del vincolo subordinata all'individuazione [32] del bene dà corpo all'esigenza fondamentale - anche per i risvolti penalistici (cfr. art. 181) che ne discendono - della certezza del diritto e della esigibilità secondo ragionevolezza dei comportamenti dei cittadini, e come tale sarebbe in linea di principio preferibile. Non pare però in linea con il dato normativo: nel sottoporre direttamente alle disposizioni del Titolo I, della Parte terza del Codice le aree tutelate per legge (art. 142, comma 1, alinea), nello stabilire il divieto di introdurre modificazioni agli "immobili ed aree di interesse paesaggistico, tutelati dalla legge, a termini dell'art. 142, o in base a legge a termini degli articoli 136, 143, comma 1 lett. d) e 157) (art. 146, comma 1), nel consentire, infine, alla Regione di sottrarre dalla qualificazione e dal regime vincolistico "i beni indicati alla lett. c)" del comma 1 [fiumi, torrenti e corsi d'acqua] (art. 142, comma 3), il Codice chiaramente orienta l'interprete - almeno tendenzialmente - per l'immediata efficacia del vincolo.

D'altra parte la tesi dell'immediata efficacia del vincolo per tutti i tipi di beni tutelati [33] risulta indebolita dall'affermazione (che in genere ad essa si accompagna) della "necessità di una determinazione fisico-spaziale delle aree a causa della genericità ed astrattezza della [loro] elencazione" [34] e si scontra con la mancanza di elementi fisici di obiettiva individuazione propria di taluni tipi.

Invero ambedue le tesi, nei loro esiti estremi, portano ad indicazioni 'singolari': l'una, fornisce base giuridica alla pretesa del proprietario di attuare un intervento sulla riva del mare o a duemila metri di altitudine, in caso di mancata pubblicazione di planimetrie ricognitive [35], l'altra, di ritenere operante dal 1985 un vincolo per una zona di interesse paesaggistico quando ad oggi, anno 2012, la preesistenza del bene archeologico non sia stata ancora rilevata.

Tutto ciò rende plausibile la tesi 'intermedia' sostenuta specialmente in giurisprudenza [36], che, con esplicito riferimento alla categoria dei boschi (nella generica indicazione contenuta nella legge n. 431), rimette l'operatività del vincolo all'individuazione dell'area da parte dell'amministrazione quando la "generalità delle previsioni legislative rende estremamente ardua la delimitazione del vincolo" stesso [37].

Tale posizione risulta condivisibile. Prospetterei la sua formulazione nei seguenti termini. L'inizio di efficacia del vincolo dipende dal carattere 'autoapplicativo' o meno delle previsioni delle aree elencate ora dall'art. 142: quando e

per gli aspetti in cui la definizione normativa consente, secondo un criterio di media conoscenza e diligenza, la determinazione in concreto del bene tutelato, l'operatività del vincolo non richiede la previa individuazione del bene da parte della P.A. In caso contrario - e in particolare nelle ipotesi sopra segnalate in cui l'individuazione richiede un vero e proprio apprezzamento da parte dell'amministrazione - il vincolo diventa operante solo a seguito dell'atto di individuazione. Alla possibile obiezione che l'attività dell'amministrazione ha in questi casi carattere non costitutivo, ma dichiarativo e che pertanto i suoi effetti dovrebbero retroagire nel tempo, potrebbe opporsi che il regime del vincolo dei beni paesaggistici 'provvedimentali' smentisce detta connessione [38].

4. Profili della prassi applicativa: le zone di interesse archeologico e le aree escluse ai sensi dell'art. 142, comma 2, del Codice

Quanto all'applicazione delle previsioni dell'art. 142, offrono motivi di approfondimento le zone di interesse archeologico e quelle escluse ai sensi del comma 2.

Alle zone di interesse archeologico si è già fatto riferimento in relazione all'oggetto tutelato (il contesto di giacenza di presenze archeologiche anche se situate nel sottosuolo e anche se non ancora dichiarate di interesse archeologico), la *ratio* della tutela (salvaguardia dei tratti connotativi di tale contesto) e il carattere di apprezzamento (e non di mero accertamento) presentato dalle valutazioni dell'amministrazione. Si può ora aggiungere che, "non presenta[ndo esse] elementi fisici di oggettiva individuazione", il Mibac fin dall'entrata in vigore della legge n. 431 ha espresso l'avviso che si rendessero "necessari" 'provvedimenti ricognitivi' di localizzazione e di perimetrazione, ai fini della qualificazione di un'area come zona di interesse archeologico [39].

La specificità di tale tipo di beni paesaggistici aveva del resto suggerito agli estensori del Codice di utilizzare nell'art. 142 la dizione "zone di interesse archeologico individuate alla data di entrata in vigore del presente codice" e di riclassificare per il futuro (esplicitamente a partire dal decreto correttivo 24 marzo 2006, n. 157) dette zone fra i beni paesaggistici provvedimentali di cui all'art. 136, comma 1, lett. c). Innovazioni queste, peraltro che il decreto correttivo 26 marzo 2008, n. 63, ha fatto venir meno.

Di recente l'orientamento del ministero è stato riconsiderato alla luce di alcune pronunce del giudice amministrativo e di quello ordinario [40], dalle quali si evince la tesi che la qualificazione di un'area in termini di interesse archeologico, assunta dall'autorità ai sensi del Titolo I della Parte seconda del Codice, comporti automaticamente la qualificazione della stessa come "zona di interesse archeologico" ex art. 142, comma 1, lett. m), ossia, detto in altri termini, che l'apposizione del vincolo archeologico determini direttamente l'insorgenza di quello paesaggistico.

La posizione giurisprudenziale ha un indubbio fondamento logico (l'interesse archeologico alla base della qualificazione di bene culturale e di quella di bene paesaggistico non può che essere unitario) e giuridico (fa corretta applicazione dei principi in tema di efficacia degli atti amministrativi), né determina alcuna anomalia all'interno dell'elenco dell'art. 142 (in sostanza individua un altro caso di un bene paesaggistico *per relationem* rispetto ad una connotazione giuridica), sicché ben si giustifica il suo 'recepimento' da parte del ministero [41].

Tre punti peraltro meritano di essere sottolineati, e del resto sono ben messi in luce dalla pronuncia del giudice ordinario e dal parere reso dall'Ufficio legislativo [42]: anzitutto fra area (o bene) di interesse archeologico ai sensi del Titolo I del Codice e "zona di interesse archeologico" ai sensi dell'art. 142 non c'è coincidenza sul piano oggettuale né pertanto necessaria identità in termini spaziali, la seconda continuando a configurarsi come 'contesto di giacenza' ovvero territorio di presenza dell'altra; in secondo luogo, e conseguentemente, non è superata l'opportunità/necessità dell'atto di ricognizione dell'autorità paesaggistica (nel o prima del piano), la "zona di interesse paesaggistico" potendo essere individuata in termini di maggiore estensione quando lo richieda il concreto assetto dei luoghi; infine, in attesa di detto atto, per ragioni di certezza del diritto, l'area sottoposta a tutela paesaggistica non può che coincidere per estensione con quella soggetta a vincolo archeologico [43].

Quanto alle aree escluse dal vincolo ai sensi dell'art. 142, comma 2 (perché, alla data del 6 settembre 1985, delimitate negli strumenti urbanistici come zone omogenee ai sensi del d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, o ricomprese in piani pluriennali d'attuazione concretamente realizzati, oppure, nei casi dei Comuni sprovvisti di tali strumenti, ricadenti nei centri edificati perimetrati ex art. 18 della legge 22 ottobre 1971, n. 865) il giudice amministrativo ha avuto modo di precisare in tempi recenti, a proposito di una vicenda che ha riguardato il territorio del Comune di Jesolo, l'ambito e la *ratio* dell'esclusione.

Le ipotesi previste dalle lett. a)-c) del citato comma 2 sarebbero di stretta interpretazione in quanto contenute in una norma derogatoria di altra norma (contenuta nel comma 1) espressiva di un principio generale e come tale non suscettibile di integrazione analogica o di interpretazione estensiva [44]. Pertanto un'area qualificata dallo strumento urbanistico come "zona di ricomposizione spaziale", non ricadente nelle zone A e B, e ricompresa in un piano pluriennale di attuazione esistente, ma non realizzato alla data di riferimento, sarebbe soggetta alla disciplina del comma 1 dell'art. 142.

Inoltre, la *ratio* della esclusione dal vincolo paesaggistico per le zone territoriali omogenee A e B sarebbe da cogliere "nell'assetto tendenzialmente stabile sul piano urbanistico di tali aree". Requisito questo non predicabile a proposito di una "zona di ricomposizione spaziale (...) ontologicamente votata (...) a significative manipolazioni urbanistiche ed edilizie" [45].

Per concludere: i beni paesaggisti *ex lege* nascono nel 1985. A distanza di più di un quarto di secolo la loro

elaborazione, come si è potuto notare, offre ancora motivi di interesse.

Il bilancio della loro introduzione è a mio avviso positivo, ma è destinato a crescere quando le previsioni dell'attuale art. 143, comma 1 lett. c), del Codice troveranno piena attuazione, quando cioè i piani paesaggistici avranno proceduto a individuarli e a determinare le prescrizioni di utilizzo, all'interno di un assetto complessivo di salvaguardia e valorizzazione del territorio italiano. E' un compito questo, che quale che sia il ruolo rivendicato dagli attori istituzionali, dobbiamo assolutamente alle generazioni che seguiranno.

Note

[*] Relazione tenuta al Convegno "Tutela del paesaggio: dai vincoli al piano", Padova, 24 febbraio 2012, destinata a comparire nel volume che ne raccoglierà gli atti.

[1] T. Alibrandi, G. Ferri, *I beni culturali e ambientali*, Giuffrè, Milano 2001, nell'ordine, 90 e 89-90.

[2] Tar Lazio, Sez. II, 31 maggio 1985, n. 1548, in *Foro it.*, 1985, III, 252.

[3] Nella sostanza, ma non nel meccanismo giuridico impiegato: l'art. 1 del decreto legge, come sostituito dalla legge di conversione, sottopose, infatti, direttamente a vincolo paesaggistico le aree in questione, senza passare per il tramite dell'integrazione degli elenchi di cui alla legge n. 1497.

[4] Le più significative riguardarono le montagne che, in relazione all'appartenenza alla catena alpina oppure a quella appenninica o alle isole, furono sottoposte a vincolo per la parte eccedente rispettivamente i 1600 e i 1200 metri (lett. d), e i boschi e le foreste, precisati come "territori coperti da foreste e da boschi, ancorché percorsi o danneggiati dal fuoco, e quelli sottoposti a vincoli di rimboschimento" (lett. g).

[5] E' la nota prospettazione di A. Predieri, voce *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, 506, e *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Giuffrè, Milano 1969, 11.

[6] Convenzione europea sul paesaggio, firmata a Firenze il 20 ottobre 2000.

[7] Cfr. P. Carpentieri, *Art. 142*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio, Commentario*, a cura di G. Trotta, G. Caia, N. Aicardi, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2006, 166.

[8] Cfr. L. Gambi, *La costruzione dei piani paesistici*, in *Urbanistica*, 1986, n. 85, 102 e 103.

[9] In senso analogo cfr. M. Libertini, *Note introduttive*, in *Legge 8 agosto 1985, n. 431, Commentario*, a cura di M. Libertini, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1986, 905.

[10] E' quella che la Corte costituzionale nella sentenza 24 giugno 1986, n. 151, punto 8 in diritto, qualifica come "riconsiderazione assidua", cfr. anche M. Libertini, *Note*, cit., 905 nt. 12.

[11] T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni*, cit., 88 s.

[12] Cfr., ad es., S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Laterza, Bari, 2010, 103.

[13] T. Alibrandi, P. Ferri, *I beni*, cit., 225.

[14] Corte cost., 151/1986, cit., punto 4 in diritto.

[15] Cons. Stato, Sez., VI, 12 novembre 1990, n. 951, punto 4 in diritto.

[16] Si impiega la formula indicata da S. Amorosino, *Introduzione*, cit., 104, più precisa di quella ("elementi (...) di particolare valore paesistico o culturale" impiegata dalla sentenza n. 951/1990, cit.

[17] *Ibidem*.

[18] Cfr. M. Libertini, *Art. 1*, in *Legge 8 agosto 1985, n. 431, in Commentario*, a cura di M. Libertini, cit., 933.

[19] Indicazioni dettagliate sui singoli tipi in R. Fuzio, *Art. 142*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2006, 917. Mantengono peraltro interesse quelle di M. Libertini, *Art. 1*, cit., 923 ss.

[20] Secondo l'opinione prevalente i fiumi e i torrenti sono sottoposti a tutela paesaggistica a prescindere dall'inclusione negli elenchi di cui al r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, inclusione viceversa richiesta nel caso dei corsi d'acqua, cfr. Cons. Stato, VI, 4 febbraio 2002, n. 657, P. Carpentieri, *Art. 142*, cit., 166, e R. Fuzio, *Art. 142*, cit., 919.

[21] Nei primi tre casi l'elemento di relazione è costituito dal mare, dai laghi, dai fiumi e dai torrenti, nel quarto da "presenze di rilievo archeologico", senza la necessità dell'avvenuto accertamento dell'interesse archeologico in via amministrativa o legale, cfr. Cons. Stato, VI, n. 951/1990, cit. punto 4, presenze che, in considerazione dell'ampia formula contenuta nella lett. m) è da pensare che possano essere situate anche nel sottosuolo.

[22] A partire dalla nota circolare del ministero dei Beni culturali e ambientali 31 agosto 1985, n. 8, sub par. III, in *Riv. giur. ed.*, 1985, III, 538. Cfr., ad es., S. Amorosino, *Introduzione*, cit., 104, e P. Urbani, *Art. 142*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, Commento*, a cura di M. Cammelli, Il Mulino, Bologna, 2007, 571.

[23] Cfr. D. Sandroni, *Art. 142*, in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio, Commento* coordinato da R. Tamiozzo, Giuffrè,

Milano, 633 s.

[24] Cfr. S. Amorosino, *Introduzione*, cit., 104 e 106.

[25] M. Immordino, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Cedam, Padova, 1991, spec. 126 s.

[26] Cfr. S. Amorosino, *Introduzione*, cit., 105, e in precedenza, *I vincoli paesaggistici ex lege n. 431 del 1985: concetti normativamente indeterminati e valutazioni amministrative*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, II, 174.

[27] M. Libertini, *Art. 1*, cit., 929.

[28] M. Libertini, *Art. 1*, cit., 935.

[29] Cfr. M. Immordino, *Vincolo*, cit., che parla del piano paesaggistico come "sede naturale di comparazione e di contemperamento dell'interesse paesaggistico con tutti i diversi e a volte contrapposti interessi, pubblici, privati, collettivi e diffusi presenti in quella località" (p. 157), senza differenziare la peculiare situazione dei beni paesaggistici *ex lege* e di quelli provvedimentali. Cfr. anche, seppure in termini più sfumati, S. Amorosino, *Introduzione*, cit., 118, che a proposito dell'autorizzazione paesaggistica nelle ipotesi in cui l'unico parametro è costituito dagli enunciati del Codice - e questo è appunto il caso normale dei beni paesaggistici *ex lege* in assenza del piano -, parla di "decisioni fondate su scelte propriamente discrezionali, nei limiti, tuttavia, e col supporto conoscitivo delle tecniche di settore" (p. 118).

[30] Cfr. S. Amorosino, *Introduzione*, cit., 114.

[31] M. Immordino, *Vincolo*, cit., 159.

[32] Cfr. S. Amorosino, *I vincoli*, cit., 172 nt. 3 e 173 ss.; Id, *Introduzione*, cit., 104 ss. e 115.

[33] Cfr. R. Fuzio, *Art. 142*, cit., 915 ss., M. Immordino, *Vincolo*, cit., 106 ss. e 112, Id., voce *Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. IV (Disc. pubbl.)*, vol. X, Utet, Torino 1995, 581 nt. 75, nonché la circolare ministeriale n. 8 del 1985, cit., 537. In parte diversa la tesi sostenuta da M. Libertini, *Art. 1*, cit., 921, che attribuiva all'elencazione contenuta nella legge n. 431 una funzione equipollente a quella svolta secondo la legge n. 1497 dalla pubblicazione dell'elenco delle aree da vincolare, con la conseguenza di ritenere sufficiente l'elencazione legislativa per conferire efficacia provvisoria al vincolo, in attesa della sua definitività a seguito della individuazione delle aree da parte dell'amministrazione. La tesi però trascurava il fatto che l'elenco di cui alla legge n. 1497 individuava esso stesso, a differenza dell'elencazione contenuta nella legge n. 431, i beni paesaggistici (cfr. Amorosino, *I vincoli*, cit., 179).

[34] Così R. Fuzio, *Art. 142*, cit., 914. Cfr. la circolare ministeriale n. 8 del 1985, cit., 538.

[35] Cfr. M. Libertini, *Art. 1*, cit., 920.

[36] Per la dottrina cfr. G. Zaccardi, *Il regime dei vincoli alla luce della legge 10 agosto 1985, n. 431*, in *Riv. giur. ed.*, 1986, II, 137. Cfr. anche la posizione del Mibac a proposito delle "zone di interesse archeologico" menzionata nel successivo paragrafo.

[37] Così Tar Marche, 18 dicembre 1992, n. 753, in *Trib. Amm. reg.*, 1993, I, 594, e in senso analogo, ad esempio, Tar Lazio, Sez. II, 8 settembre 1990, n. 1602, *ivi*, 1990, I, 3406, nonché Cons. Stato, Sez. VI, 19 maggio 1994, n. 794, in *Riv. giur. ed.*, 1994, I, 778.

[38] Cfr. art. 139, comma 2 e 4.

[39] Lo ricorda con ampie indicazioni il Parere dell'Ufficio legislativo del ministero n. 8562 del 6 maggio 2011, punto 2, in www.bap.beniculturali.it.

[40] Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2006, n. 879, e Cass. pen., Sez. III, 23 febbraio 2010, n. 7114.

[41] Cfr. circolare PBAAC n. 28 del 15 dicembre 2011, in www.bap.beniculturali.it.

[42] Parere n. 8562/2011, cit., punti 3 e 4.

[43] A questi punti aggiungerei un altro: la recente presa di posizione del giudice amministrativo e di quello ordinario non comporta il superamento della tesi espressa da Cons. Stato, Sez. VI, n. 951/1990, punto 4, secondo cui "*la fattispecie legale in questione [quella appunto della lett. m)] non presuppone la necessità dell'avvenuto accertamento dell'interesse archeologico, in via amministrativa... o... legale*".

[44] Cfr. Tar Veneto, Sez. II, 26 giugno 2009, nn. 1950-1952, e Cons. Stato, Sez. VI, 13 aprile 2010, n. 9012, in www.giustizia-amministrativa.it.

[45] Cons. Stato, Sez. VI, n. 9012/2010, cit. Successivamente allo svolgimento del Convegno in cui è stata tenuta la relazione riportata nel testo la Corte costituzionale, con la sentenza 23 marzo 2012, n. 66, si è pronunciata sull'art. 12 della legge della Regione Veneto 26 maggio 2011, n. 10, che assimilava alle aree escluse dal vincolo paesaggistico, ai sensi dell'art. 142, comma 2, d.lg. 42/2004, le aree che presentavano, alla data del 6 settembre 1985, le caratteristiche insediative e funzionali delle Zone A e B di cui al d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, e le aree a destinazione pubblica incluse nel territorio urbanizzato individuato in base al medesimo art. 142, comma 2. La Corte ha considerato costituzionalmente illegittima la disposizione regionale, ritenendo che essa violasse la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela ambientale/paesaggistica prevista dall'art. 117, comma 2, lett. s), Cost. A commento della sentenza sia consentito rinviare alla mia nota *Le aree escluse dai vincoli ex lege (Galasso) nella lettura della Consulta*, in *Urb. e app.*, 2012, n. 7, 743 ss.

copyright 2012 by [Società editrice il Mulino](#)
[Licenza d'uso](#)

[inizio pagina](#)