

Paolo Carpentieri

Relazione - Giornata di Studi di Diritto Amministrativo: "I Beni Culturali e Paesaggistici", tenutasi in Gaeta il 10 maggio 2008

PAESAGGIO E BENI PAESAGGISTICI (tra Codice e Convenzione europea)

1. *Premessa.* 2. *Due modelli a confronto: modello della tutela in senso proprio; modello della gestione sostenibile del territorio; la Convenzione europea non esprime un modello alternativo al Codice; il Codice si armonizza e non contrasta con la Convenzione europea.* 3. *Le definizioni di paesaggio, nel codice e nella Convenzione europea: una possibile composizione della dicotomia paesaggio – beni paesaggistici.* – 4. *Proceduralismo, consensualismo, localismo vs. sostanzialismo, autoritatività, statalismo del modello tradizionale di tutela.* – 5. *Annotazione conclusiva.*

1. Premessa.

In questo mio intervento intendo limitarmi a indicare le questioni a mio avviso centrali, oggi, nella discussione sul paesaggio. Non propongo soluzioni, né prenderò posizione sulle diverse opzioni possibili. In altri, precedenti contributi (cui mi permetterò di rinviare nelle note, scusandomi sin d'ora per le frequenti "autocitazioni") ho sviluppato in modo più approfondito questi temi ed ho compiuto scelte valoriali tra le alternative possibili. Qui vorrei limitarmi a mettere a fuoco i termini essenziali del dibattito, per aprire, per alimentare la discussione, non per concluderla.

Mi asterrò inoltre dal condurre una lettura analitica dei diversi testi dell'articolo 131 del Codice che si sono succeduti dal 2004 ad oggi, in rapporto alla definizione di paesaggio data dalla Convenzione europea: un'interpretazione puntuale di queste disposizioni ci costringerebbe a un noioso raffronto testuale, che non mi pare utile in questa sede.

La mia relazione si svolge essenzialmente lungo tre direttrici, peraltro convergenti e variamente connesse tra loro: esaminerò in primo luogo (par. 2) il rapporto tra *vincolo* e *piano*, non nel senso (compiutamente esaminato di recente dal prof. Amorosino¹) di come questi due istituti si combinano e interagiscono tra di loro, ma nel senso della dialettica che essi esprimono tra due opposti modi di vedere la tutela del paesaggio, e guarderò a questo rapporto raffrontando tra loro il Codice e la Convenzione europea, per vedere se questi due testi normativi vanno d'accordo o sono in contrasto; in secondo luogo (par. 3) proporrò una possibile lettura della distinzione tra *paesaggio* e *beni paesaggistici* (legata naturalmente alla dialettica tra piano e vincolo); infine (par. 4) dirò qualcosa su quella che è la vera "madre di tutte

¹ S. Amorosino, *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, in *Riv. giur. urb.*, n. 4 del 2006, 420 ss.

le questioni”: quale modello di diritto amministrativo prediligere nella cura degli interessi pubblici ambientali e, in particolare paesaggistici.

2. Due modelli a confronto: modello della tutela in senso proprio; modello della gestione sostenibile del territorio; la Convenzione europea non esprime un modello alternativo al Codice; il Codice si armonizza e non contrasta con la Convenzione europea.

Nel corso di un interessante convegno, svoltosi due anni fa a Firenze, nel giugno del 2006, dal titolo “*Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*”, si è discusso del rapporto tra Codice e Convenzione europea². Anche in quella sede è emersa – quale asse principale della discussione – la dialettica tra le due diverse visioni fondamentali della nozione giuridica di paesaggio che, molto semplificando, oggi si contendono il campo. Si tratta di due approcci che esprimono, andando ancora più a fondo, due diversi orientamenti generali circa il ruolo del diritto pubblico nelle tematiche *lato sensu* ambientali: una prima visione, fondata sul modello della tutela in senso proprio; una seconda visione, fondata sul modello della gestione sostenibile del territorio. Dico subito che, a mio avviso, come spesso accade nel diritto (e nelle questioni sociali e politiche), “il giusto sta nel mezzo” e non è detto che queste due visioni debbano essere per forza antitetiche e contrapposte, poiché in realtà ben possono trovare un punto di mediazione, una sinergia utile per l’interesse pubblico, un momento di sintesi che, questa è la mia idea, può utilmente rinvenirsi proprio nel Codice del 2004 (2006-2008)³.

Il primo modello (quello della tutela in senso proprio) è costruito sull’idea della tutela come regime speciale del bene (e dei connessi diritti e interessi soggettivi), secondo il paradigma che recente dottrina ha presentato come paradigma dell’eccezione del patrimonio culturale⁴. Il secondo modello (della gestione sostenibile del territorio) tende, invece, a risolvere il problema della salvaguardia del paesaggio nell’ambito di una gestione integrata del territorio, nella quale lo sviluppo tenga nel debito conto l’esigenza di protezione del paesaggio⁵. Nel primo modello il paesaggio ha una sua chiara autonomia concettuale e giuridica; nel secondo modello

² La Convenzione europea del paesaggio, fatta a Firenze il 20 ottobre 2000, è stata ratificata dall’Italia con legge 9 gennaio 2006, n. 14. Le relazioni presentate al convegno di Firenze sono raccolte in G.F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, Bologna, 2007 (con interventi - oltre che del curatore - di D. Sorace, R. Priore, R. Gambino, P. Carpentieri, G. Ferrara, S. Civitarese Matteucci, A. Bartolini, L. Piazza ed R. Martines).

³ In questa direzione muove il mio contributo dal titolo *Regime dei vincoli e Convenzione europea* contenuto del volume a cura di G.F. Cartei sulla Convenzione europea citato alla nota 1, *ivi*, 135 ss.

⁴ G. Severini, *sub artt.* 1-2, in M.A. Sandulli (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2007, 8 ss.e, *ivi*, completi richiami di bibliografia (ma si veda anche, del sottoscritto, *I decreti correttivi e integrativi del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Urb. e App.*, n. 6 del 2006, 625 ss.).

⁵ Esempi chiari di questa impostazione sono rinvenibili nei contributi di A. Crosetti e P. Urbani raccolti in C. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari (a cura di), *Urbanistica e paesaggio*, Atti dell’VIII Convegno nazionale AIDU, Parma, 18-19 novembre 2005, Napoli, 2006, intitolati (rispettivamente) *La tutela naturalistica dei beni culturali* (soprattutto 107 ss.) e *La costruzione del piano paesaggistico*, *ivi*, 205 ss. (con *ivi* ampi richiami bibliografici). La linea di tendenza di questa impostazione – per cui la gestione dinamica del paesaggio nella sede pianificatoria e della normativa d’uso supera e risolve il vincolo (come tutela statica) – conduce naturalmente e fatalmente, *in the long run*, all’assorbimento della materia paesaggistica in quella urbanistica, entro una cornice *lato sensu* (in senso descrittivo) ambientale.

il paesaggio si presenta piuttosto come un aspetto del governo del territorio. Il primo modello pone al centro dell'attenzione il vincolo; il secondo modello il piano.

Gli architetti pianificatori sostengono che l'unica tutela vera – o l'unica tutela possibile – sia quella del piano che guida lo sviluppo verso una gestione sostenibile del territorio. Essi contestano la bontà del noto modulo delle tutele parallele di interessi differenziati (e della “mutualità integrativa” tra i diversi ambiti e livelli di pianificazione) e sostengono che fuori da una pianificazione integrata dell'intero territorio non ha senso parlare di tutela paesaggistica e che l'idea vincolistica abbia fallito e sia insufficiente.

Questa posizione è a mio avviso eccessiva, poiché deve invece ammettersi che il vincolo è e resta il nucleo essenziale “rigido” della tutela, attorno al quale e tenendo conto del quale la tutela paesaggistica deve poi svilupparsi e articolarsi – sul piano dinamico – nella pianificazione territoriale. In realtà il punto di equilibrio tra le due opposte visioni in campo deve ricercare il giusto *mix* tra vincolo e piano, riconoscendo spazio all'uno e all'altro. Ed è ciò che per l'appunto si è sforzato di fare il Codice (nella sua stesura originaria e nei suoi successivi affinamenti del 2006 e del 2008, che seguono un'evidente linea di continuità armonica), cercando di “vestire” di contenuto regolativo i vincoli “nudi”⁶ e di dare forza precettiva e sostanziale ai piani paesaggistici “solo di carta” fino ad allora (fino ad oggi) approvati.

La Parte III del Codice del 2004, anzi, come ho in più occasioni osservato, è nata essenzialmente da una sorta di recepimento dell'accordo quadro Stato-regioni sull'esercizio dei poteri in materia di paesaggio, finalizzato al coordinamento dell'esercizio delle competenze statali e regionali, e della Convenzione europea, nel quadro (ovviamente) dei principi e criteri direttivi della legge delega di non diminuire gli strumenti di tutela (mantenere, quindi, ad esempio, le linee portanti della legge n. 1497 del 1939 e della legge “Galasso”, ossia l'ossatura del testo unico del 1999) e di non aggravare gli oneri a carico della proprietà privata. Il Codice del 2004 ha rappresentato dunque un recepimento anticipato della Convenzione europea del 2000.

Ritengo che la Convenzione europea – come è tipico di questi accordi internazionali che mirano in definitiva a un'integrazione, a una omogeneizzazione delle discipline statuali - voglia indicare un minimo comun denominatore nelle politiche di salvaguardia paesaggistica, compiendo una mediazione tra i diversi sistemi europei e assegnando soprattutto finalità e obiettivi più che indicando strumenti specifici vincolanti, sì da lasciare un ampio margine ai singoli Stati firmatari di adattamento ai propri ordinamenti interni. In questo senso, per la sua voluta genericità e per la connotazione soprattutto politica di molte sue enunciazioni, la Convenzione si presta obiettivamente a una lettura *a double face* e presenta elementi che potrebbero sembrare contraddittori.

Essa, ad esempio, nell'assumere una nozione di paesaggio (articolo 2) estesa “*a tutto il territorio delle Parti*” e che “*riguarda gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani. . . . Concerne sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali,*

⁶ Secondo le indicazioni di P. Ungari, *Spunti per un intervento su “Quadro conoscitivo critico della legislazione italiana sul paesaggio”* nell'ambito del Convegno “*Il Paesaggio nelle Politiche Europee*” (Roma, 10-11 novembre 2003), pubblicato al sito <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

sia i paesaggi della vita quotidiana sia i paesaggi degradati” sembrerebbe dare ragione all’impostazione territorialista. Però sia la definizione di paesaggio (“una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni”) - che pone l’accento sulla percezione identitaria delle popolazioni, che è interpretazione culturale del territorio – sia la tripartizione dell’obiettivo della Convenzione (articolo 3) nei tre momenti della *salvaguardia*, della *gestione* e della *pianificazione* dei paesaggi, dimostrano un’evidente assimilabilità al modello compendiato nel nostro Codice, imperniato sulla triade *individuazione*, *pianificazione*, *gestione*. Alla stessa stregua, la Convenzione, da un lato assume una nozione di paesaggio non solo integrale (*tutto il territorio*)⁷, ma anche integrata, nel senso del principio di integrazione (di ascendenza comunitaria ambientale), poiché annovera tra i “provvedimenti generali” che gli Stati aderenti si assumono l’obbligo di adottare quello di *integrare il paesaggio nelle politiche di pianificazione del territorio, urbanistiche e in quelle a carattere culturale, ambientale, agricolo, sociale ed economico*; dall’altro lato conserva la possibilità di ricorrere allo strumento vincolistico, poiché prevede, tra le *misure specifiche* che gli Stati aderenti devono introdurre, oltre alle azioni volte alle “*identificazione*” dei paesaggi, alla loro “*valutazione*”, alla determinazione degli “*obiettivi di qualità paesaggistica*”, anche quelle di “*applicazione*” degli strumenti concreti di intervento per la salvaguardia, la gestione e la pianificazione dei paesaggi. In questo ambito – volutamente generico – vi è sicuramente spazio per collocare armonicamente tutto lo strumentario giuridico messo a punto dal Codice, nella fedele conservazione della nostra ricca tradizione giuridica.

Resta, dunque, ammissibile la sostanza del nostro modello vincolistico, recuperabile, nel riferimento europeo, all’interno delle nozioni di salvaguardia e di gestione, che postulano una individuazione, un vincolo e la gestione di questo vincolo.

Nell’ambito della Convenzione è soprattutto la nozione di *salvaguardia* del paesaggio⁸ che più appare capace di comprendere validamente il nostro sistema vincolistico. La nozione di salvaguardia, infatti, fornita dall’articolo 1 della Convenzione, risulta giocata soprattutto sul piano della conservazione e protezione

⁷ Secondo E. Boscolo – *Paesaggio e tecniche di regolazione*, in C. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari (a cura di), *Urbanistica e paesaggio*, cit., 60 - con il codice del 2004 <<viene a consolidarsi una nozione “integrale” di paesaggio (il paesaggio è l’intero territorio)>>, anche se <<il quadro complessivo indica invece che finalità, approcci e tecniche diversi coesistono – non senza problemi – e danno corpo ad un quadro composito>> (sulla perdurante necessità dello strumento vincolistico cfr., inoltre, *ivi*, 73). A. Civitarese Matteucci, *La concezione integrale del paesaggio alla prova della prima revisione del Codice del paesaggio*, in G.F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, cit., 209 ss., esclude che il codice del 2004 abbia sancito l’assunzione del modello territorialista della “c.i.p.” (concezione integrale del paesaggio).

⁸ Deve però precisarsi che il termine “salvaguardia” è un’invenzione del traduttore italiano (le lingue ufficiali della Convenzione sono il francese e l’inglese). Sia nella versione in inglese che in quella in francese, infatti, si parla di “*protezione*” (d. «*Landscape protection*» means actions to conserve and maintain the significant or characteristic features of a landscape, justified by its heritage value derived from its natural configuration and/or from human activity; d. «*Protection des paysages*» comprend les actions de conservation et de maintien des aspects significatifs ou caractéristiques d’un paysage, justifiées par sa valeur patrimoniale émanant de sa configuration naturelle et/ou de l’intervention humaine);

del bene [articolo 1, lett. d): «*Salvaguardia dei paesaggi*» indica le azioni di conservazione e di mantenimento degli aspetti significativi o caratteristici di un paesaggio, giustificate dal suo valore di patrimonio derivante dalla sua configurazione naturale e/o dal tipo d'intervento umano>>]. E ciò appare soprattutto vero ove tale funzione di salvaguardia sia opportunamente e (doverosamente) ricollegata a quella di identificazione, prevista tra le misure specifiche dall'articolo 6 della Convenzione. In tale combinato disposto, essa appare idonea a inglobare la nostra tradizionale funzione vincolistica [che verrebbe, in definitiva, ad essere ricondotta alla *applicazione*, come misura specifica, contemplata dalla lettera E) del citato art. 6].

E' dunque ingiustificata la tesi di quanti hanno ritenuto che la Convenzione europea proponga un modello territorialista, alternativo a quello del Codice, donde l'asserito conflitto del Codice con la Convenzione e la legge di recepimento (peraltro successiva al Codice, ma anteriore rispetto alle due novelle del 2006 e del 2008). Resta invece vero che il Codice ha operato una buona traduzione anticipata, in diritto italiano, della Convenzione europea e non vi è alcun contrasto rilevante tra questi due testi.

Il contrasto vero, invece, resta tra le due opposte visioni del paesaggio da cui abbiamo preso le mosse nell'avvio di questa discussione. Così come, d'altra parte, resta una diversità significativa di approccio tra quanti pongono al centro della disciplina il vincolo e quanti, invece, danno priorità al piano.

Il condiviso obiettivo di sintesi e di mediazione non impedisce infatti di tenere ben chiare e distinte le nozioni e le diverse logiche sottese a questi due modelli che si raffrontano. Non c'è dubbio che la pianificazione vuole e può (anche) tutelare. Ma è chiaro che una cosa è il vincolo, che riconosce un interesse pubblico (notevole, o particolarmente importante) intrinseco alla cosa oggetto di tutela, e che di conseguenza conforma in un certo modo la proprietà e l'iniziativa economica privata (nello schema degli artt. 41 e 42 Cost.), limitandone l'esercizio e/o la stessa pienezza contenutistica; altra e diversa cosa è la pianificazione, che si pone come atto generale di progettazione del territorio, nelle sue invarianti strutturali e nei suoi elementi variabili di trasformazione antropica, e che può avere i contenuti più vari, programmatici, previsionali, anche prescrittivi e vincolistici, anche conformativi della proprietà, ma anche solo ottativi, di mero indirizzo, e volti al recupero e alla riqualificazione.

Vediamo adesso come questi due diversi modelli – quello imperniato sul vincolo e quello che si affida al piano – influiscano sulla distinzione tra *beni paesaggistici* e *paesaggio*.

3. Le definizioni di paesaggio, nel codice e nella Convenzione europea: una possibile composizione della dicotomia *paesaggio* – *beni paesaggistici*.

La tensione dialettica tra queste due diverse visioni che, come ho anticipato, non sono opposte, ma complementari, si deposita, si cristallizza, divenendo più percepibile, nella definizione delle categorie giuridiche fondamentali della materia:

qui la questione definitoria non è fine a se stessa⁹, ma si presenta densa di ricadute applicative di grande rilievo. Il nodo da sciogliere è quello del rapporto tra la nozione di *paesaggio* – secondo l’idea della pianificazione estesa a comprendere tutto il territorio regionale – e quella di *beni paesaggistici* – secondo l’idea della tutela di specifiche parti del territorio selezionate per la loro particolare valenza paesaggistica (dichiarazione di notevole interesse pubblico paesaggistico). Questo nodo è stato portato al pettine dal recente secondo decreto correttivo sul paesaggio (d.lgs. n. 63 del 2008), che ha riconosciuto ed esplicitato questa distinzione, che era peraltro già contenuta *in nuce* nel codice Urbani del 2004 e, ancor più, nel testo uscito dalla prima novella, di cui al d.lgs. n. 157 del 2006.

Dopo due anni, dopo nuovi, importanti interventi della Corte costituzionale¹⁰ e con l’emanazione del testé detto secondo intervento correttivo e integrativo della Parte III del codice dei beni culturali e del paesaggio, questi interrogativi, lungi dall’essere sopiti, o definiti, si rivelano oggi ancora più urgenti e attuali.

La questione si coglie in tutta la sua rilevanza ed evidenza anche solo raffrontando le diverse nozioni di paesaggio contenute nelle tre successive versioni del codice “Urbani” (2004, 2006 e 2008), tra loro e con quella proposta dalla Convenzione europea.

Quali sono le questioni di fondo che stanno sotto queste formule normative?

Sin dall’avvio dei lavori della “commissione Trotta”¹¹ per la redazione del codice, nell’anno 2003, si ebbe chiara la consapevolezza che la prima missione da compiere, il primo passo avanti da fare, rispetto al testo unico del 1999, di mero “consolidamento” e raccolta della legislazione vigente, consistesse nel tentare una sintesi organica tra la legge “Bottai” del 1939 e la legge “Galasso” del 1985, la prima portatrice di un modello estetico-vedutistico imperniato sulla selezione di parti di territorio espressive di un notevole valore pubblico-paesaggistico, meritevole di tutela statica (vincolo) – l’idea, cioè, della bellezza naturale, in parallelo con il bello delle opere dell’uomo, le cose d’arte -, la seconda espressiva di una visione più ambientale, geografico-morfologica, in qualche modo territorialista, del paesaggio, imperniata sull’idea (dinamica) del vincolo temporaneo di salvaguardia strumentale e propedeutico alla pianificazione territoriale (anche mista, urbanistica con specifica considerazione dei valori paesaggistici, sotto l’impressione degli artt. 5 e 7 della legge urbanistica n. 1150 del 1942 e della nozione lata di urbanistica forgiata dal d.P.R. n. 616 del 1977 - articolo 80)¹². D’altra parte, la necessità di fare i conti con il

⁹ V. Crisafulli, voce *Disposizioni (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, 1964, 195 ss., soprattutto 202 ss. e nota 30.

¹⁰ Il riferimento è soprattutto a Corte cost. 7 novembre 2007, n. 367 (consultabile al sito *Consulta Online*, <http://www.giurcost.org/decisioni/index.html>, nonché in *Urb. e App.*, n. 3 del 2008, 305 ss., con nota del sottoscritto).

¹¹ L’allora Ministro G. Urbani insediò un’apposita commissione di esperti, presieduta dal Presidente di Sezione del Consiglio di Stato G. Trotta.

¹² Secondo la quale “le funzioni amministrative relative alla materia <<urbanistica>> concernono la disciplina dell’uso del territorio comprensiva di tutti gli aspetti conoscitivi, normativi e gestionali riguardanti le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell’ambiente”. Una disamina più approfondita dell’evoluzione normativa e giurisprudenziale è reperibile in P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 417 ss., dove, tra l’altro, muovendo dal fondamentale contributo di M.S. Giannini, <<*Ambiente*>>: *saggio sui diversi suoi aspetti giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15, si evidenzia l’autonomia del concetto giuridico di paesaggio rispetto alle contermini materie della tutela dell’ambiente e dell’urbanistica. Da ultimo cfr. G. Sciullo,

nuovo titolo V della Costituzione (come modificato nel 2001), nonché con le precedenti “fasi” del regionalismo (dal d.P.R. n. 616 del 1977 al d.lgs. n. 112 del 1998, fino all’accordo quadro Stato-regioni sull’esercizio dei poteri in materia di paesaggio, concluso il 19 aprile 2001 e pubblicato nella G.U. n. 114 del 18 maggio 2001), poneva in primo piano e in assoluta evidenza la contestuale necessità di sciogliere il “nodo irrisolto” della collocazione – non solo nel riparto di competenze, normative e amministrative – del tema del paesaggio rispetto alla (nuova) nozione di governo del territorio, nella mai cessata dialettica tra modello urbanistico-ambientale e modello estetico-culturale. Necessità, questa, ulteriormente acuita dalla sottoscrizione, da parte dell’Italia, nell’anno 2000, della Convenzione europea del paesaggio, che reca in sé una visione poliedrica del paesaggio, con una forte accentuazione *sociale*.

In sintesi, la nozione di paesaggio – e quella connessa, ma distinta, di beni paesaggistici – rappresenta la “linea di faglia” tra le due “placche continentali” (concettuali) della tradizione italiana in materia di trattamento giuridico della nozione di paesaggio: da un lato il “continente” della tradizione idealistico-crociana e storico-sociologica, che dall’idea delle bellezze naturali ha condotto a quella del paesaggio storicizzato e antropizzato (esso stesso) testimonianza di civiltà¹³; dall’altro lato, il “continente” delle scienze urbanistico-territoriali, dominato dal “mito del piano”¹⁴, che dall’idea estesa di urbanistica (art. 80 del d.P.R. n. 616 del 1977) ha condotto a quella di *governo del territorio*¹⁵.

Il quadro si è venuto oltretutto complicando sotto la spinta della recente legislazione regionale sul governo del territorio, che non sempre sembra operare una corretta distinzione tra profili di pianificazione urbanistica e profili di tutela paesaggistica, ma spinge, anzi, verso l’identificazione e la (con) fusione tra urbanistica e paesaggio nell’unico contesto del governo del territorio¹⁶.

Territorio e paesaggio (a proposito della legge regionale della Toscana 3 gennaio 2005, n. 1), in *Aedon, Rivista di arti diritto* on line, al sito <http://www.aedon.mulino.it>, n. 2 del 2007.

¹³ Nella dichiarazione XXXIX della relazione finale della commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, istituita con la legge 26 aprile 1964 n. 310, i beni culturali ambientali venivano definiti come “le zone corografiche costituenti paesaggi, naturali o trasformati dall’opera dell’uomo, e le zone delimitabili costituenti strutture insediative, urbane e non urbane, che, presentando particolare pregio per i loro valori di civiltà, devono essere conservate al godimento della collettività (F. Franceschini, *Relazione della commissione d’indagine per la tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 119).

¹⁴ P. Stella Richter, *I principi fondamentali del diritto urbanistico*, Milano, 2002, 142.

¹⁵ Su questa nozione cfr. P. Urbani, voce *Urbanistica (dir. amm.)* in *Enc. Dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 874 ed ivi rinvii, alla nota 23, nonché G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale e urbanistica*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 5 ss. Rileva che “la formula <<governo del territorio>> . . . rappresenta il punto di massima espansione della *visione panurbanistica*” V. Mazzarelli, *L’urbanistica e la pianificazione territoriale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Parte speciale, tomo IV, Milano, 2003, 2^a, 3341. Sulle tematiche cui si fa cenno nel testo sia consentito rinviare, per mera sintesi, a P. Carpentieri, *sub art. 131*, in G. Trotta, G. Caia e N. Aicardi (a cura di), *Commentario del codice dei beni culturali e del paesaggio*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, Cedam, Padova, n. 1-2 del 2006, 124, 126.

¹⁶ Per alcuni elementi di sintesi, cfr. A. Bartolini, *Regioni e Convenzione europea del paesaggio*, in G.F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, cit., 221 ss. Manca ancora, a quello che consta, una sintesi compiuta dei principali modelli (e degli eventuali minimi comuni denominatori) della ormai corposa legislazione regionale sul governo del territorio *post* riforma del Titolo V del 2001. Ma si veda la legge regionale della Toscana n. 1 del 2005, in tema di governo del territorio, annullata da Corte costituzionale n. 182 del 5 maggio 2006 (in *Consultaonline*, al sito <http://www.cortecost.org>).

Il secondo correttivo sul paesaggio del 2008 non muta e non altera il mio, testé enunciato e ribadito, convincimento. Anzi, lo rafforza. Piuttosto, occorre registrare ancora una forte contestazione alla tesi che questo Codice dei beni culturali e del paesaggio possa davvero costituire una buona, accettabile sintesi. Resta non del tutto (o da tutti) condivisa l'idea guida di fondo del Codice, espressa nella Parte prima, sui principi generali della materia, per cui l'art. 9 della Costituzione deve intendersi nel senso che il Patrimonio culturale comprende anche i beni paesaggistici¹⁷. In realtà i beni paesaggistici, come parte del patrimonio culturale, concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio (art. 1, comma 2, del codice); hanno, dunque, una valenza soprattutto identitario-percettiva e presentano, sotto questo profilo, una comune radice di senso con i beni culturali, con i già evidenziati riflessi di regime giuridico secondo il paradigma dell'eccezione del patrimonio culturale¹⁸. Su questo punto converge la stessa Convenzione europea, nella sua visione che io chiamo *sociale* del paesaggio. Nel preambolo della Convenzione si dice, ad esempio, che “il paesaggio concorre all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio culturale e naturale d'Europa, contribuendo così al benessere e alla soddisfazione degli esseri umani e al consolidamento dell'identità europea” e si parla, tra l'altro, di “sviluppo sostenibile fondato su un rapporto equilibrato tra i bisogni sociali, l'attività economica e l'ambiente” e di “importanti funzioni di interesse generale, sul piano culturale, ecologico ambientale e sociale” del paesaggio. Si è del resto visto come la già menzionata nozione di paesaggio contenuta nella Convenzione (“una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni”) comprende il sostrato naturale (il territorio come matrice ambientale, come *res extensa*) non in sé considerato, ma nella sua interpretazione culturale attraverso la percezione identitaria delle popolazioni, in relazione al suo “carattere”, nella dinamica dell'azione di fattori naturali e antropici. Il paesaggio è dunque posto come percezione culturale, come sfondo comune di orientamento di identità delle popolazioni che vi sono stanziate.

Si tende, dunque, oggi, e in questa direzione sembra muovere il secondo intervento correttivo e integrativo del 2008, a valorizzare la distinzione tra *paesaggio* e *beni paesaggistici* al fine di recuperare nella prima nozione (paesaggio) un po' del modello panterritorialista o panurbanista, e di salvare nella seconda nozione (beni paesaggistici) il nucleo essenziale del modello culturalista, che continua a vivere nello schema della individuazione di aree e immobili di notevole interesse pubblico paesaggistico, che si distinguono selettivamente rispetto al resto del territorio, in quanto punti di convergenza e di emersione del riflesso identitario dei luoghi, in

¹⁷ Critica questa assimilazione P. Stella Richter, *La nozione di patrimonio culturale*, in *Foro amm. – CdS*, 2004. Mostra, invece, di apprezzarla A. Crosetti, *La tutela naturalistica dei beni culturali*, in C. Cugurra, E. Ferrari, G. Pagliari (a cura di), *Urbanistica e paesaggio*, cit. 102 ss. S. Amoroso, *Dalla disciplina (statica) alla regolazione (dinamica) del paesaggio: una riflessione d'insieme*, cit., parla di “distinzione ed irriducibilità” tra beni culturali e beni paesaggistici, “ma comunque appartenenza alla sfera culturale in senso lato”.

¹⁸ Ulteriori argomenti nella direzione della matrice e della collocazione *culturale* del bene paesaggistico in C. Barbati, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Aedon, Rivista di arti diritto on line*, al sito <http://www.aedon.mulino.it>, n. 2 del 2007, nonché in E. Boscolo, *Paesaggio e tecniche di regolazione*, cit., 61 ss.

quanto elementi caratterizzanti e definatori di un ambito territoriale, che lo rendono “leggibile”, cioè riconoscibile e collegato alla tradizione storico-sociale dell’area.

Peraltro, deve darsi atto che la Convenzione europea del 2000, portatrice di una visione molto complessa di paesaggio, frutto come è della sintesi (o del tentativo di sintesi) di culture giuridiche diverse, nata dall’iniziativa (soprattutto) delle autonomie territoriali dei Paesi contraenti, non ha affatto reso più semplici le cose; anzi, forse le ha complicate, poiché ha ingenerato in taluni un atteggiamento di ostilità verso il Codice, visto come una cappa statalista calata dall’alto sul nuovo dinamismo degli enti territoriali¹⁹.

Deve al riguardo osservarsi che l’idea che la Convenzione europea potesse servire per *bypassare* a livello di diritto internazionale pattizio l’*imprinting* statalista del modello italiano di tutela, realizzando cioè mediante il recepimento vincolato di una fonte esterna quel modello regionalista e localista che non era pienamente riuscito a livello nazionale, si scontra con il dato della natura di tale fonte internazionale, che sta fuori dall’ambito comunitario e non gode delle prerogative di autoesecutività del diritto derivato comunitario, ma esige un normale recepimento in diritto interno secondo gli ordinari canoni di integrazione con l’ordinamento nazionale, e non secondo lo schema del riparto di competenze proprio dell’Unione europea. Per questo la mia proposta di “traduzione” in diritto italiano di quel testo pattizio internazionale, in armonia e non in contraddizione con il codice, non costituisce affatto, come pure taluni sembrano ritenere, una violazione del diritto internazionale o della legge nazionale di recepimento. Non senza qui ribadire quanto già osservato sopra, per cui la Convenzione europea si caratterizza per la posizione di fini, ma appare piuttosto elastica nella specificazione dei mezzi, facendo volutamente uso di locuzioni indeterminate e generiche proprio allo scopo di non imporre indebiti stravolgimenti ai modelli di tutela nazionali²⁰.

¹⁹ La Convenzione europea è stata elaborata in seno al Consiglio d’Europa, istituito con l’accordo di Londra del 5 maggio 1949, che costituisce ovviamente un’autonoma organizzazione internazionale da non confondere con il Consiglio europeo, che riunisce i Capi di Stato o di governo degli Stati membri dell’Unione europea e il Presidente della Commissione europea, né con il Consiglio dell’Unione europea dell’Unione europea. La Convenzione europea del paesaggio si fonda, come base giuridica, sull’articolo 1 dello Statuto del Consiglio d’Europa (articolo 1, par. b), che prevede, quale scopo del Consiglio, la discussione, la conclusione di accordi e l’adozione di azioni comuni su questioni di comune interesse in campo economico, sociale, culturale, scientifico, legale e amministrativo, in vista della conservazione e della migliore realizzazione dei diritti umani e delle libertà fondamentali. La proposta della Convenzione di Firenze del 2000 nasce nel mese di marzo del 1994 (voto 256/1994 della Conferenza permanente del Consiglio d’Europa – ora divenuta il Congresso) sulla base della *Carta del paesaggio mediterraneo* adottata dalle regioni Andalusia (Spagna), Languedoc-Roussillon (Francia) e Toscana (Italia), attraverso un gruppo di lavoro composto da membri della Camera dei poteri locali e della Camera delle regioni del Congresso (su questi profili cfr., da ultimo, il contributo di R. Priore, *La convenzione europea del paesaggio: matrici politico-culturali e itinerari applicativi*, in G.F. Cartei (a cura di), *Convenzione europea del paesaggio e governo del territorio*, cit.). E’ da notare che, sulla base di una risoluzione del Congresso (n. 178/2004 del 25-27 maggio 2004), diversi enti locali e regionali (anche italiani) hanno dato vita a Strasburgo, il 30 maggio 2006, a un apposito organismo europeo formato da enti locali e regionali chiamato ad applicare la Convenzione a livello territoriale (RECEP). Il Raggruppamento, dal 2007, ha sede in Firenze, presso la villa Medici, ed ha svolto una prima assemblea generale, tenuta a Strasburgo il 20 marzo 2007, cui hanno partecipato diversi enti territoriali italiani (Regioni Abruzzo, Campania, Calabria, Province di Avellino, Napoli etc.). Ulteriori informazioni sono reperibili al sito <http://www.recep-enelc.net/ita/index.php>.

²⁰ Osservazioni condivisa in dottrina: cfr. S. Foà, *Paesaggio e discipline di settore*, cit., 129 e G.F. Cartei, *La disciplina dei vincoli*, ivi, passim.

Rinvio per l'esame delle diverse definizioni di paesaggio e di beni paesaggistici, rinvenibili nelle tre versioni del codice (2004, 2006 e 2008) e nella Convenzione europea, allo schema di raffronto allegato.

Qui vorrei esporre la mia tesi sulla possibile composizione di questa apparente dicotomia *paesaggio-beni paesaggistici*²¹.

Il problema, abbiamo detto, è essenzialmente quello del rapporto tra *vincolo* e *piano*, tra *individuazione* e *pianificazione*, ovvero, guardando alla questione al livello dei concetti, tra *bene paesaggistico* e *paesaggio*.

Ho sostenuto, in estrema sintesi, al riguardo, l'idea per cui il paesaggio rappresenta il contesto (continuo e integrale) di rilevanza giuridica del bene paesaggistico, mentre il bene paesaggistico rappresenta la dimensione spaziale dell'efficacia delle misure di tutela. Il rapporto tra paesaggio e bene paesaggistico sembra somigliare da questo punto di vista al comportamento dell'elettrone nella fisica dei quanti, dove, secondo il principio di indeterminazione di Heisenberg, i quanti di luce sono nello stesso tempo (e a seconda del punto di vista dell'osservatore) corpuscolari e ondulatori. Così, alla stessa stregua, il paesaggio è la dimensione dinamica, ondulatoria e continua, dei beni paesaggistici, che rappresentano, invece, rispetto al paesaggio, la dimensione atomica e corpuscolare.

Nel testo del Codice del 2004 la distinzione si coglieva dal raffronto tra l'art. 131 e l'art. 134. Nella "versione 2006" essa appariva, inoltre, in forma "larvata", anche nell'art. 135, poiché il comma 3, lettera *a*), riferiva le prescrizioni del piano ordinate al mantenimento delle caratteristiche, degli elementi costitutivi e delle morfologie, ai soli beni sottoposti a tutela, mentre le altre previsioni di piano previste dalle successive lettere *b*), *c*) e *d*) - individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio compatibili, recupero e riqualificazione degli immobili e delle aree compromessi o degradati, individuazione di altri interventi di valorizzazione del paesaggio - erano riferite a tutto il paesaggio (e non ai soli beni paesaggistici vincolati).

Nel nuovo testo del 2008 questa distinzione viene notevolmente amplificata. Le nuove disposizioni sono – giustamente - imperniate attorno al rilievo per cui il *paesaggio* e i *beni paesaggistici* non sono la stessa cosa: il paesaggio è qualcosa di più ampio, rispetto ai beni paesaggistici: questi ultimi designano gli immobili e le aree vincolati (o con provvedimento puntuale, o *ex lege* Galasso, o, *de futuro*, dai nuovi piani adeguati); il paesaggio (la forma del territorio, nella nota formula del Predieri) comprende, invece, come dice la Convenzione europea del paesaggio, tutto il territorio, quindi sia i beni paesaggistici che tutto il resto, che vincolato non è ed ha (o aveva sinora) una valenza solo urbanistico-edilizia, potendo, la pianificazione urbanistica, com'è noto, essa stessa introdurre vincoli conformativi (ma urbanistici, non paesaggistici) di natura morfologica o ambientale (art. 7, n. 5, della legge urbanistica n. 1150 del 1942), in considerazione del valore paesaggistico di talune aree. In base a questa distinzione "paesaggio-beni paesaggistici", l'idea sarebbe quella che lo Stato ha competenza sui secondi, mentre sul paesaggio, più in generale,

²¹ Tesi da me sviluppata nello studio *Regime dei vincoli e Convenzione europea*, qui già richiamato alla nota 3.

come chiarito da Corte cost. n. 367 del 2007, la funzione di tutela limita quella di fruizione (governo del territorio). Sui beni paesaggistici, dunque, lo Stato eserciterebbe, per così dire, una potestà (anche amministrativa) diretta, mentre sul paesaggio, inteso come contesto territoriale continuo di rilevanza paesaggistica, lo Stato porrebbe solo le linee guida ed eserciterebbe un controllo paesaggistico indiretto.

Questa distinzione si desume dal nuovo comma 3 dell'art. 131 (*Salva la potestà esclusiva dello Stato di tutela del paesaggio quale limite all'esercizio delle attribuzioni delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano sul territorio, le norme del presente Codice definiscono i principi e la disciplina di tutela dei beni paesaggistici*), nonché dallo stesso comma 2 (*Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali*), che però potrebbe prestarsi (per chi non opti per la distinzione netta paesaggio – beni paesaggistici) a una lettura riduttiva dell'ambito applicativo delle disposizioni della Parte III, poiché potrebbe implicare che tutti i paesaggi che non riguardano l'identità nazionale, o siano di consistenza esclusivamente naturalistica – i boschi, ad es. – possano restare fuori dalla disciplina di tutela dettata dal codice. Non sembra invece rilevare il fatto – ovvio – che il parere vincolante del soprintendente debba riguardare solo i beni paesaggistici, poiché non v'è dubbio che solo questi sono *individuati*, e dunque *vincolati*, e perciò sottoposti al regime autorizzatorio speciale di cui all'art. 146 del Codice (per le aree costituenti paesaggio, ma non beni paesaggistici, anche in presenza di vincoli “ambientali” di piano, basterà comunque, come ieri, il solo titolo edilizio).

L'art. 135, nuovo testo, mantiene, inoltre, nel nuovo comma 4, la distinzione – sopra evidenziata già nella novella del 2006 - tra *prescrizioni* (riferibili essenzialmente ai contenuti della successiva lettera *a*), concernente la conservazione dei beni paesaggistici) e *previsioni* (riferibili essenzialmente alle successive lettere *b*), *c*) e *d*), concernenti la riqualificazione delle aree compromesse o degradate, la salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche degli altri ambiti territoriali e l'individuazione delle linee di sviluppo urbanistico ed edilizio compatibile).

In conclusione, è possibile sostenere che la considerazione integrale del territorio regionale fatta dal piano si articola al suo interno in previsioni di efficacia paesaggistica, presupponenti il vincolo paesaggistico, e in previsioni di valorizzazione, estensibili anche alla restante parte di territorio che, pur non essendo propriamente parlando *bene paesaggistico*, costituisce nondimeno a tutti gli effetti *paesaggio* giuridicamente rilevante, come sfondo di riferimento e di inserimento dei beni paesaggistici, nei sensi sopra chiariti. Nelle aree non vincolate, ma di (sola) rilevanza paesaggistica (che costituiscono *paesaggio*, ma non *beni paesaggistici*), il piano, facendo uso del titolo urbanistico, potrà poi naturalmente dettare prescrizioni e vincoli conformativi (alla stessa stregua dei già considerati vincoli cd. ambientali di piano regolatore). Va da sé, infine, che la considerazione dell'intero territorio regionale, a fini paesaggistici, consente, come ribadito ripetutamente dalla Corte costituzionale, quella visione integrata che è indispensabile per una buona

pianificazione urbanistica e, nel contempo, una buona pianificazione e tutela paesaggistica, al fine di conseguire l'obiettivo di un paesaggio di buona qualità diffusa media .

La distinzione *paesaggio – beni paesaggistici*, che ingloba ed esprime la tensione tra vincolo e piano, tra criterio individuativo e pianificazione dell'intero territorio regionale, trova dunque una sua composizione nella distinzione tra *rilevanza giuridica paesaggistica* dell'intero territorio regionale (*paesaggio*), cui si estende la presa in considerazione in sede di pianificazione paesaggistica, al fine di assicurare un paesaggio di buona qualità diffusa, come trama continua in cui i beni paesaggistici sono inseriti, anche attraverso interventi non autoritativi di valorizzazione, ed ambito della *efficacia giuridica del regime vincolistico (beni paesaggistici)*, che esplica i suoi effetti limitativi della proprietà e di assoggettamento al previo controllo autorizzatorio dei soli immobili ed aree dichiarati di notevole interesse pubblico paesaggistico, secondo il modulo giuridico del vincolo.

4. Proceduralismo, consensualismo, localismo vs. sostanzialismo, autoritatività, statalismo del modello tradizionale di tutela.

Adesso vorrei provare ad andare un po' più a fondo nell'indagine sulle ragioni del dibattito odierno sul paesaggio. Scavando più in profondità si scopre che la distinzione tra le due diverse visioni fondamentali di paesaggio, cui sopra ho fatto cenno, si presenta, oggi, nei termini di un confronto dialettico tra due diverse visioni delle politiche paesaggistiche (e, più in generale, tra due diverse visioni del ruolo del diritto amministrativo nelle tematiche ambientali²²).

Vi è, da un lato, una prima visione, più tradizionale, che ritiene che la tutela sia anzitutto conservazione e protezione. Essa ha a cuore soprattutto la sostenibilità dello sviluppo; vuole conservare i vincoli e le competenze della "magistratura tecnica" statale (le soprintendenze statali)²³, poiché ritiene che il paesaggio non sia questione decidibile al livello locale in base alle occasionali maggioranze politiche del momento, ma esiga e meriti una funzione tecnica, terza, indipendente, che garantisca il fine (il valore sostanziale) della conservazione del patrimonio culturale (*patrum munus*) da tramandare a mo' di fedecommesso alle future generazioni; questa visione presenta un'impronta più statalista e pone l'accento sulla imprescindibilità e la

²² Su cui si veda l'interessante dibattito sviluppatosi a margine della questione "eolico", in ordine alla quale sia consentito, anche qui, rinviare al mio precedente contributo *Paesaggio contro ambiente*, in *Urb. e App.*, n. 8 del 2005, 931 ss, ora aggiornato e sviluppato in *Eolico e paesaggio* (nota a C.G.A., 3 agosto 2007, n. 711), in corso di pubblicazione in *Riv. giur. ed.*, 2008.

²³ S. Settis, *Italia s.p.a., l'assalto al patrimonio culturale*, Torino, 2002; *Id.*, *Battaglie senza eroi. I beni culturali tra istituzioni e profitto*, Milano, 2005, (dove è raccolto un precedente articolo pubblicato sul quotidiano *La Repubblica* del 22 aprile 2004, con il titolo, *Il manager non salva l'arte*); *Id.*, *Presentazione*, in G. Leone, .L. Tarasco (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Padova, 2006, XXIX, ove l'A. sottolinea come "la tutela prescritta dall'art. 9 (Cost.) . . . si incarna in norme e strutture dello Stato, e in particolare nel sistema delle Soprintendenze territoriali, una creazione culturale e amministrativa molto originale e molto imitata da altri Paesi . . .". B. Zanardi – *Il Sole 24 Ore*, domenica 1 aprile 2007, *Tutela programmata, una lettera di Urbani* – ricorda il progetto di Giovanni Urbani del 1981 per creare un corso di laurea in "Scienze storico-ambientali" al fine di "creare degli esperti in materia di teoria e pratica delle scelte pubbliche relative a problemi di compatibilità tra *sviluppo e conservazione*", secondo l'idea guida della tutela del patrimonio culturale nel suo contesto paesaggistico-ambientale

sostanziale insindacabilità della discrezionalità tecnica in cui si attua il giudizio di valore di tutela paesaggistica, che deve essere sottratto alla mediazione del proceduralismo localistico.

Vi si contrappone dialetticamente, dall'altro lato, una seconda visione, regionalista e localista, che punta soprattutto sulla pianificazione urbanistica, che dovrebbe includere (come invariante strutturale) quella paesaggistica. Questa opposta visione contrasta il "verticismo" statalista delle valutazioni soprintendentizie e ministeriali; privilegia la dialettica e la mediazione politica locale; opta per una linea proceduralista e, nell'ossimoro dello *sviluppo sostenibile* (formula magica che significa tutto e il contrario di tutto), mette l'accento soprattutto sullo sviluppo, più che sulla sua sostenibilità; rivendica la piena autonomia delle Regioni e degli enti locali; tende, in definitiva, a trasfondere il paesaggio tutto, senza residui, nel governo del territorio.

Queste sono, secondo me, le questioni profonde e centrali del dibattito sul paesaggio, oggi.

Come uscire da queste contrapposizioni, come superare questa polemica? Resto convinto che il Codice rappresenta una buona mediazione, per i motivi che ho già enunciato sopra e che mi paiono in qualche modo corroborati dalla seconda novella alla Parte III del codice del 2004.

E' peraltro vero, non lo si può negare, che la Convenzione europea, anche in ragione del ruolo svolto dalle autonomie territoriali nel suo percorso genetico, sembra privilegiare un modello giuridico del tipo *bottom up* (regole emergenti dalla casistica applicativa e dalla prassi sociale, che si condensano in norme più generali), in luogo del modello tradizionale *top down* (norme generali e astratte che logicamente e giuridicamente precedono e condizionano, "a valle", la disciplina dei casi applicativi, che in esse devono trovare classificazione e inquadramento). L'idea del paesaggio come percezione diffusa, di tutti i soggetti che abitualmente (o anche saltuariamente ed occasionalmente) ne fruiscono, come divenire sociale, come sommatoria (o sintesi) del sentire di tutti (o della maggioranza dei) soggetti fruitori, si muove nell'alveo di una concezione del diritto liquida, espansa, come autordinazione sociale, come pratica reiterata e convalidata dall'uso; sembra postulare l'idea di un diritto di base e di formazione soprattutto consuetudinari, in contrapposizione a un'idea imperativo-legalista del diritto, come comando sovrano (statuale) calato dall'alto²⁴.

Questo sfondo culturale – che è rinvenibile alla base della Convenzione - torva forza, dunque, nella tendenza odierna alla demonizzazione-demolizione dello Stato, della statualità del diritto, del modello positivista illuminista di un diritto come decisione imperativa degli organi deputati sulla base della legge e secondo legge a rappresentare e manifestare la volontà generale e la sovranità popolare. Tutti abbiamo letto la copiosa letteratura che è fiorita sul cadavere in decomposizione dello Stato liberale di diritto, circa la fine della sovranità territoriale, la globalizzazione, il diritto sconfinato, il pluralismo delle fonti *infra* e *sovrastatali*, contrapposto al monismo

²⁴ P. Grossi, *L'Europa nel diritto*, Roma-Bari, 2007.

statale, *etc.*²⁵ Questa linea di pensiero si lega al localismo per dare vita a una sorta di neocomunitarismo e neocorporativismo che rifiuta l'idea regolativa omogenea della legge nazionale e predica la tesi delle autonomie territoriali quali uniche interpreti autentiche, autenticamente democratiche, degli interessi della comunità locale, cui spetta in definitiva ogni decisione in ordine al "loro" territorio e a ciò che è lecito e a ciò che è illecito in quel territorio.

La Convenzione europea nasce infatti dal basso, dagli enti locali che cooperano tra loro, e gli Stati sono chiamati solo a ratificarne le scelte. L'istanza sopranazionale, internazionale in cui gli enti locali hanno agito tende dunque a contrapporsi e a sovrapporsi, a scontrarsi, entro il diritto nazionale, con il modello tradizionale statuale-legislativo di normazione, di cui è frutto il Codice.

Questa impostazione culturale e di politica del diritto rinviene nel proceduralismo e nella pratica del *diritto debole* i suoi terreni di elezione. Secondo questa linea di pensiero non esiste una disciplina *a priori* che possa imporsi dall'alto alle comunità territoriali; non esiste – o non è legittimata – una fonte nazionale, statale, che sceglie, che valuta, che attribuisce i rispettivi pesi ponderali ai valori e agli interessi in conflitto; secondo quest'ottica quale debba essere la scelta, ossia quale debba essere il valore o l'interesse che in concreto ha da prevalere e da imporsi, dovranno essere di volta in volta le comunità locali a deciderlo, e questa decisione locale, il cui esito non è mai predefinito e scontato, deve formarsi secondo procedure di consultazione e di inchiesta pubblica, all'esito delle quali l'organo decisore porrà la scelta lì dove si sia raggrumato il maggior consenso, secondo un principio maggioritario-democratico.

Questa impostazione pare per più aspetti criticabile. *Nulla quaestio*, ovviamente, sulla partecipazione, l'inchiesta pubblica, la sussidiarietà orizzontale, *etc.*, che sono cose sacrosante e utilissime per capire meglio e fare meglio. Condivido in linea di massima, ad esempio, l'idea di autoamministrazione di Benvenuti e guardo con grande interesse alle esperienze di democrazia partecipativa²⁶. Tanto è vero, questo, che altrove ho concluso nel senso che la direzione giusta della sussidiarietà nella tutela paesaggistica non è tanto quella *verticale*, bensì quella *orizzontale*, aperta a dare sostanza e rilievo agli interessi diffusi²⁷.

Ma è criticabile l'idea della fine dello Stato di diritto imperniato sul principio di legalità. E' criticabile la connessa idea di un ritorno "neomedievalista" alla consuetudine, alle buone pratiche sociali condivise, all'emergere progressivo dal basso di criteri e canoni regolativi non ingabbiabili in leggi generali e astratte. E' criticabile la connessa idea della fine dell'autorità e del trionfo del consenso, per cui non esisterebbe più il *command and controll*, ma solo la *soft law*, l'autodisciplina delle categorie, i codici deontologici, le autoregolamentazioni, le autonomie che dal

²⁵ *Ex multis*, N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Bari, 2004, 18 ss.; *Id.*, *Il salvagente della forma*; Roma-Bari, 2007; V. Scalisi, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 284, 285 (ed ivi ulteriori richiami); M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Roma-Bari, 2006; S. Cassese, M. Ponticelli (a cura di), *Diritto e amministrazione nello spazio giuridico globale*, Quaderno n. 3 della *Riv. trim. dir. pubbl.*, Milano, 2006.

²⁶ Su cui cfr. da ultimo, U. Allegretti, *Procedura, procedimento, processo. Un'ottica di democrazia partecipativa*, in *Dir. amm.*, n. 4 del 2007, 779 ss. (ed ivi ampi richiami).

²⁷ P. Carpentieri, *Principio di differenziazione e paesaggio*, in *Riv. giur. ed.*, n. 3 del 2007, 71 ss.

basso procedono verso l'alto. E' criticabile, infine, l'idea del panproceduralismo, per cui il diritto è solo forma e non ha sostanza, serve solo a fare da arbitro indifferente (più che imparziale) ai valori in gioco, per cui ciò che conta è solo la forma della partecipazione pubblica – che tutti abbiano potuto parlare e che tutti gli interessi contrapposti siano stati presi in considerazione – e il consenso (della (maggioranza) dei destinatari, ma non conta quasi più nulla il *quid* della decisione, che cosa si è deciso, il contenuto della scelta, qual è l'interesse che ha prevalso e quale quello che si è deciso di sacrificare.

Il discorso sarebbe lungo e non può certo essere svolto in questa sede. Basti qui dire che si comincia, oggi, a percepire come questa stagione del *cupio dissolvi*, questo accanimento contro il nemico mortale costituito dallo Stato, stia in realtà volgendo al termine e abbia ormai fatto il suo tempo, poiché si sta cominciando a riflettere sul dato irrinunciabile della necessità di un'autorità che decida, nonostante e oltre la pura forma delle procedure e al di là del consensualismo unanimistico, nonostante e oltre la parcellizzazione degli interessi locali, in una direzione di vera semplificazione e di omogeneità delle discipline.

Partecipazione, democrazia, autonomie territoriali, sussidiarietà verticale, sì, ma a condizione che non si confonda il metodo con il merito e non si smarrisca la giusta via della tutela degli interessi pubblici, che spetta in definitiva alla legge (del Parlamento, se ci piace questo sistema) definire e fissare in scelte e gerarchie di valori chiare e razionali.

Tornando al paesaggio, dunque, occorre prendere atto con franchezza della perdurante attualità del modello logico-giuridico strutturato nel Codice, come sintesi del modello tradizionale della legge n. 1497 del 1939 e di quello della legge "Galasso" del 1985.

Se eccessi di monismo centralista ci sono stati, essi sono stati mitigati e corretti dal d.P.R. n. 616 del 1977 (primo regionalismo) al d.lgs. n. 112 del 1998 (secondo regionalismo), fino alla riforma costituzionale del 2001 del Titolo V. Il Codice si fa ben carico di questa nuova temperie culturale e sociale e si impernia sul principio della compartecipazione paritaria tra Stato e autonomie territoriali nella individuazione, pianificazione e gestione del paesaggio e dei beni paesaggistici.

Ma, andare oltre il Codice, rivendicano una sorta di primazia della Convenzione europea, in una lettura della stessa "eversiva" del sistema, significa commettere un errore, non solo logico-giuridico ed esegetico, ma anche di politica del diritto ai fini della effettività della tutela dei beni-interessi protetti.

Si pone, infine, un grande problema di legittimazione degli apparati e del connesso quadro distributivo delle competenze (e, in definitiva, del modello di diritto amministrativo che conosciamo).

Si contrappone, infatti, all'idea di una *magistratura tecnica* (le soprintendenze) vocata per legge a decidere dall'alto per gli altri che cosa è bello e che cosa no, che cosa è compatibile con il paesaggio e che cosa non lo è, l'idea di una scelta che sgorga dal basso, dalla viva prassi consuetudinaria locale, che identificherebbe, dunque, la verace percezione del paesaggio da parte delle popolazioni stabilmente stanziato nel territorio.

Qui viene in gioco il tema molto delicato e difficile della legittimazione del potere²⁸. Sembra contrapporsi una legittimazione politica – investitura con il voto democratico del potere di rappresentanza in capo agli organi elettivi degli enti locali – a una legittimazione tecnica (quella dei soprintendenti, che hanno vinto un concorso e poggiano la loro legittimazione sulla specifica preparazione).

Non intendo qui prendere posizione su questi temi delicatissimi²⁹, ma concludo, come ho cominciato, ricordando che *in medio stat virtus*, e che la strada giusta è quella dell’evoluzione e dell’aggiornamento della nostra tradizione giuridico-culturale, evitando le tentazioni di improvvisati cambi di paradigma khuneani³⁰, poiché qui non occorre alcuna scienza rivoluzionaria, ma solo una buona pratica applicativa del Codice, che esprime un ragionevole punto di mediazione nella leale cooperazione tra Stato ed autonomie territoriali, che formano tutti insieme *la Repubblica* (art. 114 Cost.), cui l’art. 9 affida la fondamentale missione della tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione.

5. Annotazione conclusiva.

Ho notato, *supra*, nella nota 5, come la linea di tendenza dell’impostazione “panpianificatoria”, secondo la quale la gestione dinamica del paesaggio nella sede del piano e della normativa d’uso supera e risolve il vincolo (come tutela statica), conduca naturalmente e fatalmente, *in the long run*, all’assorbimento della materia paesaggistica in quella urbanistica, entro una cornice *lato sensu* (in senso descrittivo) ambientale. Ebbene, è così; e occorre riflettere su questa prospettiva e sulla sua bontà per l’interesse pubblico della tutela del paesaggio.

Nel lungo periodo avremo questo scenario: i vincoli non saranno più “vuote perimetrazioni” di aree protette, rimesse, come gestione e controllo autorizzatorio, all’arbitrio discrezionale del Soprintendente, ma testi che raccolgono dettagliate regole d’uso del territorio compatibili con i valori paesaggistici; i nuovi piani avranno ampliato i vincoli “ambientali”, ora vincoli paesaggistici “del terzo tipo”, di piano, ex lettera c) del comma 1 dell’art. 134 del Codice; i piani avranno altresì recepito i vincoli e le loro regole d’uso, per cui i “vecchi” vincoli staranno tutti nel piano e i “nuovi” vincoli dovranno tendenzialmente essere introdotti dal piano; gli strumenti urbanistici comunali si saranno adeguati ai piani paesaggistici e li avranno riprodotti fedelmente. A questo punto la gestione autorizzatoria del vincolo non avrà più alcun senso utile autonomo e sarà riassorbita integralmente nell’accertamento di conformità urbanistico vincolato: il rasoio di Occam (*entia non sunt multiplicanda sine necessitate*) avrà fatto giustizia della Parte III del Codice e dell’autonoma rilevanza

²⁸ In tema, anche se con riferimento alla tematica della natura giuridica delle Autorità indipendenti, cfr. A. Romano Tassone, *Situazioni giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, in *Dir. Amm.*, 3/2002, 465, circa la “tecnica legittimante formale-procedimentale” nell’ambito del principio di legittimazione dell’autorità legato a un criterio di tipo legale-razionale (ove si richiamano M. Weber e N. Luhmann).

²⁹ Ma alcune osservazioni le ho svolte in *Principio di differenziazione e paesaggio*, cit.

³⁰ T.S. Khun, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 1969. Su Khun cfr. M. Dorato, *Cosa c’entra l’anima con gli atomi? Introduzione alla filosofia della scienza*, Roma.Bari, 2007, 166 ss.; R. Rorty, *Philosophy and the Mirror of Nature*, 2^a ed., Princeton, 1980 (trad. it. *La filosofia e lo specchio della natura* di G. Millone e R. Salizzoni, Milano, 2004), 645 ss.

giuridica del concetto di tutela del paesaggio e avrà riconsegnato la materia paesaggistica all'urbanistica. Correlativamente e parallelamente, non ci sarà più alcun ruolo per le valutazioni tecnico-discrezionali della magistratura tecnica arbitra terza e imparziale della tutela, ma tutte le scelte saranno negoziate a livello locale nella sede della pianificazione consensuale o contrattata che dir si voglia, consegnate, dunque, alla sede dello scambio politico.

Questo è un bene per la semplificazione e, se vogliamo, per la democrazia partecipativa federalista. Sarà un bene anche per il paesaggio?

Paolo Carpentieri

Le definizioni di paesaggio, nel Codice e nella Convenzione europea.

Convenzione europea del paesaggio.

Articolo 1

"Paesaggio" designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali e/o umani e dalle loro interrelazioni.

Articolo 2. Campo di applicazione

Fatte salve le disposizioni dell'articolo 15, la presente Convenzione si applica a tutto il territorio delle Parti e riguarda gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani. Essa comprende i paesaggi terrestri, le acque interne e marine. Concerne sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, sia i paesaggi della vita quotidiana sia i paesaggi degradati.

Codice dei beni culturali e del paesaggio

Testo originario della prima versione del codice "Urbani" del 2004:

Articolo 131. Salvaguardia dei valori del paesaggio.

1. Ai fini del presente codice per paesaggio si intende una parte omogenea di territorio i cui caratteri derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni.
2. La tutela e la valorizzazione del paesaggio salvaguardano i valori che esso esprime quali manifestazioni identitarie percepibili.

Testo a seguito della modifica portata dall'art. 3 del d.lgs. 24 marzo 2006, n. 157:

Articolo 131. Salvaguardia dei valori del paesaggio.

1. Ai fini del presente codice per paesaggio si intendono parti di territorio i cui caratteri distintivi derivano dalla natura, dalla storia umana o dalle reciproche interrelazioni.
2. La tutela e la valorizzazione del paesaggio salvaguardano i valori che esso esprime quali manifestazioni identitarie percepibili.

Testo vigente, quale risultante dalla modifica portata dall'art. 2, comma 1, lettera a) del d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63:

Articolo 131 (Paesaggio).

1. Per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni.

2. Il presente Codice tutela il paesaggio relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell'identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali.

3. Salva la potestà esclusiva dello Stato di tutela del paesaggio quale limite all'esercizio delle attribuzioni delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano sul territorio, le norme del presente Codice definiscono i principi e la disciplina di tutela dei beni paesaggistici.

4. La tutela del paesaggio, ai fini del presente Codice, è volta a riconoscere, salvaguardare e, ove necessario, recuperare i valori culturali che esso esprime. I soggetti indicati al comma 6, qualora intervengano sul paesaggio, assicurano la conservazione dei suoi aspetti e caratteri peculiari.

5. La valorizzazione del paesaggio concorre a promuovere lo sviluppo della cultura. A tal fine le amministrazioni pubbliche promuovono e sostengono, per quanto di rispettiva competenza, apposite attività di conoscenza, informazione e formazione, riqualificazione e fruizione del paesaggio nonché, ove possibile, la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati. La valorizzazione è attuata nel rispetto delle esigenze della tutela.

6. Lo Stato, le regioni, gli altri enti pubblici territoriali nonché tutti i soggetti che, nell'esercizio di pubbliche funzioni, intervengono sul territorio nazionale, informano la loro attività ai principi di uso consapevole del territorio e di salvaguardia delle caratteristiche paesaggistiche e di realizzazione di nuovi valori paesaggistici integrati e coerenti, rispondenti a criteri di qualità e sostenibilità.”

Articolo 134. (Beni paesaggistici) – testo originario del 2004

1. Sono beni paesaggistici:

a) gli immobili e le aree indicati all'articolo 136, individuati ai sensi degli articoli da 138 a 141;

b) le aree indicate all'articolo 142;

c) gli immobili e le aree comunque sottoposti a tutela dai piani paesaggistici previsti dagli articoli 143 e 156.

Testo del 2006

Il testo dell'art. 131 è identico nella novella del 2006, salvo che per una piccola modifica alla lettera c) (per cui <<c> gli immobili e le aree **tipizzati, individuati e** sottoposti a tutela dai piani paesaggistici previsti dagli articoli 143 e 156>>).

Testo del 2008

Nel secondo correttivo del 2008 sono apportate minime modifiche al testo dell'art. 131, che non rilevano ai fini del nostro discorso.

le parole: “*gli immobili e le aree tipizzati, individuati e*” sono sostituite dalle seguenti: “*gli ulteriori immobili ed aree specificamente individuati a termini dell’articolo 136 e*”