COLLANA NUOVE AUTONOMIE
COLLETTANEE
28

STUDI IN ONORE DI FILIPPO SALVIA

Convegno

QUALE PIANO PER IL FUTURO DELL'URBANISTICA?

Palermo, 30 novembre 2021

a cura di
Guido Corso
Maria Immordino

EDITORIALE SCIENTIFICA

Collana Nuove Autonomie

MONOGRAFIE

27

I volumi devono essere inviati alla Rivista "Nuove Autonomie". Se il tema è di interesse per la stessa verranno sottoposti, in forma anonima, ad una procedura di doppia valutazione esterna, secondo criteri concordati dalla Direzione con l'editore, che ne conserva la relativa documentazione.

1. A. Contieri, M. Immordino (a cura di), *La dirigenza locale*, 2012
2. G. Pesce, *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato e il vincolo del precedente*, 2012
3. A. Giannelli, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, 2012
4. E. Cavasino, *La flessibilità del diritto alla salute*, 2012
5. N. Gullo, *Autorizzazioni amministrative e liberalizzazione dei mercati tra diritto europeo e diritto interno*, 2012, II ed. 2018
6. P. Savona, *Il governo del rischio. Diritto dell'incertezza o diritto incerto?*, 2013
7. G. Scala, *Gli statuti autonomi delle regioni speciali*, 2013
8. G. Zinzi, *La provincia tra funzioni amministrative e riforme istituzionali*, 2015
9. AA.VV., *Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studio in onore di Guido Corso*, 2016
10. A. Bifani Sconocchia, *Profili del nuovo rapporto tra proprietà e* ius aedificandi, 2017
11. M. Armanno, *Personale, uguale, libero e segreto. Il diritto di voto nell'ordinamento costituzionale italiano*, 2018
12. L. Giani, M. Immordino, F. Manganaro (a cura di), *Temi e questioni di diritto amministrativo*, 2019
13. M. Armanno, *Il giudizio di ammissibilità nel conflitto di attribuzione tra i poteri dello Stato. Questioni teoriche e prassi applicative*, 2019
14. E. Cavasino, *Scelte di bilancio e principi costituzionali. Diritti, autonomie ed equilibrio di bilancio nell'esperienza costituzionale italiana*, 2020
15. M. Immordino, C. Celone (a cura di), *La responsabilità dirigenziale tra diritto ed economia*, 2020
16. A. Contieri, M. Immordino, F. Zammartino (a cura di), *Le autorità amministrative indipendenti*, 2021
17. M. Immordino, N. Gullo, G. Armao (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, 2021
18. A. Zito, *La* nudge regulation *nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*, 2021
19. M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, 2021
20. S.S. Scoca, *Il tribunale superiore delle acque quale giudice amministrativo*, 2021
21. G. Pesce, *Funzione amministrativa, intelligenza artificiale e blockchain*, 2021
22. M. Interlandi (a cura di), *Funzione amministrativa e diritti delle persone con disabilità*, 2022
23. G. Armao, F. Astone, M. Immordino, G. Moschella, V. Prudente (a cura di), *Specialità e differenziazione*, 2022
24. E. Cavasino, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza e le* sue *fonti*, 2022
25. F. Sucameli, *Il giudice del bilancio nella Costituzione italiana*, 2022
26. G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, 2022

COLLANA NUOVE AUTONOMIE
COLLETTANEE

STUDI IN ONORE DI FILIPPO SALVIA
CONVEGNO *QUALE PIANO PER IL FUTURO DELL'URBANISTICA?*
PALERMO, 30 NOVEMBRE 2021

a cura di
Guido Corso
Maria Immordino

EDITORIALE SCIENTIFICA
NAPOLI

Il Volume è stato pubblicato con il contributo dell'Assessorato Regionale per l'Economia – Regione Siciliana

Proprietà letteraria riservata

Copyright 2022 Editoriale Scientifica Srl
Via San Biagio dei Librai, 39 – 80138 Napoli
ISBN 979-12-5976-492-8

INDICE

Introduzione 11

Sandro Amorosino
L'effettività delle regolazioni del territorio al tempo dell'urbanistica "liquida" 15

Gaetano Armao
Governo del territorio ed archeologia pubblica 25

Antonio Bartolini
"Legacy": il lascito della legge urbanistica 63

Cristiano Bevilacqua
L'energia nel paesaggio e i paesaggi dell'energia: il trilemma ambiente paesaggio energia 67

Emanuele Boscolo
Oggetti, funzioni e figure per l'urbanistica contemporanea 99

Vinicio Brigante
Spunti per una riflessione su governo del territorio e mire della criminalità organizzata 149

Chiara Cacciavillani
Linee evolutive del servizio sanitario pubblico 163

Sabino Cassese
Le regioni cinquant'anni dopo: un bilancio 175

Maria Cristina Cavallaro
L'interesse delle generazioni future in Costituzione 185

Cristiano Celone
La speciale disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche 199

Giovanna Colombini e Vanessa Manzetti
Una riflessione (a due voci) su urbanistica e città (in)visibili 231

Guido Corso
Appunti sulla discrezionalità 247

Alessandro Crosetti
Paesaggio, ambiente e gestione forestale sostenibile 255

Gabriella De Giorgi Cezzi
Filippo Salvia e la tenerezza dell'amministrazione in margine all'idea di città e di santità dei giuristi positivi 279

Rosanna De Nictolis
Silvio Spaventa e la storia del Consiglio di Stato. Palazzo Spada, Roma, 12 Dicembre 2022. Dai pareri sui ricorsi straordinari al re alla prima giurisprudenza della quarta sezione 289

Francesco Giacalone
Alcune riflessioni su diritti edificatori e cessione di cubatura dopo la presa di posizione delle Sezioni Unite 337

Loredana Giani e Giovanna Iacovone
Commoning *e territori: brevi spunti sulle potenzialità delle comunità energetiche* 355

Guido Greco
Sanatoria della SCIA in materia edilizia 373

Nicola Gullo
Il pensiero giuridico (e non solo) di Filippo Salvia tra urbanesimo e sviluppo sostenibile 385

Maria Immordino e Alfredo Contieri
La "fine della citta" nel pensiero di Filippo Salvia e il tentativo di rigenerazione e risocializzazione dei centri urbani attraverso il recupero delle antiche sale cinematografiche. Alcune suggestioni e riflessioni sparse 399

Laura Lorello
Prime considerazioni sul nuovo Comitato per la legislazione del Senato della Repubblica 411

Francesco Manganaro
Regionalismo differenziato e divari di cittadinanza nelle più recenti proposte di riforma 425

Daniele Marrama
Golden Powers *e D.P.C.M. 133 del 2022. Quando la semplificazione complica* 437

Patrizia Marzaro
Quale piano per il futuro dell'urbanistica? O quale futuro per un giusto procedimento di pianificazione urbanistica? 453

Marco Mazzamuto
La malasorte della vicinitas*: ulteriore segno dei tentativi di rottura della gloriosa tradizione della giustizia amministrativa* 471

Giuseppe Morbidelli
La localizzazione (e l'ampliamento) dei tracciati autostradali tra Stato, Regioni e Comuni 489

Giorgio Pagliari
Quale piano per il futuro dell'urbanistica? Alcune considerazioni problematiche 511

Sergio Perongini
Il prinicpio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici 517

Giuseppe Piperata
Riflessioni di un giurista sul futuro dell'urbanistica 539

Andrea Piraino
Zone Economiche Speciali (ZES): un'occasione mancata per lo sviluppo del mezzogiorno? 553

Pier Luigi Portaluri
In difesa degli standard urbanistici come livelli essenziali inderogabili dalle Regioni 583

Marco Ragusa
Quali piani per i porti italiani? Ripresa (economica) e resilienza (del monadismo) nell'ultima disciplina della pianificazione portuale 605

Salvatore Raimondi
Incontro di studio del 30 novembre 2021. Quale piano per il futuro dell'urbanistica? 647

Antonio Ruggeri
L'autonomia regionale al bivio: evoluzione o involuzione? (Nota minima su una spinosa questione) 651

Fabio Saitta
Presunzione di piena conoscenza e termine per ricorrere: nihil sub sole novum*, la parola alla plenaria?* 661

Franco Gaetano Scoca
Il primo insegnamento del diritto amministrativo in Italia, in particolare nel mezzogiorno 671

Mario R. Spasiano
Frammentazione delle conoscenze e unità del sapere 701

Fabrizio Tigano
Riflessioni sparse in tema di appalti verdi e criteri ambientali minimi 713

Giulia Torta
Il delicato equilibrio tra la tutela dell'ambiente e la promozione delle attività economiche nella pianificazione dello spazio marino 725

Francesco Fabrizio Tuccari
Combater à corrupção e informar sobre a administração 751

Paolo Urbani
Alla ricerca della città pubblica 793

Riccardo Ursi
La sicurezza pubblica nel sistema di governo multilivello 801

Giuseppe Verde
Le disposizioni di attuazione degli statuti speciali. Qualche considerazione su una fonte nascosta 821

INTRODUZIONE

Il 30 novembre 2022 si è tenuto un convegno con modalità telematica in materia urbanistica, che traeva spunto dalla recente pubblicazione della nuova edizione del Manuale di diritto Urbanistica di Filippo Salvia. Un classico nella materia che è stato oggi arricchito dall'apporto di Nicola Gullo e Cristiano Bevilacqua.

Era un'occasione per rendere un tributo di stima e di affetto al prof. Salvia, Mimì per gli amici, vincendo la sua ritrosia e la sua tenace resistenza ad incontri in cui fosse al centro la sua persona.

Un messaggio affettuoso inviò quel giorno il Capo dello Stato, memore, Sergio Mattarella, della lunga, amichevole e feconda frequentazione con il festeggiato durante gli anni di coabitazione e collaborazione nell'istituto di diritto pubblico dell'ateneo palermitano.

Alcuni dei partecipanti al seminario hanno poi fatto pervenire un testo scritto. Molti altri colleghi, che non avevano partecipato all'incontro, ma hanno poi saputo delle sue vere ragioni – festeggiare il riluttante Mimì a coronazione di una brillante carriera di studioso – hanno pressato i colleghi ed ex colleghi palermitani perché anche loro potessero unirsi nella manifestazione di affetto e di stima per uno dei decani del diritto amministrativo italiano.

Da qui è nata l'idea di allargare l'area della discussione al di là del diritto urbanistico: anche perché Filippo Salvia, pur essendo uno dei massimi specialisti di questa materia, ha arato fruttuosamente tanti altri campi del diritto pubblico.

Questo spiega i contenuti del volume che presentiamo. Nato con il modesto intento della pubblicazione degli atti di un seminario, si presenta oggi con una serie di contributi dal contenuto più vario, resi da amici e ed estimatori di Filippo Salvia che hanno pressato per unirsi a quanti hanno voluto omaggiare lo studioso.

* * * * *

La prima monografia di Filippo Salvia è dedicata alla programmazione economica. Tema allora in voga, – siamo nel 1970 – che egli tratta con

il realismo e il disincanto che caratterizzerà tuttavia la sua produzione.

Contesta tesi autorevolmente sostenute, nega la coercibilità del piano, nega che la legge di piano (art. 41 co. 3 Cost.) sia una super legge, dotata della forza di vincolare l'attività legislativa successiva, nega che la pianificazione economica debba avvenire solo con legge, ridimensiona la portata che viene attribuita al programma economico 1966-1970: a suo giudizio, un documento a carattere essenzialmente discorsivo, volto a regolare comportamenti pubblici, destinati a loro volta a incidere su situazioni giuridiche di privati.

È del 1977 una seconda monografia su "*Leggi provvedimento e autonomia regionale*".

Se nelle materie di competenza regionale il legislatore statale deve intervenire con leggi cornice, la legislazione statale è destinata a perdere, in quelle materie, i caratteri di normativa di dettaglio, restando alle regioni il computo di intervenire su situazioni concrete, specifiche alle diverse realtà territoriali. Spetta alle regioni, appunto, agire con leggi-provvedimento, latamente intese come leggi a basso grado di "astrattezza" a "generalità ridotta". Com'è nella logica di uno Stato interventista. Un pronostico, e un auspicio, che verranno smentiti dalla realtà: perché anche il parlamento continuerà, come e più di prima, ad adottare leggi provvedimento, intese nel senso in cui il Nostro le intenda.

La terza monografia (1984) è dedicata ai profili pubblicistici dell'inquinamento. Un pioneristico contributo al diritto ambientale, settore al quale Salvia dedicherà anche in seguito costante attenzione, da ambientalista convinto. Egli soffre di quella che egli chiama "*la subordinazione delle risorse ambientali alle esigenze dalla produzione*", e compie uno dei primi tentativi di ancorare la tutela dell'ambiente a solide basi costituzionali, bilanciando le indicazioni che vengono dagli artt. 41 e 42 Cost. (che sembrano privilegiare le istanze della "produttività" e del "lavoro") con quelle che emergono dagli artt. 9 e 32 Cost. Il "paesaggio" come sineddoche per "ambiente", la tutela della salute che include anche la tutela della "salubrità dell'ambiente".

La seconda parte del lavoro è dedicata agli strumenti (in particolare gli standard) e alle sanzioni amministrative. Per quanto riguarda i profili organizzativi, l'Autore prospetta l'esigenza che anche le amministrazioni che non hanno specifici compiti di tutela dell'ambiente si facciano carico delle ricadute ambientali delle misure adottate. In questo modo egli anticipa uno schema che oggi è fatto proprio dall'Unione Europea ("Le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione ….", art. 12 TFUE).

Dopo avere esplorato gli aspetti più vari del diritto urbanistica, del diritto dell'economia e del diritto regionale, Filippo Salvia ha dedicato gli ultimi anni a temi di diritto pubblico e diritto amministrativo generale, dando ai suoi lavori un taglio sempre più personale, e spesso idiosincratico.

In un importato saggio apparso su Diritto amministrativo 2007 (*Garanzie delle norme e garanzie di sistema. Il caso della proprietà*) Egli sostiene una tesi singolare.

La proprietà, di cui l'art. 42 Cost. sembra avere ridimensionato lo status rispetto al codice civile (la "funzione sociale"), riceve oggi in realtà una più forte tutela: come è dimostrato dalla estensione dell'obbligo di indennizzo a limitazioni in precedenza non indennizzabili (servitù militari, vincoli urbanistici etc.). Ha giocato il c.d. effetto – sistema, che è prodotto da garanzie che sono offerte non dalle specifiche norme costituzionali che riguardano i singoli diritti, ma da un ambiente giuridico complessivamente più garantista del quale sono entrate a far parte norme sovranazionali (es. CEDU).

Chiamato come relatore al convegno 2005 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo sul tema del diritto dell'emergenza, Salvia spiega che l'emergenza deriva da cause e fattori interni all'amministrazione (in Diritto amministrativo 2005, pag. 763 ss.). All'emergenza, ai suoi istituti (il Commissario) e alle sue regole (la sospensione delle regole ordinarie) si ricorre sempre più spesso in presenza di situazioni che emergenziali non sono (grandi eventi, incontri internazionali etc.): sul presupposto, che spesso è reale, della incapacità delle amministrazioni ordinarie di farvi fronte.

Questa attitudine pessimistica ancora più evidente in uno scritto recente dal titolo eloquente: "*La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare, amici del macro e dei "guadagni rapidi*"; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente (in Diritto dell'economia 2020, pp. 160-177).

Da siciliano disincantato, Filippo Salvia sospetta delle "grandi opere", teme la devastazione dell'ambiente, preferisce la "manutenzione dell'esistente": diffida, soprattutto degli "uomini del fare", manifestando, in questo modo anche una opzione politica.

Come Aristotele, Mimì pensa che alla vita attiva sia superiore la vita contemplativa, la sola che "è amata per se stessa, poiché da essa nulla deriva oltre al contemplare" (Etica Nicomachea, X, 1177 b).

Quale sia il suo ideale di studioso, egli lo ha descritto intervenendo alla presentazione del libro di un collega più giovane. Ci sono "studiosi

esistenziali e studiosi ministeriali. I primi pur avendo il merito di amare molto la ricerca (cosa certamente buona e giusta) sono pieni di difetti. Seguono la loro tabella di marcia, come se il tempo non avesse rilievo. Prima di mettere mano a penna aspettano l'ispirazione della Musa, come Omero prima di cantare l'ira funesta del Pelide Achille. Non seguono i riti e i ritmi ministeriali. Sono un disastro! I secondi sono di tutt'altra pasta. Conoscono alla perfezione l'anagrafe universitaria, padroneggiano altrettanto bene le leggi, i regolamenti, le ordinanze che riguardano l'università. Conoscono soprattutto gli umori e tutto ciò che bolle in pentola nei ministeri. Quando si avvicinano i concorsi, dimostrano una straordinaria abilità a inserirsi nel modo migliore e nei tempi giusti nell'agone" (in M. IMMORDINO e N. GULLO Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata. ESA, Napoli 2021 p. 5).

Salvia si riferiva, in quella occasione, al collega più giovane, definendolo studioso esistenziale. In realtà descriveva anche se stesso. Un giurista, un uomo di fede, allergico agli idola fori, incline a mettere da parte il libro di diritto per rifugiarsi nel suo Platone.

Per ricordare che il problema dell'ambiente è vecchio quanto l'uomo, egli ricorda il passo del Crizia ove si legge che novemila anni di inondazioni hanno fatto precipitare la terra dalle alture e scomparire nel profondo del mare (Crizia, 111, a-b). In esergo allo stesso volume è posto un altro passo platonico che descrive il rapporto tra l'uomo e il mondo.

"E anche tu, piccolo uomo, sei una di tali parti che senza sosta mira al tutto e tende ad esso, nonostante la sua straordinaria piccolezza. Del resto, in quest'ordine di cose, a te sfugge come ogni generazione avvenga perché nella vita del tutto sia presente l'essenza della felicità: sicché non è per te che essa esiste, ma piuttosto sei tu che esisti per la vita del tutto" (Leggi, X, 903 c).

Anche se è tutt'altro che un piccolo uomo, Mimì Salvia sa di esistere per la vita del tutto.

L'EFFETTIVITÀ DELLE REGOLAZIONI DEL TERRITORIO AL TEMPO DELL'URBANISTICA "LIQUIDA"

di Sandro Amorosino

SOMMARIO: 1. La risalente relazione tra il diritto del territorio e l'urbanistica. – 2. L'inadeguatezza dell'urbanistica "tradizionale" a fronte dei macroprocessi di mutazione territoriale. – 3. (segue) le riflessioni e proposte di alcuni urbanisti. – 4. I macrofattori strategici che condizionano gli assetti e le trasformazioni del territorio. – 5. Alla ricerca di un *master plan* sintetico e flessibile.

1. *La risalente relazione tra il diritto del territorio e l'urbanistica*

Il diritto urbanistico – nelle sue concezioni più aggiornate[1] – tenta di ricondurre a sistema le intricate regolazioni dei multiformi, incessanti, processi di trasformazione, materiali ed immateriali, degli assetti e funzioni del territorio.

Si usa la locuzione regolazione per due concorrenti ragioni, una formale ed una sostanziale.

Sul *primo* versante in quanto essa comprende molte specie di atti precettivi[2]: normativi, pianificatori, provvedimentali e contrattuali (mediante questi ultimi si realizzano gli "scambi urbanistici"); sul *secondo* perché le trasformazioni territoriali formano oggetto di una pluralità di *mercati*, regolati da poteri pubblici, ma anche privati[3].

L'urbanistica, intesa come scienza, interpreta i processi trasformativi, studia le tecniche per governarli e ne prefigura gli sviluppi.

È naturale, quindi, che – da sessant'anni a questa parte[4] – molti dei più significativi studi di diritto urbanistico contengano ampi richiami, nei capitoli iniziali o in modo diffuso, agli sviluppi storici dell'urbanistica moderna e contemporanea.

[1] F. SALVIA, C. BEVILACQUA, N. GULLO, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano 2021, Introduzione.

[2] S. AMOROSINO, *Le dinamiche del diritto dell'economia*, Pisa 2018, p. 25 ss. e, in antiquo tempore, ID., *Diritto urbanistico e mercato territorio*, Venezia 1979, p. 57 ss.

[3] P. URBANI, *Territorio e poteri emergenti*, Torino 2007, p. 3 ss.

[4] da L. MAZZAROLLI, *I piani regolatori urbanistici nella teoria giuridica della pianificazione*, Padova 1962, p. 200 ss., a F. SPANTIGATI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano 1969, e, da ultimo, A. BARTOLINI, voce *Urbanistica in Enciclopedia del Diritto*, *I tematici III, Funzioni amministrative*, dir. da M. RAMAJOLI e B.G. MATTARELLA, Milano 2022, p. 1260 ss.

La consapevolezza dei processi trasformativi del territorio – fisici, economico sociali, culturali (in senso lato) ed istituzionali – e degli interessi e poteri ad essi sottesi era, ed è, il *primo* dei due *presupposti cognitivi* essenziali delle analisi dei giuristi dell'urbanistica (e, più in generale, delle pianificazioni)[5].

Il *secondo* presupposto è la piena conoscenza del diritto urbanistico *effettivo,* non di quello scritto, e ridondante, delle leggi "urbanistiche" statali e regionali, né quello di molti *metadisegni* pianificatori, il più delle volte velleitari ed inattuati.

L'*approccio sistemico* incentrato sulla realtà effettuale del diritto amministrativo[6] ha avuto, di recente, interessanti sviluppi ed andrebbe applicato anche al governo (amministrativo) del territorio, istituendo un confronto tripolare tra la regolamentazione scritta, il funzionamento effettivo dell'*aménagement du territoire* e l'individuazione delle funzioni essenziali postulate dalle transizioni in corso.

Le *divaricazioni* tra i sovraccarichi e scoordinati "modelli" normativi e pianificatori e la realtà delle tante amministrazioni che si "contendono" il territorio, intessuta di contraddizioni e disfunzioni, sono ben note agli studiosi più avvertiti[7].

Su un piano più generale, propriamente concettuale, è da rilevare l'*aporia* tra l'ormai "stabilizzata" qualificazione giuridica dell'urbanistica come componente, tuttora assiale, della più ampia materia *governo del territorio* (inteso come l'insieme delle

regolazioni pubbliche dei suoi usi e trasformazioni)[8] ed il suo oggetto di studio, vale a dire i magmatici e non facilmente decifrabili processi trasformativi, sia materiali che immateriali, del territorio stesso.

Si potrebbe obiettare, quanto meno sotto il profilo formale, che l'*aporia* è solo apparente in quanto la richiamata formula di sintesi "ca-

[5] È da sottolineare l'analoga apertura interdisciplinare di studiosi che in materia "costituzionale/urbanistica" ebbero posizioni assai distanti, L. Mazzarolli (*op. cit.*) e A. Predieri (*Pianificazione e Costituzione*, Milano 1963, p. 176 ss.)

[6] G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna 2022, pp. 40-68.

[7] V., da ultimo, P. Stella Richter, *Relazione generale* in AA.VV., *Ripensare la città e il suo diritto (Atti del Convegno Aidu 2020)*, Milano 2022, p. 1 ss; G. Pagliari, *Quale piano per il futuro dell'urbanistica. Alcune considerazioni problematiche* in questi *Scritti in onore di Filippo Salvia.*

[8] v., nel tempo, ex multis, S. Amorosino, *Il governo del territorio: ipotesi di definizione giuridica*, in Id., *Il governo dei sistemi territoriali*; G. Morbidelli, *Il governo del territorio nella Costituzione*, in AA.VV., *Governo del territorio e autonomie locali*, a cura di G. Sciullo, Bononia University Press 2010, p. 12; P. Urbani, voce *Urbanistica* in *Diritto on line*, 2019 e A. Bartolini, voce *Urbanistica*… cit.

nonizzata" è tendenzialmente onnicomprensiva ed aperta, idonea ad includere, o ricondurre, via via, nella sfera dell'analisi giuridica tutte le mutazioni "possibili ed immaginabili" delle realtà.

È pacifico, in ogni caso, che tra la "sfera" giuridica e quella "materiale" vi è continua interazione: gli istituti giuridici (ad esempio: il regime della proprietà o i modelli pianificatori) condizionano fortemente l'evoluzione della "materia" disciplinata, ma – specularmente – i processi di *mutazione* degli "oggetti" retroagiscono sulle regolazioni, imponendo non solo innovazioni regolatorie, ma – allorchè si supera una certa soglia – anche invenzioni di nuovi concetti e paradigmi.

Molti giuristi mostrano consapevolezza del "contesto" e viva sensibilità per emergenti o *riemergenti* tematiche: la rigenerazione urbana, le *smart cities,* lo *sprawl* territoriale, le periferie, il consumo di suolo, la perequazione, gli *standard* qualitativi, i beni comuni.[9]

2. *L'inadeguatezza dell'urbanistica "tradizionale" a fronte dei macroprocessi di mutazione territoriale*

Dato atto della sensibilità dei giusurbanisti l'impressione, tuttavia, è che – anche per l'accelerazione dovuta al concorso di molteplici "macrofattori" (*v. infra*) – i processi di trasformazione in atto, nei diversi tipi di contesti territoriali, a cominciare da quelli urbani e periurbani, abbiano assunto portata e caratteristiche tali da qualificarli *mutazioni.*

Ciò impone ad urbanisti, economisti, sociologi e politologi (oltre che ai giuristi) di "*ficcar lo viso a fondo*" sulle determinanti dei processi stessi per tentare di comprendere se, e come, possa configurarsi un'*urbanistica della transizione*[10].

[9] V., a titolo esemplificativo, tra i più recenti contributi: AA.VV., *Ri-conoscere la Rigenerazione,* a cura di M. Passalacqua, A. Fioritto, S. Rusci, Santarcangelo di Romagna 2018; AA.VV. *Ripensare la città e il suo diritto …* cit.; C. Lauri, voce *Smart City* in Dig. Disc. Pubbl. 2021; AA.VV., *La prossima città*, a cura di G.F. Ferrari, vol. I, Milano-Udine 2017 e vol. II, 2021; AA.VV., *La co-città*, a cura di P. Chirulli e C. Iaione, Napoli 2018; AA.VV., *Periferie e diritti fondamentali*, a cura di M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca, Napoli 2020; D.M. Traina, voce *Perequazione urbanistica* in E.d.D. Annali VIII, Milano 2015, p. 687 ss.; G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano 2019, p. 102 ss.; P. Carpentieri, *Il consumo di suolo e le sue limitazioni: la rigenerazione urbana*, in Riv. Giur. Urb. 2019, p. 534 ss.; E. Boscolo, *Beni pubblici e beni comuni: appunti per una sistemazione teorica* in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli 2019.

[10] Come significativamente Bartolini ha intitolato l'ultimo paragrafo della voce *Urbanistica…*cit.

Rinnovando la positiva attitudine all'apertura interdisciplinare è necessario – per i giuristi – individuare le tematiche assiali di questa *urbanistica di transizione*.

A questo fine ci si deve chiedere innanzitutto quali sono i fattori sostanziali determinanti delle mutazioni territoriali in atto, con il *caveat* che si tratta di un *coacervo* di forze e tendenze di natura assai diversa, materiali ed immateriali, (ciò che rende pressoché impossibile individuare *un* fattore dominante[11]).

L'approccio, quindi, dev'essere empirico e ricognitivo.

In quest'ottica le considerazioni di Bartolini – per attualità e ricchezza di implicazioni – costituiscono un buon "punto di attacco".

L'urbanistica – rileva l'A. – si misura *in primis* con la transizione digitale e con quella ecologica.

Sul *primo* versante vengono richiamate le *smart cities* e le *smart lands*, la diffusione della rete a banda larga, l'analisi dei dati per la politica del territorio; tutti elementi, come pure lo *smart working* e la *sharing economy* (applicata – ad esempio – alle locazioni turistiche o alla mobilità) che hanno "ricadute" sugli assetti territoriali.

Sul *secondo* versante vengono in rilievo il risparmio energetico ed il contenimento dell'uso del suolo.

Di grande interesse è, poi, l'applicazione all'urbanistica dei concetti di *immateriale funzionale* e di *immateriale economico* (riferiti in origine ai beni culturali).

Il *primo* riguarda la tutela del decoro urbano e del *genius loci*, lo "spirito", di una città o di una sua parte (ad esempio: la disciplina delle destinazioni d'uso ha rilevanza economica, urbanistica ma anche identitaria). L'immateriale economico riguarda la separabilità e trasferibilità dello *jus aedificandi* da un suolo ad un altro e, più ampiamente, il *marketing territoriale,* cioè la promozione dell'attrattività di aree urbane e territori[12].

[11] Al contrario di quanto avveniva, su base ideologica, in un risalente passato; v., ad esempio, G. Campos Venuti, *Amministrare l'urbanistica*, Torino 1967, p. 30 ss. (che individuava la determinante assoluta nella rendita urbana) e E. Salzano, *Urbanistica e società opulenta*, Bari 1969, incentrato su un presupposto, l'opulenza, in pratica la civiltà dei consumi, all'epoca appena agli albori in Italia ed in molti Paesi europei.

[12] In tema v. AA.VV., *Il nuovo corso dell'amministrazione locale. Dal Comune-ordinamento al Comune-azienda al Comune-sistema*, a cura di A. Azzena, Pisa 2001, ed ivi la relazione di P. Carrozza, *La riforma del potere locale 1990-2000: dal Comune-ordinamento, al Comune-azienda, al Comune-sistema* e di R. Caranta, *Il nuovo ruolo delle autonomie nella competizione tra sistemi territoriali.*

3. *(segue) le riflessioni e proposte di alcuni urbanisti*

Altre suggestioni, a scala più ampia, vengono da alcuni urbanisti e riguardano l'*inapplicabilità*, alle dilaganti megalopoli del XXI° secolo – specie africane, asiatiche e centro/sud americane – del modello occidentale di città, (ora caratterizzato dalla *diluizione* in variegati ambiti spaziali delle grandi città europee e nordamericane).

Koolhaas, uno dei maestri dell'architettura contemporanea, attento studioso delle più disparate fattispecie urbane nei vari continenti, significativamente parla di "*(non più) città"*[13], ma conurbazioni amorfe ed esplosive, per indicare proprio la perdita di modelli e lo *sfarinamento dell'urbanistica,* già alla fine del XX secolo, non mancando di sottolineare il ruolo della digitalizzazione (ad esempio nel ridurre il pendolarismo a quello dei lavoratori *subalterni*, cui viene richiesta la presenza fisica[14]).

La congestione, i più elevati costi della vita, i disservizi, i conflitti urbani (in particolare l'insicurezza) e – appunto – la digitalizzazione concorrono, nelle città euro– nordamericane, al caotico "spruzzamento" degli abitanti "verso l'esterno", al di là delle periferie consolidate, in contesti assai variabili, spesso poco attrezzati.

Si va, nelle varie configurazioni italiane, da lottizzazioni chiuse, ad agglomerati sorti in prossimità di centri commerciali o di nodi trasportistici, alle "villettizzazioni" disordinate ed atomizzate, al "gonfiamento" di centri del primo e secondo *hinterland*, alla "*gentrificazione*" di più appartati centri storici semideserti, all'urbanizzazione residenziale delle coste più prossime; il tutto in un *mix* casuale di effetto metropolitano, periferie territoriali (*alias* di porzioni di territorio trasformate in periferie disfunzionali) ed atomizzazione degli insediamenti.

Un tratto caratterizzante comune a questi vari processi è che "*le determinati territoriali sono meno rilevanti di quelle economico sociali"*[15].

Si comprendono – dunque – le difficoltà dell'urbanistica (come sintesi verbale delle varie scienze urbanistiche) ad *intercettare* ed interpretare – cioè "dare un senso", o almeno linee tendenziali – agli attuali processi di trasformazione urbana e territoriale, sempre più frammentati e di rapido "consumo".

In questo scenario si segnalano alcuni impegnati tentativi di ritrovare

[13] R. Koolhaas, *Testi sulla (non più) città*, con un bel saggio introduttivo di M. Orazi, Macerata 2021.

[14] L. Ricolfi, *La società signorile di massa*, Milano 2021, p. 74 ss.

[15] Si sono riprese talune locuzioni (ed analisi) di E. Boscolo, *Le periferie e i fallimenti dell'urbanistica italiana* in AA.VV., *Periferie e diritti fondamentali…*cit., p. 71 ss.

l'orientamento, l'*ubi consistam,* della materia, "*tra contingenza e visione, tra passato, presente e futuro, tra tecnica e politica, tra politica e amministrazione"*[16].

Tra le riflessioni che vengono in rilievo si segnala, "*in via pregiudiziale*", la constatazione della marginalizzazione dell'urbanistica, per molto tempo autoraffiguratasi, nelle sue articolazioni, come scienza olistica, ma ormai "scavalcata", nella realtà, da una miriade di interventi ad incidenza territoriale della più varia dimensione e natura.

In *secondo luogo* si conferma l'obsolescenza della "cassetta degli attrezzi del mestiere", vale a dire di molti concetti/istituti cardine tradizionali: lo *zoning*, gli *standards* quantitativi, la struttura "multistrati" dei piani, comunali e territoriali, sovraccaricati, dalle leggi regionali, di contenuti programmatici e prescrittivi (ambientali, paesaggistici, geologici, idrici, trasportistici, e "chi più ne ha più ne metta"), la fossilizzazione sull'analisi economico-sociale tradizionale.

La *risultante* è la quasi "inafferrabilità", da parte dei nuovi piani urbani e territoriali – pochi e di lentissima e faticosissima elaborazione – dei rapidissimi e *complessi* (nel senso datone dalla scienza dei sistemi) processi trasformativi.

La consapevolezza dell'inservibilità delle tecniche tradizionali è diffusa tra gli studiosi, talora "declinata" sul versante del rimpianto per un passato in cui "l'urbanistica contava"[17], talaltra – più costruttivamente – sostanziata di "autoanalisi" e tentativi ricostruttivi[18], realisticamente "minimalisti".

Il dato comune, a livello globale, appare la progressiva concentrazione della popolazione nelle aree urbane[19], macrofenomeno che si manifesta con le più disparate modalità di incidenza sul territorio: l'occupazione degli spazi o, invece, la densificazione dell'esistente, in alcuni casi seguendo, pur parzialmente, indirizzi o disegni previsionali generali (ad esempio: per "*Le Grand Paris"*) in altri, invece, sotto la spinta di "bolle"

[16] v., di recente, le riflessioni di P. Gabellini, *Le mutazioni dell'urbanistica*, Roma 2018, pp. 9-45, che presentano particolare interesse perché frutto di molteplici esperienze: professionali, amministrative e di insegnamento.

[17] L. Benevolo, *Il tracollo dell'urbanistica italiana*, Roma-Bari, 2012; F. La Cecla, *Contro l'urbanistica*, Torino 2015.

[18] v. B. Secchi, compianto collega degli anni di insegnamento a Venezia, *La nuova questione urbana*, in Id., *Il futuro si costruisce giorno per giorno. Riflessioni su spazio, società e progetto,* a cura di G. Fini, Roma 2015; G. Pasqui, *Urbanistica oggi. Piccolo lessico critico*, Roma 2017.

[19] C. Ratti, con M. Claudel, *La città di domani*, Torino 2017, p. 16 ss., risultato di studi condotti al MIT di Boston.

immobiliari/finanziarie (il cui "scoppio", ad esempio, fu all'origine della grande crisi del 2008 negli USA e nel 2020 in Cina).

Soprattutto, le proliferazioni urbane avvengono nei più disparati contesti – spaziali, economici, sociali ed istituzionali.

Per questo i tentativi di *future craft* dell'*urbanism* appaiono, da un lato, affascinanti, ma, dall'altro, realizzabili, in parte, soprattutto nelle città "occidentali" più evolute.

In gran parte delle megalopoli, ivi comprese alcune occidentali (ad esempio: Los Angeles, con estesi "ghetti" latini o afroamericani) non sembrano esistere le condizioni per la realizzazione, in brevi anni, della "città di domani": troppi sono i divari sociali, tecnologici, amministrativi, di servizi primari – in una parola di "qualità della vita" –causati dall'esclusione di milioni di persone "aggrappate" ai margini delle conurbazioni o in estesi *slums* intraurbani.

Gli scenari futuribili, pur elaborati da prestigiosi centri di ricerca, come il *Senseable City Laboratory* del MIT, sono applicabili solo alle più evolute e relativamente governabili città occidentali (sussistendo forti dubbi, purtroppo, che ciò risulti agevole per Roma, Napoli o Palermo).

Viceversa nelle megalopoli di Paesi a regime autoritario, o con gravi insufficienze democratiche, della "città di domani" verranno realizzate prevalentemente le componenti tecnologiche relative al severo controllo politico e sociale dei cittadini, mediante tecniche di riconoscimento facciale e comportamentali/predittive.

In altre parole: la fascinosa progettazione della "città di domani" rischia di essere una "fuga in avanti" rispetto al doveroso misurarsi con macrocontesti sfrangiati e "casuali" e processi di trasformazione propiziati da spinte eterogenee e con esiti ampiamente imprevedibili.

Il compito attuale dell'urbanistica è, piuttosto, individuare le misure essenziali (e nell'ambito di esse le priorità) per migliorare misurabilmente la qualità urbana e territoriale rispetto agli attuali *standard*, peraltro estremamente differenziati da luogo a luogo. Tocca ai decisori politici scegliere tra le diverse visioni d'insieme, adottare le misure più idonee ed assicurarne l'attuazione.

4. *I macrofattori strategici che condizionano gli assetti e le trasformazioni del territorio*

Il compito è reso ancor più difficoltoso – va riconosciuto – in presenza di una serie di macrofattori di rilevanza strategica, impadroneggiabili

alla scala dei poteri territoriali (ivi compreso quello statale); fattori che condizionano fortemente le varie transizioni in atto incidenti sullo stato e sugli equilibri del territorio.

Oltre alle già richiamate transizioni digitale ed ecologica, lo scenario presenta una molteplicità di fenomeni di rilevanza globale: dall'esplosione demografica, con le migrazioni di massa, alla competizione per l'accesso alle fonti di energia, alle catastrofi naturali (in parte connesse ai mutamenti climatici, ivi compresa la desertificazione), agli immanenti conflitti per il possesso delle risorse idriche e per l'accaparramento delle terre fertili e di quelle rare, alla reiterata diffusione di epidemie, alle minacce alla sicurezza interna ed internazionale, all'inquinamento da rifiuti o da attività umane.

Molti dei richiamati macrofenomeni hanno evidenti ricadute o implicazioni sugli assetti urbani e territoriali.

Esemplificando: l'esplosione demografica si riversa sull'urbanesimo; le catastrofi naturali impongono la difesa attiva del suolo, dei corsi d'acqua e delle coste; la crisi energetica comporta la localizzazione nel territorio (e nel mare) degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili e – in ipotesi – nucleari; la sovraproduzione di rifiuti determina la necessità di costruire termovalorizzatori e filiere di riciclaggio; le emergenze sanitarie "consigliano" di ristabilire una rete di presidi territoriali (oltre che rendere la telemedicina un servizio universale); la crisi idrica mostra l'urgenza di realizzare nuovi invasi e ricostruire le reti idriche; l'insicurezza conferma la necessità dei programmi di riqualificazione urbana e di integrazione degli immigrati; le guerre condizionano negativamente interventi ed investimenti.

L'enumerazione dei macrofattori che, nel tempo presente, hanno "ricadute" sul territorio non ha, ovviamente, lo scopo di "scaricare" sull'urbanistica, già in crisi "di suo", l'ulteriore onere di ordinare e "sistemare" spazialmente i relativi interventi (molti dei quali, si ripete, esorbitano dai poteri pubblici territoriali).

Si intende, al contrario, sottolineare che l'"addensarsi" sul territorio di ulteriori problematiche, moltiplicando la complessità, rende pressoché ingovernabili i vari sistemi la cui dinamica compone e scompone gli attuali ordinamenti multilivello[20].

In parole semplici: è, e sarebbe, del tutto irrealizzabile la pretesa di governare tutti i processi.

[20] V. per tutti N. Luhmann, *Introduzione alla teoria dei sistemi*, ed.it. Lecce-Brescia 2018, p. 142 ss.

5. *Alla ricerca di un master plan sintetico e flessibile*

Il "punto di caduta" di quanto s'è accennato è che gli urbanisti e gli amministratori (e, prima di loro, i legislatori) dovrebbero ripartire dal realismo di quanto è effettivamente possibile nell'attuale, mutevole, *contingenza* (che, in senso politologico, determina il novero delle scelte possibili).

Pretendere di padroneggiare, o addirittura predeterminare, l'evoluzione di sistemi territoriali complessi – caratterizzati da tantissime variabili, di scale dimensionali (ed istituzionali) diverse, è divenuto, se già non lo era, "*ultra vires*".

Ci si deve rassegnare alla forzata incompletezza, empiria e provvisorietà delle analisi e delle conseguenti scelte, abdicando alle pretese di onnicomprensività e predittività.

Le "*dure repliche*"[21] dell'ineffettività amministrativa delle attuali, multiple, pianificazioni impongono di mutare finalmente paradigmi e strumenti.

La concezione del piano come un processo, una fattispecie a formazione progressiva, spesso "predicata" deve divenire finalmente praticata.

L'obiettivo primario dei pianificatori è delineare una visione d'insieme dei principali fattori trasformativi – alimentati da determinanti geopolitiche, politiche pubbliche o da interessi ed intraprese private – e delle loro interrelazioni dialettiche, oppositive o collaborative – e fornire ai decisori, di diritto o di fatto, un quadro di sintesi dinamico, più impressionistico che analitico; una sorta di "matrice" o "cruscotto", delle principali dinamiche in atto nonché degli interventi – si ripete pubblici e privati, in progetto o individuati come prioritari – che riguardano o potranno riguardare l'ambito territoriale "di riferimento".

Spetta agli urbanisti rilevare le interazioni, positive o negative, tra i principali fattori d'incidenza in modo da consentire la scelta delle compatibilità e priorità e delle loro combinazioni possibili, redigendo una specie di *master plan* che – senza inventare nulla di nuovo – potrebbe avere la forma di piano strategico con funzione specifica e la natura giuridica di un atto d'indirizzo, programmatico[22], basato sulle determinanti ritenute essenziali (infrastrutture, sostenibilità degli interventi, poli di innovazione, luoghi della cultura, reti dei servizi, etc.).

[21] Si riprende parte di un'icastica formula di N. Bobbio ("*Le dure repliche della storia*") in Id., *Tra due Repubbliche*, Roma 1996.

[22] M.S. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna 1995, p. 214.

Il *master plan* – sulla base di una lettura, pur schematica ed approssimata, delle tendenze, delle priorità, degli investimenti possibili – deve costituire un quadro di riferimento, scorrevole ed adattabile, per i tanti soggetti competenti a realizzare gli interventi, consentendo "a monte" la verifica delle sinergie e delle compatibilità.

Si determinerebbe, in tal modo, un coordinamento di almeno alcuni interventi, misure e discipline di tutela del paesaggio, evitando l'attuale scavalcamento delle previsioni dei piani territoriali/paesaggistici (nella minoranza di Regioni che li hanno approvati) da parte di una varietà di interventi, opere e destinazioni sopravvenute.

Quanto meno le sopravvenienze sarebbero fisiologicamente coordinabili *ex ante* nell'ambito del *master plan*.

GOVERNO DEL TERRITORIO ED ARCHEOLOGIA PUBBLICA

di Gaetano Armao

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina del codice dei beni culturali: cenni. – 3. La Convenzione di Faro. – 4. Vincolo archeologico e disciplina del Governo del territorio. – 5. Verifica preventiva dell'interesse archeologico e lavori pubblici dopo il DPCM 14 febbraio 2022. – 6. L'integrazione tra pianificazione urbanistica ed analisi territoriale archeologica nella prospettiva dell'archeologia pubblica.

1. *Premessa*

Il contributo di Filippo Salvia[1] alla compiuta declinazione di una nuova categoria di beni protetti – quelli culturali urbanistici – ha consentito di rilevare un'osmosi progressiva tra discipline apparentemente distinte, ma sempre più connesse nella declinazione operatane sul piano legislativo, dottrinario[2] e giurisprudenziale.

[1] Sono personalmente grato al Maestro al quale questo scritto è dedicato, presso il cui insegnamento di diritto amministrativo nella Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Palermo ho iniziato a lavorare da ricercatore nel 1993 ed al quale sono poi succeduto, non solo per avermi accompagnato nello studio del diritto urbanistico e dei beni culturali, ai quali ho poi dedicato attività scientifica e professionale, ma anche per aver voluto redigere l'appassionata *Prefazione* al mio libro *Redimibile Sicilia. L'autonomia dissipata e le opportunità dell'insularità,* Soveria Mannelli, 2017, 7-9.

[2] Da ultimo in F. SALVIA, *Spunti di riflessione per una teoria sui beni culturali urbanistici*, in *Pausania.it,* aprile 2018, 4, ma già in AA.VV., *Scritti in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 25 e ss., secondo il quale: *il Patrimonio culturale urbanistico è costituito da un insieme variegato di beni in parte artificiali (come ad es. quelli architettonici), in parte naturali (come ad es. talune località di rilevanza paesistica identificate dalle persone del luogo come "Bagni di Venere", "Grotte delle Sirene", "Monte del Re Cucco" e simili), in parte seminaturali o misti in cui l'elemento naturale e la mano dell'uomo hanno dato luogo a un* tertium genus *non definibile "a priori" (si pensi ad es. al paesaggio rurale, a certi paesaggi marini del nostro Mezzogiorno caratterizzati dalla presenza di strutture industriali come tonnare, saline, mulini a vento o altro o ad ambienti rocciosi, in apparenza inaccessibili, nei quali si innestano miracolosamente mura di cinta o altre fortificazioni che danno luogo a un tutt'uno in cui non è più facile capire quanto è opera della natura o dell'uomo)*". Del Maestro si vedano anche *La tutela trasversale dei beni culturali. I beni culturali urbanistici,* in *Studi in on. di Giorgio Berti,* Napoli, 2005, 2273 e ss.; *Le testimonianze culturali e urbanistiche del passato: le ragioni di una maggior tutela. Vecchi e nuovi dilemmi su centri storici e periferie urbane*, in *Dir. Soc.,* 2006, 327 e ss.; *I beni culturali urbanistici. Una categoria retta da criteri peculiari non assimilabili a quelli valevoli per il patrimonio culturale della Nazione* (*Relazione* al convegno promosso

Con particolare riguardo alla tutela dei beni culturali archeologici[3] può dirsi che governo del territorio ed archeologia rappresentano un tessuto a lungo lacerato, ma che ha progressivamente recuperato una trama unica che non ammette cesure o strappi proprio perché, in termini più complessi rispetto alle vicende ordinarie, tutela, valorizzazione e promozione di un bene archeologico, vieppiù in un contesto urbano o periurbano, appaiono certamente più complesse ed interferenti con la disciplina del governo del territorio, di quanto possa avvenire in aree rurali o montane.

Invero, il progressivo incedere della "*nuova urbanistica regionale*"[4] ha rafforzato la definizione di bene culturale urbanistico ed, ancor di più, di bene culturale archeologico collocato in un'area urbana con tutto quel che di incognito, presupposto ed imponderabile reca con se la ricerca archeologica in un Paese nel quale molti centri storici di città e centri minori insistono su preesistenti strutture archeologiche, alcune delle quali non sempre recuperabili per la pubblica fruizione in quanto inglobate in edifici ed esercizi commerciali privati, coperte da strade, palazzi, infrastrutture[5]. La necessità di bilanciare vincoli diretti ed indiretti per molti di questi beni sottoposti a tutela in un contesto urbano che diviene e muta costantemente evidenzia, tuttavia, la complessità di compendiare l'evoluzione della legislazione urbanistica e della stessa di-

a Palermo dall'Associazione avvocati amministrativisti di Sicilia il 30.9.2006); F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico,* Milano, 2021, 319 e ss.

In merito va richiamata la posizione di A. Bartolini, *Patrimonio culturale e urbanistica*, in *Riv. giur. urb.*, 3, 2016, 25, secondo il quale i centri storici potrebbero annoverarsi tra i «*beni culturali urbanistici*», nonostante essi si configurano «*di incerta definizione ed inquadramento*», nel presupposto che nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, siano qualificati come beni paesaggistici (art. 136, comma 1, lett. c)).

[3] V. per tutti R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale,* in *Dir. amm.,* 2016, 4, 495 ss., "*nel genus "patrimonio culturale" s'individuano normalmente due species: i beni culturali (storici, artistici, etnoantropologici, archeologici) e quelli paesaggistici*"

[4] In tal senso di veda, da ultimo, il volume che raccoglie gli atti del Convegno AIDU, organizzato a Palermo il 27-28 ottobre 2019 e curato da P. Stella Richter, *La nuova urbanistica regionale,* Milano, 2021.

[5] Sull'evoluzione della disciplina in materia, a partire dall'art. 1, quinto comma, della l. n. 1187 del 1968 si rinvia a F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 321 e ss., anche per i puntuali riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

mensione urbana[6] ed in particolare dei centri storici[7], con la disciplina dei beni culturali archeologici[8].

In tale prospettiva evolutiva si iscrive l'archeologia urbana[9] che, pur se connotata da un rilievo crescente, sconta un'attenzione limitata dalla normativa che regola il governo del territorio[10], assumendo, come in generale la stessa tutela archeologica, più che altro il ruolo di eterolimite alla funzione pianificatoria del territorio[11] ed ai

[6] In merito si rinvia alle considerazioni di P. Stella Richter, *Evoluzione della legislazione urbanistica postunitaria,* in *www.pausania.it/wp-content/uploads/files/Evoluzione%20legislazione%20urbanistica%20postunitaria%20_4_%20STELLA%20RICHETE.pdf*

[7] È nei centri storici che prevalentemente (ma non sempre, basti ricordare le aree archeologiche di Roma o di Agrigento) sono allocate le aree di rilevanza archeologica. Sui centri storici da ultimo si veda A. Simonati, *La disciplina regionale dei contri storici: convergenze e divergenze alla luce degli sviluppi recenti,* in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, cit. 251 e ss. e Id., *Il giudice amministrativo nei meandri del centro storico: alla ricerca di un paradigma unitario, fra governo del territorio e salvaguardia del patrimonio culturale,* in *Nuove Autonomie,* n. 2/2021, 501 e ss. alla quale si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina e giurisprudenza.

[8] Per una ricostruzione dei principi generali in materia si veda per tutti V. Cerulli Irelli, *Statuto costituzionale della proprietà privata e poteri pubblici di pianificazione*, in *Giust. Civ.,* 1/2015, 5 e ss.

[9] Sullo sviluppo dell'archeologia urbana di v. per tutti, S. Gelichi, *Archeologia urbana e storia della città alto-medievale: quale futuro?*, in G. Baldini, P. Giroldini (a cura di), *Dalla Valdelsa al Conero. Ricerche di archeologia e topografia storica in ricordo di Giuliano de Marinis, (Supplemento della Soprintendenza per i Beni Archeologici della Toscana),* Firenze 2017, 163, al quale si rinvia anche per i riferimenti in dottrina e che sottolinea come "*nonostante i molti tentativi di programmare la ricerca in ambito urbano, l'archeologia resta d'emergenza perché non è governata ed orientata da un progetto generale ma discende dalla casualità, anche programmata, delle singole esperienze*".

[10] Cr. P. Chirulli, *I rapporti tra urbanistica e discipline differenziate*, in F. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio,* Milano, 2018, I, 20 e ss., ma anche Id., *Cosa rimane della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urbanistica,* 3/2021, 484 e ss. Il preminente rilievo riconosciuto alle politiche di rigenerazione e riduzione del consumo di suolo e dell'espansione edilizia hanno rafforzato l'incidenza delle tutele multisettoriali dei piani urbanistici imponendo di coniugare profili di tutela di interessi significativi (beni culturali, paesaggio, suolo, ambiente, contrasto al degrado urbano) e governo del territorio.

[11] Soccorre qui il concetto di tutele "*concorrenti e parallele*" elaborato sin dalla prima edizione dello storico manuale F. Salvia, F. Teresi, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Padova, 1980, adesso declinato come "*sistema multilivello delle tutele*" F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 293 e ss., e che altra autorevole dottrina G. Pagliari, *Corso di diritto urbanistico,* Milano, 2010, 877, estende sino al concetto di tutele "integrate" e multilivello.

progressivi (e permanenti) mutamenti dei beni culturali urbanistici[12].

In disparte, in un più articolato scenario il rapporto tra archeologia e governo del territorio va visto, nel più ampio contesto dell'"*archeologia pubblica*" (con accezione non giuridica di "*pubblico*"), un filone di studi dell'archeologia di matrice angloamericana e più recentemente spagnola[13] che si è particolarmente sviluppata in Italia nell'ultimo decennio, che ne declina un rapporto dialogico con la società contemporanea e quindi, *a fortiori,* con i contesti urbani nei quali si collocano le aree archeologiche allocate nelle città e nei centri storici.

In queste brevi note, effettuata una sintetica ricostruzione del quadro normativo in materia, anche alla luce del contributo offerto dalla giurisprudenza amministrativa, si concentrerà l'attenzione su un recente intervento normativo sulla disciplina del governo del territorio della Regione Siciliana che costituisce un utile riferimento.

La normativa in questione ha, infatti, introdotto un elemento innovativo volto a rafforzare l'auspicata connessione tra il potere urbanistico (ripartito tra il livello regionale e comunale) e quello attribuito alle soprintendenze in materia di tutela archeologica[14], rispondendo così all'esigenza di un rafforzamento ed approfondimento del quadro delle tutele multilivello nel contesto del Governo del territorio, ma anche per favorire quella "*ricucitura*" del tessuto urbano che, superando la mera recezione nella pianificazione urbanistica dei "*lacerti di conser-*

In generale sulla crisi della pianificazione urbanistica si veda per tutti P. Stella Richter, *La fine del piano e del suo mito*, in *Riv. giur. urb.,* 2017, 3, 432 e ss.

[12] Si tratta della categoria richiamata dalla giurisprudenza proprio per descrivere i centri storici quali complessi monumentali, che vengono tutelati in quanto "*fondono mirabilmente l'espressione della natura e quella del lavoro umano, frutto della creatività artistica",* cfr. Cons. Stato, VI, 21 giugno 2006, n. 3733 in *https://www.ambientediritto.it/sentenze/2006/CdS/Cds 2006 n.3733.htm*

[13] M. Nucciotti C. Bonacchi C. Molducci (a cura di), *Archeologia Pubblica in Italia*, Roma, 2019 e G. Volpe, *Archeologia pubblica. Metodi, tecniche ed esperienze,* Bari, 2020 ai quali si rinvia per i riferimenti alla dottrina straniera. Di quest'ultimo di veda anche la conferenza su "*Archeologia pubblica"* alla *Scuola Normale di Pisa https://www.youtube.com/watch?v=L9v1WVI3MWc*

[14] Sul rapporto tra potere urbanistico comunale e poteri esercitati dalle autorità competenti in materia di patrimonio culturale v. per tutti A. Bartolini, *Patrimonio culturale e urbanistica*, *op. ult. cit,* ma anche in P. Stella Richter (a cura di), *Governo del territorio e patrimonio culturale*, Milano, 2017, 5 e ss. Alla soprintendenza, alla stregua delle linee guida emanate con d.P.C.M. 14 febbraio 2022 di cui si dirà sono equiparati gli uffici ministeriali dotati di funzioni di tutela, come i parchi archeologici.

vazione", quali sovente divengono le aree e siti archeologici[15], affidi al piano urbanistico, pur nella sua immanente fluidità ed al suo procedimento approvativo, il compito di rafforzarne la capacità attrattiva per la fruizione civica e turistica con le connesse previsioni per servizi, attività commerciali ed ospitalità etc.[16]

Si guardi agli esempi emblematici, ma se ne potrebbero enumerare molteplici: l'area archeologica di Largo Argentina a Roma, l'area della Zecca vecchia a Milano, il Quartiere Ellenistico-Romano di Agrigento, la *Neapolis* di Siracusa, l'anfiteatro di Catania, incastonati nelle città, ma dalle stesse sostanzialmente separati, ben oltre recinti e cancelli, privi di interazioni, strutture, ospitalità che ne agevolino la fruizione e rafforzino la coesione urbana e sociale[17].

[15] Si vedano le interessanti considerazioni di C. Frettoloso, *Archaeological heritage and anthropized contexts: limits and opportunities*, in *UPLanD – Journal of Urban Planning, Landscape & Environmental Design*, 2019, 4(2), 63 e ss. la quale conclude "*A sustainable approach to cultural heritage means, first of all, a rational use of the cultural resource and requires us to move the interest from the protection to the controlling of the transformations of the territory. In terms of protection, this means considering the public fruition of a good as the main purpose of a conservation process" poiché appare necessario "tries to go beyond the communicative component of the use, i.e. all those aspects which, when properly integrated into "extended" accessibility help to make the archaeological ruins com- prehensible, readable, and therefore fully accessible. Sharing the concept of sustainable use in the sense of the rational use of the cultural artefact, it is possible to construct a hypothesis of an integrated system in which the environmental, cultural and urban heritage is represented by the most significant elements, physical or virtual. In fact, the research hypothesis of an "enriched" path high- lights the need to select those goods that, not only individually but above "systematized" in range of thematic paths, have the ability to "tell". It is understood that the premise of the implementation of any strategy to upgrade and enhance the existing urban heritage is the critical knowledge of the places in which they must operate, the active participation of all public and private entities involved and, not finally, a careful economic planning of interventions to be carried out"*

[16] Come opportunamente osserva G. Volpe, *Un Faro per il patrimonio culturale nel postCovid-19*, in *Scienze del Territorio*, 2020, 195, infatti: "*l'alleanza tra turismo e patrimonio risulta assolutamente fondamentale, non già per snaturare il patrimonio culturale ma semmai per rendere più colto il turismo: non più elitario, ma di migliore qualità, più rispettoso dei paesaggi e del patrimonio, e anche più lento e capace di offrire una vera, intesa, piacevole esperienza di vita e di conoscenza delle mille peculiarità culturali dell'Italia e delle popolazioni di ogni parte, anche la più remota, del nostro Paese".*

[17] La dottrina archeologica parla al riguardo di città pluristratificate, cfr. S. Gelichi, *Città pluristratificate: la conoscenza è la conservazione dei bacini archeologici*, in A. Ricci, *Archeologia e urbanistica*, Siena 2002, 61 e ss., ma si veda anche F. Fabiani; *L'urbanistica: città e paesaggi. Archeologia classica,* Roma 2022, che osserva: "*Mura, case, templi e terre: si è cercato, dunque, di delineare l'aspetto fisico della città o, meglio, delle città, che con il passare del tempo si avvicendano in luoghi diversi o che si rinnovano e si rimodellano negli stessi luoghi. Le tracce materiali descritte, le loro forme, le loro funzioni non sono comunque*

Si tratta di un intervento che si iscrive nella prospettiva dell'archeologia pubblica in quanto rafforza il confronto tra istituzioni e cittadini sui temi dell'archeologia urbana, proprio a partire dal piano regolatore, uno degli atti amministrativi di più risalente partecipazione civica con finalità collaborativa[18] ed in piena applicazione del principio di cui all'art. 9 Cost.[19] che affida alla Repubblica, nelle sue diverse componenti, la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione[20] ed, adesso – intervenuta la modifica della norma con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1[21]

che uno strumento per comprendere gli uomini che le hanno prodotte e che costituivano essi stessi la città nell'accezione più completa. Gli antichi stessi erano consapevoli della complessità di valori implicita nel concetto di città come edifici e luoghi, come comunità di uomini e come organizzazione politica e istituzionale, concetti separati ma che trovano pieno significato nella loro perfetta integrazione".

[18] Sul punto si rinvia nuovamente a F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 297 e ss. anche per quanto concerne gli orientamenti della variegata giurisprudenza amministrativa in merito.

[19] In guisa da garantire l'inveramento del "*diritto soggettivo a godere del bene culturale come elemento essenziale d'identità e d'appartenenza dell'individuo alla Sovranità nazionale (cittadinanza), che per chi nasce cittadino è un vincolo costituzionale di fedeltà*" così R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale come libertà individuale e interesse della Nazione,* in F. Astone, *Patrimonio culturale, modelli organizzativi e sviluppo territoriale,* Napoli, 2019, 27, ma già in *Dir. amm.,* 2016, cit.

[20] F. Merusi, *Significato e portata dell'art. 9 della Costituzione,* in AA.VV., *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale,* III, Varese, 1977, 802.

Come precisato dalla Corte costituzionale, con la sent. 28 luglio 1988, n. 921, il richiamo alla Repubblica contenuto all'art.9 riguarda lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, le Università ecc. la disposizione costituzionale secondo il Giudice delle leggi, infatti, "*non postula una riserva statale, ma è intesa a promuovere il concorso o la collaborazione, nella sfera di rispettiva competenza, delle strutture centrali e locali per il migliore perseguimento di un grande obbiettivo di civiltà*" (punto 4 del cons. in dir.). un'analisi della giurisprudenza costituzionale sull'art. 9 Cost., di recente, G. Repetto*, Il diritto alla cultura,* in *www.gruppodipisa.it* e, più recentemente S. Cavaliere, *La gestione dei beni culturali tra livelli essenziali delle prestazioni e principio di sussidiarietà,* Bari, 2018, 5 e ss. e S. Mabellini, *La tutela dei beni culturali nel costituzionalismo multilivello,* Torino, 2021, 19 ss.

[21] Sulla quale si veda, a prima lettura, F. De Leonardis, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 Cost. e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura,* in *www.apertacontrada.it,* 28.2.2022; R. Bifulco, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2022, 7 e ss.; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Quad. Cost.*, 2021, 287 ss. nonché le altre relazioni al convegno dell'associazione *Aidambiente* su "*La riforma costituzionale in materia dell'ambiente*" tenutosi il 28 gennaio 2022 di cui è disponibile la registrazione sul sito *www.aidambiente.it* (ed i cui atti sono in corso di pubblicazione) di A. Morrone, F. Fracchia, M.D'Orsogna, L. Cassetti, B. Mattarella, M. Ramajoli, N. Lupo, E. Chiti, A. Police,

– quella dell'ambiente, della biodiversità e degli ecosistemi "*anche nell'interesse delle future generazioni*".

2. *La disciplina del codice dei beni culturali: cenni*

Come noto, la disciplina del Codice dei beni culturali e dei beni paesaggistici (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 e s.m.i.) declina il concetto di "*patrimonio culturale"* all'art. 2[22]. Giusta tale disposizione, infatti, esso é costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici, in attuazione di quanto sancito dall'art. 9 Cost., in particolare "*sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà*" (secondo comma).

La riforma del 2004 é intervenuta in esito ad un lungo percorso iniziato per lo Stato unitario ai primi del '900 con la l. 12 giugno 1902, n. 185 ("*Conservazione dei monumenti e degli oggetti di antichità ed arte*"). Tale normativa introduceva la prima disciplina organica "nazionale" con la quale si imponeva l'iscrizione nel "*Catalogo Unico*" (opere artistiche e storiche dello Stato) per i monumenti e delle opere di interesse storico, artistico e archeologico e quali di questi beni, per il loro singolare valore, non fossero alienabili ai privati, fissando l'obbligo per i proprietari dei beni inseriti in catalogo di comunicare qualunque atto di vendita o di mutamento del loro possesso, in quanto a parità di condizioni il Governo doveva poter esercitare la prelazione. La restrizione imposta alle esportazioni di tali beni era sostanzialmente circoscritta alle opere di altissimo pregio[23].

M. Monteduro e L. Antonini, nonchè G. Demuro, *I diritti della Natura*, in *www.federalismi.it*, 6/2022; C. De Fiores, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *www.costituzionalismo.it*, 3/2021, 149 ss.; L. Imarisio, *La riforma costituzionale degli articoli 9 e 41 della Costituzione: un (prudente) ampliamento di prospettiva del diritto costituzionale dell'ambiente*, in *www.piemonteautonomie.it*, 2022. Utile anche la consultazione dell"approfondito dossier del Senato sul testo del d.d.l. di riforma in *https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/01299303.pdf*.

[22] Cfr. per tutti L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016, 58 e ss. e A.L. Tarasco, *Diritto e gestione del patrimonio culturale,* Bari-Roma, 2019, 5 e ss.; M. Cammelli, *Il diritto del patrimonio culturale: una introduzione,* in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale,* Bologna, 2020, 11 e ss.

[23] Per una completa ricostruzione della legislazione anteriore al codice v. per tutti

La legge del 1902 porta il nome del ministro siciliano della pubblica istruzione che la concepì: l'on. Nunzio Nasi[24], che presentò il testo alla Camera il 23 marzo 1902. Il disegno di legge nasceva da una proposta presentata al Senato il 4 dicembre 1900 dal suo predecessore, anch'egli siciliano, Nicolò Gallo[25], ed in questo senso, proprio per la provenienza dei Ministri proponenti da luoghi assai ricchi di beni archeologici, può intuirsi una plausibile corrispondenza tra iniziativa politica e sensibilità culturale.

In tale contesto, giova ricordare che il codice dei beni culturali in materia di archeologia ha innovato solo in misura circoscritta rispetto alle previsioni della legge n. 1089 del 1939 («*legge Bottai*»),[26] peraltro mantenendo in vigore, seppure a titolo transitorio e per quanto non richiamato da leggi successive, il R.D. 30 gennaio 1913, n. 363[27]. In particolare all'art. 101, primo comma, lett. e) del citato codice viene data la definizione di «*parco archeologico*» quale ambito territoriale caratterizzato da importanti evidenze archeologiche e dalla compresenza di valori storici, paesaggistici o ambientali, "*attrezzato come museo all'aperto*"[28],

S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini,* in Id., *L'amministrazione dello Stato*, Milano, 1976, 160 ss.

[24] Nunzio Nasi (Trapani il 3 aprile 1850- Erice il 17 settembre 1935), avvocato e docente universitario, fu sindaco di Trapani, più volte deputato e Ministro, in particolare Ministro della Pubblica Istruzione nel Governo Zanardelli dal febbraio 1901 al novembre 1903). Sulla legge e la sua formazione si veda per tutti A. Ragusa, *Alle origini dello Stato contemporaneo. Politiche di gestione dei beni culturali e ambientali tra Ottocento e Novecento*, Milano, 2011, 120 e ss., mentre sulla controversa figura del politico trapanese si veda, da ultimo, A. Blando, *Corti e lunghi circuiti politici. Il caso Nunzio Nasi,* in *Meridiana*, 2017, 171 e ss.

[25] Nicolò Gallo (Agrigento, 10 agosto 1849-Roma, il 7 marzo 1907), fu autorevole giurista, più volte deputato, ministro, rivestì anche la carica di di Vicepresidente e, per pochi giorni, anche quella di Presidente della Camera.

[26] In merito si vedano per tutti L. Malnati, M. G. Fichera, S. Martone, *La tutela del patrimonio archeologico italiano: i limiti dell'attuale normativa e nuove proposte di integrazione al Codice,* in *Aedon,* 3/2015.

[27] Regolamento per l'esecuzione delle leggi 20 giugno 1909, n. 364, e 23 giugno 1912, n. 688, relative alle antichità e belle arti.

[28] Sul tema I. Tricomi, *sub art. 101,* in G. Leone, A. L. Tarasco (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio,* Padova, 2006, 659 e ss.*; Fruizione e valorizzazione dei beni culturali* e, più recentemente, C, Feliziani*, Parchi archeologici e attività di pianificazione. Riflessioni a partire dal caso di Urbs Salvia,* intervento al *Convegno Annuale Aipda 2018 "Arte, cultura e ricerca scientifica. Costituzione e Amministrazione",* in *Riv. giur. dell'edilizia,* 2019, 3, 213 e ss.

Si vedano altresì, però alcune considerazioni metagiuridiche, le relazioni di G. Carbonara*, Archeologia, architettura e restauro: problemi di conservazione e presentazione;* G. Sassatelli*, Archeologia tra ricerca, formazione e tutela;* S. Gelichi e L. Malnati*, La*

che il Codice inserisce tra gli istituti e i luoghi di cultura, distinguendolo dall' "*area archeologica*", che consiste più specificamente in "*un sito caratterizzato dalla presenza di resti di natura fossile o di manufatti o strutture preistorici o di età antica"* (lett. d)[29].

Non può sfuggire la prospettiva della valorizzazione[30] del grande pa-

pianificazione territoriale: archeologia preventiva sul territorio e nelle città, L. Malnati, *La situazione dell'archeologia tra 2016 e 2017* al Convegno*. "L'archeologia in Italia: la sfida con la realtà",* Bologna, 1 dicembre 2015, pubblicate in *Aedon,* 2017, ma già Id., *La verifica preventiva dell'interesse archeologico,* ivi, 3/2005. Sembra al riguardo acconcio ricordare che il termine parco archeologico compare per la prima volta nel 1990, nella circolare del Ministero dei Beni Culturali 15 novembre 1990, n.12059 nella quale viene definito: *"area protetta, nella quale, per la consistenza di presenze monumentali, può individuarsi e definirsi uno spazio di particolare valenza, attrezzato come museo all'aperto".* Mentre il d.lgs. 29 ottobre 1999, n. 490 *"Testo unico delle disposizioni legislative in materia di beni culturali e ambientali, a norma dell'art.1 della legge 8 ottobre 1997, n. 352",* all'art. 99 prevedeva, nel contesto della disciplina della *Apertura al pubblico di musei, monumenti, aree e parchi archeologici, archivi e biblioteche"*(L. 23 luglio 1980, n. 502, art. 1, sost. dalla l. 27 giugno 1985, n. 332, art. 1; d.P.R. 5 luglio 1995, n. 417, art. 27; d.m. 11 dicembre 1997, n. 507, art.5, c.1) la definizione di museo ("*struttura comunque denominata organizzata per la conservazione, la valorizzazione e la fruizione pubblica di raccolte di beni culturali*"), area archeologica ("*sito su cui insistono i resti di un insieme edilizio originariamente concluso per funzione e destinazione d'uso complessiva*") e parco archeologico ("*ambito territoriale caratterizzato da importanti evidenze archeologiche e dalla compresenza di valori storici, paesaggistici o ambientali, attrezzato come museo all'aperto in modo da facilitarne la lettura attraverso itinerari ragionati e sussidi didattici*").

[29] In generale sugli istituti e luoghi di cultura v. per tutti C. Barbati, *Organizzazione e servizi,* in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale,* cit., 107 e ss., spec. 127.

[30] La nozione di valorizzazione si rinviene all'art. 6 del Codice "*nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso (…) al fine di promuovere lo sviluppo della cultura. Essa comprende anche la promozione ed il sostegno degli interventi di conservazione del patrimonio culturale (…)*": Mentre l'art. 111, rubricato "*Attività di valorizzazione",* stabilisce che: "*Le attività di valorizzazione dei beni culturali consistono nella costituzione ed organizzazione stabile di risorse, strutture o reti, nonché nella messa a disposizione di competenze tecniche o risorse finanziarie e strumentali, finalizzate al miglioramento della conoscenza e delle condizioni di conservazione e di fruizione dei beni culturali*".

Come opportunamente sottolineato da M. Dugato, *Fruizione e valorizzazione dei beni culturali come servizio pubblico e servizio privato di utilità pubblica, Fruizione e valorizzazione dei beni culturali,* in *Aedon*, 2/2007*,* la fruizione dei beni di appartenenza pubblica va letta in chiave di servizio pubblico in senso proprio, ed essa va senz'altro ricompresa nel concetto generale di valorizzazione di cui all'art. 6, ma distinta ed autonoma rispetto alla fattispecie dell'attività di valorizzazione così come la disegna l'art. 111. Quest'ultima, infatti, consisterebbe nella regolazione e nella gestione dei beni e delle reti culturali, mentre la fruizione costituirebbe la gestione del servizio pubblico culturale in senso stretto.

trimonio archeologico della Repubblica[31], sia di proprietà pubblica che privata[32], ma anche a gestione pubblica, privata o mista (partenariato pubblico-privato), proprio perché, ai sensi dell'art. 9 della Costituzione, il riferimento è al patrimonio "*storico e artistico della Nazione*", e non al solo patrimonio dello Stato[33]. Si tratta di una prospettiva che ha il chiaro obiettivo di superare la mera tutela del giacimento culturale, proiettandolo verso la più ampia fruizione[34] e la ricerca scientifica, progressivamente assunta nella dimensione globale.

Che la gestione del patrimonio archeologico sia dei beni[35], sia dei

[31] La scienza archeologica é, come noto, articolata in molteplici partizioni scientifiche, la preistorica, la classica, la cristiana, la medievale sulle quali si veda da ultimo D. Manacorda, *A proposito dei 40 anni di «Archeologia medievale» in Italia*, in *Reti Medievali Rivista*, 18, 1 2017, 3 e ss.

[32] Sulla valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata v. per tutti G. Piperata, *La valorizzazione dei beni culturali di proprietà privata (art. 113)*, in *Aedon,* 1/2004, in giurisprudenza da ultimo v. Cons. St., Sez. VI, 9 maggio 2022, n. 3605.

[33] In questo senso da E. Battelli, *I soggetti privati e la valorizzazione del patrimonio culturale,* in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela,* Roma, 2016, 53 e ss.

[34] Giova ricordare che è con il D.Lgs. 112 del 1998 e s.m.i. che si sancisce una piena distinzione dal punto di vista normativo, introducendo altresì un ulteriore profilo: la funzione della gestione. In particolare, i concetti di "*tutela*", "*gestione*" e "*valorizzazione*" venivano descritti all'art. 148 di tale decreto alle lettere c), d) ed e) (la tutela "*ogni attività diretta a riconoscere, conservare e proteggere i beni culturali e ambientali*", la gestione "*ogni attività diretta, mediante l'organizzazione di risorse umane e materiali, ad assicurare la fruizione dei beni culturali e ambientali, concorrendo al perseguimento delle finalità di tutela e di valorizzazione*", la valorizzazione *"ogni attività diretta a migliorare le condizioni di conoscenza e conservazione dei beni culturali e ambientali e ad incrementarne la fruizione*"). Valorizzazione che poi trova un riferimento specifico nella novella del 2001 all'art. 117 (che attribuisce alla competenza concorrente la "*valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione di attività culturali*". Sui variegati profili del concetto di valorizzazione si vedano: S. Gardini, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 416 ss.; A. Iacopino, *Modelli e strumenti per la valorizzazione dei beni culturali. Spunti di riflessione nella prospettiva del risultato amministrativo,* Napoli, 2017; C. Vitale, *La valorizzazione del patrimonio culturale nelle Aree Interne. Considerazioni preliminari, in Aedon,* 3/2018; M. C. Cavallaro, *I beni culturali: tra tutela e valorizzazione economica,* ivi; L. Casini, *Valorizzazione e gestione,* in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale,* cit., 107 e ss., spec. 191 e ss., B. Accettura, *Politiche di valorizzazione e funzione sociale dei beni culturali. Pratiche di cittadinanza attiva,* in *www.federalismi*, 16/2019; G. Albisinni, *Nuovi paradigmi e nuovi attori in tema di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale, fra Costituzione e processi di liberalizzazione,* ivi; F.. Morollo, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei territori,* in *DPCE online*, n. 2/2019.

[35] La dottrina riconduce i beni archeologici alla categoria che, una copiosa letteratura pluridisciplinare contribuisce, non senza incertezze, a definire: dei beni comuni.

"*siti archeologici*" – come definiti dal codice dei beni culturali secondo le disposizioni appena ricordate -, che dei "*depositi archeologici*" o "*siti archeologici sepolti*", entità non definite giuridicamente[36] (la cui cura é affidata alla disciplina del procedimento per la verifica preventiva dell'interesse archeologico[37] delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico giusta l'art. 25 del d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. in attuazione dell'art. 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio[38]) – di cui si dirà meglio più avanti – e che il c.d. "rischio

In merito si vedano, per restare tra il diritto privato e quello pubblico, nell'impianto dottrina: i contributi di L. Nivarra, *Alcune riflessioni sul rapporto fra pubblico e comune*, in M.R. Marella (a cura di), *Oltre il privato e il pubblico. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, 71 ss. e più recentemente Id., *I beni comuni: dalla fruizione alla gestione*, in E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale. Profili giuridici e tecniche di tutela*, cit., 155 e ss.; L. D'Andrea, *I beni comuni nella prospettiva costituzionale: note introduttive, in RivistaAic*, 3/2015; ID., I *beni comuni nella giurisprudenza sovrannazionale,* in AA.VV., *Scritti in onore di Gaetano Silvestr*i, Torino, 2016, 733 ss. S. Staiano, *"Beni comuni" categoria ideologicamente estenuata,* in *Dir. soc.*, 2016, 415 ss.; F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Trento, 2016, 37 e ss.; M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa,* in *Giustamm.it*, 3/2017 e P. Chirulli, *I beni comuni, tra diritti fondamentali, usi collettivi e doveri di solidarietà*, in *Studi in onore di C. Rossano*, Napoli, 2013, 601 ss. Secondo l'A. si pone: "*un problema di qualità, oltre che di quantità della fruizione, problema ben noto, ad esempio, in materia di beni culturali e archeologici, laddove la particolare fragilità di alcune opere o complessi di opere richiede necessariamente non solo una programmazione numerica dell'accesso ma la previsione di particolari condizioni di fruizione*".

[36] Così L. Malnati, M. G. Fichera, S. Martone, *op.ult.cit.*, 5.

[37] Sulle procedure di apposizione del vincolo e di espressione delle valutazioni di competenza delle Soprintendenze sulla pianificazione urbanistica e gli atti di gestione del piano v., da ultimo, A. Bondini, *Riforme e Mibac: alcune note in tema di archeologia*, in *Aedon,* 1/2019, la quale esprime preoccupazioni tra la riorganizzazione delle Soprintendenze e la tempestività nella definizione dei procedimenti di competenza.

[38] Su tale peculiare disciplina, a compendio della quale era intervenuta la Circolare del MIBAC n. 1 del 2016, recante: *"Disciplina del procedimento di cui all'articolo 28, comma 4, del Decreto Legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, ed agli articoli 95 e 96 del Decreto Legislativo 14 aprile 2006, n. 163, per la verifica preventiva dell'interesse archeologico",* consultabile in *http://www.archeologia.beniculturali.it/getFile.php?id=6084*, v. per tutti L. Perfetti, *sub artt. 95 e 96*, in Id. (a cura di), *Codice dei contratti pubblici,* Milano, 2013, 1269 ss.; A. Sau, *La disciplina dei contratti pubblici relativi ai beni culturali tra esigenze di semplificazione e profili di specialità*, in *Aedon*, 1/2017, sulla disciplina previgente si veda, ancorché il libro sia successivo alla modifica delle disposizioni in materia, anche A. Mansi, *Il diritto dell'archeologia,* Udine, 2016, 134 e ss.

Mentre con riguardo a quanto disposto dell'art. 28, comma 4, del codice dei beni culturali e del paesaggio v. A. Roccella, *sub Art. 28*, in M. Cammelli (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Bologna, 2007, 169 e ss., A.L. Tarasco, *Misure cautelari e preventive (art. 28),* in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dei beni culturali e*

archeologico" assumano, infatti, una sempre più rilevante regolazione multilivello[39] è conclusione ormai ampiamente condivisa[40].

In merito giova poi ricordare che sono assoggettati a vincolo, giusta l'art. 142, comma 1, lettera m) del Codice dei beni culturali, le zone di interesse archeologico caratterizzate da requisiti, compresenti e concorrenti, che derivano dalla presenza di beni archeologici – siano essi emergenti oppure ancora sepolti – e dall'intrinseco legame che essi presentano con il paesaggio circostante, in guisa da istituire un complesso inscindibile contraddistinto da una profonda compenetrazione fra valori archeologici, assetto morfologico del territorio e contesto naturale di giacenza. Ad essi si aggiungono, ai sensi della norma citata del Codice, i beni archeologici vincolati giusta la parte seconda del Codice che presentano valenza paesaggistica e come tali sono individuati quali zone di interesse archeologico

del paesaggio, Milano, 2011, 302 ss., A. Fantin, *L'archeologia preventiva nella normativa recente*, in *Il capitale culturale*, VII-2013, 153 e ss. Appare opportuno sottolineare che il d.l. 18 aprile 2019, n. 32, conv. con mod. dalla l. 14 giugno 2019, n. 55 recante: "*Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*" ha introdotto un regime speciale temporaneo per la verifica preventiva dell'interesse archeologico delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico stabilendo che "*fino al 31 dicembre 2020, possono essere oggetto di riserva anche gli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica ai sensi dell'articolo 25 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, con conseguente estensione dell'ambito di applicazione dell'accordo bonario di cui all'articolo 205 del medesimo decreto legislativo*" (art. 1, decimo c.).

[39] L'art. 29, comma 1 e 2, più volte modificato, del codice dei beni culturali, prevede, come noto, che la conservazione del patrimonio culturale sia assicurata attraverso una coerente, coordinata e programmata attività di studio, prevenzione, manutenzione e restauro, intendendo per prevenzione *"il complesso delle attività idonee a limitare le situazioni di rischio connesse al bene culturale nel suo contesto".* In generale si v. P. Güll, *Archeologia preventiva. Il codice appalti e la gestione del rischio archeologico,* Palermo, 2015; Id., *Dalla "bonifica archeologica" alla gestione del rischio. Nuove sfide per la ricerca e la tutela*, in *Il capitale culturale,* 14/2016, 1055 e ss.; S. Gelichi e L. Malnati, *La pianificazione territoriale: archeologia preventiva sul territorio e nelle città, op.e loco ult. cit.*

[40] Si vedano per tutti L. Casini, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, cit., 70 ss.; ma già Id., *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna 2010; M. Cammelli, *L'ordinamento dei beni culturali tra continuità e innovazione*, *Aedon* 3/2017, 6 e, più recentemente, P. Chirulli, *Il governo multilivello del patrimonio culturale*, rel. al *Convegno Annuale Aipda* 2018, in *Arte, cultura, ricerca scientifica.Costituzione e Amministrazione",* Reggio Calabria 4-6 ottobre 2018, *cit*., 61 e ss. e sia consentito rinviare anche al mio contributo *Eredità culturale e siti UNESCO in Sicilia,* in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale mondiale nel diritto internazionale*, Bologna, 2021, 255 e ss.

Senza tralasciare poi la disciplina sui parchi e le aree archeologiche[41] per la quale, oltre alle previsioni del Codice dei beni culturali, ed alla declinazione in alcune normative regionali[42], occorre richiamare le "*Linee guida per la costituzione e la valorizzazione dei parchi archeologici*" diramate con il D.M. 18 aprile 2012[43], attuate nella Regione Siciliana con D.A. Beni culturali del 26 gennaio 2016, n. 3[44].

[41] Sui quali si v. G.P. Treccani, *Aree archeologiche e centri storici,* in Id.(a cura di), *Aree archeologiche e centri storici,* Milano, 2010, 7 e ss. il quale ricorda che tali aree, sorte come "*recinti della memoria"* in seno alla città, hanno progressivamente espresso, sia per la ricordata connotazione che per l'impossibilità di abbattere gli edifici circostanti per l'eccessivo onere degli espropri: "*l'impossibilità percettiva prima ancora che fisica di un' effettiva continuità fra la città moderna e le sue radici più antiche*".

[42] Per la Sicilia si v. l.r. 3 novembre 2000, n. 20 e il D.Assessoriale 25 marzo 2019, n. 13 ma anche la l.r. Lazio 15 novembre 2019, n. 24, recante "*Disposizioni in materia di servizi culturali regionali e di valorizzazione culturale*". Sul sistema dei parchi e delle aree archeologiche sia consentito rinviare al mio contributo: *Il sistema dei Parchi Archeologici della Sicilia ed il Parco Archeologico di Pantelleria*, in *Aedon*, 3/2020.

[43] Consultabile nel sito del Ministero *http://www.archeologia.beniculturali.it/getFile.php?id=1591,* che individua obiettivi di qualità nonché requisiti minimi per l'adozione del sistema di accreditamento per i parchi archeologici, sulla quale si veda F. Ghedini, *Parchi archeologici e sviluppo del territorio*, in *http://riviste.unimi.it/index.php/lanx/index*, 19/2014, 194 e ss. Secondo la Commissione che ha contribuito alla redazione delle stesse: *"la definizione «archeologico» è stata interpretata in relazione non tanto alla cronologia dei resti quanto alle metodologie (proprie dell'indagine archeologica) attraverso le quali tali resti vengono individuati, indagati, interpretati e valorizzati. Dopo aver passato in rassegna le definizioni relative alle aree/siti archeologici e le normative regionali relative ai Parchi archeologici, si è ritenuto di proporre una aggiornata definizione, che desse maggior evidenza agli aspetti della ricerca, secondo la quale «un Parco archeologico è un ambito territoriale caratterizzato da importanti testimonianze archeologiche e dalla compresenza di valori storici, culturali, paesaggistici ed ambientali, oggetto di valorizzazione ai sensi degli artt. 6 e 111 del d. lgs. 42/2004, sulla base di un progetto scientifico e gestionale». Ne consegue che la presenza di consistenti resti archeologici e di valori storici, paesaggistici e ambientali, è condizione necessaria ma non sufficiente: per la realizzazione di un Parco archeologico è indispensabile l'elaborazione di uno specifico progetto, che sia espressione e sintesi di aspetti settoriali diversi, tutti omogeneamente concorrenti alla piena valorizzazione del bene culturale".*

[44] V. *http://pti.regione.sicilia.it/portal/page/portal/PIR_PORTALE/PIR_LaStrutturaRegionale/PIR_AssBeniCulturali/PIR_Infoedocumenti/PIR_Decreti/PIR_Decretiassessoriali/DA%203GAB%20-%2026.01.2016.pdf*, che in attuazione del *"Sistema regionale di accreditamento, di monitoraggio e valutazione dei luoghi della cultura"* da applicarsi a musei, parchi e aree archeologiche singolarmente considerati e a reti e o sistemi territoriali e/o tematici di beni culturali del territorio della Regione, ha individuato i requisiti minimi per i musei, le aree/parchi archeologici e le reti e i sistemi di beni culturali relativamente a ciascuno degli otto ambiti individuati dal D.M. 10 maggio 2001

3. *La Convenzione di Faro*

Un riferimento rispetto alla tendenza evolutiva della legislazione urbanistica italiana con riguardo ai profili di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale va altresì rinvenuto nella *Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società* (c.d "*Convenzione di Faro*")[45].

La Convenzione individua la conoscenza e l'uso dell'eredità culturale fra i diritti umani, e, più specificatamente, il diritto della persona a partecipare liberamente alle espressioni della vita culturale ed artistica

necessari per valutare la gestione dei luoghi della cultura in termini di efficienza ed efficacia, nonché di qualità dei servizi di fruizione e valorizzazione erogati. Per quanto riguarda i parchi archeologici si veda l'allegato "*Manuale per le aree ed i parchi archeologici*".

[45] Sulla quale si vedano, nell'ampia dottrina, C. Carmosino*, La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società,* in *Aedon,* 2013, 1 e ss., A. D'Alessandro, *La Convenzione di Faro e il nuovo Action Plan del Consiglio d'Europa per la promozione dei processi partecipativi. I casi di Marsiglia e Venezia*, in L. Zagato, M. Vecco (a cura di), *Citizens of Europe. Culture e diritti*, Venezia, 2015, 77 e ss.; M. Giampieretti, *Quali strumenti giuridici statali e regionali per le comunità patrimoniali?,* ivi, 335 e ss.; M. Montella, P. Petraroia, D, Manacorda, M. Di Macco, *La "Convenzione di Faro" e la tradizione culturale italiana,* in P. Feliciati (a cura di), *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia, (Atti del convegno di studi in occasione del 5° anno della rivista),* in *Il Capitale Culturale. Studies on the Value of Cultural Heritage,* n. 5/2016, 15 e ss.; P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *www.federalismi.it*, 2017 e, più recentemente, A. Gualdani, I *beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia,* in *Aedon,* 1/2019 e L. Pavan-Woolfe, S. Pinton *(a cura di), Il valore del patrimonio culturale per la società e le comunità. La Convenzione del Consiglio d'Europa tra teoria e prassi,* Bologna, 2019; P. Forte, *Il bene culturale pubblico digitalizzato. Note per uno studio giuridico*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 2, 245 ss.; K. Möller, *"Will they or won't they? Herman heritage laws, public participation and the Faro Convention",* in *Eu. Journal of Post-Classical Arch.,* n. 9/2019, 199 ss.; A. Gualdani, *L'Italia ratifica la convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon,* 3/2020; C.A. D'Alessandro, *La ratifica della Convenzione di Faro e il difficile inserimento del* cultural heritage *nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Soc. e diritti,* 10/2020, 208 e ss.; G. Volpe, *Un Faro per il patrimonio culturale nel post- Covid-19*, cit., 194 e ss.; V. Di Capua, *La Convenzione di Faro. Verso la valorizzazione del patrimonio culturale come bene comune*, ivi, 3/2021; G. Severini, P. Carpentieri, *La ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»:* politically correct vs. *tutela dei beni culturali?,* in *Federalismi.it*, 8/2021; L. M. Guzzo, *La Convezione di Faro e il patrimonio culturale religioso: (alcune brevi) questioni di ordine definitorio,* in B. Cortese (a cura di), *Il diritto dei beni culturali,* Roma 2021, 141 e ss.

della comunità[46], con l'obiettivo di promuovere la più ampia comprensione del patrimonio culturale e del suo rapporto con le comunità che lo hanno prodotto ed ospitato, incoraggiando a riconoscere l'importanza degli oggetti e dei luoghi in ragione dei significati e degli usi loro attribuiti sul piano culturale e valoriale. Nella delineata prospettiva un ruolo cruciale é assegnato alla partecipazione civica per accrescere la consapevolezza del valore del patrimonio culturale e del suo contributo al benessere e alla qualità della vita, innescando un processo di valorizzazione partecipativo, fondato sulla sinergia fra pubbliche istituzioni, cittadini privati, associazioni.

La natura di "*Convenzione quadro"* fa si che essa definisca gli obiettivi generali lasciando agli Stati sottoscrittori la possibilità di specificare, individuando i mezzi più convenienti, misure ed interventi attuativi in ordine alla promozione di un processo partecipativo di valorizzazione del patrimonio culturale.

Come noto, la ratificata è intervenuta, in un controverso contesto di adesioni, con notevole ritardo (ed invero scarsissime risorse finanziarie) da parte del Parlamento[47], nonostante sia stata sottoscritta dall'Italia già il 27 febbraio 2013[48] – che giunge ad una nozione estesa di "*patrimonio*

[46] Cfr. art. 27 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, art. 15 del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali del 1966.

[47] I disegni di legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Faro in materia di patrimonio culturale-Atti Senato-XVIII Leg.: (n.257) Sen. Marcucci ed altri: (n.702) Sen. Montevecchi ed altri, entrambI intitolati "*Ratifica ed esecuzione della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società, fatta a Faro il 27 ottobre 2005*", dopo essere approdati in Aula al Senato per la votazione il 27 febbraio 2019, sono stati nuovamente sottoposti all'esame della Commissione Esteri, per approfondimenti, ed approvati.

[48] La "*Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società*" del Consiglio d'Europa, é stata presentata il 27 ottobre 2005 nella città portoghese di Faro e sottoscritta dall'Italia nel 2013 é consultabile in *http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2016/01/Convenzione-di-Faro.pdf*, laddove si precisa che termine "*cultural heritage*" è stato volutamente tradotto come eredità culturale, per evitare confusioni o sovrapposizioni con la definizione di patrimonio culturale di cui all'art.2 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42. E proprio tale profilo ha motivato la questione sospensiva posta a base della ritrasmissione in Commissione affari esteri del Senato, deliberata ai sensi dell'articolo 93 del Regolamento, che ha sospeso la discussione dei disegni di legge nn. 257 e 702 dall'Aula il 27 febbraio 2019 cfr. Atti Senato-Resoconto stenografico, *Seduta del 27 febbraio 2019,* 55-56. Relativamente alla Convenzione si veda anche L'*Explanatory Report to the Council of Europe Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society*, in *https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d3814*

comune dell'Europa"[49], proiettata verso una "*cultura transeuropea del ricordo*»[50].

Essa consiste in un insieme di risorse ereditate dal passato che le popolazioni identificano, indipendentemente da chi ne detenga la proprietà, come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni, in continua evoluzione e comprende tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione nel corso del tempo fra le popolazioni e i luoghi (art. 1).

Tale ratifica tuttavia, per non restare un atto formale, non può che imporre un ripensamento della legislazione statale e regionale in materia di protezione e valorizzazione del patrimonio culturale, dispiegando i propri effetti anche sulla legislazione urbanistica statale e regionale per la quale costituisce, adesso, un indiscusso riferimento.

4. *Vincolo archeologico e disciplina del Governo del territorio*

In merito all'apposizione del vincolo archeologico, che "*posto al vertice nella gerarchia dei valori storico-culturali, fa dunque oramai parte dei principi fondamentali della Costituzione*"[51], è ritenuto ragionevole che l'autorità amministrativa ritenga di sottoporre a tutela un'intera area complessivamente abitata nell'antichità e solo eventualmente cinta da mura[52], comprendendovi anche gli spazi verdi, dal momento che le

[49] Ai sensi dell'articolo 3 della convenzione, esso consiste in: *"a) tutte le forme di patrimonio culturale che costituiscono, nel loro insieme, una fonte condivisa di ricordo, comprensione, identità, coesione e creatività; e b) gli ideali, i principi e i valori, derivati dall'esperienza ottenuta grazie al progresso e nei conflitti passati, che promuovono lo sviluppo di una società pacifica e stabile, fondata sul rispetto dei diritti dell'uomo, della democrazia e dello Stato di diritto".* In tal guisa, come opportunamente sottolineato, il patrimonio comune europeo si compone di due dimensioni: da un lato, quella più propriamente culturale, costituita da tutte le manifestazioni che ricordano gli avvenimenti che hanno segnato la storia europea; dall'altro, una dimensione intellettuale, costituita dall'insieme condiviso dei valori sociali e degli ideali europei, frutto della travagliata storia dell'Europa, cosi ancora C. Carmosino*, La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa,* cit., 3.

[50] In tal senso Parlamento Europeo, DG Politiche interne, *Ricerca per la commissione CULT L'identità europea*, 2017, 30 e ss. *http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/585921/IPOL_STU(2017)585921_IT.pdf*

[51] In questo senso espressamente Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2022, n. 5536

[52] È, infatti, considerata "*misura proporzionata e congruente alle finalità di pubblico interesse l'apposizione del vincolo archeologico, quale misura di tutela complessiva di un'area abitata nell'antichità, anche se non cinta da mura, giacché le esigenze di salvaguardia concernono non solo i reperti in sé e solo se addossati gli uni agli altri ma tutta*

esigenze di salvaguardia riguardano non i reperti in sé e solo in quanto addossati gli uni agli altri: "*ma complessivamente tutta la superficie destinata, storicamente, all'insediamento umano*"[53].

In particolare, l'effettiva esistenza delle cose da tutelare può esser dimostrata anche per presunzione[54], essendo a tal uopo non rilevante *ex se* che i materiali da tutelare siano stati già portati alla luce o siano ancora interrati. È sufficiente, infatti, che il complesso delle aree archeologiche risulti adeguatamente definito e che la misura adottata col vincolo appaia adeguata alla finalità di pubblico interesse cui esso è preordinato[55].

Come delineato da consolidata giurisprudenza con riguardo ai beni di interesse archeologico, infatti, il c.d. *vincolo diretto* scaturente dalla dichiarazione di interesse culturale storico-artistico particolarmente importante, ai sensi degli artt. 10, comma 3, lett. *a*), 13 e 14 d.lgs. n. 42 del 2004 e s.m.i. (*Codice dei beni culturali e del paesaggio*), connotato da un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, è connesso all'effettivo ritrovamento, o alla certezza dell'esistenza di reperti archeologici ed assume carattere unitario se il complesso risulta dall'affioramento di resti murari e di materiale mobile, dall'omogeneità delle strutture, dalla dimensione e dalla continuità degli allineamenti murari tra i singoli settori scavati e visibili o ricoperti e parzialmente sommerso[56].

la complessiva superficie destinata illo tempore all'insediamento umano" (Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 17).

[53] Così, tra le altre, Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2013, n.522 e, più recentemente, Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2019, n. 1485, ove si precisa come "*ai fini della tutela vincolistica archeologica, l'effettiva esistenza delle cose da tutelare può essere dimostrata anche per presunzioni, essendo a tale scopo non rilevante ex se che i materiali da tutelare siano stati già portati alla luce o siano ancora interrati. È sufficiente che il complesso delle aree archeologiche risulti adeguatamente definito e che la misura adottata con il vincolo appaia, rebus sic stantibus ed alla luce delle risultanze ottenute, plausibile sotto l'aspetto scientifico ed adeguata alla finalità di pubblico interesse a cui il vincolo è preordinato*".

[54] Il ritrovamento di resti di insediamenti di epoche passate in una determinata area rende probabile la presenza di altri resti nelle immediate vicinanze. È pertanto *"ragionevole ad attendibile, sotto il profilo tecnico e scientifico, la scelta dell'amministrazione di vincolare non solo la particella in cui sono esattamente stati ritrovati i reperti archeologici, ma anche tutta la zona ad essa circostante"* (Cons. St., sez. VI, 2 marzo 2015, n. 999), dovendosi ritenere *"ininfluente che i materiali oggetto di tutela siano stati portati alla luce o siano ancora interrati, essendo sufficiente che il complesso risulti adeguatamente definito e che il vincolo archeologico appaia adeguato alla finalità di pubblico interesse al quale è preordinato*", Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2005, n. 805.

[55] In questo senso si veda, in termini generali, Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 17.

[56] Cfr. per tutti Cons. St., sez. VI, 8 maggio 2018, n. 2736 e Cons. St., sez. VI, 1 marzo 2021, n. 1730. E ciò nel presupposto che tale vincolo: "*è espressione di ampia*

In altre parole, è richiesta una valutazione specifica dei singoli reperti e della loro ubicazione esercizio di un'ampia discrezionalità tecnico-valutativa, poiché implica l'applicazione di cognizioni tecnico-scientifiche specialistiche proprie degli ambiti disciplinari interessati (della storia, dell'arte e dell'architettura ecc.) caratterizzati da ampi margini di opinabilità al fine di dimostrare che essi costituiscono un complesso inscindibile, essendo illegittima l'imposizione del vincolo ove non risulti valutata la notevole dimensione ed eterogeneità del comprensorio interessato all'atto conformativo[57].

Mentre il vincolo c.d. *indiretto*[58] concerne la c.d. "*cornice ambientale di un bene culturale*" e può essere imposto su beni ed aree circostanti a quelli oggetto di vincolo diretto, per garantire la migliore visibilità o fruizione di questi ultimi, ovvero migliori condizioni ambientali o di decoro. L'individuazione e le modalità di tutela dei beni soggetti a vincolo costituisce espressione di discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, insindacabile nel merito, ma soggetta a sindacato di legittimità in rapporto ai consueti parametri di corretto apprezzamento dei presupposti di fatto e congruità delle valutazioni, con possibilità di riscontro di tali fattori – indice di completezza dell'istruttoria espletata e di logicità delle conclusioni tratte – in base alla motivazione del provvedimento conclusivo, da cui deve potersi desumere l'adeguatezza del sacrificio imposto ai privati proprietari, nel superiore interesse pubblico perseguito[59].

discrezionalità tecnico-specialistica; ed è pertanto tendenzialmente insindacabile innanzi dal giudice amministrativo, se non per eccesso di potere per intrinseca illogicità o travisamento dei fatti indotto da uno o più errori obiettivamente rilevabili, quali gli errori di calcolo (matematico, topografico, antropometrico) e/o gli errori nell'applicazione di regole mutuate da scienze esatte (matematica, geometria, geologia, biologia, chimica, fisica, ecc.) o di regole sulle quali si basano discipline applicative di queste ultime" (Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 2 marzo 2020, n. 145).

[57] Il vincolo diretto, invece, dovrebbe ritenersi sproporzionato ove: "*non sia stata indicata specificamente nel provvedimento amministrativo l'esatta allocazione dei singoli reperti nelle diverse particelle catastali di una vasta area vincolata, di guisa che va considerata legittima l'imposizione del vincolo diretto esteso ad un'intera area",* nel lessico tecnico-giuridico il c.d. *predium*, espressione ellittica che sta ad indicare "*l'unitarietà di un'area archeologica inscindibile documentata dalle fonti antiche*", oltre che dalle modalità, storicamente stratificatesi, di fruizione estetica e visiva dei beni del complesso archeologico medesimo, "*solo quando i ruderi costituiscano un complesso inscindibile*", cfr. Cons. St., sez.VI, 2 novembre 2021, n. 7318.

[58] L'art. 45 del d.lgs. n. 42 del 2004, al primo comma, dispone che: «*[i]l Ministero ha facoltà di prescrivere le distanze, le misure e le altre norme dirette ad evitare che sia messa in pericolo l'integrità dei beni culturali immobili, ne sia danneggiata la prospettiva o la luce o ne siano alterate le condizioni di ambiente e di decoro*».

[59] La giurisprudenza è conforme in materia ed ha declinato i principi di riferimento:

Con particolare riguardo al richiamato "*vincolo indiretto",* la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ritenuto che esso non abbia contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale – fino all'inedificabilità assoluta – se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un pregiudizio ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui alterazione formale o sostanziale possa considerarsi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti il contesto interessato.

In tal guisa, l'apposizione del vincolo indiretto, fermi ed impregiudicati restando i noti limiti di sindacato giurisdizionale[60], si basa sull'esigenza che lo stesso sia valorizzato: "*nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo*

già Cons. St., sez. VI, 4 agosto 2008, n. 3880; 19 gennaio 2007, n. 111; 8 settembre 2005, n. 4599; 24 agosto 1992, n. 615; 31 ottobre 1992, n. 823; 13 gennaio 1988, n. 107; 7 ottobre 1987, n. 806, 26 giugno 1985, n. 353; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic. 24 dicembre 1994, n. 475 e più recentemente Cons. St., VI, 28 gennaio 2016, n. 334, e, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923.

Per alcune considerazioni sulla giurisprudenza alla stregua della quale in caso di vincolo archeologico non è necessaria la presenza materiale del bene da tutelare essendo sufficiente soltanto una presunzione della sua esistenza nel contesto di un'area archeologica v. M. Pellingra Contino, *Vincoli archeologici su un terreno limitrofo e presunzione di interesse? Una breve disamina tra diritto interno ed europeo della sentenza n. 334/2016 del Consiglio di Stato*, in *https://extranet.dbi.it/Archivio_allegati/Allegati/46340.pdf* .

[60] Secondo un orientamento più che consolidato della giustizia amministrativa la valutazione di apposizione del vincolo, proprio in quanto è espressione di discrezionalità tecnica dell'amministrazione è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza, logicità, coerenza e completezza della valutazione e della falsità di presupposti, in altre parole, solo quando l'istruttoria si riveli insufficiente o errata o la motivazione risulti inadeguata o presenti manifeste incongruenze o illogicità anche per l'insussistenza di un'obiettiva proporzionalità tra l'estensione del vincolo e le effettive esigenze di protezione del bene di interesse storico-artistico. Sul punto, da ultimo, Cons. St., Sez. VI, 1 marzo 2021, n.1730, con richiami alla giurisprudenza in materia di discrezionalità tecnica dell'attività vincolistica. In dottrina si vedano: G. Tropea, *Il vincolo etnoantropologico tra discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità: "relazione pericolosa" o "attrazione fatale"?*, in *Dir. proc. amm*., 2, 2012, 718 e ss.; G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di proporzionalità,* in *Aedon*, 3, 2016.

stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale"[61].

Tale peculiare forma di vincolo, in altri termini, sebbene scaturisca da una ponderazione ampiamente discrezionale dell'amministrazione procedente, è sottoposta a limiti puntuali derivanti dai principi generali di logicità, ragionevolezza e proporzionalità dell'azione amministrativa, dovendosi, sotto altro profilo, scongiurare che la vincolatività indiretta, e di natura conseguentemente strumentale ed accessoria rispetto al vincolo diretto, possa trasformarsi in una vincolatività generale ed indiscriminata[62].

Un profilo che merita di essere sottolineato riguarda la connessione tra il provvedimento confermativo e la dimostrata, effettiva esistenza delle cose da tutelare. Da ciò discende che tale procedimento va considerato illegittimo, per difetto o errore nei presupposti, ove sia stato acclarato che in un'area non irrilevante della zona vincolata in realtà non esista alcun bene archeologico suscettibile di protezione. L'apposizio-

[61] Cons. St., sez. VI, 11 maggio 2018, n. 2839 e più recentemente Cons. St., sez. VI, 10 maggio 2021, n. 3663, che sottolinea, in particolare, sull'esigenza che il bene tutelato mediante vincolo diretto sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche "*immobili non adiacenti*" a quello tutelato "*purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale*". I Giudici di Palazzo Spada richiamano nella pronuncia la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che "*ha chiarito che la classificazione di un'area come rilevante dal punto di vista culturale ed archeologico – ed il conseguente divieto di edificazione che venga eventualmente disposto senza indennizzo alcuno – trova giustificazione nella necessità di proteggere il patrimonio culturale ed archeologico – esso riguardando una collettività ben più vasta di quella che si trova nel territorio ove lo stesso materialmente ricade*".

[62] Per costante giurisprudenza: "*l'imposizione del "vincolo indiretto" disciplinato dall'art. 49 del d.lgs. n. 490 del 1999, e oggi dall'art. 45 del d.lgs. n. 42 del 2004, si basa sull'esigenza che lo stesso sia valorizzato nella sua complessiva prospettiva e cornice ambientale, onde possono essere interessate dai relativi divieti e limitazioni anche immobili non adiacenti a quello tutelato purché allo stesso accomunati dall'appartenenza ad un unitario e inscindibile contesto territoriale. Il c.d. "vincolo indiretto", inoltre, non ha contenuto prescrittivo tipico, per essere rimessa all'autonomo apprezzamento dell'Amministrazione la determinazione delle disposizioni utili all'ottimale protezione del bene principale – fino all'inedificabilità assoluta –, se e nei limiti in cui tanto è richiesto dall'obiettivo di prevenire un* vulnus *ai valori oggetto di salvaguardia (integrità dei beni, difesa della prospettiva e della luce, cura delle relative condizioni di ambiente e decoro), in un ambito territoriale che si estende fino a comprendere ogni immobile, anche non contiguo, la cui manomissione si stimi potenzialmente idonea ad alterare il complesso delle condizioni e caratteristiche fisiche e culturali connotanti lo spazio circostante*" (C.d.S., sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3355, cfr. *ex multis*, C.d.S., VI, 23 maggio 2006, n. 3078; Cons. St., VI, 29 gennaio 2013 n. 522; id., 9 aprile 2013 n. 1906; cfr. pure id., 15 dicembre 2014 n. 6152)

ne di un vincolo archeologico impone, infatti, indagini ed analisi che possono richiedere anche diversi anni, che sovente si allungano per la necessità di reperire le risorse finanziarie necessarie, oltre che opportuni finanziamenti non sempre disponibili. È stata così ritenuta non illogica la scelta di sottoporre a vincolo una determinata zona anche a "*distanza di vari anni ed anche successivamente alla edificazione di manufatti*". In tal guisa il vincolo *"si giustifica maggiormente con la esigenza di non consentire o comunque regolare un siffatto sfruttamento una volta accertato l'interesse archeologico del sito proprio al fine di preservare l'intera zona*"[63].

Resta tuttavia impregiudicato, come sottolinea il Consiglio di Stato, che la tutela paesaggistica e quella archeologica: "*sono distinte e autonome*". Nel primo caso il vincolo paesaggistico concerne i territori interessati da presenze di rilevanza archeologica, che vengono tutelati non per la loro *facies*, bensì per l'attitudine «*alla conservazione del contesto di giacenza del patrimonio archeologico nazionale*». Mentre quella archeologica, connessa all'apposizione del vincolo, postula un'intrinseca valenza archeologica del bene ed ha pertanto ad oggetto diretto il bene e non il territorio su cui esso si trova la cui tutela costituisce primario interesse pubblico[64].

Sin qui l'apporto articolato della giurisprudenza amministrativa. Ma non può sottacersi che, al di là dell'illustrato la cornice normativa, sebbene incrementale in senso quantitativo e qualitativo, per il Paese con il più grande patrimonio archeologico e con gli insediamenti urbani tra i più risalenti del Mondo si tratta di un quadro ancora insufficiente e per certi versi incompleto.

5. *Verifica preventiva dell'interesse archeologico e lavori pubblici dopo il DPCM 14 febbraio 2022*

Un profilo della disciplina pubblicistica dell'archeologia che ha visto una progressiva definizione normativa nel recente passato è la *verifica preventiva dell'interesse archeologico* delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico (*VPIA*, già *ViArch*).

Non è questa la sede per una compiuta disamina dell'istituto della c.d. archeologia preventiva, peraltro recentemente sottoposto ad inter-

[63] Al riguardo si veda Cons. St., sez. VI, 10 gennaio 2018, n. 100 che pronuncia sul vincolo archeologico diretto e indiretto con riferimento ad immobili siti nell'area interessata da una necropoli romana di età imperiale.

[64] Così ancora Cons. St., sez. VI, 4 luglio 2022, n. 5536.

venti di modifica sia normativa che attuativa, ma è di tutta evidenza l'obiettivo perseguito di introdurre il principio del c.d. "*developer pays*" e limitare i casi di c.d. "sorpresa archeologica" nell'esecuzione dei lavori ai quali conseguono, varianti, sospensione lavori e sovente anche contenziosi che dilatano i tempi di realizzazione delle opere pubbliche[65].

Le misure di archeologia preventiva vanno riconnesse alle previsioni della "*Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*", c.d. Convenzione de La Valletta, del 16 gennaio 1992[66], ratificata

[65] In tema di appalti pubblici e "*sorpresa archeologica",* si veda, tra le altre, Corte di Cass., 17 febbraio 2014, I, Ord. n. 3670/2014, secondo la quale: "*la forza maggiore idonea a determinare la sospensione dell'esecuzione dei lavori ai sensi dell'art. 30, primo comma, del d.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063 è integrata dal mero collegamento con l'area di cantiere della cosiddetta "sorpresa archeologica", tanto se essa venga ad emergere totalmente o parzialmente dal cantiere stesso, quanto se la sua emersione sia configurata come possibile dal provvedimento del competente organo della P.A. che imponga un'attività di indagine, essendo sufficiente, a tal fine, la probabile reperibilità del reperto e, cioè, che sia accertata la sussistenza di un quadro che renda ineludibile far precedere il normale corso dell'esecuzione dell'appalto da un'attività di "esplorazione" archeologica",* ne discende che "*la sospensione disposta dalla stazione appaltante, non avendo natura discrezionale per ragioni di interesse pubblico, non consente all'appaltatore di richiedere, ai sensi dell'art. 30, comma 2, del medesimo d.P.R., lo scioglimento del contratto ove la stessa superi i termini ivi stabiliti e, in caso di rifiuto da parte del committente, di ottenere l'indennizzo dei maggiori oneri sopportati",* così Corte di Cass., I, 5 febbraio 2016, n. 2316 e da ultimo Trib. Roma, Sez. XVI-Impr., 3 gennaio 2022, n. 16. Le pronunce del 2014 e del 2016 sono annotate da I. Pagani, *Sorpresa archeologica e sospensione dei lavori per causa di forza maggiore,* in *Urb. e app.,* 2014, 5, 520 e ss. e Id., *Sospensione per sorpresa archeologica e iscrizione di riserva per illegittimità sopravvenuta,* ivi, 2016, 4,406 e ss.

[66] Consultabile in *https://rm.coe.int/168007bd45*. La Convenzione firmata nel 1992 dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, è stata sottoscritta da 46 Paesi, dei quali 42 hanno proceduto alla ratifica, ed ha quale obiettivo quello di proteggere il patrimonio archeologico "*in quanto fonte della memoria collettiva europea e strumento di studio storico e scientifico".*

La Convenzione della Valletta è stata elaborata partendo dal convincimento che siano stati raggiunti in gran parte gli obiettivi delle disposizioni della precedente Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico, stipulata a Londra il 6 maggio 1969 (e ratificata dall'Italia con legge 12 aprile 1973 n. 202), ma anche dall'avvertita necessità di rafforzare la conservazione e la valorizzazione del patrimonio archeologico propio nelle politiche urbane e di pianificazione, fornendo la nozione di bene archeologico ed individuando gli obblighi che gravano sugli Stati in materia di protezione del patrimonio archeologico.

Tra le finalità della Convenzione proprio quella di garantire l'integrazione tra la pianificazione e la gestione territoriale e l'introduzione di un principio analogo a quello di matrice ambientale (*polluter pays*) alla stregua del quale che gli oneri della tutela sono a carico dei soggetti che attraverso lavori di trasformazione territoriale rendono necessaria l'attivazione della tutela medesima e recependo la c.d. "*compliance driven archaeology*" ed alla "*developement funded archaeology*".

dopo ventitré anni con la l. 29 aprile 2015, n. 57, offrendo un quadro di riferimento che, nel linguaggio tecnico degli archeologi, è definito della "*post-Malta archaeology*"[67].

La Convenzione, all'art. 6, impegna gli Stati aderenti ad assicurare il finanziamento pubblico della ricerca archeologica e ad accrescere le misure destinate all'archeologia preventiva adottando disposizioni utili affinché, in caso di lavori pubblici o privati di rilievo, siano stanziate risorse finanziarie di matrice pubblica o privata, che coprano la totalità dei costi delle operazioni archeologiche necessarie connesse ai lavori che debbono prevedere gli studi e le ricerche archeologiche preliminari, i documenti scientifici di sintesi, nonché le comunicazioni e le pubblicazioni integrali delle scoperte[68].

L'art. 28, comma 4, del *Codice dei beni culturali e del paesaggio,* poi completato dall'art. 25 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. (*Codice dei contratti pubblici*)[69], hanno definito una disciplina che consente di valutare l'impatto della realizzazione di un'opera pubblica o di interesse pubblico rispetto alle esigenze di tutela del patrimonio archeologico, con la possibilità di incidere sulle scelte progettuali ed esecutive sino all'eventuale riorientamento al fine di compendiare la realizzazione dall'infrastruttura e la tutela del sito o dei beni archeologici[70].

Sulla Convenzione de La Valletta si vedano, tra gli altri, P. J.O'Keefe, *The European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage,* in *Antiquity*, 1993, 406 ss.; G. Trotzig, *The New European Convention on the Protection of the Archaeological Heritage,* ivi, 414-415; M.P. Guermandi, K. S. Salas Rossenbach (eds.), *Twenty years after Malta: preventive archaeology in Europe and in Italy,* Bologna, 2013; P. Florjanowicz (ed.), *When Valletta meets Faro. The reality of European Ar-chaeology in the 21st century*, Budapest, 2016; A. Roccella, *L'adesione dell'Italia alla Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico (La Valletta, 1992),* in S. Lusuardi Siena, C. Perassi, F. Sacchi, M. Sannazaro (a cura di), *Archeologia classica e post-classica tra Italia e Mediterraneo: scritti in ricordo di Maria Pia Rossignani,* Milano, 2016, 561 e ss.; F. Benetti, *op.ult.cit.*, 67 e ss.

[67] Cfr. *https://www.archeologi.org/professione/archeologia-preventiva*

[68] Il riferimento all'archeologia preventiva della Convenzione è alle Raccomandazioni dell'UNESCO sulla Conservazione del patrimonio culturale minacciato da lavori pubblici o privati (19 novembre 1968), del Consiglio d'Europa n. R(89)5 e della Carta ICOMOS e grava sui soggetti che realizzano rilevanti lavori pubblici o privati, gli oneri le prospezioni archeologiche e la responsabilità di preservare gli eventuali rinvenimenti, nel presupposto che gli oneri della tutela non gravino sul pubblico laddove essi derivino da attività svolte a beneficio di interessi privati.

[69] La norma ha riformulato con alcune significative modifiche la procedura di verifica preventiva dell'interesse archeologico contenuta agli artt. 95 e 96 del d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i.

[70] Sulla normativa si veda P. Carpentieri, *Le garanzie e la verifica della progettazione. La verifica preventiva dell'interesse archeologico,* in M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato*

In particolare, tra le diverse forme di tutela, la norma prevede al comma 4 che: «*in caso di realizzazione di lavori pubblici ricadenti in aree di interesse archeologico, anche quando per esse non siano intervenute la verifica di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, il soprintendente può richiedere l'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese del committente*»[71].

Si tratta di una previsione che invera gli indirizzi della Convenzione di Valletta per quanto concerne la realizzazione dei lavori pubblici, mentre, nel caso di lavori privati, condizioni simili possono essere applicate qualora gli enti locali abbiano così disposto tramite i loro piani urbanistici e territoriali. Tale soluzione – come meglio si vedrà più avanti – ha trovato un primo riscontro nella legislazione regionale siciliana che ha riconnesso archeologia preventiva e pianificazione territoriale. A compendio della prima compiuta normativa sull'archeologia preventiva giunge poi una più articolata disciplina attuativa attraverso le previsioni del codice dei contratti pubblici di lavori, forniture, servizi e concessioni.

Il richiamato art. 25, d.lgs. n. 50 del 2016 e s.m.i. introduce una disciplina complessa ed articolata che, attraverso la fluidificazione del circuito informativo tra stazioni appaltanti e sovrintendenze, è volta a consentire una compiuta valutazione della sussistenza dell'interesse archeologico nelle aree oggetto di progettazione, con finalità preventive e per certi versi predittive, ai fini dell'avvio del procedimento vero e proprio di verifica preventiva e di accertare, prima di iniziare i lavori, la sussistenza di giacimenti archeologici ancora conservati nel sottosuolo e di evitarne la distruzione[72].

sui contratti pubblici, Milano 2008, III, 2395 ss.; A. Roccella, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico nella normativa vigente,* in *Riv. trim. app.,* 2019, 790 e ss.; C. Videtta, *La verifica preventiva dell'interesse archeologico: inquadramento giuridico*, in *AR&T*, 2-3, 2020, 26 e ss. (*http://art.siat.torino.it*); F. Benetti, *Il diritto di partecipare. aspetti giuridici del rapporto tra pubblico e archeologia*, Mantova, 2020, 218 e ss.

[71] Comma modificato dal D.Lgs. 24 marzo 2006, n. 156, sostituendo l'espressione originale "*opere pubbliche*" con quella di "*lavori pubblici*" di portata più estesa e potendo così annoverare: "*attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere*" (art. 3, c. 1, lett. *nn*), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici). Questa estensione anticipatoria esprime per la dottrina concetto di un interesse di carattere "presuntivo o indiziario", in tal senso G. Sciullo, *Tutela,* in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, *Diritto del patrimonio culturale*, cit.,156;

[72] E conseguentemente di prevedere eventuali variazioni progettuali, in attuazione del disposto dell'art. 20 del D.Lgs. 42/2004 e ss.mm.ii: "*I beni culturali non possono essere distrutti, deteriorati, danneggiati o adibiti ad usi non compatibili con il loro carattere storico o artistico oppure tali da recare pregiudizio alla loro conservazione*».

La procedura dettagliatamente disciplinata, con opportune misure di flessibilità, gradualità ed interlocuzione, si compone di una fase necessaria volta alla verifica della sussistenza dell'interesse archeologico delle aree sulle quali è allocato l'intervento infrastrutturale o il lavoro pubblico, ed una eventuale che consegue alla declaratoria di tale interesse con la conseguenti varianti progettuali e d'opera.

Da ultimo, va ricordato che col d.P.C.M. 14 febbraio 2022[73], in attuazione del richiamato art. 25, comma 9, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, sono state approvate le linee guida per la procedura di verifica dell'interesse archeologico[74] con l'obiettivo di snellire, semplificare ed accelerare le modalità procedurali e operative che assicurino il coordinamento tra le attività di progettazione delle opere pubbliche[75] o di interesse pubblico e le attività di verifica preventiva della sussistenza dell'interesse archeologico negli ambiti territoriali e nelle aree prescelti per la localizzazione delle opere nel rispetto della tutela del patrimonio archeologico[76]. Ulte-

[73] Recante "*Approvazione delle linee guida per la procedura di verifica dell'interesse archeologico e individuazione di procedimenti semplificati*".

[74] Le linee guida qualificano la verifica preventiva dell'interesse archeologico delle aree prescelte per la localizzazione di opere pubbliche o di interesse pubblico come: "*un'autonoma procedura correlata al livello di progettazione di fattibilità di opere pubbliche o di interesse pubblico*".

[75] Sono esclusi, ex art. 2, del DPCM gli interventi. "*che non comportano nuova edificazione o scavi a quote diverse da quelle impegnate dai manufatti esistenti, mutamenti nell'aspetto esteriore o nello stato dei luoghi oppure movimentazioni di terreno*".

[76] Per quanto concerne gli oneri economici le linee guida stabiliscono che siano a carico della stazione appaltante tutti i costi legati alle attivita' di cui all'art. 25 del Codice dei contratti, comprensivi delle somme necessarie alla precatalogazione degli eventuali reperti mobili e/o delle strutture e all'esecuzione dei primi interventi conservativi su di essi, nonché quelle necessarie alla pubblicazione dei risultati finali delle indagini condotte. Mentre per gli oneri scaturenti dall'eventuale occupazione temporanea dei terreni da sottoporre ad indagine e la predisposizione della relativa documentazione "*sono a carico della stazione appaltante, ma non possono essere posti a carico sui fondi accantonati per la procedura di verifica dell'interesse archeologico al fine di non sottrarre risorse destinate alla procedura*". L'esecuzione di eventuali interventi di ricopertura/rimozione/demolizione dei beni rinvenuti, o per l'esecuzione di interventi di restauro e di musealizzazione, volti a garantire la pubblica fruizione delle testimonianze rinvenute, "*é possibile il ricorso ad altre fonti di finanziamento, anche mediante l'utilizzo delle somme a disposizione nella voce «imprevisti» del progetto. Tali interventi possono comunque essere finanziati, qualora i costi complessivi della verifica preventiva dell'interesse archeologico risultino inferiori a quanto previsto, mediante le somme residuali*". Infine, per gli oneri conseguenti all'eventuale riconoscimento del premio di rinvenimento di cui all'art. 92 del Codice dei beni culturali, si prevede che essi siano a carico del Ministero della cultura *"salva l'assunzione del relativo impegno da parte della stazione appaltante. In ogni caso il premio può essere corrisposto esclusivamente ai proprietari degli immobili interessati dalle*

riore obiettivo del provvedimento è l'individuazione dei procedimenti semplificati, con termini certi, che garantiscano la tutela del patrimonio archeologico tenendo conto dell'interesse pubblico sotteso alla realizzazione dell'opera garantendo, al contempo, il contenimento dei costi e dei tempi di realizzazione delle opere, deflazionando un contenzioso giudiziale altrimenti paralizzante[77].

6. *L'integrazione tra pianificazione urbanistica ed analisi territoriale archeologica nella prospettiva dell'archeologia pubblica*

Tornando al tema del rapporto tra governo del territorio ed archeologia giova sottolineare che buona parte delle città e dei borghi italiani hanno consistenze ed emergenze archeologiche.

Soprattutto nel Mezzogiorno le città insistono su preesistenti siti che – di fronte alla crescente rilevanza del tema della valorizzazione e sinergia con il turismo, ma anche a quello della ricerca e della fruizione – impongono alla pianificazione urbanistica di andare oltre la registrazione e l'inserimento delle previsioni di tutela e salvaguardia. la disciplina legislativa urbanistica ed anche quella pianificatoria si limitano ad un generico approccio di tutela e salvaguardia relegando l'archeologia a fenomeno di tutela statica, mentre i diversi interessi che si muovono attorno le aree archeologiche urbane e periurbane impongono tutt'altro approccio[78].

ricerche e non ai soggetti che realizzano le opere o eseguono le indagini archeologiche, che non rientrano nei casi di cui alle lettere b) e c) dell'art. 92 del Codice".

[77] Per i progetti di opere puntuali il cui importo dei lavori posti a base d'asta é inferiore a 50.000 € (al netto dell'IVA): *"non è richiesta la redazione della documentazione archeologica"* ed "*il soprintendente può prescrivere l'assistenza archeologica in corso d'opera. Se il soprintendente richiede comunque l'avvio della procedura ai sensi dell'art. 25, comma 8, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, i termini sono ridotti di un quarto"* (art.7).

[78] Ma la questione qui posta riguarda anche le città del "*Nuovo Mondo*" come sottolinea T. Ireland, *Up Close and Personal: Feeling the Past at Urban Archaeological Sites*, in *Public History Review*, 2016, 23, 43 e ss. la quale conclude "*Conservation in situ enlists these archaeological remains in public memory work that is both allegorical and rhetorical, and the 'up close and personal' experience of the material past that they provide intensifies the experience of authenticity, perceived through the deep history of ruins and the sensuous qualities of the patina of age. In understanding heritage as a material structure for the 'accumulation of affect', I argue that the affective qualities of ruins and archaeological traces, and of how people feel heritage and the past through aesthetic and sensuous experiences of materiality, authenticity, locality and identity, bring us closer to understanding how heritage works".*

Sul piano dell'interrelazione tra potestà urbanistica e disciplina paesaggistica, esistono alcuni nessi di coordinamento interistituzionale proprio nella pianificazione paesaggistica tra Ministeri e Regione (ma nella Regione Siciliana le competenze sono tutte ricomprese a livello regionale). Ad essi si aggiungono le previsioni del codice dei beni culturali che attribuiscono a Province e Comuni la potestà, ancorché residuale, di applicare le previsioni del piano paesaggistico prevedendo misure di coordinamento con la pianificazione territoriale (art. 145, secondo comma) e di attuare, mediante misure di "conformazione ed adeguamento", i relativi strumenti di pianificazione urbanistica alle previsioni dei piani paesaggistici in (art. 145, quarto comma), inverando quella "*clausola di supremazia"* che se vieta ogni deroga rispetto alla pianificazione paesaggistica, consente l'adattamento a quest'ultima "*nell'ambito del* quid proprium *del potere urbanistico*" [79].

In questo senso appare utile segnalare l'intervento legislativo della Regione Siciliana, nell'ambito di quella che è stata definita la quarta regionalizzazione[80] della disciplina urbanistica, operato dalla l.r. siciliana 13 agosto 2020, n. 19 e s.m.i. recante "*Norme per il governo del territorio".*

Giova ricordare in merito che la Regione Siciliana ha, quanto ai beni culturali, competenza legislativa esclusiva in materia di "*conservazione delle antichità e delle opere artistiche*", in materia di "*musei e biblioteche di interesse locale*" e di "*accademie e istituzioni culturali"* (art. 14, lett. *r*), mentre con riguardo ai beni ambientali ha competenza esclusiva (art. 14, lett. *n*) in materia di "*tutela del paesaggio*", nonché potestà legislativa esclusiva e concorrente in quasi tutte le materie sulle quali incide la tutela ambientale.

Alla stregua di tale quadro di riferimento: «*la Regione esercita in queste materie anche quelle funzioni di "tutela" oggi riservate dal nuovo art.*

[79] Così A. Bartolini, *Urbanistica,* in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (dir.), *Le funzioni amministrative, Enc. Dir. – I tematici,* III, Milano, 2022, 1263-4, che opportunamente sottolinea come il potere urbanistico: "*se, per un verso, non può essere svuotato dalla potestà di tutela, per altro verso, può aggiungersi a quello esercitato dalle autorità preposte alla tutela del patrimonio culturale. In altri termini, è arrivato il momento di chiedersi se i titolari del potere urbanistico possano concorrere a conservare il patrimonio culturale*", svolgendo quella "*tutela diversificata*" che richiama al riguardo G. Severini, *Culturalità del paesaggio e paesaggi culturali,* in *www.federalismi.it*, 2020, n. 16, 37 e ss.

[80] Sulla legislazione regionale urbanistica di quarta generazione si vedano per tutti gli atti dei Convegno AIDU di Varese e Palermo P. Stella Richter (a cura di), *Verso le leggi regionali di IV generazione,* Milano, 2019 e ID (a cura di), *La nuova urbanistica regionale*, cit.

117 allo Stato» a norma del quale (lett. *s*) è attribuita allo Stato la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali[81].

Queste competenze, vale la pena precisare, sono di ampiezza tale che non è dato riscontrarne di analoghe nelle altre Regioni. La Sicilia ha potuto esercitare le suddette competenze soltanto a partire dal 1975, con l'emanazione delle norme di attuazione dello Statuto in materia di "*biblioteche e accademie*" (decreto n. 635) ed in materia di "*paesaggio, antichità, musei, e belle arti*" (decreto n. 637)[82].

La l.r. 1 agosto 1977, n. 80[83], nell'individuare, all'art. 1, le finalità della disciplina ("*valorizzare il patrimonio storico-culturale dell'Isola e di sviluppare la più ampia fruizione dei beni culturali e ambientali e di ogni altro bene che possa costituire testimonianza di civiltà, provvede alla loro tutela e promuove le più idonee attività sociali e culturali*"), offre una considerazione unitaria del patrimonio culturale e paesaggistico dell'Isola, accogliendo così una nozione ampia di bene culturale, come "*bene avente valore di civiltà*", con la conseguenza di considerare beni culturali assoggettati alla normativa di tutela e di valorizzazione dalla stessa dettata anche i beni-attività e i beni dell'arte contemporanea.

Sotto tale punto di vista, la legge regionale anticipa, quindi, i contenuti delle riforme succedutesi nel tempo al livello statale. A partire dal profilo organizzativo, la normativa richiamata, infatti, presenta elementi innovativi rispetto alla stessa legislazione statale, avendo previsto, molto tempo prima delle recenti modifiche legislative statali, quali strutture periferiche dell'assessorato competente, le soprintendenze uniche provinciali e quella del mare[84].

[81] Per una disamina della giurisprudenza costituzionale in materia, che ha offerto un contributo assai rilevante a demarcare puntualmente i confini delle competenze statale e regionali, v. P. Scarlatti, *Beni culturali e riparto di competenze tra Stato e Regioni nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale,* in *le Regioni*, 4-2018, 645 e ss. L. Casini, *Patrimonio culturale (ad vocem)*, in B.G. Mattarella, M. Ramajoli (dir.), *Funzioni amministratice*, cit., 817 e ss., spec. 827 e ss.

[82] Con le norme di attuazione sono state trasferite alla Regione (con alcune eccezioni) tutti i poteri che le leggi del 1939, la n. 1089 e la n. 1497, attribuivano all'amministrazione dello Stato con la sola eccezione della competenza per il rilascio del nulla osta in materia di licenze di esportazione, rimasta in capo all'amministrazione statale, e i poteri sostitutivi del ministero nell'esercizio del diritto di prelazione o nella facoltà di acquisto, in caso di rinuncia all'esercizio di detti diritti da parte dell'amministrazione regionale.

[83] Recante *"Norme per la tutela, la valorizzazione e l'uso sociale dei beni culturali ed ambientali nel territorio della Regione Siciliana",* sulla quale sia consentito rinviare al mio contributo *Eredità culturale e siti UNESCO in Sicilia,* in E. Baroncini (a cura di), *Tutela e valorizzazione del patrimonio culturale nel diritto internazionale,* Bologna, 2021, 253 e ss.

[84] Sull'istituzione a livello statale delle Soprintendenze uniche *Archeologia, Belle*

In tale contesto ordinamentale nel 2000 viene approvata dal Parlamento siciliano la normativa sull'organizzazione dei parchi archeologici in Sicilia.

La legge offre un quadro regolativo articolato soprattutto con riguardo al Parco archeologico e paesaggistico della Valle dei Templi di Agrigento (artt. 1-19) ed una più sintetica disciplina relativa ai parchi archeologici (art.20-23).

In particolare questa seconda parte della legge offre una disciplina che se per un verso costituisce un quadro di riferimento regolativo, per altro risulta non privo di carenze ed incongruenze[85]. La normativa regionale si pone quindi in diretta correlazione con la "*Costituzione culturale*" che trova il proprio riferimento, oltre che all'art.9, agli artt. 33, 34, 117 e 118, nonché nella richiamata "*Convenzione europea per la protezione del patrimonio archeologico*" (c.d. Convenzione de La Valletta), anche sotto tale profilo anticipando il legislatore statale[86].

arti e Paesaggio e dalla fusione delle omonime direzioni generali del Ministero cfr. C. CARMOSINO, *Il completamento della riforma organizzativa del Mibact: i nuovi istituti autonomi e il rafforzamento dei poli museali*, in *Aedon*, 1/2016.

[85] Come opportunamente ricordato M. IMMORDINO, *Beni culturali e ambiente nelle scelte della regione Sicilia,* in *Aedon,* 1/2003, il legislatore regionale è intervento a normare forme di intervento per il recupero ed il risanamento dei centri storici. Con leggi speciali dettate per fronteggiare casi particolari (l. 38 del 1977; e prima del 75, alcune leggi regionali hanno avuto ad oggetto il recupero ed il risanamento del Rione di San Berillo di Catania (due leggine del 1954) e del centro storico di Palermo (due leggi del 1962). Con la legge n. 70 del 1976 la regione ha poi dettato una normativa di carattere generale sul recupero dei centri storici, e segnatamente per il recupero del patrimonio edilizio, degli spazi urbani, del sistema viario, del tessuto sociale esistente, nonché dei valori culturali presenti nel territorio. "*Il limite principale di questa legislazione è quasi sempre quello della modestia degli stanziamenti*".

[86] Per una compiuta ricostruzione della quadro regolativo della fattispecie in esame che la normativa regionale del 2000 offre invero una più articolata e puntuale disciplina ai parchi archeologici a quella già introdotta dall'art. 107 della l.r. 1 settembre 1993, n. 25 (recante norme per la "*istituzione di un sistema di parchi archeologici della Regione siciliana per la tutela, la valorizzazione e l'uso sociale delle aree archeologiche di interesse primario*"); disciplina che é rimasta priva di attuazione ed é stata poi abrogata dall'art. 24 della L.r. n. 20 del 2000 nella quale sono state in parte trasfuse alcune delle disposizioni normative.

La normativa a regionale si collegava ad altre previsioni che già si riferivano ai parchi archeologici come l'art. 15, lett. e), della l. r. 78 del 1976, che ha introdotto un divieto assoluto di edificare nella fascia di rispetto di 200 metri dai confini dei parchi archeologici e l'articolo 25 della l.r. n. 37 del 1985 ed al successivo D. P. Reg. 13 giugno 1991, che recavano menzione del Parco archeologico di Agrigento successivamente istituito sulla base della l.r. n. 20 del 2000. Sino alla legge regionale n. 10 del 2000, che pur mantenendo a livello centrale (Assessorato e Soprintendenze provinciali alle quali

In merito al più intenso raccordo tra governo del territorio ed archeologia un recente significativo riferimento giunge dalla richiamata l.r. siciliana 13 agosto 2020, n. 19 e s.m.i. che, come ricordato, detta nuove norme per il governo del territorio[87], se da un lato prevede che il *Piano territoriale regionale con valenza economico-sociale* (PTR) (art. 19, sesto comma, lett. *a*), il *Piano territoriale consortile* (PTC) o il *Piano della Città metropolitana* (PCM) (art. 22, secondo comma lett. a) ed il *Piano urbanistico generale comunale* (PUG) (art.25) individuano gli elementi costitutivi del territorio, (rispettivamente regionale, consortile o metropolitano, comunale) con particolare riferimento alle caratteristiche naturali, culturali, paesaggistico-ambientali, geologiche, rurali, agro-silvo-pastorali, antropiche, storico-archeologiche, e per quest'ultimo: "*definisce il perimetro degli insediamenti esistenti in condizione di degrado o in assenza di qualità, al fine di….b) rispettare gli interessi di carattere storico, artistico, archeologico, paesaggistico-ambientale ed idrogeologico*" (art. 25, terzo comma), in linea con le previsioni delle altre normative regionali introduce, tuttavia, un adempimento specifico nel procedimento di approvazione dello strumento urbanistico comunale.

La normativa regionale si spinge così ben oltre le scarne previsioni dell'art. 7 della l. urbanistica del 1942, modificata dall'art. 1, primo comm, n. 5 della l. 19 novembre 1968, n. 1187 la quale, nel disciplinare i contenuti del piano regolatore generale, indica *"i vincoli da osservare nelle zone a carattere storico, ambientale, paesistico"*[88]*,* che la migliore dottrina ha ritenuto consentire ai Comuni, attraverso gli strumenti urbanistici, *di "tutelare luoghi e beni che, pur non rivestendo grande rilievo per l'arte e la storia nazionale, hanno tuttavia importanza per custodire la memoria di quelle più limitate comunità di cui i medesimi sono espressione: c.d. tu-*

si aggiunge quella regionale del Mare) le funzioni in materia di tutela e valorizzazione dell'ambiente, dei beni culturali e delle iniziative turistiche di interesse regionale, reca disposizioni relative alla distribuzione delle competenze tra regione ed enti locali.

[87] Nel testo coordinato con le ll.rr.. 30 dicembre 2020, n. 36 e 3 febbraio 2021, n. 2, consultabile in *www.regione.sicilia.it/sites/default/files/2021-07/Testo%20coordinato%20Legge%20Regione%20siciliana%20n%2019%20del%2013%20agosto%202020%20con%20le%20successive%20modificazioni.pdf*

[88] In merito si veda per tutti ancora A. Bartolini, *Urbanistica, op.cit.,* 1264 ed il richiamo al contributo di di A.M. Sandulli, *Profili giuridici in materia di urbanistica e paesaggi napoletani,* in *Amm.it.,* 1957, 954 e ss,

tela delle "identità minori"[89]. Mentre la giurisprudenza costituzionale[90] e quella amministrativa[91] hanno contribuito a declinare ulteriormente ed in concreto gli spazi ed i limiti di intervento della pianificazione urbanistica sui richiamati beni culturali urbanistici.

Giusta l'art. 26, primo comma, della normativa regionale si prevede che per la redazione del Piano urbanistico generale comunale (PUG) siano obbligatori e propedeutici, oltre agli studi agricolo–forestale e geologico ed allo studio demografico e socio-economico, "*lo studio archeologico, redatto dalla competente soprintendenza per i beni culturali e ambientali e presentato entro sessanta giorni dalla richiesta da parte del comune"*.

Si tratta della prima normativa urbanistica regionale che impone una valutazione, propedeutica alla redazione del piano comunale, delle incidenze archeologiche del territorio con il preciso obiettivo di integrare pienamente i profili di tutela e valorizzazione e quelli della pianificazione urbana, evitando, per quanto possibile, che i profili di compatibilità si dispieghino successivamente, e possano invece essere ponderati, anche in ordine ai profili di possibilità, anteriormente all'approvazione dello strumento urbanistico.

La previsione mira, in altre parole, non solo a rafforzare il raccordo tra la pianificazione urbanistica e la tutela archeologica, ma anche ad inverare il "*valore primario"* della tutela del patrimonio culturale rispetto ad altre forme di regolazione del territorio, a partire dalla disciplina del governo del territorio declinata dalla giurisprudenza costituzionale[92].

[89] Così ancora F. Salvia, *Spunti di riflessione per una teoria sui beni culturali urbanistici*, in AA.VV., *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, cit., 25 e ss. F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico,* cit., 321 e ss.

In generale, sul diritto all'identità minore, v. G. De Giorgi Cezzi, *Il diritto all'identità minore. Beni culturali e tutela degli status,* in AA.VV., *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, III, Padova, 2007, 219 ss..

[90] Cfr. Corte cost. 26 novembre 2002, n. 478 e 16 giugno 2005, n. 232.

[91] Il riferimento è a Cons. Stato, IV, 9 febbraio 2016, n. 519.

[92] Sul punto il rinvio è d'obbligo a P. Stella Richter, *Diritto del territorio e Costituzione*, in F. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio,* cit., I, 3 e ss., spec. 17, il quale ricorda che il Giudice delle leggi (sent. 27 luglio 2000, n. 378) se per un verso ha statuito in merito che la tutela dei beni culturali è contemplata in Costituzione insieme a quella del paesaggio in guisa da formare un'endiadi, espressione di un principio fondamentale unitario dell'ambito territoriale in cui si svolge la vita dell'uomo, dall'altro ha precisato che tutela costituisce funzione della Repubblica nelle diverse articolazioni e non solo dello Stato, ma anche delle regioni e degli autonomie locali. Ciò in quanto l'originaria stesura dell'art. 9 l'espressione «Stato» fu sostituito con quello di «*Repubblica*» proprio «*per lasciare impregiudicata la*

In altre parole, la predisposizione di uno "*studio archeologico*" propedeutico alla predisposizione del piano urbanistico generale comunale da parte della competente Soprintendenza induce, ed in termini analitici preventivi, non solo a pervenire ad una più completa e dettagliata mappatura delle aree di interesse archeologico del territorio comunale, ma anche a far si che la stessa sia compiutamente trasposta nel piano urbanistico[93]: sia che siano intervenute la verifica, di cui all'articolo 12, comma 2, o la dichiarazione di cui all'articolo 13, del codice dei beni culturali, ma anche quelle relative alle aree di interesse ove l'attività di uso del territorio possa essere subordinata all'esecuzione di saggi archeologici preventivi sulle aree medesime a spese degli interessati[94].

Si supera, in tal guisa, l'approccio consultivo, ma in qualche modo ispirato alla "*separazione*", e si consolida invece quello integrato delle tutele differenziate del territorio, rafforzando il ruolo del piano quale strumento complessivo di governo del territorio, ferma ed impregiudicata restando l'adozione delle misure cautelari e preventive previste dalla normativa di settore.

Come opportunamente sottolineato la valenza culturale di un immo-

questione delle autonomie regionali», «con conseguente possibilità di aperture legislative intese a svolgere il principio risultante dalla modifica, chiamando all'azione per la tutela e l'incremento dei beni culturali tutti i soggetti provvisti di autonomia (dallo Stato alle regioni, ai comuni, alle università)» (Corte cost. sent. 28 luglio 1988, n. 921).

[93] Nella prospettiva delineata da P. Urbani, *Le nuove frontiere della pianificazione urbanistica comunale,* in *https://www.pausania.it/wp-content/uploads/le-nuove-frontiere-in-diritto-e-processo-amm..pdf,* pag. 17, secondo il quale quadro conoscitivo del territorio comunale "*costituisce in buona sostanza un vincolo di sostenibilità alle ipotesi di sviluppo delineate con il quadro programmatorio e che appare abbastanza analitico perché, in particolare per ciò che qui interessa, definisce e "individua" le aree a rischio o vulnerabili, le aree d'interesse archeologico e i beni d'interesse paesistico o storico monumentale, i siti ambientali d'interesse comunitario, la struttura del paesaggio agrario e ogni altra emergenza del territorio che "vincoli la trasformabilità del suolo e del sottosuolo".*

[94] in senso analogo a quanto prospettato dalla giurisprudenza secondo la quale (Cons. St., Sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4923) In tema di tutela di valori storici-artistici (c.d. vincolo indiretto) per finalità di tutela paesaggistica…le valutazioni volte alla tutela storico artistica, tra le quali è compreso il vincolo indiretto, "*operano su di un piano differente, esterno e sovraordinato rispetto a quello urbanistico",* come si desume chiaramente dall'art. 45 comma 2 del decreto legislativo n. 42 del 2004, secondo il quale gli enti pubblici territoriali recepiscono le prescrizioni nei regolamenti edilizi e negli strumenti urbanistici. La giurisprudenza con riferimento al rapporto tra tutela dei valori culturali e paesaggistici e pianificazione urbanistica, sulla base dell'art. 9 Cost., ha affermato "*la prevalenza dell'impronta unitaria della tutela culturale e paesaggistica sulle determinazioni urbanistiche, pur nella necessaria considerazione della compresenza degli interessi pubblici intestati alle due funzioni*".

bile o di un'area non può esser data per scontata, ciò in quanto *"l'estensore degli strumenti urbanistici non è portatore delle conoscenze richieste per certificare il rilievo culturale dei singoli beni*", con la conseguenza che tale requisito avrebbe dovuto esser verificato attraverso apposita e mirata istruttoria[95].

La previsione di una pianificazione territoriale redatta sulla base di precipui studi archeologici da parte delle competenti soprintendenze – senza per questo riesumare alcuna mitizzazione degli strumenti urbanistici a partire dal piano regolatore di cui è ormai consolidata la contrazione di rilievo – invera la piena applicazione del principio dell'archeologia preventiva[96] e, se consente di superare asimmetrie e zone di incertezza puntando alla integrazione delle conoscenze del territorio, offre la possibilità di redigere i piani allo stato delle conoscenze al momento date, limitando al massimo i casi di "*sorpresa archeologica*", anche per i lavori pubblici e di pubblica utilità ma, per certi versi, anche di quelli privati consentendo una più rafforzata integrazione delle aree e dei siti esistenti e censiti nel pianificazione di settore.

Nel caso di lavori privati – ma lo si è in parte anticipato – condizioni simili a quelle declinate dalla richiamata legislazione in materia di lavori pubblici possono essere applicate qualora gli enti locali dispongano, per il tramite, dei loro piani urbanistici e territoriali, sia generali che attuativi[97]. Il che porta a concludere che la pur scarna previsione della

[95] In tal senso nuovamente A. Simonati, *Il giudice amministrativo nei meandri del centro storico,* cit., 514 e ss. la quale sottolinea che l'evoluzione della giurisprudenza ha fatto prevalere un orientamento estensivo e flessibile dei giudici amministrativi con un'estensione della disciplina dei vincoli diretti ed indiretti scaturenti dalla mera allocazione nel centro storico.

[96] Come noto le spese della valutazione sono a carico dei lavori pubblici, anche se affidati dai concessionari di lavori pubblici che non sono amministrazioni aggiudicatrici (cioè non sono amministrazioni dello Stato, enti pubblici territoriali, da altri enti pubblici non economici, organismi di diritto pubblico e associazioni, unioni, consorzi costituiti da detti soggetti), nonché i lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, se strettamente strumentali alla gestione del servizio e se le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice, i lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permessi di costruire o altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire o eseguono le opere in regime di convenzione, si veda in merito M. R. Spasiano, M. Calabrò G. Mari, F. Gambardella, P. Tanda, A. G. Pietrosanti, *Fondamento di diritto per l'architettura e l'ingegneria civile,* Napoli, 2020, 262.

[97] In senso analogo anche F. Benetti, *op.cit.*, 127, "*Nel caso invece di lavori privati, in molti centri urbani, dove è alta la possibilità di scoprire accidentalmente beni archeologici nel corso di lavori edilizi che prevedono scavi, gli enti locali*

normativa regionale ricordata appare gravida di ben più consistenti conseguenze se saranno attivate puntuali prescrizioni nella pianificazione urbanistica dei comuni siciliani, soprattutto in quelli ove è più consistente la presenza di emergenze archeologiche, sia per la realizzazione di nuove opere, ma anche per le iniziative di riqualificazione e rigenerazione urbana[98].

La scelta operata dal legislatore siciliano, sotto altro profilo, consente di garantire applicazione alla "*Convenzione europea per la salvaguardia del patrimonio archeologico"*[99] che, nel titolo relativo alla "*Conservazione integrata del patrimonio archeologico",* impegna gli Stati a conciliare ed articolare i "*bisogni dell'archeologia e della pianificazione, facendo in modo che degli archeologi partecipino: a) alle politiche di pianificazione volte a definire delle strategie equilibrate di protezione, conservazione e*

hanno introdotto per i privati l'obbligo di notificare alla Soprintendenza il progetto e la denuncia di inizio lavori, qualora questi si svolgano in zone "ad alto rischio archeologico" (individuate dai piani degli enti locali, verosimilmente in collaborazione con la Soprintendenza), in modo da permettere alla Soprintendenza competente di attivare misure a norma dell'art. 28. Generalmente le misure consistono nella richiesta di assistenza archeologica a spese del committente durante i lavori; è però vero che questa pratica non è standardizzata, come non lo sono a livello nazionale le procedure relative all'archeologia "commerciale" (ad es. quale documentazione consegnare in Soprintendenza e con quali tempi), che comportano pratiche differenti tra le diverse Soprintendenze e a volte anche tra diversi funzionari". Si veda anche G. Pietra, *Archeologia di Stato e falsi miti*, in *Layers* Supp. al n. 6, 2021, 51 che al riguardo sottolinea "*Resta aperto il dibattito sull'opportunità di estendere al privato la norma italiana, attualmente applicabile soltanto alle opere pubbliche, che rischia di apparire un ulteriore recesso dello Stato dalle proprie responsabilità e dai propri compiti e un tentativo di allargare il bacino della committenza, in una visione privatistica dell'archeologia e della tutela che cerca di farsi strada. Vero è che gli interventi ex post vanno vieppiù riducendosi anche nell'ambito dei lavori privati, grazie alla mediazione della pianificazione urbanistica a livello comunale, che sempre più spesso, nelle proprie regolamentazioni, prevede attività di tutela preventiva del patrimonio archeologico"*

[98] In merito si veda, da ultimo, M. R. Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in *Riv. trim. Urb.,* 2/2022, 394 e ss.; nonché il fascicolo di *Istituzioni del federalismo,* 3, 2017, *La rigenerazione urbana e le nuove sfide per il governo del territorio,* con contributi di M. Dugato, G.F. Cartei, R. Dipace ed altri.; A. Giusti, *La rigenerazione urbana. Temi, questioni e approcci nell'urbanistica di nuova generazione,* Napoli, 2018; C. Ventimiglia, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *www.federalismi.it*, 19/2019; P. Carpentieri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in AA.VV., *Dall'urbanistica al governo del territorio*, Milano, 2020, 127 e ss. ai quali si rinvia per ulteriori riferimenti in dottrina.

[99] Come ricordato la Convenzione, approvata a Malta (La Valletta) il 16 gennaio del 1992 è stata ratificata dall'Italia con grave ritardo soltanto con la l. 29 aprile 2015, n. 57, v. *supra*.

valorizzazione dei siti di interesse archeologico; b) allo svolgimento delle diverse fasi dei programmi di pianificazione", nonché a garantire una consultazione sistematica tra archeologi, urbanisti e enti titolari del potere di pianificazione del territorio, al fine di consentire: *"la modifica dei progetti di pianificazione che rischiano di alterare il patrimonio archeologico"* e "*la concessione di tempo e mezzi sufficienti per effettuare uno studio scientifico adeguato del sito e per la pubblicazione dei risultati".*

In conclusione, può quindi affermarsi che il rafforzamento dell'integrazione tra i livelli di regolazione del territorio e del suo governo sia un'ulteriore tappa di quel cammino svolto dal nostro ordinamento nel progressivo riconoscimento del "*patrimonio culturale urbanistico-edilizio e storico*"[100].

L'obiettivo è, per un verso, quello di anticipare la decisione amministrativa di tutela a livello pianificatorio, scongiurando, per quanto possibile, che le questioni insorgano al momento dell'adozione dell'atto ampliativo autorizzatorio, della conferenza di servizi, della formazione del silenzio o in conseguenza di segnalazione certificata di inizio attività, con l'intento di fluidificare le decisioni edilizie puntuali, la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità e deflazionare il contenzioso amministrativo, favorendo decisioni celeri e trasparenti per cittadini ed imprese. Per altro verso, si mira ad una più stretta integrazione pianificatoria delle aree e dei siti archeologici (e quindi non solo ai fini, pur rilevanti, della tutela, ma soprattutto della valorizzazione) garantendo l'interesse urbanistico generale per l'ordinato ed armonioso sviluppo, anche economico, del territorio[101].

Per le aree ed i siti archeologici allocati nei centri urbani, in particolare nelle grandi città, si pone poi la questione della progressiva ricom-

[100] Cosi ancora F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 320. In questo solco si colloca la giurisprudenza, da ultimo confermata da TAR Umbria, I, 24 marzo 2022, n. 161 secondo la quale la parziale antropizzazione dei dintorni non attenua le esigenze di tutela "*in quanto la presenza di eventuali costruzioni nelle prossimità di un'area di interesse archeologico non fa venir meno l'esigenza di apporre vincoli di natura diretta o indiretta, ma semmai contribuisce a rafforzarla, stanti le finalità cautelari e conservative di detta tutela"* (ex multis T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 22 giugno 2017, n. 7310; C.d.S., sez. VI, 16 luglio 2015 n. 3560; Id. 8 aprile 2015, n. 1779; Id. 3 aprile 2003 n. 1718; Id. 3 settembre 2001 n. 4591; Id. 28 dicembre 2000 n. 7034 e 30 novembre 1995 n. 1362) .

[101] In merito ai complessi intrecci tra attività commerciali e tutela dei centri storici v. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *Cultura e attività commerciali*, in *Giustamm.it*, 3, 2017 e L. Di Giovanni, *I centri storici quali critici punti d'incontro degli interessi culturali e commerciali*, in *le Ist. del federalismo,* 2018, 1, 161 e ss.

posizione e ripristino del tessuto urbano che, nella gran parte dei casi, incide su quelle che sono opportunamente definite "*opere incongrue*", ossia: opere e manufatti edilizi che, sebbene regolarmente autorizzati dal comune, e quindi non abusivi, tuttavia incidono sensibilmente sul degrado del territorio, sull'alterazione morfologica dei luoghi e delle prospettive.

A questo riguardo giova ricordare le previsioni della l.r. dell'Emilia, Romagna n. 16 del 2002 che all'art. 10 definisce tali opere: «*le costruzioni e gli esiti di interventi di trasformazione del territorio che per impatto visivo, per dimensioni planivolumetriche o per caratteristiche tipologiche e funzionali, alterano in modo permanente l'identità storica, culturale o paesaggistica dei luoghi*".

Come opportunamente sottolineato da Filippo Salvia – riferimento indiscusso del diritto urbanistico italiano e che non ha mai risparmiato giudizi caustici nei confronti di una legislazione per molti versi contraddittoria – questa normativa innovativa: "*prevede tutta una serie di meccanismi per la eliminazione di tali "opere", che vengono assistiti coraggiosamente da finanziamenti pubblici*", consentendo così di "*affrontare l'annoso problema delle opere incongrue, rimasto forse per troppi anni sopito*", attraverso una "*disciplina innovativa di grande interesse, che potrebbe segnare l'inizio di una vera e propria svolta nella gestione del territorio soprattutto qualora anche le altre regioni – come sarebbe da augurarsi – si orientassero nello stesso senso*"[102].

[102] Si rinvia all'analisi della disposizione che svolge il Maestro nel suo contributo *Il recupero degli edifici storico-artistici nella l.r. Emilia-Romagna 15 luglio 2002, n. 16,* in *Aedon,* 1/2003, il quale ricorda che il comune, anzitutto, nell'ambito del "piano strutturale" individua le opere incongrue presenti nel proprio territorio, definendo poi sia gli obiettivi di qualificazione da realizzare, sia gli indirizzi e le direttive relativi agli interventi da attuare. Spetta invece al "*piano operativo comunale*" il compito di disciplinare concretamente gli interventi di trasformazione per la eliminazione totale o parziale delle predette opere ed il ripristino e la riqualificazione paesaggistica, architettonica o ambientale del luogo. Sono previsti infine "*accordi*" con i soggetti proprietari degli immobili e "*accordi di programma*" promossi dalla regione, dalla provincia, dal comune, per superare il più possibile opposizioni e resistenze. Secondo le condivisibili conclusioni del Maestro infatti: "*una diversa situazione di (auspicabile) espansione dell'economia e di normalità dei conti pubblici – non sarebbe affatto fuori luogo immaginare che tutti gli enti, in vario modo coinvolti nel governo del territorio, potessero fare la loro parte per la bonifica dello stesso, rimediando (sia pure tardivamente) ai molti errori commessi. Si potrebbe ad es. pensare – facendo correre con un po' di ottimismo la fantasia – ad un piano nazionale di interventi straordinari (analogo per impegno finanziario a quello varato negli anni '50 per il Mezzogiorno, ma diversissimo nella filosofia di base), con il compito di realizzare su tutto il territorio nazionale "opere pubbliche" di diversa tipologia: non più dirette (come spesso è avvenuto in passato) alla*

Ad ottant'anni dall'entrata in vigore della legge urbanistica[103], che seguì solo di qualche anno le leggi Bottai del 1939 sulla tutela delle cose di interesse artistico e storico e sulla protezione delle bellezze naturali, senza tuttavia prevedere un nesso specifico tra pianificazione urbanistica e tutela delle aree archeologiche, l'urbanistica regionale segna un primo passo in avanti verso un'osmosi che prima che concettuale è materiale tra aree territoriali sottoposte a pianificazione e che è stato efficacemente sintetizzato nel concetto di "*gestione della città*"[104], declinazione della più ampia concezione di gestione del territorio[105].

... reformatio in peius*, ma alla eliminazione di opere incongrue sia private che pubbliche, nonché al recupero del patrimonio storico-artistico e paesaggistico: in una parola ad un complesso organico di interventi volti a promuovere – sull'esempio della legge regionale che si commenta – la qualità del territorio e dell'ambiente"*-

[103] Sulla quale si rinvia alle relazioni alla *Giornata di studi in onore di Paolo Stella Richter,* promossa dall'AIDU "*Ottant'anni dalla legge urbanistica*", Facoltà di Economia, Università di Roma "*la Sapienza*", Roma, 1 dicembre 2022, in corso di pubblicazione sul sito *http://www.dirittourbanistico.it/2022/11/23/ottantanni-dalla-legge-urbanisticagiornata-di-studi-in-onore-di-paolo-stella-richter/*

[104] Per più approfondite considerazioni in merito si veda P. L. Portaluri, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al governo del territorio*, in *www.federalismi.it*, 19/2019, il quale richiama il consolidarsi del fenomeno della "*depianificazione*" ossia "*dell'abbandono del modello urbanistico, razional-comprensivo e discendente consegnatoci dalla legge del 1942, è difficile negarne la crisi profonda, acuita dal moltiplicarsi di piani tematici sopraordinati e anch'essi, talvolta, totalizzanti: il piano paesaggistico ne è un esempio classico".*

[105] In tema si veda per tutti F. Patroni Griffi, *Dall'urbanistica al governo del territorio. Valori culturali, crescita economica, infrastrutture pubbliche e tutela del cittadino*, in AA.VV., *Dall'urbanistica al governo del territorio*, cit., 17 e ss.

Quest'orientamento ormai consolidato anche in giurisprudenza trova la propria consacrazione nella classica sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV 10 maggio 2012, n. 2710 sul piano urbanistico di Cortina d'Ampezzo secondo la quale "*l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo*" di guisa che "*il potere di pianificazione urbanistica non è funzionale solo all'interesse pubblico all'ordinato sviluppo edilizio del territorio in considerazione delle diverse tipologie di edificazione distinte per finalità (civile abitazione, uffici pubblici, opifici industriali e artigianali, etc.), ma esso è funzionalmente rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti".*

In questo solco si colloca la proposta di d.d.l. "*Principi fondamentali e norme generali in materia di governo del territorio"* elaborato dalla Sotto-Commissione in materia di Riforma Urbanistica nominata dal Ministro delle Infrastrutture, presieduta dal Consigliere di Stato R. Greco e dal Prof P. Urbani consultabile con la relazione

Resta impregiudicato che tale previsione non sia soltanto orientata a garantire la massima tutela delle aree archeologiche allocate nel territorio oggetto della pianificazione, ma anche la massima integrazione del tessuto urbano. E ciò a partire dai centri storici consentendo una pianificazione armoniosa, scevra dal rischio di "*monumentalizzazione*" di ogni dettaglio del patrimonio edilizio ricompreso, ma soprattutto tesa a valorizzare le aree archeologiche incastonate in tale contesto, superando l'idea dei "*recinti della memoria"* meramente conservativi (e troppo spesso isolati, il che diviene paradossale causa di degrado) e puntando a restituire continuità ed armonia al tessuto urbano, ai quei "*beni di famiglia*"[106], come li ha definiti Salvia, la cui cura va ricondotta alla gestione ordinaria dei beni comuni che trova una prospettiva rafforzata proprio dall'archeologia pubblica. Pur se nell'ormai consodilato contesto del "*lento prevalere del software (l'edilizia) sull'hardware (il piano)*", nello spostamento progressivo dell'attenzione "*del piano al progetto urbano, da questo all'accordo urbanistico sempre più in deroga al piano*"[107]

di accompagnamento in *https://www.pausania.it/riforma-urbanistica-la-proposta-del-ministero-delle-infrastrutture/*

[106] F. Salvia, *La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente,* in *Dir. econ.*, 1/2020, 169 e ss. il quale conclude che il diritto amministrativo negli ultimi anni ha subìto profonde trasformazioni non per la mutazione formale dell'impianto costituzionale, "*ma sotto la spinta di una cultura interessata fondamentalmente all'immediatezza dei risultati e alle opere faraoniche. Allergica invece ai beni comuni e a ogni forma di gestione ordinaria"*. In questa prospettiva si veda, per analoghe conclusioni, lo sguardo d'insieme alle politiche culturali dello Stato, G. Melis, *Le istituzioni imperfette. Politiche culturali e debolezza dello Stato*, in *La Corte e la Storia*, 2022, 2, 5 e ss.

[107] Così P. Urbani, *Alla ricerca della città pubblica*, in *Pausania*, *Riv. dir. urb.*, 2023 (14), 11.

"LEGACY": IL LASCITO DELLA LEGGE URBANISTICA

di Antonio Bartolini

1. Si celebrano gli ottanta anni della legge 17 agosto 1942, n. 1150, cioè la legge urbanistica [1].

Il decorso del tempo di una legge così importante, direi centrale per non solo per l'ordinamento urbanistico, ma anche per quello amministrativo, ha lasciato una scia di segni, di testimonianze, che, a mio modo di vedere, ne costituiscono il lascito

Il termine lascito, in questa sede, è, quindi, impiegato come traduzione del termine inglese "*legacy*", che ha un significato non completamente corrispondente a quello che noi tecnicamente intendiamo per "lascito".

Infatti, per lascito intendiamo un atto *post mortem* (la donazione testamentaria), mentre nel caso della legge urbanistica n. 1150 del 1942 non possiamo sostenere che si sia tecnicamente estinta, essendo ancora vigente.

Certamente molte sue disposizioni sono state abrogate o sostanzialmente disapplicate (per desuetudine) a causa dello scorrere del tempo o delle sopravvenute leggi regionali di terza e quarta generazione.

Dal punto di vista diacronico, stiamo assistendo ad un processo di lenta e continua consunzione, che come nella distillazione, ha portato a "distillare" le numerose norme della legge urbanistica in alcuni principi generalissimi.

Come ha ricordato Sandro Amorosino [2] ormai il significato e la forza giuridica della legge urbanistica può essere riassunta nei seguenti canoni:

1) principio di pianificazione;

2) principio del giusto procedimento;

3) principio del concorso necessario di poteri o del controllo (con i corollari dell'approvazione o della copianificazione).

Ci sono, poi, norme paradigmatiche come quella sui comparti o sulla pianificazione attuativa, anche convenzionata.

[1] Intervento tenuto all'Università di Roma "Sapienza", Dipartimento di Economia e Diritto, Roma, 1 dicembre 2022, in occasione del Convegno AIDU "Ottant'anni della legge urbanistica".

[2] S. AMOROSINO, *Alla ricerca dei «principi fondamentali» della materia urbanistica tra potestà normative statali e regionali*, in *Riv. giur. ed.*, 2009, II, 3 ss.

Nella legge urbanistica vi è anche il fondamento dei poteri di conformazione del territorio e della proprietà privata (volendo impiegare le note categorie introdotte da Paolo Stella Richter [3]). Sicchè anche la perequazione trova il proprio aggancio nella legge fondamentale.

La pianificazione può essere territoriale, generale o attuativa e deve riguardare il territorio nella sua interezza: non sono ammesse lacune, ed ove presenti sono integrate dalla c.d. disciplina delle "zone bianche".

Né va dimenticato il "principio di salvaguardia" operante in caso di adozione dello strumento urbanistico (funzione non originariamente prevista, ma introdotta nel 1967). O le regole sull'efficacia e validità dei piani attuativi, compresa la loro ultrattività.

Il merito della legge è stato quello di aver introdotto poche norme, chiare e soprattutto elastiche in modo da poter resistere e adattarsi allo scorrere del tempo ed al mutare delle esigenze.

2. Come ricordato da Giuseppe Morbidelli [4], la legge urbanistica ha anche altri meriti.

Ha, difatti, consentito alla giurisprudenza di enucleare una serie di principi di valore sia per il diritto urbanistico, ma in termini più generali per tutto il diritto amministrativo.

- la teorica dell'atto ineguale e complesso (recentemente ancora difesa da Fabio Saitta [5]);
- la natura mista dei piani regolatori ed il ruolo assunto nella elaborazione della teoria degli atti generali;
- l'obbligo di esternare le ragioni, piuttosto che quello di motivazione;
- la questione dei vincoli e della loro (più o meno) indennizzabilità;
- gli interessi diffusi;
- la risarcibilità degli interessi legittimi (la sentenza Cass, s.u., n. 500, nasce da una vicenda in tema di pianificazione attuativa);
- l'impugnabilità degli atti prodromici;
- il rapporto tra giudicato e sopravvenienze;
- l'interesse pretensivo alla ripianificazione.

E tanti altri …

3. Ma il vero lascito a mio modo di vedere è quello culturale.

Cioè è stata una legge che ha promosso un dibattito culturale, scien-

[3] P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984.

[4] G. Morbidelli, *I 50 anni della Rivista giuridica dell'edilizia*, in *Riv. giur. ed.,* 2009, 1 ss.

[5] F. Saitta, *Sulla complessità diseguale del piano regolatore generale: alla ricerca di nuovi equilibri fra gli attori della pianificazione*, in *Riv. giur. urb.*, 2020, 612 ss.

tifico, che va oltre il diritto urbanistico, investendo la teoria generale del diritto amministrativo.

Non vi è, infatti, dubbio che tutto il dibattito sul giusto procedimento, sulla partecipazione, sul contradditorio amministrativo – che ha preso avvio tra le fine degli anni '60 e l'inizio degli anni '70 e che, poi, è sfociata in quella legge "dottrinale" che è la l. n. 241/90 – è merito della legge urbanistica.

È, infatti, questa legge ad aver messo per la prima volta al centro dell'attività amministrativa il procedimento amministrativo devo dire in termini moderni e funzionali distaccandosi dalla coeva concezione processuale, tratta dall'esperienza austriaca, del procedimento amministrativo fatta propria dall'opera monografica di A.M. Sandulli [6].

È qui, difatti, che si evidenzia il ruolo del procedimento amministrativo in termini di partecipazione e che porterà la giurisprudenza a distinguere tra "partecipazione collaborativa" e "partecipazione oppositiva" o in contraddittorio.

Modelli partecipativi, fatti propri dalla Commissione Nigro, che, per l'appunto, inserì all'interno del procedimento partecipato (artt. 7 e ss. l. n. 241/1990) sia il modello collaborativo che quello oppositivo (efficacemente, Mario Nigro affermò, a questo proposito, che la partecipazione può "essere sia un fiore di pace che un fiore di guerra").

Ma analogo discorso può essere compiuto per il principio di consensualità. Non vi è dubbio che la legge urbanistica ha offerto per prima il modulo paradigmatico di esercizio consensuale del potere amministrativo (tramite la convenzione di lottizzazione), in un periodo in cui era ancora forte l'anatema di Otto Mayer sulla non negoziabilità del potere pubblico. La convenzione urbanistica diventò, infatti, il modello paradigmatico dei c.d. contratti ad oggetto pubblico. Gli studi degli anni '80 sugli strumenti convenzionali urbanistici (*in primis*, quelli di Giandomenico Falcon [7]), assieme a quelli di Marco D'Alberti sulle concessioni amministrative [8], diedero la stura all'ammissibilità degli accordi nel diritto amministrativo generale, poi sfociati nell'art. 11 della l. 241/90.

Si verificò, dunque, quel fenomeno ascensionale, che molto spesso ha caratterizzato la teoria generale del diritto amministrativo, della formazione di principi di parte speciale che nel tempo hanno assunto il ruolo di grimaldello per entrare nel diritto amministrativo generale.

[6] A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano 1940.
[7] G. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.
[8] M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, Napoli, 1981

4. In sede conclusiva voglio segnalare un ultimo aspetto.

Il lascito della legge urbanistica ha incontrato anche un atteggiamento di deferenza nei confronti della legge urbanistica.

Mi intendo riferire, in particolare, all'art. 13 della l. n. 241/90, che come noto esclude la possibilità di applicare le norme sulla partecipazione e gli accordi ai "procedimenti di pianificazione": *"le disposizioni contenute nel presente capo non si applicano nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta alla emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione*" (art. 13, comma 1).

Mario Nigro spiegò questa esclusione con la necessità di dettare una disciplina *ad hoc* per i procedimenti di massa: disciplina, in verità, mai venuta in essere. Sicchè poi lo stesso Nigro se ne pentì [9].

Io in realtà nell'art. 13, ho sempre scorto un atteggiamento di deferenza nei confronti della legge urbanistica, che per l'appunto è sempre stata la disciplina paradigmatica, non solo per i procedimenti di massa, ma in genere per il procedimento amministrativo.

Questo atteggiamento di deferenza, peraltro, appare oggi piuttosto conservativo ed una limitazione all'effetto di rimbalzo (c.d. fase top-down) dalla legge 241/90 al diritto urbanistico.

Sono note, difatti, le difficoltà applicative per estendere il principio generale di consensualità (Paolo Urbani) discendente dall'art. 11 alla totalità degli strumenti urbanistici. Ed agli sforzi teorici per dare copertura a fenomenologie sempre più ampie come quelle, per l'appunto, dell'urbanistica consensuale e della perequazione.

Parimenti, sono note le problematiche per estendere l'obbligo di motivazione previsto dall'art. 3 della l. 241/90 ai procedimenti urbanistici.

È forse dunque giunto il momento di far cadere questo atteggiamento di deferenza, ad una legge ottuagenaria, che necessita di qualche aggiustamento ortopedico, ed *in primis* proprio quello di introdurre un principio di integrazione tra le due normative, che a mio modo di vedere sono madre e figlia della medesima grande famiglia, cioè quella del "procedimento amministrativo".

[9] M. Nigro, *Il procedimento amministrativo fra inerzia legislativa e trasformazioni dell'amministrazione. A proposito di una recente legge*, in *Dir. proc. amm.,* 1989 (ma ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1996, 2037 ss.)

L'ENERGIA NEL PAESAGGIO E I PAESAGGI DELL'ENERGIA: IL TRILEMMA AMBIENTE PAESAGGIO ENERGIA

di Cristiano Bevilacqua

SOMMARIO: 1.Le fonti di energia rinnovabili tra ambiente e paesaggio. – 2. L'Energia e le sue fonti nell'ordinamento italiano. – 3. I principi costituzionali della tutela dell'ambiente. – 4. I principi costituzionali della tutela del paesaggio. – 5. I paesaggi dell'energia e l'energia nel paesaggio: i paesaggi energetici. – 6. Il trilemma Ambiente Paesaggio Energia: cenni di un bilanciamento tra normativa e giurisprudenza. – 7. Conclusioni: energia e paesaggio nel PNRR: i paesaggi del futuro

1. *Le fonti di energia rinnovabili tra ambiente e paesaggio*

Dopo la pandemia e nel periodo di crisi energetica causata dal contesto geopolitico attuale, sono due gli interessi pubblici che si presentano come determinanti per il futuro: la produzione di energia basata su fonti rinnovabili e la cura del paesaggio, inteso come bene che compendia valori nati dall'interazione tra la natura e le attività, gli interessi, la percezione umana che, insieme, hanno mantenuto e trasmesso equilibri ecosistemici fondati sulla diversità biologica e culturale.

Entrambi gli interessi si ricollegano ai rapporti (di profonda alterazione definita epoca dell'Antropocene) tra uomo e natura che riuscivano ad equilibrare le necessità dell'uomo, e la complessità della natura.

Ciò che la natura mette a diposizione dell'uomo, si esprime attraverso i cd servizi ecosistemici individuati dal MEA nel 2005[1], e riguardano servizi di approvvigionamento (prodotti alimentari e biomassa, materie prime eco.), servizi di regolazione e mantenimento (regolazione del clima, cattura e stoccaggio del carbonio, controllo dell'erosione e regolazione degli elementi della fertilità, regolazione della qualità dell'acqua, protezione e mitigazione dei fenomeni idrologici estremi, riserva genetica, conservazione della biodiversità ecc.) e servizi culturali (servizi ricreativi e culturali, funzioni etiche ecc.).

In tale contesto il tema del rapporto tra fonti di energia rinnovabili e tutela ambientale e del paesaggio, argomento quest'ultimo da tempo al

[1] Millennium Ecosystem Assessment, spesso indicato tramite l'acronimo MEA o anche MA, è un progetto di ricerca internazionale sviluppato con l'obiettivo di individuare lo stato degli ecosistemi globale-

centro del dibattito pubblico interno ed europeo, diventa fondamentale. Per quanto attiene al nostro ordinamento, però, va rilevato che in talune occasioni l'utilizzo di questo tipo di fonti, pur a difesa dell'ambiente, può andare a scontrarsi con un altro principio costituzionale, qual è la tutela paesaggistica[2].

Dal punto di vista prettamente giuridico i principi che qui interessano, dato il loro intreccio, sono due: la tutela del paesaggio e la tutela dell'ambiente, poiché l'innesto della disciplina degli impianti FER potrebbe collidere a fronte di una loro normale convergenza.

2. *L'Energia e le sue fonti nell'ordinamento italiano*

L'etimo generativo del termine è *enérgheia* composto da En ed érgon (l'opera realizzata), termine coniato da ARISTOTELE, per indicare la forza che in atto realizza movimento oppure l'azione e che è differente dalla possibilità e dal nulla[3].

Concretamente è energia tutto ciò che consente di compiere un lavoro. Nella fisica moderna appare definibile come capacità di un corpo o di un sistema di compiere uno sforzo e che non crea né si distrugge ma si trasforma continuamente.

Dal punto di vista socio-economico ci riferisce all'energia in vario modo, sia come risorsa energetica naturale sia come prodotto destinato al consumo e come vero e proprio bene.

Sono invece "*fonti di energia*" quei serbatoi di energia che la distribuiscono per essere impiegata e si distinguono in primarie e secondarie.

Le prime direttamente disponibili in natura e non derivano da trasformazione (carbone, gas acqua, sole, vento); le seconde richiedono una trasformazione per essere utilizzate (benzina, gasolio che derivano dal petrolio, elettricità che deriva da dispositivi tecnologici che consumano fonti primarie).

Tra esse si opera la distinzione tra rinnovabili e non rinnovabili laddove le prime sono disponibili in natura in modo apparentemente illimitato, (sole, onde del mare, vento, calore della terra), le seconde dette anche esauribili sono quelle comunemente dette "fossili" (carbone, petrolio e gas) che tendono ad esaurirsi dato che il tempo di rigenerazione

[2] È il caso degli impianti eolici e fotovoltaici che, se da un lato producono energia senza inquinare l'ambiente, dall'altro rischiano di danneggiare il paesaggio, in particolare sotto il profilo dell'impatto visivo

[3] ARISTOTELE in Metaphisica IX, 3, 1047.

e di gran lunga superiore rispetto alla domanda e consumo della popolazione mondiale.

Nonostante l'apparente chiarezza in generale del termine "energia", dal punto di vista giuridico ancora oggi nessun testo normativo dedicato all'energia contiene una chiara definizione di come essa possa giuridicamente definirsi e, soprattutto, come possa considerarsi dal punto di vista giuridico.

In Italia il richiamo all'energia si collega alla nozione di "bene mobile", già prevista dal codice penale del 1930, la ritroviamo nel codice civile il cui art. 814 recita che "*Si considerano beni mobili le energie naturali che hanno valore economico"*. L'utilizzo del termine al plurale avrebbe causato notevoli difficoltà interpretative poiché sarebbero stati trattati come beni pubblici o privati gli impianti ed i serbatoi, ma nulla si dice sull'energia in sé.

Nel tempo la crescita esponenziale della domanda di energia e il forte interesse pubblico che le ruota intorno hanno reso lo Stato promotore dello sviluppo della produzione termoelettrica, attraverso il piano Marshall, ponendo il problema su quale dovesse essere il regime giuridico applicabile.

L'interesse sempre crescente per questo settore, sia da parte dello Stato sia a livello internazionale si evince anche dalla menzione, dell'art. 43 della Costituzione, delle "fonti di energia" tra i casi in cui "la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale" (cosiddetto "esproprio per pubblica utilità").

Anche la legge di riforma costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 è intervenuta in tale ambito, attribuendo la potestà legislativa concorrente alle Regioni in materia di *"produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia",* ovvero in tali materie allo Stato rimane il compito di dettare i principi generali e di indirizzo mentre alle Regioni viene demandato la normativa di dettaglio, anche se questo naturalmente può comportare con sé differenze di disciplina tra una Regione e un'altra, generando differenze di trattamento solo territorialmente giustificabili posto che la natura fortemente strategica della variabile energetica giustificherebbe la *"chiamata in sussidiarietà"*[4]*,* di cui parla la giurisprudenza costituzionale,

[4] Corte Cost, 1 ottobre 2003, n.303 in www.cortecostituzionale.it.La pronuncia, ave-

che consente allo Stato di arrogarsi funzioni amministrative che di per sé non gli spetterebbero, se non nella misura in cui ricorrano alcune condizioni sostanziali costituite dagli interventi volti alla protezione di interessi generali di cruciale importanza.

A titolo di esempio, la Corte Costituzionale ha previsto che lo Stato possa disciplinare legislativamente in forma analitica le procedure di approvazione di impianti produttivi e di definizione dei programmi di potenziamento delle infrastrutture energetiche lineari, nonostante il loro indubbio impatto territoriale e la loro conseguente astratta riconducibilità a una delle materie in cui le Regioni detengono una competenza legislativa concorrente[5].

Occorre tuttavia segnalare che la situazione si sta modificando anche alla luce del nuovo assetto indicato dalle recenti norme comunitarie tra le quali spicca quella della promozione del modello cooperativistico e dell'energia di comunità a livello europeo, che fanno propendere per una governance dell'energia basata sulla sussidiarietà orizzontale che trovi in tali soggetti gli attori fondamentali di un nuovo sviluppo locale.

Se non esiste ancora una definizione giuridico di energia, l'art. 2, 1° comma, d. lgs. 387/2003 (ed oggi art. 2 lett. a) D.lgs 199-2021) prevede che, sono da considerarsi *"fonti energetiche rinnovabili o fonti rinnovabili: le fonti energetiche rinnovabili non fossili (eolica, solare, geotermica, del moto ondoso, maremotrice, idraulica, biomasse, gas di discarica, gas residuati dai processi di depurazione e biogas"*.

Per tali impianti è necessario evidenziare le conseguenze che la loro installazione può provocare nei riguardi del paesaggio, infatti la scelta di un territorio geograficamente la più favorevole per la collocazione di tali impianti può, come spesso accade, scontrarsi con il territorio sensibili sotto il profilo paesaggistico a causa dell'impatto visivo che compromette il paesaggio irrimediabilmente non solo sotto il profilo della bellezza naturale, ma pure sotto quello storicoculturale.

va ad oggetto vari provvedimenti legislativi statali relativi alla realizzazione delle infrastrutture pubbliche e private e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale. Tra i numerosi commenti cfr. A. Ruggeri, A. Morrone, Q. Camerlengo, E. D'Arpe, F. Cintoli, S. Bartole, A. D'Atena, A. Anzon, R. Dickmann, A. Moscarini, L. Violini, M. Di Paola, in www.giurcost.org; ed ancora G. Scaccia, *Sussidiarietà istituzionale e poteri statali di unificazione normativa*, Napoli, ESI, 2009, nonché gli scritti di V. Onida, A. Anzon, R. Bifulco, R. Bin, P. Caretti, A. D'Atena, G. Falcon, S. Mangiameli, E. Rossi, A. Ruggeri, I. Ruggiu, R. Tosi, L. Vandelli in Le Regioni, n. 4-5, 2008, 771 ss.

[5] Corte cost., 13 gennaio 2004, n. 6, con commento di O. Chessa, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, 2004, 941 ss.; Corte cost., 24 maggio 2005, n. 383 in www.cortecostituzionale.it

3. *I principi costituzionali della tutela dell'ambiente*

La nozione giuridica di "Ambiente" appare ambigua è polisenso[6], dagli anni '70 ad oggi dottrina e giurisprudenza si sono confrontati per cercare di fornire una nozione giuridicamente valida.

Le opinioni sono largamente conosciute per cui in tale sede si può sinteticamente ricordare che la dottrina si è confrontata su due soluzioni differenti: una collegata alle singole componenti dell'ambiente che costituivano l'unica manifestazione normativa in tal senso, per cui l'unico modo per dare una rilevanza giuridica propria al termine in questione era quello di far confluire in esso " *quelle specifiche azioni pubbliche indirizzate in campi esplicitamente riconosciuti dal diritto positivo (paesaggio, urbanistica, salute)*"[7].

L'altra fondata sulla convinzione che una regolamentazione globale dell'ambiente avrebbe contribuito in modo decisivo ad individuare un concetto giuridico unitario dell'ambiente[8].

Su un piano diverso si pone il Consiglio di Stato che ha ritenuto non sussistente un bene "ambiente" singolarmente tutelato, viceversa esisterebbero un insieme di beni oggetto di distinte e differenziate tutele[9].

[6] Etimologicamente "ambiente" significa "ciò che circonda l'uomo" ed anche nelle legislazioni di altri paesi il termine sembra assumere, a livello generale, tale significato (enviroment GB, umwelt DE, environnement FR) . In Italia fu Galileo Galilei, nel 1623, a coniare una prima definizione di Ambiente identificandolo nello: "spazio nel quale s trovano una persona o un oggetto". Oltre a tale significato altri ne furono attribuiti, ciò a dimostrazione del fatto che il termine "Ambiente" appare difficilmente depositario di un unico significato. L'ambiente può essere visto in relazione ad ambiti particolari (ambiente geografico, geologico, fisico); può assumere anche significati metaforicio, o altri ne furono attribuiti, ciò a dimostrazione del fatto che il termine "ale significato (enviroment GB, umw (ambiente sociale, culturale, politico). L'insieme di significati sopra indicati ha portato l'OMS a fornire una definizione di ambiente molto convincente. Tale definizione vede l'ambiente come: "l'insieme degli elementi fisici, chimici, biologici e sociali che esercitano un'influenza apprezzabile sulla salute e il benessere degli individui e della collettività".

[7] Si veda in proposito l'insegnamento di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi aspetti giuridici,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss; dello stesso autore, *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio,* in *Riv. Trim. dir. pubbl.,* 1975, 481 Il termine ambiente calato in un livello territoriale può assumere vari significati: "luogo fisico di qualsiasi azione umana, in cui sussistono sistemi di equilibri, i quali possono essere modificati, ma solo a patto di ricostruire altri sistemi, altrimenti subentrano degenerazioni nocive".

[8] in tal senso si veda Predieri, voce *Paesaggio,* in *Enc. Dir.* XXXI, 1981, 507 dove nel tentativo di rappresentare l'ambiente a livello costituzionale nelle forme della tutela del paesaggio e della salute, si dice che "la polarizzazione bifocale (territorio-salute) risponde ad una realtà organizzativa ed operativa attuale….attraverso una riaggregazione non limitata alla pur ampia urbanistica, ma estesa anche ad altre materie dell'Art.117 Cost."

[9] Cons. St. Sez. IV, 11 aprile 1991, n.257, in *Riv. Giur. Amb.,* 1992, 130 ss.

Anche la Corte di Cassazione ha fornito un suo contributo alla ricerca della nozione giuridica di ambiente, ma è giunta ad una soluzione che ha visto collegare l'ambiente alla salute dell'individuo[10].

La ricerca di una nozione giuridica di "Ambiente" è stata affrontata anche dalla Corte Costituzionale che, nella nota decisione 641/87 chiarisce:" *l'Ambiente è un bene giuridico in quanto riconosciuto e tutelato da norme giuridiche*", più precisamente l'Ambiente sarebbe identificabile con un bene immateriale unitario formato da varie componenti [11].

Considerare "l'ambiente" come un bene immateriale unitariamente considerato, potrebbe apparire inaccettabile data l'esistenza di una serie di singoli beni di tipo ambientale singolarmente tutelati in relazione ai differenti interessi ad essi collegati[12]. Ciò non sembra ostacolare la concezione unitaria di ambiente dato che le singole componenti dello stesso, tutelabili isolatamente o separatamente, sono indissolubilmente collegate tra loro per cui :"è corretto parlare di essi (i beni componenti) *come di un bene economico unitario: il bene ambiente"*[13].

L'ambiente viene quindi ad identificare un "Bene libero di sintesi", composto di beni tra loro collegati da una relazione ed un processo evolutivo continuo per cui la tutela apprestata dall'ordinamento non è rivol-

[10] Così Cass. SS.UU., 6-10-79, n.5172 in *Foro It.*, 1979, I, 2302; Cass. SS.UU., 9-03-79, n.1463, in *Foro It.*, 1979, 939. Il diritto alla salute può essere tutelato solo in un ambiente salubre. L'Ambiente, quindi, viene ad essere considerato solo se è collegato con specifici interessi tutelati in modo diretto : la lesione dell'Ambiente "determina l'immediata menomazione del patrimonio del singolo " ed ancora "Il diritto alla salute si configura come diritto all'ambiente salubre". Così Cass. SS.UU, 5172/99 e Cass SS.UU., 1463/79 cit.

[11] Corte Costituzionale, sent. 641, 30-12-1987, *in Riv. Giur. Amb.*, 1988, 93 con nota di Postiglione e Caravita ed in *Giur. Cost*, 1987, 3788 ss; Corte Costituzionale., sent. 210, 28-5-87, in *Foro It.,* 1987, V, 20 ss con nota di Giampietro; si veda anche Borgonovo Re, *Corte Costituzionale e Ambiente,* in *Riv. Giur. Amb.,* 1989, 461 ss ; Recchia, *Osservazioni sui valori costituzionali della tutela dell'ambiente,* in *Scritti in onore di Pietro Virga,* II, Milano, 1994, 1497 ss; Greco, *La Costituzione dell'ambiente,* Bologna, 1996.

[12] Libertini, *La nuova disciplina del danno ambientale e i problemi generali del diritto dell'ambiente,* in *Riv. Dir. Priv.,* 987, p.556 ss.

[13] Maddalena, *Il danno all'ambiente tra giudice civile e giudice contabile, Riv. Crit. Dir. Priv.,* 1987, p.442 ss. Si veda anche Corte Costituzionale che ha ribadito la concezione unitaria dell'ambiente affermando che:"*L'integrità ambientale è un bene unitario che va salvaguardato nella sua interezza"*. Sentenza 24 febbraio 1992 n.67, in *Riv. Giur. Amb.*, 1992. Anche la Corte di Cassazione con una decisione coeva a quella della Corte Costituzionale ha accolto la visione unitaria dell'ambiente che, pur comprendente vari beni:"*… si distingui ontologicamente da questi e si identifica in una realtà, priva di consistenza materiale, ma espressiva di un autonomo valore collettivo costituente, come tale, specifico oggetto di tutela da parte dell'ordinamento"*. Cass. Civ., 9 aprile 1992, n. 4362, in *Mass. Giust. Civ.*

ta ai singoli beni cui si riferiscono le leggi di settore, bensì al sovrastante bene ambiente nella sua globalità[14]. Conseguentemente ogni aggressione subita dal bene sottostante causa una lesione al bene "ambiente" sovrapposto[15].

È noto che il principio della tutela ambientale aveva trovato riconoscimento nella Costituzione attraverso l'attività esegetica che la Corte costituzionale che ne ha rinvenuto il fondamento di diritto positivo nell'originario art. 9 Cost. È

Sono state contemperate due esigenze: quella di proteggere la "natura in quanto tale" per garantire un "ambiente sano" e quella di assicurare un "ambiente salubre" a favore di una migliore qualità della vita[16].

La prima esigenza aveva l'art. 9 Cost. come parametro costituzionale di riferimento, mentre la seconda riposava in via interpretativa sul combinato disposto degli artt. 9 e 32 della Costituzione[17]. Su quest'ultimo punto appare paradigmatica l'affermazione del giudice delle leggi, secondo cui "l'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto" (Corte Costituzionale, sent. n. 641/1987); in forza di ciò la Corte Costituzionale può ritenere la "nozione del diritto alla salute comprensivo anche di un diritto all'ambiente salubre"[18] (Corte

[14] Appare così più chiara la disposizione di cui all'art. 18 l.349/86 che configura l'illecito ambientale come comprensivo :"*…di ogni lesione del bene ambiente, sia sotto ilo profilo estetico e del paesaggio, sia sotto quello dell'inquinamento p sotto quello, ancora, della preservazione dell'assetto del territorio"*

[15] Matteini Chiari, *Il danno da lesione ambientale,* Rimini, 1990.; in ordine alla definizione di bene libero si veda Corte Cost. sent. 641/87 citata alla nota n.8.

[16] Cfr Corte costituzionale, sent. n. 345/1995, punto 4 del Considerato in diritto in www.cortecostituzionale.it Sul concetto di salubrità dell'ambiente v. pure Corte costituzionale, sent. n. 127/1990, ricordiamo anche Cass. civ., Sez. un., 6 ottobre 1979, n. 5172. In dottrina cfr. G. Cordini, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in Rivista giuridica dell'ambiente, n. 5, 2009, 615 ss

[17] A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rasib, *Diritto dell'ambiente,* cit., 49 ss., per i quali "il movimento di idee relative alla difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua, convergendo nel generale convincimento che occorra arginare l'inquinamento nelle sue varie forme, si è sviluppato" nella duplice direzione indicata nel testo.

[18] M. Cecchetti, *Art. 9 Cost.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), Commentario alla Costituzione, vol. I, Torino, 2006, 235 secondo il quale In questa prospettiva, quindi, "si sottolinea il carattere "polidimensionale del valore costituzionale in questione", sicché la tutela dell'ambiente sarebbe la risultante di una pluralità di valori collegati non solo al profilo sanitario, ma anche a quello culturale, educativo e di partecipazione.

costituzionale, sent. n. 345/1995).

Da questa lettura della Corte Costituzionale, ante riforma del 2001, emergeva che tutela ambientale e tutela del paesaggio, ex art. 9, 2° co., Cost. erano indissolubilmente legate anche ai fini del riconoscimento della salute quale diritto fondamentale dell'individuo.

In alcune decisioni la Corte costituzionale arriva a qualificare il paesaggio come elemento dell'ambiente: "la protezione dell'ambiente… comprende…oltre la protezione ambientale collegata all'assetto urbanistico del territorio, anche la tutela del paesaggio, la tutela della salute nonché la difesa del suolo, dell'aria e dell'acqua dall'inquinamento"; il medesimo indirizzo viene seguito dalla giurisprudenza amministrativa, secondo la quale nell'ambiente *"vi rientrano tutti gli aspetti… concernenti le «condizioni ambientali» e la «qualità della vita» anche in ambito locale e in particolare la tutela del paesaggio…"*.[19]

Con la legge di revisione costituzionale n. 3/2001 la tutela ambientale viene esplicitamente riconosciuta dalla Costituzione all'interno dell'art. 117, 2° co., lett. s mentre nessuna modifica è intervenuta sull'art. 9 Cost., come auspicato in passato da una parte della dottrina[20].

Dalla predetta riforma la Corte Costituzionale si pronunziata svariate volte[21]; in tale ambito la Corte, cerca di indicare un percorso da seguire qualificando la potestà legislativa esclusiva dello Stato, relativamente alla tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali, come valore che delinea una "*sorta di materia trasversale*"[22] (nel senso che sullo stesso oggetto insistono interessi diversi: quello alla conservazione dell'ambiente e quelli inerenti alle sue utilizzazioni, dall'altro lato, però, non qualifica la "tutela dell'ambiente" come materia in senso tecnico[23].

[19] Corte Cost. 20 dicembre 1982, n.239 e Corte Cost.22-27 maggio 1987, n.210 in www.cortecostituzionale.it

[20] P. Carpentieri, *La tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico della Nazione nell'articolo 9 della Costituzione*, Milano 2005.

[21] Ci si riferisce in particolare alle Sent. N. 407/2002, 536/2002 e 222/2003 della Corte Costituzionale. In www.cortecostituzionale.it

[22] In particolare al n.3 dei "Considerata " della sent. 407/2002 si legge che:" *In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come "valore" costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale (cfr., da ultimo, sentenze n. 507 e n. 54 del 2000, n. 382 del 1999, n. 273 del 1998)*".

[23] Vd n.3.2 dei "Considerata" della Sent. 407/2002 :"*… In questo senso l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi*

In questi casi, emerge comunque la disciplina unitaria del bene complessivo ambiente, rimessa in via esclusiva allo Stato, che viene a prevalere su quella dettata dalle Regioni o dalle Province autonome, in materie di competenza propria, ed in riferimento ad altri interessi. Ciò comporta che la disciplina ambientale viene a funzionare come un limite alla disciplina che le Regioni e le Province autonome dettano in altre materie di loro competenza, per cui queste ultime non possono in alcun modo derogare o peggiorare il livello di tutela ambientale stabilito dallo Stato".

e come "pronunziata in ordine alla esistenza o meno dell'a m del paesaggio, sia sotto quello dell' tutelabili isolatamentRiassumendo: la Corte Costituzionale sembra voler dire che l'ambiente configura un valore; la sua tutela, una trasversalità che *"si interseca con altri interessi e competenze"*[24], quindi non può rientrare nella definizione di materia come strumento del riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni tale da escludere ogni intervento regionale.

La Corte Costituzionale si è preoccupata di chiarire la differenza esistente tra l'Ambiente e la sua Tutela indicando altresì anche l'ente compente a stabilire in via esclusiva le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme su tutto il territorio nazionale. Di contro, però, non ha concretamente fornito elementi utili per comprendere il termine "valore" e che peso ha tale "valore" in rapporto con gli altri contemplati dalla Costituzione.

Infine, aspetto questo più rilevante, dalle decisioni della Corte non emergeva cosa si debba intendere per "tutela dell'ambiente" dato che non è identificabile con una materia in senso tecnico, tra l'altro solo dopo aver stabilito quale sia la forza del valore ambiente rispetto agli altri valori, si potrà stabilire come tutelarlo sia con l'identificazione dell'interesse ambientale operata in via legislativa che attraverso il procedimento amministrativo quale sede di tutela preventiva e concreta dell'interesse ambientale.

Come affermato in precedenza la Corte Costituzionale definisce l'ambiente come un bene immateriale espressivo di un autonomo valore collettivo[25]. Si deve evidenziare immediatamente il collegamento esistente tra bene e valore. Per "valore", quindi, si può intendere una forma generale di bene che può essere partecipata o realizzata in modi vari ed indefiniti ed in occasioni varie[26].

una "materia" in senso tecnico, qualificabile come "tutela dell'ambiente".

[24] Corte Cost. sentenza 24 giugno 2003, n.222 in *Le Regioni,* 1/2004; p.171 ss.

[25] Si veda la sent. 67/92 citata all'interno della nota n.10

[26] Il valore come forma generale di bene ci proviene dall'esposizione di Tommaso

Con riferimento alla comunità politica, la forma generale di bene (valore) va intesa come insieme di condizioni, di qualsiasi natura, che tendono a favorire la realizzazione di ogni individuo della comunità[27].

Se l'Ambiente si definisce come "valore" nei termini sopra citati, allora la sua tutela si può definire come salvaguardia delle condizioni che favoriscono l'individuo e la comunità di appartenenza. Se così è, allora, la tutela dell'ambiente non può certo rientrare nella cosiddetta "*Alchimia delle materie*"[28] intesa come artificioso riparto di competenze tra Stato e Regioni, bensì può definirsi come un obiettivo da realizzare[29].

A tal proposito giova rilevare come la giurisprudenza costituzionale in materia ambientale abbia operato una comparazione tra interesse ambientale ed altri interessi collegati alla tutela del primo. Sostiene la Corte Costituzionale che essendo l'ambiente un bene immateriale, protetto come elemento determinativo della qualità della vita, assurge a "*valore primario assoluto"*[30] .

Ciò implica che il valore ambiente, inteso in tal senso, andrà rapportato agli altri valori configgenti che con il primo saranno bilanciati.

Negli anni che seguirono la storica sentenza 641/87 la Corte Costituzionale è tornata più volte a pronunziarsi in ordine al bilanciamento tra l'ambiente con altri valori.

In particolare nella sentenza 127/90, con cui la Corte si è pronunziata sul principio della "Migliore tecnologia disponibile", si è stabilito che l'interesse alla economicità dei processi produttivi collegato all'art. 41 Cost., trova un limite invalicabile nell'esigenza di salubrità ambientale[31] (art. 32 Cost.).

D'Aquino, in particolare si veda *Summa Theologiae, I, q.80, a.2 ; q.24 a.1,* Traduzione a cura dei Domenicani Italiani, Firenze, 1967; si veda anche Grisez-Shaw, *Beyond the new Moralità,* Notre Dame- London, 1974 capp. 2 e 7, dove il valore è inteso come forme generale di bene e non come obiettivo particolare.

[27] *"Le comunità vanno analizzate in termini di bene comune…"* Aristotele, *Politica, I, 1:1252 a2,* Bari, 1974

[28] M.S. Giannini, *Nota a Corte Costituzionale n.7 del 1957,* in *Gir. Cost.*, 1957, 50.

[29] Prima della riforma del 2001 essendo la tutela dell'ambiente identificabile come scopo di salvaguardia della comunità, la sua competenza non poteva che spettare allo Stato in via esclusiva posto che per tale "valore" rappresenta l'Ente esponenziale di tutta la comunità stanziata sul territorio riporta a quella dettata dal d.lgs 267/00 in ordine alla definizione di ente locale mutuata da storica dottrina (*Virga P., Diritto Amministrativo, vol.III, l'amministrazione locale, Milano 2000)* che vede nel comune quale ente locale che rappresenta la propria comunità ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo. Posto che l'ambiente costituisce un "interesse" che non può essere circoscritto ad un ambito territoriale definito, qual è quello locale, appare corretto che la sua tutela "minimale ed uniforme" sia demandata allo Stato.

[30] Corte Cost. sentenza 30 dicembre 1987, n .641 in Rass. Cons. St., 1987, II, 1925.

[31] La Corte Costituzionale ha stabilito che è infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 674 c.p. e 2 n. 7 d.P.R. 24 maggio 1988

La primarietà dell'ambiente, quindi, costituisce un limite ad altri valori espressione di interessi di singoli. In tal senso un'altra nota pronunzia della Corte Costituzionale ha statuito che:" *Va effettuato un puntuale e razionale bilanciamento degli interessi in gioco: di quelli che fanno capo alla collettività nazionale, assurti a rango di veri e propri valori costituzionali primari, e di quelli che fanno capo ai singoli soggetti tutelati dalla Costituzione ma che soffrono di limiti proprio in relazione ai detti valori"*[32]. Appare ovvio, anche per espressa affermazione della Corte, che l'ambiente (valore espressivo di un interesse facente capo alla collettività nazionale) sia da annoverare tra i valori costituzionali primari, mentre l'iniziativa economica privata e la libertà di commercio non possono aspirare ad una tutela costituzionale prevalente.

Sulla stessa scia della precedente decisione si pongono altre pronunzie della Corte dove emerge il metodo di giudizio scelto dal giudice costituzionale quando si tratta di bilanciare interessi ambientali ed altri interessi configgenti[33]. In particolare in un'importante decisione del 1998, la Corte Costituzionale, richiamandosi ad una specifica decisione della Corte di Giustizia.CE, stabilisce che: "*nel bilanciamento tra la salvaguardia della salute e dell'ambiente e la libertà d'impresa, (si) presceglie non irragionevolmente la prima, anche a costo di stabilire a carico della seconda restrizioni inevitabili giustificate dal perseguimento dello scopo di interesse generale costituito dalla tutela dell'ambiente (Corte di giustizia, sent. 7 febbraio 1985, causa C-240/83)"*[34].

n. 203, sollevata in riferimento agli artt. 32 comma 1, e 41 commi 1 e 2 Cost., nella parte in cui consentirebbero al titolare di un impianto di non adottare la migliore tecnologia disponibile per il contenimento delle emissioni inquinanti allorché questo comporti costi eccessivi per l'azienda. Si tratta quindi di una sentenza interpretativa di rigetto, sostenendo la costituzionalità delle norme impugnate solo allorché queste vengano interpretate, in linea con le direttive comunitarie, nel senso che il limite del costo eccessivo può venire in causa soltanto quando comunque sia rispettato quello indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute e dell'ambiente in cui l'uomo vive. Corte. Cost. sentenza 16 marzo 1990, n.127 in *Cons. St,* 1990, II, 452 ss.. DELL'ANNO, *Migliore tecnologia disponibile:diritto e innovazione tecnica a confronto,* in *il Corriere giuridico,* 1990, p 690 ss.

[32] Corte Cost.sentenza 30 luglio 1992, n.388 in *Riv. giur. ambiente 1992, 873*

[33] Si veda Corte Cost. sentenza 20 dicembre 1996, n.399 in *Rass. COns. St.,* 196, II, p. 2091 ss; Corte Cost. Sentenza 23 luglio 1997, n.27 in *Rass. Cons. St.*, 1997, II, p.1149 . In tale decisione la Corte si trova a fondare sui principi di ragionevolezza e proporzionalità il bilanciamento il bilanciamento tra norme di tutela ambientale e diritti di impresa .stituzionalke urge a "altri interess

[34] Corte Cost. sentenza 3 giugno 1998, n.196, in *Riv. giur. Amb.* 1999, p. 372; negli stessi termini si vedano anche Corte Cost. sentenza 20 maggio 1998, n.173 in *Rass. Cons. St.,* 1998, II, p.741 ss; Corte COst. sentenza 20 luglio 1999, n.179 in *Rass. Cons. St.,* 1999,

In tutte le decisioni in precedenza citate sembra che la Corte Costituzionale voglia dirci che definire l'ambiente come valore assoluto, attribuisca alla "norma ambientale" l'idoneità a comprimere gli altri valori che potranno decomprimersi di fronte a quest'ultima solamente se si dimostri l'inidoneità della stessa a realizzare lo scopo di tutela per cui è nata[35].

Con la novella costituzionale si ribadisce il legame tra la tutela dell'ambiente e quella del paesaggio, tant'è vero che l'art. 117, 2° co., lett. s), Cost., viene considerato comprensivo non solo della prima, ma anche della seconda tutela (n. 378/2007, 104/2008, n. 51/2006).

È confermata, cioè, la tesi per cui l'ambiente è da considerare come "sistema" e quindi, "onnicomprensivo" di una pluralità di componenti tra cui il paesaggio – che sono "parti del tutto".

La giurisprudenza costituzionale, infine, ha confermato il suo precedente indirizzo teso a qualificare la tutela ambientale come un valore costituzionale primario ed assoluto. In questo modo, secondo una parte della dottrina, la "primarietà del valore «ambiente»" assurge al rango di parametro della legittimità costituzionale, forse spingendosi oltre la riforma del Titolo V che – *stricto iure* – si è limitata ad incidere sul riparto di competenze tra il potere centrale e le regioni, ad ulteriore testimonianza del ruolo che oggi ha assunto la tematica ambientale.

Anche la recente sentenza n. 63 del 2020, la normativa regionale :*"deve garantire il rispetto dei livelli minimi uniformi posti dal legislatore nazionale in materia ambientale". "L'esercizio della competenza legislativa regionale, dunque, trova un limite nella disciplina statale della tutela ambientale, salva la facoltà delle Regioni di prescrivere livelli di tutela ambientale più elevati di quelli previsti dallo Stato*" e la sentenza n. 88 del 2020 ha ribadito che: *"in materia ambientale, il potere di fissare livelli di tutela uniforme sull'intero territorio nazionale è riservato allo Stato, ferma restando la competenza delle Regioni alla cura di interessi funzionalmente collegati con quelli propriamente ambientali"*[36]

Quelli appena descritti, seppure sinteticamente, sono i caratteri fondamentali della tutela ambientale, pertanto in ragione di essi è possibile

II, p.735 ss

[35] Sembra potersi parlare di ragionevolezza estrinseca in virtù della quale non è la norma ambientale ad essere giudicata ex se, bensì la compressione che essa opera degli altri valori, compressione giustificata dall'astratta idoneità della norma ambientale di realizzare lo scopo di tutela.(idoneità dello scopo – compressione dei diritti).

[36] Corte Cost., 10 aprile 2020, n. 63 e Corte Cost., 20 maggio 2020, n.88 in www.cortecostituzionale.it

procedere alla problematica comparazione con l'altro principio costituzionale implicato nel tema de quo, cioè la tutela del paesaggio.

4. I principi costituzionali della tutela del paesaggio

Prima di addentrarci nella terminologia giuridica, ricordiamo che Il paesaggio non è solo un bene estetico, ma esprime una visione sistemica, è luogo dell'incontro tra la natura e la storia umana: "È il risultato visibile della cultura di un popolo, esprime attraverso sé stesso o le forme che lo rappresentano non solo valori estetici ma, confrontando i bisogni personali e della collettività con risorse e vincoli della natura con cui interagisce, si relaziona con un'etica che riguarda l'intero (umano e non umano) mondo vivente"[37].

Oggi appare quanto mai opportuno un cambiamento della visione del concetto stesso di paesaggio che dovrebbe essere orientato ad una conoscenza olistica, multi e transdisciplinare[38].

La Convenzione europea ci ricorda che il paesaggio *"designa una determinata parte di territorio, così come è percepita dalle popolazioni […] riguarda gli spazi naturali, rurali, urbani e periurbani, concerne sia i paesaggi che possono essere considerati eccezionali, sia i paesaggi della vita quotidiana e i paesaggi degradati"*[39]. Appare rilevante che nel dibattito in corso sulla compatibilità tra energie rinnovabili e paesaggio, le ragioni di entrambe vengano contemplate e realizzate con il favore delle comunità e, anzi, siano proprio basi sociali e culturali profonde e radicate che possono fornire garanzia per il pieno dispiegamento delle energie rinnovabili. Il paesaggio è "specchio di una civiltà", quelli del futuro lo saranno di quella che dovrà affrontare le sfide dell'Antropocene.

Dal punto di vista prettamente giuridico, il valore paesaggistico, al contrario di quello ambientale, è stato da subito previsto all'interno dei principi fondamentali della nostra Costituzione[40].

[37] G.Barbera, *Sarà il paesaggio a salvare il mondo?,* in *https://www.theitalianreview.com/sara-il-paesaggio-a-salvare-il-mondo/*

[38] F. M. Bufera, è urgente *"un sostanziale cambiamento culturale, anzi lo sradicamento di un paradigma e l'affermazione di uno nuovo in cui le scelte, anche quelle personali, si muovano all'interno di un pentagono ai cui vertici stanno le cinque E: etica, estetica, economia, ecologia, energia"*, in G.Barbera, *Il giardino del Mediterraneo*, Milano, 2021.

[39] Art 1 lett. a) Convenzione Europea del Paesaggio, 20 ottobre 2000, (adottata a Strasburgo dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 luglio 2000 e ratificata con legge n. 14 del 2006).

[40] A solo titolo esemplificativo, tra la sterminata bibliografia in tale ambito, si può indicare: Morbidelli, *Tutela dell'ambiente e normativa urbanistica: riflessi sul diritto di*

L'art. 9 Cost. dispone che la Repubblica tutela *"il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione*". L'anzidetto riferimento a due tipi di beni ("paesaggio" e "patrimonio storico e artistico") deriva dalla impostazione tradizionale della materia, basata su due distinte normative: la legge n. 1497/1939[41] relativa alle "bellezze naturali" (con espressione più moderna «paesaggio» o anche «beni ambientali»); la legge n. 1089/1939, relativa alle "cose di interesse storico artistico" (con espressione più moderna "beni culturali"). Si tratta quindi di due legislazioni ben distinte – aventi ad oggetto beni diversi – ma tra le quali esiste anche e da sempre un filo comune che ne giustifica in qualche modo l'accostamento legato anche alla legge voluta da Benedetto Croce, n. 778/1922[42], in cui si "congiunge il paesaggio alle 'antichità e belle arti'", dove si è ulteriormente rafforzato il rapporto tra l'arte e il paesaggio.

"il c.d. paesaggio naturale, in paesi di antica civiltà come il nostro, non si presenta quasi mai come «natura incontaminata», costituendo anch'esso il risultato dell'opera trasformatrice dell'uomo e quindi della storia. Si pensi ad es. alla gran parte dei paesaggi agresti"[43].

Il predetto insegnamento viene anche riconosciuto dalla Corte Costituzionale quando sostiene che l'art. 9 Cost. "*erige il valore estetico-culturale riferito (anche) alla forma del territorio a valore primario dell'ordinamento*"[44].

proprietà, in RGE, 1988, II, 120 ss.; M.Immordino, *Vincolo paesaggistico*, Cedam, 1991; Id., *I piani paesaggistici nella giurisprudenza costituzionale*, in Il diritto urbanistico in 50 anni di giurisprudenza, cit., 85t.; M. Immordino,, voce *Paesaggio (tutela del*), in Dig. disc. pubbl., X, Utet, 1995, pp. 573 ss.; P. Carpentieri, La nozione giuridica di paesaggio, in Riv. trim. dir. pubbl., 2004, 2, pp. 363 ss.; A. Crosetti, voce Paesaggio, in Dig. disc. pubbl., 2008, pp. 542 ss. Sul paesaggio v. anche G. L. Conti, Dal Paesaggio di Predieri ai paesaggi della Convenzione di Firenze, in Costituzionalismo.it. Cartei, *La disciplina del paesaggio – tra conservazione e fruizione programmata*, Torino, 1995; AA, VV., in Aidu, Urbanistica e paesaggio, Ed. sc., 2006; Marzuoli, *Il paesaggio nel nuovo Codice dei beni culturali*, in www.aedon.mulino.it, n. 3/2008, I; Crosetti, *Paesaggio*, in Dig.(disc. pubbl.), Torino, 2008, 543; Atti Conv. Aidu di Padova del 2010 sulla gestione dei vincoli paesaggistici e semplificazione dei regimi autorizzatori, cit.; Marzaro, *L'Amministrazione del paesaggio*, Torino, 2010; Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio*, Bari-Roma (Laterza), 2010; v. inoltre AA.VV. *La nuova disciplina del paesaggio: commento alla riforma del 2008*, in RGU, numero speciale n. 1-2, 2011; Carpentieri, *Paesaggio e diritto europeo*, in RGE, 2013, n. 3, 483

[41] *Legge 29 giugno 1939, n. 1497 in G.U. n.241 del 14-10-1939*

[42] *Legge, 11 giugno 1922, n. 778 in G.U. n. 148 del 24/06/1922*

[43] Così Salvia, in F. Salvia C. Bevilacqua N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, IV, Padova, 2021

[44] Cfr Corte costituzionale, sent. n. 359/1985, punto 4 del Considerato in diritto.in www.cortecostituzionale.it, Sulla tesi "di un valore estetico-culturale relativo alle bellez-

La nozione di paesaggio, si è andata via via arricchendo di profili di stampo ambientalistico ed ecologico che attenuano l'originaria impostazione di "bellezza naturale", fatta essenzialmente di "belvederi", di "paesaggi-cartolina", ecc.

Non a caso l'art. 1, c. 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio afferma, in apertura, che la "tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura".

Questa nuova visione della tutela paesaggistica ha trovato la sua prima manifestazione nella legge n. 431/1985 (c.d. legge Galasso) che ha sottoposto infatti, non a caso, a vincolo paesistico *ex lege* intere categorie di beni (fiumi, laghi, vulcani, ecc.), indipendentemente dalla loro bellezza.

La normativa (legislativa e regolamentare) sui beni culturali e ambientali è stata opportunamente concentrata: dapprima nel Testo unico sui beni culturali e ambientali (d.lgs. n. 490/1999), successivamente nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Ma nonostante l'avvenuta codificazione, la materia appare ancora ben lungi dall'aver raggiunto un assetto stabile. Le normative più rilevanti degli ultimi anni sono: il d.lgs. n. 63/2008 (che ha modificato in più parti il Codice), il d.p.r. n. 139/2010 (di semplificazione delle autorizzazioni per gli interventi minori), e infine il d.l. n. 78/2015, conv. con la l. n. 125/2015 e il d.lgs. n. 2/2016.

Non sembra tuttavia che l'anzidetto travaglio legislativo abbia soppiantato radicalmente l'impostazione tradizionale. Il Codice infatti, dopo aver introdotto la nuova espressione omnicomprensiva Patrimonio culturale (che attesta il tradizionale filo comune esistente tra le due discipline), statuisce poi che lo stesso è costituito dai Beni culturali e dai Beni paesaggistici.

Soffermandoci sulla nozione di "Paesaggio", l'art. 131, d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 richiama proprio l'impostazione sopra indicata laddove stabilisce che: "per paesaggio si intende il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali, umani e dalle loro

ze paesistiche, nel che si sostanzia la nozione di paesaggio accolta dalla Costituzione", si veda anche Corte costituzionale, sentt. n. 359/1985e 239/1982, punto 6 del Considerato in diritto. Il pregio di tale affermazione della Corte è nella capacità di coniugare il profilo estetico-culturale di 'matrice crociana' con le concezioni più recenti del paesaggio promosse dalla dottrina, in particolare la sua coincidenza con "la forma del territorio, o dell'ambiente, creata dalla comunità umana che vi si è insediata, con una continua interazione della natura e dell'uomo".

interrelazioni" (1° comma). Emergono nettamente le "interrelazioni" tra i fattori naturali e quelli umani che caratterizzano in termini identitari il territorio, fornendo gli perciò una valenza culturale, come conferma il successivo 2° comma.

La Corte costituzionale, nel frattempo, ha avuto modo più volte di sottolineare la natura assiologica della tutela del paesaggio, qualificandola come valore primario, cioè insuscettibile di essere subordinato a qualunque altro valore. La primazia del valore paesaggistico è la conseguenza, naturalmente, della sua collocazione all'interno dei principi fondamentali della Costituzione[45].

I contenuti della tutela del paesaggio sono stabiliti dal legislatore delegato, in particolare consistono "nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette, sulla base di un'adeguata attività conoscitiva, ad individuare i beni costituenti il patrimonio culturale ed a garantirne la protezione e la conservazione per fini di pubblica fruizione" (d. lgs. 42/2004, art. 3, 1° comma).

Il significato della valorizzazione del patrimonio culturale è precisato ancora dal Codice dei beni culturali e del paesaggio che all'art. 6 statuisce: *"la valorizzazione consiste nell'esercizio delle funzioni e nella disciplina delle attività dirette a promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso…In riferimento al paesaggio la valorizzazione comprende altresì la riqualificazione degli immobili e delle aree sottoposti a tutela compromessi o degradati, ovvero la realizzazione di nuovi valori paesaggistici coerenti ed integrati*".

Con la legge Costituzionale 1-2022 è stata introdotta una novella importante all'art. 9 Cost. che ora recita *"La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali"*.[46]

[45] F. Merusi, Art. 9 Cost. – Principi fondamentali, in G. Branca (a cura di), Commentario della Costituzione, Bologna-Roma, 1975, 445. Ancora secondo la Corte costituzionale, sent. n. 39/1986, punto 2 del Considerato in diritto, "la nozione di paesaggio ai sensi dell'art. 9 Cost. deve ora ritenersi comprensiva di ogni elemento naturale ed umano attinente alla forma esteriore del territorio e che ad ogni elemento del genere deve ritenersi potenzialmente estesa (si intende: al di là dei vincoli positivamente imposti nei modi previsti dalla legislazione di settore) la protezione assicurata dal precetto costituzionale". S. Settis, Paesaggio Costituzione cemento, cit., 129 ss., mentre M. Cecchetti, Art. 9 Cost., cit., 220, richiama "le inconsapevolezze dei costituenti e la «casualità» che caratterizzarono la definitiva formulazione dell'art. 9".

[46] Legge Costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 Modifiche agli articoli 9 e 41 della

L'articolo 1 aggiunge il comma 3 all'articolo 9 della Costituzione, che al secondo comma già riconosce quale compito della Repubblica la tutela del paesaggio e del patrimonio storico e artistico.

Finalità della modifica, sulla base di quanto emerso nel corso dei lavori parlamentari, è in primo luogo quella di dare articolazione al principio della tutela ambientale, ulteriore rispetto alla menzione della *"tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali"* previsto dall'articolo 117, secondo comma della Costituzione– introdotto con la riforma del Titolo V approvata nel 2001.

Al primo periodo, accanto a quella dell'ambiente, si attribuisce alla Repubblica anche la tutela della biodiversità e degli ecosistemi. Sempre al primo periodo, viene introdotto un riferimento espresso all' "interesse delle future generazioni", espressione inedita nel testo costituzionale.

L'ambiente sembra qui inteso nella sua accezione più estesa e "sistemica": quale ambiente, ecosistema, biodiversità.

La nuova formulazione appare consolidare gli orientamenti di tutela affermati dalla recente Corte costituzionale in via interpretativa, allorché rilevassero ai fini delle disposizioni costituzionali vigenti.

In particolare, la tutela del "paesaggio" costituzionalmente sancita dall'articolo 9 è stata declinata dalla giurisprudenza costituzionale come tutela paesaggistico-ambientale con una lettura 'espansiva' dove l'ambiente consolida la sua natura di valore primario e sistemico.

La Corte, infatti, ha recentemente fatto riferimento nella sentenza n. 179 del 2019 ad un *"processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è consolidata la consapevolezza del suolo quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale"*[47].

Con riferimento al paesaggio, poi, la giurisprudenza costituzionale con la sentenza n. 71 del 2020, afferma: *"In questa prospettiva la cura del paesaggio riguarda l'intero territorio, anche quando degradato o apparentemente privo di pregio"*. Sottolinea altresì che *"la tutela paesistico-ambientale non è più una disciplina confinata nell'ambito nazionale"*, soprattutto in considerazione della Convenzione europea del paesaggio, secondo la

Costituzione in materia di tutela dell'ambiente, in GU n.44 del 22-02-2022.

[47] Corte cost., 31 luglio 2019, n. 179 in www.cortecostituzionale.it con nota di M. GORLANI, *Il nucleo intangibile dell'autonomia dei Comuni,* in *Forum dei Quaderni costituzionali,* 1, 2020

quale *"il concetto di tutela collega indissolubilmente la gestione del territorio all'apporto delle popolazioni"* (donde "il passaggio da una tutela meramente conservativa alla necessità di valorizzare gli interessi pubblici e delle collettività locali con interventi articolati", tra i quali, in quel caso, l'acquisizione e il recupero delle terre degradate")[48].

Il novellato articolo, quindi, chiude il cerchio interpretativo della tutela, da paesaggistica (dunque morfologica, visiva, culturale) ad ambientale (costitutiva, valoriale, comunitaria), intervenuto con la riforma del Titolo V, modificativa dell'articolo 117, secondo comma della Costituzione.

In tale ambito è stata introdotta la previsione della "tutela" dell'ambiente e dell'ecosistema, tra le materie riservate alla potestà legislativa esclusiva dello Stato (con attribuzione invece della "valorizzazione" dei beni ambientali alla potestà concorrente delle Regioni).

Ci si è allontanati da una visione "culturale" centrata sull'uomo, per andare verso una prospettiva *"biocentrica"*: l'essere umano non è più il vertice della creazione ma soltanto una delle tante specie che abitano il pianeta[49].

5. *I paesaggi dell'energia e l'energia nel paesaggio: i paesaggi energetici*

L'attuale periodo di crisi energetica dimostra la necessità di nuove relazioni tra uomo e natura che tengano conto dell'esigenza di rispondere in modo sostenibile alla crisi energetica. Si può parlare della necessità di paesaggi che contengano impianti FER non solo in territori urbani o industriali, ma anche in quelli agricoli che dovranno essere in grado (e non sarà facile) di mettere in relazione le necessità energetiche, agronomiche, ecologiche della pianificazione territoriale con le esigenze culturali e sociali delle popolazioni rurali e dei consumatori, consentendo di raggiungere obiettivi di sostenibilità economica, ambientale e culturale.

[48] Corte Cost., 24-4-2020, n.71 in www.cortecostituzinali.it con nota di G.Saleppichi, *la tutela costituzionale degli usi civici tra regime civilistico speciale e valenza paesistico-ambientale (a partire dalla sentenza della corte costituzionale n. 71 del 2020), Rivista AIC* n.4, 2020

[49] Nel nuovo dettato costituzionale, il senso gerarchico del Creato sembra passare in secondo piano, e il focus si sposta sulla necessità e urgenza di "salvare il pianeta", dal suo "custode" ovviamente "dall'uomo", anziché "custodire il creato", che dell'uomo è la dimora. Preferisco però quanto affermato dal Papa emerito Benedetto XVI nel discorso al Reichstag di Berlino del 22 settembre 2011 che ha fornito la prospettiva corretta per inquadrare le tematiche ambientali: "L'importanza dell'ecologia è ormai indiscussa. Dobbiamo ascoltare il linguaggio della natura e rispondervi coerentemente".

Si definisce "*Paesaggio Energetico"* l'opera combinata della natura e dell'uomo"(UNESCO, 2005) "*che muta in continuazione originando da diverse ragioni, tra le quali quella del soddisfacimento dei bisogni energetici è spesso preminente"*[50].

La definizione è attuale ma non il suo contenuto.

Invero la storia ci insegna che la nascita e lo sviluppo dell'agricoltura si caratterizza per il soddisfacimento, attraverso la produzione di cibo, delle necessità energetiche degli uomini che hanno coltivato e allevato, necessitando di spazi adeguati.

Questa la prima ragione di ampie modifiche paesaggistiche, in origine generalmente realizzate attraverso incendi: *"quando il fuoco avvampante aveva arso immense selve su grandi monti […] perché gli uomini […] allettati dalla bontà del terreno, volevano aprire pingui campi e a pascoli ridurre le campagne"*.[51]

La progressiva intensificazione dell'attività colturale con il supporto della zootecnia e delle forze motrici derivanti dalla conversione dell'energia cinetica dell'acqua e del vento e progressivamente intervenute avrebbero fatto nascere nuovi paesaggi[52].

La rivoluzione energetica del carbone prima e del petrolio poi, a partire dal XVIII secolo, hanno ulteriormente modificato il paesaggio, diffondendo quello tipico della Rivoluzione industriale ammorbato dal carbonio e poi dal petrolio[53].

Ultimo tra i paesaggi della "antica" modernità è quello nucleare che caratterizza grandi manufatti visibili da chilometri di distanza alquanto sproporzionati rispetto al paesaggio circostante.

Mutuando dalle scienze ingegneristiche, i paesaggi energetici possono distinguersi per densità energetica, (in relazione a quanta energia per superficie), dominanza spaziale (alla quantità territorio occupato) e permanenza (durata).

Si deve però distinguere l'impatto paesaggistico dal consumo di suolo, dato in sé meramente quantitativo, che del paesaggio costituisce la base materiale.

[50] V. Smil, Energia e civiltà. Una storia,, Milano 2021.

[51] Lucrezio, De Rerum Natura, Libro V.

[52] Cfr G. Barbera, *Il giardino del Mediterraneo, cit.*

[53] A definirli, per il XIX secolo, Charles Dickens nell'immaginaria Coketown, città industriale dell'Inghilterra vittoriana, descrive "*Città di mattoni rossi, o meglio di mattoni che sarebbero stati rossi se il fumo e la cenere lo avessero permesso … città di macchinari e di lunghe ciminiere, dalle quali strisciavano perennemente interminabili serpenti di fumo, che non si srotolavano mai"*. C. Dickens, *Tempi difficili*, 1854

Quelli basati su fonti non rinnovabili causano grandi impatti paesaggistici, hanno grandi densità energetiche nonostante alcune strutture vengano progettate come architetture cd "di qualità " per meglio integrarsi con il territorio, ma sono caratterizzati da lunghe permanenze nel territorio e in caso di dismissioni causano problemi di contaminazione del suolo e delle acque e modificazioni paesaggistiche incancellabili incidendo profondamente e negativamente sui processi del pianeta tant'è che vengono accusati di essere la causa dell'Antropocene e quindi di un rapporto conflittuale tra uomo e natura.

Gli impianti FER, invece, hanno basse densità energetiche e ampia dominanza occupando territori ampi, però hanno una permanenza relativamente breve e generalmente, possono essere facilmente dismessi.

In buona sostanza oltre agli impatti relativi al paesaggio e alla concorrenza con altri usi del suolo, vanno considerati anche quelli ambientali, conseguentemente si tratta di stabilire come bilanciare tutti gli interessi concorrenti e coinvolti nei procedimenti amministrativi per la realizzazione degli impianti FER[54].

Un buon paesaggio energetico è il risultato di un'integrazione sistemica tra i fattori energetici e il paesaggio in cui la tecnologia viene considerata come elemento costituente il paesaggio con lo scopo di ridurre l'inquinamento e gli squilibri ecosistemici, assumendo così una funzione ecologica e sociale.

Per far ciò è necessario eliminare dall'azione amministrativa il concetto di realizzazione episodica e casuale di impianti e opere, sostituendolo con un approccio dove l'energia diventa parte attiva e positiva per il paesaggio stesso. Questo richiede l'uso di metodi di analisi e di valutazione e di criteri basati su un rapporto integrato tra paesaggio ed energia.

6. *Il trilemma Ambiente Paesaggio Energia: cenni di un bilanciamento tra normativa e giurisprudenza*

Gli artt. 9 e 117, comma 2, lett. s), Cost., costituiscono il fondamento di diritto positivo in materia di tutela dell'ambiente, e del paesaggio, principi che convergono anche secondo l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale ed amministrativa che ha affermato*:"mediante*

[54] Ad esempio una valutazione generalmente positiva accompagna la recente fortuna dell'agrovoltaico, dove è ammessa la convivenza nella stessa unità di superficie, quindi nella stessa "tessera paesaggistica", di colture agricole e impianti energetici.

la tutela del paesaggio e l'imposizione dei vincoli paesistici si salvaguarda l'ambiente"[55] conseguentemente dato il valore primario di tali principi è necessario: "*…che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni.*"[56]

In tale contesto va inserito il complesso normativo dedicato agli impianti di produzione FER, che possono costituire fonte di attrito tra la tutela dell'ambiente e quella del paesaggio.

In particolare l'art.12, comma 1, del d. lgs. n. 387 del 2003: "*Le opere per la realizzazione degli impianti alimentati da fonti rinnovabili, nonchè le opere connesse e le infrastrutture indispensabili alla costruzione e all'esercizio degli stessi impianti, autorizzate ai sensi del comma 3, sono di pubblica utilità ed indifferibili ed urgenti*". Il successivo comma 3, fa soggiacere il procedimento volto al rilascio del provvedimento ampliativo al: *"… rispetto delle normative vigenti in materia di tutela dell'ambiente, di tutela del paesaggio e del patrimonio storico-artistico"* tale provvedimento comunque costituisce, ove occorra, variante allo strumento urbanistico.

Già la dottrina aveva rilevato come il legislatore avesse: "*concepito un principio di semplificazione a geometria variabile che opera in modo inversamente proporzionale al grado di lesività paesaggistico-territoriale dei medesimi impianti e, quindi, in modo direttamente proporzionale alla tutela del paesaggio e del territorio" qualificando l'attività di produzione e vendita dell'energia, sia elettrica che rinnovabile, quale "attività economica completamente liberalizzata*".[57]

Da un lato con l'installazione di impianti FER, la produzione di energia "pulita" tutela l'ambiente, dall'altro però la posizione della costruzione può creare un problema di impatto visivo, deturpando proprio il paesaggio ed il suolo che è base dello stesso

Soluzione del problema è il ragionevole bilanciamento tra i due diversi principi, non a caso, secondo il giudice delle leggi, *"gli interessi coinvolti…nella tutela del paesaggio come «forma del territorio e dell'ambiente"* impongono, in ragione della loro primazia, *"la necessità che essi*

[55] Cfr Cons. Stat., Adunanza Plenaria, n. 9/2001, punto 4 del Diritto, in www.giustizia-amministrativa.it,

[56] Corte cost, sent. n. 196/2004, punto 23 del Considerato in diritto, in www.cortecostituzionale.it nello sgtesso senso Cfr Corte Cost. n.n.166/2009, 339/2009 205/2011, 308/2011)

[57] Cfr A. Zuccaro, *I limiti regionali alla produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili tra oscillazioni giurisprudenziali ed incertezze normative*, in *Foro amm.* CDS, 2013, 2, pp. 571 ss.

debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni" [58], più recente la pronunzia della Corte secondo cui: *"il procedimento di cui all'art. 12, comma 4, del D.Lgs. n. 387 del 2003 è ispirato alle regole della semplificazione amministrativa e della celerità ed è volto a garantire, in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, la conclusione entro un termine definito del procedimento autorizzativo, in linea con il particolare favor riconosciuto alle fonti energetiche rinnovabili dalla disciplina interna e sovranazionale. Tale procedimento consente di contemperare vari interessi, costituzionalmente rilevanti, attraverso l'incrocio di diverse tipologie di verifica, il cui coordinamento – in sede di conferenza dei servizi*".[59]

Tale visione è stata ulteriormente rafforzata dal D.lgs 199/2021 che precisa: *"In sede di individuazione delle superfici e delle aree idonee per l'installazione di impianti a fonti rinnovabili sono rispettati i princìpi della minimizzazione degli impatti sull'ambiente, sul territorio, sul patrimonio culturale e sul paesaggio"*[60].

Sia consentito, però, rilevare come se da un lato l'intenzione sia quella di tutelare ambiente e paesaggio, dall'altro la presenza di alcune disposizioni recenti sembra minare tale intento posto che, ad esempio l'art.22, comma 1, del d.lgs 199/2021 prevede che nei procedimenti di autorizzazione di impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili su aree idonee, l'autorità competente in materia paesaggistica si esprime con parere obbligatorio non vincolante e nel silenzio della stessa l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione, con ciò legando implicitamente l'idoneità dell'area (dal punto di vista territoriale) a quella paesaggistica che, a parere di chi scrive, nulla ha a che vedere. D'altronde se così non fosse avrebbe avuto poco senso prevedere l'ulteriore passaggio da un atto consultivo dell'Autorità preposta alla tutela del paesaggio per un'area dichiarate precedentemente "idonea" ad ospitare l'impianto.

La necessità del bilanciamento era già stata ritenuta necessaria in passato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui *"alla concezio-*

[58] Corte cost, sent. n. 196/2004, cit.

[59] Corte cost. Sent 30/07/2021, n.177 in *www.cortecostituzionale.it* secondo cui: . Sul tema, cfr anche in chiave critica, S. Amorosino, "*Nobiltà" (dei proclami politici) e "miseria" (dell'amministrazione ostativa) in materia di impianti di energia da fonti rinnovabili,* in Riv. giur. ed., 2020, 497 ss.

[60] Art. 20, comma 5, d.lgs 8 novembre 2021, n. 199, *Attuazione della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili,* in G.U. 30 novembre 2021, n.42.

ne totalizzante dell'interesse paesaggistico…non può sostituirsi una nuova concezione totalizzante dell'interesse ambientale che ne postuli la tutela ad ogni costo", "sicché il conflitto tra tutela del paesaggio e tutela dell'ambiente (e indirettamente della salute) non può essere risolto in forza di una nuova aprioristica gerarchia che inverte la scala di valori"[61].

In ogni caso, sembra potersi evidenziare un atteggiamento della giurisprudenza amministrativa sostanzialmente favorevole nei riguardi delle fonti rinnovabili, poiché in più decisioni vengono richiamate una serie di ragioni a sostegno degli impianti eolici; in particolare, si sottolinea come la normativa europea (le direttive 2001/77/CE e 2009/28/CE e quelle 2018 e 2020 red e red 2) e quella interna, di attuazione, manifestino un chiaro favor legis nei loro riguardi, che si esprime con la razionalizzazione e semplificazione delle procedure autorizzative (art. 12, d. lgs. 387/2003 e D.lgs. 199-2021) e con la qualificazione di pubblica utilità (1° comma) degli impianti alimentati da fonti rinnovabili.

Va rilevato che tale indirizzo non è unanimemente condiviso in sede di giustizia amministrativa, in quanto non mancano giudicati in cui, al contrario, si sostiene che l'astratta necessarietà degli impianti eolici non può mai condizionare e vincolare in maniera assoluta il giudizio di compatibilità ambientale e paesaggistica, obbligandone il rilascio in termini positivi in relazione ai benefici legati all'efficienza energetica per la collettività, perché, altrimenti, si darebbe luogo ad un totale sbilanciamento (in favore delle sole esigenze energetiche) di un sistema di valori – quali quelli paesistico-ambientali ed economici – aventi invece pari rilevanza costituzionale[62].

Si ritiene allora ragionevole che il bilanciamento debba avvenire, in relazione alla fattispecie concreta, nell'ottica del principio di integrazione, senza la necessaria preferenza di uno dei valori in esame.

[61] TAR Molise, sent. n. 115/2009, altrettanto in modo conforme TAR Sicilia, Palermo, sentt. n. 1671/2005 e n. 150/2005; TAR Campania, Napoli, sentt. n. 16938/2010. Non mancano decisioni in cui proprio la tutela del paesaggio conserva un pieno rilievo, anche sotto profili specifici tanto da sostenere, ad esempio, che il valore archeologico di un territorio ne impone la tutela paesaggistica. Cons. St., sent. n. 1366/2011, TAR Molise, sent. n. 115/2009. Allo stesso tempo, ancora i giudici di Palazzo Spada non mancano di sottolineare in talune decisioni il carattere preminente dell'interesse paesaggistico, Consiglio di Stato, sent. n. 3039/2012 in *www.giustizia-amministrativa.it*

[62] Tar Basilicata, sent. 20 dicembre 2014 n. 869 *:"Alcuna norma o principio, a livello comunitario o nazionale, riconoscerebbe come prevalente l'esigenza energetica rispetto a quella di tutela paesaggistica, per cui il regime di favore per gli impianti eolici non potrebbe mai condizionare in maniera assoluta il giudizio di compatibilità ambientale, nel senso di obbligare il rilascio dell'autorizzazione in relazione ai benefici legati all'efficienza energetica per la collettività".* Più di recente si veda. TAR, Basilicata n. 23/2020 in *www.giustizia-amministrativa.it;* Cons. St. Sent. n. 7839/2019 in *www.giustizia-amministrativa.it.*

Il principio di integrazione proviene dall'art. 11, comma 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in base al quale *"le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente devono essere integrate [corsivo nostro] nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni dell'Unione, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile"* cui si collega l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, *"un livello elevato di tutela dell'ambiente e il miglioramento della sua qualità devono essere integrati nelle politiche dell'Unione…"*.

Nell'ordinamento interno lo si può ritrovare nell'art. 3-quater, comma 2, Codice dell'ambiente:" *l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione*"[63].

Quanto affermato in ordine al bilanciamento tra interessi, alla realizzazione degli impianti FER e tutela del paesaggio e territorio lo troviamo nella giurisprudenza più recente su agro e bio energia.

Varie sono state le vicende che hanno convolto i giudici amministrativi, ma appaiono tutte accomunate dal fatto che si tende a rilevare l'illegittimità dei provvedimenti ampliativi, per la violazione sulle norme in materia di valutazione d'impatto ambientale, di competenza locale in materia di pianificazione urbanistica, di tutela del paesaggio, di scelta della tipologia procedimentale ritenendo sussistente un obbligo di utilizzo del procedimento semplificato rispetto quello "ordinario" previsto dal D.lgs. 387/2003.

Un primo aspetto attiene al rapporto Paesaggio- FER che è stato recentemente affrontato dal Consiglio di Stato in una importante decisione avente ad oggetto i vincoli indiretti che erano stati apposti dalla Soprintendenza su delle aree circostanti per tutelare quattro croci votive presenti sulle colline in cui l'impianto avrebbe dovuto essere installato, precludendone la realizzazione.

In particolare i giudici di Palazzo Spada precisano che: "*…La pri-*

[63] In ragione del fatto che "il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici" (art. 2, 1° comma, d. lgs. 42/2004), ne consegue allora un'indiretta conferma, da un lato, della piena parificazione tra la tutela dell'ambiente e la tutela del paesaggio, dall'altro, della necessità normativa di applicare il principio di integrazione, in quanto entrambe le tutele sono indispensabili ai fini dell'attuazione del principio dello sviluppo sostenibile, che richiama la società contemporanea agli obblighi sulla qualità della vita nei riguardi delle generazioni future.

marietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che gli stessi non possono essere interamente sacrificati al cospetto di altri interessi (ancorché costituzionalmente tutelati) e che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione 'totalizzante' come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, necessariamente mobile e dinamico, deve essere ricercato – dal legislatore nella statuizione delle norme, dall'Amministrazione in sede procedimentale, e dal giudice in sede di controllo – secondo principi di proporzionalità e di ragionevolezza. Nel caso di specie, il principio di proporzionalità appare violato, non nella componente della idoneità (al raggiungimento dell'obiettivo prefissato) o della necessarietà (ravvisabile quando non sia disponibile nessun altro mezzo egualmente efficace, ma meno incidente nella sfera giuridica del destinatario), bensì della 'proporzionalità in senso stretto".

Sono due gli aspetti che rilevano in tale pronunzia: il primo dato dal fatto che ambiente e paesaggio possono anche confliggere, tant'è che i giudici affermano come l'interesse pubblico alla tutela del patrimonio culturale viene concretamente bilanciato e sacrificato: "*…all'interesse ambientale indifferibile della transizione ecologica, la quale comporta la trasformazione del sistema produttivo in un modello più sostenibile che renda meno dannosi per l'ambiente la produzione di energia, la produzione industriale e, in generale, lo stile di vita delle persone*"[64]*;* il secondo e più rilevante aspetto è costituito dall'identificazione di un "interesse ambientale della transizione ecologica" ancora da definire compiutamente, che potrebbe aprire un varco non trascurabile e non certo rassicurante alla indiscriminata realizzazione di impianti.

Altro aspetto attiene ai criteri di localizzazione degli impianti di produzione di biometano da fonti rinnovabili che hanno refluenza con il tema trattato. In particolare rilevano due recenti pronunzie del T.A.R. Lombardia e del Consiglio di Stato.

Il T.A.R. Lombardia si è pronunziato su un ricorso presentato da un gruppo di comuni avverso l'autorizzazione all'insediamento dell'impianto di biodigestione anaerobica per la produzione di metano dalla frazione organica di Rifiuti Solidi Urbani (FORSU), ritenuta illegittima in quanto autorizzava la costruzione dell'impianto in un'area non idonea secondo le previsioni dell'art 12 D.lgs. 387/2003, essendo localizzato all'interno di un corridoio primario della Rete Ecologica Regionale[65].

[64] Cons. St., Sez. VI, Sent. 23-9-2022, n.8167 in www.giustizia-amministrativa.it.

[65] T.A.R. Lombardia, Milano, Sez.III, sentenza del 26 luglio 2021, n. 1826, in www.giustizia-amministrativa.it

I giudici lombardi hanno rigettato il ricorso precisando che anche ammettendo che l'area di cui si discute sia ricompresa nella RER, non si può condividere la conclusione secondo cui la medesima dovrebbe considerarsi inidonea ad ospitare l'impianto.

Infatti i criteri localizzativi per gli impianti FER per la produzione di energia elettrica previsti dal D.lgs 387/2003, non valgono per quelli alimentati da FORSU per la produzione di biometano per i quali trovano applicazione quelli definiti dalla regione per consentire alla provincia di individuare le aree non idonee alla localizzazione degli impianti di smaltimento e di recupero dei rifiuti, e di quelli per l'individuazione dei luoghi o impianti idonei allo smaltimento, secondo gli artt. 196, comma 1, lett. n) ed o), e 197, comma 1, lett. d), D.lgs. 152/2006.

Infine il T.A.R., Abruzzo, l'Aquila, sez. I, sentenza del 14 giugno 2021, n. 328 si è pronunziato su un ricorso è stato presentato da alcuni Comuni contro la Regione che, con autorizzazione unica ex articolo 12 del D.lgs. 387/2003, aveva dato il via libera alla costruzione e all'esercizio di un impianto per la produzione di biometano avente potenzialità massima di 560 Smc/h alimentato da sottoprodotti agricoli.

La decisione del Consiglio di Stato n. 5876/2021 attiene, invece alla realizzazione e l'esercizio di un impianto di produzione di biometano e compost, derivante dalla digestione anaerobica della frazione organica dei rifiuti solidi urbani, avverso la quale si erano opposti degli enti locali ottenendo l'annullamento dei provvedimenti ampliativi da parte dell'adito T.A.R. Piemonte.

In particolare, tra la le numerose doglianze sollevate, rilevano quelle relative alla localizzazione dell'impianto in tale ipotesi nella zona agricola. Orbene secondo il Consiglio di Stato essendo tale impianto alimentato da "biomasse", che ai sensi dell'art. 2 lettera e) del d.lgs. n. 28/2011, comprendono la parte biodegradabile dei rifiuti industriali e urbani, e quindi anche la frazione organica dei rifiuti solidi urbani (FORSU) si è di fronte ad un impianto di produzione di energia (biometano) da biomasse che, secondo le previsioni dell'art 12 D.lgs. 387/2003 può essere ubicato anche in zona classificata agricola.

I casi sottoposti all'esame della giurisprudenza in commento rivelano degli enti locali che dietro svariate argomentazioni relative alla tutela del paesaggio e del territorio, sulla localizzazione degli impianti, alla sussistenza di un obbligo legislativo in ordine al procedimento da seguire, alla tipologia dimensionale dell'impianto, od alle caratteristiche dello stesso che imporrebbero svariate forme di valutazione ambientale, rivendicano la necessità di un concreto bilanciamento degli interessi che coinvolga

anche i comuni il cui ruolo di rappresentante degli interessi della comunità stanziata sul proprio territorio è incontestabile[66].

In definitiva se nel caso di conflitto tra interesse relativo al governo del territorio e realizzazione impianti FER viene espressamente operato un bilanciamento a livello legislativo, quando ci si trova di fronte al *"Trilemma Ambiente Paesaggio Energia"* il bilanciamento viene effettuato in modo differente.

Un primo generale bilanciamento, ispirato al principio di integrazione avviene in via preliminare in sede legislativa, tramite il Parlamento, la cui legittimazione democratica a ponderare i principi costituzionali diversifica i vari procedimenti da seguire in ragione delle dimensioni e della potenza degli impianti da installare.

A ciò si aggiunga l'importanza dei piani paesaggistici, in ragione del fatto che consentono allo Stato e alle regioni, secondo l'art. 135, comma 1, d. lgs. 42/2004, di assicurare *"che tutto il territorio sia adeguatamente conosciuto, salvaguardato, pianificato e gestito…"* e per la cui predisposizione sarebbe necessaria la preventiva Valutazione Ambientale Strategica per favorire l'integrazione tra le valutazioni paesaggistiche e quelle ambientali.[67]

Si è consapevoli del fatto che quanto sopra affermato non è condiviso da parte della giurisprudenza amministrativa[68], però ricordiamo anche che il piano paesaggistico ha prevalenza gerarchica nei riguardi di qualunque altro piano: *"le previsioni dei piani paesaggistici…sono co-*

[66] Sotto il profilo delle funzioni urbanistiche proprie degli enti locali, se da un lato si deve riconoscere la centralità del piano urbanistico comunale, quale strumento generale di governo del territorio volto a disciplinarne gli usi e a contemperare e bilanciare gli interessi sullo stesso insistenti, dall'altro lato tale ruolo appare certamente sminuito sia dell'effetto di variante urbanistica riconosciuto all'autorizzazione unica dall'art.12, comma 3, del d.lgs 387/2003, che non è comunque automatico dato che deve essere supportato da adeguata motivazione che dia conto del bilanciamento effettuato tra i diversi valori in gioco, sia dai piani di competenza di amministrazioni differenti da quelle locali in ordine all'individuazione delle aree non idonee ad ospitare gli impianti de quo.

[67] Ricordiamo che la VAS *"… ha la finalità di garantire un elevato livello di protezione dell'ambiente e contribuire all'integrazione di considerazioni ambientali all'atto dell'elaborazione, dell'adozione e approvazione di detti piani e programmi assicurando che siano coerenti e contribuiscano alle condizioni per uno sviluppo sostenibile" (art. 4, 4° comma, lett. a, d. lgs. 152/2006).*

[68] Il T.A.R. Sicilia, sede di Palermo, con sentenza Sez. I, 18 settembre 2017, n. 2179, che segue la linea giurisprudenziale avviata dal Consiglio di Giustizia amministrativa per la Regione Sicilia con la sentenza n. 811 del 27 settembre 2012, e ha ribadito che il piano paesaggistico – a differenza del piano urbanistico-territoriale con specifica considerazione delle valenze paesaggistiche – non dev'essere assoggettato a procedura di V.A.S., in quanto contiene disposizioni migliorative del quadro di tutela ambientale.

genti per gli strumenti paesaggistici dei comuni, delle città metropolitane e delle province, sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici…sono altresì vincolanti per gli interventi settoriali. Per quanto attiene alla tutela del paesaggio, le disposizioni dei piani paesaggistici sono comunque prevalenti sulle disposizioni contenute negli atti di pianificazione ad incidenza territoriale previsti dalle normative di settore…" (art. 145, 3° comma, d. lgs. 42/2004), e le sue previsioni sarebbero più complete ove integrassero le valutazioni paesaggistiche con quelle ambientali, attraverso le diverse fasi imposte per la VAS dall'art. 5, comma 1., lett. a, d. lgs. 152/2006, costituite da: *"lo svolgimento di una verifica di assoggettabilità, l'elaborazione del rapporto ambientale, lo svolgimento di consultazioni, la valutazione del piano o del programma, del rapporto e degli esiti delle consultazioni, l'espressione di un parere motivato, l'informazione sulla decisione ed il monitoraggio"*.

Infine il bilanciamento si completa concretamente attraverso la ponderazione tra i principi e valori costituzionali trasfusi in interessi pubblici, in particolare, deve avvenire in seno al procedimento amministrativo, meglio se all'interno della conferenza dei servizi, ove è possibile realizzare la piena contestualità dell'esame dei vari interessi coinvolti.

7. *Conclusioni: energia e paesaggio nel PNRR: i paesaggi del futuro*

L'Unione europea ha in tale direzione promosso il Green Deal e l'Italia, "particolarmente vulnerabile ai cambiamenti climatici e, in particolare, all'aumento delle ondate di calore e delle siccità" ha risposto con il varo del PNRR.

Le sei "missioni" che lo compongono interessano un insieme di settori e di azioni che dovrebbe concorrere all'obiettivo europeo della neutralità climatica entro il 2050 e alla riduzione delle emissioni di gas climalteranti del 55% entro il 2030.

Nel Piano, l'attenzione alle Fonti energetiche rinnovabili (Fer) appare ben espressa ma emergono, al contempo, attenzioni scientifiche non improntate a una visione sistemica data invece dal paesaggio inteso come indicato all'inizio di tale contributo, come manifestazione visibile di servizi ecosistemici.

L'analisi del PNRR consente di precisare gli obiettivi nazionali volti sia ad accelerare ed incrementare la capacità produttiva di energia da fonti rinnovabili innovative ed in tale direzione viene anche annunciata

una nuova versione del PNIEC (Piano nazionale integra to per l'energia e il clima), che porta a prevedere un aumento di produzione di energia elettrica dal 40% al 72% circa nel 2030.

Nel PNRR, il perseguimento degli obiettivi è soprattutto affidato alla missione 2 "Rivoluzione verde e transizione ecologica", che ha il compito di *"accelerare la transizione ecologica, andando verso la completa neutralità climatica, abbattendo le emissioni climalteranti, attraverso l'efficientamento energetico, la promozione di energie rinnovabili, l'economia circolare e la protezione degli ecosistemi naturali e agricoli e della biodiversità"*[69].

Varie parti del PNRR possono riferirsi alle FER, al loro sviluppo e uso efficiente: l'attenzione all'economia circolare, il risparmio energetico in edilizia, la mobilità sostenibileanche con particolare attenzione al Mezzogiorno destinatario del 40% delle risorse e dell'istituzione delle Zes (Zone economiche speciali) rivolte a tutto il territorio nazionale proprio in riferimento alle "grandi ricchezze naturali, paesaggistiche e culturali[70].

Nel prossimo futuro, quindi, il paesaggio o meglio i differenti paesaggi (sistemi agricoli e forestali inclusi) dovranno confrontarsi con la diffusione delle FER realizzate secondo le misure del Pnrr.

Serve allora una visione sistemica e quindi di paesaggio, proprio per definire meglio "l'interesse ambientale della transizione ecologica" individuato dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato[71], al fine di creare condizioni di equilibrio ecologico-paesaggistico e di valorizzazione energetica sostenibile, che comunque solo una rigorosa pianificazione può dettare.

In verità chi cerca nel Pnrr conferma di un consapevole ruolo del "paesaggio" rimarrebbe però deluso a partire dal non trascurabile indizio della frequenza con cui appare il termine: solo 10 volte, mentre "ecosistema" 34 volte, "ambiente" 129, "territorio" 235 che non possono essere considerati sinonimi di "paesaggio".

[69] Cfr pag. 120, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

[70] Nel gennaio del 2021 uno studio promosso dal governo, con il coinvolgimento di diversi ministeri, ha individuato come obiettivo per il 2050 una produzione elettrica che deve più che raddoppiare rispetto a quella attuale e collocarsi a 600-700 TWh, con una quota coperta da rinnovabili compresa tra il 95% e il 100% e un conseguente incremento della capacità installata fotovoltaica fino a 15 volte l'attuale. nel suddetto studio quando afferma che "in ogni caso, per il processo di decarbonizzazione, saranno dirimenti gli aspetti di localizzazione, autorizzazione, accettazione degli impianti e delle opere per l'adeguamento delle reti: come già ben evidenziato nel Pniec, è necessario individuare modalità efficaci per ricomporre e risolvere i potenziali conflitti tra sviluppo delle rinnovabili e 'altri' obiettivi ambientali, quali il consumo di suolo o la tutela del paesaggio".

[71] Cfr nota 62

Il Piano parla correttamente di paesaggio solo a proposito delle *"Green communities",* mentre nella missione "Rivoluzione verde e transizione ecologica", e nella sua componente "Economia circolare e agricoltura sostenibile" non se ne fa alcun cenno.

Manca allora una piena ed efficace dimensione sistemica per consentire un'integrazione con i sistemi silvopastorali, con le aree urbane e in genere con i nuovi paesaggi multifunzionali.

I nuovi paesaggi energetici e l'urgenza della diffusione delle FER va affrontata allora, cominciando dall'uso di superfici già "consumate", quali tetti, discariche, aree industriali dismesse o di impianti flottanti su bacini idrici e soprattutto marini (offshore).

Bisogna accettare l'idea di impianti eolici offshore galleggianti e nel rispetto delle rotte migratorie degli uccelli, e inevitabile sarà anche l'uso delle campagne ma a condizioni che solo una rigorosa pianificazione può dettare e che, nel tempo degli interventi che non determinano consumo di suolo, va definita.

Si deve diffondere l'agrovoltaico a seguito dell'ottimizzazione dell'utilizzo delle superfici dei fabbricati rurali presenti e vanno individuate altre soluzioni, in gran parte ancora da definire, che siano in grado di integrarsi con specifiche esigenze di recupero o valorizzazione dei territori e delle imprese più vocate. Il territorio italiano è ricco di paesaggi culturali, di produzioni pregiate, e non va trascurato che il sistema agricolo.

Per affrontare il futuro sono necessari punti di vista che guardino alla complessità sistemica e non alla semplificazione riduzionista, che si servano del confronto tra saperi diversi fino alla definizione di nuovi saperi interdisciplinari.

Si tratta invece di partire da una transizione ideologica ancor prima di una transizione ecologica.

Giuseppe Barbera rileva:" *Il paesaggio comprende tutto ciò di cui l'umanità ha urgente bisogno e quelli del futuro– che dovranno ospitare le energie rinnovabili, che occuperanno spazi urbani, che sfameranno l'umanità, che presidieranno le montagne e contrasteranno gli incendi, che si confronteranno con l'innalzamento delle temperature e del livello delle acque marine, che si presteranno al piacere e alla contemplazione– non nasceranno solo nelle stanze dei decisori politici, negli studi e nei laboratori degli agronomi, degli architetti, dei tecnologi o dei pianificatori. Nasceranno con la partecipazione di chi li costruisce, li abita, li vive"*[72].

[72] G.Barbera, *Paesaggio e rinnovabili: una necessaria alleanza*, in G. Silvestrini, *Che*

Ciò che viene collocato sul territorio determina una trasformazione del paesaggio e questa trasformazione segnerà per molto tempo significativo l'assetto di quei luoghi.

Un paesaggio energetico quindi deve avere un carattere multifunzionale, pertanto, prima di pensare alla minimizzazione dell'impatto sul paesaggio occorre pensare un'opera come parte integrante del paesaggio in cui essa viene inserita, avere la capacità di diventare fattore economico positivo poiché capace di incidere non solo sulla produttività di un territorio, ma anche sulla qualità della vita delle popolazioni che vi abitano.

Ciò implica necessariamente l'elaborazione di strategie integrate per lo sviluppo energetico attraverso una pianificazione dell'uso delle risorse energetiche rinnovabili che consideri l'insieme degli interventi necessari al sistema energetico di un territorio e individui il livello di utilizzo delle risorse rinnovabile disponibili.

Mi piace citare per concludere le parole di Andrea Camilleri a proposito di un paesaggio siciliano: *"Un mari di bocche di lioni supra al quali, a intervalli regolari, si slanciavano altissime pale eoliche. Livia ne ristò affatata. Certo che avete dei paesaggi…"*[73]

Cosa è l'energia rinnovabile oggi, Milano 2022. Dal punto di vista simbolico la turbina a vento, che richiama i mulini a vento che per numerosi secoli hanno caratterizzato i paesaggi sia europei che di altri continenti, è un esempio di manufatto in armonia con la natura capace di utilizzare una risorsa rinnovabile.

[73] A. CAMILLERI, *Il sorriso di Angelica*. Palermo, 2010

OGGETTI, FUNZIONI E FIGURE PER L'URBANISTICA CONTEMPORANEA

di Emanuele Boscolo

SOMMARIO: 1. I piani diversi di un ripensamento del diritto urbanistico. – 2. Tre oggetti: suolo, paesaggi e tessuti urbani. – 3. Pluralizzazione delle funzioni. – 4. Nuove tecniche e strumenti. – 5. Dimensioni procedurali (e nuove tecnologie). – 6. Un piano adattativo e rivedibile.

1. *I piani diversi di un ripensamento del diritto urbanistico*

La legge urbanistica (l. 17 agosto 1942, n. 1150) ha compiuto ottant'anni. Una lunghissima parabola che si scompone in stagioni diverse: la fase della ricostruzione postbellica e dell'inattuazione della legge, quella dell'espansione, sovente disordinata, quella connotata dalla deindustrializzazione, dall'apertura dei primi vuoti urbani e dalle prime iniziative di recupero degli assetti urbani a cui sono seguite le diverse figure di programmi complessi, e, infine, la stagione del presente, in cui si pongono questioni completamente diverse rispetto al passato. La ricorrenza è anche l'occasione porre l'accento sulla buona fattura della legge e per ricordare la lunga sequenza di iniziative riformatrici propugnate, di volta in volta, dalla politica, dall'INU (a partire dal c.d. Codice dell'Urbanistica) ovvero dal nucleo di giuristi più attenti a questi temi (Stella Richter, Urbani, etc.). Di riflesso, occorre anche prendere atto del sistematico insuccesso di ogni tentativo di aggiornamento (con la ragguardevole eccezione della legge ponte del 1967, approvata sulla spinta emotiva della frana di Agrigento). Si è trattato di iniziative in alcuni casi tese ad avversare la rendita (il 'progetto Sullo'), in altri casi volte al superamento del paradigma postrazionalista di piano comunale che costituisce il nucleo centrale del modello propugnato dalla legge (la proposta di 'sdoppiamento' del piano comunale avanzata dall'INU nel 1995, che non ha inciso sulla legge urbanistica ma ha avuto largo seguito nella legislazione regionale)[1]. Riflettere in chiave storico-ricostruttiva sul

[1] Su questi temi rinvio a E. BOSCOLO, *Evoluzione storica e dimensioni attuali della pianificazione comunale. Il diritto urbanistico oltre la tradizione: efficienza insediativa e tutela dei beni comuni territoriali*, Torino, 2017 e a E. BOSCOLO, *Strumenti incentivali per il governo dei beni comuni territoriali*, in *Dalle regole ai comportamenti. Conversazioni*

ruolo e l'incidenza della legge urbanistica e sui fallimenti dei molti ed eterogenei riformismi urbanistici si rivela un'utile chiave di introduzione al presente: ancora nell'ultima legislatura è infatti fallito il tentativo di approvare una legge sulla rigenerazione urbana e non hanno neppure ripreso forza le proposte attorno ad una legge sul consumo di suolo, su cui pure si era formato un ampio consenso nella legislatura precedente.

La legge urbanistica resta ormai sullo sfondo, alla stregua di un riferimento sfocato. Più che un sistema di precetti esprime una sorta di fondo valoriale, comunque ancora estremamente significativo: le eredità più rilevanti della legge restano il principio di integralità del piano (esteso all'intero territorio) e il principio secondo cui all'interno del procedimento di pianificazione si operano i bilanciamenti tra interessi e istanze sovente contrapposti. È tuttavia evidente l'incapacità di esprimere un catalogo di principi innovativi, adeguati alle istanze del tempo presente, e la persistenza della legge si deve all'incapacità del Parlamento di riformarne la struttura, non certo al mantenimento di una reale adeguatezza delle norme che ne costituiscono la dorsale. Un tale ritardo, evidente da lunghi decenni, è divenuto un problema grave e non più sostenibile per l'urbanistica italiana: le sfide attuali pongono infatti questioni per affrontare le quali è indispensabile la definizione di un innovativo ventaglio di principi, di figure e di tecniche[2], da innestare entro un solido palinsesto uniforme, costituito necessariamente da una organica legge di principi.

La legislazione urbanistica[3], come si è ricordato in altre occasioni[4], dagli anni Ottanta ha seguito un percorso di rinnovamento esterno alla legge urbanistica, reso possibile dalla vivacità della produzione legislativa regionale, la quale – pur con 'velocità' e progetti normativi

in tema di amministrazione e persuasione, a cura di M. Cafagno, E. Boscolo, C. Leone, M. Barbera, M. Fazio, G. Cavalieri, Milano, 2022, 167, ove sono esposte riflessioni che questo scritto riprende e amplia. Si vedano, inoltre, in chiave storica, S. Amorosino, *Cinquant'anni di leggi urbanistiche (1942-1992): spunti preliminari ad una riflessione*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, I, 19; G. Morbidelli, *Dottrina giuridica dell'urbanistica dal 1950 ad oggi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 112. Nella dottrina urbanistica, *ex multis*, *Italia 1945-2045. Urbanistica prima e dopo. Radici, condizioni, prospettive*, a cura di S. Munarin, L. Vello, Roma, 2016.

[2] A. Bartolini, *Piano regolatore generale: cronaca di una morte annunciata e sulle prove di una sua resurrezione*, in *Riv. giur. urban.*, 2019, 622; P. Chirulli, *Cosa rimane della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urban.*, 2021, 489.

[3] F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2021.

[4] E. Boscolo, *Leggi regionali urbanistiche di quarta generazione: consolidamento di un modello*, in *La nuova urbanistica regionale*, a cura di P. Stella Richter, Milano, 2021, 13.

diversi nelle varie realtà – ha saputo andare oltre il mero adattamento al paradigma dettato dalla legge del '42 (operazione a cui le regioni si erano limitate negli anni Settanta) per raccogliere le sollecitazioni emergenti nel dibattito urbanistico (si pensi all'introduzione della figura del programma integrato di intervento) e ambientale (è il caso del tema della limitazione del consumo di suolo ma anche della promozione di edifici *Net zero energy building* in parallelo con la costituzione di comunità energetiche promosse dalla direttiva RED II e dalla l. 8/2020)[5]. La diffusione di modelli anche sensibilmente diversi, se costituisce uno straordinario segnale di vitalità, lascia trasparire il limite del riformismo di marca regionale, dal quale non è sempre agevole dedurre un blocco di principi connotati da una generale capacità di orientamento. A quest'ultimo proposito si può fare l'esempio della forma-piano, scomposta in una componente strategico-strutturale (un documento "*di scenario*"[6]) e in una operazionale (*infra*): un tema su cui le regioni sono parse coltivare la differenza, a dispetto della convergenza di finalità e contenuti che – sotto la superficie – accomuna le figure di piani di ultima generazione.

Neppure una straordinaria opportunità come il PNRR (in cui il volano all'innovazione è costituito dal dovere di adempimento alle condizionalità europee) pare aver fornito una sollecitazione in direzione di un autentico rinnovamento della legislazione urbanistica. L'affastellarsi di una serie di misure a carattere puntuale (dal piano borghi, alle forestazioni metropolitane, senza tralasciare le misure su distanze e deroghe per favorire la rigenerazione urbana e gli interventi di finanziamento di interventi rigenerativi concentrati prioritariamente sul patrimonio pubblico)[7] non lascia affatto trasparire una distinta percezione dei problemi che pone la condizione attuale delle città e dei territori e segna piuttosto la distanza che separa da una disciplina adeguata all'agenda del presente.

Nell'urbanistica ogni riformismo che vada oltre interventi asistematici sembra destinato all'insuccesso e un indicatore di questa difficoltà può essere identificato nella circostanza che negli ultimi anni l'unico cantiere ha avuto ad oggetto il testo unico dell'edilizia[8].

[5] Società Italiana degli urbanisti, *Per una città sostenibile*, Roma, 2019.

[6] G. Pasqui, *Urbanistica oggi. Piccolo lessico critico*, Roma, 2017, 78.

[7] B. G. Di Mauro, *Il diritto dei borghi nel PNRR: verso una stagione di rigenerazione urbanisticamente orientata alla conservazione e allo sviluppo dei valori locali*, in *Urb. app.*, 2022, 458.

[8] Come puntualmente notato da A. Giusti, *la rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 439.

Eppure il modello pianificatorio effettuale è già mutato in profondità[9]. Si pensi nuovamente allo sdoppiamento in documenti specialistici, all'introduzione della valutazione ambientale strategica, alla centralità che hanno assunto i temi consustanziali del consumo di suolo e della rigenerazione urbana[10] e, più di recente, alle prospettive che apre la diffusione di modellizzazioni e simulazioni in grado di ridurre la discrezionalità dei decisori basate sull'intelligenza artificiale e alimentate da reti di raccolta di *big data* – vera frontiera della *smartness* – in grado di riconoscere in tempo reale le preferenze degli utilizzatori urbani in vista di un uso razionale delle energie e per il governo di sistemi di mobilità condivisa e *on demand*. Si profila poi il massivo riutilizzo di informazioni georiferite e datizzazioni tratte dai social network per tracciare mappe mentali dei cittadini e nella prospettiva – ormai reale – di strutturare sempre più elaborate simulazioni operabili (suggestivamente definite *digital twins*: il doppio sul quale sperimentare esplorativamente le diverse ipotesi di intervento, in un contesto di partecipazione informata dei cittadini). Innovazioni destinate a incidere sui funzionamenti ma anche sulla democrazia urbana.

È ormai alle spalle la rassicurante narrazione novecentesca che aveva salde radici culturali nella Carta di Atene e prefigurava un piano capace di orientare e razionalizzare entro un disegno gli usi possibili del territorio. Si delineano i tratti di un'urbanistica già oggi lontanissima dal paradigma tardorazionalista imperniato sul binomio zonig (rigido) e standard (parametrici). In termini più generali, potremmo dire che lo sforzo di osservazione complessiva dei processi in atto mostra come l'incapacità di riformare il testo-base del '42 non abbia impedito sviluppi e innovazioni che – verrebbe da dire – hanno anzi potuto muoversi in direzioni diverse proprio in ragione della mancanza di vincoli di aderenza ad un rigido palinsesto unificante. Detto altrimenti, non siamo di fronte ad un diritto 'debole' bensì ad una forse inattesa ma innegabile capacità di autorigenerazione di una disciplina settoriale che ha saputo aggiornare il proprio orizzonte assiologico e ha riposizionato i propri confini tralatizi mediante una duplice estensione (facendosi carico della tutela del suolo e dell'ambiente urbano e occupandosi dei paesaggi 'feriali', sino a

[9] Per una trattazione ampia e approfondita, A. Bartolini, *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, *I tematici*, III, *Funzioni amministrative*, Milano, 2022, 1260.

[10] Ne dà un quadro complessivo F. Patroni Griffi, *Dall'urbanistica al governo del territorio. Valori culturali, crescita economica, infrastsrutture pubbliche e tutela del cittadino*, in *Dall'urbanistica al governo del territorio*. Atti del LXV Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 19-20-21 settembre 2019, Milano, 2020, 17.

rendere porosa la linea distintiva tanto con il diritto ambientale quanto con la disciplina del paesaggio). Ciò non significa che non debba essere percorsa con rinnovata convinzione la via di una nuova legge urbanistica, ovviamente di soli principi (in coerenza con il testo costituzionale), ma è forse ancor più importante osservare come un nuovo ordine di valori e una nuova serie di principi siano già oggi non solo riconoscibili ma anche pienamente operanti e costituiscano un riferimento ineludibile per un legislatore che guardi all'urbanistica nelle sue espressioni più aggiornate e voglia accingersi ad un rinnovamento della legge quadro statale nella prospettiva di una sistematica codificazione di tali principi e delle conseguenze che da essi derivano sulla modellistica pianificatoria.

La complessità del quadro non è semplificabile. Criticità ambientali, territoriali e sociali non si presentano isolatamente ma si intrecciano[11], ponendo interrogativi che reclamano risposte necessariamente multifattoriali e sovente non esauribili in una decisione pubblica. In proposito, basti fare un cenno a come anche il discorso pubblico sia attualmente dominato da due *issues*: la limitazione del consumo di suolo e la promozione della rigenerazione urbana. Due temi-simbolo delle ricordate questioni ambientale e socio-territoriale, portati ad emersione ancora una volta dalla vivacità delle iniziative legislative regionali. Considerare unitariamente le due questioni significa rimarcare la necessità di un approccio comprensivo, che torna ad attualizzare le 'ragioni del piano' (ma di un piano 'diverso', flessibile, condiviso, adattivo: *infra*). L'orizzonte di effettività ascrivibile ad ogni iniziativa tesa alla limitazione del consumo di suolo è infatti direttamente correlato alla capacità di promozione di una politica (urbanistica ma anche fiscale, di attivazione civica, tipicamente incentivale più che prescrittiva, etc.) tesa al riorientamento degli interventi in direzione della rigenerazione urbana (con riuso e rifunzionalizzazione degli spazi urbani dismessi e degradati). Non una rigenerazione puntiforme, lenticolare, ma una nuova generazione di piani rigenerativi e contenitivi ad un tempo. Allo stesso modo, sempre guardando all'intreccio tra dimensioni ormai non separabili e ponendosi sulla scia delle agende internazionali, tra le quali, la *New Urban Agenda* (Conferenza ONU Habitat III, Quito, 2016), la *Urban Agenda for the EU* (Patto di Amsterdam, 2016) e la Carta di Bologna per l'Ambiente – Le Città metropolitane per lo sviluppo sostenibile (Bologna, 2017)[12], si può notare come la rigenerazione urbana debba

[11] A. Bartolini, *Urbanistica*, cit., *passim*.

[12] F. Gelli, L. Ricci, W. Vitali, *Le Agende urbane transnazionali nelle politiche delle*

garantire traguardi di decarbonizzazione tramite *deep retrofit* degli edifici e, in generale, debba prefiggersi una riduzione dell'impronta ambientale delle città (anche tramite non semplici desigillature). Ma quegli stessi interventi dovrebbero anche garantire (travalicando la sola dimensione materiale) una maggior inclusività del tessuto urbano, superando faglie territoriali che si tramutano in fattori di esclusione e determinano diseguaglianze territoriali che la crisi pandemica ha reso ancor più profonde, aumentando le differenze di opportunità disponibili nelle aree più attrattive e nelle (molte e diverse) periferie[13]. La rigenerazione può divenire (in molti luoghi è già divenuta), da ultimo, anche il principale laboratorio di sperimentazione di forme di riappropriazione collettiva dello spazio urbano da parte di comunità responsabili.

L'urbanistica italiana si trova di fronte ad un profondo mutamento, solo in parte riassumibile entro il più generale (ed epocale) binomio transizione ecologica – transizione digitale[14]. L'urbanistica quale tecnica di organizzazione degli insediamenti e di innalzamento dei livelli di sostenibilità e resilienza riflette direttamente tensioni e domande che reclamano ripensamenti nell'organizzazione dello spazio areale e urbano, nel rapporto tra le comunità e i territori, nelle forme dell'abitare e nell'assicurazione di diritti universalistici infrastrutturativamente e spazialmente condizionati (dalle nuove forme della mobilità e dell'assistenza, sino ad un fascio di pretese di cittadinanza politico-sociale-ambientale, capaci di riattualizzare il "diritto alla città" di cui parlava H. Lefebvre[15]). Le crisi e le transizioni a cui si è fatto cenno segnano nei fatti uno spartiacque, tra un prima e un poi, e fanno avvertire proprio sul territorio alcuni dei loro effetti più dirompenti: basti pensare alle prolungate siccità a cui fanno seguito precipitazioni sempre più torrenziali, che accentuano fattori di dissesto mai risolutivamente affrontati (amplificati dalla ricorrente sequenza siccità-incendi-frane),

città italiane, in *Le agende urbane delle città italiane*, cit., 161; A. Balducci, C. Calvaresi, *L'Agenda italiana per le città*, in *Equilibri*, 2018, 66.

[13] E. Boscolo, *Le periferie in degrado (socio-territoriale) e i (plurimi) fallimenti dell'urbanistica italiana*, in *Periferie e diritti fondamentali*, a cura di M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, Napoli, 2020, 239.

[14] In termini puntali, S. Amorosino, *L'effettività delle regolazioni del territorio al tempo dell'urbanistica "liquida"*, in questa *Raccolta*.

[15] H. Lefebvre, *Il diritto alla città*, Verona, 2014, 129. Per una puntuale rilettura dell'opera fondativa del filosofo francese, nella duplice prospettiva della contestualizzazione e dell'attualizzazione, F. Saitta, *Il "diritto alla città": attualità di una tesi antica*, in *Ripensare la città e il suo diritto*, a cura di P. Stella Richter, Milano, 2022, 39 e in *Dir. soc.*, 2020, 395.

ad un fenomeno come le bolle di calore urbane ovvero alla necessità di ripensare il *welfare* urbano recuperando un principio di prossimità sulla spinta della suggestione parigina della 'città in un quarto d'ora'[16] ma anche per superare la marginalizzazione dei cittadini residenti in luoghi lontani dalle centrali erogative (si pensi alle aree interne, pari al 60% del territorio, oggetto di una Strategia nazionale che, dal 2013 ad oggi, segna il passo e non è riuscita ad attivare politiche *place based* di promozione dello sviluppo locale e di riconnessione dei luoghi alle centralità metropolitane)[17].

Partendo dalle sfide della contemporaneità (crisi ambientali, climatiche, ricerca di qualità insediativa e lotta alle disuguaglianze territoriali, etc. e dalle opportunità della transizione digitale), si possono rintracciare almeno tre piani, distinti ma concatenati in termini strettamente conseguenziali, sui quali si stanno concentrando le spinte più innovative.

a. La determinante del primo si rinviene nel riconoscimento della pluralità e differenziazione degli oggetti territoriali. Si va cioè oltre una concezione unitaria e implicitamente omologante del 'territorio' e si colgono le specificità sostantive del suolo, dei paesaggi nonché le forme differenziate dei tessuti urbani (dai quadranti più attrattivi, al periurbano informe sino ai borghi interni e ai repertori di territori in crisi). La capacità di cogliere i caratteri delle diverse situazioni territoriali prelude ad una riarticolazione delle finalità e degli approcci regolatori e assegna all'urbanistica innanzitutto il compito di garantire le condizioni per la produzione di beni essenziali come i servizi ecosistemici, il senso estetico e soprattutto identitario ritraibile alla percezione dei paesaggi (non vincolati) e l'urbanità quale condizione (ambientale, insediativa, sociale) da perseguire nei diversi contesti insediativi.

b. Il secondo è rappresentato dalla correlativa pluralizzazione delle funzioni di disciplina, regolazione e promozione (un tempo sintetizzabili nella preponderante esigenza di imprimere un ordine all'espansione), a cui è consentanea l'emersione di un novero di principi innovativi (alcuni già operanti, tratti ad esempio, dal codice dell'ambiente o consolidatisi per sincretismo orizzontale dalle già citate innovazioni regionali).

c. Il terzo corollario è costituito dall'emersione di tecniche e strumenti

[16] E. Manzini, *Abitare la prossimità*, Milano, 2021, 42. Si può tuttavia ricordare che oltre alla prossimità nella distribuzione delle piattaforme erogative sarebbe necessario valutare anche il tasso di 'camminabilità' e di 'ciclabilità' delle città italiane.

[17] *Riabitare l'Italia. Le aree interne tra abbandoni e riconquiste*, a cura di A. De Rossi, Roma, 2018.

che rinnovano profondamente le figure e le procedure dell'urbanistica disegnata dalla legge urbanistica, a partire innanzitutto dal piano comunale, ancora destinato a mantenere centralità nel sistema e proprio per questo elemento su cui maggiormente si appuntano i ripensamenti.

Nei prossimi paragrafi cercheremo quindi di seguire questa consequenzialità.

2. *Tre oggetti: suolo, paesaggi e tessuti urbani*

2.1 La frattura dogmatica rispetto al passato e alla tradizione assume valenze dogmatiche in quanto consegue alla riconcettualizzazione dei beni territoriali, ossia degli oggetti della regolazione urbanistica. L'urbanistica del presente è chiamata ad andare oltre il perimetro tradizionale del governo del territorio (per ricorrere al sintagma proposto dalla riforma costituzionale del 2001, che collocava comunque l'urbanistica ancora essenzialmente 'ordinatrice' entro il perimetro invalso della pianificazione territoriale e urbanistica e dell'edilizia): si potrebbe dire che oggetto dell'urbanistica non è più un oggetto normativo come il 'territorio' (assunto come isomorfo, da suddividere costitutivamente in zone omogenee, con attribuzione in via amministrativa di vocazionalità funzionali). L'urbanistica contemporanea, riconosciuta la 'natura delle cose' (che preesiste al piano ed è da questo determinabile solo in parte), si occupa di oggetti e di situazioni territoriali diversificate e deve quindi operare con finalità e tecniche differenziate.

Sono le premesse di una nuova ontologia giuridica, che induce a considerare gli oggetti sottoposti alla disciplina regolatoria in termini nuovi. Da questo stesso processo deriva anche la caduta delle barriere dogmatiche rispetto alle discipline ambientali e del paesaggio, tendenza che non è destinata ad incontrare ostacolo nella distinta menzione dell'ambiente nell'art. 9 Cost. (con una formula che, peraltro, pare non considerare direttamente l'ambiente urbano).

Suolo e paesaggi sono da assumere alla stregua di beni comuni ed anche i tessuti urbani si prestano alla medesima qualificazione. Suolo, paesaggi e tessuti urbani sono oggetto di funzioni demandate al governo del territorio ma orientate una prospettiva innovativamente patrimonialistica.

Va subito premesso che, anche in questa occasione, il richiamo alla categoria dei beni comuni non viene operato in termini discorsivi, come si è dovuto molto spesso registrare in nome di un bencomunismo

militante, incline alla aspecifica ascrizione (nominalistica) al contenitore categoriale di ogni utilità o bene ritenuto meritevole di una garanzia di accesso diffuso, con il risultato che l'eccessiva estensione della categoria ne ha determinato la perdita di definizione analitica. Il richiamo ai beni comuni presuppone il riscontro di determinate caratteristiche dei beni e dei rispettivi 'funzionamenti' e postula una conseguente deontica e impegnativi vincoli, sia rispetto all'accesso alle utilità sia rispetto alle finalità (e forme democratiche) della gestione[18].

a. Il tema della limitazione del consumo dei suoli agro-naturali[19], erosi da decenni di diffusione edificatoria a bassa intensità (*sprawl*: lemma con cui si è denominato lo sfrangiamento attorno ai grandi centri, mentre oggi si deve parlare più pertinentemente di *sprinkling*[20], per descrivere un fenomeno che si riscontra ormai attorno ad ogni nucleo insediativo), è venuto in rilievo da meno di un decennio (per effetto di un blocco di leggi regionali che hanno fatto da apripista) eppure – questo è il fatto rimarchevole – necessita già di un autentico *reframing*. Occorre 'forzare' il passaggio da rappresentazioni quantitative del fenomeno, nel solco della dogmatica urbanistica, verso analisi articolate per ecoregioni[21],

[18] E. Boscolo, *Beni pubblici e beni comuni: appunti per una sistemazione teorica*, in *Scritti in onore di Eugenio Picozza*, Napoli, 2019, 171.

[19] Tra i moltissimi contributi, E. Boscolo, *Il suolo quale matrice ambientale e bene comune: il diritto di fronte alla diversificazione della funzione pianificatoria*, in *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, 1101 e all'ampia bibliografia ivi indicata e a L. De Lucia, *Il contenimento del consumo di suolo e il futuro della pianificazione urbanistica e territoriale*, in *La coesione politico-territoriale*, a cura di G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri, in L. Ferrara, D. Sorace, *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, II, Firenze, 2016, 299.P. Carpenteri, *Il "consumo" del territorio e le sue limitazioni. La "rigenerazione urbana"*, in, *Dall'urbanistica al governo del territorio. Valori culturali, crescita economica, infrastrutture pubbliche e tutela del cittadino*, cit., 127; G. A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana. La salvaguardia di una matrice ambientale mediante uno strumento di sviluppo sostenibile*, Napoli, 2022.

[20] B. Romano, L. Fiorini, F. Zullo, A. Marucci, *Urban Growth Control DSS Techniques for De-Sprinkling Process in Italy*, in *Sustainability*, vol. 9, 10.

[21] S. Salata, S. Ronchi, *Misurare, classificare e analizzare i consumi di suolo. Una interpretazione qualitativa dei processi di urbanizzazione nelle regioni italiane*, in CRCS, *Consumo di suolo, servizi ecosistemici e* green infrastructure*: metodi, ricerche e processi innovativi per incrementare il capitale naturale e migliorare la resilienza urbana*, *Rapporto 2022*, a cura di A. Arcidiacono, D. Di Simine, S. Rochi, S. Salata, Roma, 2022. Il Rapporto indica come il consumo di suolo essenziale in chiave ecosistemica non si verifichi solo attorno ai maggiori centri, come induceva a pensare la figura dello *sprawl*: è preferibile parlare di *sprinkling* (diffusione di particelle sparse), ossia di una nebulizzazione del fenomeno che tocca ogni agglomerato urbano, anche di minori dimensioni, le coste e i fondovalle facendo perdere suolo comunque imprescidibile per la biocenosi.

capaci di cogliere il dato realmente significativo riferibile in via diretta alla perdita di capitale naturale conseguente all'effetto margine (*edge effect*) e alle cesure delle continuità ecosistemiche[22].

Dalla perdita di territorio, alla perdita di ambiente, in una parola.

Secondo una traiettoria comune ad altre vicende (si pensi all'evoluzione della legislazione in tema di acque), lo statuto di bene ambientale del suolo si è reso distintamente comprensibile solo in conseguenza dell'acquisita consapevolezza della scarsità della risorsa e una osservazione minimamente attenta ai primi rudimenti delle scienze ecologiche ha consentito di evidenziare la natura di matrice ambientale dello strato superficiale della crosta terrestre e le funzioni ecologiche (cattura del carbonio, filtrazione e laminazione delle acque, sostegno alla biodiversità, etc.) dei grandi spazi aperti (*greenfields*), facendo emergere i dati strutturali su cui poggiare l'azione definitoria. Il suolo costituisce una risorsa limitata, scarsa, non rinnovabile e ad offerta anelastica (a differenza dell'acqua e dell'aria). Il suolo è nel contempo una risorsa particolarmente vulnerabile poiché la trasformazione edificatoria ne determina l'impermeabilizzazione e con essa l'irreversibile dispersione delle proprietà ecologiche con recessione a mera piattaforma di appoggio geotecnico.

Anche grazie al supporto derivante dalla valutazione ambientale strategica, strumento atto a consentire una oggettivante rappresentazione statutaria basata su dati scientifici attendibili (ma lontana dall'idea positivistica di una condizione di sostenibilità del piano acquisita e stabile), l'obiettivo del pianificatore rispetto agli areali agro-naturali (un tempo banalmente definiti zona agricola, secondo le tassonomie dettate dal d.m. 1444/1968) è rappresentato dalla preservazione dell'integrità del comparto ambientale nella sua infrazionabile unitarietà (e da ciò la conferma dell'importanza del paradigma delle reti verdi e blu) e quindi della capacità propria della coltre terrosa di garantire servizi ecosistemici

[22] A partire dalla rilevanza riconosciuta dai servizi ecosistemici, il Secondo Rapporto sul Capitale Naturale (marzo 2018 Ministero Ambiente) invita a superare lo schema meramente quantitativo che è derivato dall'utilizzo di unità di misura territoriali (ettari consumati e consumabili) o da valutazioni circa gli effetti sui costi dell'infrastrutturazione (costi della dispersione); occorre invece operare una attenta contabilizzazione degli effetti che l'intrusione negli ecosistemi e negli habitat produce sulla biodiversità, con interruzioni delle reti ecologiche e con un marcato disturbo antropico sui margini, della riduzione misurabile di servizi ecosistemici: si tratta di costi ambientali ormai stimabili in termini analitici che il rapporto traduce – per maggior intelligibilità – in un valore economico; E. Boscolo, *Il Secondo Rapporto sullo Stato del Capitale Naturale in Italia*, in *Riv. giur. amb.*, 2018, 417.

e supporto alla biodiversità. Si affaccia dunque l'esigenza dell'assunzione da parte degli strumenti territoriali e urbanistici di una funzione di tutela in senso proprio, che dischiude spazi ad un sincretismo con il diritto ambientale ben esemplificato dall'applicazione diretta alle decisioni sui suoli agro-naturali dei principi orientatori dettati dall'art. 3 del Codice dell'ambiente (principio di precauzione, sviluppo sostenibile e, soprattutto, sull'abbrivio della novella costituzionale, vincolo di trasferimento alle generazioni future, già menzionato nella legislazione regionale).

Il riscontro dei caratteri strutturali connessi alla fruizione non escludibile del flusso dei servizi ecologici e alla esauribilità-vulnerabilità della matrice (che tiene luogo del carattere di rivalità su cui pone l'accento la teorica economica dei beni) consente di identificare rispetto alla medesima porzione dello spazio fisico due beni giuridici diversi: a. il suolo alla scala microparticellare, oggetto della proprietà fondiaria, bene privato transazionalmente divisibile, atto a garantire talune utilità escludibili al rispettivo proprietario (tutte quelle estraibili, a condizione della compatibilità con il mantenimento delle funzioni ambientali), b. il suolo alla scala areale, risorsa naturale, atta a garantire utilità non circoscrivibili, a condizione tuttavia che siano mantenute integre le caratteristiche fisico-biochimiche originarie (tramite l'imposizione di una regola a protezione del valore di 'non uso' edificatorio) della matrice ambientale.

Riandando al nucleo fondamentale della dogmatica dei *commons* (e alla nota metafora sulla "tragedia dei beni comuni"[23]), si profila quindi (in una delle forme più esemplari) una tensione tra le preferenze individuali (quelle del proprietario della singola particella, interessato a sfruttare il suolo compreso nel suo patrimonio nella maniera ritenuta soggettivamente più efficiente, per esso identificabile nella trasformazione edificatoria) e l'agenda collettiva, orientata viceversa alla conservazione dello stock di suolo agro-naturale e alla preservazione dell'idoneità della stessa a generare flussi di servizi ecologici[24].

La qualificazione come *commons* degli areali agro-naturali costituisce l'altro portato della nuova stagione di attivismo legislativo regionale[25].

[23] G. Hardin, *The Tragedy of Commons*, in *Science*, 1968, 1243; Id., *Extensions of "The Tragedy of the Commons"*, in *Science*, 1998, 682.

[24] Si veda, in termini antesignani rispetto al dibattito successivo, M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattativo, comune*, Torino, 2007.

[25] Nel periodo più recente si è registrata la sottoposizione del suolo ad un formale

L'espressione suolo bene comune costituisce una costante delle leggi regionali e da tale qualificazione traggono maggior forza le previsioni che inaugurano una nuova stagione di piani rigidamente contenitivi. Questo schema ricostruttivo[26] ha trovato autorevole e convincente conferma nella pronuncia della Corte costituzionale su una legge lombarda (C. cost. 179/2019): secondo la Consulta, gli interventi regionali tesi a limitare l'impermeabilizzazione dei suoli sono coerenti con una "*concezione di territorio, considerato non più solo come uno spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria ma rivalutato come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni (ambientali, culturali, produttive, storiche) e, dall'altro, è avvertita sul fatto che il consumo di suolo rappresenta una delle variabili più gravi del problema della pressione antropica sulle risorse naturali. In quest'ottica la legge regionale* [lombarda] *si distingue per aver definito il suolo come «bene comune di fondamentale importanza per l'equilibrio ambientale, la salvaguardia della salute, la produzione agricola finalizzata alla alimentazione umana e/o animale, la tutela degli ecosistemi naturali e la difesa dal dissesto idrogeologico» (art. 1, comma 2). La legge regionale* [lombarda] *quindi, nelle sue finalità generali, dimostra di inserirsi in un processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è consolidata la consapevolezza del suolo quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale*". Se le sentenze delle Sezioni unite della Cassazione del 2011 in tema di valli da pesca venete, dopo aver affermato la natura di bene comune degli ecosistemi ecotonali lagunari, erano elusivamente tornate ad approdare alla conclusione della necessaria demanialità (sul calco della soluzione

processo qualificatorio in guisa di bene ambientale (a differenza di quanto accaduto ormai da decenni con riguardo all'acqua ed all'aria). La legge Emilia Romagna 24/2017 enuncia, all'art. 1 riservato alla elencazione degli obiettivi, la finalità di contenimento del consumo di suolo, risorsa pregnantemente definita "*bene comune e risorsa non rinnovabile che esplica funzioni e produce servizi ecosistemici, anche in funzione della prevenzione e della mitigazione degli eventi di dissesto idrogeologico e delle strategie di mitigazione e di adattamento ai cambiamenti climatici*". Sulla legge emiliana si veda il puntuale *Commentario* Emilia-Romagna: tutela e uso del territorio nella legge regionale n. 24 del 2017, curato da G. Pagliari per *Riv. giur. urban.*, 2, 2020.

[26] W. Gasparri, *Suolo bene comune? Contenimento del consumo di suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2006, 69; nella dottrina privato-comparatistica, S. Fanetti, *Ambiente e beni comuni. Contenimento del consumo di suolo e riflessi sulla proprietà privata in un'ottica di diritto comparata*, Milano, 2019.

prescelta per le acque nel 1994), la Corte costituzionale è apparsa invece incline a riconosce la centralità della dimensione funzionale (sfumando invece la rilevanza della titolarità). Anche questa presa di posizione induce a configurare una sottocategoria di beni comuni in appartenenza microparticellare (alla quale potremo ascrivere i boschi e il paesaggio: *infra*), rispetto ai quali i dispositivi di regolazione pubblica assolvono la stessa funzione di protezione e uso sorvegliato che è insita nella demanialità custodiale delle acque o in quella comunitaria dei demani collettivi (riconosciuti dalla l. 168/2017). L'introduzione nell'art. 9 della Costituzione del principio di doverosa trasmissione intergenerazionale delle risorse ambientali legittima quindi con maggior forza rispetto alla discrezionalità delle decisioni pianificatorie di un tempo la frustrazione delle aspettative edificatorie dei proprietari coinvolti[27]. Si può quindi parlare di una funzione 'custodiale' dell'urbanistica, preordinata a garantire la sussistenza di flussi adeguati di servizi ecosistemici.

2.2. Il paesaggio costituisce la proiezione espressiva di senso di una 'struttura' fisica esposta alla percezione (attività neurale, non solo visiva, come definitivamente chiarito in sede scientifica). Nel tempo recente è intervenuta una profonda revisione della correlativa nozione giuridica, innescata della Convenzione europea del paesaggio. Per tutto l'arco del 'lungo Novecento' (la prima legge sul paesaggio, relativa alla pineta di Ravenna, risale al 1905 e la Convenzione è stata sottoscritta a Firenze nell'ottobre 2000 e ratificata dal nostro Paese nel 2006), il perimetro della nozione è coinciso con il catalogo dei beni paesaggistici di esorbitante valore estetico-formale (figura la cui concettualizzazione, in parallelo alla vicenda delle cose d'arte, rimonta alla influente teorizzazione 'culturalista' crociana e per lungo tempo si è circoscritta alle bellezze naturali). Il dato di novità è rappresentato dal riconoscimento della specifica rilevanza anche dei paesaggi 'ordinari' (i paesaggi 'della vita quotidiana', per usare il lessico della Convenzione) e dei beni e paesaggi degradati. La nozione di paesaggio, ormai estesa spazialmente all'intero territorio (e non più

[27] Nella legislazione regionale recente è utilizzato consapevolmente un lessico carico di assonanze con il diritto ambientale (innanzitutto in relazione al vincolo di trasmissione intergenerazionale): *"garantire lo sviluppo sostenibile delle attività rispetto alle trasformazioni territoriali da esse indotte anche evitando il nuovo consumo di suolo, la salvaguardia e la valorizzazione del patrimonio territoriale inteso come bene comune e l'uguaglianza di diritti all'uso e al godimento del bene stesso, nel rispetto delle esigenze legate alla migliore qualità della vita delle generazioni presenti e future"*: art. 1 l.r. 65/2014 Toscana.

circoscrivibile ad alcuni segmenti, in corrispondenza con l'estensione del piano paesaggistico), è articolabile ai fini classificatori in tre 'strati'[28]:

a. nel primo strato, si collocano, secondo il canone nazionale, un novero ristretto di beni, la cui eccedenza di valore estetico è ancora sancita da una declaratoria pubblica che ne postula la sottoposizione alla funzione di tutela[29];

b. nel secondo strato, si collocano paesaggi estesi che presentano valenza paesaggistica in quanto oggetto di rispecchiamento identitario-testimoniale da parte delle comunità insediate (in tal senso, si è parlato a ragione di 'paesaggio sociale' per enfatizzare come l'emersione dei valori da salvaguardare passi per l'ascolto delle 'comunità di paesaggio' e sia il risultato di una patrimonializzazione locale e soggettivata); questi paesaggi 'feriali', privi di punte di eccellenza assoluta, ma carichi di valenze identitarie avvertite nel 'luogo', sono oggetto di una funzione volta all'innalzamento continuo della qualità diffusa: anche grazie ad un decisivo ricorso a strumenti incentivali e a tecniche di *nudging* (si pensi ai concorsi per promuovere la qualità dei prodotti edilizi)[30], ogni trasformazione urbanistico-edilizia deve caricarsi di consapevolezza circa il risvolto della forma percepibile e dei nessi con il contesto;

c. i beni e paesaggi degradati, che hanno perso attitudine a generare senso a causa della banalità di tanta edilizia geometrile, di fenomeni di degrado o dismissione ovvero a causa di interventi incongrui e devono essere sottoposti alla funzione di recupero, costituiscono invece il terzo strato.

[28] Riprendo concetti e schemi esposti, con maggior ampiezza e sistematicità, da ultimo in E. Boscolo, *Paesaggio e beni ambientali*, in *Codice dell'ambiente*, a cura di S. Nespor, L. Ramacci, Milano, 2022, 2177.

[29] Per tutti, P. Marzaro, *Epistemologie del paesaggio: natura e limiti del potere di valutazione delle amministrazioni*, *Dir. pubb.*, 2014, 843; G. Piperata, *Paesaggio*, in C. Barbati, M. Cammelli, L. Casini, G. Piperata, G. Sciullo, (a cura di), *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna, 2017, 243.

[30] Ne è un esempio la l.r. Emilia-Romagna 24/2017, il cui art. 17, nell'intento di valorizzare ruolo attivo dei cittadini (non solo residenti ma anche utilizzatori urbani), ha previsto che le amministrazioni comunali attivino processi di «*progettazione partecipata*». Lo stesso art. 17 prevede inoltre che le convenzioni urbanistiche stipulate per la realizzazione di interventi di riuso edilizio o rigenerazione urbana possano ammettere lo scomputo sui contributi costruttivi di una somma pari (sino) al 50% dei costi sostenuti per l'attivazione del processo di «progettazione partecipata» o, in alternativa, per lo svolgimento di un «concorso di architettura», strumento quest'ultimo volto ad «elevare la qualità dei progetti urbani» e a garantire la apertura di una discussione pubblica sulle diverse opzioni progettuali. Lo stesso schema di fondo si ritrova anche negli artt. 13 (Commissione regionale per la qualità e la bellezza architettonica) e 14 (Premio per la qualità e la bellezza architettonica) della l.r. Veneto 14/2019.

Le diverse funzioni (la tutela, riservata allo Stato ed avente ad oggetto i soli beni paesaggistici 'vincolati'; l'innalzamento qualitativo diffuso e il recupero, rispetto alle quali la pianificazione paesaggistica struttura legami scalari e integrati necessariamente molto stretti con gli strumenti aggiornati dell'urbanistica) si pongono in correlazione al diverso grado di 'rigidità' dell'ordine combinatorio interno che innerva la struttura e determina la forma dei singoli oggetti o degli insiemi (massimo nei contesti 'monumentali' e immediatamente percepibile, più lasco nei paesaggi 'ordinari' e significativo per la comunità insediata[31], da ricostituire nei casi di beni e paesaggi degradati da recuperare).

Spingere l'analisi oltre la dimensione culturale (che pure rimane pertinente), consente di cogliere la 'meccanica' del paesaggio. La diffusività di senso (l'utilità specifica garantita dal paesaggio) è il risultato di un determinato assetto in cui si collocano una pluralità di oggetti, elementi e caratteri (forme, colori, materiali, specie vegetali, etc.) disposti reciprocamente nello spazio. L'ordinamento interviene dunque in quanto – come per le note che si dispongono ordinatamente entro un pentagramma e generano perciò un'armonia – inserimenti o trasformazioni non rispettosi dei rapporti compositivi potrebbero mettere 'fuori scala' il tutto (rompere la 'struttura'), ossia far perdere alla forma percepibile di un oggetto o di un intero quadrante ogni significatività. L'agenda funzionalista dei proprietari, orientata all'estrazione di utilità fruitive e alla trasformazione, potrebbe quindi non coincidere con l'esigenza di mantenimento (o di rafforzamento o recupero) della struttura sottostante che determina la forma esteriore percepibile.

Gli studi sulla percezione (condotti con grande profondità nell'ambito delle neuroscienze[32]) hanno indicato come non sia quasi mai possibile isolare un particolare oggetto dal contesto (dal 'corema', connotato da proprietà emergenti ulteriori rispetto alla mera sommatoria degli elementi che lo compongono) e come in una struttura paesaggistica il fattore ordinatore e coesivo fondamentale sia rappresentato proprio dalla trama di relazioni reciproche tra i diversi oggetti: relazioni di dominanza iconica che possono portare alla emersione degli elementi di più immediata percepibilità o di maggior pregio (iconemi) od alla proiezione di una immagine complessivamente deteriore, in cui assumano

[31] A. Bagnasco, *Tracce di comunità*, Bologna, 1999, 17; Id., *Logiche di comunità in sociologia*, Bentivoglio, 2012; in ambito antropologico, M. Aime, *Comunità*, 2019.

[32] S. Zeki, *Con gli occhi del cervello. Immagini, luci, colori*, Roma, 2011. 12

dominanza elementi detrattori. Una modificazione, anche marginale (come insegna la teoria dei sistemi complessi), indotta dalle preferenze dell'attributario del bene, può quindi alterare irreparabilmente le relazioni da cui deriva la produzione di senso. Specie ove tali equilibri compositivi formali siano molto rigidi, ove il reciproco posizionamento dei diversi elementi non lasci spazio a gamme di variazione ampie, ogni trasformazione rappresenta un potenziale fattore alterante: in tal senso il paesaggio costituisce un insieme complesso altamente vulnerabile e vi è la necessità di sottoporre ad una valutazione preventiva ogni iniziativa di trasformazione, conformando le facoltà esercitabili dal proprietario. Anche nei paesaggi ordinari o della vita quotidiana, ossia in areali rispetto ai quali la conferma e l'innalzamento dei caratteri generatori di senso identitario a scala locale ammettono gamme di variazioni a spettro relativamente più ampio (in questi casi è ancora più pertinente parlare di strutture complesse, sulle quali sono in grado di incidere a scala particellare una molteplicità di soggetti), è comunque necessaria la ricerca di una coerenza delle trasformazioni rispetto ai 'caratteri' del paesaggio (ossia rispetto a elementi connotativi diffusi, che ricorrono nel territorio ampio, come dei frattali), pena la rapida regressione di tali contesti alla condizione di luoghi totalmente privi di identità o, addirittura, in condizione difettiva di luoghi in degrado, deposito di elementi banalizzanti.

Ogni discorso sul paesaggio non può comunque prescindere dalla rilettura delle dinamiche evolutive del paesaggio esprimibili dall'ecologia del paesaggio[33]. Una scienza di recente consolidamento statutario (erede di una tradizione di lettura scientifica del paesaggio il cui precursore è identificabile in A. Von Humboldt[34]) in grado di offrire straordinari contributi nell'analisi della struttura costituiva e delle determinanti delle mutazioni (climatiche, biotiche, sociali) dei paesaggi. Il paesaggio, secondo queste modellizzazioni, costituisce un livello di organizzazione dei sistemi ambientali interagenti interposto tra habitat e biomi e, in quanto sistema di ecosistemi interagenti, è il contesto spaziale di distribuzione delle comunità biologiche. Il paesaggio osservato con queste lenti appare costituito da macchie (*patches*), corridoi, forme a riproduzione frattale, etc. Il ricorso, sempre più frequente, all'ecologia

[33] Per tutti, C. Farina, G. Pezzi, *Ecologia del paesaggio*, Bologna, 2013; C. Farina, *Ecologia del paesaggio*, Torino, 2001.

[34] A. Von Humboldt, *Quadri della natura*, Firenze, 1988; A. Wolf, *L'invenzione della natura. Le avventure di Alexander Von Humboldt, l'eroe perduto della scienza*, Roma, 2017.

del paesaggio consente di andare oltre gli schemi della tutela che si attagliano ad oggetti 'statici' ma risultano inadatti alla regolazione delle dinamiche di spazi soggetti a spinte e tensioni verso la trasformazione e segna – altro fatto decisamente rimarchevole – un ulteriore ambito di ravvicinamento e contaminazione tra governo del territorio e discipline ambientali e del paesaggio (per effetto di una contaminazione interna alle partizioni proposte dall'art. 9 Cost.).

Tornando ai profili di inquadramento, a partire da questi minimi spunti descrittivi (estrapolati da riflessioni più ampie, estese al dibattito scientifico ed estetico), anche il paesaggio pare utilmente riconducibile al contenitore categoriale dei *commons*. Il paesaggio costituisce una proiezione immateriale di oggetti territoriali posti indifferentemente in appartenenza privata o pubblica, collocati sul territorio (anzi costitutivi del territorio) in posizione percepibile secondo un ordine (naturale o costruito). Il paesaggio costituisce un bene comune in quanto l'apporto di senso che assicura costituisce una utilità essenziale (nel lessico europeo si parla in proposito di servizi culturali): ove, in una distopia, fossimo costretti a vivere un in mondo monotonamente grigio, la nostra esistenza sarebbe indubbiamente più povera di senso. Il messaggio di senso espresso da un paesaggio (sia esso una bellezza d'insieme o individua, si tratti di senso estetico o identitario, assoluto od 'ordinario') presenta sfumature valoriali positive per i percettori (attivando le aree neurali della memoria, delle emozioni, etc.), rappresentati dalla collettività generale deterritorializzata, in caso di beni di eccezionale bellezza, ovvero dalla comunità locale, in caso di paesaggi espressivi di valori identitari. All'opposto, una condizione di degrado produce un effetto svalutante, lasciando quindi trasparire una pesante esternalità negativa. Il paesaggio – si può aggiungere – costituisce un bene non escludibile in quanto, sul piano neuro-sensoriale, la percezione non è prerogativa esclusiva del titolare dell'oggetto che presenta il risvolto paesaggistico. Si possiede il corpo meccanico da cui deriva la proiezione valoriale, ma non si può esercitare alcuna prerogativa dominicale sul noumeno conseguenziale alla percezione del profilo esposto al pubblico (la proiezione immateriale della cosa avvertita come espressiva di senso). Il messaggio di senso 'non recintabile' può essere colto senza limiti da tutti i percettori e addirittura è interpretato da ciascuno di essi con una aliquota di soggettività e secondo canoni estetico-valoriali mutevoli nel tempo, come ha insegnato in pagine fondative R. Assunto[35]. Generatività di servizi (culturali e

[35] R. Assunto, *Il paesaggio e l'estetica*, Napoli, 1973.

identitari) essenziali, non escludibilità e vulnerabilità sono gli attributi caratteristici dei beni comuni, riscontrabili – per quanto detto – anche nel paesaggio. In tale direzione anche al paesaggio si estendono molte delle considerazioni già svolte in relazione ai suoli agro-naturali. Anche rispetto ai paesaggi l'urbanistica assume quindi una funzione tesa ad assicurare non un 'doppione' della tutela bensì una costante attenzione a fare in modo che ogni trasformazione di ponga in correlazione con le caratteristiche del contesto in cui si inserisce, con l'obiettivo di un costante miglioramento del mosaico paesaggistico e, detto altrimenti, dell'attitudine del territorio a proiettare senso identitario.

2.3. Nel periodo recente si è fatto sovente riferimento al sempre più vasto elenco di iniziative civiche espressione dell'attivazione di interventi sussidiari da parte di gruppi di cittadini, il cui archetipo è rappresentato dal c.d. Patto di Bologna[36]. Si può parlare in proposito – in termini del tutto condivisibili – di beni comuni urbani con riferimento a singoli luoghi o beni 'presi in carico' da comunità di soggetti responsabili, mossi da finalità solidali.

La riflessione circa le coordinate più innovative dell'urbanistica induce tuttavia ad allargare l'orizzonte per osservare gli aggregati urbani (la città, in cui – secondo proiezioni pre-covid e post-covid – entro il 2050 vivranno i due terzi della popolazione mondiale[37], ma anche i borghi e le altre molteplici forme insediative) nella loro dimensione di sistemi complessi, in grado di continuare ad attrarre in quanto territori in cui la densità si combina alla diversità. Si tratta di una scelta obbligata: se un imperativo è rappresentato dalla necessità di limitare il consumo di suolo, da questo non è scindibile l'esigenza di rigenerare i tessuti urbani, ovvero – in termini più generali – di farsi carico degli assetti e dei funzionamenti delle strutture insediative, nelle quali, tra l'altro, sono maggiormente avvertibili gli effetti della crisi climatica. Anche in questo caso sarà opportuno far emergere i caratteri sostantivi dell'oggetto per identificare le ragioni di fondo dell'intervento regolatorio pubblico onde passare in un secondo momento ad identificare le soluzioni che

[36] F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 271; G. Calderoni, *I patti di collaborazione: (doppia) cornice giuridica*, in *Aedon*, 2/2016; C. Iaione, *The right to the Co-City*, in *IJPL*, 2017, 80 ss.; M.V. Ferroni, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, n. 3/2017; S. Valaguzza, *Collaborare nell'interesse pubblico. Perché passare dai modelli antagonisti agli accordi collaborativi*, Napoli, 2019.

[37] R. Koolhaas, *Testi sulla (non più) città*, Macerata, 2021.

l'urbanistica del presente è in grado di proporre nelle diverse condizioni che contraddistinguono le realtà insediative. Ma per ora è possibile considerare unitariamente i tessuti urbani.

Concentrando in via preliminare l'attenzione sul telaio fisico dell'urbano, si coglie come gli insediamenti siano costituiti, in un mix inscindibile tra privato, pubblico e comune, da manufatti che assicurano utilità insediative ai titolari e da aree attraverso cui vengono garantite ai cittadini utilità fruitive a basso tasso di rivalità, senza vincoli di esclusione (una piazza o un parco) ovvero da piattaforme attraverso cui vengono erogati servizi pubblici (una scuola o un ospedale). I beni che assicurano le dotazioni territoriali essenziali sono per la più parte beni pubblici (patrimonio dei comuni, secondo il nuovo art. 119, VII comma, Cost.) in ossequio allo schema codicistico centrato sul dato soggettivo della titolarità. Questi stessi beni sono definibili beni privati secondo la tassonomia economica, ma nondimeno restano aperti alla fruizione collettiva (all'uso generale, secondo il lessico giuridico) per effetto della decisione pubblica di destinazione, che postula la sterilizzazione del 'naturale' carattere di escludibilità.

Se il modello pianificatorio tardorazionalista appare oggi definitivamente superato, tuttavia l'armonizzazione tra spazi privati e strutture pubbliche aperte[38] rimane la prima ragione giustificativa e il *proprium* di ogni pianificazione nei quadranti urbani, anche se – come ampiamente noto – il modello idealtipico imperniato sullo *zoning* rigido è stato superato in nome di un imperativo di *mixité* e anche il sistema degli standard quantitativi e parametrici (peraltro rimasto ineffettivo in ragione dell'incapacità delle amministrazioni di dare corpo alla città pubblica) è stato sostituito da un modello retto sull'idea di standard qualitativo e di prestazionalità (non ci si sofferma invece qui sul sostanziale fallimento di modelli alternativi alla sequenza vincolo-esproprio-lavoro pubblico come la perequazione). Nel tempo recente il tema ineludibile degli standard fa poi registrare un ritardo nell'adeguamento dell'elenco di opere (grigie) dettato dal d.m. 1444/1968, distante tanto dai bisogni attuali delle coorti popolazionali quanto dalle esigenze di adattamento alla crisi ambiental-climatica[39].

[38] Senza le quali un susseguirsi di fondi ed edifici non diverrebbe una città e, ancor prima, la proprietà privata risulterebbe inutilizzabile, se non a costi negoziali enormi, ad esempio per procurarsi il passaggio su fondi altrui

[39] Sul punto si vedano i contributi contenuti in *Diritti in città. Gli standard urbanistici in Italia dal 1968 ad oggi*, Roma, 2021, a cura del *Laboratorio standard* promosso dalla Società italiana degli urbanistici. Sul versante giuridico è il caso di ricordare che sul

Nell'osservazione dei tessuti urbani, il dato di maggior interesse è tuttavia rappresentato dalla circostanza che essi costituiscono la combinazione di una struttura fisica e di una costruzione sociale (l'*urbs* e la *civitas*; la città delle pietre e degli uomini, etc.), sono costituiti da una moltitudine di elementi (fisici, umani, materiali e immateriali, concreti e simbolici, etc.) e dal moltiplicarsi delle interrelazioni tra tali elementi[40].

Concentrare l'attenzione sulla sola dimensione fisica finisce dunque per fornire un quadro analitico parziale e distorcente. I tessuti urbani sono il risultato dell'integrazione entro un sistema complesso di tre componenti: una fisica, una ambientale e una antropica.

Le regole dell'urbanistica si concentrano tuttavia ancora eccessivamente sulla dimensione fisica, come se una città o un borgo fossero solo una struttura materiale. L'oggetto della disciplina urbanistica, almeno nel suo impianto tradizionale (quello derivabile dalla legge del '42), si circoscrive alle trasformazioni costruttive: l'azzonamento si riduce alla definizione di parametri applicabili in edilizia e gli standard prefigurano la realizzazione di infrastrutture. L'attenzione ai profili materiali quale oggetto privilegiato della normazione urbanistica ha sovente indotto a trascurare il dato di fondo secondo cui il dispositivo urbano è la risultante dell'integrazione di spazi e persone, strutture e modi d'uso. Edifici e comportamenti: un tessuto fisico e una costruzione sociale[41]. Nella parabola dell'urbanistica moderna non sono mancate

tema dell'evoluzione degli standard dovrà esprimere la Corte costituzionale su remissione del Consiglio di Stato: Cons. St., sez. IV, ord., 17 marzo 2022, n. 1949. La questione di legittimità costituzionale sollevata riposa sul presupposto per cui l' art. 2-bis, comma 1, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 autorizzerebbe le Regioni ad emanare una legislazione derogatoria rispetto al d.m. n. 1444 del 1968 in materia di dotazione delle aree a standard fino a poter arrivare ad annullarne la previsione, in violazione dell'art.117, secondo comma, lett. m), della Costituzione sulla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. La Sezione remittente ha ipotizzato che la norma statale di principio sia da rivenirsi nel già citato articolo 41-*quinquies* della legge n. 1150 del 1942, introdotto dalla legge n. 765 del 1967, il quale – come è noto – costituisce la fonte di derivazione del d.m. n. 1444 del 1968, imponendo agli strumenti urbanistici generali il rispetto di parametri e limiti definiti espressamente "inderogabili".

[40] R.E. Park, W. Burgess, R.D. Mc Kenzie, *La città*, Milano, 1967.

[41] Ha invece spesso fatto difetto una matura consapevolezza di come la città costituisca il risultato "di processi coevolutivi di lunga durata fra insediamento umano e ambiente: prodotti collettivi intergenerazionali, durevoli, in perenne trasformazione, che si distinguono dai beni comuni naturali (la terra, innanzitutto, e poi il suolo, l'aria e l'acqua, le fonti energetiche, e così via) in quanto non preesistenti, ma interamente prodotti dall'azione umana, e interamente dipendenti da essa per la loro sussistenza e riproduzione; e che proprio per questa loro caratteristica si possono definire neo-ecosistemi". A. Magnaghi, *Il principio territoriale*, Torino, 2000, 24.

figure (da un precursore come Geddes ad Astengo, per fare solo due nomi) pienamente avvedute dell'intreccio tra la dimensione sociale e quella materiale ma è sovente prevalsa una dogmatica positivistica, cresciuta attorno al mito del piano quale strumento ordinatore totalizzante. Diverso l'apporto dei contributi della sociologia urbana (a partire dall'approccio ecologico della Scuola di Chicago sino agli studi di Martinotti e della sua scuola[42]), da cui sono derivate decisive indicazioni circa le forme di uso dello spazio e i correlativi idiorritmi. La teorizzazione della città come sistema complesso adattativo è ormai patrimonio acquisito (le città vanno considerate "non più come artefatti progettati, ma come sistemi complessi e più dimensioni che evolvono per effetto di dinamiche endogene; sistemi complessi caratterizzati come gli esseri viventi, dalla continua rottura di strutture esistenti e dalla formazione spontanea di nuove strutture sia dal punto di vista sociale sia da quello economico sia a livello più strettamente fisico"[43]). Ma è certamente vero che l'urbanistica (seppur ripensata alla luce delle leggi regionali di ultima generazione) continua ad occuparsi programmaticamente del disegno degli spazi e fatica a focalizzarsi sui bisogni e le aspirazioni dei soggetti che 'fanno uso' dello spazio urbano (le coorti eterogenee dei residenti, ma anche quelle, ancor più internamente differenziate, dei *city users*) e quindi lo reinterpretano attraverso un processo continuo, parte del quale si colloca sotto la soglia dell'urbanisticamente rilevante e la cui 'grana fine' – questo è il punto – sfugge alle tecniche di analisi e regolazione dei pianificatori.

Se si prende 'sul serio' la prospettiva della città come bene comune fisico-socio-ambientale e come sistema complesso, appare evidente l'inadeguatezza della perpetuazione di un modello pianificatorio razional-comprensivo, in grado di esprimere un disegno per definizione parziale, programmaticamente teso a disciplinare le sole dimensioni edilizie, riferito cioè solo ad una tra le componenti del complesso fenomeno urbano.

Ecco il punto di svolta. Dal piano che disciplina autoritativamente le sole possibilità di trasformazione, ad un'urbanistica di regolazione del metabolismo urbano. Da ciò possono discendere (come dalla 'riontologizzazione' del suolo e dei paesaggi) talune delle innovazioni più significative e la costruzione di una figura di piano realmente 'diversa'.

[42] G. Martinotti, *Metropoli. La nuova morfologia sociale della città*, Bologna, 1993; G. Nuvolati, *Popolazioni in movimento, città in trasformazione*, Bologna, 2002.

[43] C.S. Bertuglia, F. Vaio, *Il fenomeno urbano e la complessità*, Torino, 2019, 44.

Due esempi per molti versi emblematici dei limiti delle capacità di orientamento dei processi urbani possono essere identificati nella gentrification[44] e nella incontenibile diffusione degli airbnb nelle città d'arte. Fenomeni di terziarizzazione con sospingimento ai margini delle popolazioni originarie e trasformazione dei centri storici più attrattivi in non-luoghi identitariamente sterili non appartengono al passato ma si ripropongono quale corollario di interventi di rigenerazione urbana di matrice unicamente 'edilizia' (espressivi di una urbanistica "aristocratica", secondo la definizione offertane da Travi[45], spesso *context less*)[46]. Gli airbnb stanno invece inarginabilmente sostituendo le residenze nei centri storici delle città d'arte, a riprova di come il piano non riesce a intercettare (e, *a fortiori*, ad orientare) trasformazioni che sfuggono alla schematica disciplina delle destinazioni urbanistiche. Nel primo caso, si manifesta l'incapacità del piano di orientare (con incentivi adeguati) l'allocazione di mercato dei beni privati (botteghe tradizionali cedono così il passo alle grandi catene e ordinari spazi abitativi si trasformano in case di lusso, non più 'abbordabili' per i residenti originari); nel secondo caso i quartieri centrali si spopolano per effetto della crescita degli affitti e le residenze sono progressivamente svuotate dagli abitanti stabili, innescando un processo che postula la successiva scomparsa della rete di commercio e, quindi, dei servizi pubblici di prossimità. Ma potremmo anche tornare ad interrogarci sulle ragioni della condizione apparentemente irreversibile in cui versano molte periferie periurbane e infraurbane (ognuna con una storia particolare) per osservare uno dei più tangibili fallimenti dell'urbanistica italiana, storicamente determinato da uno scarso raccordo tra l'urbanistica e i programmi infrastrutturativi e, soprattutto, dalla totale mancanza di iniziative di attivazione sociale. La città in questi casi diviene dunque non un luogo di opportunità ma di marginalizzazione e di esclusione sociale.

Nella fase postpandemica nell'urbano si pone una questione di soddisfacimento di bisogni insediativi sempre più esigenti e, detto altrimenti, si ripropone una mai risolta questione di giustizia territoriale. È certamente necessario un ripensamento dei tagli abitativi divenuti luogo di lavoro a/da casa (ma, nel contempo, non bisogna dimenticare

[44] G. Semi, *Gentrification. Tutte le città come Disneyland?*, Bologna, 2015.; L. Kern, *La gentrification è inevitabile e altre bugie*, Roma, 2022.

[45] A. Travi, nelle *Conclusioni*, in *Verso le leggi regionali di quarta generazione,* a cura di P. Stella Richter, Milano, 2019, 302.

[46] Sul punto anche P. Urbani, *Ripensare la città o la città contemporanea? In margine al Convegno*, in *Ripensare la città e il suo diritto*, cit. 385.

l'immagine di fragilità trasmessa dai grandi magneti urbani svuotati dell'affollamento quotidiano in ragione dell'improvviso ritiro di studenti e lavoratori pendolari in smart working). Si deve, soprattutto, tornare a riflettere sulla disponibilità e qualità dello spazio pubblico. Occorrerebbe ritornare alle pagine di J. Jacobs che identificava nello spazio pubblico il luogo cruciale nella costruzione dell'ecosistema urbano[47] ma veniamo da decenni di disinteresse, di tagli alla spesa, di *commodification* degli spazi pubblici e l'urbanistica ha saputo proporre unicamente applicazioni meccanicistiche di standard pensati per l'espansione, manifestamente inidonee – come già detto – a soddisfare la varietà dei bisogni localizzati espressi dalle diverse coorti. B. Secchi ha ricordato come "la città è stata di volta in volta macchina di integrazione o di esclusione sociale"[48]. L'inclusione è determinata dalla presenza di strutture e servizi di welfare, dalla loro distribuzione capillare e uniforme onde saldare fratture territoriali che confinano cittadini vittime di ingiustizie spaziali e di etichettamento (da *sclechte addesse*). Si tratta di un tema che comprende ma va oltre la questione del ripensamento della disciplina delle dotazioni territoriali e richiama direttamente la necessità di una piena conoscenza dei bisogni effettivi delle coorti situate, di come anche le tecnologie possano concorrere ad una maggior efficienza di servizi come quelli di trasporto e di come nella nozione stessa di servizio debbano essere ricomprese anche prestazioni di ordine ambientale.

E proprio a quest'ultimo proposito, va sottolineato che quando si parla di ambiente, anche sulla scia del 'nuovo' art. 9 Cost., occorre evitare di arrestarsi alla sola immagine dei grandi spazi aperti (oggetto delle prime battaglie conservazioniste) e bisogna avere invece consapevolezza di come nel presente si ponga in termini stringenti anche una criticità ambientale nelle strutture insediative (l'ambiente nella città). Le interconnessioni ecologiche tra le due dimensioni sono strutturali, ma indubbiamente si tratta di questioni che vanno affrontate con strumenti diversi. Nell'urbano si amplificano gli effetti dell'artificializzazione e della riduzione degli spazi verdi e la crisi ambientale si assomma a quella climatica. Si pensi solo alla scarsa qualità dell'aria e all'impronta ambientale delle città energivore e inquinanti: occorrono politiche di decarbonizzazione e, *in primis*, interventi sui fabbisogni energetici degli edifici (in tal senso il progetto di direttiva sulle 'case green') e sul sistema di mobilità (meritano un cenno le proposte del *C40 Cities*

[47] J. Jacobs, *Vita e morte delle grandi città*, Torino, 1969.
[48] B. Secchi, *La città dei ricchi e dei poveri*, Bari, 2018, 59.

Climate Leaderschip Group, collettivo che riunisce alcune tra le grandi città e il progetto europeo *100 carbon neutral and smart cities by 203*0). Come detto, qui si avvertono maggiormente gli effetti del cambiamento climatico: si possono richiamare in proposito i temi del drenaggio delle acque meteoriche, con sistematici allagamenti che colpiscono superfici completamente impermeabilizzate, e il fenomeno, sempre più accentuato, delle isole di calore[49]. Indubbiamente i tessuti urbani, esito di cicli pianificatori attenti unicamente alla dimensione insediativa, ci consegnano contesti estremamente vulnerabili, rispetto ai quali occorre recuperare rapidamente maggior resilienza anche attraverso azioni di micro-desigillatura e di investimento sul verde urbano (non in funzione di decoro ma di assorbimento e di ombreggiatura)[50], sull'albedo degli edifici, sulla formazione di corridoi di ventilazione, su progetti di ridisegno del trasporto pubblico locale, etc.

Quanto sin qui detto, conferma come parlare di tessuti urbani alla stregua di sistemi complessi significhi anche riconoscere che la città è un sistema autopoietico in continua evoluzione, privo di equilibrio stabile, non riducibile alla sommatoria degli elementi che lo compongono. Uno spazio (la città come neo-ecosistema per prendere a prestito l'espressione di A. Magnaghi[51]) innervato da reti materiali e immateriali, articolato in diversi livelli di organizzazione gerarchica interrelati, con proprietà emergenti proprie (dal singolo edificio od infrastruttura, passando a scale come l'unità di vicinato e il quartiere, sino all'intera città e all'intorno regionale ecologicamente legato all'urbano). Occorre inoltre prendere atto che il sistema urbano non è dotato "di un unico centro regolatore, ma di una molteplicità di decisori diffusi, tra cui non esiste necessariamente cooperazione e divisione funzionale dei compiti"[52].

L'efficienza di un sistema urbano, intesa come capacità di soddisfare le aspettative insediative, di prestazione e di qualità ambientale esprimibili dagli utilizzatori, è sintetizzabile in un valore aggregato che può stipulativamente definirsi urbanità (come il suolo agro-naturale

[49] Si può ricordare che il Comune di Roma capitale si è dotato di uno specifico Ufficio Clima. Sul punto, F. Musco, E. Zanchini, *Il clima cambia le città. Strategie di adattamento e mitigazione nella pianificazione urbanistica*, Milano, 2022.

[50] M. Russo, L. Fabian, E. Morello, F. Musco, *La resilienza al cambiamento climatico come paradigma dell'Agenda urbana*, in *Le agende urbane delle città italiane*, Bologna, 2017, 231. Sulle esperienze-pilota di Barcellona, Copenhagen, Rotterdam e di altre città, di diverse dimensioni, P. Mezzi, *La città resiliente. Strategie e azioni di resilienza urbana in Italia e nel mondo*, Milano, 2016.

[51] A. Magnaghi, *Il principio territoriale*, cit., 46.

[52] A. Mela, *Sociologia delle città*, Roma, 2000, 127.

genera servizi ecologici e un paesaggio integro genera senso). Il tasso di urbanità sintetizza in un valore la qualità percepita dei luoghi[53] e dell'intero tessuto urbano (torna ineludibilmente il tema delle diverse scale a cui è osservabile il fenomeno urbano) nelle diverse sfaccettature[54]: la salubrità dell'ambiente costruito (se un tempo il 'male urbano' era costituito dall'insalubrità dei quartieri popolari[55], da fronteggiare con operazioni di risanamento 'per sventramento', secondo l'originaria radice igienista dell'urbanistica nazionale, oggi – nella stagione postpandemica – l'idea di *urban health* diviene un concetto-cardine nel ripensamento dei modelli insediativi[56]), l'inclusività e la presenza di adeguate dotazioni territoriali (comprensive delle armature verdi) e servizi di welfare localizzati secondo un criterio di prossimità (riecheggia in ciò la già

[53] Va tuttavia precisato che il tasso di urbanità è solo in parte oggettivo e misurabile (si pensi alla qualità dell'aria) in quanto si parametra rispetto alle sensibilità ed ai bisogni delle diverse coorti popolazionali, che peraltro non si circoscrivono ai soli residenti (l'entità anagrafica, l'unica considerata dall'urbanistica parametrica sottesa all'applicazione dello standard) ma si estendono anche ai *city users* (moderni *flâneurs*, turisti, pendolari, immigrati, etc.), una coorte eterogenea, turnaria e di flusso, formata da soggetti che 'fanno uso' della città ma sono ancora esclusi dal circuito della democrazia rappresentativa locale. Soggetti di cui la sociologia urbana (Martinotti) ha tracciato da tempo il profilo, fornendo chiavi concettuali e strumenti di analisi decisivi per il riconoscimento della loro presenza, del carico da essi indotto sul sistema urbano e delle correlative istanze, compresa quella di partecipazione. Il tasso di urbanità è quindi avvertito soggettivamente da ciascun abitante in termini differenti in ragione delle diverse 'attese' territorialmente riferite. Ogni frammento dello spazio urbano è vissuto e interpretato diversamente dai singoli e, ove presenti, dalle comunità locali (al plurale, come insegna nuovamente la sociologia urbana, riferendosi ad aggregati disorganici, luoghi della differenza: E. Morin ha parlato in proposito di antagonismo organizzazionale): per fare solo due esempi, si può ricordare come gli esprimenti di *mapping visioning* condotti a Milano abbiano consegnato duecento diverse mappe stilate dagli immigrati, rappresentazioni di una città con topografie interne molto diverse da quella, tutto sommato prevedibile, figurabile dai residenti e, ancora, si può notare come sia diversa la percezione delle periferie 'dei casermoni' (esempi sbagliati di utopismo architettonico applicato all'edilizia economico-popolare) da parte degli italiani condannati 'a restare' (per mancanza di alternative) e delle popolazioni che lì trovano una prima agognata stabilizzazione (con innesco di un conflitto tra due povertà e due emarginazioni).

[54] Nel significato pregnante e 'misurabile' espresso dal Consiglio d'Europa nella *Carta urbana europea II. Manifesto per una nuova urbanità*, Risoluzione 269 (2008). Per un uso più discorsivo del lemma, ma in una riflessione che intercetta le dimensioni della contemporaneità urbana, C. Ratti, *Urbanità. Un viaggio in quattordici città per scoprire l'urbanistica*, Torino, 2022.

[55] D. Calabri, *Il "male" città: diagnosi e terapia*, Roma, 1979.

[56] T. Bonetti, Urban Health*: una nuova sfida per le autonomie territoriali?*, in *Diritto Amministrativo e Società civile. Garanzie dei diritti e qualità dei servizi. Muovendo dalle opere di Fabio A. Roversi Monaco*, Bologna, 2019, II, 607.

citata immagine della città in un quarto d'ora, riproposizione aggiornata del modello della *neighborhood unit*, alla quale è sottesa l'idea della città strutturata su più livelli di organizzazione funzionale: l'unità urbana elementare, la *ville elementer*, da dotare dei servizi di base, e la città dei servizi di rango metropolitano, che pone il tema dell'accessibilità entro la *ville des mobilité*), la generatività di senso del paesaggio urbano, l'innovazione tecnologica applicata ai funzionamenti urbani (la *smartness*, dall'internet delle cose alla mobilità *as a service* e oltre), le strategie per ridurre la vulnerabilità climatica anche mediante opere 'verdi' orientate al paradigma delle *Nature Based Solutions*, il livello di microcriminalità, etc.

Abbiamo assunto l'ipotesi che i tessuti urbani come tali (alla scala urbana, quale livello gerarchico che riaggrega e sovrasta spazialmente e funzionalmente quartieri e altre dimensioni micro) costituiscano – come il suolo e il paesaggio – un bene comune (non solo perché costellazione di beni comuni urbani: ciascuna piattaforma erogativa a servizio di una comunità o ciascun bene culturale come un monumento, etc.). La città (o il borgo) è un mosaico di beni che offrono utilità ai singoli (l'abitazione al proprietario, la strada ai passanti, etc.). Ma la città con le sue strutture e suoi funzionamenti (inscindibilmente materiali e immateriali, si ribadisce) garantisce in aggregato l'*utilitas* che abbiamo definito urbanità e quest'ultimo è un bene diverso da quelli estraibili dai valori d'uso dei singoli componenti urbani, un bene per definizione non escludibile (e nemmeno riservabile ai soli residenti).

La città costituisce inoltre una matrice di utilità estremamente vulnerabile in quanto le forme di uso, con effetti che si sedimentano su un palinsesto di lasciti materiali di altre stagioni (non è possibile in questa sede affrontare il tema della città storica), in un continuo ridisegno identitario e simbolico oltre che fisico e funzionale, è il risultato per una parte di azioni orientate da una programmazione istituzionale (che funge tuttavia da mera cornice) e per la più parte di azioni spontanee poste in essere da una platea eterogenea di soggetti mossi da agende individuali (o, al più, di gruppo). È – si ribadisce – la 'grana fine' delle microtrasformazioni che sfuggono alla maglia del piano.

L'evoluzione continua dell'urbano è l'effetto dell'azione di una platea degli attori sociali che operano a scala molecolare accanto al decisore istituzionale e sono mossi da agende, bisogni e preferenze differenti e spesso antagoniste. Soggetti che nel semplice fare uso dello spazio urbano ne ridisegnano incessantemente la morfologia e il metabolismo (ossia la forma fisica e il funzionamento).

L'impossibilità di una pianificazione integrale fa dei contesti urbani una matrice esposta a rischi di degrado, affievolimento identitario, disfunzionalità, privatizzazione degli spazi, etc. (eventi che sfuggono facilmente al controllo istituzionale e sono suscettibili di verificarsi ad ogni livello gerarchico, con effetti sul sistema: si potrebbe ricordare la metafora della '*broken window*' che indica come una prima smagliatura possa innescare processi che conducono ad un progressivo degrado diffuso). In altri termini, occorre considerare che una miriade di fatti urbani potrebbero anche determinare, come in ogni equilibrio instabile, repentine cadute di urbanità (tornando a citare J. Jacobs, si potrebbe parlare di vita e morte delle città). La città è dunque un bene che offre utilità ad una comunità che si identifica nello spazio urbano e ne fa uso. Una comunità 'moderna', una *community*, non una *communitas*, per ricorrere ad una coppia ordinatrice invalsa nel lessico sociologico[57]. La città è un bene comune composto (come il paesaggio ed il suolo) dall'aggregazione di particelle che compongono un oggetto materiale unitario che si salda ad una componente immateriale (usi, identità, tradizioni, storia, etc.), il cui governo è stato affidato alle istituzioni, attraverso la pianificazione, via via più sofisticata e pervasiva degli usi del territorio e attraverso le politiche (ambientali, paesaggistiche, di welfare, del commercio, etc.) che hanno il territorio quale terminale. Ogni regolazione pubblica (a differenza di quanto profilato con riferimento alla limitazione del consumo di suolo o alla tutela dei beni culturali e paesaggistici) non può tuttavia aspirare ad una capacità prescrittiva totalizzante. Dovremmo quindi parlare anche in questo caso di un bene comune in appartenenza microparticellare, ma dovremo necessariamente aggiungere a regolazione custodiale esogena solo parziale. Certamente a regolazione urbanistica parziale.

[57] Va sottolineato che la città (a differenza di un quartiere) non è occupata da comunità omogenee: è lo spazio delle fratture, delle differenze sociali, delle identità plurali e sovente contrapposte. La sociologia tradizionale parla in proposito di segmentazione e suggerisce di impiegare il lemma neutro *community* per descrivere una aggregazione tendenzialmente 'fredda', il cui coesivo è unicamente di ordine territoriale , anche se va sottolineato come, con un salto di scala, a livello di microstrutture socio-territoriali si registra invece un processo di ricomposizione di cellule di comunità (il cui coagulo è spesso rappresentato – come detto – proprio dalla disponibilità alla cura di uno specifico bene comune urbano) che ripropongono la versione aggiornata della *communitas* organicistica *à la* Tönnies e rappresentano enzimi per una inversione 'dal basso' dei processi di disumanizzazione del contesto urbano, sino a poco tempo addietro ritenuti ineluttabile cifra caratteristica dell'urbano. Ciascuno di questi soggetti è parte attiva di un processo di azione sociale e, riprendendo lo schema euristico della complessità, introduce autonomamente sollecitazioni nel sistema, i cui riflessi incidono sui diversi livelli di organizzazione.

3. *Pluralizzazione delle funzioni*

Il riconoscimento della pluralità degli oggetti e delle situazioni territoriali determina una complessiva riarticolazione degli interessi pubblici che si correlano all'urbanistica (come ha evidenziato il Consiglio di Stato nella nota sentenza sul 'caso Cortina') e costituisce dunque il presupposto generale per un complessivo aggiornamento delle finalità dell'intervento pubblico regolatorio (finalità divenute plurali). Le caratteristiche fisiche e funzionali degli oggetti indicano (ed in parte determinano) le finalità dell'urbanistica. Dagli oggetti e dagli interessi occorre quindi passare al catalogo delle funzioni pubbliche. Dalla pluralizzazione anche di queste ultime discende consequenzialmente la necessità di un profondo rinnovamento del piano e delle tecniche di regolazione.

La 'scoperta' della varietà degli oggetti su cui il governo del territorio è chiamato ad incidere costituisce, come si è visto, una acquisizione relativamente recente. Le prime leggi regionali tese alla limitazione del consumo di suolo risalgono alla metà dello scorso decennio[58] e allo stesso periodo risalgono i piani paesaggistici che riconoscono ampio spazio regolatorio agli strumenti territoriali e urbanistici nella disciplina dei paesaggi estesi non vincolati. I temi della transizione ecologica e climatica hanno invece acquisito una reale centralità solo negli ultimi anni (si possono citare in proposito la siccità dell'estate 2022 e disastri come quello di Ischia, che hanno riproposto il tema della vulnerabilità dei territori). Eppure questo insieme di fattori ha già segnato una profonda frattura nel dibattito urbanistico (P. Gabellini ha parlato di una "mutazione"[59]). È dunque terminata la lunga stagione in cui l'urbanistica, sulla scia di una concezione orientata allo sviluppo lineare, aveva assegnato a se stessa l'obiettivo prioritario di assicurare un ordine allo sviluppo urbano e, più in generale, ai fenomeni di trasformazione del territorio, con l'unico limite esogeno delle c.d. tutele parallele[60]. Il territorio era unitariamente considerato quale oggetto da ripartire in

[58] A. Calegari, *Leggi regionali sul consumo di suolo*, in *Verso le leggi regionali urbanistiche di quarta generazione*, cit. 149.

[59] "*Gli elementi della mutazione sono "vitali" in quanto riguardano radici tecniche dell'urbanistica come lo zoning, lo standard, la composizione dello spazio e il confezionamento dei piani*": P. Gabellini, *Le mutazioni dell'urbanistica. Principi, tecniche, competenze*, Roma, 2019, 12.

[60] P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 51.

zone omogenee, secondo la tecnica dello zoning, con la finalità di definire e graduare imperativamente le forme di trasformazione compatibili. Una stagione i cui postulati di fondo erano emblematicamente dedotti nell'art. 1 della legge urbanistica, ove – al netto di ogni retorica antiruralista di regime – le finalità e le funzioni dell'urbanistica erano sintetizzate in una proposizione che faceva riferimento all'esigenza di assicurare una disciplina all'assetto e all'incremento edilizio dei centri abitati e allo sviluppo urbanistico in genere del territorio. Il catalogo delle funzioni (quella pianificatoria, quella di controllo autorizzatorio, quella sanzionatoria, quella infrastruturativa, etc.), ampiamente studiate, a partire dalla sistemazione operata da P. Stella Richter[61], concorrevano in ultima istanza ad un unico obiettivo, rappresentato dalla disciplina degli usi dello spazio per partizioni vocazionali. Questa narrazione, su cui si è costruita innanzitutto la figura del piano regolatore (autentica sineddoche dell'urbanistica razionalista), tesa ad assegnare al soggetto pubblico la responsabilità di tracciare un disegno del territorio capace di conformare e orientare l'attività di trasformazione pubblica e privata, non esaurisce più le ragioni fattesi molteplici dell'intervento pubblico, innanzitutto in conseguenza della evidenziata pluralizzazione degli oggetti territoriali e, di riflesso, della diversificazione degli interessi da soddisfare e contemperare (come prefigurato dalla notissima sentenza sul 'caso Cortina').

La stessa funzione di disegno dell'urbano, che ovviamente mantiene un ruolo rilevante, ha subito un profondo ridisegno. Raffigurata un tempo come attività autoritativa, unilaterale, tesa all'espressione di una serie di comandi prescrittivi, assume oggi le fattezze di un sistema di regole flessibili e ampiamente negoziabili, espresse in termini rivedibili, iterativi, volti a sollecitare l'adesione degli attori territoriali rispetto a quadri programmatici possibili. Una funzione il cui principale strumento, che resta il piano urbanistico comunale, deve necessariamente assumere quale essenziale carattere connotativo l'adattività, in ragione dell'assunta consapevolezza della dinamicità dei fenomeni urbani, solo in parte ingabbiabili da strumenti ostinatamente (ma vanamente) tesi a profilare strategie di intervento (definibili con sempre maggior analiticità – a 'cannocchiale' – sino al livello di dettaglio, destinate tuttavia (soprattutto con riferimento al capitolo della città pubblica) all'ottatività e condannate all'inattuazione.

[61] Si veda il magistrale P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984.

Un caso con pochi eguali di ineffettività di una disciplina amministrativa che ha sovente indotto le parti private a 'scommettere' sulla decadenza quinquennale dei vincoli preespropriativi e a sollecitare l'attivazione di estenuanti procedimenti di variante. Una disciplina velleitariamente totalizzante e, per contro, inidonea a disciplinare la complessità dei fatti urbani, specie quelli legati ai 'comportamenti' d'uso delle diverse classi di utilizzatori urbani.

Pur tra molte incertezze e lungo un percorso costellato da ostacoli (come la ingombrante persistenza dell'impostazione vincolistica e parametrica del d.m. 1444/1968) e da retaggi del passato (si pensi alla difficoltà ad accettare accordi 'a monte' del piano), si sta faticosamente delineando un'urbanistica con riconoscibile attitudine 'tattica'[62]. Un'urbanistica che dimette l'ambizione in dettare un progetto chiuso e finito, circoscrive l'ambito di espressione di comandi puntuali, atti a preludere ad interventi di rango edilizio, alla città consolidata e privilegia invece l'indicazione di obiettivi di fondo e di procedure di negoziazione in relazione agli ambiti da rigenerare, riservando in tale prospettiva un recuperato spazio al progetto urbano (a lungo considerato una alternativa al piano). Un progetto necessariamente condiviso, collocato entro una cornice pianificatoria flessibile. Un chiaro esempio in tal senso è rappresentato dall'impostazione di fondo della legge regionale dell'Emilia-Romagna, secondo cui "*le previsioni del PUG relative al riuso alla rigenerazione urbana del territorio urbanizzato e alle nuove urbanizzazioni si attuano principalmente attraverso accordi operativi, fatte salve le trasformazioni soggette ad intervento diretto*" (art. 38). Un tale modello di urbanistica, in definitiva, assume le innovative fattezze di una regolazione e, come riconosciuto dal Consiglio di Stato (nel caso Porto Torres[63]), ritrae il necessario *quid pluris* di effettività (e fattibilità) dal

[62] L'aggettivo si presta a descrivere sia interventi dichiaratamente temporanei e 'provocatori' (come la pedonalizzazione di una piazza e l'uso di colori e arredi per ridisegnare un luogo) al fine di verificare il gradimento di soluzioni innovative da parte degli utilizzatori urbani sia, nell'uso che qui se ne propone stipulativamente, un atteggiamento aperto dell'urbanistica, che, nella consapevolezza della propria parzialità, dimette ogni aspirazione alla definizione stabile e chiusa del territorio e ricerca piuttosto strumenti di dialogo con le comunità e con gli attori delle trasformazioni. Innesti altamente simbolici di urbanistica 'tattica', per restituire senso a segmenti anonimi o degradati dello spazio pubblico mediante interventi temporanei sono stati operati, ormai in decise di casi a Milano ed a Barcellona con il progetto delle 'superillas', blocchi urbani in cui è stato progressivamente scoraggiato l'uso dell'automobile (E. Granata, *Placemaker*, Torino, 2021).

[63] Cons. Stato, sez. IV, 10 agosto 2020, n. 4990.

dialogo e dalla negoziazione (procedimentalizzata) con gli attori privati coinvolti.

Alla base di tale profondo rinnovamento del modello pianificatorio si colloca – tornando al punto – la necessità di esercizio mediante uno strumento adeguato di una funzione il cui scopo si identifica in estrema sintesi nell'innalzamento dei livelli di urbanità, intesa – si ripete – quale valore aggregato delle diverse dimensioni che determinano la qualità, accessibilità ai servizi, sostenibilità, resilienza etc. dei tessuti urbani. In tal senso la funzione di innalzamento dei livelli di urbanità, per assicurare nei diversi luoghi adeguatezza del tessuto urbano ai diritti spazialmente condizionati dei cittadini, si articola in profili più direttamente correlati al progetto dei luoghi, in connesse strategie pro-coesive (legate al tema delle dotazioni territoriali) e in azioni di miglioramento ecologico (decisive – come detto – per affrontare le criticità che si manifestano nell'ambiente urbano)[64].

Va precisato che il processo di rinnovamento che è solo ai primi passi e viene 'dal basso'. L'approccio sopra descritto solo a tratti riesce a distaccarsi dalla tralatizia funzione pianificatoria di derivazione razionalista e i suoi connotati salienti si rendono distintamente percepibili tra le pieghe delle leggi regionali più recenti e in taluni (frammentari) cenni nella legislazione statale. Le tracce e le sperimentazioni di un nuovo modello si intravvedono invece più nitidamente in episodi di pianificazione aggiornati (si pensi, *in primis*, ai piani territoriali delle città metropolitane di Milano e Bologna, attenti prioritariamente alle questioni dell'adattamento climatico, dell'eguaglianza territoriale, del rescaling delle competenze, etc.). Va aggiunto che la messa a fuoco di una nuova funzione di regolazione dell'urbano, *de jure condendo*, costituisce il tema centrale (e ineludibile) delle più recenti proposte riformiste, tra le quali quelle profilate dall'INU[65] e dalle due commissioni volute nell'ultimo scorcio della scorsa legislatura dal Ministro delle Infrastrutture del Governo Draghi[66].

Sicuramente più avanzato, ed ormai ineluttabile anche per i riferimenti chiari e convincenti nelle leggi regionali di ultima generazione,

[64] E. Zanchini, *Ripensare da capo le nostre città*, in *Il Mulino*, 2021, 191.

[65] Si vedano da ultimo le organiche proposte dell'INU illustrate in *Urbanistica Informazioni*, 303 s.i., 2022, ed ivi, in particolare, M. Talia, *Le prospettive dell'urbanistica riformista in una complessa fase di transizione*; A. Arcidiacono, *Una legge di principi per la transizione ecologica del progetto urbanistico*; C. A. Barbieri, P. Gabellini, *Gli strumenti di pianificazione urbanistica*.

[66] Consultabili in *www.pausania.it*.

il processo di assunzione da parte dell'urbanistica contemporanea di una funzione 'custodiale' dei beni comuni territoriali (la legge urbanistica della Regione Toscana definisce i propri obiettivi generali nei seguenti termini: "*garantire lo sviluppo sostenibile delle attività rispetto alle trasformazioni territoriali da esse indotte anche evitando il nuovo consumo di suolo, la salvaguardia e la valorizzazione del patrimonio territoriale inteso come bene comune e l'uguaglianza di diritti all'uso e al godimento del bene stesso, nel rispetto delle esigenze legate alla migliore qualità della vita delle generazioni presenti e future*": art. 1 l.r. Toscana 65/2014). Una funzione che, riprendendo in sintesi quanto già ampiamente detto, ha la finalità di tutelare i suoli agro-naturali (ossia una matrice ambientale, la cui protezione è direttamente demandata agli strumenti del diritto urbanistico), onde evitare ulteriori impermeabilizzazioni e arrestare lo sfrangiamento di un urbano informe (non più campagna ma non ancora città)[67], il cui effetto – ormai misurabile in termini di riduzione del capitale naturale – è rappresentato dall'inaccettabile riduzione del flusso di servizi ecosistemici essenziali da assicurare invece – per vincolo oggi anche costituzionale – alle generazioni future. Ma il panorama è decisamente più articolato e lascia trasparire nuove visioni patrimonialistiche, dal ripensamento dei sistemi ambientali come reti (verdi e blu) sino alla 'scoperta' dei paesaggi 'della vita quotidiana' che si affiancano ai beni paesaggistici della tradizione novecentesca. Su questi ultimi – come già detto – si appunta il segmento della funzione che assume specificamente la finalità di promuovere l'innalzamento continuo della qualità paesaggistica (e quindi della riconoscibilità identitaria da parte delle comunità insediate) relativamente ai paesaggi del secondo strato mentre il recupero dei beni e paesaggi del terzo strato può intervenire solo in contestualità ad interventi di riqualificazione del patrimonio edilizio. In altri termini, l'urbanistica 'custodiale' si fa carico degli oggetti territoriali diversi dai beni paesaggistici (la cui tutela è riservata allo Stato) nel loro risvolto e nelle loro caratteristiche paesaggistiche, in una prospettiva che si differenza per obiettivi e per tecniche da quella 'statica' che connota la tutela. Si tratta infatti di oggetti e situazioni territoriali ordinariamente sottoposte alle pressioni insediative, con conseguente esigenza di caricare ogni episodio di trasformazione anche di una attitudine a confermare o rafforzare i profili identitari del contesto. Anche in vista del perseguimento di un tale obiettivo da declinare necessariamente alla scala micro-locale, gli strumenti dell'urbanistica, in continuità con

[67] *La città infinita*, a cura di A. Bonomi, A. Abruzzese, Milano, 2004.

le indicazioni di ordine più generale espresse dal piano paesaggistico e ad esito di una fase acquisitiva di conoscenza in cui è decisivo l'ascolto delle comunità[68] (formate dai residenti ma anche – come ha indicato la geofilosofia[69] – da soggetti che hanno comunque maturato una relazione di luogo), fanno ampio ricorso alla leva incentivale.

Solo un cenno a due ulteriori profili.

Alle soglie di una nuova stagione, non può più essere trascurato il dato secondo cui i territori si sviluppano e si trasformano a velocità e in direzioni diverse. La crisi economica ha accentuato questo dato e amplificato le distanze, in termini non dissimili da quanto accadde negli anni del boom economico in cui si verificarono massicce migrazioni verso le aree urbane e industriali e impoverimento dell'Italia 'profonda'. Oggi si registra una accentuata diversificazione tra le aree metropolitane (che stanno divenendo metropoli-regione, le città connesse nelle reti lunghe e comuni più o meno piccoli, sovente collocati nelle c.d. aree interne[70]), ambiti distanti dalle principali direttrici di connessione per i quali la l. 6 ottobre 2017, n. 158 ha previsto peculiari misure che dovrebbero integrarsi con le azioni previste dalla Strategia nazionale per le aree interne. Emblematica la condizione dei centri storici: in alcune grandi città attrattive e meta del turismo di massa si pone – come già detto – il problema della *gentrification* che rischia di snaturare l'identità di luogo mentre nel ben più vasto novero di centri 'minori' i nuclei antichi si stanno inarrestabilmente spopolando e degradando[71]. Ma un rischio di marginalizzazione mina le sorti anche di aree meno attrattive dei grandi centri urbani che hanno perso il volano dei programmi complessi e rischiano di restare escluse anche da un modello fortemente selettivo di rigenerazione urbana.

Di fronte a questioni di tale rilevanza, si pongono quindi due problemi.

Il primo attiene alla ottimale allocazione della funzione di pianificazione territoriale ed urbanistica. Nelle aree metropolitane si registra lo scorrimento di alcuni tematismi (servizi di scala estesa,

[68] M. Morisi, *Il Piano tra rappresentanza politica e partecipazione civica*, in *La struttura del paesaggio. Una sperimentazione multidisciplinare per il piano della Toscana*, a cura di A. Marson, Bari, 2016, 247.

[69] L. Bonesio, *Paesaggio, identità e comunità tra locale e globale*, Milano, 2018; L. Resta, *Intervista a Luisa Bonesio*, in *Intervista sulla geofilosofia*, Reggio Emilia, 2010, 9.

[70] *Riabitare l'Italia. Le aree interne tra abbandoni e riconquiste*, cit.

[71] La spopolamento pone ormai il problema degli edifici abbandonati e collabenti, con pericolo per l'incolumità pubblica: sul tema si è interrogato anche il Notariato: cfr. Studio n. 216-2014/C *La rinunzia alla proprietà e ai diritti reali di godimento*.

mobilità, connessioni ecologiche, etc.) dai piani urbanistici comunali allo strumento (propriamente urbanistico) di scala metropolitana, con città metropolitane e comuni chiamati a partecipare alla stesura del piano territoriale generale metropolitano. Fuori da tali ambiti, si pone invece un problema di scale nella identificazione dell'estensione e della rilevanza del territorio extraurbano percorso dalle reti ecologiche e punteggiato dai biotopi e dalle continuità ecosistemiche (secondo il paradigma suggerito da Rete Natura 2000). Un tale oggetto, i cui confini fisici travalicano le circoscrizioni comunali, è identificato e descritto in maniera vincolante dai piani sovralocali (finalmente disponibili). Allo stesso modo, anche i caratteri salienti e i perimetri dei 'coremi' di paesaggio, ossia le continuità morfologicamente coerenti (un tempo si sarebbe detto i 'quadri' di paesaggio), alle quali devono essere applicate tecniche di tutela e soluzioni di intervento omogenee, sono preventivamente identificati dal piano paesaggistico. Il rapporto tra piano di area vasta e piano urbanistico si ricompone quindi, con superamento del tradizionale principio gerarchico (dei piani e degli interessi)[72], e al piano locale è assegnato un compito di integrazione 'dal basso' delle previsioni espresse alla scala estesa, secondo un modello ruotante attorno al principio 'di miglior definizione' in ragione del quale la regola conformativa è espressa dallo strumento in grado di definire con il maggior grado di precisione lo statuto di un bene e o di una situazione territoriale.

Il secondo attiene alla necessità di delineare soluzioni pianificatorie ragionevolmente semplificate (distanti dai modelli sofisticati prefigurati dai legislatori regionali), coerenti con le esigenze dei comuni che presentano una struttura amministrativa meno attrezzata e il cui territorio esprime livelli di complessità e vulnerabilità non legate a fattori di pressione ma, sempre più spesso, conseguenti allo spopolamento e alla inadeguatezza infrastrutturale da cui deriva una condizione di marginalità territoriale non facilmente colmabile. In entrambi i casi appare in crisi l'assioma novecentesco che proponeva indistintamente a tutti i comuni un unico modello di piano e un'unica griglia di zone e standard, con effetti indesiderabilmente omologanti e sub-ottimalità dei comandi pianificatori applicati a situazioni territoriali di cui non venivano comprese le particolarità distintive. Il piano novecentesco, soprattutto

[72] V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386; per una analisi delle linee di tendenza più attuali, P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati*, cit.

per effetto delle meccanicistiche applicazioni del d.m. 1444/1968, si è rivelato uno strumento omologante mentre una efficiente regolazione dei sistemi territoriali ha bisogni innanzitutto di riconoscere le differenze. Il governo del territorio, e il piano di cui si riafferma l'irrinunciabile funzione di strumento di applicazione delle strategie amministrative sul territorio e sulla comunità locale, devono quindi esprimere opzioni valoriali e ricorrere a tecniche profondamente differenziate per garantire una adeguata regolazione da applicare ad oggetti di cui la lettura del pianificatore non tende più a scolorare le profonde differenze sostantive di statuto fisico e funzionale.

4. *Le nuove tecniche e strumenti*

È comunque importante notare che l'omogeneità delle funzioni a cui il piano deve assolvere in contesti anche molto diversi determina l'affermarsi di un modello generale di cui è possibile rintracciare i caratteri di fondo. È il terzo fronte su cui si avvertono i mutamenti in atto: dopo quello degli oggetti e quello delle funzioni, l'innovazione investe direttamente anche gli strumenti.

Dalla comune tavola valoriale e dai profili su cui abbiamo sin qui focalizzato l'attenzione non è disceso in termini strettamente consequenziali uno specifico schema di piano idealtipico. Le leggi regionali più recenti, che abbiamo identificato quale principale vettore di innovazione, lungi dal derivare da un 'progetto' comune (le leggi più recenti sono invece il prodotto della rielaborazione delle soluzioni legislative che si erano affermate alla metà degli anni Novanta), esprimono su quest'ultimo versante soluzioni anche molto diverse e delineano strumenti pianificatori differenziati non solo nelle denominazioni. Il quadro che si coglie osservando il federalismo urbanistico 'spinto' praticato dalle regioni a fronte dell'immobilismo statale lascia l'impressione di una aumentata frammentazione (il "*federalismo urbanistico impazzito*" di cui parlava F. Oliva[73]) e di una apparente deriva delle etichette nominalistiche, con ciascuna regione primariamente impegnata a coniare denominazioni originali per il piano comunale. Se tuttavia si scava sotto la superficie e, soprattutto, si estende – come già detto – l'analisi ai piani prodotti nella stagione del presente, ci si avvede di come gli strumenti urbanistici della contemporaneità

[73] F. Oliva, *Semplificare la pianificazione, cambiare il piano*, in *Urbanistica*, 149, 88.

riflettono ovunque innanzitutto un solido statuto disciplinare che, grazie ad una circolazione orizzontale delle tecniche, funge da fattore unificante. È questa la traiettoria che favorito l'emersione di un nuovo paradigma di piano, sotteso trasversalmente nelle varie esperienze regionali.

La legislazione regionale esprime complessivamente anche un catalogo comune di principi informatori, che delineano il nuovo asse portante di sistemi urbanistici nettamente più avanzato rispetto a quello deducibile dalla legge urbanistica (peraltro ancora pienamente dispiegabile nelle regioni che sono rimaste estranee alla tendenza al rinnovamento o, anche soltanto all'ultimo tornante di quest'ultima). Entro questa galassia di principi taluni ricorrono più frequentemente e su questi sembra essersi consolidata una diffusa opinione di imprescindibilità. Si possono ricordare (senza alcuna pretesa di organicità): la limitazione del consumo di suolo e la consentanea promozione con misure incentivali degli interventi rigenerativi; la rilevanza riconosciuta al drenaggio delle acque meteoriche (ovvero alla cd. invarianza idraulica) e, più in generale, alla sicurezza del territorio di fronte alle sollecitazioni climatiche e idrogeologiche; lo spazio riservato alle politiche attive per il paesaggio; la sottoposizione dei piani a valutazione preventiva e a monitoraggio successivo degli effetti (grazie alla sovrapposizione della procedura di VAS), a cui si riconnette il carattere di adattabilità e rivedibilità nel tempo dei piani (con varianti programmate e maggiore flessibilità); la ricerca di una condizione di adeguatezza conoscitiva del pianificatore (a segnare il primato della dimensione analitica su quella decisionale); la riaffermazione della pubblicità e della massima apertura partecipativa del procedimento (con riconoscimento della configurabilità di interessi diffusi anche nel governo del territorio, a ulteriore riprova della porosità del confine con la materia dell'ambiente, e con disegno di modelli procedurali tesi a favorire l'apporto conoscitivo dei privati); gli insistiti richiami alla sostenibilità (perseguita mediante la priorità riconosciuta alla rigenerazione oltre che con la limitazione delle pressioni sulle matrici ambientali e con specifiche misure per i contesti urbani), al valore dell'equità distributiva (tramite ulteriori investimenti sulle tecniche perequativo-compensative) e alla lotta alle diseguaglianze territoriali; le aperture alla negoziabilità e il richiamo alla concorsualità quale dispositivo capace di coniugare imparziali ed efficienza allocativa (per favorire in regime di contendibilità l'emersione delle proposte di maggior interesse e per favorire la massima trasparenza e imparzialità); il massimo orientamento pro coesivo, con consapevolezza del ruolo strumentale del piano rispetto alla costruzione del *welfare* urbano e ricerca di maggior

effettività, anche tramite il concorso dei privati (basterebbe citare la figura del piano dei servizi lombardo e l'attenzione riservata ai city users e non più soltanto ai residenti, per concludere (sempre in termini non esaustivi) con la previsione di forme di collaborazione con le comunità e i soggetti del terzo settore nella gestione dei beni comuni urbani.

Non è questa la sede per ripercorrere analiticamente un tale elenco, peraltro non completo, di principi ineludibili anche in vista di una auspicabile ripresa del dibattito sulla riforma della legge urbanistica nazionale. È invece opportuno dare conto di come l'avvenuto consolidamento di una prassi disciplinare (a cui corrisponde ormai uno schema dogmatico in cui trovano pieno recepimento i principi di nuovo conio) secondo cui un piano, al di là del *nomen* o della struttura compatta o bi-tripartita, si articola, nella sostanza contenutistica:

a. in una componente analitico-ricognitiva (delle 'invarianti' geo-ambientali, dei caratteri e delle interpretazioni del paesaggio, del sistema urbano e dei correlativi metabolismi) e di definizione di un orizzonte strategico, con disciplina dei possibili (minimi) interventi incrementali, ammissibili solo ove non sia possibile il riuso del già costruito e previa compensazione ambientale;

b. in una componente regolativa riservata all'esistente e alla tutela del non urbanizzato;

c. in una componente riservata alla città pubblica (non solo gli standard tradizionalmente identificati nelle dotazioni territoriali ma anche il verde urbano e le opere e sistemazioni tese a garantire resilienza rispetto al cambiamento climatico).

Si rendono quindi più chiare e comprensibili, in termini di strumentalità e appropriatezza alle funzioni assunte dalla pianificazione, le ragioni della scomposizione del piano-atto, di cui si discute sin dalla proposta dell'INU formulata alla metà degli anni Novanta[74].

La componente analitico-ricognitiva del piano è tesa a riservare uno spazio finalmente riconoscibile alla funzione di analisi (o funzione conoscitiva), un tempo relegata nelle fasi preparatorie e i cui esiti rimanevano confinati nelle relazioni illustrative, condannati alla sostanziale irrilevanza. La funzione analitico-conoscitiva è innanzitutto preordinata a consentire l'emersione delle identità e vocazioni locali (con definitivo superamento dell'idea di una griglia uniforme di zone e standard, con effetti inevitabilmente omologanti) e al riconoscimento

[74] *Proposta di legge generale per la pianificazione urbanistica*, in *Urbanistica quaderni*, 1995, 6.

dello statuto morfologico e funzionale dei diversi quadranti territoriali, a partire dalla messa fuoco delle 'invarianti' (ambientali, infrastrutturali, insediative: art. 6 l. 265/2014 Toscana, secondo cui questi acclaramenti rifluiscono in un documento pregnantemente denominato Statuto del Territorio "*Lo statuto del territorio costituisce l'atto di riconoscimento identitario mediante il quale la comunità locale riconosce il proprio patrimonio territoriale e ne individua le regole di tutela, riproduzione e trasformazione*"). Il PUG emiliano si compone invece di un documento denominato Quadro conoscitivo (art. 22 "*Il quadro conoscitivo e elemento costitutivo degli strumenti di pianificazione*": "*stato del territorio e dei processi evolutivi … con particolare riferimento ai cambiamenti climatici*"). Nella stagione in cui il piano doveva assicurare un ordine all'espansione e secondo il postulato razionalista il territorio era nella completa disponibilità del pianificatore, le scelte di azzonamento erano il risultato di una intenzionalità di disegno urbanistico. Nel periodo più recente è invece maturata la *communis opinio* secondo cui il territorio presenta elementi rigidi, non modificabili: la dorsale territoriale è oggi riconoscibile in primo luogo nel sistema ambientale e nelle reti ecologiche che ne innervano una struttura rigida. La conoscenza territoriale assume consistenza sostantiva anche in seguito alla sottoposizione alla VAS dei piani urbanistici, *pendant* del principio comunitario di integrazione delle politiche ambientali[75]. La VAS ha imposto di sistematizzare con tecniche adeguate la conoscenza dei dati territoriali circa la capacità di carico dei sistemi ambientali esposti alle pressioni insediative, postula la verifica dell'impronta ecologica dei sistemi urbani e l'analisi del capitale naturale e la contabilizzazione dei servizi ecosistemici garantiti dalle matrici ambientali incise dal piano. Si verifica in tal modo l'introiezione nella pianificazione dei diversi interessi (ambientale, paesaggistico, idrogeologico) che un tempo si definivano differenziati; interessi che oggi vengono immessi nella procedura pianificatoria per divenire contenuti informatori del piano e non più soltanto meri termini di confronto entro una verifica *ab externo* ed *ex post* circa la compatibilità del progetto di piano. La VAS nel nuovo modello di pianificazione ha ad oggetto, sempre più spesso, piani senza crescita: devono quindi essere sviluppate tecniche e indicatori non tanto per misurare gli effetti dell'erosione delle risorse naturali quanto per confrontare diversi scenari

[75] Ex multis, P. Chirulli, *La valutazione ambientale strategica, a dieci anni dall'entrata in vigore del Codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. urban.*, 2017, 121; M. D'Orsogna – L. De Gregoriis, *La valutazione ambientale strategica*, in *Trattato di diritto dell'ambiente*, dir. P. Dell'Anno, E. Picozza, II, Padova, 2013, 561.

di piano assumendo quale elemento di discretizzazione la rispettiva attitudine a promuovere la riduzione dell'impronta urbana e a garantire, mediante interventi di desigillatura e rinaturalizzazione, una maggior resilienza dell'ambiente urbano e una maggiore capacità di adattamento al cambiamento climatico.

Alla componente analitica si correla strettamente, in termini di rigida coerenza, una componente volta alla definizione – partecipata – di un orizzonte strategico (espressione delle aspirazioni e delle responsabilità comunitarie), con indicazione dei limiti alla crescita insediativa dettati dalla capacità di carico del territorio e del sistema ambientale, e di una disciplina degli interventi incrementali (con indicazione non di dettaglio delle possibili localizzazioni ma piuttosto con definizione della soglia massima di volumetria in aggregato e indicazione del mix di funzioni, senza valore conformativo dei suoli). Emergono quindi i tratti di una funzione strategico-strutturale, entro la quale la completezza dell'apparato conoscitivo e la conoscenza oggettivata limitano sensibilmente la tradizionale discrezionalità delle scelte[76]. L'esperienza recente dei piani strutturali aveva abituato a un panorama fatto di rappresentazioni vaghe, evanescenti, con funzione più comunicativa che pianificatoria: sono i piani strutturali che si possono definire 'prepianificatori'. Le nuove leggi impongono invece una puntuale rappresentazione del progetto territoriale e la sottolineatura del nesso con la componente ricognitiva consente di tracciare in termini oggettivanti e di stretta consequenzialità con l'apparato conoscitivo il margine che distingue l'urbanizzato dal non urbanizzato, gli areali agro-naturali dai tessuti urbani consolidati (nella legge alto-atesina a tale linea discretiva corrisponde addirittura al confine tra le competenze del comune e quelle della provincia autonoma).

La componente infrastrutturativa del piano (sulla scia del piano dei servizi lombardo) è riservata alla funzione di implementazione della città pubblica, non più circoscritta agli standard della tradizione, finalizzati alla formazione delle opere di urbanizzazione, ma estesa all'intera gamma delle dotazioni territoriali, agli spazi aperti alla fruizione collettiva nonché al verde urbano, decisivo per la riduzione della bolla di calore urbano e per favorire l'invarianza idraulica. Peraltro, già nella stagione

[76] P. Urbani, *A proposito della riduzione del consumo di suolo*, in *Riv. giur. edil.* 2016, 231: "*si vincola l'attività discrezionale dei comuni prevedendo che le scelte di piano debbano dar conto di una serie di invarianti ambientali o naturalistiche che costituiscono il presupposto conoscitivo che condiziona le scelte di trasformazione", quindi si mira a "ridurre la discrezionalità amministrativa di piano (discrezionalità politica) a favore della discrezionalità tecnica*".

precedente era intervenuto il passaggio dallo schema vincolistico, in cui il piano si limitava a prevedere l'identificazione delle aree poste in riserva, ad un piano capace di garantire la effettiva formazione delle dotazioni territoriale realmente necessarie (si tratta del passaggio – a cui si è già fatto sintetico riferimento – dallo standard quantitativo allo standard qualitativo). Inoltre questa componente deve indicare le soluzioni praticabili per garantire effettiva attuazione alle previsioni sulla 'città pubblica sostenibile'. Soluzioni necessariamente ulteriori rispetto alla menzione – precocemente 'invecchiata' – della perequazione urbanistica, imperniate su rapporti di partenariato con i privati da strutturare ad esito di procedure trasparenti.

La componente regolativa (si può fare l'esempio del piano operativo nella legge toscana) è riservata alla funzione di disciplina normativa a. delle modalità di trasformazione dell'esistente, secondo schemi differenziati nei diversi tessuti (storici, saturi, diffusi, sfrangiati, etc. o nelle diverse unità territoriali che hanno preso il posto delle zone omogenee), b. della tutela del non urbanizzato e c. della qualità territoriale, ossia della qualità del paesaggio percepibile.

La riflessione sul piano non può arrestarsi al solo profilo relativo alla strutturazione interna (compatta o disaggregata in capitoli) del piano-atto.

Vi è un profilo di ordine funzionale che si coglie avendo riguardo al diverso grado di definizione e alla precettività immediata o differita dello strumento urbanistico. Il piano per alcune parti del territorio rinuncia ad esprimere una versione compiuta del progetto territoriale e si compone di conseguenza di una serie di capitoli più definiti (comunque flessibilizzabili, al netto delle invarianti, e aggiornabili nel tempo con procedure semplificate), riservati alle componenti infrastrutturali e regolative, e di un capitolo non definito alla scala di dettaglio che comprende le previsioni preordinate unicamente ad orientare l'attivazione degli interventi di maggior momento (nella leggi della terza stagione erano ancora i piani attuativi espansivi e questo è ancora un contenuto centrale del documento di piano lombardo mentre nelle leggi più recenti sono – come si è detto – le aree da sottoporre a rigenerazione urbana). Questo capitolo del piano è riservato alle scelte che presuppongono un raccordo con altre politiche pubbliche e che l'amministrazione non è in grado di definire nel dettaglio al di fuori di un confronto e di una negoziazione aperta con i soggetti coinvolti e di fasi di

ascolto delle diverse posizioni. Sul calco della legge emiliana[77] e sulla scia dell'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo[78], si delinea un piano che, in nome di una maggiore effettività derivabile dall'adesione dei soggetti coinvolti[79], rinuncia all'unilateralità e alla comprensività che rappresentavano caratteristiche salienti del PRG novecentesco. La nuova generazione di strumenti urbanistici non demanda più ad accordi con i privati soltanto la vicenda di attuazione ma attribuisce agli accordi un ruolo decisivo (sostanzialmente paritetico, entro un quadro di coerenza con le linee generali di impostazione del piano) nella fase di definizione del disegno urbanistico per le aree necessitanti di soluzioni di maggior complessità, tra le quali innanzitutto le aree da rigenerare (decisive per il recupero di urbanità nei contesti urbani). La apparente rinuncia alla precettività ha fatto gridare allo scandalo in Emilia e ha fatto parlare da più parti di rinuncia alla pianificazione[80]. Non pare tuttavia che il futuro riservi una depianificazione. Dovremmo invece abituarci a piani processuali, non rappresentativi di un disegno finale ma tesi a prefigurare le condizioni, anche mediante un ventaglio di incentivi (decontributivi, volumetrici, procedurali, etc.), per un reale innesco delle iniziative private. Il tema della negoziazione ha uno stretto rapporto con quello della concorsualità, già in passato praticata per favorire la selezione tra diverse proposte di intervento estensivo. Nella stagione del limite allo sviluppo insediativo, diviene decisivo sottoporre a confronti aperti e

[77] Su questo profilo si è concentrata L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in AIPDA, *Annuario 2017. Decisioni amministrative e processi deliberativi*, Napoli, 2018, 13, ove l'Autrice critica le posizioni di coloro che ("*conservatori in servizio permanente effettivo*") hanno sottoposto il p.d.l. e la successiva legge emiliana ad una serrata opposizione. T. Bonetti, *La riforma urbanistica in Emilia-Romagna tra presente e futuro*, cit., in part., 694. Si vedano, inoltre, in relazione alle leggi della terza stagione, M. Magri, *Gli accordi con i privati nella formazione dei piani urbanistici strutturali*, in *Riv. giur. urban*., 2007, 539; G. Pagliari, *Gli accordi urbanistici tra P.A. e privati*, in *Riv. giur. urban*., 2008, 449.

[78] Sull'art. 11, si veda, da ultimo, M. C. Romano, *Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 399.

[79] Sulla maggior effettività delle soluzioni negoziate, restano valide, oltre le riflessioni sviluppate da P. Urbani nei lavori già citati, le considerazioni espresse da L. Bobbio, *Le politiche contrattualizzate*, in *Il futuro delle politiche pubbliche*, a cura di C. Donolo, Milano, 2006, 59. Sulle perplessità esprimibili in caso di (indiscriminata) applicazione degli accordi alla pianificazione del territorio, P. Stella Richter, *I sostenitori dell'urbanistica convenzionale*, in *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, a cura di P. Urbani, Torino, 213, 21.

[80] In termini maggiormente equilibrati sugli effetti della negoziazione delle previsioni urbanistiche, P. Stella Richter, *La fine del piano e del suo mito*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, 432.

competitivi le diverse proposte al fine di far emergere le soluzioni di minor impatto ed in grado di assicurare qualità e valore pubblico, in un contesto in cui anche le risorse incentivali non sono illimitate. Se il piano non è ancora conformativo nel dettaglio (e nessun proprietario ha quindi la certezza della trasformabilità) e l'amministrazione sta allocando una risorsa scarsa (gli incentivi), il sistema più efficiente è sicuramente rappresentato da un confronto in cui viene premiato il soggetto che propone la miglior soluzione. La concorsualità, unitamente al ricorso di strumenti di *nudging* ormai di uso non infrequente, dovrebbe quindi sollecitare l'espressione delle preferenze dei privati, avversando ogni attendismo e facendo emergere le migliori proposte secondo una scala di obiettivi previamente identificati dall'amministrazione.

La struttura del piano, e prima ancora il percorso di elaborazione, si impernia su un segno fondativo che riflette (ancora una volta in termini oggettivanti e basati sulla conoscenza, sulla vera frattura fisica che percorre il territorio, quella tra areali ambientali e tessuti urbani. A partire da questo sostanziale acclaramento statutario (l'opposto di una valutazione politico-discrezionale) si costruisce un piano chiamato ad esercitare due macro-funzioni diverse: quella di innalzamento dell'urbanità e quella 'custodiale'. Un piano a cui compete quindi profilare un possibile equilibrio dinamico tra istanze di protezione e di soddisfacimento dei bisogni insediativi (sempre più esigenti ma senza più sviluppo orizzontale e dissipativo).

Il dato che emerge in termini nuovi è dunque rappresentato dalla struttura di un piano a due 'durezze': flessibile e adattivo – come si è detto – nei tessuti urbani e, soprattutto, nei quadranti da rigenerare; rigido negli spazi areali agro-naturali, in quanto poggiante sulla ricognizione degli elementi di lunga durata, le 'invarianti' ambientali, rispetto alle quali l'azione custodiale ha una funzione di protezione di elementi la cui consistenza e il cui assetto è sottratto alla disponibilità del pianificatore.

5. *Dimensioni procedurali (e nuove tecnologie)*

Le leggi più recenti riservano ampio spazio alle dimensioni procedurali[81]. Già le leggi degli anni Novanta avevano ampiamente

[81] Da ultimo, C.P. Santacroce, *Prender parte al governo del territorio e prendersi cura del territorio, ovvero della rigenerazione urbana presa sul serio*, in *Riv. giur. urban.*, 2021, 511; A. Simonati, *La città come luogo di nuove forme di partecipazione nelle leggi urbanistiche regionali. Riflessioni su un'evoluzione in corso*, in *Verso le leggi regionali di quarta generazione*, cit., 93; P. Marzaro, *La partecipazione consapevole nella nuova*

dimostrato la possibilità di disegnare modelli diversi e ulteriori rispetto a quanto previsto dalla l. urbanistica e dalla legge 241/1990, anche senza scadere in eccessi assembleari. Secondo la l. urbanistica, la partecipazione è circoscritta al solo istituto delle osservazioni post-adozione. Questa figura all'epoca ha rappresentato una significativa innovazione nella prospettiva di assicurare voce alle diverse componenti della società corporativa. Nel tempo lo strumento delle osservazioni si è tuttavia rivelato decisamente insufficiente e inadeguato, soprattutto dopo che la legge generale sul procedimento amministrativo ha escluso (art. 13, l. 241/1990) dal proprio campo di applicazione l'ambito della pianificazione, al quale dunque non possono estendersi le disposizioni che disciplinano gli istituti di partecipazione procedimentale. La partecipazione ha comunque subito una significativa evoluzione[82]. In seguito ad una serie di pronunce dei giudici amministrativi la legittimazione è stata sganciata dalla titolarità di specifici beni interessati dalla scelte di pianificazione e a questo processo evolutivo è corrisposto un mutamento della finalità dell'intervento dei privati, non più soltanto a strumento di salvaguardia di specifici interessi (partecipazione in chiave difensiva), ma anche per implementare con apporti privati il novero delle conoscenze territoriali disponibili nel processo di elaborazione della decisione di piano (e – ancora prima – della formazione dell'agenda dei temi che il piano deve affrontare), con la conseguenza che la piena legittimazione a partecipare viene da tempo riconosciuta a tutti i cittadini (partecipazione in senso democratico). La finalità più autentica della partecipazione si identifica dunque con l'esigenza di garantire che il decisore sia in condizione di 'ottimalità informativa', possa cioè redigere il piano senza che informazioni decisive di cui dispongono i privati restino estranee al patrimonio informativo che si aggrega nella fase analitico-conoscitiva a cui abbiamo fatto cenno.

Il dato più rimarchevole, nell'ambito dell'evoluzione dell'istituto, è rappresentato dal superamento nella legislazione regionale del tradizionale limite strutturale che sconta(va)no le osservazioni, legato

urbanistica regionale, in *La città e la partecipazione tra diritto e politica*, a cura di F. Pizzolato, A. Scalone, F. Corvaja, Torino, 2019, 303.

[82] P. L. Portaluri, *La partecipazione dei privati al procedimento di formazione del piano*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, cit., 978; A. Calegari, *Sul ruolo dei soggetti pubblici e privati nel procedimento di formazione del p.r.g.*, in *Riv. giur. urban.*, 2006, 157; C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione tra chiunque e interessato*, in *Dir. pubbl.*, 2008, 263. Si veda inoltre il puntuale contributo di A. Simonati, *La città, luogo di nuove forme di partecipazione*, in esso le leggi regionali di quarta generazione, cit., 93, ove sono richiamati anche gli ulteriori lavori dell'Autrice sul tema della partecipazione nei procedimenti pianificatori.

alla proponibilità delle stesse solo in una fase (post-adozione) in cui la decisione di piano si è ormai consolidata, con il risultato che le osservazioni stesse finivano inevitabilmente per ridursi a una critica ad un piano comunque costruito in maniera unilaterale dall'amministrazione e suscettibile, al più, di marginali modifiche (utili al massimo a correggere alcuni profili micro-decisionali, riferibili a situazioni specifiche, ma quasi mai idonee ad incidere sulla struttura portante del piano stesso).

Altro elemento che concorre ad accentuare il ruolo della partecipazione nei procedimenti pianificatori è costituito dalla maturata percezione del piano come sintesi e presupposto della quasi totalità delle politiche comunali. Questo concorso di circostanze favorisce quindi l'emersione di contributi interpretativi della realtà territoriale, gerarchizzazioni dei bisogni e delle compatibilità che vanno ben al di là della (pur inevitabile) egoistica (e spesso velleitaria) rappresentazione di aspettative individuali di tipo proprietario.

L'innalzamento della qualità della partecipazione è favorito anche dalla circostanza che si è passati in un breve torno d'anni dalla partecipazione quale confronto *sul* piano e post-piano (ossia su un documento già 'ossificato') ad una possibilità effettiva di partecipazione durante tutta la procedura di pianificazione, che può, almeno in potenza e grazie ad un atteggiamento pro-attivo e non meramente neutrale delle amministrazioni, divenire strumento per innalzare il patrimonio di conoscenza territoriale e la legittimazione complessiva della successiva decisione. Da ciò discende un rapporto cittadino-amministrazione qualitativamente rinnovato, volto alla costruzione di una autentica «democrazia amministrativa dei luoghi» a livello comunale[83].

Seguendo le diverse fasi del procedimento di pianificazione si può osservare come si siano modificate le modalità di esercizio della partecipazione. Prima ancora del dipanarsi della sequenza pianificatoria, si può parlare di partecipazione anticipata, resa possibile dalle leggi più recenti sin dalla fase di esordio del procedimento (la legge trentina e quella lombarda prevedono a tal fine la pubblicizzazione di un avviso preventivo) e di avvio della raccolta del materiale conoscitivo, mentre viene abbandonato nella leggi più recenti lo schema che prevedeva l'adozione di una delibera di indirizzi da parte del consiglio comunale (in Piemonte è prevista l'adozione di una proposta tecnica preliminare): si può parlare in tal senso anche di una partecipazione della 'pagina bianca', con funzione di implementazione del patrimonio informativo

[83] A. Magnaghi, *Il principio territoriale*, cit., 213.

che verrà successivamente razionalizzato dall'amministrazione; nella fase analitica diviene decisiva la garanzia dell'accesso alle informazioni: si muove in tale direzione la nomina, prevista dalla legge toscana e dalla legge emiliana, di un Garante dell'informazione e della partecipazione, incaricato di assicurare che tutti i materiali e i dati disponibili siano posti a disposizione del pubblico onde consentire che la partecipazione si confronti con le progressive oggettivazione attraverso cui procede la lettura del territorio; nella fase decisionale la partecipazione si esprime sugli scenari alternativi che devono essere profilati dall'amministrazione (secondo un insegnamento che si ritrae dalla direttiva europea sulla VAS): si può conclusivamente parlare di partecipazione incidente nel senso che l'amministrazione, ad onta della tralatizia derubricazione delle osservazioni al rango di meri contributi partecipativi, è tenuta a porre in discussione le diverse posizioni emerse e a tenerne in effettiva considerazione nella motivazione del piano. I modelli di coinvolgimento dei cittadini sono molteplici (*focus group*, sondaggi preventivi, siti dedicati, etc.) e oggi è possibile guardare in termini paradigmatici anche al dibattito pubblico innestato (pur tra incertezze e retromarce) nella sequenza di programmazione dei lavori pubblici dal codice dei contratti pubblici[84]. Tutto ciò presuppone tuttavia un significativo investimento di risorse e un atteggiamento aperto e pro-attivo da parte delle amministrazioni per evitare che le soluzioni profilate dalle leggi regionali si rinsecchiscano in una vuota liturgia della partecipazione formale. La partecipazione ai procedimenti territoriali, per essere effettiva, deve essere *anticipata* (ossia deve potersi dispiegare sin dalle prime fasi del procedimento, in cui si raccolgono le informazioni, si consolida la conoscenza territoriale e si definisce il *frame* decisionale[85]), *informata* (ossia dopo una prima fase di esordio, in cui ad ogni attore territoriale deve essere consentito di esprimere le proprie aspirazioni, secondo un

[84] Sul dibattito pubblico, sicuramente praticabile in forme adattate alla pianificazione urbanistica, si vedano: C. cost. 235/2018 e, in dottrina, A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 505; V. Molaschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisione pubblica*, Napoli, 2018; e, sul D.P.C.M. 76/2018, G. Manfredi, *Il regolamento sul dibattito pubblico: democrazia deliberativa e sindrome nymby*, in *Urb. app*., 2018, 604.

[85] H. Simon ha evidenziato che nei processi di pianificazione mantiene un potere sostanziale il soggetto che identifica preventivamente le «*alternative plausibili*» (Id., *Il comportamento amministrativo*, II ed., Bologna, 2001, 168, ove l'autore definisce «*il procedimento di programmazione*» come «*un compromesso, laddove solo le alternative più plausibili sono praticamente elaborate in dettaglio*»; *adde* S. Ricossa, *Teoria delle decisioni*, in *Dizionario di economia*, III ed., Torino, 1998, 125).

modello che potremmo definire della 'pagina bianca', ai partecipanti deve essere consentito, ed imposto, confrontarsi con gli scenari che si aggregano al sedimentarsi di conoscenza raccolta dall'amministrazione ed apportata dai partecipanti stessi) ed *incidente* (ossia produttiva di un vincolo in capo all'amministrazione nel senso della effettiva presa in considerazione dei contributi privati nel progetto di decisione).

La qualità della partecipazione 'dal basso' necessita non solo di dispositivi istituzionali ma anche di soluzioni tecniche innovative in grado di rendere condivisibili e, nel contempo, meno discrezionali le decisioni per i territori, i paesaggi e l'urbano. Tecniche, classificatoriamente suddivisibili in tecniche per l'ascolto, per l'interazione costruttiva con gli stakeholders e per la costruzione del consenso.

In questa direzione è facile prevedere gli sviluppi potenziali di iniziative che già in molte città stanno dando un significato alla *smartness* non solo sul piano (pur essenziale) dell'efficienza ma anche del *public engagement*. Le potenzialità offerte dalla tecnologia e dalla capacità di raccolta e trattamento di enormi masse di dati[86] consentono da tempo la formazione di mappe interattive in grado di formulare simulazioni dei diversi scenari decisionali. L'*Urban intelligence* può concorrere a rafforzare il primato della conoscenza sulla decisione: scelte che un tempo erano espressione di un'ampia discrezionalità politica, oggi sono riconducibili ad un piano di oggettività delle premesse conoscitive e transitano per valutazione comparativa delle diverse ipotesi che consente di approdare ad una discretizzazione obiettiva. Del pari, questi stessi strumenti rendono possibile l'allargamento (potenzialmente senza limiti) del perimetro dei soggetti informati e posti in grado di partecipare attivamente a sondaggi e votazioni on line in funzione di censimento dei bisogni e in fasi in cui il ventaglio delle possibili decisioni è ancora aperto. Inoltre, la capacità di simulazione rende possibile verificare la plausibilità e i potenziali effetti anche delle soluzioni proposte nel dibattito civico. I sistemi informativi territoriali (SIT), nati come meri strumenti di rappresentazione vettoriale, divengono quindi strumenti tecnici di accumulo di conoscenze e *urban data*[87] provenienti non solo da una analisi tecnica ma anche dalla consultazione dei cittadini, dando uno spessore alla percezione soggettiva che le comunità e i

[86] M. Falcone, On the impact of big data analytics on administrative investigation see, e.g., *Big data e pubbliche amministrazioni: nuove prospettive per la funzione conoscitiva pubblica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 601.

[87] *Urban data. Tecnologie e metodi per la città algoritmica*, a cura di R. Pagani, G. Chiesa, Milano, 2016.

singoli hanno dei fatti urbani, sino ad assumere non più solo una funzione di rappresentazione dei dati territoriali ma anche una autentica capacità di ragionamento logico deduttivo . Il passaggio del SIT e della conoscenza territoriale da mera base tecnica a strumento di attivazione del dibattito ed a fondamento oggettivo delle decisioni costituisce un dato ormai acquisito nella legislazione regionale. La legge urbanistica toscana 65/2015, qualifica espressamente il SIT come base conoscitiva essenziale di ogni processo di pianificazione e strumento di verifica degli effetti prodotti dal piano. Un esempio, tra i molti, della possibile incidenza dell'informazione territoriale sulle traiettorie decisionali può essere rappresentata dall'esperimento fiorentino di Digital community mapping, consistito nell'approntare una interfaccia per la formulazione di mappe identitarie formate dalle comunità microlocali, caricate quindi sul SIT (tramite la piattaforma CIVISM Firenze) e divenute patrimonio conoscitivo condiviso tra le strutture amministrative e la cittadinanza. Con una particolare attenzione al tema della partecipazione si segnala invece l'esperienza del portale DecidiTorino, sul quale sono stati avviati dibattiti e forum aperti. Con una ulteriore evoluzione, ormai molte città (Rotterdam, Rennes, Barcellona e Helsinki, tra le prime) hanno strutturato – come detto – dei 'gemelli virtuali' (*digital twins*)[88] che sono il risultato della sovrapposizione di una pluralità di carte tematiche e raccolgono una messe di dati circa la qualità ambientale e i flussi di traffico, preferenze commerciali, comportamento degli edifici alle sollecitazioni, degrado e decoro urbano, flussi dei utilizzatori, etc. attraverso sensori distribuiti in molti punti della città ma registrano anche le preferenze utenziali e le segnalazioni dei cittadini. Si tratta di sistemi che hanno una elevata capacità predittiva in quanto imperniati su algoritmi che apprendono ed evolvono costantemente (*learning machine*), in grado di elaborare scenari e di indicare in via anticipata quali sarebbero le prevedibili reazioni del sistema in conseguenza dell'applicazione delle diverse opzioni decisionali: un saggio della futuribile cyber-urbanistica.

La gestione dei tessuti urbani in direzione di una sempre maggiore urbanità in futuro vedrà dunque la convergenza di due tendenze, entrambe orientate alla collaborazione tra i cittadini e l'amministrazione, la quale, del resto, non dispone di strumenti in grado di assicurare una regolazione complessiva dei fenomeni urbani: da una parte la

[88] P. Schumacher, *La città parametrica*, in *Abitare*, 2011, 511; E. M. Tulli Guardabassi, *La cyber-urbanistica: i nuovi sistemi informativi al servizio dell'urbanistica*, in *La nuova urbanistica regionale*, a cura di P. Stella Richter, Milano, 2021, 149.

collaborazione sussidiaria dei cittadini nella cura di specifici beni pubblici e risorse ambientali[89], attività dalla quale deriva una crescita della cultura civica destinata a generare una domanda di partecipazione anche alle decisioni di scala urbana, dall'altro una sempre maggior apertura dei procedimenti sin dalla fase posizione dei problemi e di istruttoria per confronto tra scenari con effetti simulabili, per approdare ad un innovativo modello (ancora da disegnare, ma di cui si intravvedono la necessità ed i prodromi) di democrazia procedurale urbana.

6. *Un piano adattativo e rivedibile*

Il rilievo assunto dalla partecipazione procedimentale contribuisce a denotare l'attività pianificatoria alla stregua di un *policy cicle* entro cui la deliberazione del piano costituisce solo il dato formale di chiusura di una sequenza al centro della quale campeggiano la raccolta-elaborazione della conoscenza e la redazione di scenari confrontabili e discretizzabili; sequenza che riprende subito dopo l'approvazione del piano con sottoposizione a monitoraggio circa gli effetti prodotti nella prospettiva di un continuo adattamento dello strumento regolatorio alla complessità e dinamicità delle problematiche da affrontare ed alla mutevolezza degli interessi che devono trovare nel piano una adeguata composizione. Ciò sulla base della consapevolezza che le decisioni di piano vengono assunte in una condizione di ineliminabile incertezza, alla quale si può ovviare appunto soltanto mediante continui adattamenti successivi.

L'emersione di nuovi oggetti territoriali e la previsione di nuove funzioni che il piano deve assolvere attraverso dispositivi, misure e tecniche che si distaccano alquanto dalla tradizionale impostazione incide significativamente – come è molto evidente nella legislazione regionale – non solo sulla forma-piano e sulla struttura interna del piano e, ancor più, sul potere di pianificazione e sulla qualificazione del piano.

Lo schema tradizionale accettava l'idea di un atto amministrativo a carattere generale connotato da: *a*) opacità delle premesse conoscitive; *b*) carenza di una autentica motivazione delle decisioni (pretesamente autoesplicative e sovente autoreferenziali, con rinvio circolare alla relazione illustrativa ed alla impostazione generale del piano, mediante

[89] Occorre dare conto della diffusione di nuove forme di partecipazione evoluta, orientata alla cooperazione interistituzionale ('contratti' non più solo di fiume, ma anche di rete ecologica e di paesaggio) e di pratiche di riappropriazione sussidiaria di strutture e luoghi da parte di comunità responsabili (sul calco del già ricordato Patto di Bologna).

formule spesso di tenore assertivo); *c*) spazio decisamente ridotto riconosciuto alla partecipazione dei cittadini. Il concorso di queste circostanze ha fatto assumere nel tempo una impropria e inscalfibile centralità al momento della decisione politica. Una decisione nei confronti della quale anche il sindacato del giudice amministrativo incontrava tradizionalmente notevoli limiti, in quanto si riteneva che non fosse possibile mettere in discussione il mosaico di scelte in cui si articolava il piano, se non nei casi (estremi e di infrequente verificazione) di macroscopica irragionevolezza o di errore di fatto manifesto.

Si è quindi cominciato a parlare – secondo un radicato *mainstream* – di «potere di piano» per riferirsi ad una decisione a carattere ampiamente discrezionale, non scomponibile in un fascio di micro-determinazioni riferibili ai singoli lotti, di fronte alla quale si scoloravano le posizioni soggettive dei singoli proprietari: una decisione la cui motivazione rimaneva sovente implicita, ritenuta deducibile direttamente dai contenuti del piano (assunti in guisa di canoni autoevidenti) ancor più che dalla relazione illustrativa che lo accompagnava. Questo schema tralatizio, che dall'urbanistica si è diffuso in altri settori, sino a divenire il *proprium* del potere di pianificazione, è stato rimesso in discussione nel tempo recente e non è più predicabile con riferimento ad un elevato numero di piani che hanno fedelmente recepito i canoni di fondo della nuova stagione legislativa regionale. Nel modello profilato dalle leggi regionali più recenti assume – come detto – un rilievo determinante il momento conoscitivo e si impone una compiuta evidenziazione degli elementi oggettivi su cui si fonda la decisione conclusiva. A questa esplicitazione delle premesse decisionali concorre decisivamente – come già accennato – anche la sottoposizione dei piani alla valutazione ambientale strategica, entro cui è imposta la tematizzazione e la messa a confronto di una pluralità di scenari (si parla di ragionevoli alternative) suscettibili di collocazione entro un ordine discreto (nel rispetto, tra l'altro, del principio di proporzionalità[90]), ciascuno dei quali aggregato a partire da una base conoscitiva incrementale, che si implementa anche grazie agli apporti partecipativi di tutti gli *stakeholders*. Il metodo codificato nella procedura di VAS garantisce una elevata capacità di razionalizzazione della complessità e si connota salientemente per l'apertura verso l'esterno. Questo approccio ha finito per permeare anche il procedimento di pianificazione: del resto, ad una tale capacità

[90] A. Sau, *La proporzionalità nei sistemi amministrativi complessi. Il caso del governo del territorio*, Milano, 2017.

di razionalizzazione non potrebbe essere opposto sul versante del procedimento pianificatorio uno schema ancora imperniato su uno schema esclusivamente politico-discrezionale. L'apparato conoscitivo e la fase istruttoria (un tempo in ombra e delegata del resto perlopiù a dei tecnici esterni, chiamati ad applicare al territorio tecniche e standard che non riuscivano comunque ad imbrigliare il potere della componente politica) assumono quindi una riconosciuta centralità in questo nuovo modello di traiettoria decisionale, in quanto atti a svolgere una funzione di oggettivazione delle caratteristiche morfologiche dei suoli e delle soglie di sostenibilità ambientale (derivanti dall'applicazione di parametri ampiamente misurabili), fungendo quindi da fattore di fissazione delle premesse logiche delle decisioni, con conseguente riduzione a valle del tasso di discrezionalità-politicità delle scelte di piano[91]. Il piano resta sicuramente un atto discrezionale ed a responsabilità politica, ma si registra uno spostamento del fulcro sostanziale del procedimento di piano, che non si identifica più con il momento decisorio (la delibera di adozione), ma va invece identificato nella fase preparatoria, entro la quale si susseguono una serie di acclaramenti tesi a fissare entro uno schema multifattoriale retto da una razionalità raffigurabile in termini non opinabili da dati circa l'assetto del territorio (le c.d. invarianti ambientali, estetico-paesaggistiche e insediative, nel lessico regionale) e circa la capacità di carico dei suoli e dei sistemi urbani. Dall'apparato conoscitivo discendono quindi – in rapporto di stretta coerenza – taluni corollari decisionali: la decisione (un tempo ampiamente discrezionale) tende a prendere forma di selezione (a sua volta retta da logiche razionalizzanti di discretizzazione) tra questi diversi scenari, comunque tutti previamente verificati nella loro sostenibilità di fondo, in correlazione con le invarianti territoriali e con l'orizzonte dei valori, delle aspirazioni e degli obiettivi, anch'essi esplicitati sin dalla prima fase del procedimento (in coerenza con l'orizzonte assiologico derivante dalla distinta messa a fuoco delle diverse risorse territoriali e dagli esiti del confronto con la popolazione).

Il risultato della evidenziazione dei presupposti sono decisioni caratterizzate da una piena conoscibilità-ripetibilità-sindacabilità: per molti versi, l'esatto opposto della decisione di piano che le stagioni alle spalle avevano consegnato, alla stregua di un paradigma, al diritto amministrativo generale.

[91] A. G. Pietrosanti, *Sull'ampiezza della discrezionalità del pianificatore*, in *Ripensare la città e il suo diritto*, cit., 79.

SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SU GOVERNO DEL TERRITORIO E MIRE DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

di Vinicio Brigante

SOMMARIO: 1. Urbanistica e criminalità: nessi invisibili. – 2. Interessi sul territorio e illegalità. Amministrare le interdipendenze. – 3. L'adeguatezza della reazione amministrativa. Spunti critici. – 4. I diritti nella città. Per un rinnovato approccio alle misure urbanistiche antimafia

1. *Urbanistica e criminalità: nessi invisibili*

Il governo del territorio e la pianificazione urbanistica vivono di una contraddizione che appare evidente solo dopo attente e approfondite analisi; potrebbero infatti, rappresentare uno degli strumenti più efficaci di contrasto, di tipo preventivo, al fenomeno mafioso sul territorio e, al contempo, sono la vetrina attraverso la quale si può osservare una decennale connivenza tra diversi attori, pubblici e privati, che hanno portato a scelte che hanno deturpato ed alterato, per fini criminali, proprio parte del territorio.

L'idea stessa per la quale si potrebbe raccontare la storia dei nessi che intercorrono tra criminalità e urbanistica attraverso i drammatici eventi di dissesti o frane generati, direttamente o meno da speculazioni legate alla criminalità, potrebbe essere tacciata di pessimismo, ma avrebbe un fondo di verità, come dimostrano i recenti accadimenti che hanno interessato l'isola di Ischia, ma che in passato hanno riguardato altri luoghi del territorio nazionale[1]. È indubbiamente complesso ricostruire con certezza e adeguato impianto probatorio proprio i nessi causali con la criminalità, ma è impossibile negarne l'esistenza.

Città e territori sono il prodotto storico di scelte adottate nel tempo, guidate da una eterogenesi di fini e sulle quali convergono da sempre, pressioni e interessi, risultanti di scelte economiche e mutamenti sociali,

[1] Si v. il RAPPORTO LEGAMBIENTE, *Abusivismo edilizio: l'Italia frana, il Parlamento condona*, 2014, 18 ss., nel quale vi è un focus specifico sul tema rispetto alla regione Campania; sebbene l'analisi non preveda un'indagine territoriale specifica, ci si limita a rinviare, rispetto al territorio citato, a G. D'ANGELO, *Legge urbanistica della Campania: luci e ombre*, in *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, I, Napoli, 2007; opportuno appare il rinvio, in tema di presenza della criminalità sul territorio, a F. SALVIA, *Ancora sulla riemersione del Medioevo e sull'organizzazione mafiosa: incontri, scontri, trattative e nuove allocazioni del potere reale,* in *Nuove aut.*, 2014, 201 ss., 228 (nota § 56).

talvolta entrambi indotti, o in ogni caso condizionati, da *pratiche sregolative* di stampo criminale.

Proprio il consolidarsi di tali pratiche ne ha, in parte, legittimato tacitamente l'*iter* attuativo e di conseguenza ha ridotto il disvalore, anche sociale, delle stesse condotte che si sono poste all'esito di scelte di natura criminale; di converso, il processo è stato agevolato, nel corso degli anni, dalla debolezza della risposta amministrativa, poiché l'urbanistica, in luogo di assurgere al rango di 'manuale d'uso del territorio' è divenuta una materia caratterizzata da una buona dose di pluralismo episodico che ha connotato le varie situazioni di contesto[2], specie su base territoriale.

Ci si trova infatti, spesso, in situazioni nelle quali i diversi attori coinvolti – amministrazioni e operatori economici – trovano nelle scelte urbanistiche il punto di incontro, l'intersezione viziosa della complementarità delle connivenze.

In tale contesto, gli strumenti regolatori, e la pubblica amministrazione stessa per il tramite della filiera delle scelte urbanistiche, rischiano concretamente di essere inefficaci e di porsi, anzi, quali ignari complici di fini deteriori e illeciti, proprio nei confronti del territorio che sarebbero invece tenuti a tutelare.

Nel rapporto che intercorre tra urbanistica e interessi – si potrebbe, con una espressione significativa, parlare di mire – della criminalità organizzata si inscrivono, a vario titolo, diverse vicende, differenziate nel loro dispiegarsi, che ruotano tuttavia intorno a un nucleo comune, la necessità della criminalità di radicarsi sul territorio orientando a proprio favore le scelte urbanistiche[3].

In questi brevi cenni si intende indagare la risposta che il diritto amministrativo, come scienza e attraverso gli istituti vigenti, può fornire per evitare che il governo del territorio[4] diventi cattura della criminalità.

[2] La cui importanza è innegabile per ragioni ed elementi culturali, organizzativi e finanziari che condizionano l'esercizio del potere decisionale, come osservato da L. Torchia, *Teoria e prassi delle decisioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2017, 33.

[3] Sul tema, in relazione a una possibile chiave di lettura risolutiva, scettica è la posizione di E. Granata, P. Savoldi, *Prediche inutili. Perché parlare di mafie e urbanistica*, in *Territorio*, 2012 (63).

[4] Ci si riferisce all'impostazione accolta anche da F. Salvia, *ex multis* in *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove aut.*, 2012, 3, 425 ss., 427, discorre di ottimizzazione dell'uso del territorio intesa quale attitudine ad armonizzare e creare sinergie tra le diverse attività che si svolgono sul territorio stesso; sul tema, interessante è l'approccio offerto da G. Musarra, *L'urbanistica come panacea all'illegalità. Anticorruzione e legalità nei processi di governance del territorio e di costruzione della città*, in *Life safety and security*, 2017, 64 ss.

I due poli del discorso imporrebbero di condurre un'analisi che prenda le mosse da uno dei due aspetti per poi riavvolgere il filo delle questioni avvicinandosi all'altro; si potrebbe, per ambire a un maggior grado di completezza investigativa, ad esempio, distinguere le pressioni criminali in base alle dimensioni strategica o sociale delle scelte urbanistiche. Per ragioni di ampiezza e consapevoli delle conseguenze metodologiche dell'approccio, si opta invece per una trattazione che, di volta in volta, si soffermi sugli aspetti di maggiore interesse o che presentino le più aspre criticità.

L'ottica visuale di partenza, per ragionare di problemi contemporanei, è rappresentata dall'attuale assetto dell'urbanistica[5], che si propone di disciplinare il recupero e la riattualizzazione funzionale dell'esistente, che come tale impone spesso il ricorso ad affidamenti esternalizzati – che diventano di per sé uno dei nodi critici da risolvere[6], non oggetto di analisi specifica in questa sede – e alla ricerca delle soluzioni flessibili, nelle pur nebbie teoriche che avvolgono il significato del termine nelle discipline giuspubblicistiche[7]. Si pongono questioni che riguardano il riuso di spazi, beni e territori che hanno smarrito, per diverse ragioni, la loro funzione originaria e che, non essendo facilmente ricollocabili da parte dell'amministrazione, diventano preda della criminalità che si radica così in maniera ancora più pervasiva sul territorio, attraverso attività di rigenerazione apparentemente lecite.

Proprio la mutevolezza camaleontica delle scelte delle diverse organizzazioni criminali ha richiesto l'elaborazione di risposte sempre più complesse e diversificate[8], che spesso non si sono esaurite nell'applicazione di un singolo istituto, ma hanno imposto il ricorso a soluzioni

[5] Di recente, A. Bartolini, *Urbanistica* ad vocem, in *Enc. dir.* (Funzioni amministrative, vol. III de I Tematici), Milano, 2022, 1296 ss.

[6] Obbligato è il rinvio a F. Pugliese, *Risorse finanziarie, consensualità ed accordi nella pianificazione urbanistica*, in *Dir. amm.*, 1999, 19, osserva che l'urbanistica in sé, eccezion fatta per poche specifiche ipotesi, non spetta più solo allo Stato, ma a un "coacervo normativo equiordinato che non può subire una disciplina generalizzata e uniformante".

[7] Per un'analisi, seppur legata al tema dei contratti pubblici, ma la cui elaborazioni teoriche sono pienamente valide per l'indagine svolta, si v. G.D. Comporti, *La flessibilità nelle negoziazioni pubbliche*, in F. Liguori, S. Tuccillo (a cura di), *Contratti pubblici. Trasformazioni e problemi*, Napoli, 2017, 29 ss.

[8] Il tema, proprio con riferimento agli interessi – tuttavia legittimi – che insistono sulle trasformazioni del territorio non è nuovo, come osservato da P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianficazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 1, 50 ss., "il governo del territorio è così diventato il punto di intersezione, e talora di sovrapposizione, di discipline diverse che vanno a comporre un complesso mosaico del quale l'urbanistica tradizionalmente intesa è solo uno dei tasselli".

complesse. Così come le mafie celano i loro interessi e le loro attività in modelli illeciti differenziati, spesso coperti da veli di legalità, così l'amministrazione deve privilegiare soluzioni che si adattino ai contesti fattuali e che perseguano scopi differenziati, senza aprioristiche preferenze di un aspetto sull'altro, come accaduto anche nel recente passato.

Il punto di riferimento unitario non può infatti essere la singola applicazione di una misura o di un istituto, ma ci si deve porre nell'ottica del potere come espressione generale di una funzione sostanziale che si esprime in una molteplicità di forme procedurali.

È opportuno precisare che affidare una parte della risposta al problema – poiché agli strumenti repressivi del diritto penale non si può evidentemente rinunciare, pur dovendo gli stessi costituire una soluzione estrema al tema – al diritto amministrativo vuol dire porsi nell'ottica della prevenzione[9], nell'ottica di anticipare, per quanto possibile, i rischi che derivano dal rapporto tra criminalità e urbanistica[10].

Tale approccio, come noto, si perfeziona a partire dalla metà degli anni Settanta, allorquando inizia a farsi strada un'impostazione culturale in virtù della quale le politiche di sviluppo urbano devono prevedere, sin dalle fasi di programmazione, strumenti e soluzioni dirette a evitare che la criminalità possa insinuarsi nelle politiche pubbliche di gestione del territorio[11].

Si tratta di una rinnovata veste della c.d. prevenzione generale, diretta come tale a decostruire e disincentivare le modalità di gestione tradizionale del problema, affidandolo, per larga parte, proprio all'amministrazione[12]. In tal modo si sposta, almeno in parte, l'attenzione al tema

[9] Sul tema si v. il bel e articolato volume M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021.

[10] Come osservato di recente da M.A. Sandulli, *Edilizia*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 179 ss., l'intero novero dei controlli in materia edilizia deve ispirarsi al principio di proporzionalità per garantire l'efficacia degli stessi.

[11] Sul tema, nella prospettiva visuale degli eventi corruttivi, ma le cui coordinate interpretative sono pienamente valide per il discorso condotto in questa sede, cfr. A. Barone, *La prevenzione della corruzione nella 'governance' del territorio*, in *Dir. econ.*, 2018, 593, il quale pone attenzione alla dimensione organizzativa quale preliminare fattore di dissuasione e prevenzione dei fenomeni criminali.

[12] In termini ampi, sul tema delle politiche pubbliche in tema di prevenzione e alla cultura giuridica alle stesse sottese, cfr. G. Mosconi. *La nuova prevenzione e il decreto Minniti*, in *St. quest. Crim.*, 2017, 171 ss.; sul tema, in un'ottica di diritto comparato, particolarmente interessante appare la vicenda francese, su cui S. Rochè, *Le nuove tematiche della criminalità e della sua prevenzione in Francia*, in *Polis*, 1999, 99 ss., il quale evidenzia l'istituzione di vere e proprie istituzioni per la prevenzione attorno alle nozioni di prevenzione, partenariato e prossimità.

della disciplina generale della programmazione come aspetto ineludibile di razionalizzazione delle scelte pubbliche, attuabile solo attraverso una consapevole e ponderata valutazione della situazione nella sua globalità, che impone di individuare misure coordinate per intervenire in maniera adeguata[13].

2. *Interessi sul territorio e illegalità. Amministrare le interdipendenze*

I tentacolari interessi della criminalità nell'orientare le scelte urbanistiche si traducono in ipotesi di distorsione dei processi di governo del territorio e conducono a conseguenze differenziate, tra le quali, senza alcuna pretesa di esaustività, si possono segnalare episodi di corruzione in seno alla gestione di progetti e programmi territoriali, ipotesi di consumo di suolo non controllate, distruzione o alterazione del paesaggio, contraffazione di committenze pubbliche.

Gli interessi della criminalità si annidano potenzialmente in tutte le fasi collegate a scelte che incidono sul governo del territorio, a partire dalla decisione politica a monte. Tale tesi, che emerge in maniera più o meno evidente da testimonianze significative e che confermerebbe la relazione tra pratiche urbane e poteri criminali, ha radici e ragioni culturali, sociali ed economiche.

Per evitare di considerare la pianificazione urbanistica avulsa dal contesto sociale si è, nel corso degli anni, cercato di assicurare un coordinamento tra discipline generali e settoriali, tra le quali, con un elevato grado di interpretazione estensiva, potrebbe farsi rientrare anche la disciplina antimafia, genericamente intesa.

Tale equilibrio, tra governo del territorio e discipline differenziate, è delicato ed estremamente instabile, poiché richiede l'incessante ricerca di punti di raccordo che dovrebbero gravitare intorno all'idea e al momento di ottimizzazione dell'uso del territorio, dal quale devono essere evidentemente tenuti distanti gli interessi illeciti.

Per certi aspetti, proprio le lacune palesate dalla pianificazione urbanistica, che avrebbe dovuto garantire equilibri di lungo periodo tra spazi privati e interessi pubblici[14] e, che, invece, si è rivelata lenta e contrad-

[13] Si può, a tal proposito, riferire della nota impostazione offerta da S. Sassen, *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medioevo all'età globale* (trad. it.), Milano, 2008, 218 ss., che pone l'attenzione sulle c.d. architetture normative e organizzative che devono tenere insieme diritti e doveri, potere e legge, ricchezza e povertà.

[14] Mutuando la terminologia utilizzata da P. Urbani, *Sulla pianificazione urbanistica:*

dittoria, hanno agevolato l'ingresso della criminalità nella filiera delle decisioni urbanistiche[15].

Per altro verso – e di nuovo il richiamo all'attualità si rende evidente – si registra una costante ritrosia delle amministrazioni nel portare a conclusione, ad esempio, i procedimenti repressivi degli abusi edilizi[16], non sempre collegati a episodi di criminalità organizzata, circostanza che palesa, in ogni caso, un grado di permissività, e un relativo livello di legittimità sostanziale delle decisioni, tendenzialmente sproporzionato, in senso negativo, da parte dell'autorità controllante.

Il rischio più avvertito rispetto alla fase di programmazione, come osservato con formula particolarmente evocativa, è quello di trovarsi dinanzi a Piani di governo del territorio, "scritti e riscritti sotto dettatura[17]", da una voce e da una presenza invisibile e, in ogni caso, non facilmente individuabile.

È indubbio che l'interesse della criminalità per i settori annoverabili nella materia governo del territorio si spiega in base a diversi fattori, come accennato in precedenza.

In primo luogo, si tratta di un contesto nel quale vi è un'elevata dipendenza produttiva dal contesto locale, nel quale la criminalità può imporre, talvolta agevolmente, la propria presenza[18]; è proprio sul piano della c.d. rendita urbana che si giocano alcuni tra gli interessi più rilevanti del governo locale.

In secondo luogo, proprio i canali economici della pianificazione urbanistica consentono di reinvestire capitali illeciti.

L'elemento che si impone all'attenzione dell'interprete è un'osmotica interazione tra attori leciti e illeciti, che emerge e si perfeziona nei diversi livelli decisionali e che ha come effetto diretto l'esistenza di un

modalità di acquisizione dei suoli, garanzia dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 303, la tensione intercorre tra 'vuoti' e 'pieni'; rispetto al tema in esame, A. Giusti, *Rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm.*, 2021, 439 ss., osserva che tra gli obiettivi e gli interventi di riqualificazione urbanistica vi dovrebbe essere la prevenzione della criminalità, intesa sia quale fenomeno che si sviluppa sul territorio, sia quale mano invisibile che orienta le scelte urbanistiche a monte.

[15] In questi termini D. De Leo, *Mafia e urbanistica. Azioni e responsabilità dei pianificatori nei territori contesi alle organizzazioni criminali*, Milano, 2015.

[16] Sul tema, F. Saitta, *'La redenzione della colpa'. Ovvero della conservazione dell'immobile abusivo, tra giudice amministrativo e giudice penale*, in *Riv. giur. edil.*, 2022, 309 ss.

[17] Rapporto Legambiente, *Mafia, corruzione e abusivismo edilizio: numeri, storie e misfatti*, 2012, 2.

[18] Si v. S. Sberna, A. Vannucci, *Le mani sulla città. Corruzione e inflitrazioni criminali nel governo del territorio*, in L. Fragolent, M. Savino (a cura di), Milano, 2014, 195 ss.

sistema di regole e di norme piegato agli interessi privati che, per garantirsi una sopravvivenza (*rectius* efficace vigenza), deve convivere con pratiche anomale.

Nella consapevolezza della complessità della realtà e della normale compresenza di una pluralità di componenti e di attori, ci si deve adoperare per trovare i mezzi di riconoscimento e protezione adeguati, per assicurare tutela a ciò che è meritevole e che può essere ragionevolmente tutelato.

Il governo del territorio può divenire l'indubbiamente scomoda sede dei processi di differenziazione e articolazione delle attività urbanistiche, anche di prevenzione rispetto ai fenomeni criminali, poiché tutti i problemi della amministrazione contemporanea, ivi compreso quello in esame, non possono essere affrontati, ed eventualmente risolti, senza studiare e valutare le interconnessioni, le interdipendenze, le compatibilità con altri problemi amministrativi.

I sistemi in esame e posti in diretta connessione nella presente indagine – quello urbanistico e quello della prevenzione della criminalità organizzata – non devono vivere come sfere chiuse e indipendenti, hanno bisogno di regole e decisioni che aiutino ad affrontare i temi dell'interdipendenza, della turbolenza ambientale[19]. Isolare le risposte, irrigidirle in un sistema che si assume artificiosamente come chiuso e autonomo è operazione che agevola, invece di ostacolare, l'ingresso degli interessi illeciti.

3. *L'adeguatezza della reazione amministrativa. Spunti critici*

Gli istituti e le risposte del diritto amministrativo si sono diversificati nel corso degli anni e agiscono su piani differenti, tra i quali si individuano, a mero titolo di esempio, lo scioglimento del Consiglio per infil-

[19] Tale teoria è elaborata e perfezionata da G. MARONGIU, *Complessità sociale, identità politica e formazione*, in P.F. CASINI (a cura di), *Sui banchi della politica*, Roma, 1990, ora anche in *La democrazia come problema*, II, Bologna, 1994, 135 ss., 137.

trazioni mafiosa ex art. 143, T.U.E.L[20] e le informative antimafia[21], con ambiti che interessano la componente politica e quella amministrativa della scelta pubblica e che si propongono, almeno nelle intenzioni, di intercettare il fenomeno criminale, adeguandosi al livello di complessità delle metodologie adoperate dalle organizzazioni illegali.

Proprio le scelte collegate al governo del territorio hanno una significativa e autonoma valenza di carattere indicativo e probatorio per l'adozione dei provvedimenti menzionati per il contrasto alle mafie.

Si deve, infatti, osservare che l'urbanistica è assunto quale settore avente specifico valore 'sintomatico[22]' con fini probatori che possono supportare il quadro indiziario relativo al pericolo di influenza della criminalità per lo scioglimento dell'organo elettivo. Analogamente, i condizionamenti, prevalentemente collegati a ipotesi di destinazione urbanistica – con il supporto di altri elementi indiziari – legittimano l'autorità amministrativa ad adottare una misura interdittiva nei confronti dell'operatore economico[23].

[20] Si v. T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 8 gennaio 2015, n. 165, dalla quale si evince che proprio le scelte in tema di pianificazione e programmazione potrebbero costituire un indice dell'avvenuto condizionamento dell'ente; più risalente nel tempo, ma di rilievo per il tema in esame, è Cons. St., sez. IV, 4 aprile 2003, n. 562, in *Foro amm. CDS*, 2003, 506, dalla quale emerge che lo scioglimento di un Consiglio comunale ex art. 15 *bis* l. 19 marzo 1990 n. 55 si pone quale risultante di una valutazione, da un lato, dell'accertata o notoria diffusione sul territorio della criminalità organizzata e, dall'altro, delle carenze di funzionalità dell'ente in uno o più settori, sensibili agli interessi della criminalità medesima, ovvero di una situazione di grave e perdurante pregiudizio per la sicurezza pubblica, che denotino, con sufficiente concludenza, la deviazione del procedimento dal suo fine istituzionale (nella specie, è evidenziata la costante e perdurante deviazione degli uffici comunali di edilizia e urbanistica dai compiti d'istituto, a vantaggio esclusivo di parenti e notori amici di appartenenti alla criminalità organizzata).

[21] Sul tema la bibliografia è amplissima, ci si limita a rinviare, in questa sede, a V. Berlingò, *Considerazioni sulle interdittive antimafia e sull'utile esercizio della competenza prefettizia*, in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata*, Napoli, 2021, 194 ss., che pone l'accento sulla c.d. tipicità umbratile sottesa all'adozione di tali misure, circostanza che potrebbe avere una propria importanza qualora sia letta alla luce proprio della materia del governo del territorio.

[22] Cons. St., sez. III, 12 novembre 2019, n. 7762, in *Foro amm. (Il)*, 2019, 1792.

[23] Si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 26 febbraio 2009, n. 1113, in *Foro amm. TAR*, 479, nel caso in esame, viene in rilievo un'attività economica, che si realizza mediante l'assegnazione a condizioni privilegiate di un lotto di terreno e della relativa destinazione urbanistica orientata a favore di fini indirettamente illeciti; T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 3 settembre 2009, n. 1123, l'informativa antimafia è adottata in base alla, tra le altre ragioni, approvazione di una variante urbanistica per l'allocazione di centro di raccolta dei materiali ad una società collegata alla criminalità organizzata.

Si potrebbero, per fornire un quadro più attendibile, almeno da un punto di vista empirico, analizzare i dati relativi agli scioglimenti dei Consigli comunali e regionali e alle informative antimafia adottate dai Prefetti[24], ma non si svelerebbero i nessi relazionali dai quali si potrebbe dedurre il grado di condizionamento delle scelte, anche di quelle che riguardano proprio il governo del territorio. Anche le analisi dei dati, infatti, sembrano non consentire un approfondimento che sia funzionale a svelare le sotterranee e carsiche tensioni tra interessi criminali e scelte sul territorio.

Proprio il tema della lottizzazione abusiva[25], cui si è fatto fugace cenno in apertura, spesso collegato a speculazioni edilizie criminali, diviene uno degli indici più evidenti circa la presenza di attività che si pongono in aperto contrasto con le ragioni pubbliche di pianificazione ordinata del territorio, anche se potrebbe risultare complesso verificare proprio il relativo collegamento con la presenza di compagini criminali.

Per svelare un quadro più attendibile del reale, assumendo sempre la difformità delle costruzioni quale parametro, potrebbe essere utile valorizzare quella che gli urbanisti definiscono la lettura qualitativa dell'abusivismo[26], che sia in grado di descriverne sia i tratti essenziali, sia le differenze circa le generalità e le specificità che assume nei diversi ambiti territoriali, in rapporto agli attori sociali coinvolti.

Tale impostazione consentirebbe di valutare la distanza che intercorre tra urbanistica e concreto procedimento attuativo, attraverso un'analisi delle distanze che si sono realizzate tra il sistema di pianificazione nel tempo e le urbanizzazioni reali, nelle quali l'economia sommersa ha trovato spesso agevole spazio di azione.

Si è assistito al perfezionarsi di forme spaziali prevalenti che hanno portato a ipotesi di attuazioni di piani caratterizzate da difformità definibili in termini di eccezione e disordine, con effetti tangibili sulla morfologia urbana e territoriale.

[24] Per un'analisi congiunta del tema, al fine di valutare l'influenza della criminalità organizzata sul territorio locale e sul libero esercizio dell'agire amministrativo degli enti di governo, condiviso è l'approccio offerto da R. Rolli, *Dura lex, sed lex. Scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni mafiosa, interdittive prefettizie antimafia e controllo giudiziario*, in *Ist. fed.*, 2022, 15 ss., il quale con enfasi, in conclusione, partendo da uno dei poli del discorso, osserva che la mafia è "parte attrice, guizzando sorretta da un filo conduttore agile e intelligente".

[25] Si v. G.D. Comporti, E. Morlino, *La difficile convivenza tra azione penale e funzione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019, 128 ss., 131.

[26] N. Ginatempo, G. Fera, *Autocostruzione, marginalità o proposta*, Reggio Calabria, 1982, 38 ss., che individuano il c.d. abusivismo di necessità.

Per tale via, il territorio si è gradualmente trasformato in uno spazio complesso nel quale convivono, in maniera forzata, regole e non regole, periferie degradate e controllate e finanche intere zone definibili in termini di informale organizzato[27].

Proprio da questa polivalenza e da questa contrapposizione di punti prospettici si deve partire per ripensare anche un tema delicato come quello indagato, per assumere consapevolezza di un adeguamento dei modelli e delle funzioni amministrative, poiché si deve tener conto dello slittamento del potere verso attori non istituzionali al fine di distinguere, tra questi, quelli legali e quelli illegali.

4. *I diritti nella città. Per un rinnovato approccio alle misure urbanistiche antimafia*

Ci si deve allora porre nella visuale dell'amministrazione, e nello specifico si deve analizzare l'attuale veste e conformazione della materia 'governo del territorio[28]', formula che appare per certi aspetti superata, sostituita dalla dicitura 'diritto alla città[29]', che non rappresenta solo un esercizio di *restyling* lessicale ma integra una fase di transizione e di cambiamento radicale, nella quale le scelte urbanistiche generano dai diritti che devono garantire, e non viceversa, come tradizionalmente è accaduto[30]. Più precisamente, per la prospettiva del tema indagato, ci si deve porre nella nebulosa, perché non agevolmente sottoponibile a verifica

[27] D. De Leo, *Mafia e urbanistica*, cit., 35, che distingue le aree interamente caratterizzate da lottizzazioni abusive dalle c.d. aree contese ibride. Secondo l'Autrice, in alcune aree, vi avrebbe una presenza così pervasiva della criminalità che si avrebbe "da un lato le stesse modalità, forme e tempi delle logiche speculative private e, dall'altro, un operatore inedito che colloca un intero gruppo di abitanti fuori dalle norme. Rafforzando e legittimando, a un tempo, il proprio ruolo di fornitore di servizi oltre che di informalità e illegalità come pratiche diffuse e prevalenti".

[28] Sul tema, G. Pagliari, *Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. edil.*, 2020, 325 ss.; puntuale appare l'osservazione di G. Strazza, *Città, benessere e salute: le implicazioni giuridiche*, in *Federalismi*, 2021, 218 ss., 221, la città e il suo destino risultano legate a 'doppio filo' a una diversa concezione dello spazio urbano, in funzione della difesa dei diritti individuali e collettivi.

[29] Cfr. G. Gardini, *Alla ricerca della città giusta. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi*, 2020, 44 ss.

[30] Si v. M. Cammelli, *Recycle: pratiche urbane e innovazione amministrativa per ricomporre le città*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RE-CYCLE*, Bologna, 2017, 53

empirica, ma necessaria prospettiva della lesione che tali diritti patiscono dalle scelte urbanistiche orientate dalla criminalità organizzata.

Si affermano e si impongono nel lessico dell'urbanista nuovi termini, che hanno ormai assunto una dignità giuridica propria, tra i quali, sostenibilità, inclusività, concetti che sottendono tematiche che sono in antitesi genetica con le mire della criminalità.

Proprio la garanzia dei diritti risiede nella loro coesistenza, che impedisce a uno dei diritti stessi di trasformarsi in potere, talvolta indebito come nella prospettiva indagata, e quindi in sopraffazione, sul territorio e nelle scelte comuni.

Anche nell'ambito del governo del territorio, la *governance* verticale si è trasformata, assumendo una dimensione reticolare[31], nelle cui maglie si muovono, sovente, organizzazioni criminali, portatrici di interessi che mai combaciano con quello pubblico, che dovrebbe permeare le azioni di razionalizzazione del territorio.

Il territorio stesso diviene, infatti, per un lato, sede catalizzatrice di investimenti e risorse, di diversa natura, cui ambiscono le organizzazioni criminali e, dall'altro, sede di realizzazione e soddisfacimento di diritti, anche essenziali, espressione di potenzialità e bisogni[32].

Emergono, senza alcuna pretesa di esaustività – poiché le conseguenze, dirette o indirette, sarebbero impossibili da identificare con certezza, proprio perché i nessi causali sono sfuggenti e mutevoli – due ambiti, il primo collegato alle ipotesi di speculazione edilizia con conseguente cattura del territorio, il secondo collegato alla marginalizzazione delle periferie[33].

[31] Cfr. E. Frediani, *Il diritto amministrativo 'reticolare' e la 'natura delle cose': rileggendo la gestione degli affati di Enzo Capaccioli*, in *Dir. amm.*, 2009, 981 ss., lo studio della «rete» nel diritto amministrativo ha preso le mosse non tanto dall'analisi di regole generali ed astratte poste dal legislatore con le quali si sono volute definire in via autoritativa alcune forme di organizzazione amministrativa reticolare cui dare successivamente concreta attuazione, ma più propriamente dalla formalizzazione-istituzionalizzazione a posteriori di un determinato assetto organizzativo venutosi in primis a realizzare in forma volontaria e spontanea a livello di prassi operativa che, per quanto di interesse, assumono la fisionomia della criminalità organizzata sul territorio.

[32] Il territorio diviene sede elettiva di conflitti e contraddizioni, come osservato da L. Giani, *L'amministrazione tra appropriatezza dell'organizzazione e risultato: spunti per una rilettura del dialogo tra territorio, autorità e diritti*, in *Nuove aut.*, 2021, 551 ss.

[33] Sul tema si v. G. De Giorgi Cezzi, *Periferie e diritti fondamentali. Le ragioni di una ricerca* e F. Liguori, *Infrastrutture e periferie*, entrambi in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020; interessante è la prospettiva offerta da B. Zanardi, *Rammendare le periferie, ma non solo*, in *Il Mulino*, 2015, 686 ss., 694, il quale, in conclusione, raccomanda di guardarsi,

Si tratta di due aspetti apparentemente distanti, ma collegati dal rischio concreto di estromissione incontrovertibile degli istituti partecipativi[34], poiché le scelte, anche se apparentemente poste all'esito di percorsi democratici e quindi concertate, sono orientate unicamente al profilo del profitto per la compagine criminale. Soprattutto, in entrambi gli ambiti richiamati, emerge la violazione, diretta o potenziale, di diritti fondamentali, dovuti alla deregolamentazione, allo spostamento del potere, per vie clandestine, verso centri di aggregazione di regolazione esterni alle dinamiche democratiche e istituzionali.

La speculazione edilizia, soprattutto in alcune aree con determinate caratteristiche fisiche e idrogeologiche, espone indistintamente gli amministrati a rischi costanti e spesso difficilmente arginabili, le periferie, non in sé, ma intese quali luoghi di marginalità sociale[35], diventano la sede elettiva per l'affermarsi delle organizzazioni criminali.

Si intrecciano e trovano composizione ambiti apparentemente distanti e incomunicabili, ma che rinvengono il proprio comune denominatore in una cattura del territorio e della sua disciplina in termini sostanziali, quale controllo, da parte della criminalità.

Da questo incrociarsi di aspetti diversi, che possono essere sia generali e obiettivi, che di parte – i problemi della periferia non appartengono ai soggetti residenti nei grandi centri urbani – deriva la principale difficoltà che caratterizza i rapporti tra urbanistica e criminalità, ossia quella di individuare e isolare le pubblicizzazioni debite e quelle indebite e di conseguenza i centri di potere funzionali e legittimi da quelli criminali.

Rinvenire, o tentare di farlo, soluzioni univoche è, non solo complesso, ma potrebbe essere finanche inutile, concentrarsi su uno solo

nell'ottica di ripensare gli spazi urbani, dal pericolo che questi percorsi possano divenire occasioni per la criminalità organizzata.

[34] Necessario, per l'attinenza al tema, è il richiamo a G. Berti, *Il modello di Stato nella Costituzione repubblicana italiana*, ora anche in *Scritti scelti*, Napoli, 2018, 351 ss., 368, proprio l'ambiguità delle proposte o delle prospettive di partecipazione, anche nelle scelte urbanistiche, è dovuta a un'imponente e illecita transizione di alcuni interessi economici nella titolarità delle organizzazioni criminali, con la conseguente trasfigurazione dei decisori istituzionali; di recente, sul tema, cfr. M. Allulli, *Pratiche partecipative e istituzionalizzazione. Tra ritualità e decision-making*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2011, 443 ss., che, in tema di decisioni urbanistiche, distingue tra pratiche di partecipazione parziale, asimmetriche e complete.

[35] Cfr. G.F. Cartei, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in *Ist. fed.*, 2017, 603 ss., 605, osserva che l'oggetto della rigenerazione – termine utilizzato sovente in modo metaforico e promiscuo – non deve limitarsi ad attività dirette a contesti periferici o resi marginali dalla carenza di infrastrutture e servizi, ma anche a tessuti urbani interessati da processi di degradazione, nelle quali la criminalità trova occasioni di azione.

dei termini, urbanistica o antimafia, equivale a neutralizzare i processi giuridici di integrazione che devono garantire il momento unitario, perché è proprio nella rigidità delle risposte che si afferma agevolmente il fenomeno criminale.

LINEE EVOLUTIVE DEL SERVIZIO SANITARIO PUBBLICO

di Chiara Cacciavillani

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Assetti pre-pandemici ed emersione, soprattutto in periodo pandemico, di loro criticità. – 3. Evoluzioni di sistema nella legislazione statale. – 4. Evoluzioni di sistema enucleabili dal P.n.r.r., Missione 6. – Salute. – 5. Ulteriori possibili sviluppi delle linee evolutive già messe in campo.

1. *Premesse*

L'emergenza sanitaria indotta dalla pandemia da Covid-19 ha posto sotto stress i sistemi sanitari in tutte le articolazioni strutturali che li connotano: quella ospedaliera, quella dell'emergenza-urgenza e quella dell'assistenza territoriale[1].

Si tratta di una mera constatazione che fa parte del patrimonio conoscitivo e dell'esperienza comuni non solo a tutte le organizzazioni di sistema, ma anche a tutti i consociati.

Poiché, peraltro, la risposta dei diversi Sistemi regionali all'emergenza pandemica è stata variegata, non si può escludere che almeno taluni tra i divari registrati siano stati indotti dalla diversità dei rispettivi modelli organizzativi: non si può escludere, cioè, che taluni modelli organizzativi si siano rilevati inidonei, o non sufficientemente resilienti, alle necessità assistenziali indotte dall'emergenza.

Appare dunque opportuno soffermarsi sulla natura dei Sistemi sanitari regionali, che presentano modelli organizzativi, di governance ed erogativi alquanto diversificati, pur nel quadro delle linee uniformi dettate dal legislatore nazionale, in primis dal d.lgs. n. 502/1992, come modificato nel corso dei decenni[2]. Egualmente diversificate, nei diversi Sistemi regionali, sono la consistenza e i gradi di interconnessioni delle

[1] Cfr. in argomento le articolate analisi tecniche di AA., in *Monitor. Elementi di analisi e osservazione del sistema salute* (pubblicazione semestrale di Agenas) n. 45/2021, *Piano nazionale di ripresa e resilienza. Missione salute*.

[2] Cfr. D. MANTOAN, A. BORGHINI, *Potenziamento dell'assistenza sanitaria e della rete sanitaria territoriale*, in *Monitor* n. 45/2021, p. 10, i quali rilevano che "le principali criticità che la pandemia da Covid-19 ha fatto emergere più o meno omogeneamente su tutto il territorio nazionale riguardano perlopiù la grande variabilità geografica in termini qualitativi e quantitativi del servizi sanitari erogati nell'ambito della prevenzione e dell'assistenza territoriale, così come la scarsa capacità di integrazione tra i servizi ospedalieri, i servizi sanitari locali e i servizi sociali"

loro articolazioni strutturali e la loro strutturazione secondo il modello di rete, beninteso quanto alle Regioni che di un modello di strutturazione a rete si sono dotate.

Non da ultimo, la tragedia dell'emergenza sanitaria impone di riflettere sulla idoneità dei modelli organizzativi ed erogativi ad oggi esistenti a far fronte al bisogno di assistenza sanitaria e socio-sanitaria della popolazione e a garantire effettivamente, e in modo omogeneo su tutto il territorio nazionale, o per meglio dire per tutta la popolazione che ne esprima il bisogno, i l.e.a.

A fronte delle défaillances manifestatesi nel corso dell'emergenza sanitaria, sono stati elaborati, e sono in corso di elaborazione, strumenti analitici utili per orientare la riflessione sui punti di forza e sui punti di debolezza del Sistema sanitario nazionale e dei Sistemi sanitari regionali[3]. Ed è plausibile che dall'interazione tra strumenti analitici e riflessione tecnico-giuridica si giunga alla rimeditazione dell'assetto complessivo di sistema, anche attraverso l'accelerazione di linee evolutive già in atto antecedentemente all'emergenza sanitaria.

2. *Assetti pre-pandemici ed emersione, soprattutto in periodo pandemico, di loro criticità*

Occorre constatare che gli sforzi del normatore nazionale e dei normatori regionali si sono concentrati, negli anni immediatamente precedenti all'esplosione dell'emergenza sanitaria, sulla messa a punto, sulla progressiva implementazione e sull'efficientamento dell'articolazione ospedaliera e di quella dell'emergenza-urgenza. L'articolazione che integra l'assistenza territoriale non ha ricevuto, invece, analoga attenzione, vuoi in termini di indicazione di linee costitutive e organizzative vuoi in termini di impegno di adeguate risorse finanziarie; e ciò pur nella diffusa consapevolezza, da parte dei decisori istituzionali, della sua rilevanza e della sua interconnessione con le altre due articolazioni strutturali del Sistema sanitario.

Beninteso, moltissimi piani sanitari o socio-sanitari delle Regioni re-

[3] A mero titolo esemplificativo, gli strumenti analitici posti in campo da Agenas, attraverso i numeri monografici di Monitor, pongono in luce come picchi di mortalità possano essere associati anche all'edilizia ospedaliera e alla localizzazione delle strutture ospedaliere; il che induce la necessità di riflettere sia sui criteri localizzativi delle strutture ospedaliere o comunque deputate all'assistenza, sia sulla conformazione delle progettande strutture.

cavano specifici capitoli dedicati all'assistenza territoriale, delineandone modelli organizzativi e linee di interconnessione[4], ma non sempre essi sono transitati, o sono transitati *in toto*, dal livello programmatorio a quello attuativo; e questo, sovente, a causa della carenza di adeguate risorse finanziarie.

A dar conto del fenomeno è sufficiente constatare che il Piano nazionale esiti non recava, fino a epoca recentissima, indicatori specifici per la misurazione della qualità, dell'efficienza e dell'appropriatezza dell'assistenza territoriale: indicatori sono stati introdotti solo sulla scia della tragedia pandemica.

Ancora. Allorché la pandemia si è abbattuta, come una tempesta di fuoco, sul Paese, in molte Regioni vi erano reti sufficientemente strutturate e adeguatamene sviluppate sia quanto all'articolazione ospedaliera, sia quanto all'articolazione dell'emergenza-urgenza; ma la strutturazione a rete non era presente in tutte le Regioni, e non era omogenea nelle Regioni che pur se ne erano dotate. La non omogeneità delle strutturazioni delle reti si presta a essere rappresentata dall'immagine delle reti costruite a silos (ad esempio, quanto all'articolazione dell'assistenza ospedaliera, il silos degli ospedali per le alte specialità nell'ambito di una unica Regione) e da quella, specularmente opposta, delle reti omogenee orizzontali, nelle quali, cioè, ogni Azienda sanitaria pubblica racchiude in sé tutte le articolazioni di sistema e individua, nell'ambito del modello di rete, centri hub o spoke per l'una o per l'altra specialità, spalmati sull'intero territorio regionale[5]. L'inusitata gravità dell'emergenza sanitaria ha posto in crisi tutti i sistemi sanitari regionali, e così anche quelli che una particolare cura avevano posto nella costruzione e nel progressivo efficientamento delle reti ospedaliere e delle reti di emergenza-urgenza. Il che impone di analizzare sia la necessità – per l'efficientamento del sistema – della modellazione a rete, sia delle diverse modellazioni possibili, e in concreto poste in campo dalle diverse Regioni, delle reti.

Nelle molte e articolate discussioni che hanno caratterizzato l'intero periodo pandemico e quello post-pandemico è sempre emerso, sia pure in modo alquanto variegato, il problema, peraltro rilevato ben prima della crisi pandemica, del sotto-finanziamento del Sistema sanitario, in particolare *sub specie* di insufficienza delle risorse finanziarie assegnate

[4] Cfr., a titolo esemplificativo, il Piano socio-sanitario di Regione del Veneto approvato con la l.r. n. 48/2018; cfr. altresì l'esperienza delle Case della comunità propria della legislazione socio-sanitaria della Regione Emilia-Romagna.

[5] Cfr., sempre a titolo esemplificativo, la modellazione delle reti in Regione Lombardia, da un lato, e in Regione Veneto e in Regione Emilia-Romagna, dall'altro lato.

alle Regioni, in sede di riparto del Fondo sanitario nazionale, per sostenere i l.e.a. che ciascuna di esse è chiamata dalla legge a garantire sul proprio territorio[6].

È emersa, e si sta acuendo in connessione con l'attuale dibattito sul tema delle autonomie regionali differenziate, la tematica di quali possano essere gli strumenti da porre in campo per garantire, in modo uniforme su tutto il territorio nazionale – ma sarebbe preferibile far riferimento ai bisogni di assistenza sanitaria della popolazione –, i l.e.a., la garanzia dei quali è la funzione essenziale, e direi la stessa ragione di esistere, dei Sistemi sanitari regionali.

È emersa l'inadeguatezza, o meglio l'incompletezza, degli standard di cui al d.m. 70/2015, in particolare quanto alla dotazione di posti letto per terapie intensive e sub-intensive.

È emerso l'insufficiente grado di sviluppo dell'articolazione strutturale rappresentata dall'assistenza territoriale – tanto che sin dal 2019 l'O.m.s. aveva inserito la debolezza del sistema dell'assistenza primaria tra le dieci minacce per la salute globale – e l'inesistenza e/o insufficienza, rispetto ad essa, di standard quali-quantitativi.

È emersa, in tutta la sua problematicità, la tematica del ruolo della sanità c.d. privata e del suo rapporto con i soggetti istituzionali del Servizio pubblico.

È bene precisare che questa tematica risente fortemente di equivoci semantici e concettuali. Di per sé, un operatore economico privato il quale sia accreditato e legato da accordo contrattuale con il Servizio sanitario regionale è, giuridicamente, un erogatore del sistema pubblico, naturalmente nei limiti cristallizzati nell'accordo contrattuale; esso è bensì un operatore economico privato, ma, entro i confini tracciati dall'accordo contrattuale, espleta servizio pubblico ed è astretto alle regole del servizio pubblico.

Gli operatori economici privati che sono bensì accreditati, ma privi di un accordo contrattuale con il Servizio, sono, semplicemente, erogatori che – in virtù dell'attestazione insita nell'accreditamento – rispondono agli standard qualitativi e organizzativi imposti per gli erogatori pubblici; nondimeno, non ricevendo remunerazione alcuna (per mancare l'accordo contrattuale) dal Servizio pubblico, essi vengono remunerati dai pazienti che ad essi si rivolgono per ricevere assistenza, senza onere alcuno per il Servizio pubblico.

[6] Cfr. per tutti G. Rivosecchi, *Riparto delle competenze e finanziamento delle funzioni tra Stato e Regioni nella tutela del diritto alla salute: dall'emergenza alla stabilizzazione*, in *Atti del III Convegno nazionale di contabilità pubblica* del 17-19 dicembre 2020

Ad essi, così come agli operatori economici privati che siano solo autorizzati, ma non accreditati, si presta la definizione, invalsa nella prassi, di erogatori privati puri: puri, per distinguerli dagli accreditati legati da accordo contrattuale, che sono remunerati invece con risorse pubbliche nei limiti fissati negli accordi contrattuali.

Il tema, e il problema, del rapporto tra sanità pubblica e sanità genericamente definibile come privata, ove intesa quale *genus* che racchiude in sé sia gli accreditati con accordo contrattuale, sia coloro che non siano partner di alcun accordo contrattuale, è articolabile in almeno tre nodi. Il primo concerne l'individuazione delle ragioni soltanto in presenza delle quali il soggetto pubblico possa addivenire alla stipula di accordi contrattuali con operatori economici privati; ragioni che, ove compiutamente individuate e definite, si prestano a essere sussunte come causa del contratto. Il secondo investe il governo complessivo della spesa pubblica, evidentemente impegnata dalle risorse destinate alla remunerazione dei privati che siano partner di accordi contrattuali con il soggetto pubblico. Il terzo è rappresentato dalla individuazione di regole idonee a governare la scelta, da parte del soggetto pubblico, di quali siano gli erogatori privati con i quali stipulare accordi contrattuali.

La tematica complessiva, qui sommariamente tratteggiata, è di grande rilevanza per due concomitanti ragioni. È rilevante innanzi tutto perché essa integra il punto in cui si intersecano due sistemi normativi a vocazione espansiva e totalitaria massima[7], quali sono quello che racchiude le regole a presidio della salute, da un lato, e quello che racchiude le regole a presidio della concorrenza e del mercato, dall'altro lato. Ed è rilevante, anche, ai fini della sopravvivenza e dell'efficienza di un Servizio sanitario pubblico a impronta universalistica e ad accesso tendenzialmente gratuito quale è il nostro: il quale potrebbe non sopravvivere laddove la "concorrenzialità" degli operatori economici privati (puri) divenisse tale da de-privare il sistema pubblico della necessaria dotazione di personale o da indurre, in applicazione dei meccanismi di funzionamento degli standard quali-quantitativi di cui al d.m. n. 70/2015, la disattivazione (o l'accorpamento) di unità operative delle strutture pubbliche. A titolo meramente esemplificativo, non appare inutile ricordare che se, ben prima della crisi pandemica, il "significativo disinvestimento nella sanità

[7] Mi riferisco, qui, alla teorizzazione, che a me pare particolarmente rilevante e calzante quanto alla tematica tratteggiata nel testo, di G. Teubner, del quale cfr. almeno *La cultura del diritto nell'epoca della globalizzazione. L'emergere delle costituzioni civili*, Roma, 2005, e *Nuovi conflitti costituzionali*, Milano, 2012.

pubblica si è manifestato soprattutto sulla dotazione di personale"[8], si assiste oggi a una manifestazione nuova del fenomeno, tale per cui talune Aziende sanitarie pubbliche non sono in grado di conferire – per carenza di candidati – gli incarichi di direzione di unità operative complesse deputate all'assistenza ospedaliera, dovendo ricorrere, a seguito della rinuncia di personale facente funzione, alla copertura della direzione vacante limitatamente a meri compiti organizzativi, e cioè solo parziali[9].

3. *Evoluzioni di sistema nella legislazione statale*

A oggi, a emergenza sanitaria superata, si può constatare come siano state introdotte significative modificazioni di regole generali piuttosto risalenti nel tempo ma rivelatesi, da diversi anni ormai, inadeguate quando non del tutto obsolete.

Si inquadra in questo contesto evolutivo, già leggibile prima dell'emergenza sanitaria ma giunto a maturazione a valle della sua cessazione, l'introduzione da parte del legislatore statale di nuove regole, volte a disciplinare compiutamente il punto di intersezione, e di frizione, dei due sistemi normativi a vocazione espansiva massima quali sono il sistema sanitario, da un lato, il sistema delle libertà economiche e della tutela della concorrenza, dall'altro lato. Ed è così che, anticipata dalla giurisprudenza soprattutto del Consiglio di Stato, ma anche da talune leggi regionali (tra le quali si segnala la l.r. Emilia-Romagna n. 22/2019), la legge n. 118/2022[10] ha riplasmato le regole per i nuovi accreditamenti di operatori economici privati (o per l'estensione di accreditamenti già in atto)[11] ed ha inoltre non tanto e non solo introdotto, ma disciplinato nel suo applicarsi in concreto, la regola dell'evidenza pubblica per l'individuazione dei soggetti privati accreditati con i quali gli enti del Servizio pubblico possono stipulare accordi contrattuali[12].

[8] Il rilievo è di E. Coscioni, Presidente di Agenas, in *Monitor* 45/2021, cit., p. 7.

[9] È un caso, questo, impensabile nel recente passato, ma che fa parte ormai della realtà delle Aziende sanitarie pubbliche. Esso si presenta sia nelle Regioni i cui Servizi sanitari sono da tempo in grave sofferenza, ma si sta presentando anche nelle Regioni i cui sistemi sanitari sono, per unanime riconoscimento, molto performanti: tra queste, nella Regione del Veneto.

[10] Legge annuale per il mercato e la concorrenza, vigente dal 21 ottobre 2022.

[11] Cfr. art. 15, comma 1, che ha sostituito il comma 7 dell'art. 8-*quater* del d.lgs. n. 502/1992.

[12] Cfr. art. 15, comma 1, lett. b), che ha aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 8-*quinquies* del d.lgs. n. 502/1992.

È sempre alla medesima legge che si deve la modifica in tema di selezione dei direttori di unità operative complesse, ispirata all'avvertita necessità di sottrarre l'individuazione delle figure apicali della sanità pubblica alla discrezionalità (talora trasmodata in arbitrio, come reso palese, *ex post*, in sede giudiziale) delle Direzioni generali delle Aziende sanitarie pubbliche[13].

Al d.l. n. 4/2022, convertito con modificazioni con l. n. 25/2022, si deve l'introduzione di cruciali innovazioni in materia di sanità digitale, evidentemente rivolte a superare il grave gap che, in tema di digitalizzazione, e specificamente di digitalizzazione in sanità pubblica, connota l'Italia rispetto agli altri Paesi dell'Unione[14], ma altrettanto evidentemente rivolte a introdurre interconnessioni funzionali, digitalizzate, tra tutte le articolazioni di sistema in tutto il territorio nazionale.

Se quelle di cui si è dato conto sono accelerazioni di processi evolutivi già in atto in epoca pre-pandemica, dalla normazione legata all'emergenza sanitaria sembrano emergere ulteriori linee evolutive, la prima delle quali si sostanzia nell'elaborazione di modelli organizzativi flessibili, che consentano risposte rapide e adattive a bisogni di assistenza nuovi e – come ha insegnato la pandemia – finanche imprevisti, e la seconda nella forte implementazione della connessione tra le tre articolazioni di sistema, oltre che nella generalizzazione del modello organizzativo a rete per l'assistenza territoriale.

4. *Evoluzioni di sistema enucleabili dal P.n.r.r., Missione 6 – Salute*

La normazione dell'emergenza pandemica ha delineato linee di intervento e di azione per molte di tematiche problematiche rilevate al § 2.

Lo Stato è intervenuto con celerità all'assegnazione a tutte le Regioni, tutte egualmente in difficoltà, di risorse finanziarie in misura tale da avvicinarsi a coprire il gap da sotto-finanziamento riscontrato nel decennio antecedente[15]. Lo Stato ha prontamente introdotto lo standard

[13] Cfr. art. 20, a rubrica (significative) "Selezione della dirigenza sanitaria".

[14] Nell'Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (DESI 2020) della Commissione europea, l'Italia risulta in 25° posizione su 28 Stati membri, davanti solo a Romania, Grecia, e Bulgaria. Il punteggio dell'Italia è di 9 punti inferiore alla media UE (43,6 vs 52,6. Il dato è tratto da S. Battilomo – C. Biffoli, *Trasparenza, reti e governance delle informazioni per il cittadino*, in *Monitor* n. 45/2021, p. 58.

[15] Per la rilevazione del quale, cfr., ex multis, Corte dei conti, Relazione generale 2017, pp. 133 ss.

di dotazione di posti letto per terapie intensive e sub-intensive nonché la figura, particolarmente significativa per l'implementazione e l'efficientamento dell'articolazione strutturale di sistema rappresentata dall'assistenza territoriale, dell'infermiere di comunità.

Soprattutto, con le imponenti risorse finanziarie di cui al P.n.r.r., lo Stato ha mostrato, direi per la prima volta, una grande attenzione per l'articolazione strutturale del sistema sanitario rappresentato dall'assistenza territoriale, ed ha posto in campo linee di investimento specifiche per la sua strutturazione organizzativa, imperniata sul modello a rete, e per la sua interconnessione, ancora con il modello organizzativo a rete, con le altre articolazioni strutturali del sistema sanitario.

In questa linea – di strutturazione e progressivo rafforzamento dell'assistenza territoriale – si inserisce l'investimento per le Case della comunità e per la Telemedicina, articolato quest'ultimo in una piattaforma nazionale e nei c.d. servizi verticali, attivabili dalle Regioni secondo un modello uniforme, conformato dalle Linee guida centralmente definite, ancora una volta secondo il modello di rete.

Preme rilevare che pressoché tutti gli interventi finanziati nell'ambito della Missione 6 del P.n.r.r. sono conformati centralmente: è in sede centrale che sono stati delineati modelli organizzativi ed erogativi uniformi, che si sovrappongono alla comunemente ritenuta, e comunque costituzionalmente prevista, autonomia organizzativa delle Regioni nella strutturazione dei propri sistemi sanitari.

Va da sé che le Regioni, le quali tutte egualmente hanno patito per anni del sotto-finanziamento dei rispettivi Sistemi, conservano la possibilità di non aderire ai modelli organizzativi ed erogativi omogenei elaborati in sede centrale; ma altrettanto evidente è che le Regioni, che così si dovessero determinare, non potrebbero accedere ai finanziamenti P.n.r.r. e aggraverebbero, dunque, il problema del sotto-finanziamento dal quale sono tutte parimenti attanagliate.

Si vuole rimarcare, con ciò, che la risposta ordinamentale allo stress pandemico cui sono stati sottoposti i Servizi sanitari regionali si sostanzia nella messa a disposizione di ingenti finanziamenti, ai quali le Regioni possono attingere solo se e nella misura in cui aderiscano ai modelli organizzativi ed erogativi elaborati in sede centrale.

La leva finanziaria – l'attingibilità dei finanziamenti P.n.r.r. – è posta in campo, detto altrimenti, per indurre le Regioni a dotarsi, quanto meno per l'assistenza territoriale, di modelli organizzativi ed erogativi omogenei, centralmente elaborati.

Sembra a me evidente che, con ciò, si sta assistendo al transito del

principio dell'omogeneità su tutto il territorio nazionale dal campo dei l.e.a. al campo dei modelli organizzativi ed erogativi funzionali (quanto meno) all'assistenza territoriale.

Certamente la modellazione centralizzata discendente dal P.n.r.r., e la sua articolazione nella Missione 5 (Inclusione sociale) e Missione 6 (Sanità), induce nuovi e per larga parte inediti problemi di coordinamento: basti pensare che l'accesso all'assistenza sociale, assistita da finanziamenti P.n.r.r. nell'ambito della Missione 5, deve avvenire attraverso i punti unici di accesso (p.u.a. in acronimo) che devono essere allocati nelle articolazioni del Servizio sanitario regionale rappresentate dalla Case di comunità: questo determina un problema di individuazione di competenze e di impiego concorrente di risorse umane, strumentali e finanziarie, di cui non è agevole intravedere la soluzione, anche alla luce delle ferree regole di rendicontazione proprie del P.n.r.r.

5. *Ulteriori possibili sviluppi delle linee evolutive già messe in campo*

L'elaborazione centralizzata di modelli organizzativi ed erogativi uniformi riferiti all'assistenza territoriale, imperniata sul modello a rete, accompagnata dall'introduzione del d.m. 77/2022, suggerisce di ripensare la logica-base di sistema, che consiste, in ultima analisi, nell'imposizione alle Regioni del vincolo di impiegare le risorse che integrano i rispettivi Fondi sanitari regionali per garantire ed erogare sul proprio territorio i l.e.a. in modo uniforme, con la parametrazione dell'uniformità a livello nazionale, ferma rimanendo l'autonomia organizzativa delle Regioni[16].

Va da sé, naturalmente, che non si presta a essere messo in discussione il principio per cui i l.e.a. devono essere uniformi, e uniformemente garantiti, su tutto il territorio nazionale e a favore di tutti coloro che hanno il diritto di accedere al Sistema sanitario pubblico, che in Italia è – e si auspica rimanga – universalistico.

Quello che si presta a essere messo in discussione, invece, è che tutte le Regioni debbano garantire tutti i l.e.a., ossia l'attuale regime di regionalizzazione dei l.e.a., tanto più in un sistema, quale è quello attuale, in cui il Fondo sanitario regionale è ripartito tra le Regioni, costituendo i rispettivi Fondi sanitari regionali, in applicazione di regole di riparto bensì

[16] In argomento cfr., da ultimo, G. Rivosecchi, *Riparto delle competenze e finanziamento delle funzioni tra Stato e Regioni nella tutela del diritto alla salute: dall'emergenza alla stabilizzazione*, in *Atti del III Convegno nazionale di contabilità pubblica* del 17-19 dicembre 2020.

molteplici, ma la principale delle quali, pur con la presenza di molteplici correttivi, è rappresentato dalla quota capitaria.

A fronte di assetti regionali alquanto variegati, in cui alcune Regioni, per la maggiore entità della popolazione, dispongono strutturalmente di un Fondo sanitario regionale enormemente maggiore rispetto ad altre con popolazione inferiore, non è possibile continuare a trascurare il fatto che a venire in rilievo è un fattore di discriminazione tra Regioni legato alla consistenza della rispettiva popolazione. La dotazione di risorse finanziarie della Regione Lombardia, con i suoi circa 10 milioni di abitanti, sarà sempre enormemente maggiore rispetto a quella di Regioni, quali la Basilicata o il Molise, la cui popolazione è pari a mezzo milione di abitanti. Pur con tutti i correttivi al criterio di riparto rappresentato dalla quota capitaria, sarà sempre impossibile, per le Regioni di piccole o piccolissime dimensioni, garantire tutti i l.e.a. allo stesso modo in cui possono aspirare a garantirli le Regioni di dimensioni grandi o anche semplicemente medie, che solo perciò dispongono di risorse finanziarie maggiori.

È intollerabile, anche per la coscienza civile, oltre che per il diritto, che ci siano a tutt'oggi Regioni che – per ragioni eterogenee, non poche delle quali sono legate peraltro alla scarsa dotazione dei rispettivi Fondi sanitari regionali – non sono in grado di garantire tutti i l.e.a. alla propria popolazione.

E intollerabile lo è sia in sé, per le conseguenze negative che ciò comporta al diritto alla salute della popolazione di quelle Regioni (la cui aspettativa di vita è inferiore di alcuni anni rispetto alla popolazione delle Regioni che riescono invece a garantire i l.e.a.), sia per le ripercussioni negative sulla programmazione di spesa pubblica.

Illuminante, a questo proposito, è quanto si legge nel *Il monitoraggio della spesa sanitaria. Rapporto n. 5* (2018) del Ministero dell'economia e delle finanze: "l'attività di analisi e monitoraggio della spesa sanitaria a livello regionale ha dimostrato che una gestione non efficiente delle risorse finanziarie in campo sanitario, oltre a determinare rilevanti disavanzi, comporta molto spesso una cattiva qualità dei servizi erogati ai cittadini. Ne è conferma il fatto che in tutte le Regioni sottoposte ai Piani di rientro dai deficit sanitari si è registrato, contestualmente alla riduzione del disavanzo, anche un miglioramento nell'erogazione dei l.e.a., seppure in modo non uniforme e con diversa velocità"[17]. La diagnosi del M.e.f. è che "queste evidenze rafforzano l'esigenza di un monitoraggio

[17] Cfr. *Rapporto n. 5*, p. 2.

costante dell'andamento della spesa sanitaria", mentre la prognosi è che vi è "l'esigenza di individuare le pratiche migliori che emergono nei diversi modelli organizzativi presenti a livello regionale, favorendone la diffusione"[18].

Non solo. Pur dando atto della forte correlazione del consumo sanitario (e conseguentemente della spesa sanitaria) con l'età del soggetto, essendo notorio che la popolazione più anziana esprime maggiori bisogni sanitaria, il M.e.f. ha da anni posto in luce che l'andamento demografico nel medio-lungo periodo, con il progressivo aumento della popolazione più anziana, potrà generare nei prossimi anni una significativa crescita della domanda di servizi sanitari, generando una sempre maggiore pressione sulle risorse necessarie al loro finanziamento, già rilevabile – e rilevata – quanto alle Regioni con popolazione più anziana. Ma – avverte il M.e.f. – "i differenziali di spesa sanitaria pro capite, rilevati a livello regionale, non riflettono solamente gli effetti indotti dalla diversa struttura demografica [delle diverse Regioni]. È indubbio, infatti, che una parte importante di tali differenze sono dovute al diverso livello di efficienza ed efficacia gestionale nella produzione ed erogazione dei servizi sanitari, alle caratteristiche quali-quantitative dell'offerta [pubblica], alla propensione al consumo sanitario nelle diverse aree del Paese e, infine, al livello delle risorse aggiuntive che la collettività locale ritiene di destinare alla sanità pubblica, rispetto al fabbisogno standard"[19].

A fronte di ciò, così come a fronte di quanto rilevato annualmente dalla Corte dei conti in sede di Relazione generale, non si può continuare a dire che i modelli organizzativi – la cui elaborazione è riservata all'autonomia organizzativa delle Regioni nell'ambito della "materia" della tutela della salute di cui all'art. 117, comma 3, Cost. – sono neutri rispetto alla risposta ai bisogni di assistenza sanitaria, e neutri rispetto all'obiettivo minimale della garanzia, uniforme in ogni Regione, dei l.e.a.

Una delle linee di risposta alla crisi pandemica, come si è visto sopra, consiste nella elaborazione a livello centrale di modelli organizzativi, strutturati a rete, per l'assistenza territoriale (e sociale).

Ma un'ulteriore risposta possibile consiste nel superamento del dog-

[18] *Rapporto n. 5*, ivi. Il Rapporto è di particolare interesse perché è riferito a epoca pre-pandemica; la crisi pandemica non ha fatto che accentuare, e sottoporre all'attenzione di tutti, e in particolare dei cittadini, quello che (alcuni) interlocutori istituzionali andavano sottolineando da anni.

[19] *Rapporto n. 5*, p. 144. Pleonastico rilevare che le risorse aggiuntive sono prefigurabili solo in capo alle Regioni che non siano in piano di rientro, e che sono inattingibili dunque per le Regioni assoggettate ai piani di rientro.

ma – peraltro attualmente calato in norma di diritto positivo – di totale regionalizzazione dei l.e.a., inteso quale vincolo per tutte le Regioni di garantire con la propria dotazione di Fondo sanitario tutti i l.e.a.

La logica di rete – che è la logica messa in campo per superare l'emergenza pandemica con riferimento all'assistenza territoriale – si presta a essere messa in campo, a sistema, anche per i l.e.a. corrispondenti alle c.d. alte specialità: le quali ben potrebbero essere a organizzazione, governance, gestione ed erogazione uniformi su tutto il territorio nazionale nell'ambito di una rete nazionale, riservando all'organizzazione regionale tutti gli altri l.e.a., con relativi finanziamenti e trasferimenti dal Fondo nazionale ai Fondi regionali.

L'esperienza delle reti nazionali, centralmente gestite (e finanziate), non è ignota al nostro sistema sanitario, ma è, ad oggi, alquanto scarna: se è a tutti nota la rete nazionale trapianti, cui afferiscono anche le Banche dei tessuti, non sussistono evidenti ragioni per non pensare di estendere questa esperienza, che ha dato buoni frutti, anche alle c.d. alte specialità, o quanto meno ad alcune di esse. Reti pensate e costruite assumendo come parametro i fabbisogni espressi dalla collettività nazionale, alcuni dei quali sono consistenti in termini numerici e uguali, o quanto meno simili, in tutte le Regioni, mentre altri sono più rarefatti, pur integrando anche essi i l.e.a.

Impensabile essendo, come da anni sottolineano il M.e.f. e la Corte dei conti, che la pressione sulle risorse pubbliche necessarie al finanziamento dei l.e.a. possa diminuire con il progredire degli anni, appare inevitabile pensare, oltre che ai nuovi modelli organizzativi già messi in campo per l'assistenza territoriale, alla concentrazione dell'erogazione di alcuni l.e.a. – quelli più rarefatti – nell'ambito di reti nazionali, esonerando le Regioni dal loro finanziamento, e così dalla loro organizzazione, governance, gestione ed erogazione.

Va da sé che gli hub, per le varie specialità cui si presti a essere applicata la logica della rete nazionale, non potrebbero – per evidenti ragioni di equità – essere concentrati tutti nelle medesime aree geografiche; e va da sé che, a una rete nazionale, dovrebbe accompagnarsi la creazione di adeguate strutture di housing per il supporto dei pazienti.

Perché, per usare una metafora elaborata nelle scuole militari, ma usata da molti esponenti politici, nessuno può essere lasciato indietro. E qualcuno potrebbe essere lasciato indietro, come l'esperienza ci dice essere purtroppo successo, se si pretende che uguaglianza nell'accesso alle cure significhi che tutti – tutte le Regioni e tutte le Aziende pubbliche – debbano fare tutto con lo stesso livello di performance.

LE REGIONI CINQUANT'ANNI DOPO: UN BILANCIO

di Sabino Cassese

SOMMARIO: 1. La storia. – 2. I risultati. – 3. Luci ed ombre. – 4. L'autonomia differenziata. – 5. Le regioni alla prova della pandemia. – 6. Il futuro delle regioni.

1. *La storia*

Le regioni a statuto ordinario hanno compiuto cinquant'anni. La legge 281 sui provvedimenti finanziari per assicurare le entrate alle regioni, porta la data del 16 maggio 1970 e la firma di Rumor, Preti, Colombo, Giolitti, Restivo. Due anni prima era stato scelto il sistema elettorale regionale, quello proporzionale, con la legge 17 febbraio 1968 n. 108. Un mese dopo, il 7 e 8 giugno 1970, si svolgeranno le prime elezioni per scegliere i consiglieri regionali.

Le regioni arrivavano 22 anni dopo la Costituzione, che le prevedeva, e facevano parte, quindi, di quella che uno degli ispiratori della Costituzione, Massimo Severo Giannini, ha definito qualche anno dopo la "lentissima fondazione dello Stato repubblicano". La Democrazia Cristiana, che pure le aveva volute, non ne sentiva più il bisogno, e fu il Partito Socialista che, iniziata nel 1962 l'esperienza del Centro – sinistra, propugnò l'attuazione delle quindici regioni a statuto ordinario (le cinque a statuto speciale già esistevano), che così vennero ad affiancarsi ai circa 8 mila comuni e alle poco meno di 100 province.

Le regioni italiane, nel 1970, non avevano tradizioni alle quali ispirarsi. Le definizioni geografiche, salvo poche variazioni, seguirono le suddivisioni adoperate dopo l'unità a fini statistici da Pietro Maestri, che aveva a sua volta seguito i confini delle regioni militari dell'antica Roma. Ne vennero entità di dimensioni molto diverse. Anche ora, solo otto regioni hanno dimensioni oscillanti intorno ai 4 – 5 milioni di abitanti, mentre agli estremi vi sono la Lombardia con 10 milioni e la Valle d'Aosta con 125 mila abitanti.

Istituite le regioni, si dovevano trasferire ad esse compiti dello Stato e dei comuni, ed anche questo fu fatto progressivamente, in quattro tappe: 1972, 1977, 1998, 2001 (peraltro, nel 1978 fu istituito il Servizio sanitario nazionale, costituito su base comune, tanto che oggi costituisce circa tre quarti della realtà amministrativa di molte regioni). Il passaggio più importante, che comportò una modifica costituzionale, fu quello del

2001, perchè fu anche abolito il commissario del governo e soppresso il controllo preventivo sulle leggi e sugli atti amministrativi regionali. La modifica, molto importante, fu confermata da un referendum al quale partecipò soltanto un terzo degli aventi diritto, con una maggioranza del 64 per cento.

Un cambiamento strutturale fu quello di poco precedente, avviato nel 1995 e completato nel 1999, consistente nella presidenzializzazione delle regioni (elezione diretta dei presidenti delle giunte regionali, oggi erroneamente chiamati governatori), una riforma che seguiva di qualche anno un analogo cambiamento introdotto nel 1993 per comuni e province, nonché la contemporanea introduzione del maggioritario nel sistema elettorale nazionale.

2. *I risultati*

Dopo mezzo secolo di vita, si può esser soddisfatti dell'introduzione delle regioni? Un primo segnale è offerto dalla curva discendente della partecipazione alle elezioni regionali. Nel 1970 alle elezioni dei consigli regionali partecipò più del 90 per cento degli aventi diritto al voto. Dopo trent'anni, la partecipazione era scesa di venti punti. Nelle votazioni degli anni più recenti, la partecipazione dell'elettorato oscilla, a seconda delle regioni, tra un terzo e due terzi, con una generale tendenza a poco più della metà dell'elettorato. La partecipazione elettorale nazionale è superiore e questo vuol dire che i poteri pubblici che dovevano esser più vicini alla cittadinanza (le regioni), che all'inizio dovevano esser all'origine della salvezza dello stesso Stato, sono considerati dalla cittadinanza più lontani.

In secondo luogo, l'istituzione di governi regionali aveva fatto sperare che le forze politiche si potessero riaggregare su base regionale, differenziandosi dal livello nazionale; abbandonare il rivendicazionismo proprio della vecchia esperienza degli enti locali; sperimentare forme nuove di partecipazione al potere pubblico, in senso aggregativo e cooperativo, invece che conflittuale, sul modello della Germania. Invece, nelle regioni si sono ripetuti i "cleavages" della politica nazionale; i presidenti si sono distinti nel competere con lo Stato centrale, come tanti "shogun" in concorrenza con l'imperatore; le varie conferenze miste Stato – regioni sono state deludenti (basta vedere i ricorsi alla Corte costituzionale o i battibecchi presidenti regionali – presidente del consiglio).

Infine, le regioni hanno accentuato il divario Nord – Sud, diventan-

do così fattore di disunione. Ogni regione si comporta come un potentato locale, dimenticando che l'articolo 5 della Costituzione, prima di riconoscere e promuovere le autonomie, dispone che la Repubblica è "una e indivisibile". La cooperazione nel riequilibrio dei divari, che ci si aspettava inizialmente, non c'è stata. Le regioni si sono comportate come parti di una confederazione rissosa, non come componenti di un organismo unitario, quello che la Costituzione chiama "Repubblica".

3. *Luci ed ombre*

Quale bilancio trarre da mezzo secolo di storia regionale italiana?

Erano state disegnate come enti con compiti legislativi, perché esercitassero normalmente le loro funzioni amministrative delegandole a comuni e province o avvalendosi dei loro uffici: così disponeva la Costituzione. Sono invece diventate corpi amministrativi, anche per colpa dell'alluvionale, straripante legislazione nazionale. Le leggi regionali sono poche, interstiziali e per lo più ripetitive, in barba alla differenziazione che l'autonomia comportava. L'energia delle regioni è per tre quarti assorbita da compiti amministrativi, principalmente nel campo sanitario.

Dovevano essere la palestra per la formazione di una classe dirigente politica nazionale, che sapesse gestire, oltre a dilettarsi di schermaglie e intrighi politici. La fucina della nuova politica ha funzionato solo in pochi casi. I politici regionali si sono allineati a quelle grandi forze centralizzatrici che sono i partiti politici. La situazione è stata aggravata dalla presidenzializzazione regionale del 1999 (elezione diretta dei presidenti), che ha prodotto uno squilibrio tra governo nazionale istituzionalmente forte e politicamente debole, da un lato, e vertice regionale politicamente forte ma finanziariamente debole, dall'altro. Così abbiamo visto – durante la pandemia – i presidenti regionali ogni giorno in televisione, in colloquio con il proprio popolo e in polemica con il governo nazionale (ma finendo ora sul banco degli accusati).

Dovevano concertarsi tra di loro e con il governo nazionale. A questo scopo erano state istituite apposite conferenze, delle regioni e di regioni e Stato. Hanno invece alimentato conflitti, con atteggiamenti rivendicazionisti, rivolgendosi alla Corte costituzionale (divenuta giudice di conflitti, piuttosto che di diritti) o portati al Parlamento nazionale (con la richiesta di autonomie differenziate, cioè di maggiori risorse finanziarie).

Dovevano esser tutta testa, con piccoli corpi. Hanno ora più di 70

mila dipendenti, ai quali va aggiunta una gran parte dei 700 mila addetti alla sanità pubblica. Alle dimensioni si aggiungono i difetti delle assunzioni, spesso fatte non secondo criteri di merito, ma sulla base di appartenenze politiche e clientelari.

Molte debolezze nascono dalla Costituzione stessa. All'Assemblea costituente solo repubblicani e democristiani si impegnarono a fondo per l'introduzione delle regioni. Ma le norme costituzionali furono "un vaso vuoto" (Gaetano Salvemini), "una pagina bianca" (Massimo Severo Giannini).

Solo ventidue anni dopo, alla fine del disgelo costituzionale, le regioni vennero istituite. Ma lo furono come una "gigantografia del comune" mentre ci si aspettava che fossero "la via per salvare lo Stato" (sono parole di Massimo Severo Giannini, che, dopo aver lavorato alla preparazione della Costituzione, dedicò molte energie alla legislazione di trasferimento di compiti statali alle regioni). Sempre Giannini giudicò nel 1971 i primi passi delle regioni "proprio poveri"; il primo trasferimento di compiti, quello del 1972, "disastroso"; il secondo, quello del 1977, "una carica di sgorbi".

Seguirono la presidenzializzazione regionale del 1999, due altri trasferimenti di compiti (1998 e 2001), la soppressione dei controlli, l'abbandono delle leggi cornice, la riforma costituzionale del 2001, ispirata dall'idea della Sinistra di togliere spazio alle proposte federaliste della Lega.

Mentre le regioni si consolidavano come parte dell'architettura della Repubblica, accadde quello che i critici temevano. Si accentuò lo squilibrio Nord – Sud. L'inserimento di un livello politico nella "linea di comando" tra centro e periferia (quella che, secondo un ministro di Napoleone, doveva servire a "trasmettere i comandi con la rapidità del fluido elettrico") portò allo smembramento di preziosi corpi amministrativi (un esempio: il genio civile) e a un dualismo periferico: basta leggere i tanti decreti legge e dpcm della fase acuta della pandemia per accorgersi che il governo centrale negozia con le regioni, ma si vale dei prefetti, quando si tratta di assicurare l'esecuzione delle proprie decisioni (si ripete una vicenda del periodo fascista, quando Mussolini operava talora tramite i federali, ricorreva altre volte ai prefetti).

Il 20 febbraio 2020, iniziando i festeggiamenti del cinquantenario, il presidente della Conferenza delle regioni, scriveva che l'azione regionale si è espansa "al di là del mero catalogo delle competenze legislative". "Quando c'è da prospettare opportunità di sviluppo, quando si vuole realizzare una politica di rilancio degli investimenti pubblici, oppure

quando c'è da gestire una emergenza, si fa necessariamente riferimento alla dimensione regionale"; "la stessa concertazione istituzionale basata su accordi o patti Stato – regioni è diventata per ogni governo un percorso di seria concretezza istituzionale". Purtroppo, gli eventi successivi hanno smentito molti di questi propositi. Le regioni dovevano rappresentare un diverso modo di gestire. Ci si aspettava che misurassero prodotti, servizi, loro qualità, soddisfazione dei cittadini. Oggi paiono preoccupate principalmente nella misurazione della popolarità dei loro presidenti, chiamati pomposamente governatori. Dovevano costituire la soluzione dell'annoso problema dello Stato, sono divenute esse stesse parte del problema.

4. *L'autonomia differenziata*

Con la proposta di realizzare la cosiddetta autonomia differenziata si apre un altro capitolo della storia della regionalizzazione italiana.

La modifica costituzionale del 2001 ha previsto all'articolo 116, "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia". Queste possono essere attribuite, con legge statale, su iniziativa della regione interessata, sentiti gli enti locali, ad altre regioni, oltre alle cinque che già oggi godono di uno statuto speciale. La legge va approvata dalle Camere a maggioranza assoluta dei componenti, sulla base di una intesa fra lo Stato e la regione interessata. Lombardia e Veneto hanno promosso il 22 ottobre 2017 referendum consultivi per chiedere allo Stato "ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, con le relative risorse". Al referendum ha partecipato poco più di un terzo degli aventi diritto al voto in Lombardia, più della metà degli aventi diritto al voto in Veneto. La risposta positiva alla domanda è stata del 95 per cento dei votanti in Lombardia, del 98 per cento nel Veneto. Nel novembre successivo, i due consigli regionali, a cui si è aggiunto quello dell'Emilia Romagna, hanno richiesto al governo di aprire il negoziato per l'intesa. Quest'ultimo si è svolto a fine 2017, giungendo a tre accordi preliminari, firmati il 28 febbraio 2018, su principi e metodo da seguire, rinviando per gli aspetti finanziari ad altri accordi. L'iniziativa è poi passata dal governo Gentiloni al governo Conte, che nel 2021 ha "delineato il percorso per il completamento dell'acquisizione delle intese", deciso la conclusione della fase istruttoria e la definizione della proposta di intesa da sottoporre alle tre regioni.

Le tre regioni del Nord vogliono sia nuove funzioni, sia nuovi fi-

nanziamenti. Chiedono competenze per una ventina di materie, tra cui istruzione, rapporti internazionali e con l'Unione europea, beni culturali, ambiente. Vogliono più di 21 miliardi di euro (la Lombardia vedrebbe crescere il proprio bilancio di più di un quarto). Ma l'Italia è già oggi una nazione ad Arlecchino (basta pensare alla sanità) e differenziare sul territorio quelle materie in cui i pubblici poteri intervengono per assicurare l'eguaglianza dei cittadini (sanità, istruzione, tutela del lavoro) conduce al risultato paradossale di aumentare le diseguaglianze, visto quanto è difficile assicurare i "livelli essenziali delle prestazioni". Per le risorse, un presidente regionale ha dichiarato che "il percorso può esser avviato avendo come primo riferimento la spesa storica" (invece che i fabbisogni standard). Quindi, le regioni del Nord si avvantaggerebbero anche delle maggiori risorse che derivano dall'inefficienza della gestione statale dei servizi che si dovrebbero trasferire, quella che si vorrebbe superare con il loro passaggio alle regioni.

Il ragionamento fatto da alcuni per appoggiare la richiesta di maggiori risorse da parte dello Stato (ma l'articolo 116 della Costituzione prevede maggiori compiti, non parla di maggiori trasferimenti statali) è che quelle regioni hanno un "residuo fiscale" positivo, nel senso che contribuiscono alle imposte raccolte sul loro territorio più di quanto lo Stato conferisce loro in termini di servizi. Questo riapre la ferita storica del Paese, la mancata unificazione economica a centosessanta anni di distanza dalla unificazione politica. Una ferita che si allargherebbe se, spinte dalla forza dell'emulazione, altre regioni, come Piemonte, Toscana, Liguria, Marche, si mettessero sulla stessa strada, richiedendo anche loro l'autonomia differenziata. La torta (il bilancio statale) non s'allarga se qualcuno ne taglia una fetta più grossa, per cui qualcun altro ne avrà una più piccola. A quale titolo possiamo chiedere solidarietà e politiche di coesione ad altri Paesi europei, se alcune regioni italiane non l'assicurano ad altre regioni della nostra stessa nazione?

Le fratture che il riconoscimento di maggiore autonomia e maggiori risorse ad alcune regioni corre il rischio di aprire non finiscono qui. Ce n'è un'altra, quella con le cinque regioni a statuto speciale, che si vedono raggiungere dalle altre regioni, anche qui con riduzione delle risorse destinate ad esse, che nacquero con una maggiore autonomia e più ricche dotazioni finanziarie.

Da ultimo, questa "nuova stagione del regionalismo", mossa dalla giusta richiesta di autonomia delle collettività territoriali che hanno dato prova di maggiore efficienza gestionale, dimentica la necessità di ridefinire numero e dimensioni delle attuali regioni. Undici delle venti

regioni hanno oggi una popolazione inferiore agli abitanti di Roma. Il ritaglio territoriale degli enti regionali – come già notato – risale alle legioni militari romane, poi preso a base delle regioni statistiche da Pietro Maestri e da Cesare Correnti e infine arrivato pressoché immutato nella Costituzione. Uno dei nostri maggiori geografi, Lucio Gambi, ha parlato dell'"irrazionale continuità del disegno geografico delle unità politico amministrative". Molti attenti studiosi e conoscitori della realtà locale, da Gianfranco Miglio a Roberto Morassut, da tempo propongono l'istituzione di macroregioni, in un numero oscillante da tre a dodici.

5. *Le regioni alla prova della pandemia*

La Corte costituzionale ha stabilito che "la pandemia in corso ha richiesto e richiede interventi rientranti nella materia della profilassi internazionale di competenza esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera q), Cost.".

Alcune regioni hanno vaccinato quasi tutta la popolazione compresa nelle fasce più deboli, altre solo un terzo. In alcune regioni si è proceduto con la puntualità di un orologio svizzero, in altre sono state commesse clamorose violazioni delle priorità fissate in sede nazionale e si sono verificati gravi disservizi. Insomma, non siamo solo indietro ad altri Paesi, ma registriamo anche variazioni territoriali inspiegabili.

La popolazione vaccinabile è di quasi 51 milioni. I colli di bottiglia sono l'approvvigionamento e la somministrazione dei vaccini. Sull'uno e sull'altro fronte, il governo s'è dato da fare. Ha puntato i piedi con l'Unione europea e ha avviato contatti per la produzione di vaccini in sede nazionale. La legge di bilancio 2021 ha previsto la preparazione di un piano nazionale di vaccinazione e l'obbligo delle regioni di definire i loro piani vaccinali seguendo le indicazioni e con i tempi stabiliti a livello nazionale; in caso di mancata attuazione regionale, deve intervenire il commissario straordinario. Il ministro della Salute ha presentato il 2 dicembre 2020 il piano al Parlamento. Questo è poi stato adottato con decreto del 2 gennaio successivo. La Conferenza Stato – regioni è stata informata del piano il 9 febbraio e il 21 febbraio ha sottoscritto anche con i sindacati una intesa per mobilitare i medici di medicina generale. Il commissario Figliuolo ha reso pubblico il 13 marzo il suo piano.

Ma qualcosa non ha funzionato. Il Presidente del Consiglio dei ministri aveva dichiarato: "lo Stato c'è e ci sarà". La Corte costituzionale aveva depositato il 13 marzo 2021 una sentenza nella quale è scritto che

spetta in via esclusiva allo Stato la profilassi internazionale, "comprensiva di ogni misura atta a contrastare una pandemia sanitaria in corso, ovvero a prevenirla".

La disparità di funzionamento delle regioni ha però fatto emergere i punti deboli dello Stato. La mancata individuazione di una piattaforma unica. Gli obiettivi elencati senza standard, tempi ed indicatori di "performance" da rispettare. L'assenza di quel "coordinamento costante" che era previsto nel decreto ministeriale del 2 gennaio. Il mancato monitoraggio continuo delle somministrazioni (qui è apparsa debole o assente l'azione dell'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali – Agenas, tra i cui scopi c'è proprio l'analisi e il monitoraggio della "performance" dei servizi regionali). L'assenza di procedure che consentano ai cittadini di segnalare le disfunzioni del sistema, per farle correggere. Le carenze di interventi sanzionatori (la legge di bilancio ha previsto un finanziamento statale alle regioni di 110 milioni) o sostitutivi dello Stato (previsti non solo in generale dalla Costituzione, ma specificamente per il piano di vaccinazione dalla legge di bilancio 2021).

Dal fallimento di alcune regioni e dalle carenze dell'amministrazione centrale, dinanzi a un compito tanto importante per la società italiana, possono trarsi quattro insegnamenti.

Primo: non è dalla struttura accentrata o decentrata dello Stato che dipende il buon funzionamento delle istituzioni. Un Paese con secoli di esperienze di "self government" (il Regno Unito) e un altro a struttura federale (gli Stati Uniti), messi alla prova di una pianificazione nazionale, hanno fatto meglio dell'Italia (e di altri Paesi europei). Lì ci sono gli "anelli di congiunzione" tra centro e periferie, da noi no.

Secondo: regionalismo, riconoscimento delle autonomie, decentramento, non vogliono dire costituzione di repubbliche indipendenti. Quando l'obiettivo è nazionale e così drammatico, bisogna sapere cooperare, invece di alimentare orgogli regionali. L'esempio del Regno Unito e degli Stati Uniti lo dimostra. C'è una evidente sproporzione tra la decisione di affidare all'Unione europea l'approvvigionamento dei vaccini e quella di far dipendere la loro somministrazione dai piani regionali.

Terzo: abbiamo una costante incapacità di imparare dalle buone pratiche. Perché Lombardia e Calabria non hanno rapidamente seguito l'insegnamento delle "best practices" del Lazio?

Quarto: nel corso della storia repubblicana, ogni volta che un'amministrazione non funzionava, si sono istituiti organismi satelliti, per supplire alle carenze rilevate, preferendo aggirare così l'ostacolo della riforma dell'amministrazione disfunzionale. Si è venuta a costituire una

amministrazione disaggregata, ad arcipelago. Di questo fanno parte l'Azienda regionale per l'innovazione e per gli acquisti (Aria) lombarda e la Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, che non sono la soluzione del problema, sono esse stesse un problema.

Il rivoluzionario secondo comma dell'articolo 3 della Costituzione dispone che "è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese". Per rimuovere uno di quegli ostacoli, e cercare di assicurare quindi l'eguaglianza sostanziale dei cittadini, si stabilì che "la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo", e più tardi, nel 1978, fu istituito il Servizio sanitario nazionale. Dunque, questo deve assicurare l'eguaglianza di fatto dei cittadini, i "ricchi" e gli "indigenti". Se il vestito ad Arlecchino del servizio sanitario produce, però, nuove diseguaglianze, quella lungimirante idea dei Costituenti sarà tradita.

Si tratta di un tradimento che non ha la sua radice solo nei diversi orientamenti delle regioni, ma anche in altri due fattori. Il primo è quello della debolezza delle strutture statali centrali, che non si avvalgono della legislazione esclusiva, della determinazione dei principi fondamentali e dei poteri sostitutivi (articolo 117.2 e 3 e articolo 120.2 Cost.) per assicurare il rispetto del principio di eguaglianza. Ciò, a sua volta, deriva dal fatto che, una volta avvenuto il trasferimento delle funzioni alle regioni, gli uffici centrali si sono sentiti sgravati del compito di monitorare (non è una eccezione quella della sanità, nonostante l'Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali, nonostante la "Griglia Lea", e nonostante che la legge definisca il settore come un "servizio nazionale"). Il secondo è quello dello scarso interesse delle regioni a considerare, orizzontalmente, quel che accade nelle altre regioni, a differenza di quanto avviene in Germania, dove si è sviluppata la tecnica dell'azione congiunta.

6. *Il futuro delle regioni*

Le regioni sono ora al centro di numerose tensioni. La prima è quella tradizionale, tra centro e periferia, che si ripresenta continuamente: ad esempio, nelle grandi decisioni le regioni agiscono come co-decisori, ma l'attuazione viene rimessa alle prefetture.

La seconda tensione è tra vecchio e nuovo ordine del territorio. La

ripartizione territoriale del Paese risale ad epoca antica. Giannini nel 1946 riteneva che non dovessero esserci più di 12 regioni e che la dimensione minima dei comuni dovesse essere di non meno di 100 mila abitanti. Il vecchio ordine del territorio è ulteriormente posto in crisi dalla necessità di stabilire vincoli di solidarietà orizzontale tra regioni.

La terza tensione è quella riguardante la rappresentanza nazionale e la rappresentanza locale. L'assenza di una Camera delle regioni e la debolezza della conferenza Stato – regioni sono state poste in luce dalle difficoltà incontrate nella gestione dei grandi servizi nazionali, quello sanitario e quello scolastico, accentuate dalle divisioni tra maggioranza e opposizione al centro e alla periferia e dalle inedite alleanze tra governo nazionale e alcune regioni.

La quarta tensione riguarda l'equilibrio tra legislativo ed esecutivo, sia a livello nazionale, sia a livello locale, principalmente nel periodo dell'emergenza quando vi è stata una tendenza ad assorbire nella funzione amministrativa compiti relativi a quella legislativa.

Alla base, vi è il problema delle dimensioni ottimali degli enti territoriali, in relazione ai bacini di utenza e all'economicità dello svolgimento dei servizi. Si tratta di applicare l'economia all'amministrazione, evitando, però, quella che può definirsi la trappola dei settori, perché quello che vale per i trasporti potrebbe non essere vero per la scuola e quello che riguarda la scuola potrebbe non estendersi alla sanità.

Il problema delle dimensioni in Europa è stato affrontato in due modi diversi. Il primo è quello britannico, che l'ha risolto, tradendo la propria tradizione di "self governmement", con decisioni prese dall'alto, accorpando poteri locali e creando 58, poi 61 aree unitarie con un numero di abitanti oscillante tra 250 mila e 1 milione. Orientamento opposto è stato quello francese, dove si è proceduto, anche qui in senso contrario alla tradizione centralistica nazionale, con le strutture intercomunali a vocazione unica o multipla e con gli enti pubblici di cooperazione intercomunale, che sono più di 10 mila.

Anche in Italia l'esperienza dell'unione dei comuni è interessante: sarebbero attualmente poco meno di 600, con quasi 12 milioni di abitanti e più di 3 mila comuni.

Concludendo, il futuro delle regioni riposa su due basi: la riduzione del loro numero e la loro capacità di organizzarsi orizzontalmente, costituendo una rete le cui nervature non corrano solo tra Stato e periferie, ma anche tra le periferie stesse.

L'INTERESSE DELLE GENERAZIONI FUTURE IN COSTITUZIONE

di Maria Cristina Cavallaro

SOMMARIO: 1. Breve inquadramento del tema – 2. Gli orientamenti della Corte costituzionale: al di là di ambiente e sviluppo sostenibile – 3. Politica, amministrazione ed equilibrio intergenerazionale – 4. Alcuni dubbi, a mo' di conclusione.

1. *Breve inquadramento del tema*

Le recenti modifiche degli art. 9 e 41 Cost. introducono nella Carta costituzionale un esplicito riferimento alla tutela dell'ambiente (dell'ecosistema e della biodiversità), nonché il principio, già noto alla normativa sovranazionale e interna, del c.d. equilibrio intergenerazionale[1].

Il tema della tutela dell'ambiente è un tema particolarmente caro al prof. Filippo Salvia, che ne ha da sempre sottolineato la rilevanza e le implicazioni più significative[2], e le brevi considerazioni che qui si intende svolgere sono volte a verificare se, nel solco dell'insegnamento del nostro A., la previsione dell'interesse delle generazioni future possa avere un apprezzabile impatto nella dimensione politica degli interessi da considerare da parte del decisore pubblico e, conseguentemente, nelle dinamiche dell'esercizio del potere e dell'attività amministrativa.

In particolare, a partire dalla lucida osservazione, secondo cui «la tutela effettiva degli interessi ambientali non è, a rigore, ascrivibile ad

[1] Si tratta delle modifiche introdotte dalla L. Cost. 11 febbraio 2022, n. 1. In particolare, l'art. 9 Cost. dispone: «La Repubblica tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»; mentre l'art. 41, commi 2 e 3, prevede: «L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali e ambientali».

[2] Solo per fare qualche esempio, F. SALVIA, *Il Ministero dell'Ambiente*, Bari, 1989; ID., *Gli strumenti giuridici della tutela dell'ambiente*, in *Riv. Giur. Amb.*, 1993, 209; *ibidem*, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, 1998, 235; *La segmentazione dell'interesse ambientale e la sommatoria delle tutele*, in *Nuove Aut.*, 1999, 509; *Aree protette, proprietà e interessi ambientali*, in *Riv. Giur. Urb.*, 2000, 637; *Ambiente, democrazia, scienza e tecnica*, in *Dir. e soc.*, 2001, 459; *La difficile coesistenza tra usi e tutela dell'ambiente costiero*, in *Il dir. dell'ec.*, 2015, 637.

un unico fattore o a un unico soggetto investito di potere, ma costituisce piuttosto il risultato del concorso e della interazione di numerosi e variegati elementi (istituzionali, sociali, culturali, politici, tecnici, ecc.)»[3], si vuole provare a saggiare l'utilità della riforma costituzionale, come ulteriore elemento idoneo a concorrere alla necessaria effettività della tutela dell'ambiente e non solo. E tuttavia, facendo tesoro delle acute e pungenti osservazioni del nostro A., accompagnate spesso da una sottile e quanto mai raffinata ironia, si è ben consapevoli che, forse, anche in questo caso, «l'ansia riformistica» del legislatore non conduce verso «una semplificazione virtuosa pura e semplice del sistema», su cui senz'altro concordare, ma, nella migliore delle ipotesi, si traduce in una inutile sovrapposizione di principi e concetti, ovvero, rischia di tendere verso «un sovvertimento dei valori sottostanti»[4].

Soprattutto perché, come si proverà ad argomentare, l'interesse delle future generazioni ha trovato altre forme di espressione, manifestandosi anche in altre politiche pubbliche, con un impatto che non sempre si può rivelare virtuoso.

Per verificare l'utilità e il senso dell'interesse delle future generazioni in Costituzione, può essere utile provare a ricostruire, sia pure in termini assai sintetici, il quadro normativo di riferimento: ed emerge subito, come si è già osservato, che il principio dell'equilibrio intergenerazionale è da tempo presente nella normativa sovranazionale.

Il dibattito è antico. In un primo momento, se si guarda la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, del 1948, come poi la Convenzione internazionale sui diritti civili e politici, del 1966, sembra già che il riferimento a "tutti i membri della famiglia umana", ai quali assicurare la piena dignità e la protezione dei diritti, qualifichi il tratto universale del documento, che lo pone al di fuori di una precisa dimensione di spazio e di tempo e dunque fuori da un preciso riferimento al fattore generazionale[5]. Successivamente, nel 1987, si registra una sottolineatura, che probabilmente condurrà a un successivo cambio di passo: nel noto rapporto Brundtland, adottato dalla Commissione mondiale sull'ambiente

[3] F. Salvia, *Ambiente, democrazia, scienza e tecnica*, cit.

[4] F. Salvia, *La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente*, in *Il dir. dell'ec.*, 2020, 169, che attribuisce la tendenza riferita all'obiettivo «di subordinare indiscriminatamente i valori di lunga durata, che caratterizzano ogni tipo di comunità a quelli di breve periodo di più immediato effetto», 175.

[5] In tal senso, M. Interlandi, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *Dir. soc.*, 2022, 75.

e lo sviluppo, si introduce per la prima volta la nozione di "sviluppo sostenibile", inteso come uno sviluppo capace di soddisfare «i bisogni dell'attuale generazione senza compromettere la capacità di quelle future di rispondere alle loro»[6]. Più esplicito il contenuto della Dichiarazione sulle responsabilità delle generazioni presenti verso le generazioni future, del 1997, il cui articolo 1 definisce i "Bisogni e interessi delle generazioni future", affermando che «Le generazioni presenti hanno la responsabilità di sorvegliare affinché i bisogni e gli interessi delle generazioni future siano pienamente salvaguardati».

Anche la normativa europea si fa carico dell'interesse in esame: a partire dalla Carta di Nizza, fino ai più recenti programmi di intervento (*Next Generation EU* e PNRR), è possibile cogliere, anche nel linguaggio utilizzato, una "proiezione intergenerazionale" degli obiettivi di politiche pubbliche che l'Unione intende promuovere[7].

Con riferimento al diritto interno e ai nostri principi costituzionali, prima ancora dell'esplicita formulazione introdotta all'art. 9, già il principio di solidarietà (art. 2 Cost.), come pure il principio di fedeltà alla stessa Costituzione (art. 54 Cost.), potevano e possono tutt'ora essere declinati come solidarietà e fedeltà di tipo intergenerazionale[8]. Mentre il principio della tutela dell'ambiente ha trovato prima un riferimento costituzionale nella rilettura degli art. 9 e 32 Cost.[9], per poi essere più esplicitamente accolto con la riforma del titolo V[10]. Si arriva così all'o-

[6] Sul punto T. Scovazzi, *I diritti delle generazioni future nell'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente*, in *Il dir. dell'ec.*, 2021, 70.

[7] Cfr. F. Fracchia, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, in *Il dir. dell'ec.*, 2021, 55.

[8] Di solidarietà intergenerazionale parla espressamente la Corte costituzionale nella sentenza, 13 luglio 2016, n. 173, avente a oggetto il giudizio di legittimità sul c.d. "contributo di solidarietà", introdotto dal comma 486 dell'art. 1 della legge n. 147 del 2013, che prevedeva un prelievo forzoso a carico dei titolari di trattamenti pensionistici superiori, da quattordici a trenta volte, il trattamento minimo INPS. La Corte ne salva la legittimità, ritenendo che si tratti di un contributo che opera all'interno dell'ordinamento previdenziale, «come misura di solidarietà "forte", mirata a puntellare il sistema pensionistico, e di sostegno previdenziale ai più deboli, anche in un'ottica di mutualità intergenerazionale».

[9] Secondo la nota articolazione di M.S. Giannini, *Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridic*i, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1973, p. 15 ss., il significato giuridico di ambiente è declinabile in tre sensi: "1) l'ambiente a cui fanno riferimento e la normativa e il movimento di idee relativi al paesaggio; 2) l'ambiente a cui fanno riferimento la normativa e il movimento di idee relativi alla difesa del suolo, dell'aria, dell'acqua; 3) l'ambiente a cui si fa riferimento nella normativa e negli dell'urbanistica".

[10] Ai sensi dell'art. 117, lett. s), Cost. è oggetto di potestà legislativa esclusiva dello Stato «la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali».

dierna previsione contenuta negli art. 9 e 41, la cui lettura congiunta sembra riprendere e accogliere i contenuti del principio dello sviluppo sostenibile.

Sul piano della legislazione ordinaria, è centrale l'istituzione del Ministero dell'ambiente (con la legge n. 349 del 1986), perché assume l'ambiente come interesse pubblico da tutelare e da affidare alla cura concreta dell'amministrazione, nonché, più di recente l'adozione del T.U. in materia di ambiente, che introduce il principio dello sviluppo sostenibile, sottolineando ancora una volta come la sostenibilità ambientale dello sviluppo economico debba farsi carico dei «dei bisogni delle generazioni attuali», senza tuttavia compromettere «la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future»[11].

In questo contesto, merita di essere segnalata la pronuncia del Tribunale costituzionale federale tedesco, del 24 marzo 2021, per cogliere sin da subito le ricadute applicative del legame interpretativo tra l'interesse delle future generazioni e la tutela dell'ambiente. Con la sentenza richiamata, infatti, sono stati accolti vari ricorsi costituzionali aventi ad oggetto le disposizioni della legge tedesca del 2019, sulla protezione del clima, nella quale sono indicati i livelli annuali di emissione di gas serra consentiti, con una proiezione che arrivava fino al 2030. Nella specie, la Corte tedesca ha ritenuto che tali disposizioni possano pregiudicare i diritti dei ricorrenti, tra cui c'erano molti giovani, nella misura in cui non prevedono adeguate misure per assicurare le riduzioni delle emissioni a partire dal 2031: con il rischio concreto che i maggiori oneri di riduzione delle emissioni si concentrino sui periodi successivi al 2030, gravando così sulle generazioni future. In tal modo, s'è osservato, «le generazioni future entrano nel ragionamento come titolari di diritti precisi e "azionabili" già oggi»[12].

[11] Così l'art. 3 *quater* del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, c.d. T.U. Ambiente. Merita di essere richiamato altresì l'art. 144, comma 2, sulla Tutela e uso delle risorse idriche, secondo cui «Le acque costituiscono una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale».

[12] Si veda sul punto R. Bin, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *laCostituzione.info*, 30 aprile 2021.

2. *Gli orientamenti della Corte costituzionale: al di là di ambiente e sviluppo sostenibile*

Rispetto al quadro normativo appena tracciato e alle sue possibili implicazioni concrete, va sottolineato come, negli sviluppi più recenti, soprattutto legati a una tendenza evolutiva della nostra giurisprudenza costituzionale, l'interesse delle future generazioni ha assunto una centralità che è andata ben oltre il tema della tutela dell'ambiente, declinato attraverso lo sviluppo sostenibile.

Nel 2019, la Corte ha pronunciato l'illegittimità costituzionale di alcune disposizioni contenute nella legge di stabilità del 2016, che disciplina la rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali in predissesto (e la restituzione delle anticipazioni di liquidità a essi erogate) attraverso una proiezione di lungo periodo del *deficit* strutturale degli stessi enti, argomentando alla stregua del principio di equità intragenerazionale ed intergenerazionale[13]. Quanto al primo principio, già sfruttato dalla giurisprudenza della Corte[14], si è ritenuto che «la tendenza a perpetuare il *deficit* strutturale nel tempo, attraverso uno stillicidio normativo di rinvii», manifesti un evidente squilibrio di conti sulla finanza pubblica, con altrettanto evidenti rischi «dell'impatto macroeconomico» della misura proposta e la conseguente necessità di manovre finanziarie di aggiustamento dei conti che finiscono col gravare «sulle fasce più deboli della popolazione». L'equità intergenerazionale, seguendo il ragionamento della Corte, comporta invece «la necessità di non gravare in modo sproporzionato sulle opportunità di crescita delle generazioni future, garantendo loro risorse sufficienti per un equilibrato sviluppo»[15]. In senso analogo, si legge in altra pronuncia del 2020: «rimane fermo l'ammonimento al legislatore per cui, di fronte all'impossibilità di risanare strutturalmente l'ente in disavanzo, la procedura del predissesto non può essere procrastinata in modo irragionevole, dovendosi

[13] Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, che si è pronunciata sull'art. 1, comma 434, della legge n. 232 del 2016; nonché, Corte Cost. 10 novembre 2021, n. 235.

[14] Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10.

[15] Aggiunge poi la Corte: «È evidente che, nel caso della norma in esame, l'indebitamento e il deficit strutturale operano simbioticamente a favore di un pernicioso allargamento della spesa corrente. E, d'altronde, la regola aurea contenuta nell'art. 119, sesto comma, Cost. dimostra come l'indebitamento debba essere finalizzato e riservato unicamente agli investimenti in modo da determinare un tendenziale equilibrio tra la dimensione dei suoi costi e i benefici recati nel tempo alle collettività amministrate». Va detto che anche il principio dell'equità intergenerazionale è già stato richiamato dalla Corte in pronunce più risalenti: cfr. Corte cost. sent. n. 107 del 2016 e n. 6 del 2017.

necessariamente, attraverso diverse soluzioni possibili, porre una cesura con il passato, così da consentire ai nuovi amministratori di svolgere il loro mandato senza gravose "eredità"»[16].

Si profila, così, un altro ammonimento della Corte, legato a una tendenza legislativa, che si è abbastanza consolidata negli ultimi anni e ha poi un naturale impatto sulle scelte dell'amministrazione e che si manifesta tutte le volte in cui la risposta a una condizione di crisi, sia essa una crisi di tipo economico o finanziario, ma non solo (si pensi più di recente alla crisi pandemica), si appronta con misure eccezionali e contingenti. Si tratta infatti di misure che, per definizione, implicano una rinuncia a ogni tentativo di intervento sistematico e strutturale, che sia il frutto di una visione ragionata, nonché di un progetto politico riformatore, equilibrato e di più ampio respiro.

Probabilmente, nella prospettiva della Corte, proprio l'interesse delle future generazioni potrebbe concorrere a superare la tendenza appena richiamata, laddove si riconosce che il rispetto del principio di equità intergenerazionale implica la necessità di adottare scelte legislative che non producano effetti dannosi sulle opportunità di crescita delle generazioni future. In altre parole, è compito del decisore pubblico compiere delle scelte ragionate, la cui proiezione di lungo periodo sia idonea ad assicurare, anche alle generazioni future, le risorse necessarie e sufficienti per un equilibrato sviluppo.

Il ragionamento così condotto si salda con il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio: principio che sottintende, come già avevano colto i padri della costituzione americana, la necessità di impedire che un disavanzo eccessivo dei conti pubblici possa gravare sulle generazioni future, pregiudicandone le opportunità di sviluppo[17].

C'è però una questione (o forse più di una) da non sottovalutare, nella saldatura tra l'interesse delle generazioni future e l'equilibrio di bilancio. Perché, anche a voler cogliere nell'equità generazionale una sorta di reciprocità, per cui ci impegniamo a dare alle generazioni future tanto quanto noi abbiamo ricevuto dai nostri predecessori, ovvero, in termini giuridicamente più stringenti, una declinazione del generale principio di

[16] Corte Cost. 23 giugno 2020, n. 115.

[17] Si tratta della nota questione posta da T. Jefferson, che con avvertita preoccupazione si chiedeva «se un padre avesse il diritto naturale di seppellire i figli sotto una montagna di debiti e, in termini più strettamente politici, se una generazione potesse giustificare il fatto di contrarre ingenti debiti prevedendo di farli pagare alle generazioni successive»: R. Bifulco, *Jefferson, Madison e il momento costituzionale dell'unione. A proposito della riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, in *Rivista Aic*, 2/2012.

solidarietà, ciò non toglie che un'applicazione indiscriminata del principio in esame possa tradursi in una seria ipoteca, che graverebbe sul nostro presente, sia pure a protezione dell'equilibrio di bilancio.

In altri termini il rischio è quello di rinunciare, già oggi, a quei servizi e a quelle prestazioni, da erogare a garanzia e tutela dei diritti: e il riferimento non è solo alle prestazioni a tutela dei diritti sociali, poiché, come è evidente, tutti i diritti hanno un costo[18]. In tal senso, il sacrificio di determinati diritti implica sicuramente un pregiudizio della generazione presente, che è senz'altro più marcato; ma si profila altresì un danno per le generazioni future, alle quali consegneremmo un sistema di protezione dei diritti del tutto inadeguato (o inesistente).

Questo potrebbe tradursi in un primo paradosso del principio dell'equità generazionale, soprattutto laddove venga riferito a un ambito, quello dell'equilibrio dei conti pubblici, che supera i contorni di un suo "contenuto minimo", più efficacemente identificabili nella tutela dell'ambiente[19].

C'è poi da dire che, se è già difficile contraddire Hayek e il "miraggio" della giustizia sociale, per cui i diritti sociali «rivendicano benefici particolari a cui ogni essere umano si presume abbia diritto, senza indicare chi incorra nell'obbligo di provvedere a tali benefici»[20], è ancora più difficile immaginare e qualificare le future generazioni (i nostri figli? i figli dei nostri figli?), oltre che argomentare l'esistenza di situazioni soggettive in capo alle stesse.

La questione, così posta, rimane un po' ombra.

In dottrina, si riconosce la delicatezza del tema, ma si prova a superare l'obiezione ritenendo che si possa parlare di *dovere* generazionale, qualificandone la portata e le relative implicazioni, senza "spingersi" a teorizzare i contorni di un *diritto* ad esso correlato[21]. Mentre la Corte

[18] R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 75.

[19] V. Velluzzi, *I doveri intergenerazionali nel sistema filosofico, giuridico ed economico: un dialogo interdisciplinare*, in *Il dir. dell'ec.*, 2021, il quale teorizza, parafrasando Hart, la necessità di «un contenuto minimo che garantisca l'adempimento del dovere intergenerazionale, ma che non ecceda nell'adempimento dei doveri intergenerazionali», 17.

[20] F. von Hayek, *Legge, legislazione e libertà*, trad. it. P.G. Monateri, Milano 1982, per cui, conclude Hayek «parlare di diritti quando sono in gioco aspirazioni che soltanto un sistema consciamente diretto può soddisfare, non soltanto svia l'attenzione dalle determinanti effettive di quella ricchezza che si vorrebbe per tutti, ma anche svilisce il termine "diritto", il cui vero significato è molto importante preservare se si vuole mantenere una società libera», p. 309-315.

[21] F. Fracchia, *I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali*, cit., 66.

costituzionale, come si è visto, prova a risolverla attraverso il riconoscimento di una *responsabilità*, piuttosto che un vero e proprio *dovere* generazionale da legare a un corrispondente *diritto*: una responsabilità che ricade sul decisore pubblico e connota le scelte da assumere, i cui effetti, appunto, non possono gravare in misura sproporzionata sul futuro delle generazioni, per non sacrificarne le opportunità di crescita.

3. *Politica, amministrazione ed equilibrio intergenerazionale*

Emerge così una chiara dimensione politica dell'equilibrio intergenerazionale, che si ribalta con immediatezza anche nell'attività amministrativa, poiché impone la necessità di una scelta, per il bilanciamento degli interessi coinvolti.

In primo luogo, è evidente, anche in relazione alle considerazioni finora svolte, come gli interessi delle diverse generazioni possano essere tra loro convergenti, ma è ancora più facile che si tratti di interessi confliggenti. E d'altra parte, è comprensibile, dal momento che si tratta di interessi che presuppongono il godimento e la fruizione di risorse scarse, siano esse le risorse naturali, ambientali ovvero economiche.

In generale, s'è già detto come la teoria dell'equità intergenerazionale si fondi sul presupposto che le generazioni future possano ricevere dalla generazione presente un complesso di mezzi e risorse, idealmente corrispondente a quello che la generazione presente a sua volta ha ereditato dalle generazioni precedenti. Si tratta di una sorta di reciprocità diacronica, che si snoda lungo un asse temporale e che implica, specularmente, che la generazione presente si impegni a fruire delle risorse di cui dispone, in modo da garantirne il godimento anche alle generazioni future.

La questione ha una chiara connotazione politica, più che giuridica.

In termini assai sintetici, essa è strutturalmente legata a fattori sociali, tra cui ha una certa rilevanza l'inversione del *trend* demografico che si è registrato negli ultimi anni e che segnala una sempre più bassa natalità, ma anche un allungamento delle aspettative di vita: fenomeno, questo, che di per sé è già un elemento idoneo a produrre forti squilibri generazionali[22]. C'è, poi, la questione di un progresso tecnologico in costante espansione, che può incidere in termini negativi sulle risorse naturali e

[22] T. Treu, *Protezione sociale ed equilibrio intergenerazionale*, in *rivistacortedeiconti.it*, n. 5/6, 2018.

ambientali, generando anche in tal caso uno spiccato disequilibrio generazionale. C'è infine un insieme di fattori economici, legati per lo più alla perdurante crisi economico-finanziaria che segna le politiche pubbliche dall'inizio del nuovo secolo e che, messa in relazione al dato demografico, implica il rischio evidente di una generazione presente, assai più numerosa rispetto al passato, ma anche rispetto alle generazioni future, che corrode in misura progressiva le risorse disponibili, con un impatto distorsivo sull'auspicato equilibrio dello sviluppo sostenibile.

Una volta accolto nel dibattito politico e nel linguaggio comune, il tema dell'equità generazionale ha trovato una rispondenza anche nella sensibilità giuridica, che si è tradotta, come visto in apertura, in una puntuale collocazione del principio all'interno della cornice normativa, per essere poi accolto dalla giurisprudenza, non solo costituzionale.

Così, ad esempio, a proposito del servizio idrico integrato, la cui «trama regolativa» riflette l'esigenza di una adeguata composizione «tra fini sociali (l'erogazione di un bene fondamentale, ma scarso) e sostenibilità economica», il Consiglio di Stato ha ritenuto che la determinazione della relativa tariffa sia il frutto di una «scelta politica»: attraverso la quale «il legislatore statale fissa livelli uniformi di tutela dell'ambiente, perseguendo la finalità di garantire la tutela e l'uso delle risorse idriche, secondo criteri di solidarietà e salvaguardando così la vivibilità dell'ambiente e le aspettative e i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale»[23].

In altre pronunce, emerge in modo più nitido il ruolo del soggetto pubblico e la possibile qualificazione dell'interesse delle generazioni future, come interesse pubblico affidato alla cura dell'amministrazione.

In tema di pianificazione urbanistica, il giudice amministrativo ha ritenuto che i piani debbano conformarsi al principio della sostenibilità, da intendersi come «garanzia di uguale possibilità di crescita del benessere dei cittadini e di salvaguardia dei diritti delle future generazioni»: ma nella prospettiva considerata, e a conferma della potenziale conflittualità degli interessi intergenerazionali, il giudice ritiene che il principio della sostenibilità, applicato alla pianificazione urbanistica, non si traduce nella possibilità di incrementare lo sviluppo edilizio del

[23] Cons. Stato, sez. VI, 30 giugno 2021, n. 4914: la tariffa è definita dall' art. 154 del d. lgs. n. 152 del 2006 come "il corrispettivo del servizio idrico integrato" e la scelta, secondo il giudice amministrativo «è consistita nella ricerca di un modello di gestione in cui trovi adeguata sintesi la dialettica tra efficienza, anche imprenditoriale, del servizio, nell›ambito dei vincoli europei, garanzia degli utenti, che sono titolari di un diritto fondamentale, e universalità del servizio».

territorio, ma conduce verso la direzione opposta, «e cioè che occorre evitare nuovo sfruttamento qualora questo sia pregiudizievole per i diritti delle future generazioni»[24].

E ancora. Secondo il Consiglio di Stato, anche le Casse privatizzate, in particolare il riferimento è alla Cassa dei giornalisti, «nell'esercizio del loro potere regolamentare sono tenute non più al rispetto del principio del "pro rata", ma a tenere presente il principio del "pro rata" contemperato con i criteri di gradualità e di equità fra generazioni»: in tal modo, sulla scia di una precedente pronuncia della Corte Costituzionale, deve ritenersi legittima la previsione di un «contributo straordinario di partecipazione al riequilibrio finanziario della gestione previdenziale», da utilizzarsi come misura *una tantum*, coerente con un principio di mutualità intergenerazionale e giustificata dal «momento di grave crisi contingente del sistema»[25].

Si giunge così a considerare la possibilità che l'equilibrio intergenerazionale possa costituire un interesse da valutare e ponderare, da parte dell'amministrazione, al fine di assicurare la miglior cura dell'interesse primario, costituito nella specie dalla tutela del paesaggio. Così, nell'ambito del procedimento volto alla sanatoria di alcune opere abusive, a fronte di un nulla osta della Soprintendenza ai beni culturali, che il giudice amministrativo qualifica come atto endoprocedimentale «idoneo ad influire sul contenuto del provvedimento conclusivo del procedimento», lo stesso giudice salva la legittimità della decisione del comune, che nega la sanatoria richiesta dal privato, «distanziandosi dal parere della Soprintendenza». Alla stregua del percorso argomentativo così impostato, il giudice ha ritenuto che il diniego del comune si traduca in una tutela rafforzata del paesaggio, frutto di un potere discrezionale che risponde a una visione più ampia ed equilibrata degli interessi da considerare e si pone, rispetto al parere della Sovrintendenza, in una «logica incrementale» di tutela del bene paesaggistico. E conclude nel senso che «la tutela ambientale e paesaggistica, gravando su un bene complesso ed unitario quale il territorio da governare, precede e comunque costituisce un limite alla ponderazione degli altri interessi coesistenti, sia pubblici che

[24] Tar Lombardia, sez. II, 6 aprile 2021, n. 877, a proposito dell'art. 2, comma 3, l. rg. Lombardia n. 12/2005. Il giudice continua affermando che «del resto, l'incremento del benessere dei cittadini non deve per forza conseguirsi attraverso il consumo di nuovo suolo, ben potendo esservi esigenze attuali che consiglino invece di dare prevalenza all'interesse alla preservazione dell'ambiente e del paesaggio».

[25] Cons. Stato, sez. III, n. 5290 del 2019: il principio della mutualità intergenerazionale è contenuto in Corte cost., n. 173 del 2016.

privati, sul rilievo che l'ambiente (compreso il paesaggio) costituisce un bene giuridico da tutelare in un'ottica intergenerazionale, come sarà poi ulteriormente chiarito dalla l. cost. n. 1 del 2022»[26].

Affiora in tal modo la capacità del principio in esame di abbracciare una pluralità di ambiti di applicazione, dalla legislazione urbanistica a quella previdenziale, riuscendo ad adattarsi a una diversificata gamma di fattispecie concrete, ora come interesse da considerare per la cura di un interesse primario e complesso, ora come parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

4. *Alcuni dubbi, a mo' di conclusione*

A dire il vero, alcuni profili di indubbia problematicità caratterizzano il principio dell'equilibrio intergenerazionale: si tratta di profili che in parte rivestono una rilevanza per lo più teorica; altri, invece, si manifestano soprattutto in sede applicativa.

Si pensi, in primo luogo, alla questione, cui s'è fatto un cenno, della difficoltà di una puntuale qualificazione di *diritti* intergenerazionali, che non conoscono doveri ad essi correlati: ovvero, al contrario, la questione della vischiosità della nozione di *dovere* generazionale se lo stesso non si coniuga con un diritto corrispondente. Il tema a sua volta rimanda a un ambito ben più complesso, legato alla dimensione politica dell'equità intergenerazionale, giacché è cruciale, nel rapporto tra principio democratico e generazioni future, il problema della rappresentanza politica degli interessi dei 'futuri'.

I componenti delle generazioni presenti sono infatti i membri di quelle 'formazioni sociali', richiamate dall'art. 2 della Costituzione; ma soprattutto sono i soggetti che compongono 'il popolo', quale entità plurale a cui è affidata la sovranità, da esercitare «nelle forme e nei limiti della Costituzione», ai sensi dell'art. 1, comma 2; e sono anche parte della 'Nazione', direttamente rappresentata, secondo l'art. 67, da «ogni membro del Parlamento», che «esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato».

In questo quadro, non pare esserci spazio, in termini di rappresentanza, per coloro che appartengono alle future generazioni. Basti pensare che nell'impianto della Dichiarazione del 1789, il principio è esattamente rovesciato, per cui nessuna generazione può assoggettare alle sue leggi le generazioni future[27].

[26] CGA, sez. giur., n. 510 del 2022.

[27] Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, art. 28: «Un popolo ha sempre

D'altra parte, anche se la rappresentanza politica può generare forme di inclusione (o di esclusione), che non necessariamente corrono lungo il perimetro che delimita l'insieme dei soggetti interessati alla decisione da assumere, ciò non toglie che un sistema democratico si qualifichi anche per la capacità di assicurare il più ampio grado di partecipazione, dei soggetti coinvolti, alla decisione medesima. E, in tal senso, la prospettiva generazionale impone che la stessa deliberazione ammetta «l'introiezione di una certa dose di "non-democraticità"al proprio interno»[28].

C'è, poi, l'evidente la duttilità del principio, che ne potrebbe compromettere l'efficacia sul piano interpretativo, dal momento che le sue implicazioni, come si è visto, compaiono in una pluralità di settori, sotto forme diverse: e c'è soprattutto l'elasticità del fattore 'tempo', che il principio stesso incorpora.

La prospettiva intergenerazionale, infatti, impone di dilatare e allungare la proiezione temporale di alcune misure, laddove le stesse siano funzionali, ad esempio, a preservare le risorse ambientali: come nel caso della sentenza della Corte di Karlsruhe, che ha ritenuto inadeguate le misure finalizzate alla riduzione dell'emissione di gas serra contenute della legge tedesca sul clima, in quanto previste sino al 2030. Mentre la stessa prospettiva, nella giurisprudenza della Corte costituzionale, impone la contrazione dell'arco temporale di riferimento, ad esempio con riguardo alle misure da adottare per risanamento del disavanzo degli enti locali: per cui stavolta il prolungamento nel tempo del *deficit* strutturale entra "in collisione" con il principio di equità intergenerazionale.

Rimangono, infine, alcuni nodi da sciogliere, che in termini più concreti riguardano le ricadute applicative del principio dell'equità intergenerazionale e sono perciò connessi ai poteri e al ruolo dell'amministrazione.

La natura dei diritti delle generazioni future, si riannoda al tema dei doveri inderogabili dell'amministrazione, a protezione dei diritti inviolabili dei singoli[29]: anche in tal caso, l'applicazione del principio di cui

il diritto di rivedere, riformare e cambiare la propria Costituzione. Una generazione non può assoggettare alle sue leggi le generazioni future».

[28] F.G. Menga, *Il futuro di cui dobbiamo rispondere. Ciò che la rappresentanza politica può ancora insegnarci sulla giustizia intergenerazionale*, in *Riv. Fil. Dir.*, 2021, 301, che tuttavia afferma «la necessità di una rappresentanza del futuro e dei futuri» e ne argomenta il fondamento attraverso l'idea di una "rappresentanza responsiva".

[29] Il riferimento è M. Monteduro, *Doveri inderogabili dell'amministrazione e diritti inviolabili della persona: una proposta ricostruttiva*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2020, 543, secondo il quale il quadro costituzionale consente di ritenere che la Repubblica, nel richiedere l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà ai sensi dell'art. 2,

si tratta può dare luogo a prospettive e soluzioni opposte, difficilmente conciliabili.

S'è infatti visto come, nel legame tra interessi delle future generazioni ed equilibrio di bilancio, ma anche con riguardo allo sfruttamento del suolo o alla tutela del paesaggio, emerga una fisiologica, quanto virtuale, conflittualità tra generazioni presenti e future, che rende assai difficile il bilanciamento tra i rispettivi interessi, alla ricerca di una soluzione equilibrata. Per cui, da un lato, la garanzia dei 'futuri' può compromettere, in una prospettiva di equilibrio di bilancio, ma non solo, le risorse da impegnare per il godimento dei diritti di oggi, minandone l'effettività della tutela. Per altro verso, l'amministrazione, anche nell'orientamento della giurisprudenza, è tenuta a realizzare l'interesse pubblico, attraverso una adeguata considerazione delle posizioni soggettive coinvolte, che secondo una visione solidaristica di natura intergenerazionale, possa dare, appunto, adeguata copertura anche ai bisogni delle future generazioni[30].

Sembra, insomma, di avere a che fare con una coperta troppo corta, perché possa coprire adeguatamente il presente e il futuro delle generazioni[31].

La soluzione, allora, senza necessità di qualificare nuove forme di diritti o di interessi, potrebbe ritrovarsi nella naturale e necessaria proiezione futura dell'ordinamento giuridico, che ne costituisce una caratteristica irrinunciabile. Così, Santi Romano: «L'istituzione da cui derivano le norme giuridiche conferisce a queste ultime una effettiva e obiettiva persistenza *oltre* il momento in cui in esse si concreta la volontà che le pone. È proprio in questa persistenza che si rivela la funzione e, quindi, l'essenza del diritto»[32].

si rivolga «non solo ai soggetti privati ma anche, per così dire, a se stessa», cioè, anzitutto, agli enti pubblici territoriali di cui essa si compone, per cui la solidarietà espressa nell'art. 2 diviene «doverosa tanto per il soggetto quanto per la Repubblica».

[30] In tal senso, S. TORRICELLI, *Tra persona e persone, discutendo con Massimo Monteduro su doveri e diritti*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2021, 395.

[31] G. CORSO, *Categorie giuridiche e diritto delle generazioni future*, in A. Astone – F. Manganaro -A. Romano Tassone -F. Saitta (a cura di), *Cittadinanza e diritti delle generazioni future*, Atti del Convegno di Copanello, 3-4 luglio 2009, Catanzaro, 2010, secondo cui, «il vestito dei diritti è troppo stretto per coprire la relazione tra noi e le generazioni future» p. 9 ss.

[32] S. ROMANO, *Diritto (funzione del)*, in *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), Milano 1983, p. 85, corsivo aggiunto.

Abstract

Il lavoro intende analizzare la previsione in Costituzione dell'interesse delle generazioni future, al fine di verificarne l'impatto nella dimensione politica degli interessi da considerare e, conseguentemente, le dinamiche dell'esercizio del potere pubblico e dell'attività amministrativa.

The interest of future generations in the Constitution

The work aims to analyse the prediction in the Constitution of the interest of future generations, to verify its impact in the political dimension and, consequently, the dynamics of the exercise of public power and administrative activity.

LA SPECIALE DISCIPLINA URBANISTICA ED EDILIZIA DELLE OPERE PUBBLICHE*

di Cristiano Celone

SOMMARIO: 1. Opere pubbliche in deroga al piano urbanistico e alla disciplina generale dei titoli edilizi. – 2. Opere concordate da più amministrazioni pubbliche. – 3. Opere statali e di interesse statale. – 4. Opere comunali.

1. *Opere pubbliche in deroga al piano urbanistico e alla disciplina generale dei titoli edilizi*

Filippo Salvia nel suo fondamentale manuale di diritto urbanistico, giunto nel 2021 alla quarta edizione, riesce a ricomporre magistralmente, anche attraverso utili riferimenti storici, le coordinate del sistema e la debole trama di una materia soggetta a continue tensioni, a causa soprattutto di una disciplina urbanistica non unitaria per tutto il Paese (in virtù dell'avvento del regionalismo) e di una copiosa legislazione di settore finalizzata alla cura di altri interessi pubblici e motivata da emergenze di vario tipo, soprattutto ambientali ed economiche.

L'Autore, con riferimento al tema specifico di questo contributo, chiarisce subito come (anche) le *opere pubbliche e di interesse pubblico*[1], pur costituendo uno degli oggetti principali e più qualificati della

* Questo contributo riprende, con modifiche e aggiornamenti, un precedente lavoro (C. CELONE, *Attività edilizia delle pubbliche amministrazioni,* in *Testo Unico dell'Edilizia,* a cura di M. A. Sandulli, con il coordinamento di S. Bellomia, M. R. Spasiano, G. Mari, Milano, III ed., 2015, 218 ss.) seguito dal professore Salvia, al quale mi legano sentimenti di stima e affetto.

[1] Per "opera pubblica" la dottrina prevalente sembra intendere «il risultato immediato di qualsiasi attività materiale (costruttiva e non) consistente in una modificazione durevole del mondo reale (elemento oggettivo), di cui lo Stato o altro ente pubblico risulta titolare (elemento soggettivo), destinato a soddisfare direttamente interessi generali della collettività (elemento finalistico)» (M.A. SANDULLI, *Il concetto di opera pubblica e di lavoro pubblico*, in E. Picozza, M.A. Sandulli, M. Solinas, *I lavori pubblici*, in G. Santaniello (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. X, Padova, 1990, 9 ss.; M. PALLOTTINO, voce *Opere e lavori pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, X, 1995, 340 ss.). Perché l'opera sia definita pubblica non è tuttavia necessario – secondo una parte della dottrina (P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti*, Torino, 2020, 289; G. PAGLIARI, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2019, 370-371) – che sia di proprietà di un'amministrazione pubblica "in senso stretto", ossia di un ente pubblico, potendo anche appartenere ad una "impresa pubblica" o ad un "organismo di diritto pubblico", a condizione, però, che sia funzionalizzata ad un interesse pubblico.

ordinaria pianificazione urbanistica di livello comunale, vengono quasi sempre decise fuori dal contesto pianificatorio e immesse *ex post* nel piano attraverso procedimenti urbanistici atipici (ovvero attraverso procedimenti permissivi a valenza urbanistica), che attribuiscono all'approvazione del progetto dell'opera valore di variante (del piano) e diventano il vero baricentro della politica urbanistica al posto del procedimento di formazione del piano comunale di base[2].

Questa sostanziale "depianificazione" delle opere di interesse generale avviene tanto nella tradizionale pianificazione comunale concepita dalla legge urbanistica n. 1150 del 1942 (che costituisce ancora oggi l'unica legge organica di rango statale vigente in materia), fondata sul piano regolatore generale (tuttora operante in molti comuni), quanto nella nuova pianificazione di carattere strategico introdotta da diverse leggi regionali e basata sullo schema del piano strutturale.

Si tratta di un fenomeno che riguarda, oggi, la maggior parte degli interventi pubblici e privati di una certa dimensione (per esempio: quelli di edilizia pubblica residenziale, quelli industriali e artigianali, i grandi centri commerciali, le grandi opere e quelle collegate ai grandi eventi[3]).

Il concetto di "opera pubblica" va poi distinto da quello limitrofo di "opera (privata) di pubblico interesse o di pubblica utilità", in cui l'opera, invece, appartiene ad un soggetto privato (che ne è proprietario), ma, in ragione del fatto di essere destinata a soddisfare bisogni della collettività, può essere assogettata ad un regime giuridico speciale, uguale o similare a quello delle opere pubbliche. Distinto ma intrinsecamente collegato al concetto di "opera pubblica" è infine quello di "lavoro pubblico": quest'ultimo viene infatti identificato con le attività di «costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione urbanistica ed edilizia, sostituzione, restauro, manutenzione di opere», mentre, quello di "opera" con «il risultato di un insieme di lavori, che di per sé esplichi una funzione economica o tecnica», e comprende sia le opere che sono «il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, […] di difesa e di presidio ambientale, di presidio agronomico e forestale, paesaggistico e di ingegneria naturalistica» (art. 3, co. 1, lett. nn) e pp), cod. appalti, di cui al d.lgs. n. 50/2016). Il lavoro pubblico è quindi l'attività tecnico-materiale necessaria alla realizzazione dell'opera, mentre l'opera è il risultato finale di tale attività. L'opera può dunque consistere tanto in una costruzione *ex novo*, quanto in una demolizione (per esempio, abbattimento di un ponte pericolante), in una ristrutturazione, in una modificazione di un ambiente naturale (per esempio, bonifica di un'area paludosa, riqualificazione ambientale degli alvei di un fiume).

[2] In questi termini, F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, 4° ed., Milano, 2021, 62 ss., 104 ss., 159 ss., 255 ss.

[3] Sui grandi eventi, si v., di recente, per esempio, la legge di bilancio per il 2022, che, al fine di assicurare gli interventi funzionali alle celebrazioni del Giubileo della Chiesa cattolica per il 2025 nella città di Roma e taluni di quelli inclusi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), prevede la nomina di un Commissario straordinario del Governo, in carica fino al 31 dicembre 2026, al quale, limitatamente agli interventi urgenti di particolare criticità, è attribuito il potere di operare a mezzo di ordinanze in deroga a

Tali opere, insieme ai piani attuativi ed ai piani speciali ad indicenza urbanistica[4], dotati anch'essi dalla legislazione di settore in molti casi di forza derogatoria del piano comunale di base (sia esso piano regolatore generale o piano strutturale), hanno sostanzialmente modificato il modello tradizionale, ormai datato[5], della pianificazione urbanistica (ereditato dalla legge n. 1150/1942), fondato sul vincolo gerarchico tra i diversi livelli di piano (in virtù del quale il piano sottoordinato può solo attuare e all'occorrenza sviluppare le previsioni contenute nel piano sovraordinato) e sulla programmazione (ad opera delle autorità istitu-

ogni disposizione di legge diversa da quella penale, salvo il rispetto del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (di cui al d. lgs. n. 159/2011), del codice dei beni culturali e del paesaggio (di cui al d. lgs. n. 42/2004), nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea. Ordinanze, quelle adottate dal Commissario straordinario, che sono immediatamente efficaci e sono pubblicate nella Gazzetta Ufficiale (art. 1, comma 425, legge n. 234/2021).

[4] Con l'espressione "piani speciali" si intende fare riferimento a tutti quei piani introdotti nel tempo dalla legislazione di settore preordinati al soddisfacimento di interessi pubblici settoriali, che si sovrappongono o si intrecciano con il sistema della pianificazione urbanistica ordinaria. Possono rientrare in questa categoria per esempio: i piani di zona per l'edilizia economica e popolare, i piani per il recupero del patrimonio edilizio esistente, i piani città, i piani della rete commerciale, i piani per gli insediamenti produttivi, i piani regolatori portuali, i piani dei trasporti, i piani energetici.

[5] Come sottolinea, di recente, anche E. Boscolo, *Il governo del territorio dopo la legge di semplificazione*, in *Giurisprudenza Italiana*, maggio 2021, 1257 quando, a proposito deldecreto semplificazioni n. 76/2020, rimarca che ha inciso profondamente sulla struttura del testo unico dell'edilizia (d.P.R. n. 380/2001) con una serie di interventi puntuali, mentre sul versante dell'urbanistica, costituisce (al pari della legge di conversione) l'ennesima occasione mancata «rispetto all'esigenza, comunemente avvertita, di un rinnovato catalogo di principi in grado di aggiornare la trama fortemente datata della legge urbanistica del 1942 (e, *in primis*, lo schema di piano post-razionalista imperniato sul binomio zoning-standard, pensato in stagioni improntate a modelli espansivi)». L'adeguamento dell'intero impianto dogmatico-disciplinare del diritto urbanistico sarebbe reso indifferibile – secondo l'Autore (E. Boscolo, *Evoluzione storica e dimensioni attuali della pianificazione comunale. Il diritto urbanistico oltre la tradizione: efficienza insediativa e tutela dei beni comuni territoriali*, Torino, 2017, abstract) – dall'estensione del novero delle funzioni assunte dal piano regolatore generale (che oltre alla tradizionale funzione di disciplina degli usi del territorio e di regolazione dei processi insediativi, allo scopo di assicurare razionalità nelle trasformazioni urbane, da orientare necessariamente con sempre maggior vigore in direzione della rigenerazione urbana e del riuso del già costruito, nel periodo più recente ha assunto anche la funzione di promozione dei valori della sostenibilità ambientale, dell'urbanità e della qualità degli spazi di vita, della coesione sociale e della competitività territoriale) e dal conseguente «mutamento della struttura interna del piano e, prima ancora, della procedura di pianificazione entro cui, anche grazie al riconoscimento di spazi sempre crescenti a nuove forme di partecipazione, devono trovare un difficile bilanciamento interessi spesso in serrata conflittualità».

zionalmente abilitate al governo del territorio) degli interventi di modifica dell'assetto del territorio all'interno dei piani (anche attraverso la procedura ordinaria ed aggravata di variante al piano, per consentirne l'adeguamento alle nuove esigenze maturate nel tempo).

Le opere pubbliche e di interesse pubblico sono quindi sottratte perlopiù alla ordinaria disciplina urbanistica, ma anche edilizia (come si vedrà), in virtù di varie leggi di settore che, a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, hanno via via attribuito ai procedimenti di approvazione di gran parte dei progetti di opere pubbliche e di opere private di interesse generale l'effetto di *variante* delle previsioni *del piano urbanistico comunale* e *sottratto il* relativo *procedimento autorizzatorio alla disciplina generale sui titoli abilitativi*.

L'art. 7 del testo unico dell'edilizia, di cui al d.P.R. n. 380/2001, conferma questa specialità, individuando, attraverso i richiami contenuti nelle tre lettere in cui si suddivide l'unico comma, alcune (ma non tutte le) tipologie di *opere pubbliche* sottoposte a procedimenti speciali, che *derogano alla disciplina generale sui titoli abilitativi*: per realizzare tali opere non è infatti necessario acquisire il permesso di costruire, né presentare la segnalazione certificata di inizio di attività[6], né pagare il contributo di costruzione[7].

Il regime urbanistico ed edilizio (a carattere derogatorio) delle opere pubbliche, in particolare, si caratterizza fondamentalmente per il fatto che le decisioni delle pubbliche amministrazioni, in ordine alla localizzazione ed alla realizzazione degli interventi, *sostituiscono* (per ragioni di economicità ed efficienza dell'azione amministrativa) *il permesso di costruire* dell'autorità comunale, altrimenti richiesto dalla disciplina ordinaria, e, se difformi rispetto alle previsioni del *piano* regolatore generale (PRG) o del piano strutturale, ne producono *automaticamente* l'effetto di *variante*.

Per la realizzazione delle opere richiamate all'art. 7 e, vedremo, per l'esecuzione di altre specifiche tipologie di opere pubbliche disciplinate da leggi di settore non è quindi necessario il rilascio del provvedimento autorizzatorio da parte del comune, in quanto la verifica della loro conformità agli strumenti urbanistici viene assicurata da altri tipi di atti, unilaterali o consensuali (di cui si parlerà subito dopo), adottati da amministrazioni pubbliche, anche non comunali, al termine di proce-

[6] G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 369.

[7] Art. 17, co. 3, lett. c), t.u. edilizia. Cfr. sul punto V. Mazzarelli (a cura di), *Diritto dell'edilizia*, Torino, 2004, 65.

dimenti speciali finalizzati a soddisfare gli interessi pubblici sottesi alla realizzazione di tali opere, con rilevanti effetti urbanistici, essendo tali atti capaci di derogare alle previsioni del piano comunale di base, modificandone automaticamente il contenuto.

Un regime *speciale* per le opere da eseguirsi da parte delle amministrazioni statali è stato in effetti previsto fin dalla fondamentale legge urbanistica n. 1150/1942 (art. 29). Ma è soprattutto a partire dagli anni '70 che per le opere pubbliche vengono progressivamente introdotte discipline *derogatorie*, da parte di leggi dello Stato e delle regioni, in forza queste ultime della *potestà legislativa concorrente* esercitata nelle materie (strettamente connesse) dell'*urbanistica* e dell'*edilizia*, entrambe ricomprese, dopo la riforma del titolo V della Costituzione, nella nuova espressione «governo del territorio» (art. 117, co. 3, Cost.), che allude ad un'unica materia di legislazione concorrente, avente ad oggetto, com'è noto, l'uso (non solo degli aggregati urbani, ma) dell'intero territorio nazionale[8].

In virtù delle varie leggi di settore, via via introdotte, la localizzazione delle opere pubbliche viene decisa, non più all'interno della pianificazione urbanistica comunale, ma nell'ambito di altri procedimenti, nei quali *l'approvazione del progetto non previsto* nel piano urbanistico, oppure ad esso *non conforme*, assume il significato di *variante* al piano. Una variante che, proprio perché assunta al termine di un procedimento diverso da quello ordinario di modificazione dello strumento urbanistico, è variamente definita *atipica*, *anomala*, *automatica*, *accelerata* o *semplificata*[9].

[8] G.F. Ferrari, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Aa.Vv., a cura di R. Ferrara, G.F. Ferrari, 2005, 5 ss.; P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, 2° ed., Milano, 2006, 5 ss.; R. Chieppa, *Governo del territorio*, in *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali,* Aa.Vv., a cura di G. Corso, V. Lopilato, parte speciale, I, Milano, 2006, 448 ss.; F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, 2° ed., Padova, 2012, 21 ss.; P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, 2° ed., Milano, 2012, 1 ss.; P. Urbani, (a cura di), *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013, 90 ss.; F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 31-32. Corte cost., 1 ottobre 2003, n. 303; Id., 7 ottobre 2003, n. 307; Id., 19 dicembre 2003, n. 362; Id., 28 giugno 2004, n. 196; Id., 16 giugno 2005, n. 232; Id., 27 luglio 2005, n. 336.

[9] Cfr.: E. Picozza, *Il piano regolatore generale urbanistico*, Padova, 1983, 186; F. Salvia, F. Teresi, *Diritto urbanistico*, 7° ed., Padova, 2002, 88; F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 104; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, Padova, 2003, 119; V. Mazzarelli, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, *Dir. amm. speciale*, vol. IV, *La disciplina dell'economia*, Milano, 2003, 3372; G.C. Mengoli, *Manuale di diritto urbanistico*, 5° ed., Milano, 2003, 204; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. …*, cit., 52-53; R. De Nictolis, *La funzio-*

La normativa speciale sulle opere pubbliche, sempre più cospicua, rappresenta, quindi, una delle principali cause che negli ultimi cinquant'anni ha sicuramente contribuito a snaturare il sistema pianificatorio prefigurato originariamente dalla legge urbanistica del '42: un sistema nel quale il piano avrebbe dovuto precedere le singole trasformazioni del territorio, così che anche per la realizzazione delle opere di interesse generale si sarebbe dovuto seguire l'ordinario procedimento di formazione e modificazione del piano regolatore. Per cui, se la necessità di realizzare l'opera fosse sorta successivamente all'approvazione del piano e questa non fosse stata prevista nello strumento urbanistico o non fosse stata ad esso conforme, la sua localizzazione sarebbe dovuta avvenire seguendo il procedimento ordinario di introduzione della variante al piano, ossia con le stesse modalità previste per l'adozione e l'approvazione dello strumento urbanistico, salvo l'obbligo di una più puntuale motivazione delle scelte urbanistiche in ragione del loro carattere derogatorio.

Il modello teorico di pianificazione previsto dalla legge del 1942, lento e complesso, si è in particolare scontrato con la necessità pratica di utilizzare procedimenti localizzativi veloci e semplificati, al fine di non bloccare la realizzazione di determinate opere, considerate indispensabili per lo sviluppo economico e sociale del Paese e spesso legate a finanziamenti da utilizzare in tempi brevi. L'esigenza di lavori pubblici emerge, infatti, di continuo ed incide ripetutamente su strumenti urbanistici già predisposti, i quali, se, da un lato, necessitano di solleciti aggiornamenti, allo scopo di poter recepire le previsioni idonee alla realizzazione di quanto progettato, dall'altro lato, risultano tuttavia caratterizzati da un elevato grado di rigidità, essendo privi di quella necessaria flessibilità e dinamicità, che sono, invece, indispensabili per un veloce inserimento delle nuove opere nel piano[10].

Oggi, comunque, l'originario sistema di pianificazione dovrebbe considerarsi in parte superato almeno in quelle regioni che abbiano adottato un nuovo regime pianificatorio, più elastico e meno conflittuale, basato (non più sul binomio piano regolatore generale/piano particolareggiato

ne di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche, in *Cons. St.*, 2004, 2268 ss.; N. Centofanti, *Diritto a costruire. Pianificazione urbanistica. Espropriazione*, Milano, 2005, 457; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, 12ª ed., Napoli, 2006, 201.

[10] G. Sala, *Il procedimento espropriativo e il vincolo preordinato all'esproprio*, in *Il testo unico in materia di espropriazione. Commento sistematico al d.p.r. n. 327/2001 come modificato dal d.lgs. n. 302/2002*, a cura di G. Sciullo, con la collaborazione di R. Ferrara, G. Sala, Torino, 2004, 57; P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, Aa. Vv., a cura di N. Assini, P. Mantini, 2007, 976.

o piano di lottizzazione, ma) su uno strumento urbanistico di base, di carattere essenzialmente strategico, denominato piano «strutturale», e su una serie di piani «operativi», in cui il primo, al di là di individuare le c.d. invarianti (le parti di territorio destinate ad essere preservate da sostanziali trasformazioni), si dovrebbe limitare, in effetti, a dare indicazioni di massima delle aree destinate alla trasformazione, per cui relativamente a queste ultime il piano non impone (o non dovrebbe imporre) vincoli precisi di localizzazione di impianti pubblici sulle singole proprietà, ma si limita (o dovrebbe limitarsi) piuttosto a indicare criteri-guida da sviluppare in un secondo momento tramite i piani operativi[11].

Per il tramite della legislazione di settore si è così derogato ad uno dei principi informatori del nostro ordinamento urbanistico, qual è quello dell'obbligo di *conformità (anche) dell'opera pubblica al piano comunale*, determinandone nella realtà (quasi) un capovolgimento, ovvero la sua trasformazione nell'obbligo di *adattamento* delle previsioni dello strumento urbanistico alle caratteristiche dell'opera pubblica[12]. Si è cioè pervenuti al risultato per cui è la stessa procedura di localizzazione dell'opera pubblica ad assumere un contenuto sostanzialmente pianifi-

[11] In questi termini, F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 109, «Negli ultimi anni, il disegno dell'assetto del territorio (che tradizionalmente ha sempre costituito la caratteristica peculiare degli strumenti urbanistici) tende a perdere consistenza, poiché la funzione di orientamento (o strategica) dei "piani strutturali" dell'ultima generazione, non si traduce sempre in un "abbozzo di assetto del territorio" (come ad es. avviene nei piani di direttive vecchia maniera), ma piuttosto – come annota Boscolo (con riferimento soprattutto alla legge lombarda) – nella indicazione degli "obiettivi in chiave quantitativa più che territoriale da perseguire nel governo del territorio"» (110).

[12] In questo senso: P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 976; G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, in *Manuale di diritto urbanistico*, a cura di N. Assini, P. Mantini, Milano, 1997, 782, 792; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. …*, cit., 292-294; F. Salvia, F. Teresi, *Diritto urbanistico*, cit., 247-248; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 199; G. Sala, *Il procedimento espropriativo e il vincolo preordinato all'esproprio*, cit., 58; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 210, 817; Cons. St., IV, 14 luglio 1972, n. 729; Id., 1 giugno 1989, n. 356. In altri termini, si è dato vita al fenomeno inverso della cd. *sovrapposizione* dei progetti di opere pubbliche ai piani urbanistici (F.C. Rampulla, *La sovrapposizione di opere pubbliche agli strumenti urbanistici*, in *Le Regioni*, 1978, 969 ss.; sull'argomento, si v. pure: V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1985, 397 ss.; R. La Barbera, *L'attività amministrativa. Dal piano al progetto*, Padova, 1990, 83 ss.; S. Civitarese Matteucci, *Sulla dinamica degli interessi pubblici nella pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1992, 155 ss.; G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 784 ss.; A. Contieri, *La programmazione negoziata. La consensualità per lo sviluppo. I principi*, Napoli, 2000, 24 ss.).

catorio, innovativo dello strumento urbanistico, i cui contenuti vengono sotto questo profilo eterodeterminati.

Se si guarda poi alla giurisprudenza amministrativa, si scopre che anche questa, nel passato, ha avallato il fenomeno dell'immissione automatica nel piano urbanistico di opere pubbliche in variante, utilizzando criteri eccessivamente elastici[13], come nel caso in cui, per esempio, ha ammesso la realizzazione di opere ferroviarie, stradali ed idroelettriche in zone destinate (dal piano) a verde agricolo, sulla base della generica *compatibilità* dell'opera pubblica con il contenuto del piano regolatore, anziché della più rigorosa *conformità*, espressamente prevista (invece) dall'art. 29, della legge n. 1150/1942, nonché dall'art. 2, del d.P.R. n. 383/1994[14].

In ogni caso, tutte le volte in cui i giudici hanno legittimato l'immissione di opere pubbliche in variante al piano, oppure in comuni del tutto sprovvisti dello strumento urbanistico, si è prodotta una trasformazione del contenuto del permesso edilizio: *da mero accertamento di conformità* urbanistica ad una vera e propria *valutazione discrezionale di compatibilità* dell'intervento con l'assetto territoriale in atto e con quello prevedibile *in fieri*[15].

Il denominatore comune ai vari regimi speciali sulle opere pubbliche e di pubblica utilità è dunque costituito dal fatto, si ripete, che essi sono *derogatori* rispetto alla ordinaria disciplina urbanistica ed edilizia, in quanto, per ragioni generalmente di semplificazione, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa, la decisione che viene presa dalle amministrazioni pubbliche al termine del procedimento localizzativo, per un verso, *sostituisce il provvedimento abilitativo* dell'autorità comunale, che, altrimenti, dovrebbe essere richiesto in base alle regole generali dell'edilizia, per altro verso, qualora l'opera progettata non sia conforme alle previsioni del piano urbanistico, assume il valore di *variante automatica* dello stesso, nonché di *dichiarazione implicita di pubblica utilità* dell'opera, ai fini dell'avvio del connesso procedimento espropriativo[16].

[13] M. Pampanin, *Disciplina del territorio e opere statali secondo le scelte del giudice amministrativo*, in *Le Regioni*, 1981, 1012.

[14] Cons. St., IV, 29 agosto 1972, n. 768; Id., IV, 9 dicembre 1983, n. 907; Id., VI, 13 maggio 1985, n. 197; Id., V, 16 ottobre 1989, n. 642; Id., IV, 27 dicembre 1989, n. 991; *contra:* G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 783 ss.; P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., cit., 975.

[15] F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 206. Sui concetti di conformità e compatibilità urbanistica del progetto rispetto al piano, si v. P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico,* 2ª ed., Milano, 2006, 162 ss., che propone una differente prospettiva ricostruttiva, favorevole alla compatibilità.

[16] Oggi, i diversi tipi di atti che comportano la dichiarazione di pubblica utilità

All'interno di questo rapporto dialettico tra procedimenti di pianificazione urbanistica e procedimenti di localizzazione delle opere pubbliche si inseriscono, a partire dagli anni '90, gli ulteriori strumenti della *programmazione triennale con aggiornamenti annuali* dei lavori che si intendono eseguire[17] e del *coordinamento programmatico di tipo preventivo* tra i diversi livelli di governo (art. 55, d.lgs. n. 112/1998): un modello di azione, di tipo programmatorio e concertativo, che, utilizzato in modo corretto, può certamente contribuire a ridimensionare il problema delle opere pubbliche localizzate e realizzate al di fuori del contesto della pianificazione urbanistica ed a scongiurare le localizzazioni di opere spesso prive di strutture di raccordo con il territorio circostante[18].

Dopo queste considerazioni di carattere generale sulla specialità della disciplina urbanistica ed edilizia delle opere pubbliche, si darà conto adesso di alcuni regimi speciali, soffermandosi in particolare su quelli individuati dall'art. 7 del testo unico dell'edilizia.

2. *Opere concordate da più amministrazioni pubbliche*

La lett. *a*) dell'articolo 7 del testo unico dell'edilizia richiama (in parte) la disciplina generale sull'accordo di programma, contenuta nell'art. 34 del testo unico sull'ordinamento degli enti locali (d.lgs. n. 267/2000), al fine di escludere dall'ambito applicativo delle ordinarie disposizioni sui titoli abilitativi (anche) le opere deliberate tramite la conclusione di un *accordo* tra le amministrazioni pubbliche interessate, a condizione che vi sia l'*assenso del comune* interessato e la *pubblicazione* dell'accordo nel bollettino ufficiale della regione. Di conseguenza, qualora l'amministrazione comunale non partecipi all'accordo o non esprima l'assenso, l'ente interessato dovrà munirsi del titolo abilitativo come qualsiasi altro soggetto privato.

Secondo una parte della dottrina la norma, proprio per il fatto che riprende talune disposizioni del predetto art. 34, contemplerebbe la figura

sono individuati dall'art. 12 del testo unico sull'espropriazione, emanato con d.P.R. n. 327/2001.

[17] Art. 14, legge n. 109/1994, confluito, con modif. ed aggiunte, prima nell'art. 128 del codice dei contratti pubblici, di cui al d.lgs. n. 163/2006, e poi nell'art. 21, del codice dei contratti pubblici, denominato anche codice degli appalti, emanato con d.lgs. n. 50/2016, destinato anche questo ad essere sostituito a breve, a partire dal 1° aprile 2023 (salvo eventuali proroghe), dal nuovo codice approvato in via preliminare dal Consiglio dei ministri nella seduta del 16 dicembre 2022.

[18] V. Mazzarelli, *L'urbanistica e la pianificazione territoriale*, cit., 3375.

dell'*accordo di programma*[19]. La stessa richiama, però, soltanto l'adempimento della pubblicazione e non anche l'adempimento consistente nell'*approvazione* dell'accordo di programma «con atto formale del presidente della regione o del presidente della provincia o del sindaco». Per cui, essa darebbe vita piuttosto ad una nuova fattispecie di accordo, ove è sufficiente unicamente la stipulazione (senza che sia necessario anche l'atto formale di approvazione) affinché il negozio consensuale produca l'effetto *sostitutivo del permesso di costruire*.

L'approvazione – che svolge in ogni caso una funzione di controllo degli aspetti formali e sostanziali dell'accordo, nonché una funzione di novazione della fonte di produzione dell'effetto giuridico (che non è più l'accordo ma l'atto approvativo)[20] – rimane tuttavia atto necessario ogni qual volta l'accordo abbia ad oggetto un progetto d'opera pubblica in variante al piano urbanistico e sarà di competenza del *presidente della regione* o del *presidente della provincia* o del *sindaco*, ove si vuole che gli effetti siano quegli stessi prodotti dalla conferenza di servizi (sulle opere di interesse statale), disciplinata dall'art. 3, del d.P.R. n. 383/1994, in combinato con gli artt. 14 e ss. della legge n. 241/1990 (di cui si dirà diffusamente più avanti), ossia la *variazione automatica dello strumento urbanistico*.

Sia nel caso dell'accordo di cui all'art. 7 sia nell'ipotesi dell'accordo di programma di cui all'art. 34, si è comunque in presenza di un modello consensuale riconducibile nell'ambito della categoria generale dell'accordo organizzativo, di cui all'art. 15 della legge n. 241/1990[21]: uno strumento di semplificazione di attività di interesse comune di più amministrazioni pubbliche, finalizzato a consentire l'esercizio coordinato di funzioni programmatiche, pianificatorie, urbanistiche e finanziarie[22], idoneo di per sé ad incidere attraverso una procedura accelerata sui piani urbanistici[23] ma anche su quelli paesistici, determinandone la modificazione automatica[24].

[19] F. Rocco, in *Testo unico sull'edilizia*, Aa. Vv, coordinato da V. Italia, Milano, 2003, 132; R. Tomei, Sub *art. 7*,in *L'attività edilizia nel testo unico. Commentario*, Aa.Vv., a cura di F. Caringella, G. De Marzo, 2ª ed., Milano, 2006, 114-115; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Aa. Vv., a cura di R. Ferrara, G.F. Ferrari, 2005, 137.

[20] In questi termini, E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, Milano, 1992, 207; cfr. pure Cons. St., IV, 27 maggio 2002, n. 2909, ove si precisa che è dall'atto di approvazione che sorge l'eventuale interesse all'impugnazione.

[21] A. Fioritto, *Introduzione al diritto delle costruzioni*, Torino, 2013, 48, 119 ss.; Cons. St., VI, 5 gennaio 2001, n. 25; Cass. civ., SU, 14 giugno 2005, n. 12725.

[22] F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 33.

[23] Cfr. Cons. St., I, 25 novembre 2015, n. 361.

[24] Cons. St., VI, sent. n. 25/2001, cit.; TAR Toscana, Firenze, I, 12 febbraio 2007, n.

Per quanto riguarda la competenza a promuovere la conclusione dell'accordo, oppure a convocare una conferenza di servizi istruttoria (tra i rappresentanti di tutte le amministrazioni interessate) per verificare preliminarmente la possibilità di concordarne i contenuti, questa, secondo la disciplina fissata dall'art. 34, co. 1 e 3, spetterà al presidente della regione o al presidente della provincia o al sindaco, a seconda di chi tra questi soggetti abbia la *competenza primaria o prevalente* sull'opera (sull'intervento o sul programma di intervento)[25], salvo che i lavori comportino il concorso di due o più regioni finitime, perché, in tal caso, la competenza sarà della Presidenza del Consiglio dei ministri (comma 8).

In ordine ai *contenuti* dell'accordo, che deve essere stipulato per *atto scritto a pena di nullità*[26], bisogna distinguere i contenuti *eventuali*, che dipendono dall'autonoma disposizione delle parti stesse (salvi i limiti comuni a qualsiasi negozio contrattuale: liceità della causa, determinazione o determinabilità dell'oggetto, ecc.), da quelli direttamente indicati dalla legge come *necessari*, che sono, oltre all'oggetto, la determinazione dei tempi e delle modalità di definizione ed attuazione delle opere, nonché la relativa provvista finanziaria ed ogni altro connesso adempimento[27].

L'accordo presuppone naturalmente il consenso *unanime* del presidente della regione, del presidente della provincia, dei sindaci e dei rappresentanti delle altre amministrazioni interessate (art. 34, co. 4). Qualora, tuttavia, non sia possibile raggiungere l'unanimità in ordine alla realizzazione di un'opera pubblica di interesse statale, si può applicare la procedura prevista dagli artt. 2 e 3, del d.P.R. n. 383/1994, ove si prevede l'intesa tra lo Stato e la regione, oppure, in mancanza di un'intesa, l'indizione di una conferenza di servizi ai sensi degli articoli da 14 a 14-quinquies della legge n. 241/1990. L'ultima disposizione disciplina un rimedio contro i dissensi motivati espressi in conferenza da una regione o da un'amministrazione preposta alla tutela di interessi sensibili (quali la tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, della salute e della pubblica incolumità dei cittadini), seguiti da un'opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri, in quanto a quest'ultimo compete,

228; S. Civitarese Matteucci, *Un rilevante contributo del Consiglio di Stato per la ricostruzione della natura giuridica degli accordi di programma*, in *Riv. giur. amb.*, 2001, 485.

[25] F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 1996, 33-34.

[26] Art. 15, co. 2, legge n. 241/1990. Sul tema, cfr. E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 206.

[27] S. Civitarese Matteucci, voce *Accordo di programma (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, III, agg., 1999, 20-21.

tramite l'indizione di una o due riunioni, di individuare una soluzione condivisa, che sostituisca la determinazione motivata di conclusione della conferenza con i medesimi effetti. Nel caso di ulteriore esito negativo spetterà unilteralmente, questa volta, al Consiglio dei Ministri, decidere se accogliere anche in parte l'opposizione, sebbene alla riunione potranno partecipare anche i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate.

L'accordo produce *effetti obbligatori*, in quanto vincola le parti stipulanti ad ottemperare agli impegni assunti. Alle eventuali inadempienze di talune delle parti contraenti si può comunque rimediare attivando il meccanismo surrogatorio predisposto dall'art. 34, co. 2, che demanda ad un apposito *collegio* (presieduto e composto dai soggetti indicati nei commi 7 e 8), incaricato di vigilare sull'esecuzione dell'accordo, i relativi interventi sostitutivi.

Gli effetti prodotti dall'accordo possono essere: *intrinseci*, se derivano dalla natura contrattuale dell'accordo, in ordine ai quali possono ammettersi i rimedi civilistici contro l'inadempimento (azione di adempimento o di risoluzione per inadempimento e azione di risarcimento del danno, da promuovere innanzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, ai sensi dell'art. 133, co. 1, lett. *a*, punto 2, d.lgs. n. 104/2010); oppure, *estrinseci*, che sono, invece, quelli che la legge ricollega in via automatica all'approvazione dell'accordo e cioè la sostituzione del permesso di costruire, la variazione del piano urbanistico e la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza delle opere. Quest'ultimo effetto, tuttavia, si produce solo nel caso in cui venga approvato un accordo che abbia ad oggetto opere pubbliche (da iniziarsi, a pena di decadenza della dichiarazione, entro tre anni) comprese nei programmi dell'amministrazione e per le quali siano immediatamente utilizzabili i relativi finanziamenti.

La *dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza* delle opere, implicita nell'approvazione del progetto, non esonera comunque l'ente locale – secondo quanto afferma la giurisprudenza prevalente del Consiglio di Stato[28] – dall'obbligo di comunicare ai soggetti privati interessati, ai sensi dell'art. 7 della legge 241/1990, l'avvio del relativo procedimento prima dell'approvazione dell'accordo, salvo che sussistano «particolari esigenze di celerità», le quali potrebbero legittimare l'amministrazione a non attivare i meccanismi partecipativi[29].

[28] Cons. St., IV, 11 febbraio 2003, n. 736, cit.; Cons. St., ad. plen., 15 settembre 1999, n. 14; CGAS, 22 dicembre 1999, n. 658; Cons. St., IV, 14 giugno 2001, n. 3169; in senso parzialmente diverso, pare esprimersi Cons. St., VI, 26 giugno 2001, n. 3460.

[29] R. Damonte, *Accordi di programma e pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. ed.*, 2003, 219.

La comunicazione di avvio del procedimento, tra l'altro, deve essere inviata «personalmente» ai destinatari del provvedimento espropriativo, in quanto altre forme idonee di pubblicità, decise di volta in volta dall'amministrazione (quali, per esempio, l'affissione all'albo pretorio), sono ammissibili solo nei casi in cui «per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa», nel rispetto, d'altronde, di quanto prescrive l'art. 8, co. 3, della legge n. 241[30].

Per quanto riguarda, invece, l'*ordine legale delle competenze* degli organi delle singole amministrazioni partecipanti all'accordo, questo, analogamente a quanto avviene nella conferenza di servizi (di cui si dirà nel successivo paragrafo), non può essere derogato[31]. Ne segue che, se la competenza amministrativa in una data materia è attribuita in via primaria ad un determinato organo, la partecipazione all'accordo di diverso organo dello stesso ente non può sostituire decisioni riservate al primo, a meno che quest'ultimo l'abbia espressamente delegato. Nell'ipotesi in cui pertanto sia presente un organo non delegabile o non delegato, la sua partecipazione all'accordo può comportare soltanto il suo impegno a sottoporre la questione all'organo competente[32].

L'accento posto, sia dall'art. 7 sia dall'art. 34, sulla *necessità del consenso comunale* intende ovviamente salvaguardare le attribuzioni urbanistiche del comune, in quanto esclude che, tanto l'abrogazione delle eventuali prescrizioni di piano in contrasto con la realizzazione dell'opera, quanto la sostituzione dei permessi di costruire, possano avvenire in mancanza dell'adesione dell'ente locale.

Nel caso di *variante* al piano urbanistico è in ogni caso necessario che l'adesione del sindaco venga *ratificata* dal consiglio comunale, entro trenta giorni, a pena di decadenza, sia nell'ipotesi in cui il promotore dell'accordo non sia il sindaco ma altro organo pubblico (la Presidenza del Consiglio dei ministri, il presidente della regione o il presidente della provincia), sia nel caso in cui l'artefice dell'iter volto alla stipula dell'accordo sia lo stesso sindaco[33]. E ciò al fine di rispettare i principi generali in tema di riparto delle competenze all'interno dell'amministrazione comunale, ove le funzioni principali in materia urbanistica sono preroga-

[30] Cons. St., IV, 11 febbraio 2003, n. 736.

[31] DAMONTE R., *L'accordo di programma in generale e suoi effetti sui procedimenti urbanistici*, in *Riv. giur. ed.*, 2002, 49, 66.

[32] Cons. St., VI, sent. n. 25/2001 cit.; Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 62.

[33] Cons. St., VI, 7 febbraio 1996, n. 182.

tiva consiliare[34]. Dette funzioni non possono cioè ritenersi trasferite al sindaco, il cui assenso deve essere sempre ratificato dal consiglio comunale. Se, tuttavia, sussiste una *delega preventiva* dell'organo consiliare, si è posto in dottrina il problema della necessità o meno della successiva ratifica da parte dello stesso organo delegante, che è stato risolto da alcuni autori ritenendo sempre necessaria la ratifica, in considerazione, sia del fatto che il mandato lascia al sindaco ampi margini di discrezionalità, sia del fatto che le decisioni assunte in sede di accordo, laddove comportino variazioni degli strumenti urbanistici, esproprierebbero il consiglio comunale di una delle sue competenze più rilevanti[35]. Il problema dell'obbligatorietà della ratifica pare pertanto che si possa porre soltanto se nella delega consiliare siano impartite al sindaco istruzioni sufficientemente dettagliate in ordine ad un'ipotesi di accordo su un progetto in variante al piano urbanistico già deliberato dallo stesso consiglio, perché, in tal caso, la necessità di una successiva ratifica finirebbe per frustrare quelle esigenze di efficienza, semplificazione e accelerazione, che sono alla base dell'istituto, senza peraltro trovare giustificazione nell'esigenza di salvaguardare le competenze dell'organo collegiale. In mancanza di un'investitura preventiva, quindi, l'adesione all'accordo del rappresentante legale dell'ente può solo valere come impegno all'avvio del procedimento di successiva ratifica.

In ogni caso, se l'adesione di ciascuno dei soggetti interessati all'accordo non viene preceduta dalla formale deliberazione dell'organo competente a disporre in ordine all'adesione medesima, si pone il problema dell'illogicità di dar luogo alla formazione di un atto consensuale, che ha per oggetto il coordinamento volontario di funzioni amministrative, senza che gli organi effettivamente titolari delle funzioni da coordinare abbiano preventivamente inteso aderire a una siffatta soluzione della vicenda[36]. Appare pertanto preferibile la soluzione del previo mandato, sia perché più garantista delle rispettive competenze interne, sia per la maggiore stabilità che conferisce all'accordo raggiunto, considerato che l'organo competente alla ratifica potrebbe rifiutarla in mancanza di una delega preventiva[37]. Nel caso di conferimento del mandato si segue del

[34] A. Maestroni, *Il Consiglio di Stato e l'autocoscienza dell'effetto espansivo del giudicato amministrativo: linee guida in tema di accordi di programma*, in *Riv. giur. amb.*, 1996, 708-709.

[35] F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, cit., 36; R. Damonte, *L'accordo di programma in generale e suoi effetti sui procedimenti urbanistici*, cit., 63.

[36] E. Sticchi Damiani, *Attività amministrativa consensuale e accordi di programma*, cit., 205.

[37] F. Gualandi, *L'accordo di programma nella disciplina urbanistica*, cit., 35-36; G.

resto una modalità che è tipica di tutti quei contratti in cui una delle parti è un'organizzazione complessa e determinate questioni sono devolute alla competenza deliberativa dell'organo collegiale[38].

Per quanto riguarda, infine, la *pubblicazione* nel bollettino ufficiale della regione, essa va configurata come fase integrativa dell'efficacia, in quanto assolve ad una funzione di pubblicità legale e di tutela dei terzi controinteressati e segna il momento a partire dal quale inizia a decorrere il termine decadenziale di impugnazione per tutti i soggetti che non siano direttamente e nominativamente contemplati nell'accordo[39].

3. *Opere statali e di interesse statale*

Per le opere da eseguirsi da parte delle amministrazioni statali, già la legge urbanistica del '42, all'art. 29 (da considerare, però, ormai, implicitamente abrogato, in seguito alla disciplina parzialmente diversa introdotta dal d.P.R. n. 383/1994), aveva introdotto un regime speciale, in quanto tali opere erano state sottratte alla licenza edilizia del comune e sottoposte soltanto al previo accertamento di conformità da parte del Ministero dei lavori pubblici (oggi, Ministero delle infrastrutture e dei trasporti), titolare unico, in quel tempo, del potere di accertare che le opere non fossero in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore e del regolamento edilizio vigenti nel territorio comunale.

Successivamente, la materia ha trovato un nuovo assetto con i due decreti, del '77 e del '98, di trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato alle regioni ed agli enti locali (art. 81, d.P.R. n. 616/1977, art. 55, d.lgs. n. 112/1998), e con il d.P.R. n. 383/1994. Il testo unico dell'edilizia (all'art. 7, lett. *b*) conferma questa sistemazione e prevede lo stesso regime per le opere statali e di interesse statale, sancendo per le *opere pubbliche, da eseguirsi da parte delle amministrazioni statali*, *o comunque insistenti su aree del demanio statale*, e per le *opere pubbliche di interesse statale*, *da realizzarsi da parte*, non solo *degli enti istituzionalmente competenti*, ma anche *dei concessionari di pubblici servizi*, la sottrazione al regime (ordinario) del permesso edilizio e l'assoggettamento, invece, al procedimento dell'*accerta-*

MANFREDI, *Modelli contrattuali dell'azione amministrativa: gli accordi di programma,* in *Le Regioni*, 1992, 349.

[38] S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Un rilevante contributo del Consiglio di Stato per la ricostruzione della natura giuridica degli accordi di programma*, cit., 2001, 487.

[39] Cons. St., IV, 30 luglio 2002, n. 4075.

mento di conformità (alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie)[40], disciplinato, oggi, dal predetto decreto n. 383/1994 (e successive modifiche), ove è stabilito che tale verifica sia fatta dallo *Stato d'intesa con la regione* interessata, entro sessanta giorni dalla richiesta dell'amministrazione competente, la quale, peraltro, se diversa dalla regione o dall'ente locale, deve, ai sensi dell'art. 55, co. 1, d.lg. n. 112/1998, presentare *annualmente* alla regione, prima dell'avvio della procedura di localizzazione dell'opera, un quadro complessivo delle opere e degli interventi, compresi nella propria *programmazione triennale*, che intende realizzare nel territorio regionale[41].

L'inclusione (anche) delle «opere pubbliche di interesse statale» che devono essere realizzate dai «concessionari di pubblici servizi» consente – secondo un parte della dottrina[42]e della giurisprudenza[43] – di assoggettare al regime speciale dell'accertamento di conformità (pure) le opere da eseguirsi da parte di *soggetti privati* (associazioni, fondazioni, società per azioni), quando agiscano come organi indiretti delle amministrazioni pubbliche e, in virtù del rapporto di sostituzione che (nell'esercizio di talune funzioni amministrative) si realizza con la concessione di costruzione (o di costruzione) e gestione, operino in concreto (o in senso lato) al posto dell'ente pubblico per la realizzazione di un'opera funzionale al

[40] In questo senso, Cass. pen., III, 10 maggio 2019, n. 27298, ove si afferma che anche per le opere realizzate per scopi di pubblica utilità su area demaniale, se non è richiesto il previo rilascio del permesso di costruire, è comunque necessario il rispetto delle disposizioni urbanistiche vigenti.

[41] G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 788; F. Salvia, F. Teresi, *Diritto urbanistico*, cit., 249; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, cit., 145-146; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 829-831. Cons. St., VI, 11 marzo 1980, n. 299; Id., VI, 13 maggio 1985, n. 197; Id., IV, 15 luglio 1993, n. 714; Id., IV, 24 gennaio 1995, n. 33; Id., V, 18 dicembre 2002, n. 7043; TAR Lazio, I, 22 ottobre 1984, n. 936; TAR Sicilia, Catania, II, 30 novembre 1988, n. 1250; TAR Lazio, II, 4 aprile 1989, n. 486; TAR Marche, 10 aprile 1992, n. 245; TAR Valle d'Aosta, 22 marzo 1993, n. 40; TAR Veneto, I, 18 maggio 1994, n. 550; TSA, 16 aprile 1993, n. 46; Cass. pen., III, 12 dicembre 1988, n. 2167; Id., III, 7 aprile 1994.

[42] M. Pallottino, voce *Opere e lavori pubblici*, cit., 344; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, cit., 141-143; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 830-831; G. D'angelo, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, 11ª ed., Padova, 2006, 264; Id., 2012, 225, ove, però, quanto agli «enti istituzionalmente competenti», intende la norma come riferita alle sole «persone giuridiche pubbliche», che hanno il compito istituzionale di realizzare opere pubbliche di interesse statale.

[43] Cons. St., VI, 13 maggio 1985, n. 197; TAR Sicilia, Catania, II, 30 novembre 1988, n. 1250; Cass. pen., III, 12 dicembre 1988, n. 2167; TAR Marche, 10 aprile 1992, n. 245; TAR Valle d'Aosta, 22 marzo 1993, n. 40; TAR Veneto, I, 18 maggio 1994, n. 550; TAR Basilicata, Potenza, 22 marzo 2002, n. 263.

perseguimento di un interesse generale. Si pensi, al riguardo, alle opere di interesse nazionale, come, per esempio, gli elettrodotti e le linee elettriche, oppure le autostrade, realizzate e gestite da Enel S.p.A. o da Autostrade per l'Italia S.p.A.: da società, cioè, private, ovvero privatizzate (sostanzialmente), non essendo (più) sottoposte, direttamente o indirettamente, all'*influenza dominante* dello Stato o di altro ente pubblico [44].

Resterebbero quindi escluse dall'ambito applicativo della disposizione le opere di interesse statale realizzate da soggetti privati che non agiscano in veste di concessionari di un pubblico servizio. In linea con le definizioni di *opera pubblica* ed *opera (privata) di pubblico interesse ovvero di pubblica utilità*, che sono state illustrate nella nota iniziale di questo contributo, in queste ipotesi, l'opera potrebbe tutt'al più essere inquadrata nella categoria, non dell'opera pubblica "in senso stretto" o "in senso lato", bensì dell'opera privata di interesse pubblico o di utilità pubblica, che, sebbene abbia anch'essa un regime giuridico di maggior favore rispetto all'opera privata in senso proprio, non può tuttavia essere assimilata *tout court* all'opera pubblica[45], se non in forza di un'espressa disposizione di legge, non essendo possibile a tal fine ricorrere né all'*analogia legis* né all'*analogia iuris*[46].

Se si volesse invece applicare il regime speciale dell'accertamento di conformità anche a queste ultime opere, si dovrebbe aderire ad una nozione di opera pubblica solo in senso "oggettivo" e "finalistico", non considerando il requisito "soggettivo" come elemento costitutivo necessario del concetto giuridico di "opera pubblica", così come, d'altra parte, potrebbe dirsi in effetti per l'altra fattispecie, ossia quella delle *opere pubbliche costruite su aree del demanio statale*, considerato che su tale demanio potrebbe edificare anche un privato, solo a condizione, però, che sia destinatario di una concessione *ad hoc*[47].

Per quanto riguarda, invece, i profili procedurali di questo regime speciale, qualora l'*intesa* sulla localizzazione e realizzazione delle opere pubbliche statali e di interesse statale *non si perfezioni nel termine sta-*

[44] L'influenza dominante è presunta, ai sensi del vigente art. 3, co. 1, lett. t), del codice dei contratti pubblici, quando il soggetto pubblico, alternativamente o cumulativamente, detenga la maggioranza del capitale sottoscritto, oppure controlli la maggioranza dei voti cui danno diritto le azioni emesse dalla società, oppure abbia il diritto di nominare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza della società.

[45] A. Crosetti, A. Police, M.R. Spasiano, *Diritto urbanistico e dei lavori pubblici*, Torino, 2007, 188.

[46] G. Pagliari, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 371.

[47] Cfr. G. Pagliari, *op. ult. cit.*, 372.

bilito, oppure *l'accertamento di conformità dia esito negativo*, in quanto l'opera che si intende realizzare è *difforme* rispetto alle previsioni dello *strumento urbanistico*, il decreto del '94, all'art. 3, prevede la convocazione di una *conferenza di servizi* e rimanda per intero, dopo le modifiche intervenute nel 2019 (che hanno abrogato tutti i commi dell'art. 3 successivi al primo), alla disciplina generale della conferenza contenuta nella legge n. 241 del 1990.

La disposizione ha solo cura di precisare, al fine di salvaguardare le attribuzioni urbanistiche degli enti istituzionalmente competenti in materia, che alla conferenza (questa volta) sono invitati a partecipare, oltre alla regione, anche il comune o i comuni interessati, nonché le altre amministrazioni dello Stato e gli enti comunque tenuti ad adottare atti di intesa, o a rilasciare pareri, autorizzazioni, approvazioni, nulla osta, ove previsti dalle leggi statali e regionali[48].

La determinazione finale di approvazione del progetto dell'opera, ove espressa in conferenza dai rappresentanti delle amministrazioni partecipanti, se difforme dalle previsioni dello strumento urbanistico, assume (anche) il valore di *variante* al piano e sostituisce, ad ogni effetto, tutti gli atti di assenso comunque previsti dalla normativa[49]. Nel caso, però, di variazione dello strumento urbanistico vigente, l'amministrazione procedente è tenuta a predisporre, insieme al progetto, uno *specifico studio* sull'incidenza urbanistico-territoriale e ambientale dell'opera e sulle misure necessarie per il suo inserimento nel territorio comunale (art. 55, co. 2, del d.lgs. n. 112/1998), perché, in caso contrario, la procedura localizzativa risulterà viziata ed il relativo atto finale annullabile[50].

La conferenza non deve più registrare l'*unanimità* dei consensi dei soggetti partecipanti, com'era previsto all'origine dell'istituto[51]. Oggi, infatti, anche se una o più amministrazioni abbiano espresso il proprio dissenso, l'amministrazione statale procedente, dopo aver valutato le specifiche risultanze della conferenza e tenuto conto delle *posizioni prevalenti* espresse, può comunque assumere una determinazione finale favorevole alla localizzazione dell'opera. Sicché l'eventuale intervento, unilaterale

[48] Cons. St., VI, 18 marzo 2004, n. 1443; Id., VI, 5 settembre 2005, n. 4520; TAR Emilia Romagna, I, 6 marzo 1999, n. 92.

[49] Cfr. Cons. St., VI, 12 gennaio 2011, n. 114.

[50] P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. …*, cit., 298; Cons. St., VI, sent. n. 4520/2005, cit.

[51] Cfr., per il passato: Cons. St., IV, 31 gennaio 2005, n. 224; Id., VI, 5 settembre 2005, n. 4520; G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 790; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 203; G. D'angelo, *Diritto dell'edilizia e dell'urbanistica*, cit., 265-266.

ed autoritativo, da parte del *Governo*, disciplinato dall'art. 81, co. 4, del d.P.R. n. 616/1977, prima collegato all'ipotesi in cui non si fosse raggiunto un accordo tra tutti i partecipanti[52], adesso può aversi soltanto quando il dissenso, nell'ambito della conferenza di servizi, sia espresso dalla regione interessata, oppure da un'amministrazione dello Stato preposta alla tutela di interessi «sensibili», quali l'ambiente ed il paesaggio, il patrimonio storico ed artistico, la salute e la pubblica incolumità[53].

La procedura straordinaria prevista dal decreto del '77[54] consente in particolare al Consiglio dei ministri in via autoritativa e unilaterale, in virtù di un interesse statale prevalente su quello regionale e locale, nel caso in cui l'intesa con la regione interessata non si realizzi entro il termine prefissato, di decidere sulla localizzazione dell'opera pubblica in variante al piano regolatore con una deliberazione che deve essere adottata con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta del ministro o dei ministri competenti, sentita la Commissione parlamentare per le questioni regionali. In questo caso, è il provvedimento governativo, che ha natura di atto di alta amministrazione[55], a determinare la variazione automatica del piano urbanistico[56].

Questo meccanismo di superamento del dissenso in via unilaterale da parte del Governo è stato tuttavia criticato, già alla fine degli anni '70, da una parte della dottrina, che, in alternativa ad esso, avrebbe preferito la soluzione, prospettata dalla commissione ministeriale di studio presieduta (allora) da M.S. Giannini, che intendeva affidare la decisione ultima sulla localizzazione di siffatte opere al Parlamento (mediante atto legislativo), in modo tale che il contrasto fosse discusso ed approfondito da tutte le forze politiche[57].

Non si comprende, poi, in effetti, perché il legislatore del 2019 abbia

[52] Cfr., per il passato, Cons. St., VI, 18 marzo 2004, n. 1443; Id., IV, sent. n. 224/2005, cit.

[53] Art. 3, co. 4, d.P.R. n. 383/1994, come sostituito dall'art. 20 del d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2.

[54] Cfr. Cons. St., IV, 1 marzo 2001, n. 1152; Id., VI, 18 marzo 2004, n. 1443; Id., IV, sent. n. 224/2005, cit.

[55] Così come stabiliva espressamente anche il vecchio art. 14-*quater*, co. 3, della legge n. 241/1990, in seguito all'inciso introdotto dall'art. 25 del d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014, n. 164), successivamente abrogato.

[56] G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 790; N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 202-203; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 828.

[57] P. Urbani, in *I nuovi poteri delle regioni e degli enti locali. Commentario al decreto 616 di attuazione della l. 382*, Aa.Vv., a cura di A. Barbera, F. Bassanini, Bologna, 1978, 458.

abrogato il comma 2 ed il comma 3 dell'art. 81 del decreto n. 616 del '77, ma abbia mantenuto inspiegabilmente in vita il comma 4, che mal si concilia con la disciplina contenuta nel decreto n. 383 del '94 e nella legge n. 241 del '90, già illustrata, ove si prevedono, intanto, termini diversi per l'intesa. L'intesa tra Stato e regione si deve infatti realizzare entro sessanta giorni dalla richiesta da parte dell'amministrazione statale competente, anziché entro novanta giorni dal ricevimento da parte delle regioni del programma di intervento. Ma soprattutto, quel che è più importante, anche in virtù della giurisprudenza costituzionale (di cui si darà subito conto), impone al Governo di trovare una soluzione condivisa nel corso di almeno due distinte riunioni prima di poter decidere unilateralmente in una terza riunione, alla quale possono partecipare i Presidenti delle regioni o delle province autonome interessate.

Il sistema delineato dal decreto del '77 non appare, infatti, in linea con il nuovo assetto dei rapporti e delle competenze tra Stato, regioni ed enti locali, quello introdotto dalla riforma costituzionale del 2001 (che, è noto, ha potenziato l'autonomia delle regioni e degli enti locali), soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale. L'intervento unilaterale del Governo, in questo caso, verrebbe prefigurato come mera conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa con la regione, sebbene entro un termine non breve, e tale meccanismo non sembra conforme al principio di leale collaborazione, ovvero, rispettoso delle sfere di competenza regionale. Sul punto, infatti, la Corte costituzionale, con la sentenza dell'11 luglio 2012, n. 179, richiamati diversi suoi precedenti e pronunciatasi su un caso analogo – ossia sulla disciplina contenuta nell'art. 14-*quater*, co. 3 (successivamente modificato), della l. n. 241/1990, avente ad oggetto il superamento del dissenso espresso, in sede di conferenza, da una regione (o da una provincia autonoma) in una delle materie di propria competenza – ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione nella parte in cui aveva previsto che, nel caso di dissenso espresso nella sede della conferenza di servizi da una regione (o da una provincia autonoma), in una delle materie di propria competenza, ove non fosse stata raggiunta l'intesa, entro il termine breve di trenta giorni, il Consiglio dei ministri avrebbe potuto deliberare unilateralmente, in forza del proprio potere sostitutivo, sia pure con la partecipazione dei presidenti delle regioni (o delle province autonome) interessate. Secondo la Corte, la previsione dell'intesa, imposta dai principi di sussidiarietà e leale collaborazione, implica che non sia legittima una norma che contenga una «*drastica*» disposizione sulla decisività della volontà di una sola parte, essendo ne-

cessarie «*idonee procedure per consentire reiterate trattative volte a superare le divergenze*»[58]. Solo nell'ipotesi di ulteriore esito negativo di tali procedure finalizzate all'accordo, può essere rimessa al Governo una decisione unilaterale[59], come nel caso relativo alla disciplina del procedimento di certificazione dei siti idonei all'insediamento degli impianti nucleari[60]. La norma impugnata, invece – prima delle ultime modifiche apportate al predetto comma 3, da parte del d.l. n. 179/2012 (convertito con modifiche dalla l. n. 221/2012), che si sarebbe, sul punto, allineato alle indicazioni della Consulta – conteneva una drastica previsione di superamento unilaterale dell'intesa da parte dello Stato, ritenuta dalla giurisprudenza costante della Corte come inidonea ad assicurare il rispetto dei principi di sussidiarietà e leale collaborazione. Non era stato previsto, infatti, alcun meccanismo procedurale che potesse consentire un superamento concordato del dissenso. L'intervento unilaterale dello Stato non si presentava, quindi, come ipotesi *estrema*, che si verifica allorché l'esperimento di ulteriori procedure bilaterali si sia rivelato inefficace, ma era previsto come conseguenza automatica del mancato raggiungimento dell'intesa, in relazione alla quale, peraltro, era stato fissato un termine molto ristretto, posto che il Consiglio dei ministri avrebbe potuto deliberare unilateralmente in materie di competenza regionale, allorquando, in seguito al dissenso espresso in conferenza dall'amministrazione regionale competente, non si fosse raggiunta l'intesa con la regione interessata nei successivi trenta giorni: non solo il termine era così esiguo da rendere oltremodo complesso e difficoltoso lo svolgimento di una qualsivoglia trattativa, ma dal suo inutile decorso si faceva automaticamente discendere l'attribuzione al Governo del potere di deliberare unilateralmente, senza prevedere adeguate forme di coinvolgimento delle regioni. Né, d'altro canto – precisa la Consulta – la previsione che il Consiglio dei ministri deliberi, in esercizio del proprio potere sostitutivo, con la partecipazione dei presidenti delle regioni o delle province autonome interessate, «può essere considerata valida sostituzione dell'intesa, giacché trasferisce nell'ambito *interno* di un organo costituzionale dello Stato un confronto tra Stato e Regione, che deve necessariamente avvenire all'*esterno*, in sede di trattative ed accordi, rispetto ai quali le parti siano poste su un *piano di parità*»[61]. Sicché è intervenuta la modifica legislativa del 2012, che, nella logica di garantire adeguatamente le regioni all'in-

[58] *Ex plurimis*, Corte cost. n. 182/2013, n. 121/2010, n. 24/2007, n. 339/2005.
[59] Corte cost. n. 165/2011.
[60] Corte cost. n. 33/2011.
[61] Corte cost. n. 165/2011 (corsivo non testuale).

terno di un procedimento diretto a favorire il raggiungimento dell'intesa con lo Stato, aveva previsto (al co. 3 dell'art. 14-*quater*) l'indizione di tre distinte riunioni, a distanza di trenta giorni l'una dall'altra, allo scopo di superare i punti di dissenso e di favorire l'individuazione di una soluzione condivisa, anche volta a modificare il progetto originario, rimettendo al Governo il potere di decidere unilateralmente, sia pure con la partecipazione dei presidenti delle regioni o delle province autonome interessate, solo nell'ipotesi di ulteriore esito negativo di tali ripetute trattative. Oggi, dopo le ultime modifiche, le riunioni previste prima che il Consiglio dei Ministri decida unilateralmente sono soltanto due e vanno fissate non più entro 30 ma entro 15 giorni (art. 14-*quinquies*). Ci si potrebbe a questo punto domandare, sulla base della giurisprudenza costituzionale, se la riduzione (da tre a due) del numero delle riunioni in cui trovare una soluzione condivisa e soprattutto la contrazione (da trenta a quindici giorni) dell'intervallo temporale tra le due riunioni possa anch'esso considerarsi un sistema in linea con i principi costituzionali prima richiamati a garanzia delle prerogative regionali in materia.

Per quanto riguarda, invece, le modalità del procedimento d'intesa, poiché il decreto del '94 non le specifica, la norma, secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, si considera osservata allorquando si sia comunque realizzata la concordanza delle volontà delle parti interessate[62], anche se l'atto d'intesa da parte della regione intervenga dopo l'approvazione del progetto da parte dell'amministrazione statale[63], a condizione, però, che l'assenso venga dato per iscritto e non in forma tacita, né *per facta concludentia*, in modo tale che il consenso e la conformità dell'opera alla disciplina urbanistica risultino in modo inequivocabile[64].

Il decreto del '94 non prevede, però, quando l'opera sia conforme al piano urbanistico, la consultazione del comune come condizione necessaria per il raggiungimento dell'intesa tra lo Stato e la regione[65]. Il che parrebbe comprimere le attribuzioni comunali in materia. A meno che, pertanto, la regione, in sede di regolamentazione del subprocedimento per il raggiungimento dell'intesa con lo Stato, non preveda il parere obbligatorio del comune[66], quest'ultimo potrà intervenire soltanto nella

[62] G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 789; Corte cost., 5 maggio 1988, n. 514.

[63] TSA, 21 gennaio 1986, n. 2.

[64] TAR Liguria, 24 febbraio 1988, n. 161.

[65] N. Assini, *Diritto urbanistico (Governo del territorio, ambiente e opere pubbliche)*, cit., 202.

[66] S. Amorosino, *Gli interventi statali sul territorio regionale e locale. Programmi d'opere pubbliche e pianificazione urbanistica*, Milano, 1979, 112.

fase (successiva ed eventuale) della conferenza di servizi (art. 3), con poteri, questa volta, non meramente consultivi ma negoziali[67]. In ogni caso, il nostro diritto legislativo si sarebbe ormai orientato da tempo nel senso di comprimere le attribuzioni comunali nel governo del territorio, in quanto il dissenso dei municipi è più facilmente superabile nella conferenza di servizi, seppur muovendosi nella logica tracciata dalla Corte costituzionale del rispetto dei principi di sussidiarietà, leale collaborazione e proporzionalità[68].

Rientra, comunque, nella discrezionalità dello Stato e della regione la decisione di convocare la conferenza di servizi anche all'inizio del procedimento finalizzato al raggiungimento dell'intesa, non già soltanto (come vedremo subito dopo) nel momento (successivo) in cui questa fallisca o si riscontri la difformità dell'opera, consentendo così ai comuni interessati di partecipare fin dall'origine all'anzidetto procedimento, che altrimenti (almeno nella prima fase) coinvolgerebbe unicamente Stato e regione[69].

Diversamente, poi, da quanto era previsto nel terzo comma (ormai abrogato) dell'art. 81, del decreto del '77[70], lo Stato e la regione non possono più, tramite l'intesa, localizzare l'opera in modo difforme rispetto alle prescrizioni dello strumento urbanistico, in quanto un simile risultato è conseguibile soltanto nella successiva fase procedimentale della conferenza di servizi[71], alla quale (si è prima detto) partecipano pure gli enti locali interessati, che, in questo modo, hanno visto in ogni caso accresciuta l'importanza del loro ruolo rispetto alla disciplina previgente, in cui gli veniva assegnata solo una funzione consultiva[72].

Riguardo, infine, alla natura giuridica della conferenza di servizi in esame, questa è una conferenza *decisoria*, in quanto – tenendo conto delle norme ormai abrogate (dal 2019) contenute nei commi 2, 3 e 4 dell'art. 3 del decreto n. 383/1994 – i soggetti partecipanti sono chiamati a valutare il progetto definitivo dell'opera, nel rispetto degli eventuali vincoli archeologici, storici, artistici ed ambientali, ad approvarlo, con la facoltà

[67] S. Civitarese Matteucci, *Semplificazione ed autocoordinamento nei procedimenti di localizzazione delle opere statali*, in *Le Regioni*, 1995, 119.

[68] In questi termini, P. L. Portaluri, *L'«incanto che non so dire»: unicità e unicismi procedimentali nel governo del territorio*, in *federalismi.it*, 29 dicembre 2021.

[69] G. Comporti, *Conferenze di servizi ed ordinamento delle autonomie*, in *Dir. amm.*, 1998, 225.

[70] B. Masi, *Riflessioni sull'art. 81 del d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616*, in *Riv. giur. urb.*, 1992, 559; M.P. Genesin, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, cit., 145.

[71] Cfr. G. Turco Liveri, *Opere pubbliche e trasformazioni del territorio*, in *Riv. giur. urb.*, 1995, 368; P. Mantini, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 748.

[72] P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. …*, cit., 297.

di apportarvi, ove occorra, le modifiche che si rendano opportune, senza che queste comportino la necessità di una nuova deliberazione del soggetto proponente, a condizione, però, che la modifica non comporti uno «stravolgimento del progetto originario»[73].

Per quanto riguarda, infine, i soggetti partecipanti alla conferenza, questi, come si è già visto a proposito degli accordi tra le amministrazioni pubbliche, devono essere effettivamente muniti del *potere di rappresentanza*[74], potendo validamente esprimere la volontà degli enti rappresentati soltanto in relazione a quei beni e a quegli interessi che rientrino nelle proprie competenze, oppure in virtù di precise direttive impartite o di specifiche deleghe conferite dall'organo rappresentato (dopo un esame preventivo del progetto), in modo da non sovvertire l'ordine legale o regolamentare delle competenze tra gli organi dell'ente[75]. Così, nel caso del sindaco[76], occorre che sia rispettata l'ordinaria competenza del consiglio comunale in ordine alla pianificazione urbanistica ed alle eventuali deroghe[77], essendo preferibile, nel momento in cui la conferenza si riunisce, che l'organo consiliare abbia già deliberato sul progetto di localizzazione dell'opera pubblica, riservando, tuttavia, al sindaco un certo margine di scelta nel corso delle trattative, soltanto al fine di apportare al progetto quelle modifiche di lieve entità che si rendano necessarie o semplicemente opportune in virtù del confronto dialettico con i rappresentanti delle altre amministrazioni partecipanti alla conferenza[78].

Questo modello di conferenza di servizi si profila, peraltro, come istituto *speciale* rispetto alla figura generale di conferenza disciplinata dagli artt. 14 e seguenti della legge n. 241/1990, come risultava peraltro dal vecchio art. 14-*quater*, co. 3, della medesima legge, che escludeva espressamente dal proprio ambito di applicazione le opere di interesse statale, oltre alle infrastrutture ed agli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale. La conferenza in esame, infatti – al di là della funzione tipica di qualunque conferenza, di coordinamento

[73] Cons. St., IV, 24 febbraio 2000, n. 1002; TAR Campania, Salerno, I, 14 febbraio 2002, n. 109.

[74] Cons. St., VI, 7 agosto 2003, n. 4568; Id., sent. n. 4520/2005, cit.

[75] Corte cost., 16 febbraio 1993, n. 62; Id., 28 luglio 1993, n. 348; Cass. pen., IV, 21 ottobre 1993; Cons. St., IV, 12 aprile 1995, n. 233; TAR Puglia, Lecce, I, 1 maggio 1999, n. 504; F. Pellizzer, *Vecchi problemi e nuovi strumenti operativi nel rapporto tra urbanistica e opere pubbliche*, in *Le Regioni*, 1996, 670.

[76] Quale rappresentante legale dell'ente locale (art. 50, d.lgs. n. 267/2000).

[77] Cfr. art. 42, co. 2, lett. b, d.lgs. n. 267/2000.

[78] Cfr. F. Nicoletti, *La conferenza di servizi e la localizzazione delle opere pubbliche statali tra semplificazione e rispetto delle competenze*, in *Riv. giur. urb.*, 2001, 243.

dei poteri e di ponderazione effettiva degli interessi coinvolti, di concentrazione e di semplificazione dei procedimenti, nel rispetto delle attribuzioni delle singole amministrazioni coinvolte[79] – ha ad oggetto specificamente opere statali e di interesse statale e produce l'effetto di modificare automaticamente il piano regolatore, sostituendosi in tal modo alla procedura ordinaria di variante.

Ma l'effetto di variante (o l'effetto più limitato di proposta di variante) dello strumento urbanistico può scaturire anche da altre figure speciali di conferenza di servizi (alla quale partecipano tutte le amministrazioni interessate), come, per esempio, quelle previste e disciplinate dalla normativa sugli *impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili* (art. 12, d.lgs. n. 387/2003; artt. 4 ss., d.lgs. n. 28/2011), o sullo *sportello unico per le attività produttive* (art. 25, co. 2, lett. *g*, d.lgs. n. 112/1998; art. 8, d.P.R. n. 160/2010), oppure sulle *infrastrutture di comunicazione elettronica per impianti radioelettrici* (art. 87, d.lgs. n. 259/2003, recante il codice delle comunicazioni elettroniche).

Vale la pena a questo punto domandarsi se il risultato di variante al piano urbanistico sia conseguibile anche attraverso la figura generale di conferenza di servizi disciplinata dalla legge n. 241/1990. Al riguardo si osserva che nella legge generale sul procedimento non v'è una norma espressa che attribuisca alla determinazione motivata di conclusione della conferenza (adottata dall'amministrazione procedente all'esito della stessa) valore di variante, ma tutt'al più l'effetto (più limitato) di sostituzione a ogni effetto di tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati (art. 14-*quater*, co. 1). La questione non si ritiene che possa essere risolta facendo riferimento al combinato disposto degli articoli 10 e 19, del d.P.R. n. 327/2001, recante il testo unico sull'espropriazione per pubblica utilità, in quanto dalla lettura di dette norme si può dedurre soltanto che, quando l'opera da realizzare non risulti conforme alle previsioni urbanistiche, la variante al piano regolatore può essere sì disposta (anche) mediante una conferenza di servizi (oltre che un «accordo di programma, una intesa ovvero un altro atto, anche di natura territoriale»), ma a condizione che «la legislazione vigente» attribuisca all'istituto il valore di «variante al piano urbanistico»[80]. Le predette norme, cioè,

[79] D. D'Orsogna, *Conferenza dei servizi e amministrazione della complessità*, Torino, 2002, 119 ss.

[80] R. De Nictolis, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, cit., 2270; *contra*, L. Maruotti, *Articolo 10. Vincoli derivanti da atti diversi dai piani urbanistici generali*, in *L'espropriazione per pubblica utilità. Commento al testo*

pur prevedendo in astratto la possibilità di utilizzare lo strumento della conferenza di servizi per realizzare opere pubbliche (o di pubblica utilità) non previste dal (o non conformi al) piano regolatore, non introducono in concreto una disciplina *ad hoc*, limitandosi a rinviare alla legislazione vigente, di modo che l'istituto rimane regolato in via generale dalla legge n. 241/1990[81]. A ben vedere, tuttavia, non pare che vi possano essere ragioni realmente ostative a riconoscere in generale al provvedimento conclusivo della conferenza di servizi, disciplinata dalla legge n. 241/1990 e avente ad oggetto la localizzazione di un'opera di interesse pubblico non conforme al piano urbanistico, significato ed effetto di variante al piano urbanistico, a condizione, però, che questa decisione venga assunta con il *consenso del comune e della regione*[82], anche sulla base delle posizioni prevalenti espresse nella conferenza dalle altre amministrazioni interessate. Se poi la regione o le amministrazioni preposte alla cura degli interessi «sensibili» dissentono, opererà il meccanismo (di superamento del dissenso) disciplinato dall'art. 14-*quinquies*, di cui si è detto prima. Il problema, infatti, non è tanto quello di un'espressa previsione di legge sul punto, quanto piuttosto quello di *salvaguardare le attribuzioni urbanistiche dei due enti* (comune e regione) *e le competenze urbanistiche del consiglio comunale*, come hanno già sottolineato, d'altronde, la Corte costituzionale ed il Consiglio di Stato. La prima, in particolare, ha inteso tutelare le prerogative regionali in materia urbanistica, dichiarando l'illegittimità costituzionale della normativa statale sullo sportello unico per le attività produttive, nella parte in cui aveva previsto, laddove il progetto sull'insediamento produttivo fosse stato in contrasto con le previsioni dello strumento urbanistico, che la determinazione assunta all'esito della conferenza di servizi costituisse, anche nell'ipotesi di dissenso della regione, proposta di variante, sulla quale si sarebbe pronunciato in via definitiva il consiglio comunale. In questo modo, la disposizione ledeva – secondo la Corte – le attribuzioni urbanistiche della regione, dal momento che il piano regolatore, nella fattispecie *de qua*, si sarebbe potuto modificare senza il consenso della regione interessata[83]. Il Consiglio di Stato, invece,

unico emanato con il decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327, a cura di F. Caringella, G. De Marzo, R. De Nictolis, L. Maruotti, Milano, 2002, 127; negli stessi termini, TAR Campania, Salerno, I, 27 novembre 2006, n. 2178.

[81] R. Damonte, *Accordo di programma e conferenza di servizi alla luce del nuovo Testo unico sulle espropriazioni*, in *L'espropriazione per pubblica utilità nel nuovo testo unico. Commentario*, a cura di F. Caringella, G. De Marzo, Milano, 2005, 140.

[82] G. Cerisano, *La procedura di variante*, in *op. ult. cit.*, 129.

[83] Corte cost., 26 giugno 2001, n. 206.

ha inteso salvaguardare le competenze urbanistiche del consiglio comunale, affermando che, in mancanza del previo assenso del predetto organo consiliare, il consenso del sindaco, espresso nella conferenza di servizi su un progetto non conforme alle previsioni del piano regolatore, non è sufficiente a far assumere alla determinazione conclusiva significato ed effetto di variante urbanistica[84], ma tutt'al più "proposta di variante"[85].

La specialità della conferenza di servizi disciplinata dal decreto del '94, avente ad oggetto opere statali e di interesse statale in variante allo strumento urbanistico, esclude, quindi, il fenomeno dell'abrogazione implicita della norma da parte della legge n. 241/1990, che, in ogni caso, oggi, ne integra la disciplina, come si è visto[86].

Il regime finora descritto delle opere statali e di interesse statale non si applica, comunque, ai procedimenti di localizzazione e realizzazione di talune tipologie di opere pubbliche di interesse nazionale, come, per esempio, gli insediamenti produttivi ritenuti prioritari e rilevanti per lo sviluppo economico e sociale del paese[87], gli impianti di produzione di energia elettrica[88], alimentati anche da fonti rinnovabili[89], le infrastrutture lineari energetiche (gasdotti, elettrodotti, oleodotti e reti di trasporto di fluidi termici)[90], le centrali termoelettriche ed elettronucleari e gli impianti di gestione del combustibile nucleare esaurito e dei rifiuti radioattivi[91], oppure le opere destinate alla difesa nazionale[92], in quanto tutte queste opere[93] sono soggette a regimi diversi, altrettanto speciali, che si caratterizzano, sia per la complessità dei procedimenti, che negli ultimi anni il legislatore ha tuttavia

[84] Cons. St., IV, sent. n. 3830/2000, cit.

[85] In questi termini, di recente, TAR Campania, Napoli, VIII, 24 maggio 2022, n. 3525, ed i precedenti conformi ivi richiamati, nonché, TAR Lombardia, Brescia, I, 1 aprile 2021, n. 310, Cons. St., IV, 8 maggio 2019, n. 2954.

[86] Prima delle modifiche apportate nel 2019, si v. le riflessioni di A. Fioritto, *Introduzione al diritto delle costruzioni*, cit., 108. Si v. pure, per il periodo antecedente: Cons. St., I, parere 5 novembre 1997, n. 1622; F. Nicoletti, *La conferenza di servizie la localizzazione delle opere pubbliche statali tra semplificazione e rispetto delle competenze*, cit., 229, 246 ss.; P. Urbani, S. Civitarese Matteucci, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti,* 3ª ed., Torino, 2004, 306.

[87] D.P.R. n. 194/2016.

[88] Legge n. 880/1973.

[89] D.lgs. n. 387/2003, d.lgs. n. 28/2011.

[90] Artt. 52-*quater* e 52-*quinquies*, d.P.R. n. 327/2001.

[91] Legge n. 393/1975, d.lgs. n. 45/2014.

[92] In passato, legge n. 898/1976, oggi, d.lgs. n. 66/2010, che contiene il Codice dell'ordinamento militare.

[93] Alcune delle quali richiamate anche dall'art. 81, ult. comma, del decreto del '77, e dall'art. 2, del decreto del '94.

tentato di razionalizzare, semplificare, velocizzare ed unificare, sia per la preminenza degli interessi statali che risultano inevitabilmente coinvolti[94]. Sono indicativi al riguardo i recenti decreti legge (convertiti in legge) n. 77/2021 e n. 36/2022, che hanno introdotto numerose e articolate misure di potenziamento, accelerazione e snellimento (tra cui nuove varianti automatiche o semplificate agli strumenti urbanistici vigenti[95]), delle procedure di localizzazione e realizzazione di opere, impianti e infrastrutture necessari alla realizzazione di obiettivi strategici dell'Unione europea per la transizione ecologica e energetica del Paese compresi nel Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e nel Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC).

4. *Opere comunali*

Anche le opere pubbliche *deliberate dal consiglio o dalla giunta comunale* sono sottratte alla disciplina ordinaria dei titoli abilitativi, come afferma a chiare lettere l'art. 7 del testo unico dell'edilizia, ma devono essere assistite dalla verifica della conformità dell'opera e dalla *validazione del progetto* da parte del responsabile del procedimento[96].

La deliberazione comunale di approvazione del progetto *sostituisce* quindi *il permesso di costruire*[97], quando, invece, fino alla metà degli anni '90, era controverso se il comune avesse dovuto o meno rilasciare a sé stesso il permesso edilizio per costruire una determinata opera, in quanto la legge urbanistica del '42 non aveva previsto uno specifico meccanismo autorizzatorio per la realizzazione delle opere pubbliche comunali.

Su tale questione la giurisprudenza si era in particolare divisa. Secondo l'orientamento prevalente del Consiglio di Stato, condiviso anche da alcuni

[94] Cfr. F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 258 ss.. Si v. pure G. Morbidelli, *La localizzazione delle opere pubbliche*, cit., 792 ss.; A. Fiale, E. Fiale, *Diritto urbanistico*, cit., 831 ss.; F. Salvia, F. Teresi, *Diritto urbanistico*, cit., 254-255; per la giurisprudenza, TAR Campania, Napoli, V, 27 marzo 2003, n. 3037; TAR Abruzzo, L'Aquila, 22 aprile 2005, n. 205; TAR Abruzzo, Pescara, 2 maggio 2005, n. 192.

[95] Cfr., per es., art. 24, art. 44, co. 4, art. 48 bis, art. 53 bis, co. 1, art. 57, co. 1, lett. c, d.l. n. 77/2021, oppure art. 33, co. 2, d.l. n. 36/2022.

[96] Tale procedura di verifica e validazione, in passato, era regolamentata dall'art. 47 del d.P.R. n. 554/1999 (a cui la disposizione del testo unico dell'edilizia continua in effetti a fare anacronisticamente riferimento), poi, dal d.P.R. n. 207/2010 (in part., artt. 45, 52-55), che conteneva il regolamento di attuazione del precedente codice degli appalti del 2006, abrogati entrambi dall'attuale codice degli appalti del 2016, destinato anch'esso ad essere sostituito a breve (cfr. nota 17).

[97] Cons. St., VI, 14 gennaio 2004, n. 74; Id., IV, 27 ottobre 2003, n. 6631; Cass. pen., III, 11 marzo 2004, n. 18697.

TAR, si riteneva che i comuni non fossero tenuti a munirsi della concessione edilizia per le opere dallo stesso deliberate, sostenendo che gli organi deliberativi del comune, nel momento in cui approvano il progetto, assolvono anche al compito di controllare che l'opera sia conforme agli strumenti urbanistici, alla legge ed ai regolamenti, oltre che alle esigenze dell'igiene e dell'estetica[98].

Diversamente, altri TAR e la Cassazione penale ritenevano che, anche nel caso in cui l'opera fosse stata deliberata dal consiglio comunale, fosse necessario il preventivo e formale rilascio della concessione edilizia da parte del sindaco, il quale aveva il compito di verificare (attraverso l'esercizio del proprio potere di controllo nella distinta procedura culminante nel rilascio della concessione) che l'opera deliberata dall'organo consiliare fosse conforme alla normativa vigente[99].

La *querelle* giurisprudenziale è stata definitivamente risolta dall'art. 2, co. 60, della l. n. 662/1996, che ha stabilito che la deliberazione con la quale il consiglio o la giunta comunale approvano il progetto o autorizzano l'opera ha i «medesimi effetti della concessione edilizia»[100], purché i progetti siano «corredati da una relazione a firma di un progettista abilitato, che attesti la conformità del progetto alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie, nonché l'esistenza dei nulla osta di conformità alle norme di sicurezza, sanitarie, ambientali e paesistiche».

Il comma 60 è stato poi abrogato dall'art. 136, co. 2, lett. *h*), del testo unico dell'edilizia, ma il tenore sostanziale della disposizione è stato riprodotto nella lett. *c*) dell'articolo in commento, che sottrae in tal modo alla disciplina generale sui titoli abilitativi le opere pubbliche deliberate dal consiglio o dalla giunta comunale, se queste sono corredate dell'atto formale di validazione del progetto, che, similmente a quanto era previsto dal comma 60, è rivolto a verificare, tra le altre cose, anche «la conformità del progetto alla normativa vigente», quindi anche al contenuto del piano urbanistico[101].

Se, invece, il *progetto è difforme* dallo strumento urbanistico, il comune,

[98] Cons. St., IV, 11 aprile 1978, n. 289; Id., II, parere 30 maggio 1984, n. 936; Id., IV, 12 novembre 1996, n. 1204; TAR Toscana, 26 gennaio 1985, n. 32; TAR Veneto, 16 marzo 1985, n. 109; TAR Sicilia, Palermo, I, 3 giugno 1991, n. 376.

[99] TAR Umbria, 26 aprile 1986, n. 183; TAR Abruzzo, L'Aquila, 14 febbraio 1990, n. 100; TAR Emilia Romagna, Bologna, II, 28 aprile 1998, n. 179; Cass. pen., III, 28 maggio 1981, n. 1135; Cass. pen., VI, 3 marzo 1984, n. 83.

[100] P. Marzaro Gamba, *L'esclusione della concessione edilizia per la realizzazione delle opere pubbliche comunali*, in *Riv. giur. urb.*, 1997, 295.

[101] In questo senso, Cons. St., V, 5 novembre, 2012, n. 5589; TAR Sicilia, Catania, sez. I, 19 settembre 2013, n. 2248; Cass. pen., III, 22 maggio 2012, n. 40115; Cass. pen., III, 2 aprile 2008, n. 18900; *contra*, B.G. Carbone, in *Commentario al testo unico dell'edilizia*, Aa.Vv., coordinato da M. De Paolis, M. Pallottino, Rimini, 2004, 112.

ieri come oggi, può seguire la procedura ordinaria oppure una procedura semplificata ed accelerata per l'introduzione della variante al piano regolatore. In quest'ultimo caso, in passato, si applicavano le disposizioni contenute nell'art. 1, co. 4 e 5, della l. n. 1/1978, ove era previsto che l'approvazione del progetto non conforme alle previsioni del piano urbanistico, in presenza delle condizioni indicate dalla norma, o «non comportava la necessità di varianti» allo strumento urbanistico[102], oppure ne «costituiva essa stessa variante»[103]. Oggi – in seguito all'abrogazione dei predetti co. 4 e 5, da parte dell'art. 136, co. 2, lett. *d*), cit. – si applica, invece, l'art. 19, del testo unico sull'espropriazione (d.P.R. n. 327/2001), che attribuisce alla delibera di *approvazione da parte del consiglio comunale* (quale unico organo legittimato, ai sensi dell'art. 42, co. 2, lett. *b*, d.lgs. n. 267/2000), tanto del «progetto preliminare» quanto di quello «definitivo», che non sia conforme al piano regolatore, valore di «variante allo strumento urbanistico», e tale delibera «si intende approvata dalla regione» (o dall'ente da questa delegato all'approvazione del piano urbanistico) se questa «non manifesta il proprio dissenso entro il termine di novanta giorni» (decorrente dalla ricezione della determinazione consiliare e della relativa completa documentazione), anche se (in quest'ultimo caso) gli effetti giuridici della delibera e quindi della variante al piano rimangono comunque sospesi fino alla successiva seduta del consiglio comunale, che dovrà disporre espressamente l'efficacia della precedente deliberazione[104].

La stessa procedura di variante semplificata, in cui l'approvazione regionale si può avere anche attraverso il meccanismo del silenzio assenso (decorsi 90 giorni dalla ricezione della delibera del consiglio comunale e della relativa completa documentazione) e la variante produce effetto nella seduta successiva del consiglio comunale (che dispone l'efficacia della precedente delibera), è prevista pure dall'art. 9, co. 5, del t.u. sull'espropriazione, con riferimento alle opere pubbliche o di pubblica utilità *diverse* da quelle originariamente previste nel piano urbanistico, ma *insistenti sulla stessa area soggetta al vincolo preordinato all'esproprio*[105].

Per quanto riguarda l'oggetto della deliberazione consiliare, si osserva ancora come la norma equipari, ai fini della produzione dell'effet-

[102] Cons. St., V, 22 giugno 1989, n. 391; Id., IV, 12 ottobre 2000, n. 5423; TAR Campania, Salerno, I, 18 giugno 2002, n. 535.

[103] CGA, 8 novembre 1988, n. 184; Cons. St., IV, 4 febbraio 1999, n. 110; Id., V, 1 ottobre 2001, n. 5189; Id., IV, 27 marzo 2002, n. 1742; Id., IV, 8 luglio 2002, n. 3804.

[104] Cfr. TAR Campania, Salerno, I, 6 luglio 2005, n. 1107; TAR Liguria, Genova, I, 8 luglio 2005, n. 1065; TAR Campania, Salerno, II, 9 marzo 2006, n. 252; TAR Emilia Romagna, Bologna, I, 28 aprile 2006, n. 533; TAR Lombardia, Milano, II, 17 luglio 2006, n. 1804; TAR Campania, Napoli, V, 3 ottobre 2006, n. 8485.

[105] Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, II, 31 agosto 2005, n. 1853.

to di variante al piano urbanistico, l'approvazione del «progetto preliminare» all'approvazione del «progetto definitivo». Tuttavia, se si vuole che l'approvazione produca anche l'effetto di dichiarazione di pubblica utilità dell'opera, è necessario che il consiglio comunale approvi il «progetto definitivo», in quanto – ai sensi dell'art. 12, co. 1, lett. a), del t.u. sull'espropriazione – è soltanto l'approvazione del progetto definitivo che comporta (implicitamente) la dichiarazione di pubblica utilità dell'opera[106].

Al fine poi di accelerare la realizzazione di progetti definitivi per «infrastrutture di trasporto, viabilità e parcheggi, tese a migliorare la qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città», l'art. 98, co. 2, del vecchio codice dei contratti pubblici del 2006, stabiliva che la loro approvazione, da parte del consiglio comunale, aveva il valore di «variante urbanistica a tutti gli effetti». Ma la norma è stata dichiarata illegittima dalla Corte costituzionale, con la sentenza 23 novembre 2007, n. 401, in quanto, pur se presenta collegamenti con la materia dell'ambiente per le finalità perseguite, che sono dichiaratamente quelle del miglioramento della «qualità dell'aria e dell'ambiente nelle città», afferisce, riguardo al suo peculiare oggetto, prevalentemente all'ambito materiale del governo del territorio, di competenza ripartita Stato-regioni, sul quale lo Stato ha soltanto il potere di fissare i principi fondamentali, spettando invece alle regioni il potere di emanare la normativa di dettaglio, secondo quanto stabilito dall'art. 117, terzo comma, ultimo periodo, della Costituzione. La disposizione in questione, viceversa, per il suo contenuto precettivo del tutto puntuale, secondo la Consulta non lascia alcuno spazio di intervento alle regioni, in quanto l'affermazione secondo cui «l'approvazione dei progetti definitivi costituisce variante urbanistica a tutti gli effetti» non è passibile di ulteriore svolgimento da parte del legislatore regionale, con la conseguente compromissione della competenza che spetta alle regioni nella materia dell'urbanistica e quindi dell'assetto del territorio. La norma, peraltro, avrebbe potuto essere considerata illegittima anche per un ulteriore profilo, in quanto, tenendo conto soprattutto di quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 206/2001 (di cui si è già discusso nel precedente paragrafo), avrebbe leso, sia pure con riferimento ad opere finalizzate alla tutela dell'ecosistema e dell'ambiente, le attribuzioni urbanistiche della regione, privandola del potere di approvare o meno la variante.

[106] R. De Nictolis, *La funzione di pianificazione urbanistica e la localizzazione e realizzazione di opere pubbliche*, cit., 2272; Cons. St., IV, 14 dicembre 2002, n. 6917.

UNA RIFLESSIONE (A DUE VOCI) SU URBANISTICA E CITTÀ (IN)VISIBILI*

di Giovanna Colombini e Vanessa Manzetti

SOMMARIO: 1. Nel ragionare su diritto urbanistico e diritto ad una città sostenibile nulla è da trascurare – 2. Il diritto urbanistico è un diritto dinamico – 3. Tra urbanistica ed edilizia il *trait d'union* del paradigma sostenibile – 4.Il diritto urbanistico e dell'edilizia quale diritto "della città" e "alla città" – 5. Il lungo cammino verso una città sostenibile e visibile.

"D'una città non godi le sette o le settantasette meraviglie,
ma la risposta che dà a una tua domanda"
Italo Calvino, *Le città invisibili*

1. *Nel ragionare su diritto urbanistico e diritto ad una città sostenibile nulla è da trascurare*

Riflettere oggi sui temi dell'urbanistica e dell'edilizia tanto cari a Salvia rappresenta una "sfida" che ha delle implicazioni non soltanto territoriali, ma anche sociali ed economiche, posto che la pandemia da Covid-19, ha avuto un drammatico impatto sulle città di tutto il mondo ed ha sollevato questioni cruciali sull'evoluzione urbana e sulla sostenibilità, ovvero sulla "scienza" che indaga la città (*urbs*) come straordinaria costruzione "artificiale" dell'uomo.

Una scienza complessa, che si presenta anche sotto la veste di un "diritto urbanistico" espressione dei diritti di nuova generazione, vale a dire di quei diritti che risentono dei mutamenti economici, sociali, politici, di un determinato periodo storico, frutto di quei cambiamenti che Mortati ha definito costituzione materiale.

Lo sguardo con cui si vuole approcciare questo breve scritto dedicato a Salvia è dunque quello dell'insegnamento di Calvino, quando ricorda che "le città sono un insieme di tante cose: di memoria, di desideri, di segni d'un linguaggio; le città sono luoghi di scambio, come spiegano tutti i libri di storia dell'economia, ma questi scambi non sono soltanto

* Il presente contributo è frutto di una comune riflessione, anche se la stesura dei paragrafi 2, 3 è riferibile a G.Colombini, la stesura dei paragrafi 1, 4, 5 è riferibile a V.Manzetti

scambi di merci, sono scambi di parole, di desideri, di ricordi. Il mio libro s'apre e si chiude su immagini di città felici che continuamente prendono forma e svaniscono, nascoste nelle città infelici"[1].

Tutti aspetti che si intrecciano con il richiamo ad un "diritto ad una città sostenibile" che va a comporre quello che potremmo definire "il quadro complessivo" riconducibile a quella nozione di diritto urbanistico in continuo divenire ed in continua relazione con il sistema istituzionale, soprattutto regionale e locale.

2. *Il diritto urbanistico è un diritto dinamico*

Non vi è dubbio, ormai, che il diritto urbanistico sia un diritto "dinamico", che va dal fenomeno dell'urbanesimo, allo sviluppo delle città moderne, alle c.d. città sostenibili.

Un diritto che si relaziona necessariamente con altri diritti (regionale, enti locali, amministrativo, ambientale…), ed in particolare che si innesta nei rami del diritto pubblico, andando ad interessare tutti gli aspetti riconducibili direttamente o indirettamente ai rapporti con le Istituzioni pubbliche.

L'essere consci di queste interrelazioni, porta a evidenziare l'*excursus* che ha interessato sotto diversi aspetti l'urbanistica: dalla legislazione urbanistica, alla delimitazione del c.d. diritto urbanistico, dalla organizzazione istituzionale, alla ripartizione delle competenze e delle funzioni, sino a giungere all'esame delle cause che hanno determinato la crisi del sistema delineato dalla legge urbanistica ed ai modelli di riforma.

Questo significa riflettere sugli aspetti che vanno ad interessare gli strumenti di pianificazione e programmazione a livello regionale e sovracomunale, quale sequenza di passaggi fondamentali, interrelati tra loro, partendo dal piano regolatore generale, ai rapporti tra i diversi piani urbanistici, nonchè agli aspetti settoriali quali il piano particolareggiato, il piano di lottizzazione, i piani di recupero, il piano di zona per l'edilizia economica e popolare ed assimilati, i nuovi piani di recupero polifunzionali, il piano per l'edilizia economico-popolare, il piano per gli insediamenti produttivi, il piano di riqualificazione urbana.

Un quadro complesso ed in divenire, quello del diritto urbanistico, in cui nulla può essere trascurato, una tavola urbana che si colora di mille sfumature, data l'incidenza della assai variegata legislazione regionale,

[1] I. Calvino, *Le città invisibili*, Milano, 1972.

che porta a situazioni diverse da Regione a Regione, come nel caso della Regione Toscana che merita ricordare per la ragione che la legislazione toscana dà grande risalto alla pianificazione sovra comunale, mantenendosi in qualche modo fedele al principio della pluralità dei piani e della gerarchia tra di essi[2].

Non a caso, come sottolinea Salvia nel suo Manuale di diritto urbanistico, "l'originario testo dell'art. 117 Cost. includeva – com'è noto – l' «urbanistica» nell'elenco delle materie di competenza legislativa regionale, ponendo il limite del rispetto dei principi fondamentali della legislazione statale nella materia stessa (secondo il modello tipico della c.d. «competenza» concorrente proprio delle regioni ordinarie). Il nuovo testo dell'articolo in discussione (nato dalla riforma del titolo V Cost.), abbandona la predetta espressione per adottare quella di «Governo del territorio», qualificando ancora una volta la materia di «competenza concorrente» (ar. 117, c.3, Cost.)"[3].

Questo significa che *se* il concetto di urbanistica "si è ampliato a governo (degli usi e della gestione) del territorio di cui all'117 Cost." e che *se "*per l'individuazione della materia il legislatore costituzionale ha fatto ricorso non al metodo storico-normativo che cristallizza le definizioni basate sul solo linguaggio legislativo, ma al metodo storico-evolutivo per il quale le definizioni vanno sì individuate dalla legislazione ordinaria ma tenendo conto che la sua evoluzione è in grado di aver determinato anche l'evoluzione delle stesse definizioni giuridiche costituzionali"[4], oggi non è più possibile non rileggere il diritto urbanistico alla luce del principio di sostenibilità (non solo ambientale) e del diritto delle generazioni future, ormai entrati a far parte in modo esplicito e solenne nella nostra costituzione con la recente riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione[5].

Certo "bisognerà che siffatti principi non rimangano soltanto belle affermazioni e trovino concreta traduzione in azioni virtuose da parte di istituzioni e cittadini. È cioè necessario che la "novella costituzionale" *debba assumere* un significato promozionale e altamente pedagogico che serve a sollecitare l'impegno condiviso alla salvaguardia dell'ambiente,

[2] L. Barsotti, *Governo del territorio e tutela dell'ambiente – Parte prima*, Pisa, 2021, L'A. ricorda la "scomposizione" del P.R.G. in parte strutturale-direttiva e in parte operativa.

[3] F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2ed., 2012, 22.

[4] P. Urbani, *Il governo del territorio e luoghi di vita e di lavoro*, in *astrid-online.it*, 2002.

[5] M. Cecchetti, *La revisione degli artt. 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum Quad.cost.li*, n.3, 2021.

unica àncora di salvataggio del domani" [6], e quale miglior banco di prova di quello del diritto urbanistico, "diritto che vive", come sottolinea Salvia, intersecandosi e cofondendosi con tutta una serie di materie *limitrofe* all'urbanistica, quali i c.d. interessi sensibili, fra i quali si devono annoverare, dopo la recente riforma costituzionale, quello dell'ambiente e della salute.

Ed ancora, come non ricordare le parole di Salvia sul punto, quando, richiamando Manzoni, definisce il rapporto tra interessi sensibili e pianificazione urbanistica, come il rapporto "di vasi di terracotta costretti a vivere con vasi di ferro", "vasi di terracotta bisognevoli di robuste corazze"[7], quale è il caso del complesso rapporto tra efficienza energetica e produzione di energia da fonti rinnovabili da un lato e implicazioni per la pianificazione urbanistica territoriale dall'altro.

Ciò vale a dire che la *conditio sine qua non* per il raggiungimento degli obiettivi di una migliore *performance* energetica e ambientale è rappresentata dall'integrazione delle politiche urbane e dei diversi strumenti urbanistici a disposizione degli enti territoriali.

Sono proprio queste problematiche, tra cui rilevano quelle connesse all'attuale assetto autorizzativo degli impianti rinnovabili, inserito in un sistema complesso, composto da numerosissime norme o micro norme a rallentare il percorso per l'attivazione di Comunità energetiche solidali e rinnovabili[8]. Nonostante il *favor* a queste riservato sia a livello europeo che nazionale, e nonostante le ingenti risorse pubbliche previste dagli investimenti del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), M2C3 "Energia rinnovabile, idrogeno, rete e mobilità sostenibile" – Investimento 1.2 "Promozione rinnovabili per le comunità energetiche e l'autoconsumo" ad oggi le CER si trovano bloccate in una *impasse* composta da ritardi burocratici e assenza di regole attuative[9].

[6] I.A. Nicotra, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione, un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi*, 30 giugno 2021, 5.

[7] F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, op.cit., 242-243.

[8] Si vedano Documenti del Servizio Studi della Camera dei deputati "Promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili" del 13 settembre 2021, "Le fonti rinnovabili Risultati, obiettivi, incentivi e progetti di sviluppo nel PNRR" del 14 giugno 2021.

[9] S. Lazzari, *Il percorso per l'attivazione di Comunità Energetiche Rinnovabili e Solidali*, in *labsus*, 29 novembre 2022.

3. *Tra urbanistica ed edilizia il trait d'union del paradigma sostenibile*

Da questo quadro, risulta, dunque, evidente, che il diritto urbanistico non deve occuparsi della mera costruzione del territorio, ma delle competenze istituzionali e dei molteplici livelli di governo di un determinato territorio, ricomprendendo in sé, in larga parte, lo stesso diritto dell'edilizia, un diritto assai più risalente nel tempo, nato come regolamentazione della concreta attività costruttiva e delle regole, di varia natura, che devono essere rispettate[10].

In altre parole edilizia e urbanistica si presentano come diritti (e scienze) strettamente legati, ponendosi quasi in un rapporto di *species* a *genus* (anche se a seconda dei vari momenti storici sembra quasi sfumare il distinguo tra quale sia la *species* e quale sia il *genus*).

Ed infatti è inevitabile osservare come le categorie dell'urbanistica e dell'edilizia risultino tra loro complementari, in quanto con la prima si identificano le potenzialità edificatorie del suolo, la sua conservazione e il suo mantenimento; con la seconda si garantisce il controllo preventivo dell'attività di realizzazione e modifica delle costruzioni sul medesimo suolo (territorio), la vigilanza e le sanzioni contro gli abusi. Nesso, dunque che, nel ripercorrere la tortuosa evoluzione storica della normativa urbanistica ed edilizia, dall'Unità d'Italia ai giorni nostri, si scontra con un ordinamento giuridico complesso e articolato, chiamato ad un continuo confronto con le problematiche e le metodologie di ordine prettamente tecnico-scientifico, con i principi e le norme che, sotto il profilo sistemico, costituiscono la materia del diritto urbanistico-edilizio[11].

Ma se è stato difficile il percorso per giungere a quell'unione politica e amministrativa che ha portato all'affermazione dello Stato unitario, non meno difficile si presenta la situazione attuale, segnata prima da una emergenza sanitaria, ora da una emergenza energetica senza precedenti, che ha inevitabilmente inciso sul volto delle città, dando origine a fenomeni sociali ed economici che toccano settori della vita urbana che vanno ben oltre l'ambito sanitario, interessando anche quello strettamente

[10] Questo è ben evidente in F. SALVIA, *Manuale di diritto urbanistico*, op.cit., in cui il diritto dell'urbanistica e il diritto dell'edilizia si fondono l'uno con l'altro dando vita ad un'opera che si potrebbe ben chiamare "Manuale del diritto urbanistico e dell'edilizia".

[11] Si può, infatti, affermare che molte sono state le trasformazioni e le contaminazioni, da quando, all'indomani della Unità d'Italia, anche il nostro Paese si è dotato di norme in materia edilizia e, successivamente, anche di rilievo urbanistico, per rafforzare quell'unione politica e amministrativa che richiedeva inevitabilmente anche un solido substrato territoriale.

urbanistico-edilizio. Situazioni emergenziali a cui si è aggiunto un aggravamento dei cambiamenti climatici che ha fatto emergere la fragilità dei territori aggrediti da un'edificazione incontrollata, sia pubblica che privata, che ha reso evidente che i recenti e gravissimi fenomeni di dissesto idrogeologico sono imputabili ad una urbanistica e ad una edilizia che per troppo tempo non ha prestato attenzione agli aspetti di sostenibilità ambientale ed al rispetto delle regole urbanistiche.

La sostenibilità, parola chiave che oggi emerge continuamente quando si tratta del fenomeno urbanistico, richiede, dunque, non soltanto l'adozione di misure che tengano conto della fragilità dei territori, delle avvenute deviazioni dei corsi d'acqua, dei fenomeni di disboscamento, della necessità di un loro ripristino, di un recupero delle aree rurali abbandonate, ma anche l'adozione di un sistema di controllo e di monitoraggio costante dell'uso del territorio.

Il punto di snodo di questo difficile bilanciamento tra fenomeno urbanistico e principio di sostenibilità, sembra dunque essere quello di una disciplina unitaria in grado di risolvere anche le implicazioni urbanistiche ed edilizie connesse al governo del territorio, alle funzioni amministrative, a vari livelli di pianificazione, ai limiti alla pianificazione, alla tematica dei beni comuni ed alla funzione sociale della proprietà privata, alla tutela dell'ambiente.

Diversamente, cioè, in assenza di questo bilanciamento e in difetto assoluto di una definizione capace di superare anche il problema del diverso regime giuridico dei beni pubblici e privati, appare del tutto utopico ipotizzare un nuovo paradigma del diritto urbanistico-edilizio, funzionale ad un nuovo modello di governo rigenerativo del territorio che persegua, al tempo steso, la sostenibilità ambientale ed energetica.

È possibile realizzare questi obiettivi? In verità questo è il vero problema dato che se, per un verso, si va ad incidere su scelte effettuate imponendone la revisione, come nel caso della necessaria demolizione di edifici costruiti in zone a rischio di dissesto idrogeologico, per altro verso il governo rigenerativo del territorio deve passare anche da un efficientamento energetico degli immobili pubblici e privati. In sostanza un cambio radicale di paradigma che deve coniugare il governo del territorio, con l'efficientamento energetico e la sostenibilità ambientale in termini di funzionalità, vale a dire in termini di coordinamento tra le varie autorità amministrative e le istituzioni coinvolte.

E che questo coordinamento sia estremamente difficie da perseguire lo dimostrano i ritardi e le difficoltà incontrate dalle istituzioni locali nella realizzazione delle comunità energetiche a causa delle rigide posi-

zioni assunte dalle Soprintendenze in ordine alle autorizzazioni paesaggistiche; anche se si registra qualche passo in avanti da parte dei giudici amministrativi che in più occasioni hanno ribadito che "le motivazioni dell'eventuale diniego (seppur parziale) di autorizzazione paesaggistica alla realizzazione di un impianto di produzione di energia da fonte rinnovabile devono essere particolarmente stringenti, non potendo ritenersi sufficiente che l'autorità preposta alla tutela del vincolo paesaggistico rilevi una generica minor fruibilità del paesaggio sotto il profilo del decremento della sua dimensione estetica"[12].

Un messaggio importante quello dei giudici amministrativi, che sembra voler sottolineare alle Soprintendenze la necessità di effettuare valutazioni analitiche, in considerazione della complessità degli interessi coinvolti e del principio ormai assodato che la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili è essa stessa attività che contribuisce, sia pur indirettamente, "alla salvaguardia dei valori paesaggistici"[13]. Sullo sfondo resta invece una questione al momento irrisolta che riguarda la necessità di una mappatura aggiornata dei territori urbanizzati e non, per una messa in sicurezza delle zone a rischio idrogeologico o sismico. Questione che richiede un cambio di "paradigma urbano" sia da parte dei cittadini che da parte delle istituzioni.

4. *Il diritto urbanistico e dell'edilizia quale diritto "della città" e "alla città"*

Le considerazioni che precedono ci portano a prendere in esame le nuove linee direttrice di matrice internazionale ed europea, che riguardano le politiche urbanistiche quale connubio tra urbanistica, diritto della città e diritto alla città.

Discorso che sposta l'attenzione innanzitutto sul significato, ma soprattutto sulla distinzione, che sussiste tra diritto "*della* città" e "*alla* città".

Si tratta infatti di una distinzione non marginale, posto che se per

[12]Si veda *ex multis* sentenza Tar lombardia n. 296 del 29 marzo 2021 con cui è stato annullato il provvedimento con cui la Soprintendenza negava il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica per la realizzazione di un impianto fotovoltaico sul tetto di un'abitazione, sita in area sottoposta a vincolo paesaggistico, limitandosi ad affermare la non conformità dei pannelli fotovoltaici alla tutela paesaggistica basandosi prevalentemente sull'aspetto cromatico e sulla "tradizionalità" delle coperture impiegate nella zona.

[13] Sentenza Consiglio di Stato, Sezione IV, n. 2983 del 12 aprile 2021.

"diritto della città"[14] si deve far riferimento a quel complesso di regole che governano spazi urbanizzati, la cui origine trova fonte nella rappresentanza della comunità che le istituzioni cittadine interpretano, come pure nel coinvolgimento delle organizzazioni o delle individualità della società civile, per "diritto alla città" si deve invece far riferimento alle teorie del sociologo francese Henri Lefebvre di una diversa forma dei diritti, (o con le parole di Lefebre "superiore") "come il diritto alla libertà, all'individualizzazione nella socializzazione, all'*habitat* e all'abitare, all'opera (all'attività partecipante) e alla fruizione (ben diverso dal diritto alla proprietà)"[15].

Senza voler estremizzare la teroizzazione del diritto alla città, (anche perché nel pensiero di Lefebvre del «*droit à la ville*» non vi è quella di aggiungere un nuovo diritto alla lunga lista di nuovi «diritti umani») questo potrebbe essere riletto, come sostiene Salvatore Settis, come il rilancio di un "orizzonte dei diritti civili" che riguarda tutti da vicino, in un'ottica di "cittadinanza territoriale" che porta ad interrogarsi su che tipo di città vogliamo, e che fa della città il "teatro della democrazia".

Il diritto alla città è, dunque, *in primis* "un diritto collettivo (sociale) … che si traduce nell'esercizio di un potere collettivo sul processo di urbanizzazione" [16], che ritrova una dimensione individuale, quale "diritto dell'individuo a partecipare all'organizzazione complessa, alla complessità"[17].

Sennonchè la mera introduzione di nuovi modelli e interventi ascrivibili alla nuova funzione di "rigenerazione urbana", o anche a modelli di partecipazione urbana, non è sufficiente di per sé a risolvere i problemi di raccordo che tutt'ora si presentano con i processi ordinari di pianificazione territoriale.

Il "discrimine urbanistico" si pone dunque come uno dei principali limiti applicativi all'effettività di un diritto "della/alla città", per la ragione che la sua trasformazione sembra risolversi nella mera enumerazione di attività di rigenerazione urbana, senza curarsi di fornire gli strumenti di coordinamento per il passaggio dal modello dell'urbanistica per piani, al modello del governo rigenerativo del territorio[18]. Tema ben presente

[14] J.B. Auby, *Le droit de la ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Paris, 2013.

[15] H. Lefebvre, (trad. G. Morosato), *Il diritto alla città*, Verona, 2014.

[16] F. Saitta, *Il «diritto alla città»: l'attualità di una tesi antica*, in *Ordines*, 1, 2020.

[17] R. Cavallo Perin, *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2, 2019, 378.

[18] T. Bonetti, *La rigenerazione urbana nell'ordinamento giuridico italiano: profili ricostruttivi*, in E Fontanari, G. Piperata, *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città, Bologna*, 2017, 59-73.

anche al Consiglio di Stato che, in più occasioni, è intervenuto ad affrontare le questioni insorte tra potere di pianificazione urbanistica e individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale.

Il punto è dunque quello di risolvere le implicazioni urbanistiche ed edilizie connesse alle attività di rigenerazione urbana, che portano a preferire agli strumenti attuativi tradizionali, i programmi complessi ed i nuovi strumenti urbanistici attuativi di rinnovamento urbano, che non si limitano ad affrontare le attività tradizionali della pianificazione territoriale, ma coinvolgono contemporaneamente i "nuovi" problemi, sociali, ambientali e culturali-identitari, delle città.

Pertanto se non si vuole incorrere nel rischio che la crisi che stiamo attraversando, vada ad incidere sulla tenuta democratica dei sistemi urbani, aggravando irrimediabilmente situazioni e condizioni di fragilità esistenti, amplificando rischi sanitari, solitudini e povertà sociali, culturali, relazionali, nonché accentuando la centralizzazione dei processi decisionali, a discapito del già labile rapporto tra amministrati e amministratori, è necessario che si operi per affermare un nuovo paradigma urbano "sostenibile".

Ed è evidente che un obiettivo del genere implica un nuovo diritto alla città, capace di dare fondamento a un concetto di cittadinanza urbana che sia sostanziale, ovvero capace di garantire, a chi abita le città, l'accesso a diritti sociali, civili ed economici, con particolare attenzione all'affermazione di una partecipata vita pubblica urbana, che includa anche le fasce più vulnerabili della popolazione, e che dia meno spazio all'emergere "dell'Italia dei divari"[19].

In altre parole, se è vero che la pandemia ha lasciato un segno indelebile nel panorama delle città, è anche vero che le città, sede da sempre di vivace vita economica e culturale, sono anche il luogo in cui sono state ideate soluzioni creative. Le città hanno dimostrato la loro capacità di adattarsi alla situazione globale in rapida evoluzione, fornendo talora risposte locali immediate, oltre a ripensare e reinventare le strutture urbane e i tessuti urbani per poter diventare più sostenibili, i modi per sviluppare e promuovere un turismo resiliente ed eco-sostenibile, i nuovi programmi di *social* e *green housing* fino alla soluzione lavorativa di *smart working*. Aspetto quest'ultimo che comporta ora e per il futuro,

[19] Si veda R. Ghigi, M. Naldini, *L'Italia dei divari*, in *Rivista Trimestrale di cultura e di politica*, n. 4, 2022, dove si dà voce ad una attenta analisi degli squilibri vecchi e nuovi che segnano la società italiana, tenendo conto dell'impatto su questi della Pandemia, andando ad investigare quali politiche strutturali sarebbero necessarie per combattere le diseguaglianze per dare un senso compiuto alla nostra democrazia.

un cambiamento delle logiche occupazionali che potrebbe avere ricadute fondamentali sull'organizzazione delle città e sul rapporto delle stesse con il resto del territorio: le aree interne, i borghi diffusi, i piccoli centri urbani che nel nostro Paese rappresentano realtà ricche di storia, identità, legami e radici, dopo la loro crisi e il noto "abbandono dei borghi", potrebbero invece diventare uno dei punti focali di nuove politiche urbane.

Il recupero di immobili abbandonati e di aree deindustrializzate, l'utilizzo condiviso di spazi pubblici, il riuso e la valorizzazione di beni pubblici e privati per fini culturali, le nuove destinazioni assegnate ai beni confiscati alla criminalità, sono solo alcune delle forme di tale processo evolutivo del diritto urbanistico. Si tratta di interventi in grado di cambiare non solo le relazioni sociali di intere comunità, ma anche il rapporto tra cittadini e autorità pubbliche[20].

Queste riflessioni sottendono un ripensamento, nella sua essenza, dello sviluppo delle città in diverse dimensioni: sociale, culturale, infrastrutturale, economica, ambientale e altro ancora, e pone lo studioso del diritto urbanistico e del diritto edilizio di fronte ad alcuni interrogativi.

Sarà possibile adattare gli strumenti di ieri e di oggi alle nuove sfide urbane?

In che modo le città potranno ripensare le politiche urbane per rafforzare la propria preparazione al rischio e la propria capacità di risposta al susseguirsi di mutamenti socio-economici?

5. *Il lungo cammino verso una città sostenibile e visibile*

Rispondere a queste domande porta a ricostruire e rileggere l'esistente, evidenziando la necessità di mettere ordine non solo al *caos* normativo in materia, fatto di continui ritocchi legislativi che rendono difficile la stessa ricostruzione della disciplina, ma anche evidenziando l'intreccio dei vari piani urbanistici esistenti ed i principali "strumenti attuativi" del diritto edilizio, spesso in sovrapposizione se non in contrasto tra loro.

È questo l'armamentario che deve porsi in raccordo con l'Obiettivo 11 " Rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili" dei diciassette 'Obiettivi per lo sviluppo sostenibile' posti nella Risoluzione adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 25settembre 2015, c.d. Agenda 2030.

[20]F. Di Lascio, F. Giglioni, *La rigenerazione di beni e spazi urbani. contributi al diritto delle città*, Bologna, 2017.

La nozione di 'città sostenibile' costituisce, in questa prospettiva, una imprescindibile chiave di lettura, in quanto chiama in causa la necessità di dare vita al 'laboratorio' di nuove politiche per lo sviluppo della persona, trasversali per contenuti e competenze, quale momento per un'attuazione concreta degli obiettivi di tutela dell'ambiente e inclusione sociale che guidano il *Next Generation EU* e anche il nostro Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

Da qui, l'attenzione alla 'città sostenibile' per il suo rappresentarsi come terminale di obiettivi e strumenti propri delle nuove politiche territoriali (assicurare spazi pubblici di alta qualità, modernizzare le reti infrastrutturali e migliorare l'efficienza energetica, individuare strumenti innovativi, preservare la qualità e la sicurezza dei paesaggi culturali urbani, riqualificare i quartieri degradati, migliorare l'ambiente urbano, la mobilità ed il mercato del lavoro locale), quale espressione al tempo stesso di quello che oggi è il PNRR, ovvero un piano di *performance* e non un piano di spesa, e come tale incentrato su *milestone* e *target*.

E se è vero che gli interventi che possono usufruire del finanziamento del PNRR sono molteplici, è anche vero che tra le altre cose, sono stati individuati dei principi ed obblighi che devono essere rispettati, quali quelli del principio del "non arrecare danno significativo" (cd. "*Do No Significant Harm*" – DNSH) e il principio del contributo all'obiettivo climatico e digitale (cd. *tagging*), principi che portano necessariamente a riempire di contenuto il diritto urbanistico e dell'edilizia.

Ciò vale adire che le città assurgono a pilastri dello sviluppo territoriale e responsabili della coesione territoriale, è innegabile che le politiche sul consumo di suolo e gli strumenti urbanistico-territoriali siano quelli maggiormente funzionali a queste finalità.

Così tali aspetti rientrano tra quelli del Programma *Next Generation EU*, che sembra porsi l'obiettivo di andare oltre la logica del diritto urbanistico, guardando ai diritti delle generazioni future. Basti pensare che la Commissione Europea ha espressamente dichiarato la volontà di utilizzare i fondi del Piano europeo di ripresa per promuovere il rinnovamento in tutta l'Unione Europea di edifici interessati da gravi problemi di isolamento termico e consumo energetico (un piano che, secondo le stime della Commissione, punta a ristrutturare 35 milioni di edifici entro il 2030 e creare 160.000 posti di lavoro).

Si tratta di un ambizioso investimento di denaro pubblico per rivitalizzare e rendere "*green*" il patrimonio immobiliare, con l'obiettivo di migliorare le prestazioni energetiche, raddoppiare il tasso di ristrutturazione degli edifici e migliorare la qualità dell'abitare.

Ma in generale tutti i fondi del *Next Generation EU* dovrebbero portare a ri-disegnare le "città europee" dei prossimi 30 anni, ed in particolare quelle italiane, dato che l'Italia è il primo beneficiario di questo ingente pacchetto di risorse pubbliche europee. Si tratta di una occasione irripetibile per avviare una storica stagione della rigenerazione urbana, che oltre agli importanti impatti ambientali, potrebbe assurgere a leva su cui agire per innescare sostanziosi investimenti e aumentare l'occupazione, anche creando nuove professionalità legate all'economia circolare, alle ristrutturazioni edilizie ed energetiche, al ciclo dei rifiuti e al recupero delle aree dismesse e delle periferie.

Le risorse pubbliche messe a disposizione dall'Unione europea sembrano, infatti, indirizzate a prospettare un'idea di sviluppo urbano non imperniato sulla densificazione dei centri abitati, sulla concentrazione degli spazi, sui grattacieli, sui centri commerciali, sui multisala, sui grandi ospedali, come è (purtoppo) accaduto per molti anni, spesso anche per opera di importanti interventi pubblici in economia, come quelli che hanno contraddistinto l'epoca della c.d. degenerazione urbana-territoriale.

Il diritto urbanistico "alla prova" dell'emergenza pandemica e della crisi che ne è seguita, sembra confermare con più forza l'idea, ancora in gran parte sulla carta, dell'evoluzione delle città in "*smart city"* e *"smart land*", concetti che potenziano la capacità di resilienza del territorio, imponendo nuovi bilanciamenti tra spazi urbani e territorio circostante.

Ed infatti il termine *"smart city"* va ad individuare una città che gestisce le risorse in modo intelligente, mira a diventare economicamente sostenibile ed energeticamente autosufficiente, ed è attenta alla qualità della vita e ai bisogni dei propri cittadini. In sostanza uno spazio territoriale che sa stare al passo con le innovazioni e con la rivoluzione digitale, senza per questo trascurare la sostenibilità e l'attrattività.

Quanto al termine "*smart land*", questo sta ad indicare un riferimento territoriale più ampio rispetto alla *smart city*, in quanto riferito ad un luogo in cui i progetti di sviluppo fondati sull'uso della tecnologia e l'ottimizzazione delle risorse prendono forma a partire dal coinvolgimento attivo delle diverse identità e realtà territoriali: ambiente, artigianato, cultura, economia, architettura paesaggistica e produttività vengono valorizzati attraverso la sinergia tra pubblica amministrazione, aziende e cittadinanza[21].

Se è vero che questi termini non sono certo nuovi agli studiosi del diritto della-alla città, è anche vero che oggi, a differenza del passato,

[21] A. Bonomio, R. Masiero, *Dalla smart city alla smart land*, Venezia, 2014.

questi obiettivi potrebbero essere realizzati grazie ai forti investimenti in campo infrastrutturale (materiale e immateriale), ambientale ed energetico, del Programma *Next generation UE* e del conseguente Piano nazionale di ripresa e resilienza.

E certo questo cambio di paradigma verso un diritto urbanistico sostenibile, inclusivo e digitale non è certo "cosa nuova". Già nel 2016 gli allora 28 Stati membri dell'UE hanno approvato l'Agenda urbana dell'UE, i cui temi prioritari erano proprio quelli dell'edilizia, dell'economia circolare, dell'ambiente e dei cambiamenti climatici, della mobilità e povertà urbana.

Sulla stessa linea si muove anche *l'European Green Deal*, un insieme di iniziative politiche proposte dalla Commissione europea, con l'obiettivo generale di raggiungere la neutralità climatica in Europa entro il 2050, anche in una prospettiva di ridefinizione ecologica del progetto del territorio contemporaneo[22]. Questo, infatti, si basa su un complesso sistema di infrastrutture ambientali quale strumento per la strutturazione di un progetto diffuso di riurbanizzazione e rigenerazione ecologica del territorio contemporaneo, capace di valorizzare le differenti vocazioni ambientali, produttive e paesaggistiche dell'ambiente urbano, partendo dalla conservazione e dalla valorizzazione delle funzionalità ecosistemiche che il suolo fornisce nelle sue caratterizzazioni naturali e antropiche.

Ed ancora, nella stessa direzione si muove anche la strategia della Commissione europea *Renovation Wave*, un piano sull'urbanistica, inquadrato, finanziariamente, nel programma di investimenti *InvestEu*, nei fondi regionali e della BEI, diretto prioritariamente all'efficientamento energetico di edifici pubblici e privati.

E sempre nell'ottica di dare centralità alle città nel perseguire i traguardi ambientali dell'*European Green Deal* e di uno sviluppo urbano sostenibile, la Commissione europea ha lanciato il *Green City Accord*, una iniziativa che mira a coinvolgere i sindaci europei che vorranno impegnarsi a rendere le loro comunità più verdi, sane e pulite e sostenere con sforzi decisi il raggiungimento degli obiettivi ambientali dell'UE.

Il diritto della-alla città rappresenta anche il *trait d'union* dei cinque obiettivi delle politiche di coesione 2021-2027, che con lo slogan "Europa più vicina ai cittadini", intendono promuovere lo sviluppo sociale, economico e ambientale nelle aree urbane e nelle aree interne, destinan-

[22] COM (2019) 640 final, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni – Il Green Deal europeo.

do almeno il 6% del totale delle risorse dedicate dai Fondo strutturali e di investimento europei 2021-2027.

Questi sono soltanto i più recenti programmi europei che interessano taluni direttamente, altri indirettamente il diritto urbanistico e dell'edilizia, e che evidenziano come, già prima della pandemia, l'Unione europea considerasse le città e le questioni urbane un punto cruciale per l'affermazione di una Unione europea sostenibile.

La questione urbana rappresenta, dunque, una sfida imponente, in cui il "territorio" assume un ruolo centrale nel determinare la qualità della vita, portando alla necessità di una profonda riflessione sui processi di trasformazione urbana che hanno prodotto una progressiva erosione dei diritti sociali: rapporti tra spazi urbani e legami sociali, cambiamenti delle funzioni tradizionali, una progressiva fluidificazione e frammentazione delle relazioni, cambiamenti demografici della popolazione, la transizione digitale, la transizione ambientale…

Di fronte a tali cambiamenti, le città sono chiamate a modificarsi e riorganizzarsi in base a nuovi principi e a nuove logiche di sviluppo: in quest'ottica si aprono possibilità che offrono l'opportunità di un'azione politica mirata a far sì che la "questione urbana" diventi centrale, nell'affrontare i nuovi modelli di sviluppo economico-sociale, avviando una riflessione sul ruolo e sul contenuto della pianificazione, sulla ridefinizione degli *standard*, sull'articolazione delle politiche infrastrutturali.

Obiettivi rilevanti anche se il rischio di "passi in dietro" in questo percorso verso un diritto urbanistico sostenibile sembra nascondersi dietro l'angolo, o meglio dietro le insidie dettate dalla grave crisi energetica che sta attraversando in particolare l'Europa.

Alle questioni energetiche ed ambientale non resta, dunque, che confrontarsi con le politiche urbane e con i processi di pianificazione. Si tratta di una vera e proprio sfida culturale, tecnica e amministrativa di non poco conto, un sfida che oltretutto si preannuncia difficile da realizzare, posto che l'interesse *sensibile* ambiente e quello energetico non sempre vanno nella stessa direzione.

Come d'altro canto sembra segnalare la scelta, non certo solo stilistica, che ha interessato la denominazione del Ministero dell'ambiente negli ultimi governi: ridenominato dal governo Draghi in *Ministero della Transizione ecologica*, e dall'attuale governo Meloni in *Ministero dell'Ambiente e della sicurezza energetica*. Scelta che ci porta a interrogarsi su quale ruolo occuperanno le grandi emergenze del nostro tempo (cambiamento climatico e tutela dell'ambiente) nelle politiche pubbliche nazionali dei prossimi anni, e soprattutto, come

queste modifiche andranno ad interessare l'approccio delle politiche urbane.

Queste, in estrema sintesi, le riflessioni suggerite dalla lettura degli scritti di Salvia che, precorrendo i tempi, ha, con chiarezza e profondità, messo a fuoco i nodi critici da superare per una elaborazione futura sul diritto "della-alla città" sostenibile e "visibile".

APPUNTI SULLA DISCREZIONALITÀ

di Guido Corso

1. – La discrezionalità riguarda le conseguenze giuridiche di una regola legislativa. Essa sussiste quando l'autorità amministrativa, in base ad una determina fattispecie legale, può scegliere tra una pluralità di comportamenti.

Così leggiamo in uno dei più diffusi manuali di diritto amministrativo tedeschi (H. Maurer, *Allgemeines Verwaltunsgsrecht*, 16 Auf. München 2006, p. 135).

Questa libertà (o facoltà) di scelta esiste sicuramente in molti dei procedimenti che vengono avviati dalla pubblica amministrazione (iniziativa d'ufficio). Per la realizzazione di una strada o di una rete elettrica possono essere presi in considerazione più tracciati; per la localizzazione di un ospedale si può scegliere uno o un altro sito; per la gestione di un servizio un'amministrazione locale può scegliere fra la gestione diretta, l'esternalizzazione della gestione, la costituzione di una società a partecipazione pubblica o l'acquisto di una partecipazione in una società esistente (art. 5 d.lgs.vo n. 175/2016); aperta in istruttoria a carico di un'impresa sospettata di avere stretto intese restrittive dalla concorrenza, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato può chiudere il procedimento infliggendo una sanzione o all'opposto escludere la violazione dell'art. 2 della L. 287/1990 o acquisire da parte delle imprese interessate impegni idonei a far venir meno i profili anticoncorrenziali (art. 14-ter L. cit.).

Se il procedimento viene avviato da un privato è difficile che l'autorità competente disponga di una pluralità di scelte. Di solito essa deve optare tra un sì e un no, tra l'accogliere la richiesta del privato, magari subordinando l'assenso a qualche condizione, o il respingerla. Diremo allora che in questi casi non c'è discrezionalità? No, perché le autorizzazioni, le licenze, i permessi, i nulla osta comunque denominati sono per definizione provvedimenti discrezionali; se non lo sono, e quando non lo sono, perchè hanno le caratteristiche descritte nell'art. 19 L. 241/1990, non sono neppure più autorizzazioni o licenze o permessi etc.: sono segnalazioni certificate di inizio di attività, e quindi non sono atti della

pubblica amministrazione, ma atti del privato con funzione informativa.

Dobbiamo, allora, andare alla ricerca di una definizione del concetto di discrezionalità che non si esaurisca nella scelta tra più comportamenti leciti (P. Virga), ma sia capace di abbracciare contenuti ulteriori.

2. – Prendiamo in considerazione alcune specie di provvedimenti amministrativi.

Cominciamo dalla dichiarazione del Ministero dei beni culturali che accerta, in una cosa, la presenza di un interesse artistico, storico, archeologico etc. particolarmente importante (artt. 13 e 19 co. 3 d.lgs.vo n. 42/2004). Le conseguenze della dichiarazione sono quelle che il codice dei beni culturali stabilisce: una serie di vincoli (obblighi di conservazione, limiti alla modificazione, limiti alla circolazione etc.) che non sono oggetto di una selezione da parte dell'autorità, ma discendono appunto da una previsione legislativa che ne lega la nascita a quella dichiarazione.

È pacifico che la dichiarazione di interesse particolarmente importante è un provvedimento discrezionale.

Tuttavia, la discrezionalità non comporta, in questo caso, una scelta tra misure amministrative diverse, ma riguarda, anziché le conseguenze (giuridiche) del provvedimento, le sue premesse: che attengono alla sfera della cognizione e non a quella della decisione. Per stabilire che la cosa riveste un interesse artistico, storico, archeologico etc. – e decidere che l'interesse è "particolarmente importante" – l'autorità deve compier un'indagine che richiede strumenti culturali appropriati (competenza in storia, storia dell'arte, archeologia) ed effettuare una valutazione (non un semplice interesse di quel tipo, ma un interesse "particolarmente importante") che si presti ad una pluralità di esiti (l'interesse non c'è; l'interesse c'è, ma non può considerarsi particolarmente importante; l'interesse c'è, ed è particolarmente importante).

Si dice, in questi casi, che la discrezionalità che l'autorità esercita è una discrezionalità tecnica, perché presuppone l'applicazione di criteri e di regole che non sono giuridiche, ma tecniche.

L'operazione mentale non è diversa, tuttavia, in tantissimi casi in cui la tecnica o la scienza o la disciplina particolare diversa dal diritto non c'entrano per nulla.

Si pensi alla revoca del segretario comunale disposta dal sindaco, previa delibera cdella giunta, per violazione dei doveri d'ufficio (art. 101 d.lgs.vo n. 267/2000). La misura prevista è una sola: la revoca del segretario comunale. Ma basta a giustificarla qualsiasi violazione dei doveri

d'ufficio? Si tratta pur sempre di un provvedimento amministrativo che richiede una motivazione (art. 3 L. 241/1990): un provvedimento che, per es., deve osservare il principio di proporzionalità, e quindi richiede una proporzione fra la gravità della misura e il presupposto che la giustifica. Il malcapitato che impugnasse la revoca, potrebbe dedurre che nessuna violazione ha commesso o che, se la ha commessa, è talmente lieve da escludere che su di essa possa basarsi il provvedimento impugnato. Anche in questo caso la discrezionalità, in senso tecnico, non consiste nella opzione tra una pluralità di decisioni, ma nell'accertamento delle premesse e nella loro valutazione. E poiché trattasi della violazione dei doveri d'ufficio, la valutazione dovrà essere fatta alla stregua di criteri giuridici (v. artt. 55 ss. D.lgs.vo n. 166/2001).

Anche qui pur essendo la misura presa evidente manifestazione di volontà, la discrezionalità investe essenzialmente le premesse che giustificano la misura stessa.

Altro esempio.

L'informazione interdittiva antimafia consiste nella attestazione del Prefetto che sussistono eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi della società o impresa che vorrebbe instaurare un rapporto contrattuale con una amministrazione pubblica o beneficiare di una concessione o di un contributo pubblico (art. 84 d.lgs.vo n. 159/2011).

La misura è unica: ma richiede una valutazione complessa, un'operazione cognitiva che presuppone una previa indagine sui rapporti tra la società o impresa e i soggetti esterni, mafiosi o presunti tali, che hanno tentato di "infiltrarla".

Gli esempi fatti finora sono di provvedimenti che vengono presi d'ufficio, su iniziativa della autorità.

Ma lo schema non è diverso in tanti provvedimenti che vengono presi ad iniziativa di parte.

Prendiamo la valutazione d'impatto ambientale, un atto autorizzativo che deve essere richiesto per realizzare determinati progetti. Gli effetti prevedibili dell'attuazione del progetto sono sottoposti a una previa valutazione perché siano garantiti la salvaguardia della salute umana, la compatibilità ambientale, il mantenimento della specie e la conservazione della capacità di riproduzione degli ecosistemi in quanto risorse essenziali per la vita (art. 4 co. 4 lett. b) D.lgs.vo. n. 152/2006).

Un'operazione mentale altamente complessa effettuata nel corso di un procedimento che precede l'adozione di un atto – un sì o un no (anche se il sì può essere subordinato a richieste di modifiche e aggiusta-

menti che alterano il progetto originario). Non è la scelta tra una pluralità di misure che caratterizza la VIA, ma la complessa attività cognitiva e valutativa che precede il provvedimento conclusivo.

Anche se il giudizio richiesto è meno complesso,una serie di alternative si apre pure alla Sovrintendenza dei beni culturali cui viene richiesta l'autorizzazione a modificare un immobile che ricade all'interno di un piano paesaggistico.

È inevitabile un margine di opinabilità: inevitabile perché si tratta di stabilire se la modifica voluta dal proprietario rechi o meno "pregiudizio ai valori paesaggistici oggetto di protezione" (art. 146 d.lgs.vo n. 42/2004).

3. – Sull'autorità di M.S. Giannini è largamente condivisa l'idea che la discrezionalità amministrativa consiste in una valutazione comparativa (o ponderazione) di più interessi secondari in ordine a un interesse primario – l'interesse che l'autorità deve curare nell'ambito della sua competenza (M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 3^ ed., Milano 1999, vol. II, p. 49).

Nelle versioni più aggiornate della dottrina non si parla più di interessi primari e secondari – ciò che sembra alludere ad una gerarchia precostituita fra gli uni e gli altri interessi – ma, più semplicemente di una pluralità di interessi pubblici, collettivi, diffusi privati fra i quali l'amministrazione è chiamata a prendere decisioni; e ciò in sintonia con una concezione pluralistica dei pubblici poteri e dei loro rapporti con i cittadini e con i gruppi sociali (M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, IV ed., Torino 2019; analogamente M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, V ed., Bologna 2022, p. 122).

Se la discrezionalità fosse soltanto questa, una ponderazione fra interessi diversi, illegittimo sarebbe il provvedimento amministrativo che ha ponderato malamente gli interessi in gioco, sopravvalutandone uno e sottovalutandone un altro o degli altri: perché, ad es., l'autorità ha tenuto conto esclusivamente dell'interesse pubblico affidato alle sue cure, sacrificando indebitamente l'interesse privato antagonistico; ed ha quindi compiuto una ponderazione sbilanciata.

È questo uno schema che alcune norme di legge delineano. Come la legge sul procedimento amministrativo che configura la conferenza di servizi come uno strumento per effettuare un esame contestuale degli interessi pubblici coinvolti in un procedimento amministrativo ovvero in più procedimenti amministrativi connessi (art. 14); o quando la stessa legge autorizza l'annullamento d'ufficio di un provvedimento ammini-

strativo purché sussistono ragioni di interesse pubblico e si tenga conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati (art. 21-nonies).

Senonchè, a di fuori di questi casi, è difficile che un provvedimento sia annullato dal giudice amministrativo per la semplice ragione che l'autorità ha sbagliato nella valutazione comparativa di interessi. Anche se l'errore c'è stato, le ragioni dell'accoglimento del ricorso del privato sono di solito diverse.

Ritorniamo agli esempi fatti in precedenza.

Nei rari casi in cui una dichiarazione di interesse artistico viene annullata, ciò accade o perché manca un presupposto vincolato (per es. la cosa non ha ancora settant'anni di età: art. 12 co. 1 d.lgs.vo n. 42/2004) o perché sono stati disattesi gli indirizzi di carattere generale stabiliti dal Ministero della cultura (art. 12 co. 2) o perché l'assegnazione alla cosa di un interesse culturale particolarmente importante è frutto di un equivoco (si scambia per un portale barocco un manufatto che è frutto di buona imitazione ottocentesca).

Non che in questi casi non ci siano interessi: l'interesse alla tutela del bene culturale e l'interesse del privato proprietario (che si oppone per essere libero di alienare la cosa). Solo che l'illegittimità del provvedimento non dipende da una censurabile ponderazione di interessi, dipende da uno dei vizi accennati.

O il caso dell'interdittiva antimafia.

È chiaro che c'è l'interesse dell'impresa a non subire le gravi inabilitazioni che sono effetto del provvedimento. Ma non è questa la ragione per cui il ricorso, piuttosto raramente, viene accolto. Viene accolto, per es., perché la Prefettura non ha dedotto indizi seri dell'infiltrazione mafiosa o perché ha citato fatti o relazioni remoti, privi di ogni attualità.

In definitiva, nel sindacato sull'esercizio del potere discrezionale il giudice amministrativo non verifica la ponderazione di interessi effettuata (o non effettuata) dall'autorità, ma utilizza le tecniche tradizionali di controllo sull'eccesso di potere.

Ad una simile affermazione potrebbe essere obiettato che sempre meno nei repertori di giurisprudenza compare la voce 'eccesso di potere'.

Ma ciò accade non perché la figura sia caduta in disuso, ma semplicemente perché è cambiata la terminologia. Sempre più frequentemente troviamo un appello ai principi – ragionevolezza, proporzionalità, coerenza, precauzione. In ossequio ai principi tanti provvedimenti vengono abbattuti, ma con argomentazioni che in passato avrebbero utilizzato la chiave dell'eccesso di potere.

D'altra parte persiste nella legislazione la triade violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere (art. 21-octies L. 241/1990; art. 29 c.p.a.).

L'annullamento giurisdizionale (e non solo) si giustifica solo in presenza di un vizio di legittimità riconducibile ad una delle tre categorie dello schema.

Poiché in questo schema non figurano i principi dell'azione amministrtiva, l'annullamento dell'atto in quanto contrario a un principio si giustifica solo se il vizio è riconducibile all'eccesso di potere (o alla violazione di legge quando i principi, o alcuni fra essi, vengono codificati: art. 1 L. 241/1990).

4. – La dottrina tedesca, a partire dalla fine del XIX secolo, distingue la discrezionalità (Ermessen) dai concetti giuridici indeterminati (Unbestimmte Rechtsbegriffe).

Per discrezionalità si intende uno spazio di azione e di decisione, la scelta tra più comportamenti possibili a nessuno dei quali il diritto positivo attribuisce una preferenza.

Mentre la discrezionalità riguarda gli effetti giuridici, i concetti giuridici indeterminati, con la connessa categoria dell'ambito del giudizio (Beurteilungspielraum) attengono alla fattispecie legislativa (H. Maurer, op. cit., p. 143). Esempi? Bene comune, utilità comune, ordine pubblico, sicurezza pubblica, scorrevolezza del traffico, pericolo, pericolosità, vantaggio, svantaggio, danno, idoneità, visibilità (per es. di una strada), all'alba, nottetempo, più spesso, frequente di regola etc. (così E. Forsthoff, *Liehrbuch des Verswaltungs-Recht Band. Allgemeiner Teil*, 8 ed., Munchen, 1966, p. 75).

Il giudice che è chiamato a sindacare il provvedimento, dovrà stabilire, nel primo caso (discrezionalità), se l'autorità si è mantenuta nell'arco delle scelte possibili ("giuridicamente" possibili, F. Forstihoff, *op. cit.* p. 74). Nel secondo caso dovrà verificare se il presupposto dell'azione (espresso dalla legge con un concetto giuridico indeterminato) ricorresse in concreto: se per es., ci fosse la "necessità" che l'autorità ha addotto a fondamento della sua azione.

A me pare che l' "indeterminatezza" del concetto giuridico – che la dottrina tedesca confina agli esempi fatti e a pochi altri (frequente è l'esempio del Nachtzeit) – abbia una portata molto più ampia. Riguarda tendenzialmente tutti i casi in cui, per es., un concetto spaziale non è espresso con un numero (per es. la distanza di m. 60 da osservarsi nella edificazione a partire dal ciglio della strada A: art. 4 d.m. 1° aprile 1968 n. 1404) ma con un aggettivo o un sostantivo (i "territori coperti da foreste o da boschi" che rientrano tra le "aree tutelate per legge": art. 142 codice dei beni culturali, d.lgs.vo n. 42/2004); o un comportamento ripetuto nel

tempo è preso in considerazione senza che sia precisato il numero delle ripetizioni (es.: "reiterazione sull'ambiente di lavoro di gravi condotte aggressive o moleste" che dà luogo a licenziamento disciplinare: art. 55-quater lett. e) d.lgs.vo n. 165/2001); o viene utilizzato un termine che evoca un disvalore, come quando viene "vietata la televendita che vilipenda la dignità umana" (art. 3-bis L. 122/1988); o quando si richiede all'autorità una valutazione di ordine (anche) psicologico (il rifiuto del permesso di soggiorno deve tener conto della "natura e della effettività dei vincoli familiari dell'interessato", art. 5 co. 5 d.lgs.vo n. 286/1988); o quando il provvedimento presuppone una valutazione di ordine quantitativo o di proporzionalità senza che sia stabilito il tetto al quale ragguagliare la proporzione (il caso dell'accreditamento della struttura sanitaria subordinata alla "rispondenza delle strutture al fabbisogno", art. 8-quater co. 3 lett. b) d.lgs.vo n. 502/1992 e s.m.i.); o quando il provvedimento richiede una competenza disciplinare specifica (la concessione di ricerca archeologica che viene data solo se si presume che essa possa portare a scoperte di rilievo, art. 89 d.lgs.vo n. 42/2004).

Ritengo che l'operazione mentale che il giudice è tenuto a compiere sia analoga nei due casi; il caso in cui è chiamato a valutare se il provvedimento preso rientra nell'arco dei provvedimenti ammessi; e il caso in cui al giudice si richiede di accertare se il presupposto (il fatto) assunto a base del provvedimento corrisponde alla fattispecie legislativa.

Un'operazione analoga è stata compiuta dalla autorità amministrativa: nella individuazione o specificazione della fattispecie l'autorità impiega un ragionamento che non è diverso da quello che essa impiega quando sceglie tra più comportamenti ammessi.

Il nesso tra premesse e conseguenze dell'azione amministrativa è oggi formalizzato dalla legge. Quando stabilisce di che la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria, la legge sul procedimento (art. 3) presuppone:

- che la individuazione dei presupposti di fatto è un'operazione tendenzialmente complessa perché intrecciata alle ragioni giuridiche,
- che la decisione è frutto di questa operazione;
- che il passaggio dalle premesse alla conclusione è mediato dall'istruttoria;
- che la decisione spesso, nei provvedimenti discrezionali, è solo una delle decisioni ammesse.

Questo processo è accompagnato dalla ricognizione delle ragioni giuridiche che poggiano non soltanto sullo specifico dato normativo, ma anche sul complesso dei principi che devono guidare l'esercizio dei poteri amministrativi (art. 1).

PAESAGGIO, AMBIENTE E GESTIONE FORESTALE SOSTENIBILE

di Alessandro Crosetti

SOMMARIO: 1. Premessa. Il regime giuridico dei boschi soggetti a tutela paesaggistica. – 2. La differenziazione dei regimi di tutela dei boschi tra il Codice del paesaggio ed il T.U. forestale n. 34/2018. – 3. Il patrimonio forestale come bene di interesse pubblico. La multifunzionalità dei beni forestali e modalità di tutela paesaggistica e ambientale alla luce del T.U.F n. 34 del 2018. – 4. La sostenibilità ambientale e la gestione forestale "attiva" secondo il T.U.F. n.34 del 2018. – 5. Possibili soluzioni interpretative sui regimi autorizzativi tramite linee guida concordate tra Stato e Regioni.

1. *Premessa. Il regime giuridico dei boschi soggetti a tutela paesaggistica*

Come noto, l'impianto normativo relativo alla tutela ed al controllo di gestione dei beni paesaggistici, ripreso dalla legge n. 1497 del 1939, e ridisegnato dal Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d. lgs n. 42 del 2004 s.m.i., è imperniato su un doppio binario rappresentato, da un lato, dal regime vincolistico dei beni paesaggistici[1] e, dall'altro lato, dal regime autorizzativo dei beni stessi [2] in quanto rispondente al classico modello dei beni ad uso controllato[3].

[1] Su cui G. CREPALDI, *Il regime vincolistico dei beni paesaggistici*, in *Trattato di diritto dell'ambiente.*a cura di R. FERRARA e M.A. SANDULLI, III. *La tutela della natura e del paesaggio* a cura di A. CROSETTI, Milano, 2014, 467 ss; in precedenza M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni,* Padova, 1991, 88 s.

[2] Su cui già G. F. CARTEI, *L'autorizzazione paesaggistica nel codice dei beni culturali e del paesaggio,* in *Giorn. dir. amm.,* 2004, 1267 ss; N. FERRUCCI, *L'autorizzazione paesaggistica alla luce del Codice Urbani,* in *Dir. giur. agr. alim. amb.,* 2010, 444 ss; L. CORTI, *Vincoli e autorizzazioni paesaggistiche: orientamenti consolidati e profili di novità,* in *Riv. giur. amb.*, 2011, 524 ss; quindi M.L. SCHIAVANO, *Il regime autorizzativo dei beni paesaggistici*, in *Trattato di diritto dell'ambiente,* cit., III, 513 ss; P. CARPENTIERI, *Interesse paesaggistico e provvedimenti autorizzativi,* in *Riv. giur. urb.,* 2015, 219 ss; nonché M. SPASIANO, *Commento art. 146,* in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. A. SANDULLI, Milano, 2019, III, ediz., 1304 ss.

[3] Come ben noto l'impostazione tradizionale, secondo la costruzione teorica di O. RANELLETTI *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 7 ss; nonchè di U. FORTI, *Autorizzazioni amministrative*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1964, I, 177 ss; v. pure GABRIELLI, *Profili delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, I, 207 ss; G. VIGNOCCHI, *La natura giuridica dell'autorizzazione amministrativa*, Padova, 1944, 20 ss; ancora FORTI-JACCARINO, *Autorizzazione amm.*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, I, 2, 1580 ss., concepiva le autorizzazioni come "rimozio-

In relazione ai beni forestali il Codice ha previsto due diverse modalità attraverso le quali il bosco, a valenza paesaggistica, può essere tutelato e assoggettato a vincolo paesaggistico, e in funzione delle stesse ha introdotto due regimi giuridici differenziati sotto il profilo della individuazione degli interventi esenti dalla preventiva autorizzazione paesaggistica o soggetti ad autorizzazione paesaggistica semplificata[4].

ne di limiti posti alla libera attività individuale per ragioni di ordine pubblico" e sosteneva quindi che il destinatario del provvedimento autorizzatorio fosse titolare di una situazione di diritto soggettivo. L'esercizio di tale diritto, tuttavia, era sottoposto ad una limitazione, la cui rimozione era determinata dal rilascio dell'atto di consenso dell'amministrazione. La successiva dottrina si è invece giustamente orientata a riconoscere alle autorizzazioni natura di atto ampliativo della sfera giuridica del destinatario, con efficacia costitutiva di nuovi poteri, facoltà, diritti. In tal senso v. A.M. Sandulli, *Notazioni in tema di provvedimenti autorizzativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 784 ss; Id., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 6 ss; P. Gasparri, *Autorizzazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, IV, 509 ss; F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1962, 5 ss; L. Acquarone, *Contributo alla classificazione delle autorizzazioni amministrative*, Milano, 1962, 9 ss; G. Sacchi Morsiani, *Autorizzazione in funzione di controllo*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1961, 50 ss; P. Salvatore, *Le autorizzazioni amministrative*, in *Cons. Stato*, 1965, II, 483 ss. Più recentemente, la dottrina ha evidenziato l'utilizzazione delle autorizzazioni come strumento flessibile di indirizzo e di controllo delle attività pubbliche e private ai fini della loro conformazione alle finalità sociali. Per queste nuove valenze: già V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo,* Napoli, 1962; R. Villata, *Autorizzazioni amministrative ed iniziativa economica privata*, Milano, 1974, 10 ss; P. Dell'Anno, *Contributo allo studio dei procedimenti autorizzatori*, Padova, 1989, *passim*; non è mancato chi ha evidenziato anche una sorta di crisi del sistema autorizzatorio: A. Orsi Battagnini, *Autorizzazione amministrativa*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1987, vol. II, 70 ss; V. Cerulli Irelli, *Modelli procedimentali alternativi in tema di autorizzazioni*, in *Dir. amm.*, 1993, 95 ss; da ultimi con ampia ricostruzione e nuovi apporti: F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996, quindi G. Tonoletti, *L'accertamento amministrativo,* Padova, 2001; M. Occhiena, *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo,* Milano, 2002.

[4] Va solo ricordato che interventi di semplificazione al regime delle autorizzazioni paesaggistiche erano già stati introdotti con il d. lgs n. 63/2008 correttivo al Codice: su cui R. Chieppa, *Vecchie problematiche e nuove questioni in tema di piani e autorizzazioni paesaggistiche dopo il d. lgs 26 marzo 2008 n. 63,* in *Aedon,* 2008; P. Carpentieri, *Semplificazione e tutela del paesaggio,* in *Riv. giur. urb.*, 2009, 156 ss; F. Cangelli, *La disciplina procedimentale dell'autorizzazione paesaggistica: l'impatto delle modifiche introdotte dal d. lgs. 26 marzo 2008 n. 63, ivi,* 2009, 175 ss; G. Ciaglia, *La nuova disciplina del paesaggio: tutela e valorizzazione dei beni paesaggistici dopo il d. lgs. n. 63/2008,* Milano, 2009. Sul decreto introduttivo del procedimento semplificato per interventi di lieve entità: V. Vattani, *Le semplificazioni al procedimento di autorizzazione paesaggistica per gli interventi di lieve entità,* in *www.dirittoambiente.net,* 2010; S. Amorosino-P. Carpentieri, *Il regolamento di semplificazione delle autorizzazioni paesaggistica per gli interventi di lieve entit,* in *Urb. e app.*, 2010, n. 12, 1381 ss; sulle ulteriori modifiche introdotte dalla L. n. 106 del

I boschi che rispondono ai parametri identificativi previsti dall'art. 2, commi 2 e 6 del d. lgs. 18 maggio 2001 n. 227, sono automaticamente per legge sottoposti a vincolo paesaggistico ex art. 142, lett. g) del citato Codice, che ha inserito "i territori coperti da foreste e boschi" nell'elenco di categorie di aree tutelate ex lege in funzione dei rispettivi peculiari connotati morfologici.[5]

Accanto a questa ipotesi, laddove i boschi presentino peculiari pregi estetico-culturali, possono essere assoggettati a vincolo paesaggistico con provvedimento amministrativo antecedente all'entrata in vigore del Codice, o successivamente adottato a sensi dell'art. 136 dello stesso, in funzione di valori storici, culturali, naturali, morfologici, estetici espressi [6]dagli aspetti peculiari che quei boschi possono presentare e della loro valenza identitaria in rapporto al territorio in cui ricadano.[7]

Infine, i boschi possono essere soggetti alle conseguenze derivanti dall'imposizione del vincolo paesaggistico provvedimentale anche nell'ipotesi in cui siano inseriti all'interno di un'area vincolata anche più este-

2011: S. Amorosino, *Le sette "novellette" legislative sul procedimento di autorizzazione paesaggistica,* in *Urb. e app.*, 2011, 1395 ss.

[5] Si tratta delle c.d aree tutelate per legge. In particolare in ordine alla valenza del disposto dell'art. 142 lett. g) del Codice a tutela dei beni forestali: F. Rota, *Commento art. 142*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio* a cura di M. A. Sandulli, Milano, 2019, III ediz., 1266 ss; su tale categoria di beni paesaggistici: S. Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio.* Roma-Bari, 2010, spec. 86 ss; nonché A. Crosetti, *L'ordinamento dei beni paesaggistici,* in A. Crosetti-D. Vaiano, *Beni culturali e paesaggistici*, Torino, 2018, V. ediz, 197 ss; Id., *Paesaggio,* in *Dig. (Disc. pubbl. Aggiorn.)*, Torino, 2008; in particolare sui territori boscati e vincolo paesaggistico: L. Ricci, *Territori coperti da foreste e boschi e disciplina delle esclusioni dal vincolo paesaggistico relativo alle aree tutelate per legge ai sensi dell'art. 142 c. 2 del d. lgs. n. 42/2004,* in *Riv. giur. ed.,* 2010, II, 85 ss.

[6] In questi casi, il parametro è quello del "notevole interesse pubblico" sotto i vari profili dei valori estetico e tradizionale, ma anche naturalistico e morfologico ambientale. Per tali criteri: S. Piemonte, *Commento art. 136,* in A. Angiuli-V.Caputi Jambrenghi (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio,* Torino, 2005, 357 ss; quindi M. A. Quaglia e A. Rallo, *Commento art. 136* in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di Sandulli, cit., 1203 ss; nonché A. Bartolini, *Art. 136,* in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio,* Commento a cura di M. Cammelli, Bologna, 2008, 536 ss.

[7] In tal modo modo il legislatore ha inteso offrire una particolare tutela dei terreni boscati a valenza culturale e ambientale, sul punto sia consentito il rinvio ad A. Crosetti, *La tutela dei beni forestali,* in R. Ferrara, M. A. Sandulli, *Trattato di diritto dell'ambiente,* Milano, 2014, vol. III, *La tutela della natura e del paesaggio* a cura di A. Crosetti, cit., 2014, 641 ss; Id., *Beni forestali, ambiente, territorio e paesaggio nel nuovo T.U. forestale,* in *Riv. giur. ed.,* 2019, 2, 115 ss e con titolo *Il coordinamento con la normativa paesaggistica,* in *Commentario al Testo unico in meteria di foreste e fiere forestali (d. lgs 3 aprile 2018 n. 34),* a cura di N. Ferrucci, Milano, 2019, 185 ss; Id., *Le valenze culturali dei beni forestali nei più recenti riconoscimenti normativi,* in *Aedon,* n. 1/2020.

sa dello stretto perimetro del vincolo. Tutte queste diverse previsioni normative sono chiaramente orientate ad una tutela complessiva dei beni forestali e relativi valori naturalisti quale espressione di una ampia e comprensiva nozione del paesaggio così come venuta acquisendo nella dottrina più recente[8].

2. *La differenziazione dei regimi di tutela dei boschi tra il Codice del paesaggio ed il T.U. forestale n. 34/2018*

In linea con le scelte operate del Codice del paesaggio e dagli interventi integrativi del testo originario nel 2006-2008, il T.U.in materia di foreste e filiere forestali di cui al d. lgs 3 aprile 2018 n. 34 (c.d. T.U.F), ha riservato ai boschi vincolati in via provvedimentale un regime autorizzatorio decisamente più restrittivo rispetto a quello previsto per i boschi vincolati ex lege. L'orientamento seguito nel T.U.F. è stato, infatti, quello di non applicare ai boschi vincolati in via provvedimentale le esenzioni delle preventiva autorizzazione paesaggistica contemplate dall'art. 149, comma 1 lett. c) cioè le pratiche selvicolturali del taglio colturale, forestazione, riforestazione, opere di bonifica, antincendio e conservazione, purchè previsti ed autorizzati dalle norme vigenti in materia, che sono limitate espressamente ai soli boschi e alle foreste indicati dal citato art. 142, comma 1, lett. g), cioè ai boschi tutelati per legge, mentre ai boschi vincolati tramite provvedimento amministrativo si applicano le esenzioni previste dalla preventiva autorizzazione paesaggistica di cui alla lett.

[8] Nozione di paesaggio come forma del territorio ampiamente condivisa in dottrina ed in giurisprudenza: tra i primi, segnatamente, A. Predieri, *Paesaggio,* in *Enc. dir.,* Milano, 1981, XXXI, 503 ss; per contributi più recenti: M. Immordino, *Paesaggio (tutela del),* in *Dig. (Disc. pubbl.)*, Torino, 1995, 573 ss; G. F. Cartei, *La disciplina del paesaggio tra conservazione fruizione programmata,* Torino, 1995; R. Gambino, *Maniere di intendere il* paesaggio, in A. Clementi (a cura di), *Intepretazioni del paesaggio,* Roma, 2002, 65 ss; G. F. Cartei, *Paesaggio,* in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di S. Cassese, II ediz., *Diritto amministrativo speciale,* Milano, 2003, IV, 2110ss; P. Carpentieri, *La nozione giuridica di paesaggio,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 363 ss; Id., *Tutela del paesaggio: un valore di spessore nazionale,* in *Urb. e app.*, 2008, 305 ss; Crosetti, *Paesaggio,* cit.; L. Perfetti, *Premesse alle nozioni giuridiche di ambiente, paesaggio. Cose, beni, diritti e simboli,* in *Riv. giur. amb.*, 2009, 1 ss; C. Desideri, *Paesaggio e paesaggi,* Milano, 2010, *passim*; G. Ceruti, *La protezione del paesaggio nell'ordinamento italiano: evoluzione. Una proposta per il terzo millennio,* in *Riv. giur. amb.*, 2012, 1 ss; Amorosino, *Introduzione al diritto del paesaggio,* cit., 67 ss; E. Boscolo, *La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio "a strati",* in *Riv. giur. urb.,* 2019, 57 ss; M. Immordino e L. Giani, *Commento art. 131,* in *Codice dei beni culturali e del paesaggio,* a cura di M.A. Sandulli, cit., 1159 ss.

b) del primo comma dell'art. 149, cioè gli interventi dell'attività agro-silvo pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edilizie ed altre opere civili, e sempre che si tratti di attività ed opere che non alterino l'assetto idrogeologico del territorio e non si identifichino negli interventi, decisamente più invasivi, di cui alla lett. c).

La previsione di un regime differenziato di esenzione dalla preventiva autorizzazione paesaggistica in relazione alle due diverse tipologie di modalità impositiva del vincolo paesaggistico sul bosco, trova riscontro e conferma anche nel d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31, contenente il Regolamento recante individuazione degli interventi esclusi dall'autorizzazione paesaggistica o sottoposti a procedura semplificata [9], che ha esteso i casi delle attività agro-silvo-pastorali esenti dalla preventiva autorizzazione paesaggistica, limitata nella primitiva versione del Codice a quelle indicate dall'art. 149, lett. b) e c), liberalizzate in funzione di un giudizio a priori del legislatore in ordine alla relativa scarsa incidenza sullo stato dei luoghi o irrilevanza sotto il profilo della tutela paesaggistica[10]. Il de-

[9] Per utili commenti critici a tale d.p.r.: S. Amorosino, *Il nuovo regolamento di liberalizzazione e semplificazione delle autorizzazioni paesaggistiche (d.p.r. n. 31/2017),* in *Urb. e app.,* 2017, 3, 329 ss; nonchè N. Ferrucci, *Le attività agro-silvo-pastorali alla luce del nuovo regime dell'autorizzazione paesaggistica (d.p.r. 13 febbraio 2017 n.31),* in *Diritto agroalimentare,* 2017, 481 ss; M. Sinisi, *L'autorizzazione paesaggistica tra liberalizzazione e semplificazione (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31: la "questione aperta" del rapporto tra semplificazione amministrativa e tutela del paesaggio*, in *Riv. giur. ed.,* 2017, 235 ss; con specifico riferimento alle attività agro-silvo-pastorali: N. Ferrucci, *Le attività agro-silvo-pastorali alla luce del nuovo regime dell'autorizzazione paesaggistica (d.p.r. 13 febbraio 2017 n. 31),* in *Diritto agroalimentare,* 2017, 481 ss; sui limiti del regime dell'autorizzazione paesaggistica semplificata e relative tipologie v. R. Lombardi, *Commento art. 149*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio,* a cura di M. A. Sandulli, cit., spec. 1358; D. L. Sandroni, *Commento all'art. 149,* in R. Tamiozzo (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio,* Milano, 2005, 695 ss; L. Passeri, *Commento all'art. 149,* in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio,* a cura di M. Cammelli, cit., 581 ss,

[10] È appena il caso di evidenziare che tale interventi di "liberalizzazione" sono finalizzati a ridurre "limiti" e "vincoli" di carattere giuridico per consentire l'attenuazione di regole ritenute troppo restrittive per una economia agro-silvo-forestale bisognosa di sostegno. Su tale concetto di liberalizzazione come deregolamentazione, tra i molti: già A. Travi, *Le liberalizzazione,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 645 ss; L. Carbone, *Le prospettive,* in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole,* Milano, 2005, 215 ss; F. G. Scoca, *Relazione introduttiva,* in E. Sticchi Damiani (a cura di)*, Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici sull'evoluzione della disciplina,* Torino, 2008, 1 ss; W. Giulietti, *Crisi economica e liberalizzazioni,* in *Crisi economica finanziaria e risposta del diritto. Approfondimenti del diritto dell'economia,* Milano, 2012, 113 ss; nonché M. Ramajoli, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica,* in *Dir. dell'economia,* 2012, 507 ss.

creto, infatti, riprende la distinzione fra interventi riconducibili nell'ambito della previsione più generica di cui all'art. 149, comma 1, lett. b), elencati nell'Allegato A, al n. 19, che risultano esenti dalla preventiva autorizzazione paesaggistica anche se eseguiti su boschi vincolati ex art. 136 del Codice, cioè con provvedimento amministrativo;[11] a sua volta, il punto 20 dell'Allegato A individua specifiche tipologie di pratiche selvicolturali nell'ambito degli interventi di cui all'art. 149, coma 1, lett. c) del Codice, da eseguirsi nei boschi e nelle foreste indicate dall'art. 142, comma1, lett.g). [12]

Il regime differenziato che l'art. 149 del Codice ha previsto tra le tipologie di interventi liberalizzati, rispettivamente alle lett. b) e c) in coerenza con la distinzione tra i boschi e le foreste vincolati in forza di provvedimento amministrativo che abbia accertato il notevole interesse paesaggistico ex art 136 e i boschi e le foreste tutelati per legge quale beni di insieme dal citato art. 142, è stata anche recentemente confermata dal Consiglio di Stato in un parere reso su un ricorso straordinario al Capo dello Stato presentato da alcune associazioni ambientaliste avverso il Piano specifico di prevenzione anti incendio boschivo per il comprensorio territoriale delle pinete litoranee di Grosseto e di Casti-

[11] A sensi di tale disposizione risultano liberalizzati: gli impianti idraulici agrari privi di valenza storica o testimoniale; l'installazione di serre mobili stagionali sprovviste di strutture in muratura, le palificazioni, i pergolati, sngoli manufatti amovibili, realizzati in legno per ricovero di attrezzi agricoli, con superfie coperta non superiore a cinque metri quadrati e semplicemente ancorati al suolo senza opere i fondazione o opere murarie; gli interventi di manutenzione strettamente pertinenti all'esercizio dell'attività ittica; gli interventi di manutenzione della viabilità vicinale, poderale e forestale che non modifichino la struttura e le pavimentazioni dei tracciati, gli interventi di manutenzione e realizzazione di muretti a secco ed abbeveratoi funzionali alle attività agro-silvo-pastorali, eseguiti con materiali e tecniche tradizionali; gli interventi di ripristino delle attività agricole e pastorali nelle aree rurali invase da formazioni di vegetazione arbustiva o arborea, previo accertamento del preesistente uso agricolo o pastorale, da parte delle autorità competenti e ove tali aree risultino individuate dal piano paesaggistico.

[12] Tale liberalizzazione interessa pratiche selvicolturali autorizzate in base alla normativa di settore; gli interventi di contenimento della vegetazione spontanea indispensabili per la manutenzione delle strutture pubbliche esistenti pertinenti al bosco, quali eletrodotti, viabilità pubblica, opere idrauliche; gli interventi di realizzazione o adeguamento della viabilità forestale al servizio delle attività agro-silvo-pastorali e funzionali alla gestione e tutela del territorio, vietate al transito ordinario, con fondo non asfaltato e a careggiata unica, previsti da piani o strumenti di gestione forestale approvati dalla Regione previo parere favorevole del Soprintendente per la parte inerente la realizzazione o adeguamento della viabilità forestale. Sulla disciplina della viabilità forestale alla luce del T.U.F. v. N. Lucifero, *Le attività di gestione forestale, i relativi divieti e la disciplina della viabilità forestale*, in *Commentario al Testo unico,* a cura di N. Ferrucci, cit., 117 ss.

glione della Pescaia (pineta del Tombolo), are di rilevante pregio naturalistico e paesaggistico, interessata da numerosi vincoli paesaggistici di natura provvedimentale[13]. In questo parere il Consiglio di Stato ha avuto modo di evidenziare che il combinato disposto delle lett. b) e c) dell'art. 149 del Codice dimostra con tutta evidenza che per i boschi vincolati con provvedimento amministrativo l'esclusione della necessaria preventiva autorizzazione prevista dalla lett. b) dell'art. 149 per gli interventi relativi all'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale vale solo per gli interventi di limitata entità che non si traducano nel taglio colturale, nella forestazione, nella riforestazione, nelle opere anti incendio e di conservazione, in quanto sottratti all'obbligo della preventiva autorizzazione paesaggistica solo ed esclusivamente quando siano da eseguirsi nei boschi e nelle foreste tutelate per legge in forza dell'art. 142, purchè e previsti ed autorizzati in base alla normativa in materia [14]. Tale assunto ha portato il Consiglio di Stato a ritenere che queste tipologie di interventi (diffusamente presenti nel piano contestato e ove era prevista la realizzazione senza preventiva autorizzazione relativamente ad un bosco vincolato da provvedimento amministrativo a sensi dell'art. 136, quale la

[13] Cons. Stato, Sez. I, 30 giugno 2020 n. 1223, in *Riv. giur. ed.,* 2020, 4, 928 con note.

[14] La problematica risale *ab antiquo* e si era già affaciata fin da prima dell'entrata in vigore del Codice cfr. E. Boscolo, *Trasformazione del bosco e autorizzazione paesaggistica,* nota a TAR Lombardia, Sez. II, 7 giugno 1999 n. 2377, in *Urb. e app.* 2001, 91 ss; A. Coviello, *Sugli interventi agro-silvo-pastorali e sulla preventiva autorizzazione ex art. 151 d lgs 29 ottobre 1999 n. 490,* in *Dir. e giur. agr. e ambiente,* 2006, 53 ss. In riferimento alle condizioni in presenza delle quali ricorre l'esenzione di cui all'art. 149, comma 1, lett. b) *ex multis* TAR Veneto, Sez. II, 26 gennaio 2017 n. 93, in *Foro amm.*, 2017, 153 ss che riprende Cons. Stato, Sez. VI, 10 febbraio 2015 nn. 717 e 718; TAR Veneto, Sez. II, 12 ottobre 2015 n. 1043, in questi casi viene evidenziato che "l'esenzione dal previo rilascio dell'autorizzazione paesaggistica in relazione agli interventi inerenti l'esercizio dell'attività agro-silvo-pastorale che non comportino alterazione permanente dello stato dei luoghi con costruzioni edlizie ed altre opere civili, trova la sua giustificazione nella circostanza che trattasidi modificazioni normali della forma del territorio, inerenti all'usuale pratica agricola anche per le piante da frutto e da legna e alla parabola di esseri viventi e produttivi delle piante stesse, quand'anche interessino uliveti, vigne, pioppeti, frutteti e simili e dunque abbiano frequenza di rimozione tutt'altroche annuale; infatti, normalmente, non sono oggetto di uno specifico valore espressamente tutelato dal vincolo paesaggistico e non ne sono elementi identificativi" cfr. anche TAR Toscana, Firenze, Sez, . III, 18 gennaio 2017 n. 49. La linea interpretativa era già stata sottolineata anche nel Parere del MIBACT dell'8 settembre 2016 ove si era ribadito che, laddove il territorio boschivo sia tutelato con specifico provvedimento che ne riconosca il notevole interesse pubblico per ragioni di carattere paesaggistico-culturale, gli interventi forestli richiedono la valutazione della loro compatibilità con lo specifico valore espressamente riconosciuto, mediante ricorso alla previa autorizzazione paesaggistica.

pineta di Tomboli) non possano in alcun modo considerarsi senz'altro e a priori sottratti all'obbligo della autorizzazione paesaggistica prevista in via generale dall'art. 146. A sostegno di tale interpretazione vi è la considerazione che "sia il taglio colturale sia quello anti incendio, nelle modalità previste dal piano contestato, se può presumersi compatibile con la nozione generica di territorio coperto da foreste e boschi, considerata in astratto come categoria generale, senza alcun specifico ccertamento tecnico discrezionale in loco, non può logicamente ammetersi senza un previo controllo puntuale di compatibilità esercitato in concreto dagli organi a ciò preposti nel caso di boschi e foreste dichiarati di notevole interesse pubblico e paesaggistico con apposito provvedimento motivato, nel qual caso è coessenziale al vincolo il controllo preventivo tecnico-discrezionale di compatibilità dei tagli proposti rispetto alla consistenza e alla fisionomia paesaggisticamente percepibile del bene protetto come accertata e dichiarata nel provvedimento di vincolo".

Come esattamente rilevato alla luce dell'attuale assetto normativo in materia di tutela paesaggistica[15], l'orientamento assunto dal Consiglio di Stato, si colloca in coerenza con il dettato normativo del Codice e dei decreti integrativi 2004-2008, e dello stesso T.U.F. che al Codice si conforma, evidenziando la scelta operata dal legislatore di attribuire un trattamento giuridico differenziato agli interventi sui beni vincolati in via provvedimentale e quelli tutelati per legge. La tendenza seguita dal legislatore di riservare ai boschi vincolati da provvedimento amministrativo un regime giuridico differenziato sotto il profilo autorizzativo si colloca nell'ottica innervata dal Codice di riservare alla categoria dei beni vincolati in via provvedimentale, anche diversi dai boschi, una disciplina di utilizzazione particolarmente restrittiva rispetto alle categorie dei beni tutelati per legge di cui all'art. 142, in funzione di uno specifico controllo delle modalità di uso e di trasformazione del bene.[16] Tale riferita differenziazione normativa richiede qualche ulteriore considerazione e riflessione in considerazione della particolarità e rilevanza dei beni forestali.

[15] V. le puntuali osservazioni di N. Ferrucci, *Le declinazioni del bosco nell'ambito della pianificazione paesaggistica alla luce del testo unico in materia di foreste e filiere forestali,* in *Diritto agro-alimentare,* 2021, i, 136 ss.

[16] Sulla rilevanza dei modelli di controllo e gestione dei beni paesaggistici a sensi dell'art. 146 del Codice: Schiavno, *Il regime autorizzativo dei beni paesaggistici. Commento art. 146,* cit., 513 ss; G. Zborowski, *La disciplina dell'autorizzazione paesaggistica,* in G. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani, *Trattato di diritto del territorio,* Torino, 2018, 1153 ss..

3. *Il patrimonio forestale come bene di interesse pubblico. La multifunzionalità dei beni forestali e modalità di tutela paesaggistica e ambientale alla luce del T.U.F n. 34 del 2018*

La rilevata differenziazione del regime di tutela e la relativa disciplina derogatoria a favore degli interventi agro-silvo-pastorali che non comportino alterazioni permanenti dello stato dei luoghi con trasformazioni "pesanti", è stata chiaramente giustificata dalla necessità di evitare una eccessiva compressione delle facoltà proprietarie e conseguente disenticivazione delle relative attività agro-forestali necessarie e funzionali ad una produttiva utilizzazione dei terreni boscati, con effetti negativi paradossali anche alla buona manutenzione del territorio[17].

Gli accennati interventi di liberalizzazione e di semplificazione autorizzative è di tutta evidenza che ripropongono, sia pure per fattispecie diverse, gli annosi problemi dei difficili rapporti tra regime vincolistico ed effetti conformativi delle facoltà proprietarie sul bene[18] con connotazioni del tutto peculiari per la natura e rilevanza dei beni forestali[19].

La registrazione di queste diverse modulazioni e graduazioni di strumenti di tutela è certamente da ricondursi alla tipicità dei beni forestali e alla loro multifunzionalità. I beni forestali, infatti, come noto, costituiscono un sistema ecologico complesso e comportano valori e conoscenze oltremodo diversificate, multilivello e multidisciplinari. Il settore forestale si è venuto progressivamente connotando di valenze plurime e

[17] Per le implicazioni del regime autorizzativo sull'assetto del territorio, per rilievi critici G. D. Comporti, *L'autorizzazione paesaggistica: i rischi di isolamento,* in V. Piergigli, A.L. Maccari (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio tra teoria e prassi,* Milano, 2006, 549 ss*,*

[18] Su tali profili problematici: g. F. Cartei, *La disciplina dei vincoli paesaggistici: regime dei beni ed esercizio della funzione amministrativa,* in *Riv. giur. ed.,* 2006, II, 19 ss; M. Lipari, *Il nuovo regime dei vincoli nella legislazione sul paesaggio,* in *Giust. amm.,* 2006, 262 ss. Come ben noto la giurisprudenza amministrativa, seguendo consolidati orientamenti della Corte costituzionale, ha ritenuto che l'imposizione del vincolo paesaggistico non richieda una ponderazione degli interessi privati unitamente ed in coerenza con gli interessi pubblici connessi con la tutela paesaggistica, sia perché la dichiarazione di particolare interesse sotto il profilo paesaggistico non è un vincolo a carattere espropriativo, costitutendo i beni aventi valore paesistico una categoria originariamente di interesse pubblico, sia perché, comunque, la disciplina costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.) erige il valore estetico-culturale a valore primario dell'ordinamento *ex multis* Cons. Stato, Sez, VI, 21 giugno 2006 n. 3733, in *Foro amm. CDS,* 2006, 6, 1903.

[19] A. Abrami, *La tipicità dei territori boscati,* in B. Carpino (a cura di), *Scritti in onore di Giovanni Galloni,* Roma, 2001, 20 ss; Id., *I nuovi approdi dell'ordinamento giuridico forestale,* in *Dir. giur. agr. alim.*, 2008, 529 ss

sempre più trasversali a diverse politiche (economica, ambientale, energetica, sociale e culturale), che richiedono attenzioni ed approcci anche giuridici oltremodo differenziati[20].

Dalle originario e tradizionale significato di beni economici di produzione e di protezione i beni forestali sono venuti rivestendo sempre più valenze e dimensioni a forte connotazione ambientale e paesaggistica che hanno richiesto conseguenti adeguamenti e modulazioni normative[21]. In coerenza con questa evoluzione, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di sottolineare che la caratteristica propria dei boschi e delle foreste è quella di esprimere una multifunzionalità ambientale, oltre ad una funzione economico produttiva, affermando che, sullo stesso bene della vita, boschi e foreste, insistono due beni giuridici: un bene ambientale in riferimento alla multifunzionalità ambientale del bosco, ed un bene giuridico patrimoniale, in riferimento alla funzione economico produttiva del bosco.[22]

[20] Tradizionalmente i beni forestali sono stati contrassegnati da un valore economico, quali beni produttivi di legname e di frutti alimentari e non (sugheri e resine) al quale si sono venute aggiungendo una pluralità di funzioni che vanno dalla funzione idrogeologica ed idraulica, alla difesa del suolo e del territorio. Su tali valenze evolutive già A.M. Sandulli, *Boschi e foreste (dir. amm.),* in *Enc. dir.,* Milano, 1959, V, 617 ss; A. Latessa, *Foreste e oschi,* in *Nov. Dig. it.,* Torino, 168, 534 ss; A. Abrami, *Foreste e boschi,* in *Nov. Dig. it. Appendice, III,* Torino, 1982, 851 ss; A. Crosetti, *Boschi e foreste,* in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 1988; cui *adde* A. Fioritto, *Boschi e forestre,* in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*a cura di S. Cassese, Milano, 2003, V, 349 ss; A. Crosetti, *Beni forestali,* in *Dig. (Disc. pubbl.) Aggiornamento,* Torino, 2008, 135 ss; per ulteriori aggiornamenti *adde* S. Bolognini, *Il bosco e la disciplina forestale,* in *Trattato di diritto agrario,* diretto da L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile, vol. II, *Il diritto agroambientale,* Torino, 2011, 81 ss; A. Di Sciascio, *Boschi e foreste, vincolo idrogeologico e forestale,* in *Trattato di diritto dell'ambiente,* diretto da P. Dell'Anno e E. Picozza, Padova, 2015, III, 545 ss. .

[21] Ampi riscontri su tali pluralità di valenze in P. Maddalena, *Il bosco e l'ambiente,* in *Riv. giur. amb.,* 2009, 5, 635 ss; M. Magni, *Il ruolo del bosco per l'economia e l'ambiente,* in *Economia montana,* 2002, 5, 55 ss; A. Abrami, *La funzione del bosco: appunti sulla rilevanza del diritto forestale,* in *Riv. dir. agr.*, 1983, I, 201 ss; Id., *Realtà forestale ed evoluzione legislativa,* in *Giur. agr. it.,* 1986, 334 ss; sul bosco quale bene ambientale e paesaggistico; N. Ferrucci, *Il bene forestale come bene ambientale e paesaggistico,* in A. Crosetti-N. Ferrucci (a cura di), *Manuale di diritto forestale e ambientale,* Milano, 2006, 564 ss. È un dato acquisito che i beni forestali abbiano tutti i caratteri dei beni ambientali e siano conseguentemente contrassegnati dalla "*trasversatilità*" con altri settori come evidenziato dagli studi di diritto ambientale, tra i molti, B. Caravita, *Diritto dell'ambiente,* Bologna, 2005, 20 ss; P. Dell'Anno, *Diritto dell'ambiente,* Padova, 2014, XII; A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Introduzione al diritto dell'ambiente,* Roma-Bari, 2018, spec. cap. I; A. Crosetti, *La tutela dei beni forestali,* in R. Ferrara, M. A. Sandulli (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014; vol. III, *La tutela della natura e del paesaggio,* (a cura di A. Crosetti), Milano, 2014, 641 ss.

[22] Corte cost. sent. n. 105 del 18 aprile 2008 su tali connotazioni v. le recenti ed attente osservazioni di S.Carmignati, *La nuova gestione del bosco tra funzionalizzazione, sostenibilità e interesse pubblico,* in *Commentario al T.U. forestale,* cit, 28 ss.

Da tempo, peraltro, l'attività selvicolturale, quale attività ad uso controllato[23], è stata progressivamente concepita non solo quale attività estrattiva e di controllo generativo dei boschi, ma anche quale attività a forte valenza ambientale, essendo le prescrizioni di tutela rivolte sia al profilo produttivo e conservativo sia aquello di salvaguardia ambientale e di tutela del paesaggio

In questa percezione, la stessa Corte costituzionale ha già avuto modo di evidenziare che se l'interesse forestale è rivolto a proteggere l'ambiente, preservando nel tempo il bosco, la realizzazione di questo interesse è legata anche agli interventi selvicolturali, ed in specie, ai tagli, i quali tramite l'uso del bosco consentono di perseguire finalità di protezione delle aree boscate considerate nel loro insieme[24]. Al riguardo ancora la Corte ha sottolineato che lo svolgimento dell'attività agro-silvo-pastorale non solo non comporta alterazioni permanenti dello stato dei luoghi, allorquando il taglio degli alberi sia eseguito nel rispetto delle prescrizioni forestali e rientri nel normale governo del bosco, ma appare necessaria, in quanto gli interventi di selvicoltura e di potatura consentono di perseguire le finalità di protezione del bosco "considerato nel suo insieme permanente". È in relazione a questa valenza protettiva del bosco che dal legislatore sono stati introdotti gli evidenziati differenti regimi di tutela in funzione di adeguata protezione dei valori paesaggistici e ambientali dei beni forestali.

Il T.U.F., viene ad inserirsi, in modo coerente e adeguato, nel solco di questa tradizione normativa interpretando, in termini innovativi, il concetto, già acquisito, di tutela del bene forestale come insieme di tutte le prescrizioni, misure e interventi previsti volti a garantire al bene le migliori condizioni di salvaguardia necessarie al soddisfacimento degli

[23] Per la nozione generale di selvicoltura: P.Piussi, *Selvicoltura generale,* Torino, Utet, 1994. Sul bosco quale bene ad uso controllato già fin dalla legge 3267 del 1923 per giungere ai primi adeguamenti normativi del d. lgs n. 227 del 2001: già A. Mura, *Profilo storico della legislazione sulle foreste e sui territori montani,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1971, 118 ss; cui *adde* A. Crosetti, *Note sulla politica legislativa forestale italiana tra '800 e '900: luci e ombre*, in *Riv. storia dir. it.*, 2012, 159 ss; A. Germanò, *Commento al Decreto legislativo 18 maggio 2001 n. 227 in materia di orientamento e modernizzazione del settore forestale,* in *Le nuove leggi civili commentate,* Padova, 2001.

[24] Corte Cost. 29 gennaio 1996, n. 14, in *Giur. cost.,* 1996, 124 con nota di D. Traina, *Legge Galasso e tutela dei boschi*.; A. Abrami, *Legislazione forestale e legislazione ambientale: sovraopponibilità o differenziazione?,* in *Dir. e giur. agr Amb.*, 1997, 29 ss; F. Andreani, *Nuovi spunti di riflessione su "tagli colturali" dei boschi: interessi economici ed interessi ambientali ancora a confronto,* in *Cellulosa e carta,* 1996, 2 ss,

interessi della collettività e dei privati[25]. Tra i principi fondamentali, infatti, all'art. 1 viene ribadito un aspetto importante, che attraversa tutto il filo rosso dell'impianto normativo: "il riconoscimento del patrimonio forestale nazionale come bene di rilevante interesse pubblico da tutelare e valorizzare per la stabilità e il benessere delle generazioni presenti e future", in altri termini, come valore costituzionale primario e prevalente in riferimento alla multifunzionalità ambientale del bosco che rimane sovraordinato al valore patrimoniale della funzione economico produttiva [26].

Il modello è quello già collaudato che vede i beni forestali inseriti nell'ampia categoria dei c.d. beni di interesse pubblico, direttamente coerente con i principi costituzionali di affermazione della funzione sociale della proprietà e, in particolare, della proprietà dei beni strumentali per la produzione (artt. 42 e 44 Cost.) [27]. Si tratta di una categoria che com-

[25] In ordine alla valenza innovativa del T.U. forestale del 2018: N. Ferrucci, *Il nuovo testo unico in materia di foreste e fliere forestali: una prima lettura,* in *Diritto agroalimentare,* 2018, 2, 275 ss; Id., *Le novità introdotte dal d. lgs 3 aprile 2018 n. 34 "Testo unico in materia di foreste e filiere forestali*", in *Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo,* a cura di N. Ferrucci, Torino, 2018, 8 ss; Id., La *nozione giuridica di bosco alla luce del Testo unico foreste e filiere forestali, sulle orme dei precedenti, nel segno dell'innovazione,* in *Commentario al Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali (d. lgs. 3 aprile 2018 n. 34)* a cura di N. Ferrucci, Padova, 2019, 43 ss; nonché S. Carmignani, *La nuova gestione del bosco,* cit., 29 ss.

[26] In coerenza con gli stessi principi costituzionali di cui all'art. 41, su cui a mero titolo indicativo già M. S. Giannini, *Economia (disciplina della),* in *Enc. dir.,* Milano, XIV, 274 ss; V. Spagnuolo Vigorita, *Economia (disciplina della),* in *Noviss. Dig. it.,* Torino, VI; nonché F. Galgano, *Art. 41,* in *Commentario alla Costituzione Branca,* Bologna-Roma, 1982, 1 ss,

[27] Come noto la funzione sociale della proprietà, genericamente intesa, si traduce essenzialmente nell'imposizione, al titolare del diritto sulla cosa, di certi obblighi personali (ma *ob rem*), tali da rendere socialmente utile la titolarità privata del diritto stesso (obblighi di produzione, di miglioramento, di bonifica, ecc.), ma non si traduce in un regime speciale della cosa (per meri rinvii nella sterminata letteratura S. Rodotà, *Proprietà (Dir. vig.)*, in *Nov. Dig. it.* Torino, XIV nonchè Id., *Commento all'art. 42,* in *Commentario alla Costituzione,* a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982; Jannelli, *La proprietà costituzionale,* Napoli, 1980; A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1995, 21 ss). Per contro, allorchè si abbia di mira la configurazione di una categoria di beni privati con specificazione pubblica (quali i beni forestali e paesaggistici) si presuppone un regime speciale dei beni (in tal senso M. Tamponi, *La proprietà forestale: una proprietà speciale,* Padova, 1980; Id., *Una proprietà speciale (lo statuto dei beni forestali),* Padova, 1983; Id., *Profilo odierno della proprietà forestale*, in *Riv. dir. agr.* 1984, I, 4 ss; Id., *Patrimonio forestale e vincoli forestali,* in *Enc. dir. Aggiornamento, III,* Milano, 1999, 833 ss; A. Abrami, *La disciplina normativa dei terreni forestali,* Firenze, 1987, 148 ss.; Id., *Statuto dei beni forestali e funzione sociale della proprietà.*)

prende sia beni appartenenti a soggetti privati quanto beni appartenenti a soggetti pubblici [28] e che, come noto, sono sottoposti a vincoli di destinazione che tendono a limitare la libera disponibilità del bene al fine di salvaguardarne la pubblica utilità. [29] Tali beni hanno in comune con quelli degli enti pubblici soggetti a regime pubblicistico, la caratteristica di soddisfare direttamente, essi stessi in modo originario, un interesse pubblico e per questa loro vocazione sono soggetti ad un regime che prevede limitazioni d'uso e di disponibilità e particolari interventi dei poteri pubblici. Nel caso dei beni forestali (ma non è notazione esclusiva per questi) si parla giustamente di "beni ad uso controllato", in quan-

[28] Si tratta di beni di interesse economico-sociale la cui titolarità pubblica o privata è indifferente ai fini della tutela come da tempo insegnato da autorevole dottrina: già A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico,* in *Dir. econ.*, 1956, 163 ss; Id., *Beni pubblici,* cit., 227 ss; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1962, 30 ss; P. VIRGA, *Beni pubblici e di interesse pubblico,* Palermo, 1962; S. PUGLIATTI, *Strumenti teorico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà privata,* in Id., *La proprietà nel nuovo diritto,* cit., 116 ss; G. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà,* Napoli, 1971, 43 ss; quindi V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici e di interesse pubblico,* in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1113 ss; L. ORUSA, *Beni di interesse pubblico,* in *En. giur. Treccani,* Roma, 1989, V; A. LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico,* in *Dir. amm.,* 1996, 51 ss.

[29] È indubbio che il condizionamento pubblicistico è rilevante e attiene direttamente al bene in sé piuttosto che ai poteri e ai doveri del titolare della proprietà. In altri termini, l'interesse pubblico è non già esterno (e non si limita ad esercitare poteri conformativi), ma è immanente al bene stesso. Si tratta di norma dell'imposizione vincolistiche tramite obblighi di fare (conservare i beni e preservarli) o di non fare (modificare e/o alterare il bene). La dottrina ha dedicato, da tempo, attenzione per cogliere le complesse implicazioni concettuali (strutturali) e metodologiche (funzionali) della nozione di *vincolo*. A. M. SANDULLI, *Natura giuridica ed effetti della imposizione dei vincoli paesistici,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1961, 809) ha definito il vincolo come "restrizione (o piuttosto un sistema ordinato di restrizioni) di carattere impeditivo, in funzione conservativa di situazioni di fatto o di diritto, imposto autoritativamente alla sfera di godimento e di disposizione del bene"; anche S. PUGLIATTI (*La proprietà nel nuovo diritto,* Milano, 1954, 114 ss) inquadra la tematica dei vincoli nell'ambito dei limiti di diritto pubblico che hanno per oggetto immediato la tutela di un interesse pubblico. tale Autore ha ritenuto altresì di dover aggiungere alla nozione di limite (avente contenuto negativo) quella degli oneri (in senso tecnico giuridico) o degli obblighi aventi contenuto positivo (prestazioni di *facere* e simili). In generale è prevalsa la connotazione di valenza limitativa già G. FRAGOLA, *Teoria delle limitazioni amministrative al diritto di proprietà,* Milano, 1910, 235 ss; cui *adde* G. VIGNOCCHI, *Limitazioni amministrative,* in *Enc. dir.,* Milano, XXIV, 1974, 711 ss; E. MOSCATI, *Vincoli di indisponibilità,* in *Nov. Dig. it.*, Torino, 1975, XX, 818 ss; nonchè. TESSITORE, *Sui limiti esterni alla proprietà,* Appendice III in U. NATOLI, *La proprietà,* Milano, 1976, I; per un inquadramento generale PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà,* cit., 306 ss.

to, in aderenza con la giurisprudenza costituzionale, i confini del diritto del diritto di proprietà (e di disponibilità) dei bene vengono conformati dalle esigenze della funzione sociale, affinchè il diritto del proprietario non sia di ostacolo alla garanzia dell'interesse pubblico, ma sia esercitato osservando i correlativi doveri in funzione di tutela degli interessi dell'intera collettività [30]. In altri termini, la legge, tramite il regime vincolistico, affida alla pubblica amministrazione il potere conformativo delle proprietà dei suoli nel valutare il se, come, dove e quanto il bene può essere o meno oggetto di trasformazione in funzione di compatibilità sia forestale che ambientale e paesaggistica [31].

Nel caso dei beni forestali tale modello conformativo trova poi assoluta e puntuale coerenza con il disposto dell'art. 44 Cost, che impone la razionalità dello sfruttamento del suolo con eventuale previsione di obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata in funzione e a tutela di interessi pubblici primari e della collettività[32]. Con tali obbiettivi costi-

[30] Sulla prevalenza degli interessi pubblici rispetto a quelli privati, quale conquista dello Stato di diritto, occorre rinviare a contributi specifici cfr. già O. Ranelletti, *Il concetto di pubblico nel diritto,* in *Riv. it. scienze giur.,* 1905, 337 ss; R. Pound, *Giustizia, diritto, interesse,* Bologna, 1962, 281 ss; sul concetto di interesse pubblico in senso giuridico, inteso come una relazione tra un soggetto persona fisica, cui fa capo un bisogno, ed un *quid* atto a soddisfare tale bisogno e le esigenze dell'ordinamento e della collettività; v. inoltre P. Gasparri, *Gli interessi umani e il diritto,* Bologna, 1951; M. Libertini, *Interessi,* in *Enc. dir.*, Milano, 1972, XXII, 95 ss; segnatamente sull'interesse pubblico. A. Pizzorusso, *Interesse pubblico e interessi pubblici,* in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1972, 56 ss; M. Stipo, *L'interesse pubblico: un mito sfatato?,* in *Scritti in onore di M. S. Giannini,* Milano, 1988, vol. III, 907 ss; P. Rescigno, *Gli interessi e il diritto: qualificazione e tutela*, in AA. VV., *L'unità del diritto. Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica,* Bologna, 1994, 155 ss; quindi G. Clemente di San Luca, *I nuovi confini dell'interesse pubblico nella prospettiva della revisione costituzionale,* in *I nuovi confini dell'interesse pubblico*, Padova, 1999, 97 ss.

[31] Sul potere conformativo delle proprietà, sia pure con diverse prospettazioni, già A. Predieri, *Pianificazione e Costituzione,* Milano, 1963, *passim*; M. S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata,* in *Pol. dir.,* 1971, 495 ss; A.M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata,* in *Riv. trim. dir. proc. civ.,* 1972, 465 ss; A. Gambaro, *Proprietà privata e disciplina urbanistica,* Bologna, 1977, 20 ss; per le valenze in funzione paesaggistica e ambientale: L. Francario, *La destinazione della proprietà a tutela del paesaggio,* Napoli, 1986; M. Renna, *Vincoli di proprietà e diritto dell'ambiente,* in *Dir. econ.,* 2005, 4 ss.

[32] Norma costituzionale quanto mai opportuna e precettiva anche se fortemente disattesa e prevalentemente riferita alla proprietà agraria, come si evince dai commenti della dottrina: F. Carresi, *La proprietà terriera privata,* in *Commentario alla Costituzione Calamandrei-Levi,* Firenze, 1950, 389 ss; C. Esposito, *Note esegetiche all'art. 44 della Costituzione,* in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, 181 ss; C. Mortati, *La Costituzione e la proprietà terriera,* in *Atti del III Convegno di diritto agrario, 19-23 otto-*

tuzionali si sintonizzano le previsioni contenute nell'art. 2 del T.U.F che, al fine di garantire la salvaguardia e la tutela del patrimonio forestale dai rischi naturali, antropici, idrogeologici, climatici, ne individua nella lett. c) le finalità di "promuovere e tutelare l'economia forestale, l'economia montana e le rispettive filiere produttive nonché lo sviluppo delle attività agro-silvo-pastorali attraverso la protezione e il razionale utilizzo del suolo e il recupero produttivo delle proprietà fondiarie frammentate e dei dei terreni abbandonati, sostenendo lo sviluppo di forme associate delle proprietà forestali pubbliche e private, nel quadro di una gestione attiva e razionale del patrimonio medesimo".

La formulazione normativa è certamente e intenzionalmente assai ampia e comprensiva ma emerge con tutta evidenzia l'intenzione del legislatore di cercare di coniugare, per quanto è possibile, le esigenze dell'economia con le esigenze dello sviluppo in aree e territori come quelli forestali da sempre caratterizzati da forti criticità nella prospettiva di una nuova e diversa gestione attiva (v. infra).

In questo contesto è destinata ad assumere e a svolgere una funzione innovativa e fondamentale la stessa impresa forestale quale soggetto che, in coerenza con i disposti degli artt. 44 e 2135 cc., è chiamata a svolgere non solo il tradizionale ruolo economico-produttivo, ma anche un prezioso ed insostituibile servizio alla collettività presente e futura, nel garantire i valori paesaggistici ed ambientali che connotano i beni forestali legati alla generalità dei consociati.[33]

bre 1953, Milano, 1954, 262 ss; S. Rodotà, *Art. 44,* in *Commentario alla Costituzione G. Branca,* Bologna-Roma, 1982, 211 ss; L. Costato, *Proprietà agraria,* in *Enc. dir.*, Milano, 1998, XXXVII, 325 ss; da ultimo *Art. 44,* in *Commentario alla Costituzione,* a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino, 2006, I, spec. 906 ss ed ivi aggiornamenti bibliografici.

[33] Tale ruolo di servizio alla collettività dell'impresa forestale in funzione di tutela e valorizzazione dei contenuti paesaggistici ed ambientali dei beni forestali è ben evidenziato anche in recenti contributi della dottrina, tra cui: già A. Germanò, E. Rook Basile, *Problemi di struttura dell'impresa forestale,* in *Cellulosa e carta,* 1985, 14 ss; dopo il d.lgs 227/2201: A. Germanò, *L'impresa selvicolturale ed i suoi profili giuridici con riguardo al d. lgs n. 227/2001 in materia di orientamento e modernizzazione del settore forestale,* in F. Adornato (a cura di), *Attività agricole e legislazione di "orientamento",* Milano, 2002, 181 ss; F. Adornato, *L'impresa forestale,* Milano, 1996; più recentemente A. Germanò, E. Rook Basile, *L'impresa agricola. Le attività,* in L. Costato, A. Germanò, E. Rook Basile (a cura di), *Trattato di diritto agrario,* Torino-Milano, 2011, I, 767 ss; S. Bolognini, *Il bosco e la disciplina forestale, ivi,* II, 81 ss; da ultimi, con una puntuale aggiornamento sul nuovo ruolo dell'impresa forestale come impresa di servizi eco-ambientali anche alla luce del T.U.F.: A. Germanò-E. Rook Basile, *Le imprese forestali,* in *Commentario al T.U.F.*, cit., 221 ss, spec. 232 ss

In effetti, il T.U.F elenca all'art. 7 quegli interventi "eco-ambientali" che vengono svolti sul e nel bosco, che vengono ritenuti, assieme alle tradizionali pratiche selvicolturali, oggetto di attività della "impresa forestale". In modo specifico, essi riguardano più direttamente la protezione delle foreste contro i rischi naturali e antropici che possono verificarsi, la sua difesa idrogeologica, la tutela contro gli incendi e le avversità biotiche e abiotiche, il suo adattamento ai cambiamenti climatici, il recupero delle aree degradate e danneggiate, l'imboschimento e il rimboschimento dei terreni per favorire il sequestro del carbonio .[34] In attuazione della lett. d) dell'art. 2 sulle "finalità", l'art. 3 precisa alla lett. e) che cosa si debba intendere per "sistemaziioni idraulico-forestali" e alla lett. f) che cosa si debba intendere per "viabilità forestale silvo-pastorale". Giustamente è stato rilevato che tali "interventi" assunti dall'impresa forestale ben possono essere ricondotti alla nozione di "servizi" a favore di terzi ed in generale della collettività.

Il coordinamento degli interessi che emerge dalle citate diverse disposizioni del T.U.F. mette in evidenza il prevalere dell'interesse collettivo su quello personale privatistico dell'imprenditore agricolo-forestale. [35]

[34] Sulle funzioni eco-ambientali delle foreste e della razionale gestione del mantenimento delle colure boschive, v. L. Paoloni (a cura di), *Politiche di forestazione ed emissioni climalteranti,* Roma, 2009. :

[35] In tal senso A. Germanò, *Manuale di diritto agrario,* Torino, 2016, 92 ove si osserva che gli interessi pubblici garantiti dalle leggi vigenti si rilevano dalle disposizioni che collocano la coltura boschiva nella prospettiva di una agricoltura di protezione, piuttosto che in un'ottica di tipo meramente produttivo; conformente N. Lucifero, *Le attività di gestione forestale,* cit., 137 ss. Per le nuove valenze della nozione di imprenditore agricolo quale soggetto produttivo di una *utilitas* funzionale servente alla collettività tramite il soddisfacimento delle esigenze del patrimonio boschivo, presupposto per garantire alle generazioni presenti ma anche a quelle future la qualità della vita, in particolare dopo la riforma di cui alla L. 20 febbraio 2000: tra i molti: D. Galloni, *Impresa agricola. Disposizioni generali: artt.2135-2139,* in *Commentario Cod. civ. Scialoja-Branca,* Bologna-Roma, 2003; N. Abriani-C. Motti (a cura di), *La riforma dell'impresa agricola,* Milano, 2003; da ultimi A. Germanò-E. Rook Basile, *Impresa agricola,* in *Dig. (Disc. priv.) Sez. civ Aggiorn.*, Torino, 2009, I, 284 ss; AA. VV., *Commento artt. 2135 c.c.,* in *Commentario al Codice civile,* diretto da E. Gabrielli, vol. *Dell'impresa e del lavoro,* a cura di O. Cagnasso e A. Vallebona, Torino, 2013, 3 ss; A. Jannarelli, *Imprenditore agricolo,* in *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore,* Milano, 2017, 7, 400 ss.

4. *La sostenibilità ambientale e la gestione forestale "attiva" secondo il T.U.F. n.34 del 2018*

Per quanto dianzi evidenziato emerge con evidenza nell'ordito del T.U.F. la consapevolezza della multifunzionalità del bosco, dal bene di produzione per le varie esigenze, quale materia prima, alla sicurezza del suolo, all'assetto idrogeologico, alla produzione dell'energia, ma anche alla tutela ambientale e paesaggistica. Tali fattori tutti concorrono a fare dei beni forestali un ecosistema, per economia, clima, salute, ambiente e territorio, nel quale devono essere coniugati non solo gli aspetti conservativi e produttivi ma anche quelli ecologici nell'ottica del principio dello sviluppo sostenibile o meglio della sostenibilità ambientale [36].

[36] Tale principio, come noto, costituisce il principio cardine del diritto internazionale dell'ambiente più recente, così come recepito nel nostro diritto interno dall'art. 3 *quater* del Codice dell'ambiente di cui al d. lgs n. 152 del 2006 s.m.i. La definizione del principio comunemente è fatta risalire al *Rapporto Brundtland* del 1987, anche se era già presente, allo stato embrionale ed in modo diffuso, in molti principi della Dichiarazione di Stoccolma del 1972. Tale Rapporto definisce lo "sviluppo sostenibile" come lo sviluppo che soddisfa i bisogni della generazione presente senza compromettere la possibilità, per le generazioni future, di soddisfare a loro volta i loro bisogni presenti. I parametri di riferimento sono pertanto le *risorse*, che cosituiscono l'oggetto dello sfruttamento e delle utilizzazioni, il rapporto tra *generazioni*, con la considerazione di soggetti "potenziali" che non sono veri e propri soggetti di diritto, ma a cui sono riconosciute posizioni di vantaggio, e la relazione tra *bisogni* e *limiti* alle possibilità di soddisfarli. L'*uso equo e sostenibile* delle risorse comporta in sé un limite allo sfruttamento delle risorse in funzione di garanzia alle future generazioni. In sostanza, il principio dello sviluppo sostenibile richiede una precisa *integrazione tra politiche di sviluppo* (economico e sociale) e *politiche di protezione ambientale* in un non sempre facile contemperamento e anzi conflitto tra *conservazione e sviluppo*. Il principio ha trovato riscontro in puntuali disposizioni normative dove si è evidenziata la necessità della salvaguardia dei diritti delle generazioni presenti e future (v. già art.3 *quater* del d. lgs n. 152 del 2006 c.d. Codice dell'ambiente); su tale principio in dottrina, tra i primi contributi, . già F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 235 ss; M. A. Sandulli, *Tutela dell'ambiente e sviluppo economico e infrastrutturale: un difficile ma necessario contemperamento*, in *Riv. giur. ed.*, 2000, II, 3 ss; B. Caravita, *Diritto dell'ambiente e diritto allo sviluppo: profili costituzionali*, Milano, 1993; Id., in *Scritti in onore di A. Predieri*, Milano, 1996, II, 343 ss; nonchè V. Pepe, *Lo sviluppo sostenibile tra governo dell'economia e profili costituzionali*, in *I "nuovi diritti" nello stato sociale in trasformazione. I. La tutela dell'ambiente tra diritto interno e diritto comunitario* a cura di R. Ferrara e P.M. Vipiana, Padova, 2002, 249 ss; Id., *Lo sviluppo sostenibile tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 209 ss e A. Lanza, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002. Sulla rilevanza di tale principio e sulle sue applicazioni tra i contributi più recenti, rimane fondamentale il libro di F. Fracchia, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana,* Napoli, 2010; Id., *Sviluppo sostenibile e diritti delle generazioni future,* in *http://www.rqda.eu;* Id., *Il principio dello sviluppo sostenibile,* in *Diritto dell'ambiente,* a

Tale principio, così come recepito nel c.d. Codice dell'ambiente, introdotto nel nostro ordinamento con il d. lgs. 3 aprile 2006 n. 152 s.m.i., esordisce (art. 3 quater) affermando che "ogni attività umana giuridicamente rilevante ai sensi del presente Codice deve conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni e delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future", la norma riconosce allo sviluppo sostenibile il rango di principio applicabile sia ai soggetti privati che ai soggetti pubblici[37].

Nella consapevolezza delle difficoltà di coniugare gli obiettivi di conservazione con quelli dello sviluppo, il comma 3 della citata norma pone al centro del disegno normativo il principio di solidarietà [38].

Nel contesto di tali principi sistemici vanno collocate le indicazioni normative adottate dal T.U.F. in funzione degli obiettivi dello sviluppo sostenibile per i beni forestali.

Come si evince dalle citate premesse normative l'obiettivo del T.U.F. è quello di garantire e coniugare le funzioni ambientali, economiche, sociali e culturali dei beni forestali affidando sia alle istituzioni che ai singoli operatori la responsabilità di salvaguardare gli equilibri ecologici di tali beni tramite la conservazione, la fruizione e la valorizzazione.

cura di G. Rossi, Torino, 2015, 175 ss; Id., *Introduzione allo studio del diritto dell'ambiente. Principi, concetti e istituti,* Napoli, 2013, spec. 143 ss; *Trattato di diritto dell'ambiente*, a cura di R. Ferrara- M. A. Sandulli, I, *Politiche ambientali, lo sviluppo sostenibile e il danno,* Milano, 2014, ed ivi i contributi di R. Ferrara, *Etica, ambiente e diritto: il punto di vista del giurista,* 19 ss; e di C. Videtta, *Lo sviluppo sostenibile:dal diritto internazionale al diritto interno,* 221 ss; v. inoltre G. Di Plinio-P. Fimiani (a cura di), *Principi di diritto ambientale,* Milano, 2008, spec. 53 ss; M. Cafagno, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente,* Torino, 2007, 205 ss; M. Montini-F. Volpe, *La scienza della sostenibilità e la necessità di regolazione,* in *Riv. giur. amb.*, 2011, 157 ss; N. Lugaresi, *Diritto dell'ambiente,* Padova, 2015, 18 ss.

[37] Oltre agli Autori già citati v. E. Ronchi, *Uno sviluppo capace di futuro. Le nuove politiche ambientali*, Bologna, 2000, *passim*; A. Lanza, *Lo sviluppo sostenibile*, Bologna, 2002; F. La Camera, *Sviluppo sostenibile*, Rimini, 2003, *passim*;

[38] "Data la complessità delle relazioni e delle interferenze tra natura e attività umane, il principio dello sviluppo sostenibile deve consentire di individuare un adeguato rapporto, nell'ambito delle risorse ereditate, tra quelle da risparmiare e quelle da trasmettere, affinchè nell'ambito delle dinamiche della produzione e del consumo si inserisca altresì il principio di solidarietà per salvaguardare e migliorare la qualità dell'ambiente anche futuro". Per una sottolineatura di tale valenza solidaristica: F. Fracchia, *Sulla configurazione giuridica unitaria dell'ambiente: art. 2 Cost. e doveri di solidarietà ambientale,* in *Dir. econ.*, 2002, 215 ss; v. altresì R. Bifulco, *La responsabilità giuridica verso le generazioni future tra autonomia morale e diritto naturale laico,* in *Teoria del diritto e dello Stato,* Milano, 2002, III, 353 ss

A tal fine è chiamata a rivestire una valenza particolare la nozione di "gestione forestale sostenibile o gestione attiva" contenuta nell'art. 2, comma 2, lett. b) quale "insieme delle azioni selvicolturali volte a valorizzare la molteplicità delle funzioni del bosco, a garantire la produzione sostenibile di beni e servizi ecosistemici nonché una gestione e uso delle foreste e dei terreni forestali nelle forme e ad un tasso di utilizzo che consenta di mantenere la loro biodiversità, produttività, rinnovazione, vitalità e potenzialità di adempiere, ora e in futuro, a rilevanti funzioni ecologiche e sociali a livello locale, nazionale e globale, senza comportare danni ad altri ecosistemi ".

Con tale previsione il legislatore riformista, in coerenza con gli indirizzi presenti nel Forest Europe [39] nonché nella Strategia forestale europea (1999/C56701) e nella Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile [40] e la conservazione della biodiversità individua nella gestione attiva lo strumento per coniugare il principio di una gestione forestale sostenibile con l'intervento dell'uomo sul patrimonio forestale[41]. In particolare, i riferimenti contenuti nell'art. 2 del T.U.F. alla "gestione attiva", alla promozione dell'economia forestale sono indicatori di conferme, da un lato, dell'attualità e permanenza degli obiettivi di conservazione, ma anche della rilevanza di strumenti e metodi di tutela attiva, da intendersi "come promozione ovvero di un facere attento e qualificato che il bosco impone ai fini della perpetuazione alle generazioni presenti e future".[42]

[39] La definizione di *Forest Europe* è stata adottata nel 1998 dall'organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO) e recita: "La gestione e l'uso sostenibile delle foreste e dei terreni forestali in un modo e ad un ritmo che mantengano la loro biodiversità, produttività, capacità di rigenerazione, vitalità e il loro potenziale per svolgere, ora e in futuro, le loro funzioni ecologiche, economiche e sociali, a livello locale, nazionale e globale e che non provochino danni ad altri ecosistemi". Sulla valenza di tale principio: F. Cozza, *La politica forestale nel quadro delle convenzioni internazionali*, in *Secondo Congresso nazionale di Selvicoltura: per il miglioramento e la conservazione dei boschi italiani,* Venezia, 24-27 giugno 1998, 1999, vol. III, 369 ss

[40] Su tali strumenti recepiti e codificati nell'art. 6 del T.U.F. v. S. Bolognini, *La "Programmazione forestale": La strategia forestale nazionale e i programmi foretali regionali,* in *Commentario al T.U.F.,* cit., spec. 75 ss*;*

[41] Va evidenziato che tale formulazione risulta "mutuata da quella fornita dalla Conferenza ministeriale sulla protezione delle foreste in Europa nella seconda unificata tenuta ad Helsinki nel 1993, Risoluzione H1 "Linee guida per la GFS in Europa", è stata adeguata alle considerazioni espresse dalla Conferenza unificata ed alla condizione contenuta nel parere della Commissione VIII (Ambiente) e XIII (Agricoltura) della Camera dei Deputati che, oltre ad equiparare i termini gestione sostenibile e gestione attiva, me hanno dato una definizione più ampia comprensiva dell'"insieme delle azioni selvicolturali volte a valorizzare la molteplicità delle funzioni del bosco, a garantire la produzione sostenibile e servizi ecosistemici".

[42] In tal senso le attente indicazioni di S. Carmignani, *La nuova gestione del bosco*

In questo panorama, l'obiettivo di fondo del T.U.F. è teso a riconoscere il ruolo strategico svolto dalle foreste e dalla Gestione Forestale Sostenibile, intesa quale strumento, anche culturale di responsabilità e di tutela attiva del territorio e del paesaggio, di conservazione degli eco-sistemi e della diversità biologica, non meno di prevenzione dei processi di degrado da cause antropiche e naturali, di salvaguardia delle risorse idriche, di contenimento del cambiamento climatico[43]. Obiettivi ambiziosi, e chiaramente di lungo termine, che appaiono destinati a trovare il loro banco di prova e punto di partenza all'un tempo in una crescente sfida di capacità di integrazione tra i vari livelli di governo.

La gestione sostenibile delle foreste è tesa, dunque, ad offrire un approccio olistico per garantire che le attività antropiche forestali apportino complessivamente benefici sociali, ambientali ed economici, bilanciando le esigenze concorrenti e contestualmente mantengano e migliorino le funzioni forestali, oggi ed in futuro, evitando l'abbandono colturale dei boschi. L'obiettivo, certamente quanto mai apprezzabile, deve tuttavia fare i conti con gli strumenti giuridici di controllo e di gestione dei beni forestali soggetti a tutela sopra accennati che presentano regimi decisamente differenziati.

5. *Possibili soluzioni interpretative sui regimi autorizzativi tramite linee guida concordate tra Stato e Regioni*

Il legislatore del T.U.F. si è perfettamente reso conto delle vischiosità e difficoltà interpretative che investono i diversi modelli di tutela e di regimazione dei beni forestali nella pluralità delle valenze: produzione, paesaggio, ambiente dianzi evidenziate.

In aderenza al prevalente orientamento secondo il quale nelle competenze in materia di paesaggio, è stata introdotta una sorta di "deli-

tra funzionalizzazione, sostenibilità e interesse pubblico, in *Commentario al Testo Unico,* cit., spec. 30 ss; nonché N. Lucifero, *Le attività di gestione forestale, ivi,* spec. 136 ss.

[43] Come noto nella nozione di tutela dell'ambiente, oltremodo ampia e comprensiva, vengono ricomprese la tutela delle risorse naturali (suolo, aria, acqua) contro ogni fenomeno di alterazione (per tale nozione già M.S. Giannini, *Ambiente": saggio sui suoi diversi aspetti giuridici,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 ss; quindi D. Amirante (a cura di), *La conservazione della natura in Europa,* Milano, 2003; A. Dani, *Le risorse naturali come beni comuni,* Grosseto, 2013; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente,* Torino, 2015, *Parte generale,* 20 ss). Per l'equazione ambiente-ecologia tra i giuristi: D. Borgonovo Re, *Ecologia*, in *Dig. (Disc. pubbl.),* Torino, 1990, V, 352 ss; R. Vigotti, *Ecologia,* in *Dig. Aggiorn.*, Torino, 2000, 199 ss

mitazione" della potestà legislativa statale, per cui deve riconoscersi l'esistenza di una competenza legislativa ripartita tra Stato e regioni[44]. Tale orientamento ritiene che il legislatore statale abbia il compito di soddisfare le esigenze di uniformità e unitarietà della disciplina, mentre il legislatore regionale abbia il potere di differenziare sul territorio la disciplina della materia.[45]

Il Codice sui beni culturali e sul paesaggio è intervenuto in questo scenario alquanto complesso e frastagliato ed ha cercato di attuare una sorta di ricomposizione della materia. Oltre a ridefinire le competenze dei vari enti territoriali in base al principio di sussidiarietà e a precisare che le funzioni amministrative di tutela dei beni paesaggistici sono conferite alle Regioni, il novellato art. 133 (ad opera del d. lgs n. 63 del 2008), ha introdotto il principio della leale collaborazione quale criterio guida nell'esercizio delle funzioni in materia di paesaggio. Con tale norma è stato, infatti, disposto che "il Ministero e le regioni cooperano, altresì, per la definizione di indirizzi e criteri riguardanti l'attività di pianificazione territoriale, nonché la gestione dei conseguenti interventi, al fine di assicurare la conservazione, il recupero e la valorizzazione degli aspetti e caratteri del paesaggio indicati dall'art. 131, comma 1". L'attuazione di tale principio di leale collaborazione fra gli enti territoriali e lo Stato è destinato ad espli-

[44] La giurisprudenza costituzionale, come noto, ha, da tempo, nel groviglio delle materie, costruito una lettura integrata delle diverse competenze tra i livelli di governo attraverso le interpretazioni delle c.d. *materie trasversali* e della c.d. *smaterializzazione delle materie*, quale appunto quella dell'ambiente da intendersi più come un *valore* che una materia in senso stretto (sent. n. 402/2002), ovvero quale bene giuridico che funge da discrimine tra la competenza esclusiva statale e le altre materie (quale appunto quella forestale) di competenza regionale (sent. n. 104/2008). La stessa giurisprudenza ha, peraltro da sempre, sottolineato la "primarietà" del paesaggio quale valore costituzionale, già con sent. 21 dicembre 1985 n. 359 su cui M. Immordino, *"Primarietà" ed "essenzialità"del valore paesistico e conseguente assetto delle competenze Stato-Regioni*, in *Riv. giur. urb.*, 1987, 29 ss; Id., *La tutela del paesaggio fra riparto di competenza e principio di collaborazione*, in *Foro it.,* 1996, n. 7-8, 1790 ss; F. De Leonardis, *Verso il paesaggio come situazione giuridica costituzionale,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1988, 342 ss

[45] Corte cost. 8 luglio 2004 n. 259. In dottrina G. Ciaglia, *Prudenza e giurisprudenza nella tutela del paesaggio,* in *Gior. dir. amm.*, 2003, 156 ss; S. Civitarese Matteucci, *Il paesaggio nel nuovo Titolo V, Parte II della Costituzione*, in *Riv. giur. amb,* 2003, 253 ss; Id., *Salvaguardia dei valori del paesaggio,* in *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M. Cammelli, cit., 507 ss; G. Manfredi, *Il riparto di competenze in tema di ambiente e paesaggio dopo la revisione del Titolo V della Parte II della Costituzione,* in *Riv. giur. amb.*, 2003, 515 ss; P. Carpentieri, *Salvaguardia dei valori del paesaggio,* in *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio,* a cura di G. Leone-A.L. Tarasco, 2006, 841 ss; F. Miscioscia, *I beni paesaggistici,* in *Diritto dei beni culturali e del paesaggio* a cura di M.A. Cabiddu-N. Grasso, Torino, 2007, 323.

carsi in tutte le attività che interessano la gestione della tutela ed è volto a garantire una più efficace considerazione dei valori paesaggistici nelle varie valenze (tra le quali certamente anche quelle forestali).[46]

In coerenza con tale orientamento della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, l'art. 7, comma 12 del T.U.F. ha previsto la stipula di accordi di collaborazione tra le Regioni e gli organi territoriali del Ministero della cultura ai sensi dell'art. 15 della L. n. 241 del 1990 [47], nei quali possano essere concordati gli interventi previsti ed autorizzati dalla normativa in materia riguardanti la pratiche selvicolturali, la forestazio-

[46] Sulla rilevanza di tale principio collaborativo nella tutela dei beni paesaggistici: P. Carpentieri, *Art. 133*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 1186 ss;v. anche segnatamente S. Amorosino, *La governance e la tutela del paesaggio fra Stato e Regioni dopo il secondo correttivo del Codice dei beni culturali e del paesaggio,* in *Riv. giur. amb.*, 2009, 1-2, 99 ss; v. anche A. Crosetti, *Paesaggio e natura: la governance in uno Stato multilivello,* in *Trattato di diritto dell'ambiente,* cit., III, 163 ss.

[47] Gli accordi tra pubbliche amministrazioni sono, in genere, riconducibili al tentativo di instaurare un valido e proficuo rapporto di collaborazione e di coordinamento tra enti appartenenti allo stesso livello o a diversi livelli di governo; rapporto reso tanto più necessario in un quadro normativo caratterizzato da un accentuato frazionamento di competenze e di attribuzioni. Gli enti pubblici, in sostanza, pervengono alla stipulazione di accordi, quali strumenti di composizione e di mediazione di interessi posti su livelli di governo differenziati, per conseguire un obiettivo comune. Il che presuppone un'azione integrata da parte dei diversi soggetti. La figura dell'accordo tra amministrazioni pubbliche e le relative problematiche sono state affrontate in dottrina con approcci e conclusioni non sempre univoche v. soprattutto: già S. Amorosino, *Gli accordi amministrativi tra amministrazioni*, Padova, 1984; A. Masucci, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli convenzionali*, Napoli, 1988, quindi dopo la L. 241/90: L. Torchia, *L'amministrazione per accordi*, in L. Vandelli (a cura di), *Le forme associative tra enti territoriali*, Milano, 1992, 619 ss; F. Trimarchi Banfi, *L'accordo come forma dell'azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 1993, 237 ss; R. Ferrara, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. (disc. pubbl.)*, Torino, 1993, VIII, 557 ss; G. Pericu, *L'attività consensuale della pubblica amministrazione*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 1993, 1366 ss; i contributi raccolti nel volume di C. Amirante (a cura di), *La contrattualizzazione dell'azione amministrativa*, Torino, 1993 in particolare E. Sticchi Damiani, *Gli accordi amministrativi*, *ivi,* 23 ss; cui *adde* S. Civitarese Matteucci, *Contributo allo studio del principio contrattuale nell'attività amministrativa*, Torino, 1997; F. Fracchia, *L'accordo sostitutivo,* Padova, 1998; G. Greco, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto,* Torino, 2005; F. Pascucci, *Accordi tra pubbliche amministrazioni,* in R. Tomei (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Padova, 2005, 375 ss; per una puntuale esegesi dell'art. 15 L. 241/90 G. Greco, *Commento all'art. 15 della legge 7 agosto 1990 n. 241*, in AA.VV., *Procedimento amministrativo e diritto di accesso ai documenti*, Milano, 1995, 337 ss; N. Aicardi, *La disciplina generale e i principi degli accordi amministrativi: fondamenti e caratteri,* in *Riv. trim. dir. publ.,* 1997, 1 ss; cui *adde* R. Ferrara, *Art. 15.Accordi fra le amministrazioni pubbliche,* in *Codice dell'azione amministrativa,* a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, 673 ss ed ivi indicazioni bibliografiche.

ne, la riforestazione, le opere di bonifica, antincendio e di conservazione, da eseguirsi ai sensi dell'art. 136 del Codice dei beni culturali e del paesaggio, e ritenuti paesaggisticamente compatibili con i valori espressi nel provvedimento di vincolo.

Tali tipologie di interventi, secondo il citato art. 7, ben dovrebbero essere definiti tramite "linee guida nazionali" di individuazione e gestione forestale delle aree ritenute meritevoli di tutela da adottarsi con decreto[48] del Ministro delle politiche agricole alimentari e forestali, di concerto con il Ministro della cultura, il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare[49], d'intesa[50] con la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano[51].

La elaborazione di tali linee guida sarebbe quanto mai utile ed opportuna e dovrebbe comportare una idonea riflessione interdisciplinare mirata ad identificare le esigenze legate alla sostenibilità economica della gestione, congiuntamente alla necessità di garantire la difesa del paesaggio, in modo da consentire di trovare quell'equilibrio necessario per evitare la compromissione di qualsiasi attività silvo-colturale che avrebbe

[48] Si tratta di uno dei vari decreti attuativi previsti dal T.U.F. su cui F. Roggero, *I decreti attuativi,* in *Commentario al T.U.F.,* cit., 399 ss

[49] L'esigenza della intesa e della collaborazione tra Stato e regioni nella rapporto di "cogestione" nella tutela del paesaggio era già stata sottolineata dalla Corte costituzionale fin dalla sent. n. 359 del 1985 e 18 ottobre 1996 n. 341 in *Riv. giur. amb.,* 1997, 907 con nota di S. Deliperi, *La ripartizione di competenze tra Stato e regioni in materia di tutela paesaggistica,* in tema v. anche G. Camerlengo, *La tutela del paesaggio tra leale collaborazione e giusto procedimento,* in *Urb. e app.*, 2001, 150 ss.

[50] Sulla natura giuridica delle intese e sugli atti di concerto e sulle relative funzioni di coordinamento, pur con sfumature diverse, v. già. R. Monaco, *Concerto (atti di),* in *Enc. dir.,* Milano, VIII, 361 ss; J. Buccisano, *Intesa e concerto: analogie e differenze,* in *Riv. dir. pubbl.*, 1982, 139 ss; R. Roffi, *"Concerto" e "intesa" nell'attività amministrativa: spunti ricostruttivi,* in *Giur. it.,* 1988, IV, 414 ss; G. Rizza, *Intese. Dir. pubbl.,* in *Enc. giur. Treccani,* Roma, 1989 *ad vocem*; più recentemente Ferrara, *Intese, convenzioni, accordi amministrativi,* in *Dig. (Disc. pubbl.)*, cit.; quindi E. Bruti Liberati, *Accordi pubblici,* in *Enc. dir. Aggiorn.,* Milano, 2001, V, 1 ss; F. Satta, *Accordi (dir. amm.),* in *Il Diritto. Enciclopedia il Sole 24 Ore*, Milano, 2017, I, 89 ss.

[51] In relazione agli atti di concertazione tra centro e periferia è venuto assumendo un ruolo sempre più rilevante l'istituto della Conferenza permanente tra Stato e regioni. Sulla cui natura giuridica e competenze: F. Pizzetti, *Il sistema delle conferenze e la forma di governo italiana,* in *Le Regioni*, 2000, 3-4, 473 ss; R. Bifulco, *La conferenza Stato-regioni*, in *Dizionario di diritto pubblico,* a cura di S. Cassese, Milano, 2006, II, 1235 ss; G. Carpani, *La conferenza Stato-regioni. Competenze e modalità di funzionamento dall'istituzione ad oggi,* Bologna, 2006, 27 ss; G. Carpino, *I fattori di unificazione: il ruolo delle conferenze e degli strumenti di concertazione,* in *Astrid on line,* 2011.

poi come conseguenza anche quella di compromettere gli aspetti legati al paesaggio.

L'analisi adeguata delle esigenze di natura tecnico-selvicolturale dei boschi vincolati, dianzi evidenziate, effettuata anche in relazione agli obiettivi che si intendono perseguire e raggiungere, costituisce una premessa necessaria per capire gli impatti che si potrebbero avere sul paesaggio. Questo confronto può, infatti, consentire di individuare uno spettro di alternative gestionali utile a verificare la sostenibilità economica[52]. L'esame delle possibili alternative, sostenibili dal punto di vista selvicolturale, paesaggistico ed economico, ben potrebbero costituire la base per la definizione delle auspicate linee guida da assumersi di concerto tra i Ministeri coinvolti[53].

[52] A questi fini recentemente (21 settembre 2022) l'Accademia italiana di Scienze forestali unitamente al Centro Studi di Estimo e di Economia territoriale ha promosso a Firenze un importante incontro di studi su la "*La gestione forestale dei boschi soggetti a vincolo paesaggistico provvedimentale*" dedicato a *Le prospettive aperte dal Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali ai piani paesaggistici e alle linee guida ministeriali.*

[53] La natura di tali linee guida è riconducibile alla ormai costituzionalizzata funzione statale di indirizzo e coordinamento volta ad assicurare le esigenze di carattere unitario. Su tale funzione occorre fare rinvio ad una copiosa letteratura v. almeno ancorchè datata: già L. Paladin, *Sulle funzioni statali di indirizzo e coordinamento nelle materie di competenza regionale,* in *Giur. cost.*, 1971, 189 ss; quindi M. Cammelli, *Indirizzo e coordinamento nel nuovo assetto dei rapporti tra Stato e regioni,* in *Pol. dir.,* 1976, 573 ss; Carli Gandino, *Indirizzo e coordinamento dello Stato e potestà amministrative regionali,* in *Ann. Fac. Sc. Pol. Università Genova,* 1978-79, 541 ss; F. Gabriele, *Il principio unitario nell'autonomia regionale. Studio critico sui modi e sull'incidenza della funzione statale di indirizzo e coordinamento,* Milano, 1980, 112 ss; nonché L. Torchia (a cura di), *Stato e Regioni. La funzione di indirizzo e coordinamento,* Roma, 1980; S. Mangiameli, *L'indirizzo e coordinamento:una funzione legislativa costituzionalizzata dalla Corte,* in *Giur. cost.*, 1997, 1131 ss; in particolare sulle relazioni tra coordinamento ed indirizzo: M. Nigro, *I rapporti tra coordinamento ed indirizzo,* in G. Amato, G. Marongiu (a cura di), *L'amministrazione della società complessa in ricordo di V. Bachelet,* Bologna, 1982, 25 ss; dopo la riforma costituzionale del Titolo V: F. Gabriele, *Indirizzo e coordinamento (Dir. cost.),* in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. Cassese, Milano, 2006, IV, 3082 ss; R. Ferrara, *Unità dell'ordinamento giuridico e principio di sussidiarietà: il punto di vista della Corte costituzionale,* in *Foro it.,* 2004, I, 1018 ss.

FILIPPO SALVIA E LA TENEREZZA DELL'AMMINISTRAZIONE IN MARGINE ALL'IDEA DI CITTÀ E DI SANTITÀ DEI GIURISTI POSITIVI

di Gabriella De Giorgi Cezzi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tenerezza del diritto amministrativo. – 3. La tenerezza dell'amministrazione e l'idea di città. – 4. Il pensiero stravagante sulla santità dei giuristi positivi.

1. *Premessa*

Si può parlare di una tenerezza dell'amministrazione e riferirla a uno studioso come Filippo Salvia, dalla sicura acribia critica e costante smitizzazione della pompa concettuale? e soprattutto insofferente rispetto alle 'belle penne', e a tutti i giuristi che indossano orgogliosamente parrucconi di zucchero filato invece di parlare della zolletta di zucchero che li ha generati? E come riferire tutto ciò al tema della città, e al pensiero stravagante della santità dei giuristi positivi? Occorre dunque andare per ordine.

2. *La tenerezza del diritto amministrativo*

Si può parlare di una tenerezza del diritto amministrativo? Si può, secondo l'idea di Lombardi Vallauri che ci ha parlato della "terra come diritto amministrativo", dunque non solo il mondo umano concepito come totalmente amministrato (il verwaltete Welt di cui parlava Adorno), ma una terra totalmente amministrata, in cui perfino "la vecchia minacciosa natura" è diritto amministrativo perché diventata oggetto di tutela e protezione amministrativa, dalle "genziane amministrate, rododendri amministrati, aquile amministrate, vipere amministrate, perché se essi sopravvivono è certamente in virtù di misure amministrative che istituiscono Parchi Nazionali a protezione di tutte queste realtà", al paesaggio come una cosa amministrata, perché "tenderebbe a scomparire, almeno in Europa, se non fosse amministrativamente protetto", fino agli oceani e alle stelle che sono anch'esse diritto amministrativo, poiché se le vogliamo vedere bisogna ridurre la *bledung,* l'accecamento da luce che proviene dalle grandi zone e, comunque, mantenere gli spazi dove si pos-

sono erigere osservatori astronomici". Il fatto è che l'inizio di una amministrazione – che dopo la rivoluzione industriale e la nascita della stato sociale diviene una sorta di *panamministrazione* – è datata proprio dalla nascita degli imperi e delle città, quando si forma "la corteccia cerebrale dell'umanità collettiva, quella da cui nasce la storia" e che l'onnipervasività della tecnica umana genera e si allea con l'onnipresenza del diritto amministrativo[1]. Sebbene il filosofo evochi temi centrali negli studi di Filippo Salvia[2] e non nuovi per gli studi amministrativistici[3], del tutto singolare è il loro comune modo di guardare all'amministrazione e al diritto amministrativo. Il filosofo ci esorta a pensare all'amministrazione pensando alla vita, perché "tutto ciò che è delicato, tutto ciò che è minacciato è l'oggetto primo in un certo senso dell'amministrazione" e riferendosi alla scuola come "puro diritto amministrativo" e a "questi nostri bambini, questi nostri ragazzi che vengono scolasticamente amministrati", ha parlato della "tenerezza dell'amministrazione": un'amministrazione che "a mani giunte protegge uno stelo", perché sa riconoscere il 'meritevole di tutela', perché l'amministrazione "è la tutela di ciò che merita di essere tutelato, è la conservazione e la propiziazione di ciò che merita di essere tutelato, la salvaguardia (*Schutz* dicono i tedeschi) di tali beni"[4]. E sempre il filosofo ordina i beni e gli oggetti meritevoli di tutela nelle due categorie della soggettività ("gli uomini attuali e importanti, gli uomini minori e futuri e gli altri esseri senzienti") e dei valori ("quelli collegati con i beni ambientali oggettivi e con i beni culturali oggettivi") sino a formare un "pentagono di meritevoli di tutela" come modello di ogni buona amministrazione, concludendo che il miglior indicatore di civiltà e di amministrazione profondamente umana è dato dal "primato dei poveri" e "dei più sfortunati"[5].

[1] L. Lombardi Vallauri, *Introduzione filosofica generale*, in *Procedura, procedimento, processo. Atti del Convegno, Urbino 14 e 15 giugno 2007*, Padova, 2010, p. 4 s.

[2] F. Salvia, *Considerazioni su tecnica e interessi*, in *Dir. pubbl.*, 2002, pp. 603 ss.; Id., *Ambiente democrazia scienza e tecnica*, in *Dir. soc.*, 2001, pp. 459 ss.; Id., *Attività amministrativa e discrezionalità tecnica*, in *Dir. amm.*, 1992, pp. 685 ss.

[3] M.S. Giannini, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939; Id., *Diritto amministrativo*, Milano, 1970; Id., *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986; V. Bachelet, *L'attività tecnica della Pubblica Amministrazione*, Milano, 1967; S. Cassese, *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 1983; Id. (a cura di), *L'amministrazione centrale*, Torino, 1983; Id., *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1991; C. Marzuoli, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

[4] L. Lombardi Vallauri, *Introduzione filosofica generale*, cit., p. 6 s. Dello stesso Autore si veda anche *Abitare pleromaticamente la Terra*, in AA.VV., *Il meritevole di tutela. Studi per una ricerca coordinata da Luigi Lombardi Vallauri*, Milano, 1990, pp. 1 ss.

[5] L. Lombardi Vallauri, *Introduzione filosofica generale*, cit., p. 9.

Questa tenerezza dell'amministrazione, l'attenzione "sulla poeticità dimenticata dell'amministrare" ha ispirato costantemente anche il pensiero di Filippo Salvia. Il giurista positivo non si è limitato a segnalare "il *sovvertimento* dei valori sottostanti al disegno costituzionale che assume come valori fondamentali interessi di alto profilo qualitativo che tendono fondamentalmente alla coesione del gruppo, alla solidarietà sociale, al miglioramento della persona", espressione di "valori di lunga durata che caratterizzano ogni tipo di comunità" subordinati invece a quelli di breve periodo e di più immediato effetto"[6], ma ha denunciato ogni forma di irrisione, anche solo linguistica (sfigati, fannulloni, bamboccioni) verso chi è in condizioni di disagio, e l'assoluta mancanza di pietas verso i soggetti esclusi[7].

Campione dell'avversione per il "diritto ridicolo" e per l'antropologia dell'individualismo possessivo, il giurista positivo sembra aver così fornito un'anticipazione del *Programma Nazionale Inclusione e Lotta alla Povertà 2021-2027* che si prefigge, quale obiettivo generale, di promuovere l'inclusione sociale e combattere la povertà, il cui rischio, secondo l'indicatore europeo AROPE, è passato dal 18,7% nel 2010 al 20,19% nel 2019, con un contestuale aumento delle disuguaglianze e ampliamento della platea delle persone a rischio di esclusione e marginalità sociale e di fasce della popolazione del tutto estranee a fenomeni massivi di fragilità. Si tratta di un programma che evidenzia le gravi lacune in termini di adeguatezza e copertura della protezione sociale e si propone di adottare un approccio integrato per rispondere alle esigenze della popolazione di riferimento in tutte le fasi della vita, affrontando le cause profonde dell'esclusione sociale e della povertà e che, in coerenza con il quanto definito dal Piano d'azione del Pilastro europeo dei diritti sociali[8], recepisce i principi del vivere dignitosamente; promuovere la salute e garantire l'assistenza; adeguare la protezione sociale al nuovo mondo.

In coerenza con i 17 obiettivi dell'Agenda 2030 per lo sviluppo

[6] F. Salvia, *La parabola del diritto amministrativo sotto la spinta dei c.d. uomini del fare amici del "macro" e del "profitto rapido". Nemici irriducibili di ogni forma di manutenzione e restauro dell'esistente*, in *Dir. econ.*, 2020, p. 175.

[7] *Ivi*, p. 174.

[8] Il Pilastro Europeo dei Diritti Sociali (2017) definisce 20 principi e diritti fondamentali essenziali per assicurare l'equità e il buon funzionamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale, proponendo una serie di specifici traguardi da raggiungere entro il 2030, fra cui almeno il 78% della popolazione 20-64 anni deve avere un'occupazione; almeno il 60% della popolazione adulta deve partecipare a un corso di formazione ogni anno; il numero delle persone a rischio povertà deve essere contenuto entro i 15 milioni di persone.

sostenibile, approvata dai paesi ONU nel 2015, gli interventi previsti dal PN fanno in particolare riferimento alla necessità di porre fine a ogni povertà nel mondo; porre fine alla fame, raggiungere la sicurezza alimentare, migliorare la nutrizione e promuovere un'agricoltura sostenibile; assicurare la salute e il benessere per tutti e per tutte le età; raggiungere l'uguaglianza di genere ed emancipare tutte le donne e ragazze; promuovere una crescita economica duratura, inclusiva e sostenibile, la piena e produttiva occupazione e un lavoro dignitoso per tutti; ridurre le disuguaglianze; rendere le città e gli insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili. Questi obiettivi sono poi declinati nella Strategia Nazionale per lo Sviluppo Sostenibile (SNSvS), approvata dal CIPE il 22.12.2017, che fa propri i 4 principi guida di integrazione, universalità, inclusione, trasformazione[9]. L'analisi è impietosa e ricorda che, nel confronto UE, la spesa sociale è nel nostro paese allo 0,7% del PIL, ed è dunque sensibilmente inferiore alla media europea, pari a oltre il 2,5%, e ha di fatto impedito di definire livelli essenziali nazionali, mentre la frammentazione delle competenze ha portato a forti disomogeneità territoriali. Il Piano ricorda inoltre che la condizione di 'povertà' include tutte le condizioni, sinora ignorate, che portano all'esclusione sociale, allargandone lo spettro verso tutte le nuove fragilità che stanno emergendo anche a seguito della pandemia di Covid19. È per questo che il focus si sposta su target specifici di popolazione, a contesti territoriali e sub territoriali quali le grandi e medie aree urbane e le loro periferie, in raccordo e coordinamento con altri soggetti partner, al fine di intercettare fasce di popolazione e individuare bisogni di servizi base e a quelli che compongono le priorità progettuali di ciascun territorio non considerate adeguatamente in sede di PNRR e nell'utilizzo dei fondi nazionali; rafforzare la capacità amministrativa attraverso l'individuazione di soluzioni tecniche da condividere all'interno di una intesa con Regioni, Ambiti territoriali, Enti locali, Terzo settore per rafforzare la capacità di co-progettare e co-agire come condizione per rafforzare efficacemente il principio di complementarietà e innalzare

[9] Il PN, inoltre, in relazione alle raccomandazioni e ai pareri sulle politiche economiche, occupazionali e di bilancio degli Stati membri adottate nel 2020 dal Consiglio europeo nonché la raccomandazione per la zona euro (CSRs 2019 "Relazione per paese relativa all'Italia 2019" e Annex D "Orientamenti in materia di investimenti finanziati dalla politica di coesione 2021-2027 per l'Italia"), intende agire per il rafforzamento della resilienza e della capacità del sistema sanitario; la garanzia di un accesso adeguato al sistema di protezione sociale e un sostegno attivo all'occupazione; il conseguimento di una crescita sostenibile e inclusiva, verde e digitale; il miglioramento del funzionamento della PA.

le qualità del sistema territoriale nel suo complesso (la c.d. filiera attuativa verticale e orizzontale).

Insomma e in estrema sintesi, una inversione rispetto alla dimensione quantitativa degli interventi pubblici in favore della qualità dell'azione amministrativa, la prima avversata con ironia suprema la seconda indicata come obiettivo di ogni amministrazione dal giurista positivo.

3. *La tenerezza dell'amministrazione e l'idea di città*

Singolare è ancora la congiunzione fra il tema della marginalità, dell'esclusione e della povertà con quello della città e delle sue periferie. Anche qui la città, la sua crisi, il suo essere oggetto di politiche urbanistiche predatorie, la condizione delle periferie e la situazione sub umana del proletariato in quelle della città industriale nell'800, la stessa nascita dell'urbanistica moderna come tentativo (non riuscito) di correggerne i mali, sono al centro della riflessione di Filippo Salvia. Il giurista positivo sottolinea che le città del XX secolo e di quello in cui viviamo "hanno visto accentuare ulteriormente le anzidette patologie e che la popolazione, tranne qualche marginale eccezione, continua sempre più a concentrarsi in poche aree urbane, con una dinamica simile a quella delle farfalle rispetto alle fonti luminose. Sono sorti problemi nuovi, come ad es. quelli della carenza dei servizi, del traffico, dell'inquinamento, del reperimento di aree per la localizzazione di centrali elettriche, discariche, termovalorizzatori, ecc. Impianti certamente essenziali alla vita collettiva, ma che creano tuttavia forti resistenze dei gruppi sociali più esposti al loro impatto. Tra i tanti interrogativi che si pongono oggi, assumono fondamentale importanza quelli del: come frenare lo sviluppo delle metropoli, come governare i flussi immigratori, come salvaguardare le aree agricole (spesso completamente inghiottite dallo sviluppo urbano), come tutelare i centri storici, come rivitalizzare quegli "avamposti" di cui parlava il Machiavelli oggi talvolta abbandonati per il massiccio trasferimento della popolazione nelle grandi aree urbane"[10]. Ma ancora il giurista positivo non si nasconde dietro le parole e ha indicato nel diritto – quando sia dissociato dalla realtà e dal bonum et aequm – nient'altro che un diritto ridicolo, traduzione

[10] F. Salvia, *L'urbanistica come proiezione stratificata dell'assetto socio-economico e degli ideali sociali del tempo*, in F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, Milano, 2021, p. 5 s. Sui paesaggi abbandonati v. P. Brambilla, La protezione dei paesaggi dell'abbandono, in F. Adobati, E. Garda, U. Vascelli Vallara (a cura di), I paesaggi dell'abbandono in Lombardia: forme, strumenti e risorse, Milano, 2022, pag. 67 ss.

radicale del "nichilismo giuridico" di cui ha parlato Irti per indicare un diritto dissociato dai principi fondamentali. Ma il giurista positivo, oltre all'allergia per le suggestioni del linguaggio usato per descrivere la città (la città-orto), invita a considerare la profonda trasformazione, acuita dalla pandemia mondiale, della nostra concezione del vivere comune, invitando "a riconsiderare il ruolo del "capitale urbano", nella consapevolezza che non sta finendo il mondo, ma un mondo è ormai alla fine" [11].

Per ricostruirlo, il giurista positivo evoca Calvino quando scriveva che "la città infelice contiene una città felice che nemmeno sa di esistere" e invoca "nuovi metabolismi umani in grado di stimolare la sperimentazione di nuovi modelli sempre più inclusivi e generativi, che dovranno spingere urbanisti, imprenditori e amministratori pubblici a re-immaginare lo spazio urbano, con particolare attenzione al tempio umano, qual è la casa". Ancora una volta egli invita a vedere le città come "il contesto privilegiato in cui si sviluppa la dimensione relazionale dell'umanità", ma al tempo stesso come realtà che inglobano "la contraddizione più clamorosa rispetto a questo progetto di socialità, dato che possono diventare l'ambito della più profonda infelicità, individuale e collettiva" e proprio in questa visione relazionale indica a considerare, in ogni intervento sul paesaggio urbano e rurale, "come i diversi elementi del luogo formino un tutto unico/sistemico: in tal modo gli abitanti possono percepire il luogo ove abitano e vivono come luogo di relazione , in cui si scopre che dalla natura non si "prende" ma si "apprende" e che solo "da questa prospettiva potranno emergere un nuovo localismo sociale e un diverso protezionismo ambientale"[12].

Sembra dunque di leggere nelle parole del giurista positivo gli scambi di idee sulle città fra Vittorini, Calvino, Sereni e De Carlo, nei periodi giocosi delle loro vacanze liguri fra gli anni '50 e '60 dello scorso secolo, e l'eco dei pensieri di Sereni "che forse pensava alle strade abbaglianti di Milan", o di Calvino, appesi "forse ai fini di qualche sua città invisibile", che hanno favorito osservazioni sulle città 'dall'interno', particolarmente preziose per un giurista[13]. La città dimezzata di Nicosia, occupata a metà dai turchi nel 1974, è lì evocata come simbolo di quello che accade quando si dividono in due i territori e soprattutto le città: perché "le città si possono assediare e poi radere al suolo o incendiare e poi cospargere le ceneri

[11] F. Salvia, *L'urbanistica come proiezione stratificata dell'assetto socio-economico*, cit., p. 10.

[12] *Ivi*, p. 11.

[13] G. De Carlo, *Nelle città del mondo*, Venezia, 1995, titolo che, ricorda l'A., riprende quello ("Le città del mondo") che, secondo Calvino, occorreva dare agli appunti incompiuti sulle città di Elio Vittorini il quale di città "si era occupato tutta la vita".

di sale per estirpare ogni segno di vita (che comunque di solito riemerge con nuove forme, anche più ricche di energia); ma dividere una città in due non produce altro che deformazioni insanabili nella sua struttura fisica – e, di conseguenza, sociale – perché innesca un processo di mostruosa cariocinesi che spinge ciascuna delle due parti a fingere di essere intera trasformando in periferia il mezzo centro che le rimane e sviluppando nuovi centri artificiali più lontano, nella superstite mezza periferia"[14].

La città dunque, anche quando non è divisa da muri fisici, porta sempre più spesso nella sua struttura fisica, e perciò stesso sociale, tracce indelebili di quella deformazione insanabile provocata dal muro invisibile ma tenace che divide centro e periferia: quel luogo in cui "nel grande abbandono molle che circonda la città, là dove la menzogna del suo lusso viene a trasudare e finire in marciume, la città mostra a chi vuol vedere il suo grande deretano nelle casse dei rifiuti"[15].

Per riunire le parti separate delle città e dei territori dimezzati occorre perciò "tessere connettivi sugli spazi interstiziali" quelli cioè "che non contengono più vegetazione e neppure manufatti che non siano obsoleti, non sono complementari tra loro né col costruito col quale confinano, non hanno uso attuale né destinazione futura (…)" e compongono "un ampio mantello spaziale che avvolge la città, la penetra con le sue pieghe fin dentro il centro antico; e, come per lacerazione, si arresta contro il confine"[16].

Ancora una volta, la trasformazione degli spazi interstiziali in tessuto connettivo richiede dunque un approccio qualitativo che porti a "ristabilire rapporti di coerenza tra le città e le loro aree metropolitane, tra i centri urbani e le periferie", non solo sul piano urbanistico[17] e costruttivo, ma anche su quello sociale: aspetti fra loro intersecati in quella concezione unitaria della città come fenomeno di architettura e di organizzazione sociale, per cui è impossibile negare che la stessa architettu-

[14] *Ivi*, p. 199.

[15] È la descrizione della periferia di Parigi ai tempi della prima guerra mondiale di L.F. Celine, *Viaggio al termine della notte*, trad. di E. Ferrero, ed. spec. per la Repubblica, 2002, n. 54, p. 92.

[16] G. De Carlo, *Nelle città del mondo*, cit., p. 202 s.

[17] *Ivi*, p. 203, per l'annotazione che un tessuto connettivo serve a compensare le lacune e le distorsioni del costruito, ad alzare il livello qualitativo della città incorporando strutture urbane efficienti e forme architettoniche significative, con critica a quanto è accaduto a Berlino, in cui ai tempi del Muro l'impegno maggiore "era stato per entrambe le parti dimostrare la superiorità dei loro rispettivi regimi", sostituito però alla sua caduta con la simulazione che la città "non dovesse dimostrare alcun segno della tragica storia che ha attraversato", cosa che ha portato a impegnarsi "a riempire buchi prodotti dalla divisione ricavandone colossali profitti ma dubbi vantaggi urbani e territoriali".

ra "è la più formidabile espressione sociale: documento assoluto della grandezza e della miseria dei popoli"[18].

Si tratta insomma di adottare un approccio qualitativo che richiede però innanzitutto uno sforzo conoscitivo dell'*idea* di citta e di periferia che l'intera opera di Filippo Salvia ha delineato.

Dire della periferia che è a un tempo "una metafora della alterità e il luogo nel quale l'alterità viene materialmente collocata, individualizzata, materializzata"; che "è un costrutto semantico ed è la naturale delimitazione della sua materializzazione"; che è "il luogo di contenimento del suo potenziale esplosivo"; "luogo fisico dell'esclusione" e "spazio di esibizione della diseguaglianza"[19], serve dunque a comprendere questo 'regno di Gomorra' della modernità, questa *Frontiera*, questo viaggio in un al di là, questo *Far West* degli antichi, la cui origine antropologica data almeno da quando le colonne d'Ercole vennero spostate a Gibilterra, dalla loro ubicazione originaria poco oltre la Sicilia nel centro del Mediterraneo, a significare che il diverso, l'altro, il selvaggio, l'oscuro, l'irrazionale – un tempo ricompreso fra noi – ne era cacciato fuori[20].

Solo pensando alla città infelice si può dunque re-inventare una possibile città felice che il giurista positivo ha già visto come luogo "della partecipazione, dell'incontro e dell'interazione"[21] e ha già visto come metafora di una metamorfosi lenta ma costante verso interpretazioni nuove e antiche dei bisogni essenziali di uomini che sono ancora nel nostro secondo millennio quelli degli uomini dei tuguri del primo dopoguerra del '900, bisogni legati anche dal vivere invece che solo dall'abitare, proprio per consentire al singolo la stessa possibilità di un suo riconoscimento come tale, come parte attiva di una comunità con cui si incontra e interagisce.

[18] G. Pagano, *Sconfitte e vittorie dell'architettura moderna. Conferenza al Centro per le arti*, Milano, 1940, ora in *Costruzioni Casabella*, 195/198, fasc. speciale dedicato all'architetto Giuseppe Pagano, febbraio 2008.

[19] R. De Giorgi, *Le periferie della modernità nella teoria della società*, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020, p. 231.

[20] S. Frau, *Le colonne d'Ercole. Un'inchiesta*, Roma, 2002, *passim*.

[21] A. Casaglia, *Prefazione* a H. Lefebvre, *Il diritto alla città*, Verona, 2014, pp. 7 ss., citato da M.G. *Della Scala*, *La 'Città sostenibile' tra pianificazione e strumenti urbanistici integrativi*, in G. , , P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, vol. II, in L. Ferrara, D. Sorace (a cura di), *A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana -Studi-*, Firenze, 2016, p. 338.

4. *Il pensiero stravagante sulla santità dei giuristi positivi*

Se dunque per il giurista positivo come per il filosofo la tenerezza dell'amministrazione comincia col riconoscimento (dei bisogni, delle differenze, delle aspirazioni degli uomini e dei luoghi che abitano) si può pensare alla santità dei giuristi (e perfino dei burocrati)? E in cosa consisterebbe? Filippo Salvia ha ricordato il Sindaco santo Giorgio La Pira, uomo "dotato di grande fantasia e soprattutto dal desiderio costante di aprire piste nuove non banali" e capace di dialogo anche in contesti impossibili, per accomunarlo al 'burocrate' Armando Fusco "uomo senza potere per scelta personale", autore del salvataggio dell'intera aerea costiera di San Vito lo Capo. Ma sembrerebbe che il giurista positivo veda la santità soprattutto nella capacità del ridere delle pompe, nello scompiglio dei punti di vista e nell'estrosità del pensiero (come quando La Pira riuscì a dire al manager Mattei di essere stato mandato in missione speciale dallo Spirito Santo rivelatosi in sogno, allo scopo di sollecitare strategie di salvataggio a favore della società "Nuova Pignone" di Firenze e Armando Fusco provocava risate collettive davanti alle pompe)[22]. Filippo Salvia, uomo buono e senza potere per scelta personale, allergico come le testuggini ai centri commerciali, intelligente scrutatore della vera modernità, ironico e spietato distruttore del pensiero convenzionale è il santo che ci ha accompagnato nei più begli anni della nostra vita.

[22] F. Salvia, *Dizionario. Lessico familiare e dintorni. Tra Itaca e Kafka*, 2020, datt.

SILVIO SPAVENTA E LA STORIA DEL CONSIGLIO DI STATO
PALAZZO SPADA, ROMA, 12 DICEMBRE 2022
DAI PARERI SUI RICORSI STRAORDINARI AL RE ALLA PRIMA GIURISPRUDENZA DELLA QUARTA SEZIONE

di Rosanna De Nictolis

SOMMARIO: 1. Il Consiglio di Stato dal 1831 al 1859. – 2. Il Consiglio di Stato dal 1859 al 1865. – 2.1. Il quadro normativo. – 2.2. Rassegna di giurisprudenza del Consiglio di Stato del periodo 1859-1865. – 3. Il Consiglio di Stato dal 1865 al 1889: il quadro normativo. – 4. L'attività del giudice ordinario e del Consiglio di Stato tra il 1865 e il 1889. – 4.1. Ambito e fonti. – 4.2. La giurisprudenza civile tra il 1865 e il 1889. – 4.3. I pareri del Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari al Re tra il 1865 e il 1889. – 4.4. Le decisioni del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione tra il 1865 e il 1877. – 5. Verso la istituzione della Quarta Sezione. Il discorso di Bergamo. – 6. I lavori parlamentari della legge Crispi. – 7. La giurisdizione e la natura della prima Quarta Sezione. – 8. L'organizzazione e l'ordinamento della prima Quarta Sezione. – 9. Il primo presidente, la prima composizione e la prima udienza della Quarta Sezione. – 10. Il discorso mai pronunciato. – 11. Il ricorso straordinario al Re e il ricorso alla Quarta Sezione. La prima attività della Quarta Sezione. – 12. Osservazioni conclusive.

1. *Il Consiglio di Stato dal 1831 al 1859*

Il tema della transizione del Consiglio di Stato dalla funzione consultiva a quella giurisdizionale, o, meglio, dell'innesto della funzione giurisdizionale su quella preesistente e perdurante consultiva, con la istituzione, nel 1889, della Quarta Sezione[1], di cui Silvio Spaventa fu il primo Presidente titolare, richiede una collocazione storica del Consiglio di Stato, che seguirà in modo sintetico.

È stato già da altri evidenziato che la storia del Consiglio di Stato si lega in modo indissolubile alla storia d'Italia, nel passaggio dalla monarchia assoluta a quella consultiva, poi a quella costituzionale, e infine alla Repubblica[2].

La nascita del Consiglio di Stato viene datata al 18 agosto 1831 (tra-

[1] Al 100^ anniversario della istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato è dedicato il volume *Studi per il centenario della Quarta Sezione,* Roma, 1989.

[2] G. D'AGOSTINI, *Il Consiglio di Stato ai tempi dei primi quattro presidenti (1831-1902): Luigi Des Ambrois de Nevache, Carlo Cadorna, Marco Tabarrini e Giuseppe Saredo,* in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, 2011, 131.

scurando qui le esperienze di altri Consigli di Stato anteriori, in Italia[3]), con l'Editto di Racconigi di Re Carlo Alberto, emanato in lingua sia italiana che francese, e destinato ad entrare in vigore il 1° novembre 1831 (art. 36 dell'Editto) (al tema è stato dedicato nel 2021 un convegno a Torino, per il 190^ anniversario della nascita del Consiglio di Stato[4]). La monarchia, sino ad allora assoluta, autolimitava i propri poteri e si dotava di un organo consultivo, il Consiglio del Re, tuttavia chiamato *ab initio* "Consiglio di Stato" (così l'art. 1 dell'Editto), così come i suoi componenti furono *ab initio* chiamati "Consiglieri di Stato" (art. 2 dell'Editto), organo deputato a dare pareri sia su affari amministrativi che sul processo di produzione normativa, con funzione esclusivamente consultiva e mai decidente (art. 20 dell'Editto). Il Consiglio di Stato era direttamente presieduto dal Re (art. 1: "*È creato presso alla nostra Persona un Consiglio di Stato*"), salvo sua delega a un Vice-Presidente (art. 13) e aveva, secondo l'Editto, ampi poteri di esame di proposte di leggi e regolamenti, del bilancio dello Stato, di esprimersi sui conflitti di competenza tra i Ministeri, sui conflitti di giurisdizione e attribuzione (ex art. 23: "*i conflitti di giurisdizione giudiziaria, o di amministrazione, sempre quando non vi avrà provveduto qualche legge speciale*"), su problemi generali di politica economica, oltre ad avere una competenza consultiva generale e residuale su ogni questione che il Re ritenesse di sottoporgli (artt. 21, 22, 23). Tuttavia, già le Regie Lettere Patenti del 13 settembre 1831 ne ridimensionarono le funzioni, che si delinearono come di consulenza amministrativa piuttosto che politica[5]. Non di meno il Consiglio

[3] Su cui v. P. Rava, *Il Consiglio di Stato nel Regno italico e l'opera di Napoleone I Re (1805-1814),* in *Il Consiglio di Stato – Studi in occasione del centenario,* vol. I, Roma, 1932, 169 ss.; P. Aimo, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento ad oggi*, Bari, 2000; A. Pezzana; *I Consigli di Stato nell'Italia preunitaria,* in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, 2011, 27 ss.; AA. VV., *Il Consiglio di Stato nella Storia d'Italia,* Torino, 2011; P. Casana, *L'Editto di Racconigi e l'attività del Consiglio di Stato sino all'Unità*, in Atti del convegno di Torino 12-13 novembre 2021 *"Dai 190 anni dell'Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali"*;

[4] V. il volume pubblicato a cura della Regione Piemonte che raccoglie gli atti del Convegno *"Dai 190 anni dell'Editto di Racconigi ai 50 anni della legge istitutiva dei Tribunali amministrativi regionali"* – Torino 12-13 novembre 2021.

[5] Sulla istituzione del Consiglio di Stato con l'Editto di Racconigi v. P. Casana, *L'Editto di Racconigi e l'attività del Consiglio di Stato sino all'Unità*, in Atti del convegno di Torino 12-13 novembre 2021, cit.; S. Romano, *La funzione e i caratteri del Consiglio di Stato,* in *Il Consiglio di Stato – Studi in occasione del centenario,* vol. I, Roma, 1932, 1 ss.; G. Barbagallo, *La giurisdizione del Consiglio di Stato dalle origini al 1923, nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia*, in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. Melis, Milano, 2006, t. II, 2299 ss.

di Stato diede in quest'epoca il suo solido contributo alle codificazioni del Regno di Carlo Alberto[6].

Il Consiglio di Stato si componeva di 14 Consiglieri di Stato "ordinari", oltre alla possibilità di nomina di Consiglieri "straordinari" (art. 3), ed era articolato in tre Sezioni. I Consiglieri erano scelti e nominati dal Re e giuravano a lui fedeltà (art. 6). Quelli ordinari furono *ab initio* considerati titolari di quello che oggi definiremmo un incarico istituzionale retribuito e non meramente onorario, stante che le loro funzioni vennero dichiarate incompatibili con qualunque altra per cui fosse assegnato stipendio fisso (art. 7), e le funzioni erano a loro volta retribuite (art. 34).

Lo Statuto albertino del 4 marzo 1848 (esteso a tutto il Regno d'Italia, dopo l'unificazione, nel 1861), con la creazione di un Parlamento (art. 3), segna il passaggio alla monarchia costituzionale, ma anche il depotenziamento del Consiglio di Stato, i cui compiti in campo legislativo e di esame del bilancio vennero assorbiti dal Parlamento. Il Consiglio di Stato non viene menzionato nello Statuto, se non in un articolo finale contenuto nelle disposizioni transitorie al fine di conferire al Re il potere di provvedere al suo riordinamento (art. 83), mentre i consiglieri di Stato vengono menzionati tra i soggetti eligibili ad essere nominati dal Re nel Senato (art. 15).

Ne seguì, già all'indomani dello Statuto albertino, un dibattito sulla ridefinizione dei compiti del Consiglio di Stato, emergente da svariati disegni di legge (v. p. es. progetto di legge Galvagno, a favore della giurisdizione unica e della soppressione degli organi del contenzioso amministrativo); si discusse se il Consiglio di Stato andasse soppresso o mantenuto, e, ove mantenuto, se in veste di organo consultivo o giurisdizionale, se fosse opportuno assegnare al Consiglio di Stato funzioni giurisdizionali, o se invece dovesse seguirsi il modello inglese della giurisdizione unica affidata al giudice ordinario, di fronte al quale la pubblica amministrazione fosse parte processuale in posizione di parità con i cittadini.

[6] S. ROMANO, *op. cit.,* 7-8. Sull'accoglienza "politica" della istituzione del Consiglio di Stato, all'interno del Regno di Sardegna, degli altri Regni italiani ed europei v. F. Salata, *Re Carlo Alberto e l'istituzione del Consiglio di Stato, propositi politici e riflessi diplomatici, con note e documenti inediti, ivi,* 33 ss.

2. *Il Consiglio di Stato dal 1859 al 1865*

2.1. *Il quadro normativo*

In occasione della II guerra di indipendenza e grazie alla legge sui pieni poteri al Re (r.d. 25.4.1859 n. 3345), fu approvata, *inter alia,* la riforma Rattazzi del 1859 (leggi 30.10.1859 nn. 3707 e 3708 sul riordino del Consiglio di Stato e sul contenzioso amministrativo, in vigore dal 1°.1.1860)[7], che optò per l'attribuzione al Consiglio di Stato, – mantenendone le funzioni consultive (sebbene la richiesta di parere sulle leggi divenne facoltativa) e le funzioni di organo risolutore dei conflitti di giurisdizione e attribuzione che già assolveva -, anche di funzioni giurisdizionali nei confronti della pubblica amministrazione, in alcuni casi come giudice in unico grado (controversie sul debito pubblico dello Stato e sulle pensioni liquidate dallo Stato, controversie sulle cave, miniere e usine), in altri come giudice di appello rispetto alle decisioni degli organi di primo grado del contenzioso amministrativo, i Consigli di governo (la cui competenza era a sua volta stabilita dall'art. 26 regio editto 29.10.1847 n. 641). È stato già da altri osservato che la legge Rattazzi segna l'avvio del percorso di giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato[8], stante l'espressa qualificazione normativa delle attribuzioni del Consiglio di Stato come consultive e giurisdizionali (art. 12, l. n. 3707/1859). Sul piano organizzativo-ordinamentale, venne attribuita alla III sezione del Consiglio di Stato la competenza sul "contenzioso amministrativo". Il Consiglio di Stato non venne più presieduto dal Re, ma da un suo proprio Presidente. In aggiunta ai Consiglieri di Stato, fu prevista la figura dei "referendari", con funzioni di istruzione degli affari (art. 6, l. n. 3707/1859) e di "pubblico ministero" presso la Sezione del contenzioso amministrativo (art. 7, l. n. 3707/1859).

I consiglieri di Stato e i referendari godevano di una certa garanzia di inamovibilità potendo essere revocati solo con decreto del Re, sentito il Consiglio dei Ministri.

L'attribuzione di giurisdizione fu amplissima, non esistendo all'epoca la distinzione, che oggi conosciamo, tra diritti soggettivi e interessi

[7] V. in argomento G. Crisostomo Sciacca, *La III Sezione del Consiglio di Stato e la sua giurisprudenza,* in *www.giustizia-amministrativa.it*; A. C. Jemolo, *Il Consiglio di Stato tra il 1848 e il 1865*, in *Riv. dir. pubbl.,* 1931, I, 440 ss.; A. Sandulli, *Il riordinamento del contenzioso amministrativo. Le leggi 30 ottobre 1859 nn. 3705, 3706, 3707 e 3708,* in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, 2011, 49 ss.

[8] P. Casana, *op. cit.*

legittimi, ed avendo la giurisdizione del Consiglio di Stato assorbito talune pregresse competenze della Corte dei conti e soprattutto essendo una giurisdizione di appello sull'ampio contenzioso attribuito agli organi del contenzioso amministrativo di primo grado dal già citato r.e. n. 641/1847 trasfuso pressoché immutato nella legge n. 3708/1859 (art. 2) (che comprendeva le liti tributarie, più in generale le liti sulla riscossione delle entrate pubbliche, i lavori pubblici anche in fase esecutiva, appalti di servizi e forniture, classificazione di strade, servitù e occupazioni di suolo pubblico, acque pubbliche, liti patrimoniali tra pubblici impiegati e datore di lavoro pubblico, le cause per contravvenzioni). Sicché al Consiglio di Stato furono attribuiti anche contenziosi tra cittadino e pubblica amministrazione che, secondo le categorie "moderne", coinvolgevano diritti soggettivi, come le cause di risarcimento del danno e le cause per "contravvenzioni" e sanzioni amministrative, nonché le liti tributarie[9].

La attribuzione di funzioni giurisdizionali al Consiglio di Stato non nasceva dal nulla, atteso che venivano già considerate di natura giurisdizionale le attribuzioni dei preesistenti organi del contenzioso amministrativo (i Consigli di Intendenza in primo grado e la Regia Camera dei Conti in appello), titolari del "contenzioso amministrativo in senso stretto" in via ordinaria (con conseguente questione se la loro competenza, individuata per elencazione di materie, fosse tassativa, o invece suscettibile di interpretazione estensiva, trattandosi di organi ordinari del contenzioso amministrativo[10]), i quali pronunciavano "sentenze" (come tali riportate nelle riviste giuridiche dell'epoca, quale la Rivista amministrativa del Regno).

Il procedimento, sia davanti agli organi di primo grado che davanti al Consiglio di Stato, fu concepito come un vero e proprio processo, con scambio di atti notificati, udienza, cui partecipava in veste di pubblico ministero un referendario, che concludeva per ultimo la discussione, e decisione con sentenza (v. art. 14 e ss. l. n. 3708/1859 e regolamento del Consiglio di Stato adottato con r.d. 23.12.1859 n. 3803).

[9] Per una disamina della giurisprudenza della III sezione del Consiglio di Stato tra il 1860 e il 1865 v. anche G. Crisostomo Sciacca, *op. cit.*, che riferisce che la prima decisione fu pubblicata il 3.4.1860 e l'ultima il 16.6.1865, e che riporta una casistica delle decisioni in materia processuale, e nelle svariate materie di competenza sostanziale quali acque pubbliche, appalti, pensioni, debito pubblico, tributi, contravvenzioni.

[10] Per i termini del dibattito sul se le competenze di tali organi, quali giudici "ordinari" del contenzioso amministrativo, fossero tassative o meno, v. M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimo nono,* in *Dir. proc. amm.*, 2019, fasc. 2, 362, nota (40) e 374 nota (66).

La funzione di organo risolutore dei conflitti, già spettante al Consiglio di Stato in base alla legislazione anteriore, fu riordinata dalla l. 20.11.1859 n. 3780.

Inoltre, la riforma Rattazzi previde:

(a) formalmente solo in favore dei Comuni, il rimedio del ricorso al Re contro le decisioni delle Deputazioni provinciali, da decidersi previo parere del Consiglio di Stato (l. 23.10.1859 n. 3702, art. 137), ma in via pretoria il rimedio fu esteso anche ai ricorsi dei privati (Cons. St., 8.12.1860[11]);

(b) in termini generali, il rimedio del reclamo al Re contro provvedimenti amministrativi governativi per i quali non vi fosse o fosse già esaurito il ricorso gerarchico, sempre da decidersi su parere del Consiglio di Stato (l. 30.10.1859 n. 3707 artt. 22, 17 e 15 n. 4).

Si andavano così delineando i primi tratti caratteristici del rimedio del ricorso straordinario al Re che verrà ampliato dal punto di vista territoriale e della tipologia di atti da parte della successiva legislazione del 1865.

2.2. *Rassegna di giurisprudenza del Consiglio di Stato del periodo 1859-1865*

Nel periodo 1859-1864, come emerge dal quadro normativo già ricordato, e come la disamina del materiale giurisprudenziale dell'epoca conferma, il Consiglio di Stato esercitò una giurisdizione sulla pubblica amministrazione ad ampio raggio di *materie* e di *poteri*, e le sue decisioni assumevano il nome, per come riportato dalla Rivista amministrativa del Regno, di "sentenze". Detta Rivista, divisa in varie sezioni, talune delle quali riportano atti amministrativi, progetti di legge, quesiti, colloca le sentenze del Consiglio di Stato nella voce "giurisprudenza amministrativa".

Quanto alle materie, basti ricordare che il Consiglio di Stato si occupò anche di liti fiscali (Cons. St., 26.11.1861 n. 26, sent.; Id., 6.12.1861 n. 280, sent.), e di contenzioso in materia di esecuzione di appalti (Cons. St., 4.1.1864, sent.), oltre che di cause di lavoro, in un ambito in cui non era ancora chiara la distinzione tra impiego pubblico e privato (rapporto di lavoro dei maestri elementari, assunti dai Comuni) (Cons. St., sez. III, 18.10.1862).

Quanto ai poteri, il Consiglio di Stato procedeva non solo ad annul-

[11] Citato in M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni (…), cit.,* 368, nota (54).

lamento ma anche a risarcimento del danno, come si evince da una causa di licenziamento di un maestro elementare da parte di un Comune, in cui, annullato il licenziamento, il Consiglio di Stato condannò il Comune al risarcimento dei danni, sia pure non usando la formula "condanna il Comune" bensì la formula "*dichiara il Comune tenuto (…) al risarcimento dei danni reali ed effettivi (…) sofferti in dipendenza della (…) risoluzione della convenzione (… come saranno accertati e liquidati (...)"* (Cons. St., sez. III, 18.10.1862).

Inoltre il Consiglio di Stato disponeva istruttorie, anche mediante verificazione (v. ad es. Cons. St., 4.1.1864, sent. nella già ricordata causa in materia di esecuzione di pubblico appalto).

Sul fronte delle norme processuali e della tecnica di redazione delle sentenze, il Consiglio di Stato "pescava" tra il codice di procedura civile e la tecnica di redazione delle sentenze del Consiglio di Stato francese. Una decisione ritenne applicabile l'art. 1142 c.p.c. dell'epoca, in ordine alla proroga del termine per appellare che scade in giorno festivo, al giorno successivo non festivo (Cons. St., 21.3.1862 n. 329). Il che è indice che il Consiglio di Stato riteneva di celebrare veri e propri processi, il cui archetipo era il c.p.c.

Le decisioni venivano redatte con la tecnica decretizia dell'"atteso che" di matrice francese, ma solo quanto alla parte in diritto, mentre la parte in fatto veniva redatta con tecnica discorsiva (Cons. St. 21.10.1862 e la già citata Cons. St., 18.10.1862).

E dunque, per trarre sintetiche conclusioni sul breve periodo in cui il Consiglio di Stato fu giudice unico della pubblica amministrazione dal 1859 al 1864, si può osservare che: il Consiglio di Stato era un giudice, prevalentemente di appello, sulle decisioni degli organi del contenzioso amministrativo; non esisteva una distinzione tra diritti soggetti e interessi legittimi, e il Consiglio di Stato si occupava di contenziosi che sono terreno di elezione dei diritti soggettivi, quali le liti tributarie, le contravvenzioni, l'esecuzione degli appalti, i rapporti di lavoro retti da convenzioni (tra Comuni e maestri elementari), aveva un potere di annullare i provvedimenti ma anche di ordinare il risarcimento del danno, aveva ampi poteri istruttori (verificazione). Le decisioni avevano la forma e il nome di sentenza, e tali erano considerate dalle Riviste giuridiche dell'epoca, che le collocavano nella sezione dedicata alla "giurisprudenza amministrativa".

3. *Il Consiglio di Stato dal 1865 al 1889: il quadro normativo*

La funzione giurisdizionale attribuita al Consiglio di Stato nel 1859 fu oggetto di aspre critiche per la sua eccessiva ampiezza, e l'occasione per un ripensamento fu data dalle leggi di unificazione del Regno, all'indomani della unità di Italia. Il dibattito che aveva preceduto l'approvazione della legge Rattazzi riprese vigore e vide schierati su fronti opposti i fautori del giudice speciale dell'Amministrazione e quelli del giudice unico[12]. Prevalsero i secondi, con l'approvazione, – dopo vari disegni di legge falliti (v. progetto Minghetti del 1862 e progetto Peruzzi del 1863[13]) -, della legge 20.3.1865 n. 2248, allegati D ed E. L'allegato D disciplinò la composizione e le attribuzioni del Consiglio di Stato. Il contenuto dell'allegato E, è ancora oggi in parte in vigore, e ancora riportato nella manualistica di diritto processuale amministrativo. Tale legge abolì "*i Tribunali speciali (…) investiti della giurisdizione del contenzioso amministrativo*" (art. 1), (che esistevano in tutti gli Stati preunitari di Italia, secondo il modello napoleonico; nel Regno di Sardegna, si trattava dei Consigli di Intendenza che erano stati istituiti con le Regie Patenti 25 agosto e 31 dicembre 1842), e con essi la funzione del Consiglio di Stato di giudice di appello sulle loro decisioni (art. 1), e attribuì al giudice ordinario tutte le cause per contravvenzioni e tutte le cause in cui si facesse questione di un diritto civile o politico attinto da un atto della pubblica amministrazione (art. 2). Si stabilì, e la regola è tutt'oggi in vigore, il divieto per il giudice ordinario di annullare i provvedimenti amministrativi, dovendosi il giudice limitare a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio (art. 4), e avendo solo la possibilità di disapplicarli se lesivi di diritti dei singoli, in violazione di legge (recita la norma che il giudice applica i provvedimenti se conformi alla legge) (art. 5). Si ipotizzò un modello di giustizia "nell'amministrazione" con un procedimento amministrativo connotato dalla partecipazione procedimentale (art. 3 all. E), ma tale modello non ebbe generale attuazione, salvo che per la previsione del rimedio del ricorso gerarchico. Si dovrà aspettare la l. n. 241/1990 per una generalizzazione normativa della partecipazione procedimentale. Si affermò l'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato del giudice ordinario, annullando o modificando l'atto da questi dichiarato illegittimo (art. 4),

[12] M. Nigro, *Giustizia amministrativa,* Bologna, 1976.

[13] Per una ricostruzione del dibattito e del contenuto di tali progetti di legge v. L. Piccardi, *La distinzione tra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa,* in *Il Consiglio di Stato – Studi in occasione del centenario,* vol. II, Roma, 1932, 168 ss.

ma tale obbligo rimase incoercibile fino all'istituzione, solo nel 1889, del giudizio di ottemperanza davanti al giudice amministrativo. Il divieto per il giudice ordinario di annullare o revocare il provvedimento amministrativo, diretto corollario di una concezione rigida della divisione dei poteri, orientata alla riserva di amministrazione, fu poi circondato di ulteriori garanzie in due ambiti strategici dell'esercizio del potere pubblico autoritativo, le espropriazioni e i pubblici appalti. In relazione alle prime, l'art. 7, l. n. 2248/1865 all. E ribadì ulteriormente il potere dell'Amministrazione di disporre della proprietà privata per ragioni di urgenza per grave necessità pubblica, anche in pendenza di giudizio, e ancorché con obbligo di motivazione, "senza pregiudizio dei diritti delle parti" (vedremo come tale formula verrà interpretata dai giudici ordinari). Con riferimento alle opere pubbliche, l'art. 8 della medesima legge affermò analogamente l'esistenza di un potere d'urgenza anche in pendenza di giudizio, e sempre senza pregiudizio per i diritti delle parti, e l'art. 9 affermò la insequestrabilità del prezzo dei contratti in corso.

La l. n. 2248/1865 all. E abolì dunque quei Tribunali speciali che erano considerati organi generali del contenzioso amministrativo[14], ma lasciò in vita i giudici *speciali* del contenzioso amministrativo e le relative competenze; *inter alia,* non fece venire meno alcune funzioni giurisdizionali di unico grado del Consiglio di Stato quale giudice speciale del contenzioso amministrativo (quanto alle controversie tra Stato e suoi creditori art. 10, n. 2 l. n. 2248/1865 all. D; v. inoltre art. 111 l. 20.11.1859 n. 3755 in materia di revoca di concessioni minerarie) (art. 12: "*Con la presente legge non viene fatta innovazione né alla giurisdizione della Corte dei conti e del Consiglio di Stato in materia di contabilità e di pensioni, né alle attribuzioni contenziose di altri corpi o collegi derivanti da leggi speciali e diverse da quelle fin qui esercitate dai giudici ordinari del contenzioso amministrativo*"). Una parte delle liti tra privati e amministrazioni rimasero affidate a giudici speciali del contenzioso amministrativo già secondo la legge del 1865, e leggi speciali successive individuarono

[14] V. F. Persico, *Principii di diritto amministrativo*, II, Napoli, 1876, 247, citato da M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni (…), cit.,* 374 nota (65): "*non è pienamente esatto il dire che nel Belgio e in Italia, mediante la legge sul contenzioso amministrativo 20 marzo 1865, allegato E, sono si aboliti i tribunali amministrativi. Se s'intende dire che i Consigli di prefettura già dichiarati tribunali di prima istanza del contenzioso amministrativo, e il Consiglio di Stato, tribunale di appello di esso, cessarono dal conoscere di parecchie controversie che o furono rimesse ai giudici ordinari, o all'amministrazione pura, o a particolari giurisdizioni amministrative, ciò è vero e il primo articolo della legge lo attesta; ma sarebbe errore il credere che oltre l'autorità amministrativa o l'autorità giudiziaria non ci sieno altri veri giudici e proprie giurisdizioni di materie amministrative*".

ulteriori ipotesi di quelli che vennero definiti i "residui del contenzioso amministrativo" sottratti ai Tribunali ordinari[15] (ad. es. artt. 10, 31 e 32, l. 20.6.1877 n. 3917 in materia forestale; art. 12, l. 10.2.1889 n. 5921 in materia di licenziamento dei segretari comunali[16]).

Soprattutto, la l. n. 2248/1865 all. D ed E lasciò al Consiglio di Stato le attribuzioni di organo risolutore dei conflitti tra pubblica amministrazione e giudice ordinario (art. 10 n. 1 l. n. 2248/1865 all. D), che anzi vennero ampliate, perché detta legge le estese a tutto il Regno d'Italia (l'art. 13 l. n. 2248/1865 all. E, estese a tutto il Regno l'applicazione della legge sarda 20.11.1859 n. 3780). E tale funzione di organo risolutore dei conflitti fu normativamente ritenuta rientrante nelle attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (art. 10 n. 1 l. n. 2248/1865, all. D: "*Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione propria pronunziando definitivamente con decreti motivati: 1. Sui conflitti che insorgono tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria*").

Con riferimento alle attribuzioni del Consiglio di Stato quale organo risolutore dei conflitti e in talune controversie quali quelle tra Stato e suoi creditori, o sequestri di temporalità, l'art. 10 dell'allegato D parlava di giurisdizione propria del Consiglio di Stato, da esercitarsi in via definitiva con decreti motivati[17].

Ancora, la l. n. 2248/1865 all. D, art. 9 n. 4, attribuì al Consiglio di Stato e disciplinò la funzione consultiva sui ricorsi straordinari al Re con estensione a tutto il Regno e a tutti i provvedimenti amministrativi (non solo quelli governativi), segnando un evidentemente ampliamento sia territoriale sia soggettivo rispetto al rimedio come configurato dalle leggi Rattazzi del 1859. Il ricorso straordinario al Re fu ammesso nella pratica come alternativa al ricorso al giudice ordinario, quando si volesse conseguire l'annullamento o la modifica del provvedimento amministrativo, che era inibito al giudice ordinario (art. 9 n. 4: *"Oltre i casi nei quali il voto del Consiglio di Stato è richiesto per legge, dovrà domandarsi: (…) 4. Sui ricorsi fatti al Re contro la legittimità di provvedimenti amministrativi sui quali siano esaurite e non possano proporsi domande di riparazione in via gerarchica. (…) Nei casi previsti al n. 4 di questo articolo, quando il provvedimento sia contrario al parere del*

[15] L. Armanni, *La riforma del Consiglio di Stato,* Assisi, 1891, 59 ss.

[16] Tali leggi possono essere consultate in A. Salandra (a cura di), *Codice della giustizia amministrativa*, Torino, 1893.

[17] In argomento v. A. Police, *La giurisdizione «propria» del Consiglio di Stato dagli allegati D ed E della legge 20 marzo 1865, n. 2248 al c.p.a.*, in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, 2011, 77 ss.

Consiglio di Stato, si farà constare dal decreto reale essersi pure udito il Consiglio dei ministri").

Si può quindi concludere che nell'impianto della legge del 1865 il Consiglio di Stato era in parte organo del contenzioso amministrativo in senso stretto (c.d. giurisdizione propria)[18], e in parte organo del contenzioso amministrativo in senso lato (pareri sui ricorsi straordinari al Re), con diverso *nomen iuris* dei provvedimenti che rendeva (decreti nell'esercizio della prima funzione; pareri nell'esercizio della seconda funzione).

Sul *nomen* delle decisioni del Consiglio di Stato nel periodo 1865-1889 occorre una precisazione. Per tutte le materie di residua "giurisdizione propria" (ivi compresa, fino al 1877, la decisione dei conflitti di attribuzione), l'art. 10 l. n. 2248/1865, all. D, stabilì che il Consiglio di Stato esercitasse la propria giurisdizione "*pronunciando definitivamente con decreti motivati*". Mentre, quindi, nel periodo 1859-1865, il Consiglio di Stato esercitò la giurisdizione mediante sentenze, dopo il 1865, i suoi provvedimenti ebbero la forma di "decreti" nelle materie di residua giurisdizione[19], e di "pareri" in ambito consultivo. Verosimilmente, nella prospettiva della "giurisdizione unica", si ritenne che solo i Tribunali ordinari potessero rendere "sentenze", e tale approccio, come si vedrà, fu seguito anche quando fu istituita la IV Sezione, le cui pronunce furono

[18] M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni (…), cit.,* 374.

[19] Nelle annate della Rivista amministrativa del Regno che vanno dal 1865 al 1889 e che è stato possibile consultare (non tutte) non si rinvengono, nella sezione della Rivista dedicata alla giurisprudenza amministrativa, decisioni del Consiglio di Stato nell'ambito della residua giurisdizione propria, fatti salvi i decreti che decidono i conflitti di attribuzione (fino al 1877). La ricerca non è stata completa, non essendo stato possibile accedere alle raccolte ufficiali delle decisioni del Consiglio di Stato in detto periodo, conservate all'Archivio di Stato. Che però il Consiglio di Stato esercitasse una vera e propria giurisdizione, emerge dalle fonti del periodo. Nei lavori parlamentari del giorno 19.1.1869, Crispi, per contestare l'uso improprio della parola "giurisdizione" in luogo di "attribuzione" nel disegno di legge in discussione, osservava: " *(…) il Consiglio di Stato esercita giurisdizione e attribuzioni (…). Esercita giurisdizione quando provvede in tutte quelle materie che gli furono riservate dalla stessa legge abolitiva del contenzioso amministrativo. (…) Quando il Consiglio di Stato (…) dà un parere ai ministri, esso non delibera, e però spiega un'attribuzione e non esercita giurisdizione. Il Consiglio di Stato esercita giurisdizione quando decide certe controversie nei contratti di prestito pubblico, o dirime i conflitti tra l'autorità amministrativa e la giudiziaria, o determina le attribuzioni della potestà civile e della ecclesiastica. Allora esso giudica e profferisce vere sentenze che vengono eseguite; in questi casi esercita giurisdizione. In tutte le altre materie, nelle quali non è che un corpo consultivo, esso non esercita giurisdizione"* (in Rendiconti del Parlamento italiano, sessione del 1867, discussioni della Camera dei Deputati, VIII, dal 24.11.1868 al 2.2.1869, 8799).

qualificate "decisioni" dalla legge, e non sentenze. Siffatta qualificazione è rimasta (v. art. 32, r.d. n. 1054/1924) fino all'entrata in vigore del c.p.a. È solo dal 2010 che le decisioni del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale hanno assunto formalmente il nome di "sentenze".

Sul piano ordinamentale, il Consiglio di Stato si componeva di presidenti di sezione, consiglieri di Stato e referendari, gli appartenenti alle prime due categorie nominati con decreto reale su proposta del Ministro dell'interno e previa delibera del Consiglio dei Ministri, i referendari nominati con decreto reale su proposta del Ministro dell'interno (art. 2 l. n. 2248/1865 all. D). Solo i presidenti e i consiglieri godevano della inamovibilità, perché non potevano essere rimossi né sospesi dall'ufficio altrimenti che con decreto reale, in seguito a relazione motivata del ministro dell'interno, ed udito il Consiglio dei ministri (art. 3 l. n. 2248/1865 all. D).

Sul piano organizzativo, scomparve la sezione del contenzioso amministrativo, e le tre sezioni vennero denominate: "*1. Dell'interno; 2. Di grazia, giustizia e culti; 3. Di finanze*" (art. 14, l. n. 2248/1865 all. D).

Alla sezione dell'interno, *per incidens,* fu assegnato anche S. Spaventa a decorrere dal 29.11.1868, – subito dopo la nomina a consigliere di Stato – , e fino al 10.7.1873, quando assunse l'incarico di Ministro dei lavori pubblici[20].

Le attribuzioni giurisdizionali del Consiglio di Stato (e segnatamente la risoluzione dei conflitti di attribuzione) erano di competenza dell'adunanza generale (art. 25 l. n. 2248/1865 all. D).

Come ricorda autorevole dottrina[21], e come l'esame diretto delle fonti giurisprudenziali conferma, sebbene in astratto ci si poteva attendere che il giudice ordinario riuscisse a esercitare un sindacato penetrante nei confronti dell'amministrazione, o che si sviluppasse la giustizia nell'amministrazione attraverso la partecipazione procedimentale, nessuna di tali due cose accadde, individuandosene la ragione nella mancanza di sufficiente indipendenza della giurisdizione ordinaria dell'epoca, e nella mancanza di adeguata organizzazione della pubblica amministrazione dell'epoca. È anche vero che il giudice ordinario aveva un divieto legislativo assoluto di annullare i provvedimenti amministrativi, e poteva, al fine della loro disapplicazione e riconoscimento del risarcimento del danno, solo fare una verifica di stretta conformità o difformità rispetto

[20] G. Melis, biografia di Silvio Spaventa in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia. Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. Melis, Milano, 2006, t. 1, 264 ss.

[21] M. Nigro, *op. cit.*

alla legge. Una verifica, come si direbbe con parole dell'epoca, di "legalità" e non di "legittimità", che non si estendeva al sindacato sull'eccesso di potere. Né il sistema costituzionale del secolo decimo nono conteneva principi che consentissero una "ribellione" del giudice ordinario a tali limiti, in nome di una effettività della tutela. Era invece radicato il concetto di divisione dei poteri, per cui se da un lato la giurisdizione venne attribuita al giudice ordinario, e non al Consiglio di Stato, ritenuto quest'ultimo compenetrato con l'amministrazione, dall'altro lato però il giudice ordinario non poteva ingerirsi nell'azione pubblica, né sindacarne opportunità e convenienza.

Da un lato, dunque, vi erano stretti limiti al sindacato del giudice ordinario sull'azione amministrativa. Per di più, l'esecuzione del giudicato del giudice ordinario verso la pubblica amministrazione, veniva rimessa all'adempimento spontaneo di quest'ultima, adempimento che non era coercibile. Il giudizio di ottemperanza dei giudicati del giudice ordinario fu istituito solo con quella stessa legge del 1889 che ripristinò la giurisdizione amministrativa del Consiglio di Stato.

Dall'altro lato, il Consiglio di Stato, apparentemente defraudato della funzione giurisdizionale, aveva due strumenti potentissimi che gli consentirono sia di esercitare sull'azione pubblica un sindacato ben più penetrante di quello del giudice ordinario, sia di limitare eventuali invasioni di campo del giudice ordinario: si tratta della funzione consultiva sul ricorso straordinario al Re che la stessa legge del 1865 gli confermò e ampliò, e della funzione di organo regolatore dei conflitti tra pubblica amministrazione e giudice ordinario che la legge del 1865 estese, ampliandone l'ambito territoriale dal solo Regno di Sardegna a tutto il Regno d'Italia (funzione che il Consiglio di Stato conservò fino al 1877, quando gli fu sottratta in favore della Corte di cassazione in virtù della l. 31 marzo 1877 n. 3761)[22].

Come è stato condivisibilmente osservato, "*a parte qualche inevitabile pronuncia, i Tribunali non divennero mai giudici del "provvedimento", grazie al permanere della risalente partizione tra atti d'impero e atti gestione, adottata anche dalla nostra giurisprudenza dei conflitti*"[23].

[22] V. F.G. Scoca, *Il Consiglio di Stato e i conflitti di attribuzione (1865-1877),* in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, 2011, 93 ss.

[23] M. Mazzamuto, *Liti tra pubbliche amministrazioni (…), cit.,* 375. Sui limiti della giurisdizione ordinaria in presenza di atti di imperio v. anche F. Persico, *op. cit.*, 226 s.; L. Armanni, *op. cit.*, 18 ss., 45 ss.

4. *L'attività del giudice ordinario e del Consiglio di Stato tra il 1865 e il 1889*

4.1. *Ambito e fonti*

È utile una disamina, sia pure sintetica e incompleta (non è stato possibile reperire tutte le fonti dell'epoca) della giurisprudenza del giudice ordinario, e delle decisioni del Consiglio di Stato, tra il 1865 e il 1889, per comprendere le seguenti tre linee di tendenza: (i) la timidezza e i limiti del sindacato del giudice ordinario sulla pubblica amministrazione; (ii) il più incisivo sindacato esercitato dal Consiglio di Stato sulla pubblica amministrazione per il tramite del parere sul ricorso straordinario al Re; (iii) l'incisività e la frequenza dei conflitti di attribuzione sollevati dall'Amministrazione, per il tramite dei Prefetti, in relazione ai giudizi pendenti davanti al giudice ordinario.

Le decisioni che verranno citate sono tratte dalla Rivista amministrativa del Regno[24]. L'arco temporale oggetto di principale osservazione è quello che va dal 1865 al 1889.

Verrà fatto nel paragrafo successivo un sintetico riferimento all'arco temporale 1890-1893 in cui la IV Sezione tenne la prima udienza (aprile 1890) sotto la breve presidenza di Silvio Spaventa (che terminò nel marzo 1893).

4.2. *La giurisprudenza civile tra il 1865 e il 1889*

La giurisprudenza civile, nei vari ambiti in cui era adìta dai privati in relazione all'agire della pubblica amministrazione, ribadiva tralaticiamente di non avere il potere di annullare i provvedimenti amministrativi, ma solo di verificarne la conformità a legge, vale a dire la legalità, e non anche la opportunità, e, per l'effetto, di verificare se, in caso di illegalità, avessero cagionato danni ai privati ricorrenti.

Tanto venne affermato, ad es., da una sentenza della Corte di appello di Lucca in relazione ad un regolamento amministrativo (C. app. Lucca 22.12.1872); da una sentenza della Corte di appello di Bologna in materia di immissioni dannose a fondi privati derivanti da un opificio condotto da una pubblica amministrazione, in cui si chiarisce che l'AGO non ha il potere di ordinare all'Amministrazione innovazioni nell'opificio al fine di evitare i danni lamentati dai privati (C. app. Bologna, 20.12.1878).

[24] Ringrazio il professore – consigliere di Stato, Marco Mazzamuto che mi ha gentilmente messo a disposizione tali Riviste.

Particolarmente dotata di *self restraint* e conservatrice appare la Corte di cassazione di Roma, che in materia di espropriazione per pubblica utilità affermò che gli atti del procedimento espropriativo non possono mai essere contestati, ritardati o impediti dal giudice ordinario; il contenzioso espropriativo davanti a quest'ultimo è perciò circoscritto alla sola indennità di esproprio (Cass. Roma, 30.12.1878). Sicché, in caso di atti di disposizione della proprietà privata per pubblico interesse, non erano ammesse le *azioni possessorie*, il privato poteva ottenere il risarcimento del danno ma non la reintegra nel possesso, ove l'atto non fosse conforme al parametro legale (Cass. Roma, 7.1.1879; v. anche Cass. Firenze 24.5.1875; Cass. Napoli 4.4.1879).

In sostanza, la scelta espropriativa, ad es. la necessità dell'opera pubblica, e/o la sua localizzazione, restavano insindacabili e non potevano essere rimosse dal giudice ordinario; se illegali davano luogo a risarcimento del danno, mai ad azioni possessorie (Cass. Firenze, 15.7.1875 in materia di un allargamento di una strada comunale, giudicò essere tale allargamento *"un atto amministrativo che non può essere avversato dai privati con azioni possessorie*"; l'AGO può solo giudicare "*se un diritto sia stato o meno leso da un atto dell'autorità amministrativa ma non può mai conoscere delle istanze dirette a revocare o modificare l'atto amministrativo emanato dal potere legittimo*").

In materia di leva militare, sempre la Cassazione romana, affermava che tutte le questioni di leva militare spettavano ai Consigli di leva e in seconda battuta al Ministro della guerra, competendo all'AGO solo le questioni di stato personale (cittadinanza, domicilio, età, filiazione) (Cass. Roma, sez. riun., 9.5.1879): un criterio di riparto tramandatosi sino ad oggi, con la differenza che all'epoca le questioni di leva che non coinvolgessero lo stato non avevano un giudice, ma o rimedi amministrativi o il ricorso straordinario al Re.

Ancora, in materia di provvedimenti volti a calmierare i prezzi, la Cass. di Roma riservava all'Autorità amministrativa la "scelta" della *"convenienza e opportunità di stabilire mete o calmieri dei generi annonari di prima necessità*". Il giudice ordinario poteva solo conoscere dell'azione di risarcimento del danno promossa dal "fornaio" di turno, per la illegale attuazione del provvedimento generale (Cass. Roma, 21.3.1879).

Persino in materia di rapporto di impiego con una pubblica amministrazione, la Cassazione romana negava tutela specifica, ad es. in materia di ingiusto licenziamento: "*il diritto dell'impiegato comunale indebitamente licenziato si risolve sempre in un'azione di risarcimento dei danni e non si estende mai fino ad obbligare il Comune a riprenderlo al suo servizio*" (Cass. Roma, 31.3.1876).

Al giudice ordinario restava, dunque, il sindacato dei comportamenti meri, totalmente abusivi, posti in essere da pubbliche amministrazioni, come l'espropriazione disposta senza alcun provvedimento amministrativo di espropriazione o quanto meno di occupazione (Cass. Napoli 21.4.1875), o l'abuso nell'applicare un calmiere.

Anche in materia di atti esecutivi della riscossione delle imposte, era ritenuto precluso al giudice ordinario di annullare o sospendere tali atti, fatto salvo il caso della *collusione fraudolenta* tra l'esattore e l'aggiudicatario all'asta (Cass. Roma, 19.12.1878; Id., 12.3.1879).

È questa, a ben vedere, ai suoi albori, la teoria della "*carenza di potere in astratto*", che in prosieguo verrà utilizzata quale criterio di riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Da questa sintetica disamina della giurisprudenza civile si evince come la sola tutela risarcitoria erogabile dall'AGO lasciasse sullo sfondo "*gli altri interessi*", ossia l'interesse a ottenere una tutela specifica contro l'azione illegittima dell'Amministrazione: impedire l'espropriazione, anziché accontentarsi del solo risarcimento del danno; avere un giudice per evitare la leva militare; impedire immissioni dannose da un opificio pubblico, anziché ottenere un mero ristoro economico, contestare in radice un provvedimento di calmiere dei prezzi.

4.3. *I pareri del Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari al Re tra il 1865 e il 1889*

Anticipando le conclusioni all'analisi, può osservarsi che il rimedio del ricorso straordinario al Re fu ammesso con molta larghezza di vedute sia quanto all'ambito soggettivo, che a quello oggettivo, che quanto ai rimedi adottabili.

Sotto il profilo dell'ambito soggettivo, un primo dato che emerge dalla disamina dei pareri sui ricorsi straordinari al Re è che tale strumento viene di fatto ammesso anche quando l'istanza del ricorrente non rispettasse i requisiti formali o temporali di un vero e proprio ricorso. In tal caso non di rado si consentiva una sorta di "conversione" del ricorso in "denuncia" idonea a sollecitare l'esercizio di un potere di autotutela, e quindi l'annullamento del provvedimento impugnato non già per via di accoglimento del ricorso straordinario, ma per via di un potere di autotutela del Governo nei confronti dei provvedimenti dei Comuni. Sicché l'ambito soggettivo non era solo quello dei ricorrenti in senso proprio, ma anche dei meri denuncianti, e della conseguente iniziativa d'ufficio. Si rinviene ampia casistica in tal senso in materia di operazioni elettorali

dei Comuni, che venivano non di rado annullate, vuoi per via di accoglimento di ricorsi straordinari al Re, vuoi per via di autotutela (Cons. St., 2.12.1873; Id., 17.12.1873; Id., 27.5.1874 n. 1614-684; Id., 18.11.1874; Id., 24.11.1875; Id., 10.12.1875, pareri; v. inoltre Cons. St., 21.7.1876, parere, da cui si desume che un ricorso straordinario al Re, intempestivo come tale, poteva essere trattenuto come denuncia volta a sollecitare un potere di autotutela).

Sempre sotto il profilo dell'ambito soggettivo, si ammetteva la legittimazione attiva dei Comuni, contro provvedimenti prefettizi di annullamento di loro provvedimenti, sicché il ricorso straordinario divenne uno strumento anche per risolvere liti tra enti pubblici (Cons. St., 30.8.1878 n. 3595-1448, parere per l'annullamento di un decreto prefettizio che aveva annullato una decisione di un Comune in materia di debito pubblico, su ricorso del Comune; Cons. St., 21.9.1878 n. 3742-1498, sempre relativo al ricorso di un Comune contro un provvedimento prefettizio).

Quanto all'ambito oggettivo, il rimedio venne ammesso non solo in quegli ambiti di azione amministrativa non sindacabili da parte del giudice ordinario, ma anche negli ambiti di competenza di quest'ultimo, e, può ben dirsi, in concorrenza e competizione con il giudice ordinario, posto che con il ricorso straordinario si poteva fare quel che non si poteva fare con il ricorso al giudice ordinario, ossia annullare i provvedimenti amministrativi.

Dunque con il ricorso straordinario ben si potevano dedurre violazioni di diritti soggettivi, oltre che di interessi "altri" non tutelabili davanti al giudice ordinario[25]: ad esempio in materia di elezioni comunali, il ricorso straordinario poteva avere ad oggetto sia le operazioni elettorali (Cons. St., 19.9.1878 n. 3797, parere), che le questioni di elettorato (Cons. St., 26.10.1878; Id., 9.4.1879, pareri), così come lo si ammetteva in materia di liti tributarie.

Attraverso i pareri che suggerivano al Re l'annullamento dei provvedimenti viziati, il Consiglio di Stato esercitava sull'azione amministrativa un sindacato ben più penetrante e incisivo di quello del giudice ordinario, in ambiti di particolare rilievo dell'azione amministrativa dell'epoca (e di rilievo tutt'oggi), non solo ponendo le basi della tutela del cittadino contro la pubblica amministrazione, ma conseguendo anche un diverso risultato, che non può sfuggire all'attenzione dell'interprete, che fu quel-

[25] La concorrenza del ricorso straordinario al Re e del ricorso giurisdizionale al giudice ordinario è un modello rimasto in vigore fino al 2010 e venuto meno solo con il c.p.a.: v. oltre nel testo, par. 11.

lo di un penetrante controllo da parte dell'Amministrazione centrale (il Re e i suoi Ministri, dato che i ricorsi straordinari venivano istruiti dai Ministeri competenti), sulle amministrazioni periferiche, e segnatamente i Comuni, di una Italia da poco unificata, e ancora eterogenea nella sua compagine burocratica periferica.

Attraverso questo controllo si contribuì a individuare regole uniformi dell'agire amministrativo da parte delle amministrazioni periferiche, che nell'Italia appena unificata avevano prassi diversificate, in ragione della pregressa appartenenza a disomogenei Stati preunitari.

È significativo in tal senso il numero rilevante di ricorsi straordinari accolti in materia di operazioni elettorali dei Comuni, già sopra menzionati.

Sono significativi anche i pareri del Consiglio di Stato sulle procedure di affidamento di contratti pubblici, che affermarono i principi, ancora oggi basilari, di pubblicità, concorrenza, parità di trattamento; si segnalano:

- pareri sulla necessità di pubblicità adeguata ove si seguissero procedure aperte (Cons. St., 17.12.1875 e Id., 16.11.1878, secondo cui va annullato un pubblico incanto per violazione della regola di previa pubblicità sui giornali; Cons. St., 7.3.1879, secondo cui va annullata una gara di appalto per vizio di procedura);
- un parere volto a limitare l'utilizzo della trattativa privata (Cons. St., 9.10.1878, relativo al ricorso di un Comune avverso l'annullamento prefettizio di un appalto senza gara, afferma la necessità dell'autorizzazione prefettizia per il ricorso da parte dei Comuni alla trattativa privata);
- un parere che censura la violazione della concorrenza in relazione a una clausola che in un appalto limitava la partecipazione ai soli soggetti domiciliati nel Comune che indiceva la procedura (Cons. St., 20.8.1879 n. 3539-1393: "*siccome l'asta pubblica ha per iscopo di promuover la concorrenza pel maggiore interesse della pubblica amministrazione, così deve dirsi contrario allo spirito e al fine della legge una condizione con la quale siano ammessi al concorso i soli domiciliati nel Comune*", con conseguente riscontrato vizio di nullità della gara. Il riferimento testuale allo spirito e al fine della legge, anziché solo alla sua lettera, pone le basi del passaggio dal sindacato di legalità a quello più ampio di illegittimità, che comprende l'eccesso di potere[26].

[26] A proposito delle nozioni di illegalità e illegittimità si suole evocare un altro parere, che si attribuisce a S. Spaventa, Cons. St., 5.12.1879, riportato da G. De Nava,

Il rapporto di impiego con i Comuni non era precisamente qualificato come pubblico o privato (p. es. con riferimento ai maestri elementari si fa riferimento a convenzioni tra questi e i Comuni), ciò non di meno si posero le basi dei principi in materia di procedure concorsuali: con riferimento ad una procedura di reclutamento di un segretario comunale, un parere del Consiglio di Stato in sede di ricorso straordinario al Re affermò la nullità della nomina sulla base di una terna proposta dalla Giunta comunale con esclusione di tutti gli altri concorrenti (Cons. St., parere 2.8.1879 n. 3147-1227).

Più in generale il Consiglio di Stato andò elaborando, nell'arco temporale oggetto qui di studio, i parametri del corretto agire amministrativo, sulla scorta di principi relativi alla trasparenza, all'economicità dell'azione pubblica, all'ampiezza e limiti della discrezionalità:

- si affermò il dovere di astensione dei pubblici funzionari e gli effetti della violazione di tale dovere sulle delibere degli organi collegiali: con conseguente nullità delle delibere dei consigli comunali prese con il voto determinante del consigliere che aveva il dovere di astenersi (Cons. St., pareri 1.12.1875 e 25.8.1875; Id., 22.3.1876, parere, in tema di annullamento ministeriale d'ufficio di un provvedimento comunale consistente nell'assunzione di un impiegato con partecipazione alla delibera del Sindaco che avrebbe dovuto astenersi);
- si affermò il principio di deferenza rispetto al margine di apprezzamento riservato all'autorità amministrativa, ritenendosi, in ossequio al principio di conservazione e significato utile, legittimo l'operato dell'amministrazione che in una elezione comunale con due candidati omonimi ritenne di attribuire il voto dell'elettore a quello dei due candidati che era eleggibile e non a quello che risultava essere ineleggibile (Cons. St., 6.8.1879, parere);
- si affermò che gli atti che sono espressione di "*facoltà discretiva*" "non possono essere annullati o revocati tranne il caso di "*erroneità di fatto o di calcolo o di manifesto o capriccioso arbitrio*" (Cons. St., 8.3.1876, parere, con riferimento al potere della Deputazione provinciale di autorizzare i Comuni a imporre sopraimposte), o di

Consiglio di Stato, in *Digesto italiano*, VIII, 2, 1895-1898, 310, ove si afferma che la legittimità va "*intesa alquanto largamente*" e "*non esclude, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, il riesame di quelle questioni sostanziali che attengono alla vera giustizia dei provvedimenti*". Si cita anche (riportato da M. MAZZAMUTO, *op. cit.,* 356, nota (24), Cons. St., 16.7.1870, parere: "*la questione della legittimità di provvedimenti amministrativi non si può esaminarla sempre ed in modo assoluto indipendentemente dalla giustizia e quindi dal merito dei provvedimenti stessi*".

"*criteri eccessivi o arbitrari*", dove l'uso dell'aggettivo "eccessivo" prelude alla elaborazione della figura sintomatica dell'eccesso di potere (Cons. St., 4.2.1876, parere, con riferimento al provvedimento di una Deputazione provinciale relativa a bilancio comunale, che escluse il sindacato sull'apprezzamento espresso dalla Deputazione, con l'eccezione del caso di criteri eccessivi o arbitrari);

- si arrivò a sindacare il merito dell'apprezzamento, laddove l'Amministrazione ravvisasse divieti non espressamente evincibili dalla lettera e soprattutto dallo spirito della legge: si controverteva della validità o meno del voto per elezioni comunali, espresso su una scheda diversa dal modello approvato, e il Consiglio di Stato affermò che tale voto doveva ritenersi valido perché l'utilizzo di una scheda diversa dal modello non era di per sé segno di riconoscimento e la legge non poneva un divieto espresso di utilizzo di schede difformi dal modello (Cons. St., 1.12.1875, parere); ovviamente tale decisione va contestualizzata in una epoca in cui le elezioni comunali si svolgevano su base locale senza la vigilanza e gestione del Ministero dell'interno;
- si stabilirono presupposti e limiti dell'autotutela pubblicistica, affermandosi, con riferimento al potere governativo di annullamento dei provvedimenti dei Comuni, il principio del bilanciamento, avendo riguardo al tempo trascorso e all'avvenuta esecuzione dell'atto secondo buona fede (Cons. St., 18.11.1874, parere).

Sul piano della tecnica di redazione, i pareri su ricorso straordinario seguivano lo stile decretizio con la formula "atteso che" (v. Cons. St., 12.10.1878 n. 4255-1698, parere), quello stesso stile che era stato utilizzato per le sentenze rese dal 1859 al 1864, con identità di tecnica di redazione di sentenze e pareri.

4.4. *Le decisioni del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione tra il 1865 e il 1877*

Le decisioni del Consiglio di Stato sui conflitti di attribuzione tra pubblica amministrazione e giudice ordinario e tra giudice speciale e giudice ordinario vengono qualificate, nella Rivista amministrativa del Regno, talora come sentenze (Cons. St. 9.7.1873 su conflitto di attribuzione tra pubblica amministrazione e giudice ordinario; Cons St., 26.11.1873, su conflitto di attribuzione tra Corte dei conti e giudice ordinario), più spesso come decreti (Cons. St., 20.11.1873, decreto, su conflitto di attribuzione tra Corte dei conti e giudice ordinario; Cons. St., 23.3.1875 decr. su conflitto di attribuzione tra PA e AGO). Il dato

significativo è che la Rivista colloca comunque tali decisioni nella sezione "giurisprudenza amministrativa" considerandole quindi un esercizio della funzione giurisdizionale e non della funzione esecutiva. In tal senso del resto deponeva il dato normativo, in quanto l'allegato D della l. n. 2248/1865 collocava tale attribuzione del Consiglio di Stato tra le sue residue funzioni giurisdizionali, da esercitarsi con "decreto motivato" (art. 10 n. 1 sopra riportato).

I conflitti di attribuzione sollevati dalla pubblica amministrazione davanti al giudice ordinario, per il tramite dei prefetti, appaiono, da una disamina della giurisprudenza dell'epoca, piuttosto numerosi, e in costante crescita dal 1866 al 1876 (dal numero iniziale di 61 a 158 nel 1876[27]). Stando a talune fonti, il Consiglio di Stato pronunciò, nel periodo 1865-1877, 500 decisioni in materia di conflitti[28], tanto da suscitare, poi, la reazione dell'intervento legislativo che attribuì la funzione di soluzione di tali conflitti alla Cassazione nel 1877.

Il Consiglio di Stato ammetteva il conflitto di attribuzione sollevato dalla P.A. per il tramite dei Prefetti entro limiti temporali piuttosto ampi: affermando che il termine assegnato al Prefetto per sollevare il conflitto non fosse perentorio; e che una volta sollevato il conflitto di attribuzione, il giudice ordinario avesse l'obbligo di sospendere il giudizio fino alla sua definizione. La Cassazione cercò di porre un argine all'assenza di limite temporale ritenendo che il conflitto di attribuzione non potesse più essere sollevato quando il giudizio pendeva in Cassazione. E tuttavia si affermò anche che in caso di annullamento della Cassazione con rinvio al giudice di merito, nel giudizio di rinvio si potesse ancora sollevare conflitto di attribuzione (v. la rassegna casistica in Circolare del Ministro dell'interno 7.4.1874 n. 15500 diretta ai Prefetti, in *Riv. Amm. del Regno*, 1874, 521 ss.).

Sul piano contenutistico, le decisioni del Consiglio di Stato rese sui conflitti di attribuzione, circoscrivevano il sindacato del giudice ordinario sull'agire amministrativo alla sola verifica di "legalità" ossia di conformità dell'atto amministrativo al paradigma normativo, escluso ogni sindacato sull'esercizio della discrezionalità. Si legge nella "sentenza"

[27] Dati riferiti da F. Astone, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 6.6.2011; v. anche M. Gigante, *I conflitti di attribuzione nella giurisprudenza del Consiglio di Stato,* in ISAP, Giuffré, Milano.

[28] M. Mantellini, *I conflitti di attribuzione in Italia dopo la legge del 31 marzo 1877*, Firenze, 1878, cit. in A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, Torino, 1904, 414, n. 19.

del Consiglio di Stato 3.12.1873 che l'esercizio del "*potere discretivo dell'Amministrazione non può essere sottoposto al sindacato*" del giudice ordinario.

In materia espropriativa, decidendo su conflitto di attribuzione tra amministrazione e giudice ordinario, il Consiglio di Stato afferma che il giudice ordinario non può né annullare né sospendere il decreto di espropriazione (Cons. St., 11.2.1874, decr.).

In materia di provvedimenti di urgenza emessi dai Comune (in un caso di provvedimento sindacale finalizzato alla demolizione di un edificio pericolante), il Consiglio di Stato afferma che "*i Tribunali ordinari non possono sindacare l'attendibilità del provvedimento emesso dal Sindaco per la demolizione di una casa minacciante rovina, non essendovi altro rimedio che il ricorso gerarchico".* Compete però ai Tribunali giudicare delle conseguenze dannose connesse alle modalità esecutive e delle connesse istanze di risarcimento del danno. Con la precisazione che "*il merito intrinseco… è sottratto"* all'AGO, laddove le conseguenze dannose delle modalità esecutive restano un *fatto indipendente* dal provvedimento amministrativo.

In materia di provvedimento di aumento del numero delle farmacie, il Consiglio di Stato regolando il conflitto di attribuzione tra PA e AGO riservava alla prima "*un potere discrezionale di accrescerne il numero a seconda dei constatati bisogni",* e i titolari delle farmacie esistenti possono opporsi alla istituzione di nuove sedi solo mediante ricorso gerarchico, esclusa la competenza dei Tribunali ordinari (Cons. St., 15.5.1876, decr.).

In un conflitto di attribuzione tra PA e AGO in tema di diniego comunale di un permesso a costruire per ritenuto contrasto del progetto con il piano regolatore, il Consiglio di Stato affermò che non è dato ricorso ai Tribunali ordinari ma solo all'autorità amministrativa che "*col suo potere discrezionale esamina se l'interesse pubblico e collettivo si opponga all'esercizio condizionato di un diritto privato e individuale*" (Cons. St., 18.12.1875, decr.).

E, ancora, si riteneva non esservi alcun rimedio contro l'inerzia dell'Amministrazione: ravvisandosi una incompetenza assoluta dell'AGO sulla domanda del cittadino volta a far prefiggere un termine perentorio al Comune per rilasciare un permesso di costruzione: come si vede, la costruzione dell'interesse pretensivo era tutta di là da venire e non venne lasciato il campo al giudice ordinario (Cons. St., 18.12.1875, decr.)[29].

[29] V. oltre, par. 11, per alcuni cenni alla costruzione della tutela avverso il silenzio dell'Amministrazione.

Di particolare interesse è una decisione del Consiglio di Stato in sede di conflitto di attribuzione, che negò ogni tutela risarcitoria davanti all'AGO a fronte di una asserita imputazione di omesso esercizio di una pubblica funzione, ove peraltro il ragionamento non sembra tanto essere quello, che ci aspetteremmo, della non risarcibilità dell'interesse legittimo, o della insindacabilità da parte del giudice ordinario del modo di esercizio o del mancato esercizio di una funzione pubblica. Perché a ben vedere una situazione siffatta, di assenza di un provvedimento amministrativo, poteva essere il terreno di elezione dell'azione risarcitoria davanti all'AGO. Invece, il Consiglio di Stato, sotto forma di soluzione di un conflitto di attribuzione, affrontò direttamente il merito della questione, affermando che il pubblico potere aveva fatto tutto quanto fosse esigibile, sicché non si ravvisava in capo ad esso alcuna colpa omissiva. Il caso è quello di una azione risarcitoria intentata contro il Governo per danni subiti a seguito di azioni di brigantaggio, in cui il privato attore imputava al Governo una condotta omissiva, sotto il profilo del mancato esercizio della forza pubblica. Il Consiglio di Stato affermò che i danni sofferti dai privati a causa del brigantaggio sono danni straordinari per i quali un Governo "*può soccorrere come ad una sventura*" (oggi parleremmo di indennizzo pubblico), ma non compete alcun titolo giuridico a un risarcimento da potersi invocare contro il Governo davanti ai Tribunali ordinari. Non è configurabile una colpa del Governo per non aver fatto tutto quello che doveva per garantire la sicurezza pubblica (Cons. St., 20.11.1875, decr.).

In estrema sintesi, secondo la visione del Consiglio di Stato quale giudice regolatore dei confini tra giurisdizione e amministrazione, non era mai consentito ai Tribunali ordinari il giudizio sulla "*convenienza, opportunità o necessità dell'atto amministrativo",* e ove il giudizio degli effetti dell'atto fosse compenetrato con quello su opportunità, convenienza, necessità, dell'azione amministrativa, non potrebbe spettare ai Tribunali ordinari "*senza turbare il principio della divisione dei poteri e privare l'autorità amministrativa di quella indipendenza e di quella libertà d'azione nell'esercizio delle proprie attribuzioni, che la legge necessariamente le conferisce*". In una siffatta ipotesi c'era il solo rimedio del ricorso gerarchico in prima battuta, e del ricorso straordinario al Re in seconda battuta (Cons. St., 19.6.1875, decr.).

5. *Verso la istituzione della Quarta Sezione. Il discorso di Bergamo*

La rassegna della giurisprudenza del giudice ordinario nel periodo 1865-1889, delle decisioni del Consiglio di Stato sui conflitti di giurisdizione e attribuzione nel periodo 1865-1877, dei pareri del Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari al Re nel periodo 1865-1889, danno conferma di quanto si legge nelle trattazioni manualistiche[30] che, con riferimento a quell'epoca, evidenziano come l'abolizione degli organi del contenzioso amministrativo e la istituzione di un sistema di giurisdizione unica costituì, anziché un progresso, una regressione nella tutela dei privati nei confronti dell'azione amministrativa. La tutela esclusiva dei diritti civili e politici davanti al giudice ordinario, lasciò senza tutela "altri interessi", ossia le posizioni individuali dei singoli nei confronti dell'amministrazione che non potevano tuttavia più relegarsi a interessi di mero fatto, perché la Storia recente, con gli organi del contenzioso amministrativo di matrice napoleonica, aveva fatto emergere tali interessi come situazioni giuridiche meritevoli di tutela e quindi creato una nuova consapevolezza e, se si vuole, istanza collettiva, che essi dovessero essere tutelati, in qualche modo. Nel passaggio dallo Stato assoluto allo Stato costituzionale, con l'affermazione della divisione dei poteri, era emersa anche la esigenza che il potere esecutivo-amministrativo fosse assoggettato a controllo e bilanciamento da parte del potere legislativo e di quello giurisdizionale. Ma secondo una rigida concezione della divisione dei poteri, come il potere esecutivo non poteva interferire con quello giudiziario, così quello giudiziario non poteva interferire con la sfera riservata all'amministrazione. Era questa la concezione riflessa dal modello di giurisdizione unica, con il conseguente divieto per i Tribunali ordinari di annullare o modificare i provvedimenti amministrativi, un modello a ben vedere, poco liberale, o, se si vuole, liberale dal punto di vista dell'Amministrazione, non dei destinatari della sua azione. Senonché, secondo il modello napoleonico degli organi del contenzioso amministrativo, e in una visione più evoluta della divisione dei poteri e soprattutto della tutela del cittadino contro l'agire pubblico, erano stati creati, prima della legge del 1865, organismi *ad hoc* per trattare le liti tra privati e pubblica amministrazione in cui venissero in rilievo provvedimenti amministrativi. È tale costruzione che segna l'emersione degli "altri interessi" diversi dai "diritti", e di cui si acquisì piena consapevolezza quando la tutela degli altri interessi venne meno con l'abolizione degli organi

[30] *In primis* M. Nigro, *op. cit.*

ordinari del contenzioso amministrativo. È stato efficacemente osservato che proprio l'opera di unificazione legislativa del Regno di Italia con la legge istitutiva della giurisdizione unica fa entrare nel diritto positivo la distinzione tra "diritti" e "interessi", e che "*seguire lo svolgimento della distinzione fra diritto e interesse significa (…) fare la storia della giustizia amministrativa in Italia*"[31].

Non è del tutto corretto continuare ad affermare che gli "altri interessi" rimasero completamente senza tutela, dal 1865 al 1889: non solo perché restarono in vita i "giudici speciali" del contenzioso amministrativo, essendo stati aboliti solo gli organi ordinari del contenzioso amministrativo, ma anche perché, nel terreno lasciato vuoto dalla abolizione degli organi ordinari dal contenzioso amministrativo e non interamente occupato dal giudice ordinario, per conseguire la tutela specifica dell'annullamento del provvedimento, era possibile seguire la via del ricorso gerarchico, e, successivamente, quella del ricorso straordinario al Re. E, come emerge dalla sia pur rapida rassegna di giurisprudenza, il rimedio del ricorso straordinario al Re assicurava, pure nei campi in cui era possibile adire il giudice ordinario, nei quali il ricorso straordinario era un rimedio concorrente, una tutela in forma specifica, mediante annullamento del provvedimento lesivo.

Quindi la tutela degli altri interessi era assicurata, tuttavia attraverso un percorso non immediato e diretto, ma più tortuoso, dovendosi attendere la definitività del provvedimento, per poterlo sfidare con il ricorso straordinario (ma del resto tale meccanismo rimase in vita anche dopo il 1889 e fino, alla istituzione dei Tar), e soprattutto senza la garanzia della giurisdizione.

Gli "altri interessi" avevano dunque un rimedio, ma indiretto, e non giurisdizionale.

Soprattutto, la previa via del ricorso gerarchico alla stessa pubblica amministrazione autrice del provvedimento, era un regresso rispetto al precedente strumento degli organi ordinari del contenzioso amministrativo, che pur non essendo giudici in senso proprio, erano tuttavia più indipendenti, nel decidere, dell'amministrazione parte in causa[32].

Questo diede luogo a quel movimento di opinione che sinteticamente fu definito "*per la giustizia nell'amministrazione*"[33], il cui dibattito è riassunto nel noto discorso di Bergamo di Silvio Spaventa (tenuto il

[31] L. Piccardi, *op. cit.*, 151 ss.
[32] L. Piccardi, *op. cit.*, 174.
[33] L. Piccardi, *op. cit.*, 174.

7.5.1880 (secondo altri il 6.5.1880) presso l'Associazione costituzionale di Bergamo[34], un discorso politico prima che giuridico, che egli tenne in qualità di Deputato al proprio *constituency,* essendo appunto stato eletto Deputato, sin dal 1876, nel collegio di Bergamo, sebbene fosse al contempo anche e già consigliere di Stato, e di cui è utile riportare i passaggi più significativi e moderni.

Il discorso di Bergamo esordisce con il cuore del problema individuato nel pericolo che corrono le istituzioni per causa "*della ingerenza indebita dei deputati nell'amministrazione dello Stato*". Ma l'obiettivo di Spaventa è di trattare una questione di ordine più generale, vale a dire le "*difficoltà che incontrano la giustizia e la legalità nelle pubbliche amministrazioni sotto i governi parlamentari*". I governi parlamentari sono "*governi di partito*", ossia di parte, e occorre impedire che un partito al governo abusi del potere, e, tanto passa attraverso "*un'essenziale distinzione fra governo e amministrazione*". Spaventa avverte dunque la necessità di una delimitazione tra "politica" e "amministrazione", e individua due aspetti critici, il primo afferente alla non chiarezza delle leggi amministrative, che lasciano ampio spazio all'arbitrio degli amministratori, anche a causa di un eccesso di spazio lasciato dalle leggi del Parlamento ai regolamenti dell'esecutivo. Il secondo aspetto critico viene individuato nel "*difetto e incertezza del giudice, che decida sulla controversia che nasce quando il cittadino si risente e si oppone all'abuso ed arbitrio, che contro di lui si commette o si tenta commettere*". Tale difetto viene da Spaventa direttamente imputato alla legge del 1865, alla quale riconosce un indubbio merito, di aver posto rimedio a un eccesso della legislazione sarda del 1859, come anche della legislazione preunitaria napoletana, che aveva commesso una *"usurpazione mostruosa*" quella di consentire agli organi del contenzioso amministrativo, "*di giudicare anche sopra controversie di puro privato diritto*", usurpazione, secondo Spaventa, non tollerabile nemmeno se ai giudici del contenzioso amministrativo fossero stati dati la indipendenza e le garanzie dei giudici ordinari. Trattandosi di cause di diritto privato, non vi era ragione per non attribuirle ai giudici ordinari. "*Le controversie (…) di puro diritto privato (…) dovevano senza indugio essere restituite al dominio della giustizia ordinaria*". L'errore della legge del 1865 fu, secondo Spaventa, che "*essa ebbe la pretesa di fare molto di più: di sottoporre, cioè, al giudice ordinario anche*

[34] S. Spaventa, *Giustizia nell'amministrazione,* in www.giustizia-amministrativa.it. In argomento v. anche F. Gambino, *La giustizia nell'amministrazione e l'idea di Stato in Silvio Spaventa,* in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, 2011, 165 ss.

le controversie di diritto pubblico, e questo non seppe e non poté fare se non in modo molto imperfetto". "*Anzi, abolendo radicalmente la giurisdizione, privò molti interessi di qualsiasi garentia di giustizia, e lasciò molti diritti senza più giudice in balìa dell'amministrazione così detta attiva, o di giurisdizioni speciali, informi e rudimentali, confuse con essa o che in essa mettono capo*". Molte materie, poi, vennero espressamente sottratte all'AGO dalla legge del 1865 e altre vennero sottratte da leggi speciali successive, ricorda Spaventa, il quale aggiunge che questo effetto deleterio fu previsto in sede di lavori preparatori della legge del 1865 da Cordova, Rattazzi, Crispi: "*Tutti tre videro che, con la pretesa di devolvere all'autorità giudiziaria ogni specie di questioni allora attribuite ai tribunali del contenzioso amministrativo, le guarentigie, con cui esse devono risolversi nell'interesse così pubblico che privato, erano diminuite piuttosto che accresciute*". Ma nessuno dei tre oratori ricordati, né altri, vide secondo Spaventa l'aspetto nuovo del problema che è "*relativo alle guarentigie necessarie al diritto pubblico di un Paese sotto un governo parlamentare, ossia di partito*", perché "*la questione, per essi, fu tutt'altra, più dottrinale che pratica: dov'è il diritto, dev'esservi il giudice; niuno ad un tempo può essere giudice e parte in una controversia; l'amministrazione non è giurisdizione, ogni controversia tra essa e i cittadini deve quindi avere un giudice distinto e indipendente da essa; uno è il diritto e una quindi la giustizia, e però non più tribunali speciali o eccezionali, e tanto meno tribunali informi, senza vera indipendenza e guarentigia, com'erano i tribunali amministrativi*". Una riforma sicuramente mossa da spirito "liberale", ma che "*non fece avanzare, anzi è a temere che abbia fatto retrocedere, l'ordinamento del nostro diritto pubblico. I suoi autori non pare che intendessero tutta l'importanza che questo ha oggi nella vita* degli *Stati moderni, dove gli uomini sono collegati sempre più da nuovi rapporti di diritto pubblico tra loro, mediante la estensione sempre maggiore di un'amministrazione comune, nella quale l'interesse di ciascuno vuole essere egualmente ed efficacemente protetto. Essi si preoccuparono solo del lato meramente politico del diritto pubblico, cioè di quella parte dei suddetti rapporti che concerne la partecipazione dei cittadini al governo dello Stato, come sono le questioni di elettorato, eleggibilità e simili, messe sotto la protezione sicura di giudici indipendenti e imparziali; trascurando quasi tutto il resto, cioè quei rapporti giuridici, o, se volete, interessi d'indole puramente amministrativa, ma non meno importanti nella vita di un uomo moderno, che la qualità di elettore o di eleggibile*". Spaventa passa all'esempio pratico della legislazione di pubblica sicurezza, connotata da quello che lui chiama l'arbitrio – oggi diremmo scelta discrezionale – dell'autorità pubblica, ad

es. nel rilascio di porto d'armi o di licenze di pubblico spettacolo, o di chiusura di stabilimenti industriali insalubri o pericolosi. In questa vasta zona grigia, "*in tutti questi rapporti d'interesse, in cui un cittadino può essere offeso, non evvi possibilità di riparazione se non in via gerarchica, cioè nella decisione dell'autorità superiore a quella che abbia commesso l'offesa. E questa decisione non ha altra garenzia di giustizia, salvo quella che ci offre la posizione morale dell'autorità superiore (…)*".

La proposta di Spaventa si pone in chiave di miglioramento e completamento della riforma del 1865 lasciando al giudice ordinario le liti di diritto privato tra cittadini e amministrazioni, e perfezionando il sistema delle liti di diritto pubblico a cui va dato un giudice distinto dalla pubblica amministrazione: "*non perciò io sono per proporvi riforme, che sconvolgano gli ordinamenti presenti della nostra amministrazione; basta completare l'opera del 1865 con una nozione più chiara di questo scopo e delle condizioni ed esigenze proprie della giustizia e dell'amministrazione insieme. Il ministro non deve essere giudice: ecco il mio principio direttivo. E dovunque la legge del 1865 ha mantenuta una giurisdizione amministrativa, pure dissimulandola, mettetene fuori il potere ministeriale; graduate meglio le istanze; chiamate nelle istanze inferiori, dove non è ancora, l'elemento elettivo e, dov'è, disciplinate il loro procedimento con tutte le garentie di giustizia e di verità; e date alle istanze superiori forma, procedimento e indipendenza di vera magistratura sopra le controversie di diritto pubblico, in cui oggi non emettono che pareri. Finché noi non avremo fatto ciò, il nostro diritto pubblico rimarrà, per una gran parte, senza nessuna garentia." "L'opera, che io propongo, si ridurrebbe sostanzialmente a una semplice riforma delle attribuzioni e forse della composizione del Consiglio di Stato, nonché delle attribuzioni giurisdizionali e del procedimento delle Deputazioni provinciali, e allo sviluppo delle facoltà giurisdizionali attribuite a parecchie Commissioni e corpi amministrativi, che ora deliberano senza garentia nessuna di procedimento. (…) L'importante, ora, è di fissare questa idea: la necessità di avere veri giudici e veri giudizi di diritto pubblico in tutte le sfere della nostra amministrazione; unico rimedio ai pericoli che corre il sistema parlamentare*".

Conclude poi Spaventa con la necessità di una legge che selezioni i pubblici impiegati per merito professionale e non per merito politico "*La corruzione dei governi parlamentari, massime negli Stati del continente europeo, ha un'altra cagione nell'immenso patronato, di cui essi possono disporre; cioè, negli impieghi ed uffici che possono conferire ai loro partigiani. È necessità, quindi, di fare una legge sullo stato degl'impiegati, che definisca assai precisamente le condizioni ed i modi con cui gli uffici*

pubblici sono conferiti, come ci si può avanzare e le cause per cui si perdono. Senza questa legge, gli abusi che un ministero di partito può commettere in questo campo delle sue attribuzioni, con danno non piccolo delle amministrazioni pubbliche e della pubblica moralità, sono innumerevoli e irreparabili".

In estrema sintesi, Spaventa colse come nel passaggio dagli Stati preunitari a uno Stato unitario e moderno, con l'avvento dello Stato parlamentare, da un lato fosse più esteso il pericolo della ingerenza della politica partitica nell'amministrazione, e dall'altro fossero diventati più numerosi e complessi i rapporti di diritto pubblico, e le occasioni di scontro tra potere pubblico e interessi dei cittadini. Tali rapporti tra potere esecutivo e cittadini non potevano essere circoscritti al terreno dei diritti civili e politici. La legislazione di pubblica sicurezza e in generale il sistema amministrativo di licenze, permessi, autorizzazioni pubbliche di attività private, faceva emergere la sfera dei rapporti di diritto pubblico a contenuto sociale ed economico. Una area amplissima lasciata in balia di una pubblica amministrazione che subiva ingerenze dai partiti politici. In questo quadro, per Spaventa era necessario che vi fosse un giudice per i rapporti di diritto pubblico, ossia un soggetto dotato di garanzie di indipendenza. Per Spaventa sembrava naturale che la divisione dei poteri e l'essere stato il giudice civile tradizionalmente il giudice dei diritti civili e politici, non portasse ad attribuire la giurisdizione sui rapporti di diritto pubblico al giudice civile. Invece, sembrava naturale attribuire tale giurisdizione agli organi del contenzioso amministrativo, che ne avevano già avuto esperienza in passato, mentre diventava centrale elevare essi al rango di giudici, con l'attribuzione delle garanzie di indipendenza.

Così conclude Spaventa, sintetizzando il suo lungo discorso nella parte che riguarda la giustizia amministrativa:

"Ho creduto poter provare come l'abolizione dei tribunali amministrativi, da noi fatta nel 1865, non risolvé punto questo problema, col sistema di sottoporre alla autorità giudiziaria ordinaria tutte le controversie giuridiche dell'amministrazione. Che, anzi, per alcuni rispetti, ha aggravato la condizione delle cose così per se stessa come col lasciar aumentare con leggi speciali, pubblicate contemporaneamente, il potere discrezionale dell'amministrazione pura, e abbandonando a questa tutt'i rapporti di diritto pubblico con le amministrazioni locali. Vi ho esposto le conseguenze di questo sistema e la condizione presente delle nostre principali amministrazioni sotto il punto di vista del grado di garentia giuridica che vi si riscontra: il cui difetto predominante nella pratica della polizia preventiva si riverbera su tutte le altre sfere amministrative. Ho soggiunto che a questi disordini

del nostro diritto pubblico non è rimedio sufficiente la responsabilità politica dei ministri; ma vi occorre un riordinamento della giurisdizione amministrativa, come si fa oggi dappertutto, e massime in Germania, il cui movimento legislativo in proposito brevemente vi ho descritto, accennando ciò che, senza sconvolgere le nostre amministrazioni, da noi si può fare, allo stesso scopo, con poche riforme nelle attribuzioni del Consiglio di Stato e col perfezionamento di altri organi della giurisdizione amministrativa attuale, colla legge della responsabilità degli amministratori e con quella sullo stato degli impiegati".

6. *I lavori parlamentari della legge Crispi*

Tale movimento per la giustizia nell'amministrazione portò all'elaborazione di vari disegni di legge, fino alla legge Crispi – Zanardelli 31.3.1889 n. 5992 di istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato[35], seguita dal t.u. 2.6.1889 n. 6166 e dai regolamenti di esecuzione, e di procedura davanti alla IV Sezione, 17.10.1889 nn. 6515 e 6516.

Come si legge nei lavori parlamentari che accompagnarono tale legge, "*La legge 20 marzo 1865 all. E proclamò la unità della giurisdizione restituendo alla giustizia ordinaria tutte le materie di diritto civile e politico, ma nulla avendo sostituito al contenzioso amministrativo, che abolì, rimase abbandonata alla potestà amministrativa la immensa somma di interessi onde lo Stato è depositario. Quella legge, quindi, se per una parte fu l'applicazione del principio di libertà, segnò per l'altra un vero regresso, in quanto lasciò al solo apprezzamento dell'autorità amministrativa interessi che prima avevano un giudice*".

7. *La giurisdizione e la natura della prima Quarta Sezione*

La IV Sezione venne espressamente istituita per la tutela di "interessi" altri rispetto ai diritti tutelati dal giudice ordinario: si fece infatti rife-

[35] In argomento v. G. Paleologo, *La prima Quarta Sezione*, in *Studi per il centenario della Quarta Sezione,* Roma, 1989, vol. I; R. Iannotta, *Le condizioni politiche e sociali coeve alla istituzione della Sez. IV del Consiglio di Stato e le prospettive attuali,* ivi; F. Astone, *La giustizia amministrativa prima e dopo l'Unità: il contenzioso amministrativo, la sua abolizione e l'istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato,* cit.; G. D'Agostini, *Sezione IV,* in *Il Consiglio di Stato nella storia d'Italia*, *Le biografie dei magistrati (1861-1948)*, a cura di G. Melis, Milano, 2006, t. II, 2337); P. Aimo, *Francesco Crispi e la riforma della giustizia amministrativa del 1889-1890,* in AA. VV., *Il Consiglio di Stato: 180 anni di storia,* Bologna, 2011, 153 ss.

rimento alla tutela impugnatoria di atti o provvedimenti di una autorità amministrativa (o di un corpo amministrativo deliberante) che avessero per oggetto *un interesse* di individui o enti morali quando i ricorsi medesimi *non fossero di competenza dell'autorità giudiziaria,* e si fece riferimento alla triade dei vizi, tramandata sino ad oggi, di incompetenza, violazione di legge, ed *eccesso di potere.*

La IV Sezione aveva il potere di annullare i provvedimenti illegittimi (art. 17 l. n. 5992/1889).

Subito dopo, con la l. 1 maggio 1890 n. 6837, vennero istituiti organi di giustizia amministrativa di primo grado presso le giunte provinciali amministrative, con competenza in materie tassativamente elencate.

Oltre alla giurisdizione generale di legittimità con esclusione degli atti politici (art. 3 l. n. 5992/1889), alla IV Sezione fu attribuita la c.d. giurisdizione di merito, tra cui il caso più significativo era quello dell'ottemperanza dei giudicati del giudice ordinario (art. 4, c. 1 n. 4, l. n. 5992/1889: "*la Sezione Quarta decide, pronunciando anche in merito, dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, per quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico*").

Di regola, il ricorso alla IV Sezione, quando era giudice di unico grado, era ammesso solo contro atti definitivi, ossia contro i quali fosse stata esaurita la via interna del ricorso gerarchico, sulla falsariga del modello preesistente del ricorso straordinario al Re (laddove il Consiglio di Stato francese aveva invece dato ingresso al ricorso *omisso medio*[36]), e fu chiarita l'alternatività tra ricorso alla IV Sezione e ricorso straordinario al Re (art. 7, l. n. 5992/1889).

La IV Sezione fu presentata come un "completamento" del sistema di tutela del 1865 davanti ai Tribunali ordinari, che restava *formalmente intoccato*, secondo la proposta di Spaventa nel suo discorso di Bergamo (v. art. 3 l. n. 5992/1889, ultimo inciso: "*quando i ricorsi medesimi non sieno di competenza dell' autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o col-*

[36] M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni (…), cit.,* 379 e nota (78) evidenzia che invece, nel sistema francese, già dai primi decenni dell'Ottocento si ammetteva che il ricorso per eccesso di potere potesse "*sempre essere formato omisso medio, senza preventivo ricorso al Ministro*"; il riferimento è a LAFERRIERE, *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux,* Paris, 1888, II, 420, che cita in nota la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese in tal senso; v. inoltre M. Th. DUCROCQ, *Cours de droit administratif,* Paris, 1868, 124.

legi speciali")[37]. Non ne fu chiarita esplicitamente la natura giurisdizionale, prevedendosi che decidesse con "decisioni motivate" (art. 5, l. n. 5992/1889), per evitare di alimentare le polemiche dei fautori della giurisdizione unica e della divisione dei poteri[38]. La natura giurisdizionale, tuttavia, fu ben presto affermata dalla Corte di cassazione, e poi riconosciuta dalla l. 7.3.1907 n. 62, istitutiva della V Sezione del Consiglio di Stato. Del resto la strutturazione del rito processuale davanti alla IV Sezione rendeva palese che innanzi ad essa si celebrasse un vero e proprio processo con tutte le relative garanzie, a cominciare dalla necessità che il ricorso fosse patrocinato da un avvocato iscritto al patrocinio davanti alla Corte di cassazione (art. 8, l. n. 5992/1889), e passando per le regole sulla notificazione del ricorso, sulla tutela cautelare (art. 12, l. n. 5992/1889), sulla udienza pubblica (art. 13 l. n. 5992/1889).

Lo Statuto albertino del 1848, esteso nel 1861 a tutto il Regno d'Italia, non faceva menzione della giurisdizione amministrativa, ma in relazione alla giurisdizione civile e penale fissava le garanzie di inamovibilità dei giudici (art. 69 dello Statuto) e della pubblicità delle udienze (art. 72), elementi entrambi che si rinvengono nella legge del 1889 in relazione alle guarentigie dei Consiglieri di Stato e in relazione al processo che si celebrava innanzi ad essi.

8. *L'organizzazione e l'ordinamento della prima Quarta Sezione*

L'istituzione della IV Sezione incise anche sui profili ordinamentali del Consiglio di Stato, in quanto per i presidenti di sezione e per i consiglieri di Stato la garanzia di inamovibilità – già espressa dalla legislazione precedente – venne rafforzata, stabilendosi che i medesimi non potessero essere rimossi, né sospesi, né collocati a riposo d'ufficio, né allontanati in qualsivoglia altro modo, se non nei casi tassativamente indicati e con le garanzie procedimentali espressamente normate. In particolare, non potevano:

(a) essere destinati ad altro ufficio pubblico, se non col loro consenso;

(b) essere collocati a riposo d'ufficio, se non quando, per infermità o

[37] M. Mazzamuto, *Francesco Crispi e la istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato,* in *P.A. – Persona e Amministrazione,* 2017, 445 ss.

[38] B. Sordi, *Silvio Spaventa e la Quarta Sezione: l'innesto della giurisdizione nella consulenza*, in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2020, parla di "innesto della giurisdizione nella consulenza".

debolezza di mente, non fossero in grado di adempiere convenientemente ai doveri della carica;

(c) essere sospesi, se non per negligenza nell'adempimento dei loro doveri o per irregolare o censurabile condotta;

(d) essere rimossi dall'ufficio, se non quando ricusassero di adempiere a un dovere del proprio ufficio imposto dalle leggi o dai regolamenti, quando avessero dato prova di abituale negligenza, ovvero con fatti gravi avessero compromesso la loro reputazione personale o la dignità del collegio al quale appartenessero.

Quanto alle garanzie procedimentali, nella seconda, terza e quarta delle ipotesi suddette, i provvedimenti dovevano essere emanati con decreto reale, su proposta motivata del Ministro dell'interno, udito il parere del Consiglio di Stato in sessione plenaria, e dopo deliberazione del Consiglio dei Ministri (art. 1, l. n. 5992/1889).

Tali guarentigie appaiono anzi ben più dettagliate di quelle che lo Statuto albertino prevedeva per i giudici ordinari limitandosi ad affermare che fossero inamovibili dopo tre anni di servizio (art. 69 dello Statuto).

9. *Il primo presidente, la prima composizione e la prima udienza della Quarta Sezione*

Come noto, il primo presidente della IV Sezione fu proprio S. Spaventa, seppure per un arco temporale inferiore a tre anni, in quanto la Sezione tenne la prima udienza il 10.4.1890 e S. Spaventa la lasciò per motivi di salute nel 1893, presiedendo l'ultima udienza il 2.3.1893.

Tutti i magistrati della prima IV Sezione, sebbene di nomina regia (e non di concorso), vennero individuati tra categorie di eligibili con altissimi requisiti di professionalità e esperienza, provenendo in prevalenza dalle fila della magistratura ordinaria.

Alla IV Sezione furono assegnati un presidente e otto consiglieri. A parte S. Spaventa (già professore universitario di filosofia, poi deputato del Regno, poi consigliere di Stato dal 29.11.1868 al 10.7.1873, quando divenne Ministro dei lavori pubblici, dimissionario dal Consiglio di Stato nel 1876, per essere stato assegnato alla Sezione finanze anziché a quella con competenze sui lavori pubblici e poi richiamatovi con decorrenza dall'1.11.1878 e assegnato alla Sezione dell'interno, comitato

dei lavori pubblici[39], eletto Deputato, poi nominato Senatore, e infine nominato presidente di Sezione del Consiglio di Stato), furono assegnati alla IV Sezione quattro consiglieri di Stato già appartenenti all'Istituto e quattro consiglieri di Stato di nuova nomina (F. S. Bianchi, già professore di diritto civile, poi consigliere della Corte di cassazione di Torino e poi di Roma, e poi senatore; G. Giorgi, giudice di tribunale civile e di Corte di appello, autore di testi giuridici, senatore; V. Ellena, già direttore generale del Ministero dell'economia e finanze e studioso di discipline economiche e finanziarie; C. Inghilleri, già direttore generale del Ministero della giustizia; dei quattro nominati in occasione della istituzione della IV Sezione, tre provenivano dalla magistratura: G. Imperatrice, già consigliere di appello e poi deputato; I. Nardi-Dei, già consigliere di appello; G. D. Tiepolo, già avvocato generale erariale; T. Tarchioni, invece proveniva dalla carriera prefettizia). Nel 1891 per la prima volta si fece uso del potere previsto dall'art. 8 r.d. n. 6616/1889, di destinare annualmente alla Sezione per la giustizia amministrativa sino a tre degli otto referendari facenti parte del ruolo del Consiglio, e vi fu assegnato R. Perla, già docente di storia del diritto italiano e poi giudice ordinario[40].

Per la prima udienza della IV Sezione, S. Spaventa aveva preparato un articolato discorso, ancora oggi conservato e studiato[41], che tuttavia non fu mai pronunciato in quella occasione, in cui si preferì un avvio dei lavori della IV Sezione con "basso profilo", sotto la preoccupazione di non suscitare la polemica dei fautori della giurisdizione unica che ritenevano un passo indietro il ripristino della funzione giurisdizionale del Consiglio di Stato. Il verbale della prima seduta della IV Sezione, del 13.3.1890 evidenzia che il suo insediamento fu presieduto direttamente dall'allora Presidente del Consiglio di Stato, C. Cadorna, alla presenza del Presidente S. Spaventa, e degli altri componenti della Sezione (tranne due assenti giustificati), e l'attività fu limitata alla verifica dei decreti di nomina dei componenti e a poche frasi di circostanza da parte del Presidente del Consiglio di Stato che prese la parola "*per indirizzare i più caldi voti ed auguri di prosperità alla novella Sezione, e per dichiarare i singoli componenti immessi nell'esercizio delle rispettive funzioni, esprimendo la fiducia che i pronunziati di essa abbiano a corrispondere agli alti e supremi fini della Giustizia amministrativa, nell'interesse della quale venne istituita*" e da parte del Presidente S. Spaventa che "*ringrazia a*

[39] G. Melis, *op. loc. cit.*

[40] Maggiori dettagli in G. Paleologo, *op. cit.*

[41] S. Spaventa, *Per l'inaugurazione della IV Sezione del Consiglio di Stato,* in *www.giustizia-amministrativa.it.*

nome di tutti i membri per gli elevati sentimenti espressi da S.E. il Presidente del Consiglio".

La prima udienza pubblica si celebrò, come detto, il 10.4.1890, trattando un limitato numero di affari (tre affari cautelari e sei affari di merito), e con una limitata risonanza mediatica dell'evento[42]. Nel suo primo anno di attività, il 1890, la IV Sezione pubblicò 172 decisioni; a seguire, nel 1891, 270, nel 1892, 373, nel 1893, 378, nel 1894, 456[43].

10. *Il discorso mai pronunciato*

Il discorso che S. Spaventa preparò per l'inaugurazione della IV Sezione e mai pronunciato, riprende, in modo più sintetico e tecnico, ed epurato dagli aspetti più politici e polemici contro la Sinistra, il discorso di Bergamo che egli tenne da politico rappresentante della Destra nel 1880. Nel discorso del 1890, dieci anni dopo, a parte una ricostruzione storica volta a dimostrare una sorta di necessità, quasi per diritto naturale, che dove vi sia amministrazione, vi sia una giustizia nell'amministrazione *("Sarebbe, infatti, un errore grande il credere che la giustizia amministrativa sia nata solo ai giorni nostri; poiché se, come è dimostrato razionalmente, essa è elemento essenziale d'ogni amministrazione pubblica, ha dovuto esistere in tutti i tempi, in cui vi fu qualche embrione di lavoro sociale che si chiami pubblica amministrazione"),* una idea che si ritroverà poi anche in Santi Romano, sebbene in quest'ultimo riferita all'esistenza stessa del Consiglio di Stato[44], e volta a ricordare i diversi modelli di tale giustizia nell'amministrazione negli Stati assoluti (giustizia ritenuta e commista con il potere sovrano) e costituzionali, Spaventa riparte dall'idea, già espressa a Bergamo, e qui affinata, che ciò che connota la giustizia nell'amministrazione negli Stati moderni è la divisione dei poteri ("*base dell'odierno diritto pubblico europeo, secondo il quale il potere che fa la legge è distinto da quello che la esegue; e il potere, destinato a mantenere mediante i suoi pronunciati l'armonia fra la legge e la sua esecuzione, è affatto distinto dall'uno e dall'altro*"). Viene meglio

[42] Maggiori dettagli sugli affari trattati durante la prima udienza e sulle notizie di stampa su tale prima udienza in G. PALEOLOGO, *op. cit.*

[43] Dati tratti da G. PALEOLOGO, *op. cit.*

[44] S. ROMANO, *op. cit.*, 4, in cui si legge "*Istituzione, in certo senso, universale e perenne* è, *in vero, il Consiglio di Stato, che, a prescindere da periodi o momenti di crisi, si* è *dimostrata necessaria in ogni tempo e in ogni regime. Si può dire che non c'è ordinamento statale di qualche importanza che ad essa non abbia fatto posto (…)*".

individuata e sistemata la ragione del fallimento della legge del 1865, sia a causa delle numerose materie che dopo tale legge vennero, sempre per legge, sottratte al giudice ordinario, sia per il limite intrinseco del sindacato attribuito al giudice ordinario, che atteneva alla sola verifica di conformità dell'atto amministrativo alla legge, senza tuttavia considerare che l'atto amministrativo il più delle volte non è pura esecuzione di legge in ragione degli ampi spazi lasciati dalla legge vuoti e rimessi al margine di apprezzamento dell'amministrazione. Emerge quindi nel pensiero di Spaventa la distinzione tra atti di gestione e atti di imperio, e come questi ultimi fossero stati sottratti al giudice ordinario e non sottoposti al controllo di nessun giudice nel sistema del 1865. Spaventa si interroga se possa esserci un margine di controllo pubblico degli atti di imperio, e secondo quali parametri, e osserva che l'atto di imperio, oltre al limite del rispetto della legge scritta, incontra altri tre limiti non scritti: il dovere di perseguire l'interesse generale, il doverlo perseguire con il minimo sacrificio dell'interesse del privato, il doverlo perseguire nel rispetto del dovere di imparzialità. Il controllo pubblico di tali atti è affidato all'ispezione pubblica *ex ante*, alla responsabilità ministeriale *ex post*, e al ricorso straordinario al Re, antico rimedio che permane. A tali istituti si aggiunge, con l'istituzione della IV Sezione, il rimedio della giustizia amministrativa, ossia del ricorso affidato a organi del contenzioso amministrativo ricostituiti, rispetto al passato, con maggiori garanzie di indipendenza. Nel pensiero di Spaventa la giurisdizione amministrativa, ancorché chiamata al suo compito su ricorso di un privato, appare una giurisdizione di diritto obiettivo, dove l'interesse del privato trova tutela mediata e indiretta attraverso la verifica della conformità dell'azione amministrativa al diritto, secondo la concezione, che per molti anni ha dominato, dell'interesse legittimo come interesse "occasionalmente protetto".

Questi i passaggi più significativi del suo pensiero:

"*Quell'idea di sottoporre all' autorità giudiziaria ogni questione nascente dai rapporti dei cittadini coi provvedimenti o atti amministrativi, risentiva del difetto che vi era ancora nel concetto del decreto o provvedimento amministrativo nei suoi rapporti con la legge, come se essi non fossero altro che la pura esecuzione di questa, e che questa – il diritto obbiettivo – generasse sempre, per sua essenza, diritti individuali. Ma il grande sviluppo dell'amministrazione nel periodo precedente aveva pure provato questa verità: che, se l'autorità amministrativa è, in generale, il potere esecutivo della legge, il suo compito nella vita reale (poiché la legge non può preveder tutto, né dar norma per ogni cosa) sorpassa il contenuto di quella,*

e si estende in molti punti dove, o la legge stessa o un diritto non scritto e consuetudinario, o, se non vuolsi dir tale, un diritto, che non è meno nella coscienza pubblica, e deriva dalla essenza stessa del governo, lasciano a questo un campo assai largo di libera azione ed estimazione per agire nel pubblico interesse e raggiungere i suoi fini.

(…) E, qui, appariva necessariamente un nuovo aspetto del problema della giustizia amministrativa. Gli atti o provvedimenti, che l'amministrazione dello Stato compie in questa sfera, che ho detto di libera azione ed estimazione, nei suoi rapporti coi privati, devono intendersi nel senso, che, esclusi interamente da ogni riesame o cognizione dei tribunali ordinari, vogliono essere lasciati tutti all' arbitrio delle stesse autorità amministrative? Ovvero, almeno per una parte di essi, nei quali è più facile e temibile e nocivo l'arbitrio, si può trovare nell'organismo dell'amministrazione stessa un controllo efficace, in modo da offrire qualche guarentigia di giustizia e d'imparzialità, desiderabile sempre in ogni sfera dell'amministrazione d'un paese civile?

(…) La competenza giudiziaria secondo la nostra giurisprudenza della legge 1865, è esclusa:

1 ° dove l'interesse individuale non è in generale offeso dalla pretesa violazione del diritto;

2° dove l'interesse individuale, che si dice offeso, non è, in generale o sotto determinate condizioni, protetto dalla legge;

3° dove l'atto d'amministrazione, o di governo, lesivo dei beni o della volontà degli individui, è autorizzato dall'ordine giuridico vigente, ma nel modo e nella misura viene lasciato alla libera estimazione dell'autorità pubblica o è fatto dipendere da presupposti di fatto tecnico-amministrativi, la cui esistenza o determinazione non può essere riconosciuta che dall'autorità stessa;

4° dove per l'inadempimento di un obbligo imposto all'amministrazione dalla legge nell'interesse generale, l'interesse individuale, che vi si trova accidentalmente congiunto e che da quello si dice offeso, non è l›oggetto proprio e diretto della protezione della legge.

Questi due ultimi motivi d'incompetenza giudiziaria si risolvono, in sostanza, nella libertà, lasciata all'amministrazione nell'uso di alcune sue facoltà verso i privati, e nella sua indipendenza dalla volontà dei medesimi nell' adempimento di alcuni suoi obblighi: ma, nell'uno e nell'altro caso, è sempre la mancanza di protezione della legge il motivo d'incompetenza, che non potrebbe essere invocato per lo stesso effetto nel giudizio di una controversia fra privati.

(…) La libera estimazione, come motivo d'incompetenza giudiziaria,

*ha più significati e direzioni: io mi restringo alle due fondamentali. Essa riguarda o l'atto o l'omissione in sé, la libertà di fare o non fare in modo determinato, o la libertà di fare in modo o in un altro qualunque. Nel primo caso, la competenza giudiziaria può essere esclusa, sia perché la risoluzione dell'amministrazione è fatta dipendere da principii di opportunit*à e di prudenza*, non da principii di alcuna regola certa; sia perché dipende da norme interne d'ufficio, che al giudice non è concesso di esaminare. Nel secondo caso, la competenza* è *esclusa, perché il modo (contenuto) dell'atto, pel fine a cui deve servire,* è fatto dipendere da apprezzamenti d*i natura tecnico-amministrativa sull'esistenza dei fatti decisivi pei diritti od obblighi dei privati: apprezzamenti, nei quali il giudice non si ritiene autorizzato di entrare, perché fanno parte del compito proprio dell'amministrazione. È frequentissima l'applicazione, che di questo principio si fa ai concetti di pubblico interesse, di pace e d'ordine pubblico, di pericolo, di convenienza e di necessità, dei quali la legge si serve per determinare i diritti ed obblighi degl'individui verso lo Stato e di questo verso di quelli.*

Regole assolute, sul punto sin dove questi apprezzamenti possono escludere ogni riesame giudiziario, è difficile porre; ciò che in questa materia sarebbe sicuro, è che, se l'atto non è giuridicamente concepibile rispetto all'individuo, il giudice non avrebbe da esaminare se l'amministrazione poteva più ragionevolmente o equamente provvedere di quello che fece. Ma, secondo la nostra giurisprudenza, si può forse ritenere egualmente per certo, che le premesse di fatto, da cui gli atti amministrativi hanno origine, se si tratta di atti di pura gestione, ancorché di grande interesse pubblico, come forniture militari, lavori pubblici e simili, non si sottraggono al riesame del giudice; laddove, se si tratta di atti d'imperio, gli apprezzamenti di fatto, che servono di base alla loro legittimità, sono stati ritenuti generalmente incensurabili.

(…) La prima norma di ogni attività amministrativa è l'osservanza assoluta della legge con tale, cioè del diritto obbiettivo (…)

La seconda norma è che tutta l'attività di un'amministrazione pubblica deve avere per iscopo l'interesse generale. (…)

La terza norma è che, nella collisione dell'interesse pubblico col privato, gli atti amministrativi, per quanto liberi, non abbiano da recare ai terzi ed alla volontà degli individui restrizioni maggiori di quello che è richiesto necessariamente dall'interesse generale.

La quarta norma è che, così in queste restrizioni, come nei lavori che all'amministrazione accade di largire agl'individui nell'interesse generale, essa deve serbar sempre un'egual misura ossia quella dell'imparzialità, ch'è l'idea suprema di giustizia.

(…) L'antico modo d'ispezione, detto puramente amministrativo, rimane in tutta la latitudine che le leggi e le consuetudini gli consentono, da esercitarsi ex officio, o sopra istanza o denuncia dei privati; rimane ancora, in modo facoltativo, il rimedio straordinario del ricorso al Re per causa d'illegittimità, secondo l'antico ordinamento del nostro Consiglio; ma a queste forme antiche dello stesso diritto è ora aggiunta questa forma nuova, per la quale l'esercizio di esso non può essere eccitato che solo dai privati, che vi hanno direttamente interesse, ma procede con tali forme processuali e con tale efficacia d'imperio sopra qualunque arbitrio amministrativo, quale può derivargli dall'autorità del Re, nel cui nome, come del capo supremo dell'amministrazione, la nuova magistratura rende giustizia. In questa giurisdizione non si tratta di definire controversie nascenti dalla collisione di diritti individuali e omogenei, ma di conoscere solamente, se il diritto obbiettivo sia stato osservato. Ciò può servire mediatamente anche all'interesse dell'individuo, ma non ne è l'immediata conseguenza. Il diritto obbiettivo qui si realizza in sé e per proprio conto, senza che ne nasca in ogni singolo caso un diritto soggettivo, o, se può nascerne, non è qui la sede dove possa farsi valere. L'interesse individuale offeso è solamente preso come motivo e *occasione per l'amministrazione stessa per il riesame dei suoi atti; atti; ma non è l'oggetto proprio della decisione, a cui tale riesame può metter capo. (…)".*

11. *Il ricorso straordinario al Re e il ricorso alla Quarta Sezione. La prima attività della Quarta Sezione*

La creazione della IV Sezione non fece venire meno il rimedio del ricorso straordinario al Re, di cui si affermò, nel 1889, l'alternatività rispetto al ricorso alla IV Sezione (art. 7 l. n. 5992/1889) e più in generale la funzione consultiva del Consiglio di Stato. Ed è dunque dal 1889, che il Consiglio di Stato si connota per la sua "doppia anima" (che invero aveva già avuto anche dal 1859 al 1865), confermata anche dalla Costituzione repubblicana del 1948.

Mentre nel sistema francese si passò, per via di trasformazione, da un sistema di giustizia ritenuta (o graziosa) a un sistema di giustizia delegata, il modello italiano si connotò per la coesistenza della giustizia ritenuta (il ricorso straordinario al Re) e della giustizia delegata (il ricorso alla IV Sezione).

La giurisprudenza della IV Sezione mosse i suoi primi passi potendo contare sulla elaborazione preparata negli anni precedenti dai pareri resi

dal Consiglio di Stato sui ricorsi straordinari al Re[45] e dai decreti resi sui conflitti di attribuzione e giurisdizione, oltre che dalle decisioni rese nell'ambito della residua giurisdizione propria.

Nonostante i dibattiti che il rimedio straordinario al Re ha ciclicamente sollevato, esso è sopravvissuto alla monarchia, ai giudizi della Corte costituzionale, e continua a coesistere con il ricorso giurisdizionale, nella forma del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica (e in Sicilia del ricorso straordinario al Presidente della Regione), con l'intervento del Consiglio di Stato in veste formalmente consultiva, ma, come è stato più volte affermato, sostanzialmente giurisdizionale. Fino all'entrata in vigore del c.p.a. nel 2010, il ricorso straordinario ha anzi in qualche modo continuato a "cannibalizzare" il ricorso al giudice ordinario (come fece nell'arco temporale 1865-1889), potendo essere promosso anche contro atti amministrativi rientranti nella giurisdizione di quest'ultimo. Emblematica è stata la vicenda della c.d. privatizzazione del pubblico impiego negli anni '90 del secolo scorso, che, se ha fatto venire meno la giurisdizione del giudice amministrativo sul relativo contenzioso, non aveva inizialmente fatto venire meno, secondo l'Adunanza generale del Consiglio di Stato (Cons. St., ad. gen., 10.6.1999 n. 9), la possibilità di proporre ricorso straordinario anche per quei contenziosi che, nell'ambito del pubblico impiego privatizzato, ricadono nella giurisdizione del giudice ordinario. È solo con il c.p.a. del 2010 che si è assistito al ridimensionamento del ricorso straordinario, che è rimasto ammesso solo nelle materie di giurisdizione amministrativa, e neanche tutte, e non più in quelle di giurisdizione ordinaria, ma al tempo stesso al suo potenziamento, iniziato poco prima del 2010, nel senso della sua progressiva (anche se non totalmente compiuta) giurisdizionalizzazione.

Sin dal primo triennio di attività sotto la Presidenza di S. Spaventa la IV Sezione pose le basi, sia sul piano processuale che su quello sostanziale, dei futuri connotati della giurisdizione amministrativa.

Sul piano processuale:

- fu uniformato lo stile di redazione delle decisioni, che nella parte in diritto seguivano la tecnica dell'"*Attesochè*", e che riportano sia il nome del presidente che quello del relatore (v., ad. es. le decisioni del 1891 e del 1892);

[45] In termini anche M. Mazzamuto, *op. cit.*, 356, secondo cui "*La IV Sezione non si trovò affatto di fronte ad una tabula rasa, tutto al contrario, essa poté immediatamente muoversi sulla falsariga di un consistente patrimonio giuridico, tanto che già da qualche decennio, poco importa se si trattasse di una decisione o di un parere, il Consiglio di Stato poteva permettersi, all'occorrenza, di richiamare expressis verbis la propria "costante giurisprudenza"*.

- si valorizzò l'importanza e il rispetto dei precedenti (Cons. St., IV, 14.1.1892 n. 17; Id., 28.1.1892 n. 28; Id., 17.11.1892 n. 320, Id., 3.2.1893 n. 44, che citano precedenti decisioni della IV Sezione);
- si ritenne esservi questioni rilevabili d'ufficio, quale la tardività del ricorso (Cons. St., IV, 8.1.1891 n. 7),
- si diede una definizione restrittiva dell'atto politico non impugnabile (Cons. St., IV, 19.2.1891 n. 37);
- si diede una definizione dell'atto amministrativo "definitivo" (Cons. St., IV, 8.1.1891 n. 1), e si affermò che "gli atti preparatori" si possono impugnare solo insieme al provvedimento definitivo (Cons. St., IV, 25.6.1891 n. 147);
- si negò la impugnabilità dei provvedimenti di diniego dell'autotutela (Cons. St., 22.1.1891 n. 16);
- si ammise la impugnabilità dei regolamenti, che davanti all'AGO fino ad allora potevano essere solo disapplicati (Cons. St., IV, 13.6.1890 n. 31; Id., 16.4.1891 n. 92);
- si affermò che anche i provvedimenti "discrezionali" sono impugnabili per vizi di legittimità (Cons. St., IV, 4.2.1892 n. 40);
- si chiarì l'ambito della legittimazione e interesse a impugnare, esteso anche agli interessi non patrimoniali e agli interessi di enti diversi dai singoli[46], quali i Comuni (Cons. St., IV, 12.8.1891[47]; Id., 27.8.1891 n. 202), e all'interesse "morale" (Cons. St., IV, 10.12.1891 n. 256);
- si affermò il principio di alternatività tra il ricorso alla IV Sezione e il ricorso straordinario al Re (Cons. St., IV, 8.1.1891 n. 11; Id., 14.1.1892 n. 18),
- si individuarono, ai fini del *dies a quo* del termine per ricorrere, equipollenti della notificazione del provvedimento (Cons. St., IV, 29.1.1891 n. 17);
- si ammise la rimessione in termini per errore scusabile (Cons. St., IV, 27.5.1892 n. 154);
- si affermò la necessità della notifica del ricorso non solo all'Amministrazione ma anche ad almeno un controinteressato (Cons. St., IV, 19.3.1891 n. 74);
- si ammise la notifica per pubblici proclami attingendo alla relativa disposizione contenuta nel c.p.c. (Cons. St., IV, 24.3.1892 n. 80);
- si ritenne necessario il patrocinio di avvocato iscritto all'albo dei pa-

[46] M. Mazzamuto, *op. cit.,* 344 ss. con citazione di precedenti dell'epoca.

[47] Citata e commentata da G. Della Cananea, *Silvio Spaventa e il diritto pubblico europeo,* in *www.giustizia-amministrativa.it.*, 14.12.2018.

trocinanti davanti alle giurisdizioni superiori (Cons. St., IV, 26.2.1891 n. 46);
- si riconobbe la possibilità di rinuncia al ricorso (Cons. St., IV, 5.3.1891 n. 52);
- si affermò, in materia di contenzioso elettorale, il potere del Consiglio di Stato di correggere il risultato delle elezioni (Cons. St., IV, 30.7.1892 n. 217); peraltro la giurisdizione del Consiglio di Stato era estesa alle questioni di eleggibilità e incompatibilità (Cons. St., IV, 18.6.1892 n. 181);
- si affermò il principio della soccombenza per la condanna alle spese ma solo a carico del privato (Cons. St., IV, 18.2.1892 n. 49, Id., 9.6.1892 n. 172), mentre l'Amministrazione soccombente non veniva condannata alle spese, segno di un iniziale eccesso di deferenza verso la pubblica amministrazione (Cons. St., IV, 28.1.1892 n. 31 con nota critica redazionale che rimarca il contrasto di tale tesi con equità e giustizia, evidenzia la disparità di trattamento tra le parti processuali, e il fatto che siffatta tesi incoraggia l'irresponsabilità dell'Amministrazione per i propri atti; Id., 9.6.1893 n. 204, Id., 8.8.1893 n. 255)[48].

Rispetto alla precedente elaborazione dei pareri sul ricorso straordinario al Re, assunse rilievo significativo la tutela cautelare (i primi tre affari nella prima udienza furono proprio tre affari cautelari, seguiti da sei affari di merito, e la discussione vi fu solo per due dei tre affari cautelari e per nessuno degli affari di merito[49]). Si fissò il presupposto della tutela cautelare nel "*danno irreparabile o difficilmente riparabile che possa derivare dall'immediata esecuzione dell'atto amministrativo*" (Cons. St., IV, 23.6.1892 n. 196).

La tutela avverso il silenzio (inerzia) dell'Amministrazione iniziò a muovere i primi timidi passi (Cons. St., IV, 13.4.1893 n. 146), in un contesto dogmatico ostativo, sulla base del divieto di ingerenza del giudice nei poteri amministrativi non esercitati, come emerge dal dibattito dottrinale e giurisprudenziale in Francia nel corso del 1800[50].

[48] Le decisioni dei primi anni di attività della IV Sezione oltre a essere citate dagli Autori che verranno citati in nota sono riportate dalla rivista *La giustizia amministrativa – Raccolta completa,* Roma.

[49] Dati tratti da G. Paleologo, *op. cit.*

[50] Sui termini della disputa, in Francia, v. M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati,* in *Dir. proc. amm.,* 2018, 77-79; E. Laferriere, *Traitè de la jurisdiction administrative et des recours contentieux,* 1888, II, 399 ss., secondo cui condizione di ricevibilità del ricorso è che vi sia una previa decisione amministrativa (*decision prealable)*, mentre l'assenza completa di decisione, il silenzio e l'inazione dell'Amministrazione non sono, in principio, oggetto di una

Il concetto di illegittimità, diverso da quello di illegalità, ormai positivizzato dalla legge del 1889 con la figura dell'eccesso di potere, iniziò ad essere affinato e sviluppato.

La prima giurisprudenza della IV Sezione, intese l'eccesso di potere come "*violazione dello spirito della legge*" (Cons. St., IV, 3.7.1892 n. 3)[51] in contrapposizione alla illegalità come violazione della lettera della legge, ossia l'adottare un atto per fine diverso da quello di favorire il pubblico interesse (Cons. St., IV, 27.9.1892 n. 260), ovvero il falsare e travisare lo scopo finale della legge (Cons. St., IV, 13.4.1893 n. 443) e iniziò in quell'epoca a individuarne le figure sintomatiche, quale il travisamento dei fatti (Cons. St., IV, 17.11.1892 n. 320; Id., 22.12.1893 n. 368). Nell'ambito della vasta congerie della legislazione amministrativa, il Consiglio di Stato cercava di individuare principi generali sui profili organizzativi e sul procedimento amministrativo[52]. Una decisione, nel confermare quella della Giunta provinciale amministrativa in primo grado, ritenne eccessiva la misura del licenziamento nei confronti di un segretario comunale, apparendo sufficiente una misura disciplinare meno grave, con un ragionamento che si basa, nella sostanza, sul principio di proporzionalità (Cons. St., IV, 8.1.1891 n. 4), ancora, si affermò sempre in tema di licenziamento di un segretario comunale che " *la giustizia e l'equità richiedono che si tenga conto dell'incompatibilità a carico del segretario, solo in quanto ad esso sia imputabile, cioè solo in quanto sia una conseguenza necessaria degli addebiti accertati. Se così non fosse, sarebbe agevole creare artificiosamente quello stato di cose e di rapporti, che potesse poi autorizzare un licenziamento intrinsecamente arbitrario"* (Cons. St., IV, 17.12.1891 n. 265).

Altri prima di me hanno menzionato due "storiche decisioni" della IV Sezione[53], la n. 1/1891, che annullò una sanzione disciplinare inflitta

azione davanti la giurisdizione contenziosa: siffatta giurisdizione non può intervenire per via di ingiunzione nel dominio dell'amministrazione attiva. Per poterlo fare occorre, secondo L., una previsione di legge; e, ai tempi in cui L. scriveva, una legge esisteva solo per attribuire valore di rigetto al silenzio del Ministro sul ricorso gerarchico. Per L. tale previsione legislativa aveva carattere eccezionale e non era estensibile ai casi non contemplati, sicché egli annota criticamente alcune decisioni del Consiglio di Stato francese che nel 1866 e nel 1869 avevano dato una applicazione estensiva di siffatta legge.

[51] V. N. Pappalardo, *L'eccesso di potere "amministrativo" secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato,* in *Il Consiglio di Stato – Studi in occasione del centenario,* vol. II, Roma, 1932, 433 ss. e giurisprudenza ivi citata.

[52] G. Paleologo, *op. cit.*, riporta una rassegna sintetica della giurisprudenza del primo triennio della IV Sezione del Consiglio di Stato.

[53] L. Maruotti, *Le prime pronunce della Quarta sezione e il contributo alla formazio-*

ad un impiegato, perché egli non era stato sentito prima della irrogazione della sanzione, seguita da successive decisioni che considerarono il diritto di difesa un diritto "sacro" o derivante da "legge di natura". La seconda, è la già citata decisione n. 3/1892, che ritenne che un decreto del Ministro degli interni, di scioglimento del consiglio di amministrazione di un'opera pia, non dovesse essere annullato, poiché non contenente nulla di illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge.

Nella dottrina dell'epoca, si affermò che la IV Sezione riteneva esservi "*eccesso di potere quando una misura amministrativa sia fondata su apprezzamenti, i quali contengano qualcosa d'illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge*" (Cons. St., IV, 7.1.1892) e che "*Non sono quindi arrischiate ne adulatorie le affermazioni con le quali si rilevò che la giurisprudenza italiana sull'eccesso di potere è stata faustamente iniziata e, pur avendo preso le mosse dal punto ove quella francese era da ultimo arrivata, già rivela concetti e pregi propri che daranno specifico carattere nazionale all'istituto di origine straniera*" [54].

12. *Osservazioni conclusive*

L'evoluzione storica nel passaggio dalla funzione consultiva sui ricorsi straordinari al Re alla sua coesistenza con la funzione giurisdizionale dapprima della sola IV Sezione (dal 1889), e poi della V (dal 1907, l. 7 marzo 1907 n. 62) e della VI (dal 1923, r.d. 30 dicembre 1923 n. 2840), denota quella che è stata definita l'unità funzionale del Consiglio di Stato, di assicurare la giustizia nell'amministrazione, mediante il sindacato preventivo (con la funzione consultiva) e il sindacato successivo (con la funzione giurisdizionale del ricorso, e quella "sostanzialmente giurisdizionale" del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica), dell'azione amministrativa[55].

Con la legge del 1889 la nozione di "interesse" entra nel diritto positivo, quale criterio di delimitazione della giurisdizione del giudice amministrativo, e di emersione e riconoscimento di una posizione di vantaggio dei singoli nei confronti dell'agire pubblico sempre più articolato

ne del diritto amministrativo nazionale (relazione svolta al convegno '*Per i 130 anni dall'istituzione della Quarta Sezione dei Consiglio di Stato'*, tenutosi in Roma il 20 novembre 2019), in *www.giustizia-amministrativa.it,* 2019.

[54] A. Codacci Pisanelli, *L'eccesso di potere nel contenzioso amministrativo,* in *La giustizia amministrativa – Raccolta completa*, 1892, IV, 1 ss.

[55] S. Romano, *op. cit.,* 26-27.

ed esteso, ben oltre i tradizionali confini dei diritti civili e politici. Il riconoscimento della tutela dell'interesse verso l'agire pubblico, in uno con la previsione del sindacato del provvedimento amministrativo non solo per illegalità, ma anche per eccesso di potere, segna una evoluzione non solo dogmatica, ma soprattutto politica, nel passaggio ad una mutata concezione anzitutto dell'azione pubblica nello Stato moderno, sempre più estesa e pervasiva, e, come diretta conseguenza, del rapporto tra amministrati e amministratori, che segna l'affermazione del controllo sociale e individuale del potere pubblico, e la negazione della insindacabile libertà di quest'ultimo, persino quanto alle scelte di opportunità, anche esse imbrigliate dal necessario rispetto di taluni principi generali diversi dalla stretta legalità.

I valori della imparzialità e del buon andamento dell'amministrazione, già presenti nel pensiero di Spaventa come valori immanenti anche se non positivizzati, sono oggi principi costituzionali accanto al principio di legalità (art. 97 Cost.), elementi oggi tutti integranti e immanenti nella c.d. *rule of law.*

L'apporto del Consiglio di Stato alla costruzione dei vizi del provvedimento e del procedimento amministrativo, con la valorizzazione del principio di partecipazione, già enunciato dall'art. 3 l. n. 2248/1865 all. E, ma rimasto a lungo precetto normativo astratto attuato solo dal diritto pretorio, ha poi condotto, esattamente 100 anni dopo l'avvio della IV Sezione, alla legge quadro sul procedimento amministrativo (l. n. 241/1990), che costituisce la prima attuazione in via generalizzata di quel principio.

Ciò che restò fuori dalla sfera di tutela ai tempi della legge del 1889, e che resta tutt'oggi estraneo a qualsivoglia tutela giurisdizionale, è da un lato l'atto politico (perché la tutela ha per oggetto gli atti amministrativi), di cui la giurisprudenza e la dottrina, in un'ottica di tutela, tendono a dare una interpretazione restrittiva, e i vizi afferenti al merito/opportunità della scelta discrezionale (attraverso la delimitazione del sindacato circoscritta ai tre classici vizi di violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere).

Ben presto, ma questo è un altro capitolo della Storia della giustizia amministrativa, inizierà ad emergere la consapevolezza che l'interesse leso dal provvedimento amministrativo non è agevolmente distinguibile dal diritto soggettivo, il che porterà alla previsione di materie di giurisdizione esclusiva (1923), come verrà riconosciuto dalla stessa Costituzione repubblicana, con la previsione della giurisdizione esclusiva accanto a quella di legittimità. Il passo successivo sarà l'ammettere che non è

solo questione di difficoltà di distinzione tra diritti e interessi, ma probabilmente di identità di natura giuridica, dell'interesse e del diritto, fatti della stessa sostanza. Identità di sostanza che reclamerà e implicherà gli stessi strumenti di tutela. Questa riflessione porterà attraverso poco più di un secolo di storia dalla istituzione della IV Sezione ai giorni nostri, al riconoscimento della identità dei rimedi cautelari e dei mezzi probatori, e poi della generale risarcibilità del danno arrecato agli interessi legittimi (Cass. n. 500/1999 e l. n. 205/2000), e alla evoluzione darwiniana della giurisdizione amministrativa da giurisdizione sull'atto a giurisdizione sul rapporto.

La stessa insindacabilità assoluta dell'atto politico e dell'opportunità amministrativa sono oggetto oggi di talune erosioni: ne sono esempi la responsabilità per risarcimento dei danni recati dalla legge nazionale (la legge è per antonomasia l'atto politico) che contrasti con il diritto eurounitario, e il riconosciuto ampliamento del sindacato sugli atti discrezionali con il c.d. controllo di *full-jurisdiction* che consente al giudice il pieno accesso al fatto, e di svolgere un sindacato non solo di attendibilità della scelta discrezionale, ma di maggiore attendibilità di essa.

Ma la storia contemporanea della tutela degli interessi legittimi, dalla Costituzione del 1948 ad oggi, trova le sue solide basi nella transizione ottocentesca dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale e al ruolo assolto dal Consiglio di Stato in questa transizione. Se si vuole, una transizione-rivoluzione silenziosa, condotta da *"men in grey"* e con un profilo basso, attraverso il tranquillizzante compromesso (per l'Amministrazione) che quello istituito nel 1889 per annullare gli atti dell'amministrazione non era un vero e proprio giudice, e che non tutelava veri e propri diritti dei cittadini, ma loro "altri" interessi, e per di più in via di mera "occasione". Ben presto fu chiaro che si trattava di un vero e proprio giudice, con le relative garanzie di inamovibilità e con la progressiva professionalizzazione secondo criteri di merito, competenza e esperienza, atti a garantirne imparzialità e indipendenza, e che gli "altri" interessi non erano che diritti individuali nel loro modo di atteggiarsi nell'incontro-scontro con il potere pubblico[56]. Ma nel frattempo la monarchia costituzionale si era evoluta sino a rendere accettabile e concepibile un più penetrante sindacato giurisdizionale sull'agire pubblico. E oggi è chiarito anche dal dato normativo che il giudice amministrativo, lungi dall'essere un giudice speciale rispetto ai Tribunali ordinari, è a sua volta il giudice

[56] Nel senso che "l'interesse legittimo è una mera superfetazione" v. M. MAZZAMUTO, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012,

generale degli atti e rapporti di diritto pubblico, come il giudice ordinario è il giudice generale dei rapporti paritari, nell'ambito di un sistema dualista[57], secondo quanto si desume dalla Costituzione e dalla recente novella dell'art. 362 c.p.c. (ad opera del d.lgs. n. 149/2022), che menziona il giudice amministrativo separatamente dai giudici speciali. Il diritto amministrativo può dunque dirsi *speciale*, non nel senso di *eccezionale*, ma solo nel senso di *distinto* rispetto al diritto privato, riguardato, per ragioni storiche, come il diritto comune[58], così come i tribunali di diritto pubblico, sin da epoca risalente, sono stati considerati una giurisdizione speciale in tale stessa accezione, ma non una giurisdizione singolare[59]. Come è stato avvertito da epoca risalente, giurisdizione "ordinaria" non significa "universale", così come giurisdizione "speciale" non significa "straordinaria" o "eccezionale": "*ciascheduna giurisdizione esercita normalmente i suoi uffizi sopra le materie che le sono attribuite dalla legge*"[60].

Un altro elemento del passato di Spaventa, su cui riposa solidamente il presente, è che la costruzione della giustizia nell'amministrazione fu un movimento di pensiero che travalicò i confini nazionali e coinvolse l'intera Europa[61]. Spaventa parla già del "diritto pubblico europeo"[62] che ha come base comune la divisione dei poteri e il costituzionalismo e, ancor prima, il *ius commune* che si era venuto sviluppando nei secoli addietro e si era variamente combinato con i diritti locali, specie quelli sviluppati dalle più svariate autorità nella sfera del diritto pubblico. Oggi l'esistenza del diritto pubblico europeo, sempre più indistinguibile dal diritto pubblico nazionale, è un dato acquisito che porta sempre più verso l'omogeneizzazione delle tutele. Tale spinta europea uniformatrice ha condotto, in Italia, allo sviluppo di istituti quali la responsabilità

[57] Per la connotazione dualista v. M. Mazzamuto, *A cosa serve l'interesse legittimo?*, *cit.*, 77.

[58] A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi,* Utet, Torino, 1904, 617.

[59] A. Salandra, *op. ult. cit.,* 618.

[60] L. Mortara, *Commentario del Codice e delle Leggi di procedura civile,* I, Milano, 1903, 64.

[61] Per riferimenti comparatistici agli altri modelli di giustizia amministrativa in Europa nel 1800 v. G. Della Cananea, *op. cit.;* AA.VV., *Administrative Justice Fin de siècle –Early judicial standards of administrative conduct in Europe (1890-1910)* (a cura di G. Della Cananea e S. Mannoni), Oxford, 2021.

[62] M. Mazzamuto, *The Formation of the Italian Administrative Justice System, European Common Principles of Administrative Law, and 'Jurisdictionalization' of Administrative Justice in the Nineteenth Century*, in AA. VV., *Administrative Justice Fin de siècle …,* cit., 285, afferma che *"This circulation of legal knowledge led to an awareness of the existence of 'common' principles of public law in the 'modern' state".*

per danni arrecati dall'azione amministrativa, la responsabilità oggettiva della pubblica amministrazione, la responsabilità dello Stato legislatore, alla affermazione del principio di proporzionalità dell'azione pubblica, alla introduzione recente di nuovi rimedi contro la sentenza ingiusta (si pensi alla revocazione dei giudicati contrastanti con una decisione della Corteedu). Né vanno sottaciuti i progetti di formazione comune dei giudici nazionali, che sono sempre più percepiti come giudici europei e che sempre più si sentono tali, e la elaborazione di codici etici comuni per i giudici a prescindere dal Paese di appartenenza. Nell'ambito della costruzione del diritto pubblico europeo, le garanzie di una giustizia nell'amministrazione e di una giustizia verso l'amministrazione, assicurata da giudici indipendenti, sono una conquista da non considerare mai scontata, un patrimonio comune da custodire gelosamente, difendere e perfezionare, a fronte dell'emergenza di nuovi scenari economici, sociali, politici, di nuovi bisogni da tutelare, di bisogni antichi da salvaguardare con mezzi più efficaci, di tentativi e tentazioni di derive autoritarie nell'azione pubblica e nella costruzione degli ordinamenti giudiziari.

ALCUNE RIFLESSIONI SU DIRITTI EDIFICATORI E CESSIONE DI CUBATURA DOPO LA PRESA DI POSIZIONE DELLE SEZIONI UNITE

di Francesco Giacalone

SOMMARIO: 1. I diritti edificatori nel quadro dell'urbanistica convenzionale. – 2. Il decennale dibattito sulla natura giuridica dei diritti edificatori. – 2.1. Le tesi a base negoziale – 2.2. Le tesi a base amministrativista – 2.3. La posizione delle Sezioni Unite – 3. Le determinazioni dell'Amministrazione quale elemento necessariamente interno alla vicenda negoziale: una critica alla ricostruzione della Corte. – 4. Riflessioni conclusive sull'essenzialità di un intervento legislativo.

1. *I diritti edificatori nel quadro dell'urbanistica convenzionale*

Nell'ambito di un ideale dialogo con Paolo Stella Richter in uno scritto di qualche anno fa, Filippo Salvia offre una risposta all'annosa questione su cosa sia, in senso giuridico, l'*urbanistica*[1]. L'Autore avverte circa le criticità connesse ad un concetto naturalmente debole e costellato di definizioni "relativistiche"[2] che, nate nel contesto di specifiche discipline di settore, hanno ricondotto all'urbanistica qualunque interesse capace di incidere sull'uso e/o sulla trasformazione del territorio, svuotandola così di un *proprium* caratterizzante e rendendola, nell'equivoco definitorio, una macro-materia priva di un autonomo e omogeneo *core* finalistico.

È chiaro, pertanto, come la ricerca vada condotta per altre vie. In tal senso è apparso prolifico, oltre che maggiormente in linea con l'impostazione offerta dalla Carta costituzionale, quell'approccio che tiene ben

[1] F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e alcuni suoi corollari*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2012, 425 e s.

[2] L'Autore richiama, a titolo esemplificativo, l'art. 80 del DPR n. 616/1977 che, in tema di trasferimento delle funzioni amministrative dallo Stato agli altri enti territoriali, stabilisce che "*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*". Medesimo valore "relativistico" assume la definizione di urbanistica offerta dall'art. 133, co. 1, lett. f) del D. Lgs. 2 luglio 2010, n. 104, che, ai fini dell'individuazione delle controversie devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, la qualifica come materia "*concernente tutti gli aspetti dell'uso del territorio*".

distinta l'urbanistica dalle altre materie aventi incidenza sul territorio (*i.e.* paesaggio, patrimonio storico-artistico, trasporto, ecc.) e che ne individua l'essenza nella finalità di massimizzazione dell'uso dello stesso, mediante l'armonizzazione e il coordinamento della pluralità di interessi su di esso ricadenti in vista del loro miglior soddisfacimento[3]. Detto altrimenti, e richiamando categorie di gianniniana memoria, l'interesse pubblico primario sotteso all'urbanistica è l'ordinato sviluppo del territorio, ovverossia l'equilibrato bilanciamento della gamma di interessi che possono trovare soddisfacimento – esclusivamente o in parte – tramite i suoi specifici utilizzi.

È sulla base di queste premesse che può saggiarsi l'importanza che assumono i momenti dell'individuazione e dell'inclusione nei processi decisionali urbanistici dei numerosi interessi (pubblici e privati) che, di volta in volta, vengono in rilievo. Non vi è da stupirsi, dunque, se la "rivoluzione copernicana" che negli ultimi decenni ha interessato il rapporto tra le autorità amministrative e tra quest'ultime e i privati, nell'ottica di una sostanziale valorizzazione delle forme di esercizio concertato del potere, abbia trovato nel settore qui in esame una delle sue massime espressioni.

Si tratta di un percorso evolutivo che ha inciso sul modo stesso di intendere la pianificazione del territorio – per lungo tempo confinata in una dimensione di autoritaria unilateralità –, da un lato introducendo *procedure paracontrattuali* che consentono il raccordo tra differenti soggetti pubblici[4], dall'altro coinvolgendo direttamente i privati non solo tramite tecniche di *partecipazione endoprocedimentale*[5], ma anche avvalendosi di *convenzioni edilizie*[6] e sfruttando le potenzialità delle dinamiche attributive e circolatorie dei *diritti edificatori*.

Tale ultima ipotesi, in particolare, consente di valorizzare il ruolo dei privati nei processi di sviluppo del territorio rimettendo alla loro opera la variazione dell'effettiva capacità edificatoria originariamente riconosciuta in sede di pianificazione ai fondi, e ciò o in seguito al trasferi-

[3] Sul punto l'Autore richiama l'opera definitoria di P. Stella Richter, *I principi del diritto urbanistico*, Milano, 2018, 30 e s.

[4] Sul tema F. Salvia, *Sulla nozione di urbanistica e alcuni suoi corollari*, cit., 431 e s. Per un inquadramento più ampio della questione R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, XIII ed., Molfetta, 2019, 895 e s.

[5] Per una descrizione dell'*iter* procedimentale diretto all'adozione dei piani si rinvia a P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, VI ed., Milano, 2020, 53 e s.

[6] Sul ricorso al modulo consensuale in luogo di quello autoritativo nel settore urbanistico, si rinvia a R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 960 e s.

mento/acquisizione negoziale della sola cubatura a/da un altro terreno, o mediante l'attribuzione da parte dell'amministrazione di diritti volumetrici aggiuntivi. Ne deriva la sostanziale separazione della capacità edificatoria dalla proprietà del fondo, essendo possibile cedere in tutto o in parte la prima senza che ciò incida sullo *status* dominicale dell'area da cui origina, ovvero potendosi sfruttare su un terreno una cubatura che non costituisce qualità genetica dello stesso.

Si vengono a descrivere, pertanto, differenti fattispecie giuridiche che è opportuno isolare.

Da un lato si pone, infatti, la "cessione di cubatura" propriamente detta, che comporta il trasferimento, totale o parziale, della volumetria tra fondi contigui e omogenei[7], e ciò all'esito di un accordo *inter privates.* In tale ipotesi è già individuata, al momento della cessione, anche l'area che beneficia dell'incremento di capacità edificatoria e l'intervento della P.A. è limitato al momento del rilascio del permesso di costruire.

Diverse appaiono, invece, le vicende giuridiche connesse ai diritti edificatori direttamente generati dall'amministrazione nell'ambito di dinamiche legate all'urbanistica *a)* perequativa, *b)* compensativa, *c)* premiale[8].

Per comprendere l'ipotesi *sub a)* è richiesto un breve *focus* in ordine alle tecniche di pianificazione urbanistica perequativa. Com'è noto, infatti, tale soluzione comporta l'attribuzione a tutte le proprietà che possono concorrere alla trasformazione di uno o più ambiti del territorio comunale, di una capacità edificatoria paritetica e inferiore all'indice di edificabilità minimo previsto dal piano. E ciò avviene a prescindere dalla circostanza per cui il fondo sia davvero edificabile ovvero che in fase di pianificazione sia stato gravato da un vincolo di inedificabilità diretto a garantire all'amministrazione la disponibilità di spazi da destinarsi a opere di interesse pubblico.

Per tale via, nel tentativo di superare le profonde sperequazioni che accompagnano le tecniche di *zoning*[9], si raggiunge l'obiettivo di far gra-

[7] Di recente, sul tema, Cons. St., sez. II, 27 giugno 2022, n. 5305. Si veda anche TAR Campania – sede di Salerno, sez. II, 19 luglio 2016, n. 1675.

[8] Per un più diffuso approfondimento M.A. Quaglia, *Pianificazione urbanistica e perequazione*, Torino, 2000; S. Perongini, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa,* Milano, 2005; P. Urbani, *Concertazione e perequazione urbanistica*, in *Atti del Convegno di Lisbona sulla perequazione urbanistica del 15-18 giungo 2008*, in *www.pausania.it*; A. Gambaro, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, in *Rivista giuridica dell'edilizia,* n. 1/2010, 3 e s.; R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1218 e s.; P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, cit., 63 e s.

[9] Sul punto ancora R. Garofoli, G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1216.

vare su tutti i proprietari l'onere di contribuire alla realizzazione della città pubblica; infatti, anche le aree che verranno trasferite all'amministrazione sviluppano una cubatura propria che è oggetto di cessione a titolo oneroso ai proprietari delle aree edificabili che, senza tale maggiorazione, non possono esercitare in concreto il proprio *ius aedificandi*.

In altre circostanze (*sub b*), invece, la P.A. attribuisce al proprietario di un fondo un indice di capacità edificatoria fruibile su un altro terreno, e ciò o a fronte della cessione gratuita dell'area oggetto di trasformazione pubblica, o l'imposizione su di essa di un vincolo assoluto di inedificabilità o preordinato all'esproprio. L'assegnazione del diritto edificatorio di origine compensativa, pertanto, scaturisce da una dinamica sinallagmatica in cui la dichiarazione di inedificabilità di un terreno o la sua cessione all'Amministrazione vengono ristorate con l'assegnazione al proprietario di un *quid* volumetrico da spendere altrove. Si segnala che proprio la funzione corrispettiva o indennitaria di tale *ius aedificandi* lo rende indifferente alle successive variazioni del piano.

Infine, nel caso della c.d. edilizia premiale (*sub c*) al privato viene attribuito un indice edificatorio aggiuntivo – esercitabile sul proprio fondo o negoziabile – con scopo di premio o incentivo per l'esecuzione di interventi di riqualificazione ambientale, architettonica, urbanistica o residenziale reputati virtuosi perché eccedenti gli *standard* minimi e di interesse generale.

Tali ultime tre soluzioni sono accomunate – e si distinguono dalla cessione di cubatura *strictu sensu* – innanzitutto per la stretta connessione sussistente tra gli atti conclusi *iure privatorum* e la procedura pubblicistica in cui si generano i diritti edificatori, poi perché conoscono una "fase di volo" rappresentata dall'arco temporale durante il quale tali posizioni giuridiche sono prive di un'area di riferimento.

2. *Il decennale dibattito sulla natura giuridica dei diritti edificatori*

Allo spiccato polimorfismo dei diritti edificatori non fa seguito una disciplina giuridica chiara ed esaustiva che ne consenta un inquadramento univoco. Invero, la norma di più generale portata continua a essere rappresentata oggi dall'art. 2643, n. 2 *bis* c.c.[10], che ha sicuramente

[10] Art. 2643 c.c. – Atti soggetti a trascrizione: "*Si devono rendere pubblici col mezzo della trascrizione:* […] *2-bis) i contratti che costituiscono, trasferiscono o modificano i diritti edificatori comunque denominati, previsti da normative statali o regionali, ovvero da strumenti di pianificazione territoriale*".

il merito di aver dotato di cittadinanza lo *ius aedificandi*, ma che non offre alcuna risposta in ordine a problematiche nevralgiche come quelle connesse alla sua qualificazione giuridica, con tutte le conseguenti ricadute circa la categorizzazione dei relativi atti di disposizione. Dopotutto, la norma richiamata si limita a perseguire il dichiarato fine di conferire una maggiore certezza alle dinamiche circolatorie che interessano i diritti edificatori.

Ne è derivato un dibattito estremamente affascinante per la sua natura trasversale, capace di spaziare dal diritto privato al diritto amministrativo, dal diritto soggettivo all'interesse legittimo, dalla distinzione tra diritti reali e diritti di credito alla teoria dei beni giuridici[11]. Sullo sfondo l'esigenza, unanimemente riconosciuta, di risolvere la predetta questione qualificatoria in una prospettiva unitaria[12].

Pur senza pretese di esaustività si proveranno a ricostruire brevemente le varie teorie susseguitesi nel tempo, partendo dalla distinzione, ripresa da parte della dottrina[13], tra tesi "a base negoziale" e tesi "a base amministrativa", a seconda che si valorizzi maggiormente il momento della contrattazione privatistica, ovvero il ruolo affidato all'Autorità pubblica.

[11] R. Quadri, *Pubblicità e garanzia nel contratto di cessione dei «diritti edificatori» di cui all'art. 2643, n. 2 bis, c.c.*, in *Le nuove leggi civili commentate*, n. 2/2016, 291.

[12] In C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 5.1., con specifico riferimento alle refluenze sul piano fiscale della qualificazione giuridica dello *ius aedificandi* e della cessione di cubatura, si legge che "*La compresenza di vari livelli di interferenza rende legittimo il dubbio se la soluzione al problema debba per forza essere unitaria (nel senso di valevole per ogni ramo interessato dell'ordinamento), o se invece possa o debba essere articolata e molteplice in ragione di quella diversa rilevanza* […] *Del problema vi è traccia anche nel non lineare iter giurisprudenziale di legittimità, nel quale si riscontrano affermazioni di sostanziale irrilevanza della qualificazione civilistica dell'atto una volta che se ne ravvisino i presupposti analogici autosufficienti di imponibilità* […]*, oppure che sembrano fondare il cambio di indirizzo dall'impostazione della 'realità' a quella della 'obbligatorietà'* […] *proprio sulle peculiari e non estendibili esigenze di 'realità' proprie della sola materia fiscale.* […] *E tuttavia, non si ritiene che* […] *possano trarsi argomenti a sostegno di una soluzione diversificata al problema, dal momento che l'individuazione della natura giuridica dell'atto si pone necessariamente a monte, non a valle, dell'imposizione di registro, che questa natura giuridica non deve in alcun modo giustificare, restando ad essa soltanto di conformarvisi* […] *Va in definitiva escluso che possa pervenirsi ad una soluzione diversificata e fiscalmente orientata del problema della natura giuridica dell'atto di cessione di cubatura*".

[13] A. Torroni, *Diritti edificatori e cessione di cubatura. Profili giuridici ed annose questioni, non ancora del tutto risolte*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, n. 3/2022, 864 e s.

2.1. *Le tesi a base negoziale*

Una prima prospettiva meritevole di attenzione assimila la cubatura a un bene, per intenderla, in particolare, come un bene immateriale, separabile dal suolo, dotato di capacità edificatoria – in quanto è presupposto essenziale per soddisfare il bisogno di costruzione – e di capacità commerciale – in quanto consente di ricavare, eventualmente, un vantaggio economico tramite la sua cessione – e che può essere, in armonia con l'art. 810 c.c., oggetto di diritti, in special modo del diritto di proprietà. Ne deriva che la volumetria sarà alienabile mediante un contratto a effetti reali avente ad oggetto il diritto di proprietà su di essa gravante, essendo poi rimessa alla volontà del privato e alle discrezionali valutazioni dell'autorità pubblica ogni successiva vicenda afferente al suo effettivo sfruttamento edificatorio[14].

Una seconda prospettiva, invece, riconduce la cubatura alla famiglia dei diritti reali. Invero, tale lettura risulta essere frazionata in una pluralità di proposte, tra chi riconosce un nuovo diritto reale tipico, chi un diritto reale atipico e chi, infine, si muove tra le tradizionali categorie del diritto di superficie e della servitù prediale.

Procedendo con ordine, una parte della dottrina esalta il dato letterale dell'art. 2643 c.c. ove non solo si fa espresso riferimento ai *diritti* edificatori, ma in più essi vengono ricondotti tra quelli che possono formare oggetto di una comunione (cfr. n. 3) dell'art. cit.), fenomeno previsto in riferimento alla proprietà e agli altri diritti reali (cfr. art. 1100 c.c.). Una ricostruzione, quella passata in rassegna, che su questi presupposti ha ritenuto sussistente un nuovo diritto reale, tipizzato da una norma di legge, che conserva persino l'imprescindibile requisito dell'inerenza a un bene, poiché "*un diritto non sarà meno reale (e non vedrà venir meno la sua necessaria inerenza a una res) per il fatto che se ne consenta il mutamento di titolarità (con effetto immediato) pur in mancanza del rapporto attuale col bene. Ciò che conta è che in nessun caso quel diritto potrà essere esercitato (id est: l'interesse protetto potrà realizzarsi) in difet-*

[14] Per un più ampio approfondimento si rinvia ad A. Gambaro, *Compensazione urbanistica e mercato dei diritti edificatori*, cit.; G. Trapani, *I diritti edificatori*, in *Rivista del notariato*, n. 4/2012, 775 e s.; R. Cimmino, *La cessione di cubatura tra diritto reale e bene immateriale*, in *Notariato*, 2/2014, 152 e s.; A. Alamanni, *Riflessioni a margine della controversa questione del trasferimento dei diritti edificatori: bene o nuovo diritto*, in *Contratto e impresa*, 3/2014, 653 e s.; A. Quarta, *Nell'occhio del ciclone: la qualificazione della cessione di cubatura tra effetti reali e natura obbligatoria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/2021, 396 e s.

to di un rapporto qualificato con un suolo edificabile. O, più esattamente, finché manchi la titolarità di una situazione giuridica soggettiva idonea ad assicurare quel rapporto qualificato: proprietà, o superficie"[15].

Mentre appare isolata, oltre che vetusta nell'attuale assetto normativo, l'ardita lettura che ha condotto all'inquadramento della cubatura quale diritto reale atipico[16], occorre concentrare l'attenzione sulle teorie sostenute da quella parte della dottrina che ha cercato di ricondurre lo *ius aedificandi* al novero dei diritti reali minori.

Si è così fatto ricorso al diritto di superficie, in special modo all'ipotesi della cessione *ad aedificandum,* ove alla perdita del diritto di costruire sull'area "cedente" fa seguito l'acquisto da parte del proprietario del fondo cui la cubatura è trasferita, con l'unica – non irrilevante – differenza che le potenzialità edificatorie dell'area debbono essere utilizzate su un fondo contiguo e non su quello cui ineriscono[17]. Altri ancora hanno ricostruito la fattispecie nei termini dell'alienazione separata di un bene futuro, rappresentato dalla costruzione non ancora esistente[18].

Parecchio seguito ha avuto, invece, la tesi che ha fatto ricorso allo schema della servitù prediale, *sub specie* di servitù *non aedificandi* (nel caso di cessione totale della cubatura assentita) e di servitù *non tollendi altius* (nel caso di cessione parziale). In tal senso, sul fondo servente (e cedente la volumetria) ricadrà un vincolo di inedificabilità perpetuo volto ad assicurare uno stabile vantaggio al titolare del terreno "cessionario"[19].

Una condizione, quest'ultima, che non giustifica l'ulteriore e maggiore risultato che intende ottenere il proprietario del fondo dominante, vale a dire la disponibilità di ulteriore volumetria. Il perfezionamento

[15] G. Amadio, *I diritti edificatori: la prospettiva del civilista*, in AA.VV., *Urbanistica ed attività notarile. Nuovi strumenti di pianificazione del territorio e sicurezza delle contrattazioni. Atti del Convegno tenutosi a Bari l'11 giugno 2011*, in *Quaderni della fondazione italiana del notariato*, n. 3/2011, a cui si rimanda per una trattazione più completa della questione.

[16] Sul punto M. Di Paolo, *Trasferimenti di cubatura di area e «numero chiuso» dei diritti reali*, in *Rivista del notariato*, n. 2-3/1975, 547 e s.

[17] A. Iannelli, *La cessione di cubatura e i così detti atti di asservimento*, in *Giurisprudenza di merito*, 4/1977, 740.

[18] G. Salvarolo, *Il negozio di cessione di cubatura*, Napoli, 1989, 6 e s.

[19] G.B. Picco, A.M. Marocco, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, in *Rivista del notariato*, 3-4/1974, 638; M. Libertini, *I «trasferimenti di cubatura»*, in F. Galgano (a cura di), *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, vol. III, Torino, 1995, 686 e s.; V. Vanghetti, *Profili civilistici della c.d. "cessione di cubatura"*, in *Notariato*, n. 5/1996, 426; F. Gerbo, *I diritti immobiliari di godimento su cosa altrui*, Milano, 2001, 252 e s.

della fattispecie avviene, pertanto, con l'acquisizione del permesso di costruire maggiorato, ora inteso come *condicio iuris* individuata dal piano[20], ora come *condicio facti*, in assenza di una previsione negli strumenti urbanistici[21], ora come *presupposizione*, essendo il provvedimento dell'Autorità una circostanza futura e indipendente dalla volontà delle parti private, che pur tuttavia esse hanno tenuto presente in fase di stipulazione dell'accordo negoziale[22]. Il proprietario del fondo cedente è così chiamato a cooperare con l'acquirente della cubatura, dovendo porre in essere un atto d'obbligo unilaterale nei confronti del Comune che consolidi sul piano pubblicistico ciò che si è già verificato sul versante privatistico. Sul punto è tuttavia invalsa un'altra lettura che ritiene sussistente, accanto all'obbligo di *non facere* che ricade sul cedente, anche un *pati*, consistente "*nella incontestabilità, da parte del proprietario di tale fondo, della costruzione maggiorata che può realizzarsi nel fondo vicino, e quindi dei provvedimenti amministrativi che la consentano*"[23].

2.2. *Le tesi a base amministrativista*

Nel tentativo di esaltare il ruolo dell'Amministrazione nelle dinamiche circolatorie dello *ius aedificandi*, una parte della dottrina esclude che il contratto di cessione di cubatura sia idoneo a trasferire una posizione giuridica, ma comporta, piuttosto, l'assunzione di un'obbligazione in capo al cedente di non sfruttare la volumetria riconosciutagli dal piano. Il momento traslativo del diritto, pertanto, coinciderebbe con l'eventuale e discrezionale rilascio, da parte dell'Amministrazione, del permesso di costruire maggiorato sul fondo cessionario[24].

Richiama la categoria dell'interesse legittimo pretensivo, invece, chi sostiene che la cessione del diritto edificatorio comporti più propriamente la circolazione di una *chance*, da intendersi come il potere di sollecitare l'Amministrazione al fine di ottenere il bene della vita desiderato, e cioè il titolo abilitativo accresciuto. Il relativo negozio giuridico avrà,

[20] G.B. Picco, A.M. Marocco, *I così detti "trasferimenti di cubatura"*, cit., 641.

[21] P. De Martinis, *Asservimento di area e cessione di cubatura*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 2/1996, 222.

[22] N. Grassano, *La cessione di cubatura*, in *Rivista del notariato*, n. 5/1992, 1078.

[23] M. Leo, *Il trasferimento di cubatura – Studio nr. 1763/1999 del Consiglio Nazionale del Notariato*, in *Studi e materiali del Consiglio Nazionale del Notariato*, 1999.

[24] *Ex multis*, G. Ceccherini, *Il c.d. "trasferimento di cubatura"*, Milano, 1985, 53 e s.; V. De Lorenzi, *Sul c.d. trasferimento di cubatura*, ne *Il corriere giuridico*, n. 2/1989, 280 e s.; A. Chianale, *Osservazioni sul cosiddetto trasferimento di cubatura*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1/1989, 1548 e s.

pertanto, natura immediatamente traslativa della posizione individuale: il proprietario del fondo cessionario, infatti, non acquisirà un diritto ma un interesse naturalmente condizionato, sul versante del suo soddisfacimento, alle discrezionali valutazioni dell'Autorità pubblica[25].

A comprimere ulteriormente il valore giuridico dell'accordo tra privati interviene, infine, la tesi dell'*autosufficienza del provvedimento amministrativo*[26], a mente della quale la parte cedente e quella cessionaria della cubatura realizzano un mero negozio preparatorio, da cui non scaturiscono effetti né obbligatori, né reali. Il trasferimento dello *ius aedificandi*, infatti, si realizza solo al momento della volontaria adesione da parte dell'originario titolare della volumetria al nuovo progetto che conduce all'adozione, da parte dell'Amministrazione, del permesso di costruire maggiorato nei confronti del fondo ricevente.

2.3. *La posizione delle Sezioni Unite*

A dirimere la questione sono intervenute, con le sentenze del 29 ottobre 2020, n. 23902[27], e del 9 giugno 2021, n. 16080[28], le Sezione Unite civili della Corte di Cassazione. Se nel primo caso, infatti, la qualificazione giuridica dei diritti edificatori è apparsa essenziale per ricostruire il regime fiscale a cui sottoporre lo *ius aedificandi* compensativo ancora in "fase di volo", nella seconda la medesima *quaestio iuris* è venuta in rilievo per definire l'esatta aliquota dell'imposta di registro da applicare al negozio di cessione di cubatura.

Ripercorrendo le argomentazioni della Corte, occorre partire dall'assunto secondo cui lo *ius aedificandi* è un *diritto* propriamente detto. Si tratta di un dato ricavabile dall'interpretazione letterale dell'art. 2643, n. 2 *bis* c.c., che mette in evidenza la chiara intenzione del Legislatore di

[25] Tra gli altri, F. Gazzoni, *La trascrizione immobiliare*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il codice civile commentato*, Milano, 1991, 655 e s.; A. Bartolini, *Profili giuridici del c.d. credito di volumetria*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3/2007, 307; G.M. Uda, *Profili civilistici della circolazione dei diritti edificatori*, in *Rivista di notariato*, n. 6/2015, 1221 e s.

[26] T. Campanile, F. Crivellari, L. Genghini, *I diritti reali*, Padova, 2011, 285.

[27] La sentenza è stata annotata da M.L. Chiarella, *Le Sezioni unite si pronunciano su compensazione urbanistica e diritti edificatori*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 8-9/2021, 1834 e s.; I. Ottombrino, *Natura giuridica e regime impositivo Ici dei diritti edificatori discendenti dalla c.d. compensazione urbanistica*, ne *Il corriere giuridico*, n. 5/2021, 612 e s.

[28] La sentenza è stata annotata da A.L. Coggi, *La discussa qualificazione giuridica del contratto di cessione di cubatura all'attenzione delle Sezioni Unite*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 6/2021, 1312 e s.; F. Felis, *Cessione di cubatura e diritti edificatori*, ne *I contratti*, n. 5/2021, 505 e s.; C. Bona, *La natura della cessione di cubatura*, ne Il *foro italiano*, n. 12/2021, 3969 e s.

non considerarlo né alla stregua di un interesse legittimo, né tantomeno di una *res* assoggettabile ad altre posizioni dominicali.

Ciò posto, i Giudici escludono la realità di tale diritto. È chiaro, infatti, che il principio del *numerus clausus* non consente di individuare diritti reali atipici o nuovi.

Ne viene parimenti negata, tuttavia, la riconduzione ad altri diritti reali tipici, quali la superficie o la servitù. Più specificamente, non può parlarsi di superficie dal momento che la cessione di cubatura deficita del presupposto, di cui all'art. 952 c.c., dell'alterità tra proprietà del suolo e proprietà della costruzione, potendo il cessionario della volumetria esercitare il diritto di costruire "incrementato" sul fondo proprio. Qualunque altra lettura si porrebbe come una "*forzata equiparazione*".

Né sembrano essere sostenibili quelle tesi che hanno fatto ricorso, come si è visto, all'istituto della servitù prediale.

Una prima criticità risiede nelle dinamiche stesse della vicenda traslativa così ricostruita, in cui l'enorme incidenza del ruolo attribuito alla P.A., dalla cui azione derivano perlomeno gli effetti pratici dell'atto di cessione, appare incompatibile con i requisiti di immediatezza e assolutezza che caratterizzano tutti i diritti reali, servitù inclusa.

Oltretutto, ancora a parere della Corte, sarebbe incoerente con la natura stessa della servitù il peculiare obbligo di *facere* (nella forma della partecipazione del cedente al procedimento amministrativo di rilascio del permesso di costruire) che, aggiungendosi al *non facere* relativamente alla inedificabilità del fondo servente e al *pati* in ordine all'accettazione della edificazione in esubero sul fondo dominante, richiede al *dominus* alienante una prestazione attiva priva del carattere meramente accessorio che la renderebbe coerente con l'istituto in esame, ma diretta, al contrario, all'erogazione di un'utilità diretta essenziale al raggiungimento dello scopo pratico voluto dalle parti.

Da ultimo, le Sezioni Unite rilevano il potenziale conflitto tra il requisito della *vicinitas* – pur nell'accezione non strettamente topografica sostenuta dalla giurisprudenza – richiesto per la servitù e quello della omogeneità/contiguità dei fondi essenziale affinché possa ritenersi legittima l'acquisizione dello *ius aedificandi*. In altre parole, secondo la Corte "*il riferimento alla nozione di zona* […] *trascende questo concetto di vicinanza quand'anche recepito nella sua più estesa accezione di vicinanza o utilità urbanistica, ben potendo concepirsi che la cessione di cubatura coinvolga terreni* […] *appartenenti ad un'area morfologicamente comune e, in ipotesi, dipendenti dagli stessi strumenti regolatori e dalle stesse strutture di urbanizzazione*"[29].

[29] C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 6.

Dopotutto, ad escludere la natura reale dei diritti edificatori intervengono altri due fattori che integrano e assorbono i precedenti.

Il primo attiene alla mancata stabile inerenza del diritto edificatorio a un terreno. Non può sottacersi, infatti, che la fattispecie presenti una necessaria duplice connessione fondiaria, una col suolo "di decollo" e l'altra con quello "di atterraggio", ma che manca del tutto nella fase "di volo". Si tratta, pertanto, di un'inerenza funzionale ed estrinseca che le stesse Sezioni Unite dapprima qualificano come causa ostativa al riconoscimento della realità del diritto in questione[30], per poi ribadire, al contrario, come "*le implicazioni di non-realità* […] *non comportino la negazione dell'inerenza al fondo del diritto sulla cubatura ceduta, quanto l'attribuzione ad essa di un'incidenza più identitaria e funzionale (di necessario collegamento con un determinato suolo tanto di origine quanto di destinazione) che coessenziale alla natura dell'istituto*"[31].

Il secondo fattore è legato, invece, all'interpretazione sistematica dell'art. 2643 c.c. che prevede già espressamente la trascrivibilità tanto dei contratti che trasferiscono la proprietà, quanto di quelli che costituiscono, trasferiscono o modificano, tra gli altri, il diritto di superficie, le servitù prediali ed anche i relativi atti di rinuncia. In tal senso, qualora lo *ius aedificandi* altro non fosse che un diritto reale, risulterebbe priva di qualsiasi portata innovatrice – oltre che inutilmente ridondante – la previsione di cui al n. 2 *bis* dell'art. cit.

Posto, pertanto, che trattasi di *diritto non reale*, la Corte di Cassazione si interroga in ordine all'efficacia traslativa o meramente obbligatoria del contratto col quale se ne cede la titolarità. Per i Giudici, costituendo lo *ius aedificandi* una naturale estrinsecazione del diritto di proprietà, il negozio giuridico che lo riguarda non può che acquisire i medesimi caratteri di quello che interessa la più ampia posizione dominicale, producendo, pertanto, effetti reali. In tal senso, infatti, si riesce a dare compiuta contezza a "*un atto di disposizione patrimoniale di estremo rilievo sul piano privatistico, nel suo risvolto sia giuridico (trattandosi pur sempre di comprimere ovvero incrementare la potestà edificatoria insita nel diritto di proprietà) sia economico (posto che non di rado il valore della cubatura assorbe ed esaurisce la massima parte del valore di mercato del suolo)*"[32].

Un'esigenza, quest'ultima, sentita dallo stesso Legislatore, come pure è dato desumersi dall'interpretazione letterale dell'art. 2643, n. 2

[30] C. Cass., SS.UU. civ., 29 ottobre 2020, n. 23902, § 7.1.
[31] C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 8.
[32] *Ibidem*, § 7.

bis c.c., ove si fa riferimento a "*contratti che trasferiscono*, *costituiscono e modificano i diritti edificatori*" direttamente, senza il bisogno di altro. Sarebbe così evidente, a detta della Corte, la "*netta rivalutazione del sostrato privatistico della cessione di cubatura,* [dovendosi ricollocare] *l'effetto traslativo suo proprio nell'ambito dell'autonomia negoziale delle parti, non già del procedimento amministrativo*"[33].

È alla luce di questo *iter* argomentativo cha la Suprema Corte afferma la natura non reale dei diritti edificatori, trasferibili a titolo oneroso tramite un contratto a effetti reali, trascrivibile e non richiedente la forma scritta *ad substantiam*.

3. *Le determinazioni dell'Amministrazione quale elemento necessariamente interno alla vicenda negoziale: una critica alla ricostruzione della Corte*

Si è già detto che nell'impostazione offerta dalla Corte di Cassazione, la conclusione del contratto di cessione di cubatura comporta l'immediato trasferimento del diritto edificatorio nella sfera giuridica del proprietario del terreno ricevente, essendo il successivo ed eventuale intervento dell'Autorità esclusivamente diretto a garantirne la "*fruibilità in conformità alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie, alle quali il cessionario dovrà ispirarsi mediante la presentazione di un progetto edificatorio assentibile perché ad esse rispondente. In quanto elemento esterno di regolazione pubblicistica di un diritto di origine privatistica, il permesso di costruire* […] *continua ad operare su un piano non dissimile da quello 'normale' dei provvedimenti genericamente ampliativi della sfera giuridica del privato e, segnatamente, da quello che regola ordinariamente l'esercizio diretto dello jus aedificandi da parte del proprietario*"[34].

Tale conclusione appare, invero, non priva di criticità, se solo si considerano le sostanziali ricadute sulle sfere giuridiche delle parti private coinvolte nell'operazione negoziale, quelle stesse parti il cui ruolo la Corte ha inteso valorizzare con l'argomentazione di cui si è già detto.

Dubbi sorgono, nello specifico, in ordine al fatto che l'adozione o meno da parte della Pubblica Amministrazione del provvedimento autorizzatorio maggiorato rappresenti davvero un "elemento esterno" alle dinamiche contrattuali. Invero, se lo è sul piano temporale e subietti-

[33] *Ibidem*, § 8.
[34] C. Cass., SS.UU. civ., 9 giugno 2021, n. 16080, § 8.

vo, meno ovvia appare tale conclusione se si guarda al rilievo che assume la determinazione dell'ente locale nella formazione della volontà del proprietario cessionario. Per dirla diversamente, si può affermare con certezza che egli avrebbe proceduto ugualmente – o comunque alle medesime condizioni – all'acquisto della cubatura qualora avesse avuto piena consapevolezza di non poterla mettere a frutto nella propria area? Una cosa è, infatti, ottenere la volumetria per sfruttarla sul proprio fondo, altra per cederla nuovamente a terzi. Né il proprietario cessionario avrebbe potuto venire a conoscenza di questa informazione prima della conclusione del procedimento amministrativo diretto al rilascio del permesso di costruire, a cui l'Autorità perviene in seguito all'esercizio di un potere fortemente discrezionale e che è necessariamente successivo alla conclusione del contratto *inter privates*.

D'altronde, mentre è da ritenersi condivisibile e quasi obbligata nell'attuale assetto positivo la qualificazione dello *ius aedificandi* quale diritto non reale, meno solide appaiono le ragioni che inducono a inquadrare il relativo atto di cessione nell'ambito dei contratti dotati di efficacia immediatamente traslativa.

Non è dirimente, in tal senso, la ricostruzione dei diritti edificatori come naturale estrinsecazione del diritto di proprietà. L'ordinamento, infatti, conosce una serie di soluzioni contrattuali tipizzate dotate di efficacia obbligatoria e aventi ad oggetto *facultates* della più ampia posizione dominicale. Si pensi, ad esempio, al diritto di godimento dei beni, che può circolare tramite contratti a effetti obbligatori (locazione, affitto, comodato, ecc.) e che rappresenta di certo, per espressa previsione dell'art. 832 c.c., contenuto minimo della proprietà.

A ben vedere, nemmeno l'interpretazione letterale dell'art. 2643, n. 2 *bis* c.c. dona uno stabile supporto alla tesi dell'efficacia reale del contratto. Occorre rilevare, infatti, che ritenere il negozio *condicio sine qua non* del trasferimento, della modifica e della costituzione della posizione soggettiva osservata, non significa doverne riconoscere necessariamente la sufficienza.

Non si rinvengono, pertanto, insormontabili ostacoli giuridici all'attribuzione di efficacia obbligatoria al contratto avente ad oggetto lo *ius aedificandi*, lettura che, evitando l'insorgenza di "*contratti fra privati in danno dell'interesse pubblico al corretto governo del territorio*"[35] – come recentemente ribadito dal Consiglio di Stato –, si traduce in una maggiore tutela delle parti negoziali.

[35] Cons. St., sez. IV, 31 maggio 2022, n. 4417, annotata da A. PALMIERI, R. PARDOLESI, *In tema di cessione di cubatura*, ne *Il foro italiano*, n. 6/2022, 329 e s.

Seguendo questa linea ermeneutica, con la conclusione dell'accordo il proprietario cedente si impegna, anche dietro corrispettivo, a non chiedere per sé lo sfruttamento della cubatura e ad agevolarne la concessione maggiorata a favore del cessionario. Ne deriva che dalla conclusione del contratto non consegue alcun momento traslativo del diritto.

A questo punto, la parte ricevente può decidere di patrimonializzare la propria posizione giuridica cedendo il credito maturato a un terzo (che potrà poi mettere a frutto la cubatura), ovvero è legittimata dal contratto a richiedere all'Amministrazione il rilascio del premesso di costruire maggiorato.

Si prospettano, così, due strade alternative.

Nel primo caso la P.A. emana il provvedimento ampliativo sancendo la traslazione dello *ius aedificandi* nella sfera giuridica del proprietario del fondo cessionario. In questo modo il diritto non vivrà mai una "fase di volo" trasferendosi direttamente dal terreno da cui origina – al quale è rimasto inerente sebbene non sfruttabile per un periodo – a quello ricevente.

Nella seconda ipotesi, invece, il Comune rigetta l'istanza, così impendendo la traslazione del diritto. Nel caso in cui la mancata concessione del permesso di costruire sia causata da ragioni connesse all'assoluta impossibilità di sfruttamento della cubatura aggiuntiva sul fondo ricevente (si pensi all'ipotesi in cui l'amministrazione ritenga i due terreni non omogenei o non contigui), può allora ritenersi non inverata una *presupposizione*. Proprio il richiamo a tale categoria giuridica non è casuale; secondo la giurisprudenza di legittimità, infatti, essa si configura come "*un'obiettiva situazione di fatto o di diritto (passata, presente o futura)* […] *tenuta presente dai contraenti nella formazione del loro consenso – pur in mancanza di un espresso riferimento nelle clausole contrattuali – come presupposto condizionante la validità e l'efficacia del negozio*" la cui mancata verificazione o il cui verificarsi "*sia del tutto indipendente dall'attività e dalla volontà dei contraenti e non corrisponda, integrandolo, all'oggetto di una specifica obbligazione dell'uno o dell'altro*"[36].

Si soddisfa, in tal senso, un'esigenza di giustizia sostanziale, consentendo al proprietario cessionario di liberarsi dal vincolo contrattuale che non risulta più rispondente all'assetto inizialmente voluto dalle parti a causa dell'operare di un evento oggettivo. Pertanto, seguendo l'impostazione di una certa giurisprudenza, egli avrà la possibilità, se lo desidera, di esercitare un potere di recesso di natura impugnativa[37].

[36] C. Cass., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 8867.

[37] Sul punto si rinvia a M. Ambrosoli, *La presupposizione in due recenti pronunce*

La fattispecie a formazione progressiva appena descritta sembra garantire al meglio il coordinamento tra la gamma di interessi complessivamente coinvolti nelle dinamiche micropianificatorie che comportano la circolazione di diritti edificatori. Infatti, negare la mutua integrazione tra il momento privatistico e quello pubblicistico, forzandone la separazione, significa consentire uno sviluppo edilizio "sulla carta", in cui i proprietari danno un assetto ai propri interessi – arrivando a modificare stabilmente le reciproche sfere giuridiche – senza alcuna *contestuale* opera di confronto col superiore interesse pubblico all'ordinato sviluppo del territorio rimesso alle cure della P.A. Una circostanza che riempie l'operazione negoziale di un'alea ricadente in maggior misura sul cessionario della cubatura e che rischia di rappresentare un ostacolo alla circolazione dello *ius aedificandi*.

4. *Riflessioni conclusive sull'essenzialità di un intervento legislativo*

Le questioni legate alla qualificazione giuridica dello *ius aedificandi* e dei relativi atti di disposizione è strettamente connessa a uno sviluppo irregolare dell'istituto, dove la prassi e la giurisprudenza hanno storicamente preceduto l'opera legislativa che ancor oggi appare insoddisfacente. Si tratta di una criticità già avvertita dalla dottrina più attenta[38], che non ha mancato di evidenziare le ragioni di un intervento regolatorio a livello nazionale e a portata generale, capace di fornire risposte univoche a problematiche che, come si è visto, sono tutt'altro che secondarie.

E d'altronde, anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella menzionata pronuncia del 2021, hanno evidenziato i limiti dell'attuale formulazione dell'art. 2643, n. 2 *bis* c.c., caratterizzata dall'assenza: "- *di una definizione contenutistica e di sostanza, avendo il legislatore scelto di fare richiamo generico ed onnicomprensivo ai diritti edificatori 'comunque denominati', senza neppure tentare di delinearne gli elementi caratteristici essenziali; – di una disciplina fondamentale uniforme (se non per quanto concerne la trascrivibilità), essendosi per il resto preferito rinviare alle eterogenee regolamentazioni che, a diverso titolo, risultano applicabili ai diritti edificatori in applicazione di normative speciali di matrice, soprattutto, regionale e di pianificazione territoriale*".

della Suprema Corte, in *Contratti*, n. 12/2006, 1079 e s.; G. Chinè, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, Molfetta, 2019, 1165 e s.; T. Scozzafava Oberdan, *La presupposizione. Una rilettura,* in *Rivista critica del diritto privato*, n. 1/2022, 157 e s.

[38] P. Stella Richter, *Diritto urbanistico*, cit., 70 e s.

A ben vedere, in realtà, la questione della copertura legislativa di tutte quelle soluzioni contemplate dai piani regolatori di natura perequativa, compensativa e premiale, assume un ulteriore profilo di rilevanza anche sul piano costituzionale. Occorre evidenziare, infatti, che in queste ipotesi l'attività dell'autorità pubblica incide sul contenuto astratto della proprietà, arrivando anche a creare e cedere nuovo *ius aedificandi* per autopoiesi, stante l'assenza di un naturale e originale legame del diritto col fondo di pertinenza ed essendo pertanto la sua genesi intrinsecamente connessa alle vicende giuridiche previste dall'atto amministrativo. È evidente, pertanto, quanto sia importante spostare il ragionamento sul versante del riparto delle competenze legislative tra enti territoriali.

Si osserva, infatti, che fatta forse eccezione per l'urbanistica premiale[39], negli altri casi il fondamento giuridico degli istituti perequativi e compensativi è da ricercarsi quasi sempre nella legislazione regionale[40], sebbene sussistano ipotesi in cui manca del tutto una copertura normativa.

E tuttavia, nemmeno la disciplina di fonte regionale, limitata al governo del territorio ed alle relative prescrizioni conformative, potrebbe spingersi a riempire di contenuto civilistico o dominicale gli istituti in esame, poiché si ingenererebbe un'intollerabile sovrapposizione con la potestà legislativa esclusiva ed unitaria dello Stato in materia di ordinamento civile e di diritto di proprietà. Un rilievo che pare trovare conferma nella stessa giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha evidenziato come gli aspetti "*relativi al trasferimento e alla cessione dei*

[39] Diverse fonti legislative di rango statale richiamano l'urbanistica premiale. Si pensi, ad esempio, all'art.1, co. 259 della L. n. 244/07 che si riferisce espressamente all'"*aumento di volumetria premiale*" da parte dei Comuni, o all'art. 11, co. 5 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla L. 6 agosto 2008, n. 133, che contempla la possibilità di promuovere l'edilizia residenziale sociale e la riqualificazione urbana tramite il trasferimento di diritti edificatori in favore dei promotori degli interventi di incremento del patrimonio abitativo, ovvero tramite incrementi premiali di diritti edificatori finalizzati alla dotazione di servizi, spazi pubblici e di miglioramento della qualità urbana.

[40] Si ricordino, ad esempio, l'art.11 della L.R. Lombardia n. 12/2005 sulla compensazione, perequazione ed incentivazione urbanistica quali strumenti di governo del territorio; gli artt. 35 e 37 della L.R. Veneto n. 11/2004 sulla perequazione e compensazione urbanistica nonché sull'attribuzione di credito edilizio in ipotesi di riqualificazione ambientale; gli artt.100 e 101 della L.R. Toscana n. 65/2014 sulla perequazione urbanistica; l'art. 26 della L.R. Emilia-Romagna n. 24/2017 sull'attribuzione dei diritti edificatori ed il principio di perequazione urbanistica; l'art. 32 L.R. Campania n.16/2004 sulla equa distribuzione di diritti edificatori ed obblighi in funzione di perequazione urbanistica tra i proprietari interessati dalla trasformazione; l'art. 31 della L.R. Calabria n. 19/2002 sui comparti edificatori con finalità di perequazione

diritti edificatori incidono sulla materia ordinamento civile, di competenza esclusiva dello Stato"[41], poiché la linea di demarcazione tra la competenza di cui all'art. 117, co. 2, lett. l) Cost. e quella, di natura concorrente, del "governo del territorio" devono essere intese nel senso che "*la limitazione conformativa del diritto di proprietà volta ad assicurarne la funzione sociale ben può essere esercitata, nelle materie di competenza, dalla legge regionale, ferma però restando la preclusione per il legislatore regionale di interferire sulla disciplina dei diritti soggettivi per quanto riguarda* "*i profili civilistici dei rapporti da cui derivano, cioè i modi di acquisto e di estinzione, i modi di accertamento, le regole sull'adempimento delle obbligazioni e sulla responsabilità per inadempimento, la disciplina della responsabilità extracontrattuale, i limiti dei diritti di proprietà connessi ai rapporti di vicinato, e via esemplificando" (C.Cost. sent.n. 391/89 ed altre)*"[42].

Né pare che la non realità dei diritti edificatori, affermata con vigore dalle Sezioni Unite, possa spostare sensibilmente gli equilibri del dibattito. Se è vero, infatti, quanto detto dalla stessa Corte in ordine alla scarsa conciliabilità tra la natura reale dello *ius aedificandi* e l'assenza di una disciplina uniforme e centralizzata che funga da fondamento delle relative ricadute sul diritto di proprietà, allo stesso modo, perlomeno a detta di chi scrive, tali refluenze richiedono uno stabile riferimento nella disciplina di fonte statale nel momento in cui non si neghi – come d'altronde non fanno le Sezioni Unite – la configurazione dei diritti edificatori in termini di *facultates* del più ampio diritto di proprietà.

Andando oltre al dato costituzionale, il superamento dell'attuale approccio normativo-regolatorio sporadico e frammentario appare necessario nell'ottica di una corretta determinazione contenutistica della proprietà immobiliare, capace non di comprimere ma di salvaguardare e rivalutare il principio di pianificazione, superando in maniera chiara, uniforme e, si spera, definitiva le incertezze che aleggiano attorno alla (indefinita) categoria dei diritti edificatori.

[41] C. Cost., 26 marzo 2010, n. 121.
[42] C. Cass., SS.UU. civ., 29 ottobre 2020, n. 23902, § 6.1.

COMMONING E TERRITORI: BREVI SPUNTI SULLE POTENZIALITÀ DELLE COMUNITÀ ENERGETICHE

di Loredana Giani e Giovanna Iacovone*

SOMMARIO: 1. Beni comuni urbani e *commoning*. – 2. Comunità energetiche e *governance* urbana. – 3. Le sollecitazioni del Piano RePowerEU. – 4. Città, territori e comunità energetiche. – 5. *Smartness* e Comunità energetiche – 6. Comunità energetiche e attività imprenditoriali. Spunti sulle attività turistiche.

1. *Beni comuni urbani e* commoning

Il tema delle comunità energetiche non è certamente nuovo nell'ambito della riflessione dottrinale[1], ed è da tempo oggetto di regolamenta-

* La scelta del tema trova spunto nella lettura di alcuni scritti del Prof. Salvia, al quale le presenti pagine sono dedicate, nei quali si coglie una particolare sensibilità al territorio, visto non solo come destinatario di "volumetrie", ma come espressione di un portato culturale e sociale da custodire con il concorso e l'interazione di numerosi e variegati elementi (istituzionali, culturali, politici, tecnici) (ad es. in F. SALVIA, *Ambiente democrazia scienza e tecnica,* in *Diritto e società*, 2001, 459 ss., ma tale prospettiva si coglie in molti degli scritti del Prof. Salvia). Il presente scritto è frutto di una riflessione comune tra le autrici, espressa anche in altri approfondimenti, i paragrafi 1, 5 e 6 sono da attribuirsi a Giovanna Iacovone e i paragrafi 2, 3 e 4 a Loredana Giani.

[1] I primi prototipi di comunità energetiche in Italia risalgono alla fine dell'Ottocento quando, nelle località di montagna, furono costituite delle cooperative atte a garantire il necessario approvvigionamento energetico. La prima esperienza può essere rintracciata nel 1897 in Valtellina dove venne istituita la Società elettrica in Morbagno (SEM) seguita dalla Cooperativa Elettrica Alto But, costituita nel 1911, e poi dalla Società Elettrica Santa Maddalena, nella Val di Funes, in Alto Adige nel 1921, seguita, cinque anni può tardi dalla Azienda Energetica Prat Società Cooperativa, fondata da 47 abitanti della Val Venosta per sfruttare l'energia idroelettrica del rio Cerin, e dalla Società Cooperativa Elettrica Gignod di Saint-Christophe, in Val d'Aosta, nata nel 1927.

Numerosi sono gli studi che in diversa prospettiva si sono occupati del tema. Tra i tanti, sia consentito rinviare a V.C. JOHNSON, S. HALL, *Community energy and equity: The distributional implications of a transition to a decentralised electricity system*, in 8(3) *People, Place & Policy Online,* 2014, 149 ss.; C. ACOSTA, M. ORTEGA, T. BUNSEN, B. KOIRALA, A. GHORBANI, *Facilitating energy transition through energy commons: an application of socio-ecological systems framework for integrated community energy systems,* in *Sustainability*, 10, 2018, 366 ss.; L. DE VIDOVICH, L. TRICARICO, M. ZULIANELLO, *Community Energy Map. Una ricognizione delle prime esperienze di comunità energetiche rinnovabili*, Luiss, RSE, Franco Angeli, 2021; A. BERNARDONI, C. BORZAGA, J. SFORZI, *Comunità energetiche rinnovabili. Una sfida per le imprese sociali e di comunità*, in *Impresa sociale* 2, 2022, 77 ss.; F. SILVESTRI, D. LEPORE, F. SPIGARELLI, L. RUBINI, *Transizione ecologica nel pnrr: alcune riflessioni sui processi di cambiamento e innovazione*, in *L'industria*, *Rivista di economia*

zione da parte del legislatore. Un tema che, come facile immaginare, ha rivelato tutta la sua importanza in ragione della peculiarità del momento che stiamo vivendo risultando così di particolare attualità, vuoi per la situazione politica internazionale che quotidianamente rende sempre più palese la nostra fragilità energetica, incidendo sul diffondersi di forme di povertà energetica su tutto il territorio nazionale, vuoi per la situazione interna che vede l'energia quale pilastro della transizione ecologica che è uno degli obiettivi del PNRR.

Pur trattandosi di un tema che originariamente era considerato di nicchia è innegabile che esso presenti numerose potenzialità, potendo fungere da grimaldello per il cambiamento, soprattutto se non ci si limita a considerarlo solo come espressione di uno "strumento" di implementazione di nuove tecnologie per la transizione energetica ma si amplia il punto di analisi, includendo anche altri aspetti che lo legano a una dimensione del "bene energia" che va oltre la dimensione del "prodotto commerciale". Dunque, una visione complessa che, muovendo dalla configurazione della energia come bene comune urbano, individua la comunità energetica come espressione di un *commoning*[2] e, dunque, manifestazione di una forma di democrazia collaborativa.

Non è certamente questa la sede in cui esaminare tutti i contenuti dei diversi interventi che via via hanno interessato il tema, a partire dal pacchetto "energia pulita per tutti gli europei" composto, come noto, da 8 direttive che regolavano temi energetici tra i quali quello delle energie rinnovabili (direttiva UE 2018/2001 nella quale è contenuta la definizione di *comunità di energia rinnovabile* – CER) e quello relativo al mercato interno dell'energia elettrica (direttiva UE 2019/944 nella quale viene definita la *comunità energetica dei cittadini* – CEC). Due formule organizzative, la CER e la CEC, caratterizzate, la prima, dalla possibilità di gestire l'energia in diverse forme (elettricità, calore, gas) a condizione che esse siano generate da una fonte rinnovabile, e dall'autonomia tra i membri della comunità che deve essere locata in prossimità con gli impianti di generazione[3]; la seconda da un ambito di applicazione limitato

e politica industriale 3/2022, 403-423; più risalente, sui profili comunitari, G. Radicati di Brozolo, *Profili di diritto comunitario del mercato dell'energia elettrica*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2/1995.

[2] Sul punto cfr. gli studi di S. Becker, M. Naumann, T. Moss, *Between coproduction and commons: understanding initiatives to reclaim urban energy provision in Berlin and Hamburg*, in 10 (1) *Urban Research and Practices,* 2017, 63 ss.; M.J. Burke, J.C. Stephens, *Energy democracy: Goals and policy instruments for sociotechnical transitions*, in 3 *Energy Research and Social Science,* 2017, 35 ss.

[3] Si v. una recente vicenda, risolta da T.A.R. Lombardia, Milano, sez. II, 23 novem-

alla sola elettricità, prodotta tanto da fonte rinnovabile quanto da fonte fossile, non necessariamente da impianti in prossimità con la stessa comunità che, tra l'altro, non è caratterizzata dal principio di autonomia. Formule che presentano un tratto comune rappresentato dall'avvicinamento dei momenti di produzione e consumo[4], secondo uno schema in cui ogni territorio diventa produttore (*producer*) e allo stesso tempo consumatore (*consumer*) di energia rinnovabile redistribuita sotto forma di bollette meno care e di partecipazione alle attività della comunità, dove l'integrazione tra produzione e consumo di energia, individuata con il termine forse stilisticamente non felice di *prosumer*, esprime una diversa metodologia ispirata alla equità e alla sostenibilità.

Come evidenziato nello stesso rapporto Enea del 2020 su "*le comunità energetiche in Italia*", già prima della crisi pandemica e della crisi energetica, la spinta verso la creazione di comunità energetiche era certamente consistente e, in vista della riduzione delle emissioni di carbonio nel settore elettrico prevista per il 2050, si stimava che 264 milioni di cittadini dell'unione europea si sarebbero uniti al mercato dell'energia come *prosumers*, ossia con il ruolo passivo-attivo di consumatori e produttori energetici, così da essere in grado di generare fino al 45% dell'elettricità rinnovabile complessiva del sistema.

Una rilevanza, quella delle comunità energetiche, che è stata riconosciuta anche nell'ambito del PNRR che nella missione 2 («*rivoluzione verde e transizione ecologica*») ha previsto un'ingente investimento per la promozione delle comunità energetiche e dell'autoconsumo collettivo, con *focus* sulle aree di maggiore impatto territoriale, al fine di sostenere le pubbliche amministrazioni e le famiglie nonché le microimprese che

bre 2020, n. 2234, in *Foro amm. (Il)*, 11/2020, 2148, in base alla quale si osserva che "Le reti private garantiscono minori perdite di rete, in ragione della maggiore vicinanza delle fonti di produzione rispetto ai punti di connessione e di consumo, e assicurano una riduzione di costi di connessione alla rete nazionale, essendo ciascun utente connesso con la propria utenza alla rete, che a sua volta è l'unico punto di connessione con la rete pubblica, cui consegue la correlata riduzione del potenziamento di quest'ultima, che deve servire un minor numero di punti di connessione. È, dunque, palese che i costi che la società deve affrontare con riguardo ai singoli utenti dei sistemi chiusi non sono affatto identici a quelli riguardanti gli altri utenti allacciati alla rete pubblica, ma sono certamente inferiori; da ciò emerge l'ingiustificata applicazione anche all'energia elettrica prodotta all'interno del sistema di distribuzione chiuso degli stessi ed identici oneri gravanti sugli utenti della rete nazionale, dando luogo in tal modo ad un irragionevole e sproporzionato aggravio di costi per gli utenti.

[4] Sul tema, G. GHERARDI, *Consumo e produzione di energia. Il poco e il molto tra falsi miti e ipotesi di sviluppo*, in *Il Mulino*, 4/2007, 1069 ss.; J. ELLIS, *Energie rinnovabili*, in *Equilibri*, 2/1998, 231 ss.

si sarebbero aggregate, a livello di condominio di quartiere, in comuni con meno di 5000 abitanti. Alle 20 comunità energetiche esistenti sul nostro territorio, che tra l'altro registrano una produzione media alquanto modesta che oscilla tra i 20 e i 50 KWh, il PNRR, considerata la strutturazione della missione relativa alla transizione ecologica, "intendeva" aggiungere un ampio spettro di nuove installazioni entro il 2026, arricchendo i finanziamenti previsti con ulteriori misure specifiche per favorire la diffusione delle modalità di autoproduzione proprio delle comunità energetiche.

Nel contesto del perseguimento di uno sviluppo sostenibile, l'Agenda 2030 integra i tre pilastri della sostenibilità (ambientale, economica e sociale) individuando 17 obiettivi, declinati in targets e indicatori che sono interconnessi e rispetto ai quali *smart cities*[5] e comunità energetiche vengono ad assumere un ruolo centrale.

2. *Comunità energetiche e* governance *urbana*

Senza entrare nel dettaglio delle esperienze concretamente maturate nel nostro territorio, alcune significative per il diverso approccio alla dimensione multiattoriale che le caratterizza, ai fini delle brevi riflessioni che si intendono svolgere in queste pagine, è interessante focalizzare l'attenzione proprio sul diverso rapporto che esse esprimono tra comunità e territorio e, dunque, sulla stessa *governance* urbana.

Nel considerare il dato generale emerge subito che l'attenzione manifestata nel PNRR verso le comunità energetiche "rappresentava", insieme all'implementazione della direttiva RED II, una importante occasione per rendere operative le comunità energetiche nella direzione di una più compiuta inclusione sociale e di una ridefinizione degli stessi rapporti di cittadinanza e delle relazioni cittadino-territorio-istituzioni[6].

Infatti, la sovrapposizione della dimensione spaziale individuale a quella collettiva, anche grazie alla coincidenza della produzione locale di energia con la domanda espressa da un circuito circoscritto, territorialmente limitato, consente di raggiungere una serie di obiettivi tra i quali la individuazione di formule partecipative, sostenibili e non imposte

[5] Su questo profilo, E. Ferrero, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amm (Il)*, 2015, 1267 ss.; E. Carloni, M.V. Pineiro, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Ist. fed.*, 4/2015, 866.

[6] Sulle interrelazioni, si v. P. Urbani, *Territorio e poteri emergenti*, Giappichelli, 2007, 165 ss.

dall'alto, e lo sviluppo di una serie di progetti di medio termine ad alto potenziale tecnologico. Progetti che, tra l'altro, potrebbero permettere anche il raggiungimento di obiettivi di potenziamento delle aree interne, evitando lo svuotamento dei borghi e contrastando la stessa «povertà energetica» intervenendo nelle sue diverse dimensioni (legate al reddito, alla bassa efficienza energetica delle strutture[7], ai costi dell'energia) che sono correlate da una causalità negativa incrementale che, unita ad altri fattori di vulnerabilità (si pensi, ad esempio, agli anziani e agli immigrati), finisce per generare ulteriori elementi di fragilità che rischiano di trovare il punto terminale nella povertà assoluta e che, in maniera allarmante, si estendono in maniera anche intergenerazionale. Una tendenza, quella sommariamente richiamata, che trova sconfortante conferma nei dati che sono riportati nel «Secondo rapporto dell'Osservatorio Italiano sulla Povertà Energetica: La povertà energetica in Italia» del 2020 che saranno certamente aggravati nelle prossime rilevazioni anche in ragione della nostra (e di gran parte dell'Unione Europea) dipendenza dalla Russia e di tutto ciò che essa comporta[8].

In questo contesto, dunque, le comunità energetiche, se correttamente valorizzate, consentirebbero un primo passo verso la individuazione di soluzioni sostenibili atte a garantire non solo l'implementazione di processi resilienti ma anche di *empowerment* e sviluppo.

Il dato caratterizzante delle comunità energetiche è rappresentato dalla implementazione di modelli di *co-governance* caratterizzati da una pluralità di attori urbani che non possono essere limitati alla sola triade "pubblico, privato, sociale", ma che includono anche le dimensioni civica e cognitiva secondo un modello significativamente definito a "quintupla elica"[9] nel contesto del Patto di Amsterdam, nel quale la valoriz-

[7] Sul tema, interessante appare la conclusione cui è pervenuta Comm. Trib. Reg. Basilicata, Potenza, sez. II, 14 aprile 2022, n. 184, che osserva che L'art. 1 comma 21, L. 28 dicembre 2015, n. 208, in vigore dal primo gennaio 2016, in materia di determinazione della rendita catastale degli immobili a destinazione speciale, deve essere interpretato tenendo presente la necessità di non scoraggiare l'iniziativa imprenditoriale, in ossequio ai principi costituzionali di tutela del lavoro e della libertà dell'impresa, di cui al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, al fine di preservare e migliorare l'ambiente, la politica dell'Unione nel settore dell'energia è intesa a promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo delle energie nuove e rinnovabili.

[8] P. Harrison, *Energia, UE meno vulnerabile se saprà decentralizzare*, in *Astrid online*, 4/2022.

[9] Si tratta di un modello che prende le mosse da quello a tripla elica teorizzato da L. Leydesdorff, H. Etzkowitz, *The Triple Helix as a Model for Innovation Studies*, in *Science and Public Policy,* vol. 25, 3, 1998, 195 ss., recepito all'interno del Patto di Amsterdam, che definisce la nuova Agenda Urbana per l'UE (2016).

zazione della multiattorialità passa anche attraverso una rivisitazione del ruolo del soggetto pubblico che, evidentemente, non può essere limitato alla sola dimensione finanziaria, ma deve spingersi oltre, verso un ruolo di promozione e diffusione della cultura che le stesse comunità esprimono, anche attraverso l'adozione di misure di *nudging*[10] (di spinta gentile) e di condizionalità che conducano alla messa a sistema e implementazione di modello di sviluppo sostenibile delle aree urbane. Modelli che possono, tra l'altro, giocare un ruolo importante nella individuazione di forme avanzate di lotta alle "vulnerabilità" e che non possono essere affrontate solo attraverso interventi di tipo assistenzialista ed *ex post* ma che necessitano, per una soluzione profonda, di interventi *ex ante* che puntino anche sull'*empowerment* individuale e collettivo[11].

3. *Le sollecitazioni del Piano RePowerEU*

L'uso del tempo verbale utilizzato nel paragrafo precedente a proposito delle previsioni contenute nel PNRR non è casuale, né frutto di una svista. Esso, al contrario, manifesta una consapevolezza, e cioè la necessità di rileggere anche gli stessi obiettivi del PNRR, ambiziosi ma condivisibili, alla luce del Piano REPowerEU[12] presentato dalla Commissione europea allo scopo di offrire una risposta alle perturbazioni del mercato energetico determinate dal conflitto in essere. Come si legge nella stessa introduzione del Piano REPowerEU, esso «mira a ridurre rapidamente la nostra dipendenza dai combustibili fossili russi imprimendo un'accelerazione alla transizione verso l'energia pulita e unendo le forze per giungere a un sistema energetico più resiliente e a una vera Unione dell'energia».

Il Piano REPowerEU si innesta sul pacchetto di proposte *Fit for 55%*, e mira ad integrare gli interventi in materia di sicurezza dell'approvvigionamento energetico e stoccaggio di energia con diverse azioni supplementari (quali il risparmio di energia, la diversificazione dell'approvvigionamento) in modo da garantire una trasformazione strutturale del sistema energetico, mantenendo inalterati gli obiettivi di riduzione

[10] Sul punto si rinvia agli approfondimenti di A. Zito, *La nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Editoriale Scientifica, 2021.

[11] Nella prospettiva territoriale, cfr. P. Graziano, P. Rizzi, *Resilienza e vulnerabilità nelle regioni europee*, in *Sc. Reg.*, 1/2020, 91 ss.

[12] Comunicazione della Commissione SWD (2022) 230 final del 18 maggio 2022.

delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2030[13], raggiungendo, nel 2050 la neutralità climatica, in linea con il *Green Deal* europeo.

Uno dei perni su cui ruota il Piano REPowerEU è rappresentato dal "risparmio energetico" da garantirsi non solo attraverso la implementazione di processi e standard comportamentali, che presuppongono anche misure di *nudging* per garantire l'applicazione del principio, recepito in uno specifico piano redatto assieme alla International Energy Agency il 21 aprile 2022, del "*playing my part*", ma anche azioni volte ad assicurare più in generale l'efficientamento energetico anche delle strutture, e ciò anche attraverso l'adozione di misure di sostegno quali aliquote IVA ridotte per i sistemi di riscaldamento ad alta efficienza o per l'isolamento termico degli edifici, o altre misure, sempre nel rispetto della disciplina in materia di concorrenza.

Un Piano la cui attuazione evidentemente dipende, di qui la scelta del tempo verbale, anche dall'adeguamento non solo dei Piani Nazionali dell'energia e del Clima, ma anche dello stesso PNRR, sotto forma di *addendum* ai piani consolidati, pur senza ridurre l'ambizione del PNRR per quanto riguarda le raccomandazioni specifiche per paese. Una consapevolezza chiaramente espressa all'interno del Piano REPowerEU nel quale si invitano gli Stati membri ad aggiungere ai Piani Nazionali «un capitolo dedicato alle nuove azioni volte a conseguire gli obiettivi del piano REPowerEU, vale a dire diversificazione dell'approvvigionamento energetico e riduzione della dipendenza dai combustibili fossili». Capitoli da redigersi sulla base delle raccomandazioni specifiche indirizzate ad ogni paese e avendo soprattutto cura di garantire «la complementarietà tra le misure finanziate nell'ambito del dispositivo per la ripresa e resilienza (RFF) e le azioni sostenute da altri fondi» nazionali o europei quali il FESR, la PAC e più in generale i fondi che si innestano all'interno della politica di coesione, anche attraverso la possibilità di trasferire fino al massimo del 12, 5% della dotazione della politica di coesione nell'ambito dell'RFF, in aggiunta alla possibilità già prevista del 5%, in modo da «includere nei rispettivi PRR nuovi investimenti e riforme che contribuiscano a una rapida riduzione delle importazioni di combustibili fossili dalla Russia», sfruttando le potenzialità che la stessa politica di coesione presenta.

Come immaginabile, tra gli obiettivi del Piano REPowerEU vi è «l'accelerazione e la diffusione massiccia delle rinnovabili nella pro-

[13] Di recente, cfr. F. Fracchia, P. Pantalone, *Verso una contrattazione pubblica sostenibile e circolare secondo l'Agenda Onu 2030*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2022, 243 ss.

duzione di energia elettrica, nell'industria, nell'edilizia e nei trasporti», come principale mezzo per «abbandonare più in fretta i combustibili russi», attraverso una revisione in rialzo dell'obiettivo per il 2030 della direttiva sulle energie rinnovabili[14].

Interessante, ai fini delle presenti riflessioni, sottolineare come nel documento si evidenzi la centralità delle comunità energetiche, da incentivarsi anche nei confronti dei produttori di biometano, e più in generale di tutte le forme volte a consentire «l'effettiva partecipazione dei consumatori ai mercati dell'energia (individualmente o attraverso comunità energetiche o sistemi collettivi di autoconsumo) affinché possano produrre, autoconsumare, vendere o condividere energia rinnovabile» in attuazione della direttiva sull'energia elettrica. Una spinta dettata da evidenti ragioni oggettive che non può non riverberarsi proprio sullo stesso PNRR, rispetto al quale non si può ignorare che la scelta effettuata muove proprio dalla considerazione della centralità del dato territoriale e delle potenzialità, rammentate in precedenza, che la realizzazione di comunità energetiche può presentare soprattutto per le aree interne. Ed è su questo dato che fa leva, ad esempio, il progetto BeComE, pensato da Legambiente, Kyoto Club e AzzeroCo2 specializzato nella promozione del ruolo propulsivo delle piccole comunità, e in particolare dei borghi per la realizzazione di nuove comunità energetiche sul nostro territorio, o ancora lo stesso bando "comunità energetiche"[15].

Un passo in avanti, potenzialmente significativo, potrà essere rappresentato dall'emanando decreto per l'attuazione dell'art. 8 del decreto legislativo 8 dicembre 2021, n. 199 riguardante la regolamentazione degli incentivi per la condivisione dell'energia. Nella bozza sottoposta alla consultazione pubblica il 28 novembre 2022 vengono individuati i criteri e le modalità per la concessione degli incentivi volti a promuovere la realizzazione di impianti inseriti in comunità energetiche, sistemi di autoconsumo collettivo e individuale, favorendo l'implementazione della logica, propria della politica di coesione, *bottom-up*, evidentemente più idonea non solo a rispondere alle reali esigenze presentate dai territori, ma anche a costruire quella *capacity* fondamentale nel processo di resilienza ed *empowerment* territoriali. Tra i destinatari degli incentivi

[14] Si intersecano diversi profili, differenziati, come osservato da S. Amorosino, *La dialettica tra tutela del paesaggio e produzione dell'energia da fonti rinnovabili a tutela dell'ambiente atmosferico*, in *Riv. giur. edil.*, 4/2022, 261 ss.

[15] Finanziato dal Fondo nazionale complementare al Pnrr per le aree sisma, che mette a disposizione dei comuni e degli enti territoriali dei due crateri sismici 68 milioni di euro per favorire la nascita delle Comunità Energetiche Rinnovabili.

anche le Comunità energetiche rinnovabili, realizzate da clienti finali ai sensi dell'art. 31, del d.lgs. n. 199/2021. Comunità configurate come soggetti di diritto autonomo, controllate da soggetti pubblici o privati che possono partecipare alla comunità, senza che però tale partecipazione configuri, per il soggetto, una attività commerciale e industriale principale, il cui obiettivo principale è quello di «fornire benefici ambientali, economici e sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità», dunque un obiettivo lontano dalla realizzazione di profitti finanziari essendo consentita l'utilizzazione della energia autoprodotta solo per l'autoconsumo istantaneo in sito o per la condivisione con gli altri membri della comunità, nella stessa zona di mercato, nei limiti della connessione alla medesima cabina primaria, con la possibilità di stoccaggio o di vendita della sola energia eccedentaria.

4. *Città, territori e comunità energetiche*

I rapidi richiami al quadro normativo qui svolti rendono evidente come le Comunità energetiche siano espressione di una diversa dimensione in cui leggere e interpretare il rapporto tra cittadini e territorio, nonché di un diverso ruolo conseguentemente attribuito alle stesse politiche pubbliche che dovrebbero porre alla base una matrice decisionale differente; di una rinnovata dimensione sociale, come momento di sperimentazione, in ambito sociale, etico e civico, strutturandosi attraverso una *governance* locale a responsabilità diretta sulla base della quale cittadini, associazioni e realtà imprenditoriali condividono un insieme di principi, regole e procedure che riguardano la gestione e il governo della comunità, verso obiettivi di autogestione e condivisione delle risorse e, non da ultimo, di rigenerazione di quei territori (si pensi ai *brownfields*[16]) che altrimenti, vuoi per la carenza di risorse, vuoi per la distrazione dei soggetti pubblici, rischiano di rimanere come dei monoliti, espressione di negatività e di improduttività dei territori feriti, che continuano a essere vittime di politiche pubbliche miopi e che, invece, adeguatamente contestualizzati, potrebbero essere rigenerati e resi sostenibili non secondo "progetti visionari", ma semplicemente mettendo a sistema ciò che già abbiamo, adottando una dimensione dell'azione e dell'organizzazione (anche pubblica) che sia funzionale alla complessità.

[16] Si v. l'analisi, ancora attuale, condotta da F. NEONATO, *Il valore della terra*, in *Equilibri*, 1/2001, 99 ss.

Nel corso degli anni, nei discorsi sul territorio abbiamo assistito a un fiorire di espressioni *sharing*, *smart*, *cooperative*, che esprimono l'evoluzione dei legami tra tecnologia, mercati e dimensione urbana[17]. Se vogliamo, una serie di etichette che misurano la *performance* della città, e più in generale dei territori[18], intesi come luogo di garanzia dei diritti, secondo una evoluzione di quel diritto alla città che già prospettava l'autore di Hagmanteux negli anni Settanta[19], ripreso poi dalla dottrina successiva[20]. Un filone di pensiero che in diversa prospettiva ha evidenziato la multidimensionalità del governo del territorio, sottolineando la centralità del confronto degli interessi secondo una dimensione sistemica che ha consentito l'emersione di quei profili correlati alla soddisfazione delle esigenze, dei problemi reali della società, evidenziandone quella caratteristica teleologica che condiziona i processi di cui è permeata che dovrebbero tendere al raggiungimento di risultati complessi e dinamici[21].

[17] Cfr. F. Palermo, *Asimmetria come forma e formante dei sistemi complessi*, in *Ist. fed.*, 2/2018, 255 ss., l'asimmetria di *status*, poteri e funzioni tra enti territoriali è regola e non eccezione degli ordinamenti composti. Ne rappresenta pertanto la forma, e allo stesso tempo un formante, in quanto costituisce uno degli elementi che concorre a definirne la normalità.

[18] M. Dugato, *L'uso accettabile del territorio*, *in Ist. fed.*, 3/2017, 597 ss., 599, osserva che i procedimenti devono essere resi più semplici e le interazioni tra le previsioni dei diversi livelli devono abbandonare i precedenti meccanismi di sostanziale gerarchia per ispirarsi a modelli funzionali, in cui i confini tra i vincoli ed i piani appaiono più nitidi e certi.

[19] H. Lefebvre, *Il diritto alla città*, Verona, 2014. Dello stesso autore cfr. *Spazio e politica. Il diritto alla città II,* Ombre Corte, Verona, 2018.

[20] Sul punto sia consentito rinviare a L. Giani, M. D'Orsogna, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza,* in *Scritti in Onore di Eugenio Picozza,* vol. III, Editoriale Scientifica, 2019, 2005 ss. Cfr., inoltre, G. Iacovone, *Patrimonio culturale e resilienza nelle politiche pubbliche*, in *urban@it*, nel quale si opera una interessante ricostruzione del significato del termine, rilevando, in maniera del tutto condivisibile, come esso, in un sistema sociale "può essere intesa come la capacità di affrontare il cambiamento senza perdere la propria identità, la propria storia e il sistema simbolico e di valori che sostiene l'intera collettività", dunque, "un atteggiamento, una modalità comportamentale che trova nel diritto il suo terreno elettivo, ed in virtù della quale [la resilienza], i valori incorporati nei principi giuridici e gli interessi tutelati resistono al cambiamento e si rafforzano", (2); G. Iacovone, L. Giani, *Città, reti sociali e rigenerazione urbana*: *una prospettiva normativa*, in *Settimo Rapporto sulle città. Chi possiede la città? Proprietà, poteri, politiche,* urban@it, Il Mulino, 2022, 253 ss.

[21] *Ex multis*, G.F. Cartei, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in *Ist. fed.*, 3/2017, 605, che, in ragione della complessità, osserva che da un lato, l'importanza dello sviluppo sostenibile, dall'altro, il riconoscimento dei profili di carattere ambientale e sociale che interessano anche l'approvvigionamento dell'energia, rendono obbligato il ricorso a modelli articolati e coordinati.

Un diritto alla città, dunque, inteso come «forma superiore dei diritti, come diritto alla libertà, alla individualizzazione nella socializzazione, all'habitat e all'abitare»[22]. Un diritto che si è via via articolato in una duplice prospettiva, strutturale, riferita all'opera, e funzionale, rispetto alla fruizione e che evidentemente presuppone un ripensamento dello stesso concetto di città, come luogo di ristrutturazione delle relazioni sociali, politiche ed economiche, rispetto al quale le comunità energetiche possono svolgere un ruolo centrale, espressione di enormi potenzialità proprio in quanto manifestazione di quella filosofia rigenerativa dello spazio sociale realizzata attraverso la partecipazione attiva degli abitanti che, così, riescono a riappropriarsi delle dimensioni dello spazio e del tempo, generando logiche di rigenerazione dello spazio sociale, che consentono di porre rimedio a quegli spazi di vulnerabilità che hanno generato isolamento, allontanamento dai servizi.

Una dimensione, dunque, in cui la costituzione della Comunità si pone come espressione di un momento di rigenerazione, anche urbana, che emerge così nella sua portata innovativa, che trascende inevitabilmente il singolo intervento, per riferirci al contesto urbano interessato, intercettando valori economici e sociali secondo una dimensione collettiva del territorio, fondata su una organizzazione e rinnovazione dell'esistente, secondo processi tesi a garantire una trasformazione sostenibile del territorio che, così facendo, trova un nuovo equilibrio tra le diverse dimensioni che lo compongono.

Uno strumento, dunque, che consente di individuare un nuovo equilibrio, facendo fronte alle crescenti esigenze "imposte" o "indotte" dalle povertà energetiche, che non può ridursi ad un *bouncing back*, cioè un percorso che, anche attraverso l'implementazione delle dinamiche partecipative, consente il mantenimento dello *status quo*, ma che al contrario consenta, anzi si faccia motore di un *bouncing forward*, innestando un processo reattivo, verso un nuovo "stadio sociale"[23] che sia in grado di garantire autoreazione e autoadattamento dei sistemi complessi in cui reti, formali e informali[24], perseguono strategie di sviluppo condivise.

[22] H. LEFEBVRE, *Il diritto alla città,* cit.

[23] K. SHAW, *Reframing resilience. Challenges for planning theory and practice*, in *Planning Theory and Practice*, 13, 2012, n. 2, 308 ss.; S. DAVOUDI ET AL., *Resilience: A bridging concept or a dead end?,* in *Planning Theory and Practice*, 13, 2012, 2, 229 ss.

[24] Si v. F. GIGLIONI, *Il diritto pubblico informale alla base della riscoperta delle città come ordinamento giuridico*, in *Riv. giur. edil.*, 1/2018, 3 ss.

5. Smartness *e Comunità energetiche*

Assai significativi di questa nuova dimensione dei rapporti uomo territorio sono quei movimenti che, sull'onda della *sharing economy*, sono sfociati nella sottoscrizione di una serie di carte e dichiarazioni pubbliche nelle quali i soggetti coinvolti hanno espresso la loro intenzione di collaborare per arginare, controllare, gli effetti delle azioni umane che si riversano sul territorio. Si pensi, ad esempio, alla *Sharing Cities Declaration: Cities' Common Principles and Commitments for City, Sovereignty Regarding the Platform Economy,* sottoscritta a Barcellona in occasione dello *Sharing Cities Summit* nel 2018.

Una dichiarazione che insiste su grandi temi socio-economici, influenzati dalla *sharing economy*, con un impegno dei sottoscrittori a promuovere politiche pubbliche solidali, di sostegno alle imprese/attività di piattaforme e alla difesa dell'ambiente, in ultima analisi, nuove forme di *governance* più aperte e democratiche in cui emergono, con un diverso ruolo, quei doveri di solidarietà che evocano il «dovere di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, garantendo al contempo i diritti degli individui secondo il paradigma solidarista cui è improntata la nostra matrice costituzionale».

Dunque, la città in particolare come luogo su cui atterrano i diritti, come livello di governo più indicato a rimuovere i nuovi ostacoli e per promuovere politiche di condivisione che chiamano le istituzioni ad un diverso ruolo, anche di potenziamento di quella "*smartness*" che si vuole attribuire alle città che non può essere riduttivamente considerata come riferita solo alla implementazione di "nuove tecnologie digitali" ma presuppone la individuazione di soluzioni alle questioni problematiche sottese alla implementazione delle reti intelligenti e della stessa città intelligente, espressione del naturale e da sempre conflittuale rapporto tra tecnica e diritto. Dunque, un ruolo, quello delle istituzioni, volto a garantire la individuazione di una regola di coesistenza, che non può essere certamente un ostacolo per la stessa implementazione della *smartness*, poiché questo equivarrebbe ad una automatica abdicazione a quei benefici che alla sua implementazione sono correlati, espressione della evoluzione del sistema, frutto delle dinamiche interrelazionali tra società ed istituzioni e, dunque, un cammino verso la implementazione degli stessi diritti di cittadinanza e del diritto alla città. Una sfida che la *governance* urbana non può non cogliere, essendo primario ruolo delle istituzioni quello di creazione e costruzione di contesto, adeguato alle istanze del presente, secondo una logica che pone la stessa organizzazio-

ne a servizio di un interesse pubblico che ormai trova una sede di definizione esterna alla stessa amministrazione[25], e questo anche attraverso la implementazione di forme di *nudge regulation*, cioè una spinta gentile verso il raggiungimento di specifici obiettivi[26].

La città, dunque, come frutto di dinamiche di fatto che si sviluppano nell'ambito spaziale del contesto urbano e nel quale si concentrano istanze ed esigenze derivanti da quella microfisica del quotidiano da cui è costituita l'esperienza di donne e uomini, nella dimensione tanto personale quanto relazionale, sia solidaristica ma anche conflittuale.

In questo contesto tematico, anche le stesse comunità energetiche assumono una valenza e portata diverse, risultando strumenti che presentano un potenziale elevato per contribuire alla riduzione delle disuguaglianze urbane.

In questa prospettiva, il PNRR e il recepimento delle Direttive RED II e IEM rappresentano due occasioni importanti per spostare il baricentro delle comunità di energia rinnovabile verso una più compiuta inclusione sociale, pur restando aperti alcuni interrogativi che, ad una scala diversa, costituiscono il precipitato degli interrogativi aperti dallo stesso concetto di transizione ecologica: per esempio in relazione ai modelli e alla loro efficacia, ai costi, all'equilibrio tra programmazione economica a livello centrale e coinvolgimento delle comunità a livello locale. E anche il ruolo degli enti locali di fatto non è ancora ben definito, se non con riferimento alla possibilità di entrare a far parte delle comunità stesse.

Se è vero, d'altra parte, che la transizione ad un nuovo modello di sviluppo non potrà prescindere da un effettivo decentramento dei modello di produzione e consumo (anche, ma non solo, dal punto di vista energetico[27]), ciò viene inevitabilmente ad imporre un coinvolgimento, attivo e continuativo, degli enti di area vasta e delle comunità locali nelle scelte più rilevanti che incidono sull'utilizzo delle risorse[28], pur all'inter-

[25] Attuali sono le riflessioni di P.A. CAPOTOSTI, *Tendenze alla negoziazione degli interessi tra amministrazioni e privati e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Franco Piga*, I, Milano, 1992, 213 ss., 218, si tratta di una propensione che deriva dall'affermarsi di un nuovo principio di effettività che scaturisce dalla progressiva espansione di momenti di concerto, che erodono il momento di autorità, anche se continuano ad aspirare ad essere legale nelle forme.

[26] Cfr. G. TROPEA, *Spinte gentili per la pubblica amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 1/2022, 31 ss.

[27] Provocatoriamente, sul punto, M. COCCONI, *E se l'energia tornasse allo Stato? Gli effetti nocivi del decentramento e le ragioni di un ritorno al centro*, in *Amministrazione in cammino*, 3/2017.

[28] M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo ter-*

no dei vincoli, dei limiti e degli obiettivi ultimi che non possono essere stabiliti a livello nazionale. Si tratta di un profilo che, evidentemente, si viene a ricollegare alla esigenza di garantire un più stringente coordinamento tra gli strumenti (leggeri) di pianificazione a livello centrale e gli strumenti affidati alla responsabilità degli enti locali per la programmazione ambientale e per la pianificazione nell'utilizzo delle risorse.

6. *Comunità energetiche e attività imprenditoriali. Spunti sulle attività turistiche*

Proprio nell'ambito di tali strumenti si inseriscono le comunità energetiche nate come modelli giuridici strutturalmente e organizzativamente "aperti" e a partecipazione volontaria e che, se correttamente valorizzate, presentano una "immanente" flessibilità che, in linea con le innovative esigenze ordinamentali, consentono di «fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera» e possono presentare dei vantaggi per tutti coloro i quali insistono su un determinato territorio, amministrazione, cittadini e imprese, anche le stesse imprese turistiche. Infatti, da un lato si tratta di forme di "emancipazione" energetica, basate sulla delocalizzazione e sulla decentralizzazione della produzione e dello stoccaggio dell'energia; dall'altro le comunità energetiche assolvono la finalità di valorizzare la produzione e la distribuzione di energia in prossimità della domanda e delle utenze finali, tramite impianti di piccole-medie dimensioni gestiti direttamente dagli utilizzatori (famiglie, condomini, piccole e medie imprese, nuclei sociali composti da un numero esiguo di individui).

In questo modo, il legame utente-energia muta al punto tale da realizzare un nuovo modello di gestione e produzione energetica in grado non solo di produrre benefici ambientali, ma anche di generare un innovativo microsistema economico basato sull'aggregazione.

Proprio sulla logica aggregativa e integrata su cui fondare un nuovo modello economico e sociale di sviluppo, infatti, sembra aver scommesso il PNRR attraverso la previsione di tali forme di collaborazione pubblico-privato su cui impiantare il processo di transizione ecologica.

ritoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali, in *Dir. amm.*, 4/2018, 787 ss.; si pone un evidente problema di coordinamento, proprio con l'ente di area vasta, come riferito da C. Napoli, *L'organo di vertice dell'ente di area vasta e la differenziazione funzionale tra città metropolitane e province*, in *Federalismi*, 2022, 222 ss.

A dimostrazione delle molteplici e flessibili forme di utilizzo delle comunità energetiche si può richiamare la sperimentazione di ENEA (Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile) in Italia che ha l'obiettivo di promuovere attraverso le CE un nuovo modello sociale ed economico fondato sull'economia circolare[29]. In una logica di evoluzione della comunità energetica si intende utilizzare tale soggetto giuridico per consentire al suo interno scambio di beni, conoscenze, spazi comuni. Si tratta in sostanza di una economia basata su token che vengono scambiati con beni e servizi: lo stesso token energetico che va a remunerare l'energia condivisa può essere utilizzato per lo scambio di beni e servizi che ben potranno essere anche servizi in funzione del turismo. Per esempio l'albergatore attraverso tale scambio potrebbe far risparmiare al turista il pagamento della tassa di soggiorno. Si tratta, dunque, di un modello giuridico in grado di delineare forme di "conciliazione" di aspettative e interessi di natura diversa e talvolta divergenti come quelli che spesso sono riconducibili al turismo da un lato e alle comunità locali dall'altro.

Si possono così creare le condizioni organizzative e attoriali per uno sviluppo sostenibile nella prospettiva multidimensionale sopra specificata, individuando le condizioni per attuare scambi di fruizione tra i diversi modi di vivere i luoghi, ossia tra economia turistica e autentica rigenerazione.

Al riguardo, infatti, il PNRR nell'occuparsi del turismo (Missione 1, Componente C3 "Turismo e cultura" e, in particolare, nell'ambito di intervento 3.4 "Turismo 4.0") prevede investimenti volti al miglioramento delle strutture turistico-ricettive e dei servizi turistici, con il duplice obiettivo di innalzare la capacità competitiva delle imprese e di promuovere un'offerta turistica basata su sostenibilità ambientale, innovazione e digitalizzazione dei servizi.

In questo contesto, dunque, le comunità energetiche possono rappresentare un tassello essenziale nel contesto della costruzione della filiera che abbraccia le attività del territorio attraverso una strategia sinergica con il resto dell'offerta che il territorio medesimo esprime. Esse, infatti, sono connotate da una comunanza di valori scaturenti dalla appartenen-

[29] Sul tema, tra i numerosi lavori che nel corso degli anni hanno scandagliato le diverse problematiche, sia consentito rinviare a C. AURA, *Economia circolare e transizione energetica: le nuove sfide per le PMI,* Franco Angeli, 2022; per restare su tematiche attuali, R. STEFFENONI, *Il superbonus per l'edilizia residenziale pubblica tra finanza di progetto e finanza pubblica: un'analisi sulle nozioni di rischio e di prezzo*, in *Riv. giur. edil.*, 1/2022, 61 ss.

za ad un territorio che ne fanno anche un presidio ambientale e della sostenibilità in termini di produzione condivisa di servizi e, quindi, di benefici economici e sociali.

E la stessa valorizzazione della funzione dei sistemi urbani nell'ambito dello sviluppo economico e dell'innovazione produttiva, sociale e culturale, non può che passare attraverso strumenti giuridici di pianificazione e programmazione che garantiscano una analisi integrata della multifunzionalità del suolo, e dei diversi interessi rilevanti, nonché delle correlative diverse utilità traibili dal territorio stesso.

E proprio l'aspetto localistico, che costituisce l'elemento comune tra turismo e comunità energetiche, consente di individuare l'intima connessione che si può stabilire tra turismo sostenibile e comunità energetiche dove queste ultime addirittura potrebbero fungere esse stesse da attrattore di alcune forme peculiari di turismo, particolarmente attente e sensibili ai profili ambientali valorizzando, appunto alcune parti del nostro territorio, come accaduto nel già menzionato progetto BeComE, da borghi eccellenti a comunità energetiche cui ha aderito anche il Touring Club Italiano. Un progetto che mira a rendere i borghi, normalmente considerati *landmark* minori, protagonisti della transizione energetica, rendendoli centri pulsanti e propulsori di una transizione ecologica che comporta benefici non solo per l'ambiente, ma anche per lo stesso sviluppo socioculturale e turistico dei territori.

In tale solco è possibile leggere l'inserimento delle *green communities*, ulteriore modello comunitario previsto e promosso dal PNRR attraverso cui si intende sostenere lo sviluppo sostenibile e resiliente dei territori rurali e di montagna che intendano sfruttare in modo equilibrato le risorse principali di cui dispongono tra cui, in primo luogo, acqua, boschi e paesaggio, avviando un nuovo rapporto sussidiario e di scambio con le comunità urbane e metropolitane e che ben possono coincidere con le comunità energetiche.

L'obiettivo più generale, pertanto, è quello di delineare forme di coordinamento tra interessi ed esigenze diversificati, attraverso l'elaborazione, il finanziamento e la realizzazione di modelli giuridici soggettivi in grado promuovere forme di responsabilizzazione cooperativa non solo per i singoli residenti che vi aderiscono ma anche per le imprese turistiche e per i c.d. cittadini temporanei[30].

[30] L'articolo. 72 della legge 28 dicembre 2015 n.221 (Collegato ambientale 2016), recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali" la Misura del PNRR nella Missione 2, danno un perimetro chiaro di azione delle green communities oggetto

Sotto tale profilo le comunità energetiche ben si inseriscono nell'ambito di rinnovate strategie che per il tramite dello sviluppo di sistemi energetici locali sono in grado di dare un contributo essenziale a vasti ambiti urbani, e di garantire a livello locale condizioni di competitività per le imprese turistiche sotto il profilo degli approvvigionamenti energetici e assicurare, al contempo, condizioni di vantaggio per i residenti.

In altri termini la comunità energetica, nel suo modello evolutivo, sembrerebbe funzionale, quale strumento di strategia urbana, a creare le condizioni per uno sviluppo sostenibile, attivando comunità ospitali ad altissima prestazione di servizi territoriali innovativi e individuando le condizioni per attuare pratiche di cooperazione tra economia turistica e rigenerazione, quest'ultima intesa in una concezione sistemica e integrata – in un rapporto inscindibile con l'ambiente e rispetto al quale il diritto è chiamato a regolarne la conservazione nella logica della prevenzione e del mantenimento dell'integrità e dell'identità – che cerca di tenere insieme finalità di carattere economico con obiettivi di natura sociale perseguibili attraverso la riqualificazione di territori.

della relativa Strategia nazionale riguardante: a) la gestione integrata e certificata del patrimonio agro-forestale; b) la gestione integrata e certificata delle risorse idriche; c) la produzione di energia da fonti rinnovabili locali, quali i microimpianti idroelettrici, le biomasse, il biogas, l'eolico, la cogenerazione e il biometano; d) lo sviluppo di un turismo sostenibile; e) la costruzione e gestione sostenibile del patrimonio edilizio e delle infrastrutture di una montagna moderna; f) l'efficienza energetica e l'integrazione intelligente degli impianti e delle reti; g) lo sviluppo sostenibile delle attività produttive (*zero waste production*); h) l'integrazione dei servizi di mobilità; i) lo sviluppo di un modello di azienda agricola sostenibile.

SANATORIA DELLA SCIA IN MATERIA EDILIZIA

di Guido Greco

SOMMARIO: 1. Il contrasto giurisprudenziale. – 2. La tesi del silenzio diniego (o rifiuto). – 3. La tesi del c.d. silenzio inadempimento. – 4. La tesi della SCIA in sanatoria. – 5. E perché non si può parlare di silenzio assenso?

1. *Il contrasto giurisprudenziale*

Non capita spesso che per uno stesso istituto sussistano ben tre orientamenti giurisprudenziali diversi e coltivati nello stesso arco temporale. È quel che si può registrare, viceversa, a proposito della sanatoria della SCIA in materia edilizia, rispetto alla quale, in caso di inerzia dell'amministrazione, si parla ora di silenzio diniego, ora di silenzio inadempimento, ora infine di SCIA in sanatoria, evocando in quest'ultimo caso anche il silenzio assenso.

Paradossalmente viene replicata la vicenda che si è registrata qualche anno fa a proposito dell'istituto, di cui all'art. 19 della legge 241/90. Anche in quel caso la DIA, prima, e la SCIA, dopo, avevano ricevuto inquadramenti vari[1], che andavano dal silenzio assenso[2], al silenzio inadempimento[3] e al silenzio diniego[4]. Fino a che il legislatore non ha

[1] Una sintesi compiuta di tali orientamenti si possono rinvenire in A. TRAVI, *Dichiarazione di inizio di attività (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.,* Annali II, tomo II. Cfr. anche P. PROVENZANO, *Riassumendo sulla DIA,* in Foro amm. TAR, 2010, 1152 e ss.

[2] Cfr. tra i tanti sostenitori, COCUCCI, *Le ipotesi di tutela del terzo dinanzi alla dichiarazione di inizio di attività tra interventi normativi e giurisprudenza pretoria,* in Foro amm. TAR, 2009, 1647; M. FILIPPI, *La nuova DIA e gli incerti confini sul silenzio assenso,* in *www. Giustamm.it.*

[3] In tal senso, sembra, E. BOSCOLO, *DIA, doverosità del controllo e reintegrazione in forma specifica,* in *Urb. e app.* 2004, 1453.

[4] Mi permetto di richiamare il mio contributo *La SCIA, e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria: ma perché dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?*, in *Dir. proc. amm.* 2011, pag. 359 e ss.

Tale tesi interpretativa è stata accolta dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 29 luglio 2011, n. 15, ma poi in parte superata dall'intervento normativo ricordato nel testo. In particolare l'Adunanza Plenaria ha così giudicato: "*ai fini dello scrutinio delle tecniche di tutela praticabili dal terzo si deve allora approfondire la questione della natura giuridica del silenzio osservato dall'amministrazione nel termine perentorio previsto dalla legge per l'esercizio del potere inibitorio.*

Riprendendo le considerazioni in precedenza svolte dul tema, detto silenzio si distin-

pensato di tagliare corto, almeno per quel che riguarda la posizione del terzo: il quale, dopo aver sollecitato l'intervento (repressivo) dell'Autorità competente, non ha altro strumento di tutela che quello previsto per il silenzio-inadempimento[5].

Il contrasto giurisprudenziale sulla sanatoria della SCIA in materia edilizia è originato da un dettato normativo davvero non perspicuo. Statuisce, infatti, l'art. 37, c. 4, del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, che "*Ove l'intervento realizzato risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia la momento della realizzazione dell'intervento, sia al momento della presentazione della domanda, il responsabile dell'abuso o il proprietario dell'immobile possono ottenere la sanatoria dell'intervento versando la somma, non superiore a 5164 euro e non inferiore a 516 euro, stabilita dal responsabile del procedimento in relazione all'aumento di valore dell'immobile valutato dall'agenzia del territorio*".

La particolarità della norma (ed anche la sua criticità) deriva dal fatto che il pagamento della somma indicata (entro un minimo e un massimo) pare a tutta prima un elemento costitutivo della sanatoria. E poiché esso dipende da un accertamento del responsabile del procedimento, previa valutazione dell'agenzia del territorio (che potrebbe richiedere tempi non brevi), sorge il problema dell'inquadramento dell'istituto (in caso di inerzia dell'amministrazione) e, così, il dibattito di cui si è detto.

Val la pena, dunque, di soffermarsi brevemente sul tema.

gue dal silenzio rifiuto (o inadempimento) in quanto, mentre quest'ultimo non conclude il procedimento amministrativo ed integra una mera inerzia improduttiva di effetti costitutivi, il decorso del termine in esame pone fine al procedimento amministrativo diretto all'eventuale adozione dell'atto di divieto; pertanto, nella fattispecie in esame, il silenzio produce l'effetto giuridico di precludere all'amministrazione l'esercizio del potere inibitorio a seguito dell'infruttuoso decorso del termini perentorio all'uopo sancito dalla legge. In definitiva, a differenza del silenzio rifiuto che costituisce un mero comportamento omissivo, ossia un silenzio non significativo e privo di valore provvedimentale, il silenzio di che trattasi, produce l'esito negativo della procedura finalizzata all'adozione del provvedimento restrittivo, integra l'esercizio del potere amministrativo attraverso l'adozione di un provvedimento tacito negativo equiparato dalla legge ad un, sia pure non necessario, atto espresso di diniego all'adozione del provvedimento inibitorio ".

[5] D.L. 13 agosto 2011, n. 138, che ha inserito nell'art. 19 della legge 241/90 il comma 6 *ter* del seguente tenore: "*La segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1, 2 e 3 del decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104*".

2. *La tesi del silenzio diniego (o rifiuto)*

La tesi del silenzio diniego è stata così argomentata: "*A tale conclusione si perviene attraverso una lettura sistematica degli art. 36 e 37 del D.P.R. n, 380 del 2001 citato, ed in particolare in base alla formulazione letterale dell'ultimo comma dell'art. 37 che espressamente prevede che "La mancata segnalazione certificata di inizio dell'attività non comporta l'applicazione delle sanzioni previste dall'articolo 44. Resta comunque salva, ove ne ricorrano i presupposti in relazione all'intervento realizzato, l'applicazione delle sanzioni di cui agli articoli 21, 33, 34, 35 e 44 e dell'accertamento di conformità di cui all'articolo 36"; ed invero, posto che l'art. 37 disciplina dettagliatamente le sanzioni e tutti gli altri aspetti connessi al rilascio della D.I.A. in sanatoria, e che l'effettuato richiamo alle sanzioni di cui agli articoli 31, 33, 34, 35 e 44 già esaurisce il novero delle sanzioni applicabili anche alla diversa ipotesi di accertamento di conformità di cui al precedente art. 36, il Collegio ritiene che il successivo ulteriore richiamo effettuato a tale ultima norma, per avere un senso, non possa che intendersi quale richiamo alla disciplina di cui all'art. 36 per tutti gli aspetti non espressamente disciplinati dall'art. 37 medesimo, e dunque anche come estensione del regime del silenzio rifiuto espressamente previsto per l'accertamento in conformità dell'ultimo comma dell'art. 36 del T.U.E.L. anche alla cd D.I.A. in sanatoria; a tale conclusione non osta il rilievo che il procedimento ex art. 37, per come concepito dal Legislatore, debba necessariamente concludersi con un provvedimento espresso che applichi le sanzioni previste, per il caso di accoglimento della D.I.A. in sanatoria, perché ciò accade anche nel caso di accertamento in conformità ex art. 36 D.P.R. n. 380 del 2001, e trattandosi di "D.I.A. anomala" che segue -e non invece precede come accade invece nelle ipotesi ordinarie- la realizzazione dell'intervento da parte del privato"*[6].

Tale interpretazione suscita più di una perplessità.

Occorre, infatti, ricordare, che nell'attuale sistema la figura del silenzio diniego è eccezionale e, come tale, tassativa. È eccezionale, perché la regola generale del silenzio significativo è quella del formarsi del silenzio assenso (art. 20, legge 241/1990). Con la conseguenza che, dovendo derogare a tale regola, il silenzio diniego non può che rinvenire nella legge un preciso riconoscimento con riferimento alla singola categoria di fattispecie concrete.

[6] Così T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 10 giugno 2019, n. 3146. Conforme T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 18 maggio 2020, n. 1824.

Nel caso dell'art. 37, c. 4, cit. tale espresso riconoscimento non esiste. Tant'è che la giurisprudenza citata lo desume dal richiamo (contenuto nell'ultimo comma) all'art. 36 ("*Accertamento di conformità*"), che, viceversa, tale silenzio rifiuto espressamente prevede (al comma terzo).

Ma si tratta di argomento piuttosto debole.

Occorre ricordare che l'istituto dell'art. 37 (*Interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla segnalazione certificata di inizio attività e accertamento di conformità*) riguarda solo "*la realizzazione di interventi edilizi di cui all'art. 22, c. 1 e 2*", operata, appunto, in assenza o in difformità della SCIA (art. 37, c. 1). Dunque riguarda "*a) gli interventi di manutenzione straordinaria …*

b) gli interventi di restauro e di risanamento…

c) gli interventi di ristrutturazione edilizia …" (art. 22, c. 1).

Riguarda, altresì, "*le varianti a permessi di costruire che non incidono sui parametri urbanistici e sulle volumetrie, che non modificano la destinazione d'uso e la categoria edilizia, non alterano la sagoma dell'edificio qualora sottoposto a vincolo ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42 e successive modificazioni, e non violano le eventuali prescrizioni contenute nel permesso di costruire"* (art. 22, c. 2).

L'art. 37, dunque, si riferisce solo ai casi degli interventi, di per sé assoggettati alla c. d. SCIA ordinaria e non alla c.d. super-SCIA[7].

Correlativamente detta norma non riguarda i casi di sanatoria degli interventi realizzati in assenza del permesso di costruire (art. 10) o in difformità da esso e neppure i casi di interventi subordinati a SCIA, ma in alternativa al permesso di costruire (art. 23 D.P.R. 380/2001: c.d. super-SCIA). Per tali casi di sanatoria vale, infatti, il già citato art. 36.

Ne deriva che quando l'art. 37, ultimo comma, richiama (anche) l'art. 36 ("*ove ne ricorrano i presupposti in relazione all'intervento realizzato"*) non intende affatto estenderne la relativa disciplina (come opinato dalla giurisprudenza citata). Ma intende, viceversa, disporne l'applicazione in alternativa alla sanatoria del quarto comma dello stesso art. 37 e per le ipotesi in cui l'intervento realizzato riguardi in realtà fattispecie di assenza del permesso di costruire, ovvero di opere in difformità da esso, ovvero ancora casi di interventi subordinati a SCIA, ma in alternativa al permesso di costruire.

Conferma si trae dalla circostanza che tutte le altre norme richiamate dall'ultimo comma dell'art. 37 (e, cioè, gli artt. 31, 33, 34, 35 e 44) riguardano fattispecie di interventi diversi da quelli contemplati dal primo

[7] Cfr. Cass. Pen., sez. III, 13 luglio 2017, n. 46480.

comma del medesimo art. 37. E per l'ipotesi che sia stato utilizzato lo strumento dell'art. 37, c.4, per tentare di sanare interventi edilizi di ben maggiore impatto e gravità[8].

Conseguentemente anche il richiamo dell'art. 36 si riferisce al caso in cui, sussistendone "*i presupposti in relazione all'intervento realizzato",* si debba eventualmente applicare l'art. 36 e non il quarto comma dell'art. 37. Il che esclude che possa esservi una commistione dei due istituti e che detto richiamo possa comportare un'estensione della relativa disciplina alla sanatoria del quarto comma dell'art. 37.

La tesi interpretativa del silenzio rifiuto non può quindi essere condivisa.

3. *La tesi del c.d. silenzio inadempimento*

L'interpretazione in termini di silenzio inadempimento scaturisce anzitutto dalla constatazione, poc'anzi ribadita, che non è applicabile (alla procedura dell'art. 37 T.U. sull'edilizia) il meccanismo del silenzio-diniego, di cui all'art. 36. E si basa sul seguente *iter* argomentativo: "*Non può ravvisarsi nella fattispecie di sanatoria di cui all'art. 37, D.P.R. n. 380 del 2001 un'ipotesi di silenzio significativo in termini di accoglimento, dal momento che l'art. 37 non solo non prevede esplicitamente un'ipotesi di silenzio significativo, a differenza dell'art. 36 del medesimo D.P.R. n. 380 del 2001, ma al contrario stabilisce che il procedimento si chiuda con un provvedimento espresso, con applicazione e relativa quantificazione della sanzione pecuniaria a cura del responsabile del procedimento. Dalla lettura della norma emerge che la definizione della procedura di sanatoria non può prescindere dall'intervento del responsabile del procedimento competente a determinare, in caso di esito favorevole, il quantum della somma dovuta sulla base della valutazione dell'aumento di valore dell'immobile compiuta dall'Agenzia del Territorio*"[9] .

[8] Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 gennaio 2018, n. 193, che ha così statuito: "*Atteso che in presenza di abusivismo edilizio, ai sensi degli artt. 22 e 37, comma 1, d.p.r. 380/2001 (t.u. edilizia), l'applicabilità della sanzione pecuniaria è limitata ai soli interventi astrattamente realizzabili previa denuncia d'inizio attività che siano, altresì, conformi agli strumenti urbanistici vigenti, laddove manchino i presupposti per l'intervento, come, per l'appunto, nel caso in cui l'opera sia stata posta in essere in violazione del regolamento edilizio, è legittima l'ordinanza di demolizione* ".

[9] Così T.A.R. Lazio, sez. II *quater*, 18 gennaio 2021, n. 624 e giurisprudenza ivi richiamata. Conformi, inoltre, T.A.R. Campania, Salerno, 1° febbraio 2022, n. 261; T.A.R. Lazio, sez. II *bis,* 19 gennaio 2021, n. 792; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 9 marzo 2020, n. 317;

Anche tale chiave interpretativa lascia perplessi.

La circostanza che l'art. 37 non preveda un'ipotesi di silenzio significativo non pare (mi si scusi il bisticcio) significativa. Infatti, in base ad una scelta di fondo del nostro ordinamento l'inerzia serbata dall'amministrazione su una richiesta o un'istanza del privato comporta in linea di principio un esito favorevole del procedimento (artt. 19 e 20 della legge 241/1990), salvo le eccezioni ivi espressamente indicate (casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici, o culturali, ecc.) e salvo altre eccezioni che il legislatore di volta in volta ritenga di imporre (e che nel caso dell'art. 37 non risultano espressamente imposte).

Del pari, la circostanza che la fattispecie normativa preveda una conclusione provvedimentale espressa non pare di per sé determinante. Infatti sia la SCIA prevista dell'art. 19, sia il silenzio assenso di cui all'art. 20 della legge 241 presuppongono un esito provvedimentale espresso, ma lo sostituiscono, appunto, con la SCIA e col silenzio assenso.

L'art. 19, c. 1, statuisce invero che "*ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato… è sostituita da una segnalazione dell'interessato*". E l'art. 20, c. 1, statuisce che "*nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda…*": il che conferma che la previsione normativa del rilascio di un provvedimento ampliativo non preclude certo l'utilizzazione (necessaria) di tali strumenti di accelerazione.

Del resto neppure la richiesta (del privato) di ottenere un provvedimento espresso preclude l'utilizzazione di strumenti di accelerazione, quali ad esempio -in tema di permesso di costruire- il silenzio assenso[10].

Se, dunque, le riferite argomentazioni a favore del silenzio inadempimento paiono superabili, resta il fatto -indubbio- che l'art. 37, c.4, subordina la sanatoria al pagamento di una sanzione, che spetta al responsabile del procedimento determinare (in base ai parametri ivi pure indicati). Sicché in mancanza di tale determinazione (accreditata di carattere provvedimentale) i meccanismi degli artt. 19 e 20 della legge 241/90 non potrebbero operare: da qui appunto il silenzio-inadempimento, essendo la pronuncia del responsabile del procedimento ineludibile.

Ma, per inquadrare adeguatamente l'istituto, occorre chiedersi (credo) quale sia l'oggetto della pretesa del privato in tali circostanze. Quale sia, in altri termini, il risultato (bene della vita) che intende conseguire,

[10] Cfr. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. III, 5 gennaio 2015, n. 3.

attivando la procedura di sanatoria ex art. 37, c. 4, e quale sia il ruolo della sanzione, che il responsabile del procedimento deve determinare (entro limiti economici ben precisati e davvero molto contenuti).

Ora a me pare che oggetto della richiesta o comunque della pretesa del privato non sia la determinazione della sanzione, bensì la sanatoria dell'intervento edilizio, operato in mancanza o in difformità della SCIA (ordinaria). Rispetto a tale risultato il pagamento della sanzione costituisce una condizione necessaria per il perfezionamento della fattispecie e la determinazione della sanzione (ad opera del responsabile del procedimento) rappresenta a sua volta un presupposto perché tale condizione possa verificarsi.

Ma se la "domanda", di cui espressamente parla l'art. 37, c.4, non riguarda la determinazione della sanzione, mi pare che venga meno la ragione per cui la giurisprudenza citata parla di silenzio inadempimento. L'indispensabilità della determinazione del *quantum* della sanzione presuppone che vi sia l'accertamento di conformità o, comunque, l'accoglimento (implicito o esplicito) della domanda: rispetto alla quale, dunque, non v'è ragione per discostarsi dagli istituti apprestati in via preferenziale dall'ordinamento e di cui agli artt. 19 e 20 della legge 241/1990.

4. *La tesi della SCIA in sanatoria*

Secondo quest'ultima opzione interpretativa la sanatoria di una SCIA (per assenza o difformità dalla stessa) dovrebbe essere effettuata tramite altra SCIA.

Al riguardo è stato giudicato che "*a seguito della presentazione di una Scia in sanatoria, la mancata previsione di un termine, normativamente fissato dall'art. 37, per regolare le conseguenze dell'inerzia serbata dalla p.a., lungi dal configurare un'ipotesi di silenzio rigetto (come nella fattispecie dell'accertamento di conformità ex art. 36, co. 3), rende applicabile la disciplina generale, recata all'attualità dell'art. 19, co.6 bis L. n. 241 del 1990 (omologa alla previsione ex art. 23, co. 6 D.P.R. n. 380 del 2001 nel testo ratione temporis applicabile), e con esso il meccanismo del consolidamento dei relativi effetti in carenza di atto inibitorio (o, al limite, di intervento in autotutela, sussistendone i presupposti, nel termine di cui all'art. 21 nonies L. n. 241 del 1990)* "[11]. Infatti, "*la SCIA in sanatoria, presentata ex art 37 d.p.r. 380 del 2001, si presta a rendere operanti le correlate prescrizioni di*

[11] Così T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 12 marzo 2021, n. 655.

cui all'art. 19 e ss., legge n. 241 del 1990, in materia di silenzio assenso, dovendo essere ragionevolmente riconosciuto a tale segnalazione carattere e natura confessoria, diretta a provare la verità dei fatti attestati e a produrre, con l'inutile decorso del tempo per l'emanazione di provvedimenti inibitori, effetti direttamente stabiliti dalla legge, indipendentemente da una diversa volontà delle parti, ossia l'avvenuta formazione del titolo abilitativo in sanatoria"[12].

Anche a proposito di tale inquadramento qualche commento si impone. Anzitutto la riferita giurisprudenza sembra considerare unitariamente la figura della SCIA e quella del silenzio assenso[13]. Mentre si tratta di istituti diversi, come si ribadirà di qui a poco, che non possono essere confusi tra di loro, anche se il risultato finale è comunque favorevole al dichiarante o all'istante.

Peraltro, parlando di provvedimenti inibitori, detta giurisprudenza manifesta di optare chiaramente per la figura della SCIA. Infatti, nella procedura di SCIA l'amministrazione competente dispone solo di poteri inibitori e ripristinatori (art. 19, c. 3, legge 241/90), mentre nel procedimento ex art. 20 l'amministrazione dispone del potere di emettere o meno il provvedimento richiesto. Sicché nella SCIA l'interesse legittimo del dichiarante è di carattere oppositivo, mentre nel procedimento di silenzio assenso è di carattere pretensivo[14].

Tale inquadramento pare, a tutta prima, pertinente (nell'alternativa con il silenzio assenso), perché si tratta di fattispecie di tipo vincolato, che caratterizza appunto i provvedimenti sostituiti dalla SCIA ("*il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge*": art. 19, c. 1, legge 241/90): non a caso si parla anche di "*accertamento di conformità*" (rubrica dell'art. 37 D.P.R. 380/2001). Inoltre sarebbe salvaguardata una certa simmetria tra SCIA edilizia (ordinaria) ex art. 22, c. 1 e 2, del citato D.P.R. e sanatoria tramite altra SCIA.

A ciò si aggiunga che la SCIA è espressamente contemplata dallo stesso art. 37 del T. U. in materia edilizia almeno in un caso. Si tratta di

[12] Così T.A.R. Campania, Salerno, sez. II, 12 luglio 2021, n. 1704. Che a sua volta richiama Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 2014, n. 1534; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 29 maggio 2019, n. 1085; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 9 dicembre 2019, n. 5789.

[13] Cfr., in particolare, per l'ambiguo richiamo "*dell'art. 19 e ss., legge 241/90, in materia di silenzio assenso*" anche T.A.R. Lazio, sez. II, 9 gennaio 2018, n. 156; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, 30 marzo 2020, n. 507.

[14] Anche sul punto mi permetto di richiamare il contributo *La SCIA, e la tutela dei terzi al vaglio dell'Adunanza Plenaria, cit.*

quanto previsto al comma 5, ai sensi del quale "*la segnalazione certificata di inizio di attività spontaneamente effettuata quando l'intervento è in corso di esecuzione, comporta il pagamento, a titolo di sanzione, della somma di 516 euro*".

Ma la sanatoria di cui al comma 4 dell'art. 37 appare diversamente strutturata, proprio perché la determinazione e il pagamento della sanzione, seppur non ha carattere costitutivo (come si è visto), ne condiziona comunque l'efficacia. Il che rende difficilmente compatibile il modello della SCIA, che viceversa riguarda attività immediatamente consentite, salva l'applicazione dei poteri inibitori e ripristinatori, ci cui all'art. 19, c. 3, della legge 241/1990.

Più in generale, poi, la fattispecie non pare rientrare *ratione materiae* nell'ambito di applicazione della SCIA ex art. 19, c. 1, legge 241. Perché, per quanto se ne voglia estendere la portata, pare difficile ricomprendere una sanatoria tra le fattispecie di atti di autorizzazione, licenza, concessione, permesso o nulla osta comunque denominato, che, come si è visto, sono sostituiti *ex lege* dalla SCIA.

Inoltre la tipologia degli atti suscettibili di SCIA è quella tipica dell'attività ancora da effettuare (tant'è che il comma 2 dell'art. 19 prevede che "*l'attività oggetto della segnalazione può essere iniziata alla data della segnalazione all'amministrazione competente*). Mentre la domanda di sanatoria riguarda, per definizione, opere già effettuate (a differenza del caso, già richiamato, della SCIA in corso d'opera).

Infine anche i già richiamati poteri inibitori e ripristinatori (art. 19, c.3), appaiono inidonei alla fattispecie e suscettibili di introdurre (in caso di mancanza dei requisiti della SCIA) un sistema sanzionatorio più grave di quello normativamente previsto dal medesimo art. 37, c. 1-3, del D.P.R. 380.

L'inidoneità riguarda i poteri inibitori, che presuppongono un'attività *in itinere* e non un'attività già completata. Mentre il surplus di sanzioni riguarda il potere ripristinatorio, che non è previsto affatto (o è previsto entro certi limiti) per i casi di interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla SCIA (art. 37, cit., commi 1-3).

In altri termini, applicando la procedura della SCIA, si potrebbe pervenire -in caso di mancanza dei relativi requisiti (ad esempio, mancanza della doppia conformità)- ad una misura ripristinatoria e dunque ad una sanzione superiore a quella edittale per gli interventi eseguiti in assenza o in difformità dalla SCIA. Il che non pare consentito.

5. *E perché non si può parlare di silenzio assenso?*

Esaurita la *pars destruens,* credo di essere in dovere di fornire una soluzione positiva (ovviamente, secondo il mio personale pensiero). E, in (parziale) continuità con quanto fin qui esposto, mi permetto di prospettare una tesi, riconducibile al diverso (ma parallelo e alternativo) istituto del silenzio assenso, che risponde sempre alle esigenze di celere consolidamento della posizione del richiedente la sanatoria.

Del resto, come si è visto, tale soluzione pare ventilata anche dalla riferita giurisprudenza, che poi opta risolutamente, ancorché immotivatamente, per la SCIA.

Il silenzio assenso, peraltro, non presenta gli inconvenienti dianzi segnalati per la SCIA. A cominciare dal suo ambito di applicazione, che, riguardando un procedimento ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, certo copre anche il caso della "domanda" di sanatoria ex. art. 37, c. 4. Anzi, proprio l'espressione "domanda" (e non segnalazione, come nel caso del già richiamato comma 5), utilizzata in proposito dal quarto comma dell'art. 37, rafforza detta interpretazione.

Del pari non sussistono i segnalati inconvenienti relativi all'attività già espletata e al regime sanzionatorio. Il silenzio assenso è ben compatibile con la prima e, in caso di diniego espresso, lascia inalterato il sistema sanzionatorio dell'art. 37, c. 1-3.

Rimane, poi, il problema (da cui siamo partiti) della compatibilità dello schema del silenzio assenso con la necessità del pagamento della sanzione, perché la sanatoria possa dirsi compiuta.

Per superare tale difficoltà credo che si debba riprendere il discorso sull'oggetto della "domanda". Che è concettualmente distinto dal pagamento della sanzione, anche se normativamente collegato ad esso, in modo ben diverso da quel che accade, ad esempio, tra permesso di costruire e contributo di costruzione (che deve essere determinato all'atto del rilascio, ma corrisposto in corso d'opera e comunque entro sessanta giorni dall'ultimazione della costruzione: art. 16, D.P.R. 380/2001).

L'oggetto della domanda è la sanatoria. La quale si può ottenere al ricorrere dei seguenti presupposti:

si tratta di intervento edilizio, riconducibile alle categorie di cui all'art. 22, c. 1 e 2, T. U. dell'edilizia);

si tratta di intervento conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente sia al momento della sua realizzazione, sia al momento di presentazione della "domanda".

Rispetto a tali presupposti sostanziali il pagamento della sanzione

appare niente più che un onere (o, se si vuole, un obbligo) imposto dalla legge per emendare la violazione comunque compiuta. Vero è che, così come configurato dalla legge, appare un adempimento necessario, perché la sanatoria sia formalmente integrata; ma vero è che, non rientrando nel nucleo del provvedimento richiesto (e sostituito dal silenzio assenso), potrà al più condizionarne l'efficacia.

In altri termini, il silenzio assenso può sostituire solo il provvedimento espresso di concessione della sanatoria. Ma perché (nell'uno e nell'altro caso) vi sia la piena efficacia della sanatoria sarà necessario attendere il pagamento della sanzione (previa determinazione della stessa con il subprocedimento già descritto), ove detto pagamento non possa essere anticipato al momento della presentazione della domanda di sanatoria.

Il che, si noti, non è impossibile da conseguire. Sia perché si potrebbe posporre la presentazione della istanza alla determinazione e al versamento della sanzione; sia perché si potrebbe sempre pensare ad un pagamento immediato della intera somma edittale massima della sanzione (che è tutt'altro che astronomica), salvo diritto di ripetizione della differenza; sia perché si potrebbe presentare una fidejussione per l'importo massimo di cui si è detto, così comunque assolvendo anticipatamente all'obbligo di legge.

In conclusione, l'applicazione dell'istituto del silenzio assenso alla fattispecie dell'art. 37, c. 4, a me pare da un lato coerente con le scelte di fondo del nostro ordinamento (art. 19 e 20 della legge 241/90) e, d'altro lato, col carattere residuale del silenzio assenso, per i casi in cui la SCIA non può trovare applicazione (dato che l'art. 20 riguarda tutti i casi di istanza di provvedimento, "*fatta salva l'applicazione dell'art. 19*").

Inoltre, trattandosi di silenzio significativo -e come tale equiparato ad un provvedimento vero e proprio-, ben potrà essere assoggettato per legge ad una condizione sospensiva di efficacia. Mentre tale condizione non pare compatibile con le altre figure ed ipotesi interpretative sopra passate in rassegna.

IL PENSIERO GIURIDICO (E NON SOLO) DI FILIPPO SALVIA TRA URBANESIMO E SVILUPPO SOSTENIBILE

di Nicola Gullo

A Filippo Salvia
Maestro di scienza e vita

SOMMARIO: 1. Uno sguardo trasversale. – 2. Tra Itaca e Kafka. – 3. Nella terra di Polifemo. – 4. Il profumo delle ginestre.

1. *Uno sguardo trasversale*

La varietà dei temi e degli interessi scientifici che hanno orientato l'attività di ricerca di Filippo Salvia è senza dubbio ampia e trasversale – dalle leggi-provvedimento[1] alle questioni classiche relative al procedimento[2], fino alle nuove forme di organizzazione amministrativa[3] – e riflette la sua capacità di cogliere, e spesso anticipare, i cambiamenti e le linee di tendenza del diritto pubblico contemporaneo sotto la spinta di rilevanti fenomeni sociali di rilievo interno, come l'industrializzazione dell'economia nazionale nel secondo dopoguerra[4] o le spinte autonomiste degli ultimi decenni, e di carattere sovranazionale, come la globalizzazione delle relazioni economiche nel corso del XX secolo[5].

Tuttavia, il centro della sua riflessione giuridica è stato, notoriamente, rappresentato dal duplice ambito dell'urbanistica e della tutela ambientale, che non ha semplicemente analizzato e ricostruito suoi principi ispiratori e nelle molteplici articolazioni normative, con un accurato ed

[1] F. SALVIA, *Leggi provvedimento e autonomia regionale*, Padova, 1977.

[2] Si veda, ad esempio, F. SALVIA, *Prove di realismo nello studio del diritto amministrativo. Sulla conferenza di servizi e dintorni (Psicanalisi degli "uomini del fare" e rivisitazione della "donna è mobile")*, in *Dir. econ*., 2018, 319 ss.; ID., *La semplificazione amministrativa: tra scorciatoie procedimentali e semplicismi mediatici*, in *Nuove Aut*., 2008, 447.

[3] In tal senso, F. SALVIA, *Il diritto amministrativo e l'emergenza derivante da cause e fattori interni all'amministrazione*, in *Diritto amm*., 2005, 763 ss.; ID., *Il modello dualistico dell'amministrazione italiana: tra 'municipalismo' e 'centralismo commissario' a vocazione derogatoria. (Analogie con l'esperienza romana del 'dictator')*, in *Dir. e soc*., 2004, 37 ss.

[4] Una particolare attenzione è stata riservata al tema della programmazione durante la fase di crescita economica del Paese: F. SALVIA, *La programmazione economica*, Palermo, 1970.

[5] F. SALVIA, *Autonomie speciali e altre forme di autonomia differenziata*, in *Dir. e soc.,* 2002, 460 ss.; ID., *Note su sussidiarietà e pluralismo*, in *Nuove auton*., 2007, 283.

approfondito approccio specialistico, ma ha trasformato soprattutto in un campo di osservazione privilegiato per indagare i mutevoli rapporti tra il diritto e la società, per esaminare e disvelare la complessa trama degli interessi sostanziali che sottendono i modelli pianificatori[6] e gli strumenti di regolazione della vita sociale delle comunità territoriali.

È proprio questo doppio registro – giuridico e socio-culturale – a caratterizzare il modo in cui Salvia ha partecipato al lungo e fecondo dibattito dottrinale, iniziato nel secondo dopoguerra del secolo scorso, sulle caratteristiche dell'urbanistica e sulla perimetrazione della limitrofa disciplina ambientale, che cominciava a conquistare un'autonoma configurazione giuridica sulla scorta del riconoscimento internazionale delle esigenze ecologiche, a partire dalla Conferenza di Stoccolma del 1972[7], e della progressiva rilevanza assunta dalle politiche ambientali nel contesto dell'integrazione giuridica europea[8].

Peraltro, il contributo scientifico offerto da Salvia non ha riguardato soltanto singoli importanti aspetti della materia urbanistica o della disciplina di tutela ambientale, meritevoli di particolare attenzione per il loro grado di incertezza giuridica o difficoltà applicativa; piuttosto ha accompagnato e seguito l'evoluzione e le trasformazioni della complessiva legislazione italiana che ha definito le modalità di uso del territorio e protezione delle matrici ambientali, permettendo di lumeggiare – in virtù di un lucido e, al tempo stesso, sofisticato inquadramento di ordine sistematico, di cui è emblematica testimonianza la proiezione manualistica[9] – le controverse sovrapposizioni normative e l'incerto coordinamento amministrativo che si riscontrano tra questi due rilevanti settori dell'ordinamento giuridico.

Non si è trattato tanto di una lettura meramente esegetica dei com-

[6] Un'attenta ricostruzione del potere di pianificazione urbanistica si ritrova, ad esempio, in F. Salvia, *Disciplina sostanziale del potere di pianificazione*, in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani (a cura di), *Trattato di diritto del territorio*, Vol. I, Torino, 2018, 533 ss.

[7] Sulla complessa evoluzione della disciplina ambientale si vedano, *ex multis*, S. Nespor, *Il governo dell'ambiente. La politica e il diritto per il progresso sostenibile*, Milano, 2009; A. Fodella, L. Pineschi, *La protezione dell'ambiente nel diritto internazionale*, Torino, 2010; D. Bodansky, J. Brunnèe, L. Rajamani, *International climate change law*, Oxford University press, 2017; N. Carter, *The Politics of the Environment: Ideas, Activism, Policy*, Cambridge University Press, 2018; G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021.

[8] Cfr., tra l'altro, F. Salvia, *Ambiente, democrazia, scienza e tecnica*, in *Dir. e soc.*, 2001, 459 ss.

[9] Un'impostazione che si ritrova fin da F. Salvia, F. Teresi, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Padova, 1973.

plessi dati normativi, né di un asettico riepilogo delle tappe di consolidamento del diritto urbanistico e di formazione del diritto ambientale in Italia, sebbene ne vengano ripercorsi puntualmente i momenti salienti, quanto di una sapiente ricostruzione – anche in considerazione dei mutamenti costituzionali[10] – degli indirizzi di fondo delle politiche urbanistiche e delle misure di tutela ambientale, con il dichiarato intento di segnalare ed evidenziare i vantaggi e le ricadute positive, accanto ai limiti e alle contraddizioni, degli strumenti giuridici progressivamente introdotti dalla legislazione statale e regionale: quali, ad esempio, le procedure accelerate e fortemente derogatorie per la localizzazione delle opere pubbliche; la nuova articolazione della pianificazione urbanistica rispetto allo schema originario del 1942; gli incisivi meccanismi di controllo preventivo sulla compatibilità ambientale delle iniziative antropiche contrassegnate da un rilevante impatto sul territorio e sugli ecosistemi, in virtù dell'influenza del diritto comunitario; la più recente disciplina urbanistica in materia di contenimento del suolo e di rigenerazione urbana[11].

L'opera di Salvia, pertanto, ha attraversato e, in un certo senso, si è intrecciata a quella lunga stagione di riforme legislative e cambiamenti di paradigma giuridico che hanno contraddistinto, a volte in maniera confusa e incerta, sia il passaggio dal disegno ordinatore della legge urbanistica (con il suo armonico sistema pianificatorio) all'attuale diritto urbanistico "liquido"[12], sia il percorso di edificazione del *corpus* normativo ambientale, in cui l'apparante organicità dell'attuale codicistica continua a convivere con la "poliarchia" dei modelli di tutela[13].

[10] Si pensi alla revisione del Titolo V della Costituzione, con la l.cost. n. 3 del 2001, o alla più recente riforma degli artt. 9 e 41 Cost. ad opera della l. cost. n. 1 del 2022: un'interessante sintesi del dibattito dottrinale e delle nuove prospettive è offerta da M. Delsignore, A. Marra, M. Ramajoli, *La riforma costituzionale e il nuovo volto del legislatore nella tutela dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2022, 1 ss.

[11] Un'attenta analisi di questi ultimi indirizzi delle politiche urbanistiche si può trovare in G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2022.

[12] Si rinvia all'efficace definizione di S. Amorosino, *L'effettività delle regolazioni del territorio al tempo dell'urbanistica "liquida"*, in questo volume.

[13] Sull'articolazione del diritto ambientale come "*sistema multiplo di controllo delle trasformazioni territoriali*" cfr. A. Crosetti, R. Ferrara, F. Fracchia, N. Olivetti Rason, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008, 438 ss.; più recentemente i contributi presenti in S. Grassi, M.A. Sandulli (a cura di), *I procedimenti amministrativi per la tutela dell'ambiente*, Vol. II, in R. Ferrara, M.A. Sandulli, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014.

2. *Tra Itaca e Kafka*

Nel contesto della produzione scientifica di Filippo Salvia, che si è articolata in numerosi saggi e volumi monografici, nonché in un manuale di diritto urbanistico, costantemente aggiornato, che ha costituito un imprescindibile punto di riferimento per gli studiosi della materia, è possibile rintracciare, pur nella ricchezza degli spunti e delle osservazioni di riferimento, alcuni snodi concettuali e un peculiare approccio metodologico – attento al substrato sostanziale dei fenomeni giuridici -, che si possono considerare, a ben vedere, la cifra qualificante del suo impegno di giurista.

Anzitutto, l'analisi delle vicende normative e amministrative concernenti le attività pubbliche di regolazione del territorio è stata condotta entro una prospettiva epistemologica che può essere delimitata dalla coppia concettuale della "lotta all'*urbanesimo*", di cui all'art. 1, co. 2, l.n. 1150 del 1942, e dello "*sviluppo sostenibile*", richiamato nell'art. 3 quater, d.lgs. n. 152 del 2006 e, da ultimo, implicitamente nel novellato art. 9 Cost.: infatti, queste due nozioni evocano, nell'impostazione di Salvia[14], i paradigmi giuridico-culturali – o, in un senso diverso, gli obiettivi – che hanno orientato gli sforzi del legislatore, nel corso di un periodo ormai di ottant'anni, per la predisposizione di un assetto normativo idoneo a governare i processi di cambiamento delle città e a conformare le iniziative economiche secondo parametri di protezione ambientale[15], sebbene gli esiti di tali interventi, sul piano amministrativo e sociale, siano stati spesso divergenti rispetto alle finalità generali perseguite (o più propriamente proclamate) dalle politiche pubbliche.

Se, per un verso, il contrasto all'urbanesimo si pone come il tentativo di impedire un allargamento incontrollato e caotico dei centri urbani, scongiurando "l'incubo delle grandi concentrazioni urbane"[16], così da preservare un rapporto equilibrato tra città e campagna, per altro

[14] Le chiavi di lettura del pensiero giuridico di Salvia possono essere certamente le più diverse, ma rimane centrale, come lui stesso rivela, la tensione tra la dimensione concreta del diritto – anche urbanistico – e della burocrazia, che spesso presentano profili kafkiani, e una dimensione di socialità, certamente idealizzata nell'immagine di Itaca, in cui deve trovare posto il rispetto dei diritti e sono salvaguardate le relazioni umane autentiche: così, F. Salvia, *Dizionario. Lessico familiare e dintorni. A uso strettamene personale e di pochi parenti e amici. Tra Itaca e Kafka,* Palermo, 2020 (inedito).

[15] F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Riv. giur. amb.*, 1998, 237.

[16] Cfr. F. Salvia, *Art. 1. Legge 17 agosto 1942, n. 1150*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, Wolters Kluwer, Milanofiori Assago, 2013, 140.

verso, l'affermazione del principio dello sviluppo sostenibile prelude ad una positiva inversione di rotta rispetto dinamiche sociali ed economiche innescate dal "miracolo economico" degli anni sessanta e, quindi, dal mito della crescita economica illimitata, in quanto il richiamo a tale principio implica non soltanto una rimodulazione generale e trasversale delle attività imprenditoriali nell'ottica della prevenzione delle esternalità ambientali, ma si deve ripercuotere, in un certo senso, anche sul modello di città, favorendo la ricerca di nuove soluzioni urbanistiche, architettoniche e tecnologiche in grado di decongestionare le aree urbane e idonee, al tempo stesso, a migliorare la viabilità urbana, a ridurre i consumi energetici residenziali e industriali, a semplificare l'accesso ai servizi, a salvaguardare il verde urbano e, in ultima istanza, a rinforzare il senso di comunità[17].

Orbene, nel delineare la parabola della disciplina urbanistica, anche nel suo delicato legame con la normativa ambientale, Salvia riannoda i profili giuridici degli istituti di regolamentazione degli usi del territorio al ruolo svolto dai diversi attori istituzionali, economici e sociali che hanno condizionato – e a volte fortemente depotenziato – l'applicazione degli strumenti urbanistici, con particolare riferimento al fenomeno della progressiva emersione degli interessi pubblici "egemoni", che hanno consentito di legittimare una "fuga" dalla pianificazione generale e ridimensionare la centralità delle autorità comunali nel complesso processo pianificatorio[18].

Questa ricostruzione integrata permette a Salvia di rileggere in modo critico le contraddizioni e i fallimenti delle politiche urbanistiche e di cogliere gli elementi di debolezza che hanno marcato l'esperienza italiana, soprattutto nella fase di gestione dell'ampliamento del tessuto urbano in seguito ai processi migratori interni, determinati sia dall'espansione dell'industria nel Nord del Paese, che dall'allargamento dei servizi pubblici e delle richieste di personale amministrativo nel resto d'Italia.

In tal senso, allora, acquistano un carattere emblematico, nella disamina trasversale delineata da Salvia, alcuni importanti elementi identificativi della concreta fisionomia assunta dalla disciplina urbanistica: a) la perdurante scissione tra modelli urbanistici e prassi amministrativa, iniziata nel segno della mancata realizzazione del sistema pianificatorio del

[17] Così, F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, IV edizione, Milano, 2021, 10 *passim*. Sul tema della democrazia urbana si veda A. Criconia (a cura di), *Una città per tutti. Diritti, spazi, cittadinanza*, Roma, 2019.

[18] In tal senso F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 61 *passim*.

1942, a motivo delle drammatiche contingenze storiche, e proseguita per la cronica incapacità politico-amministrativa degli enti locali di dotarsi di strumenti attuativi, se non ricorrendo ai piani di lottizzazione[19]; b) la progressiva rinuncia alla costruzione di un disegno urbanistico globale nella nuova declinazione multilivello della funzione pianificatoria, che risulta ormai limitata all'individuazione delle linee generali dello sviluppo urbano, mentre la definizione degli spazi pubblici è prevalentemente affidata alle procedure speciali in tema di opere pubbliche[20]; c) il complesso legame tra il diritto urbanistico e il diritto ambientale, che, essendo fondato sul presupposto dell'autonomo rilievo giuridico dell'ambiente, anche in ragione delle esplicite indicazioni costituzionali[21], è caratterizzato da criteri di coordinamento che tendono a preservare e perpetuare quella pluralità di tutele e, quindi, di procedimenti già presenti nell'ordinamento italiano[22] (si pensi alla relazione tra piani ambientali, piani paesaggistici e piani urbanistico-territoriali)[23].

Tuttavia, la riflessione di Salvia individua, proprio con riferimento all'altro valore della coppia antinomica – lo sviluppo sostenibile –, un itinerario positivo nelle riforme varate negli ultimi decenni in campo ambientale, con le quali sono state perfezionate numerose e raffinate tecniche di protezione delle matrici ambientali e degli ecosistemi. In altri termini, viene messo in risalto come l'obiettivo dello sviluppo sostenibile

[19] Cfr. F. Salvia, F. Teresi, *Diritto urbanistico*, VI edizione, Padova, 1998, 59 ss., *passim*.

[20] Infatti, è stato ridimensionato il ruolo dei soggetti preposti al governo del territorio «che non ci appaiono più come veri e propri pianificatori (arbitri delle sorti di un certo territorio), ma piuttosto come mediatori o coordinatori (quasi sempre inadeguati) – dei diversi interessi in gioco»: così F. Salvia, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove auton*, 2012, 432.

[21] Salvia non accoglie le teorie panurbanistiche, in base, tra l'altro, alla considerazione che sia la legislazione ordinaria, sia le disposizioni costituzionali hanno inequivocabilmente delineato l'ambiente come bene giuridico autonomo, a cui correlare uno specifico apparato normativo, così da far escludere che la *reductio ad unum*, da più parti auspicata, si possa realizzare per via meramente assertiva: cfr. F. Salvia, *Art. 80. D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616*, in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica*, cit., 400.

[22] Sui limiti che presentano, nell'ambito della disciplina antinquinamento, i "procedimenti amministrativi non sufficientemente collegati" tra di loro e riservati a soggetti gestori differenziati si rinvia a F. Salvia, *L'inquinamento: profili pubblicistici*, Padova, 1984, *passim*; Id., *Il Ministero dell'Ambiente*, Roma, 1989, 12 *passim*.

[23] Si vedano, tra gli altri, N. Gullo, *Il coordinamento tra la pianificazione dei parchi e delle aree naturali protette e la pianificazione urbanistica*, in *Riv. giur. urb*., 2012, 233 ss.; P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, In *Dir. amm*., 2015, 51 ss.

sia stato affidato non soltanto a discipline speciali, connotate da una specifica finalità ambientale, ma anche ad una varietà di strumenti giuridici contrassegnati dalle logiche più disparate in relazione ai problemi da affrontare e ai sub-sistemi oggetto di intervento: così, oltre agli istituti tradizionali del diritto ambientale, riconducibili al modello del "*command and control*", è stata prevista una gamma di ulteriori strumenti finanziari o di politica economica preordinati a incentivare e sostenere l'avvio di processi produttivi o la produzione di beni ecocompatibili[24].

In ogni caso, come già evidenziato, da questa straordinaria vitalità della legislazione ambientale – che, recentemente, con gli ambiziosi programmi del *Green Deal* europeo e del correlato *Next Generation EU*, nonché del PNRR, ha trovato un ennesimo fattore propulsivo nella prospettiva della transizione ecologica ed energetica – Salvia rintraccia due rilevanti conseguenze per la concreta configurazione del "governo dei sistemi territoriali": da un lato, l'introduzione di una normativa specifica a protezione della natura, come nel caso della l.q. n. 394 del 1991, innestandosi in un assetto normativo e amministrativo alquanto complesso – se non altro per la vocazione totalizzante dell'urbanistica -, concorre ad alimentare quel "processo di progressiva segmentazione degli interessi pubblici" che costituisce un tratto tipico dell'ordinamento italiano; dall'altro lato, questo importante innesto normativo giuridico-ambientale, moltiplicando sia le regole da applicare al territorio sia gli attori pubblici presenti sulla scena, sollecita inevitabilmente il legislatore a elaborare, sul piano del coordinamento, soluzioni innovative e sperimentali, che oscillano dall'introduzione di modelli onnicomprensivi di bilanciamento degli interessi inerenti al territorio, anche nella loro rilevanza *green* – come nell'ipotesi del piano per il parco, ai sensi dell'art. 17, co. 7, l.q. del 1991 –, alla moltiplicazione dei controlli preventivi, secondo una logica accrescitiva ed integrativa tra le varie tutele differenziate[25].

Inoltre, non viene trascurata, anzi acquisisce un rilievo particolare nell'indagine di Salvia, la circostanza che, proprio per superare l'*impasse* derivante dalla sommatoria dei procedimenti amministrativi anche nel campo dell'urbanistica e in quello ambientale, la normativa, sia di matrice comunitaria che di carattere nazionale, abbia previsto, se non imposto, il ricorso a meccanismi semplificatori che si estendono a gran parte delle misure – *lato sensu* – di regolazione. Il rischio che viene paventato,

[24] Così, F. SALVIA, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, cit., 243.

[25] Il tema è indagato, tra l'altro, in F. SALVIA, *Aree protette, proprietà e interessi ambientali*, in *Riv. giur. urb.*, 2000, 640.

allora, è quello di una contrazione eccessiva della fase decisoria, a discapito di una adeguata valutazione degli interessi sensibili, laddove sia evidente come la regolamentazione dei beni ambientali, in ultima istanza, sia tenutaa garantire una delicata coesistenza tra tutela e valorizzazione, tra preservazione e utilizzazione delle risorse naturali[26].

Certamente non mancano le pagine, anche particolarmente sagaci, che stigmatizzano l'enfasi per l'esigenza acceleratoria, che sembra assurgere, nella legislazione degli ultimi decenni, al rango di priorità assoluta, svincolata da qualsiasi considerazione sull'impatto sociale degli interventi pubblici fondati su un'eccessiva compressione della fase di ponderazione degli interessi in conflitto. Pur senza negare la necessità di un disboscamento della selva di controlli amministrativi spesso superflui, inutili o retaggio di concezioni autoritarie del rapporto tra amministrazione e cittadini, campeggia senza dubbio, nella ricostruzione di Filippo Salvia, un atteggiamento di diffidenza nei riguardi di una logica amministrativa che sembra sacrificare, sull'altare della tempestività dell'azione amministrativa, il ponderato e ragionevole esercizio delle funzioni di cura degli interessi pubblici[27].

3. *Nella terra di Polifemo*

Al di là dei singoli contenuti che caratterizzano l'opera di Salvia sui temi dello sviluppo urbano e della tutela ambientale, non si può non rilevare come la sua ispirazione più profonda vada ricercata in una concezione alta dell'urbanistica, che non è riducibile a mera tecnica di regolazione degli usi del territorio, al servizio di qualsiasi proposta di ingegneria sociale, bensì presuppone una visione della città ideale degli uomini, quale spazio sociale condiviso in cui il criterio di funzionalità, che prevale ordinariamente nella rete di relazioni economiche e professionali del mondo degli affari – paradigma indefettibile, peraltro, di tutte le dimensioni organizzative dominate dalle ragioni della tecnica, heideggerianamente intesa[28] -, non tiranneggia la tensione e lo sforzo verso l'armonia, ovvero l'equilibrio tra le diverse dimensioni del vivere civile, che deve animare la costruzione dei sistemi sociali.

[26] In tal senso, per esempio, cfr. F. Salvia, *La difficile coesistenza tra usi e tutela dell'ambiente costiero*, in *Dir. Econ*., 2015, 24.

[27] F. Salvia, *Attualità del «mito della caverna». Postilla a G. Corso: «una nuova amministrazione»*, in *Nuove Aut*., 2003, 521.

[28] Si rinvia ovviamente alla teorica contenuta in M. Heidegger, *La questione della tecnica* (1954), tr. it. Milano, 1976.

Così, nel tratteggiare i percorsi di riqualificazione del tessuto urbano, non sorprende che lo spazio architettonico venga definito, riprendendo la fulminante intuizione di una grande designer, come "un luogo in cui le persone si sentano bene, come quando si trovano in un paesaggio naturale"[29].

Un'aspirazione, quindi, alla preservazione della bellezza anche nello spazio artificiale della convivenza umana, quale canone irrinunciabile per le progettazioni urbanistiche contemporanee, che si alimenta del confronto costante tra la città medievale e quella moderna (e post-moderna), senza decadere nella sterile riproposizione di un estetismo passatista o anacronistico[30].

Semmai la sfida che Salvia ingaggia con la propensione al gigantismo – in tutte le sue possibili declinazioni architettoniche (il culto del grattacielo) e urbanistiche (la città orizzontale) – che domina nelle politiche urbane degli ultimi decenni, costituisce la rivolta intellettuale di chi non si rassegna ad un modello di sviluppo urbano che insegue i miti dell'ipertrofia organizzativa, ma continua a consegnare al degrado materiale e sociale ampie parti del territorio urbano, consentendo, per esempio, la trasformazione delle periferie in quartieri dormitorio privi di servizi e infrastrutture (come nel caso delle "cittadelle di aggregazione")[31] o puntando sull'affannosa rincorsa di finanziamenti esterni che non risulta correlata ad una rigorosa valutazione delle opere che devono essere realizzate[32]. Una trasformazione urbana che indubbiamente, nella sua versione estrema, può anche condurre alla dissoluzione del modello stesso di città[33], come ormai rileva la letteratura sociologica e urbanistica più recente[34].

[29] Secondo *Zaha Hadid*, "è questo il vero lusso, indipendentemente dal costo: uno spazio che trasmetta emozioni, che sviluppi visioni": tratto da F. Salvia, *Dizionario. Lessico familiare e dintorni. A uso strettamene personale e di pochi parenti e amici. Tra Itaca e Kafka,* voce *Architettura (virtuosa)*, cit.

[30] Un atteggiamento che si riscontra, da una prospettiva diversa, leggendo C. e R. Piano, *Atlantide. Viaggio alla ricerca della bellezza*, Milano, 2019.

[31] Sull'annosa questione delle periferie si possono richiamare i contributi presenti in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), *Periferie e diritti fondamentali*, Napoli, 2020.

[32] Da ultimo si vedano le considerazioni contenute in F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 6 *passim*.

[33] Anzi, secondo Salvia, «l'ipotesi della fine della città, con riferimento all'epoca in cui viviamo, non è affatto da scartare»: F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 8.

[34] Si può certamente rinviare emblematicamente alle notazioni di M. Cacciari, *La Città*, Rimini, 2021, 25 ss., che osserva come, con la formazione della metropoli – poi

Questa sua resistenza culturale assume spesso i tratti di una sapida ironia, che non si può certamente ricondurre a un mero aspetto del carattere o tanto meno ad una manifestazione di quello spirito siciliano improntato ad un radicale scetticismo che è stato sottilmente descritto nella grande letteratura isolana dell'ottocento e del novecento[35]: o meglio non soltanto a queste componenti indubbiamente presenti nella personalità del Maestro. Invece, si possono scorgere, sottotraccia, i contorni di una ironia "socratica", che non dissolve in un generalizzato pessimismo culturale i problemi politici e tecnico-giuridici da affrontare nell'ottica del governo delle città – con cui si cimentano, da prospettive diverse, i decisori politici e i progettisti –, ma si propone di disvelare gli eccessi e i paradossi di una pianificazione urbanistica di tipo funzionalista, orientata solo alle grandi opere e scarsamente attenta alla qualità di vita dei residenti, nonché le mistificazioni normative che risultano strumentali ai progetti degli "uomini del fare", ossia ad un politica urbanistica volta ad alimentare il consumo del suolo, più che a conservare e a valorizzare l'esistente[36].

Il suo impegno culturale, al contrario, è stato proteso a individuare le strategie alternative all'espansione del modello delle metropoli e alla distruzione dell'identità delle città italiane, evidenziando, ad esempio, le straordinarie opportunità offerte proprio dalla preservazione e valorizzazione dei centri storici – vero patrimonio culturale del belpaese -, anche attraverso il perfezionamento di alcune categorie giuridiche destinate ad essere richiamate ed implementate dalla più avanzata legislazione urbanistica[37].

In ogni caso, quello che bisogna segnalare è la grande passione civile

della città post-metropolitana -, si assista ormai ineluttabilmente "ad un unico processo di dissoluzione di ogni identità urbana". Le trasformazioni contemporanee della città, con le loro molteplici cause e implicazioni sociali, sono indagate da B. Secchi, *La città del ventesimo secolo*, Bari-Roma, 2005; L. Sacchi, *Il futuro delle città*, Milano, 2019, e più recentemente da B. Niessen, *Abitare il vortice. Come le città hanno perduto il senso e come fare per ritrovarlo*, Milano, 2023.

[35] Si può ricordare, *ex multis*, un libro caro a Filippo Salvia, con i suoi indimenticabili personaggi: G. Tomasi di Lampedusa, *Il Gattopardo*, Milano, 1958.

[36] Cfr. F. Salvia, *La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente*, in *Dir. econ*., 2020, 169 ss.

[37] In tal senso, particolare rilievo assume la categoria dei beni culturali urbanistici: F. Salvia, *La tutela trasversale dei beni culturali. I beni culturali urbanistici*, in *Riv. giur. urb*., 2003, 169 ss.; Id., *Le testimonianze culturali e urbanistiche del passato: le ragioni di una maggior tutela. Vecchi e nuovi dilemmi su centri storici e periferie urbane*, in *Dir. soc*., 2006, 327 ss.

che ha caratterizzato gli scritti – e in generale la riflessione – di Salvia, il suo profondo senso di giustizia, l'attenta considerazione per le implicazioni sociali ed esistenziali dell'azione amministrativa; una sensibilità che è emersa inequivocabilmente nelle diverse fasi della sua vita professionale e accademica: durante il periodo di servizio come dirigente presso l'amministrazione regionale siciliana, quando, con il collega e amico Gaspare Cottone, ha sventato la lottizzazione edilizia di una parte della costa trapanese e ha permesso la costituzione della riserva naturale dello Zingaro; nel corso degli anni universitari, come docente della facoltà di scienze politiche prima e di giurisprudenza dopo, in cui ha sempre svolto il ruolo di coscienza critica della comunità accademica, senza far mancare, peraltro, il suo equilibrato apporto al coordinamento didattico e alla gestione amministrativa; nel periodo conclusivo, in qualità di componente laico del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana.

Tutto ciò spiega anche perché uno dei bersagli polemici preferiti delle sue graffianti considerazioni giuridiche sia stato un certo modo di intendere il compito del giurista e dell'operatore del diritto, rappresentato nel primo caso dal trionfo del "formalismo giuridico"[38], che disancora il diritto dalla sua funzione pratica di regolazione del conflitto sociale, e nel secondo caso dall'"etica delle carte a posto", che occulta l'inefficienza amministrativa dietro il paravento degli adempimenti di ordine burocratico.

Nel suo senso più profondo, in continuità con la tradizione classica, il diritto si presenta, nell'elaborazione teorica di Filippo Salvia, ancora una volta come *ars boni et aequi*, che non si può trasmettere puntando soltanto sull'acquisizione di un mero tecnicismo giuridico da parte degli aspiranti giuristi, giacché richiede una formazione specifica che dipende anche da "un certo *humus culturale* propizio"[39]. Una visione lungimirante che, alla luce delle tormentate vicende che hanno coinvolto, recentemente, alcuni settori della magistratura italiana, rivela un valore profetico.

Un giurista *d'antan* quello che viene proposto, quindi? Non proprio, piuttosto una figura professionale a tutto tondo che, nel rispetto del

[38] In senso critico, per esempio, rispetto all'orientamento restrittivo della giurisprudenza amministrativa in materia di accesso ai documenti amministrativi contenenti informazioni ambientali, cfr. F. SALVIA, *La «probatio diabolica» vanifica la primarietà dei valori ambientali*, in *Foro amm*. CDS, 2003, 1341 ss.

[39] F. SALVIA, *Dizionario. Lessico familiare e dintorni. A uso strettamene personale e di pochi parenti e amici. Tra Itaca e Kafka,* voce *Agnosticismo/Formalismo*, cit.

principio di legalità e in profondo dialogo con le esigenze della società, sappia tutelare, pur nella varietà delle responsabilità correlate alle professioni legali, le istanze di giustizia dei singoli e delle formazioni sociali nelle relazioni con l'autorità amministrativa e, al contempo, sia in grado di custodire e valorizzare le risorse pubbliche della comunità politica. In quest'ultima prospettiva, risalta indiscutibile, in tutta la produzione di Salvia, un rifiuto radicale della cultura della illegalità, che spesso, nelle regioni meridionali e in particolare in Sicilia, si alimenta anche grazie ad un circuito di complicità e connivenze di fatto, nonché di giustificazioni e attenuanti di ordine etico-sociale. Una radicalità che, poi, emerge con evidente intensità nei riguardi del fenomeno mafioso, esaminato e indagato nelle sue cause e nelle sue complesse diramazioni socio-politiche[40].

4. *Il profumo delle ginestre*

Chi ha avuto il privilegio di conoscere e frequentare in questi anni Filippo Salvia ha incontrato non soltanto un intellettuale colto, sofisticato, eclettico, profondo e originale, ma anche un acuto osservatore dei comportamenti sociali e della psicologia umana, capace di riportare alla memoria le tradizioni e le consuetudini di una sicilianità in via di estinzione e, nello stesso tempo, di registrare le nevrosi della vita contemporanea.

Mai banale nella percezione della complessità dell'esistenza, anche nei suoi drammatici dilemmi morali, e soprattutto, pur dotato di una straordinaria vena ironica in grado di strappare il sorriso di fronte ai paradossi delle vicende umane, mai sprezzante nei confronti delle debolezze altrui. Tuttavia, pronto ad indignarsi veementemente al cospetto di ingiustizie accademiche, sociali e processuali, in particolar modo allorquando esse vengano occultate dietro il paravento ipocrita della competizione universitaria, del darwinismo sociale e del formalismo dei legulei.

Eppure, Filippo Salvia è anche un uomo che ha sempre saputo coltivare, con generosità e sincerità, profondi legami di amicizia, che hanno superato il trascorrere del tempo e le differenze caratteriali e si sono ramificati in profondità nel terreno dell'esistenza.

[40] Si vedano, emblematicamente, F. Salvia, *Ancora sulla riemersione del Medioevo e sull'organizzazione mafiosa: incontri, trattative e nuove allocazioni del potere reale*, in *Nuove Aut*., 2014, 123 ss.; Id., *La legge "La Torre" alla prova dei fatti,* in M. Immordino, N. Gullo (a cura di), *Diritto amministrativo e misure di prevenzione della criminalità organizzata, Napoli,* 2021, 46 ss.

E questa sua benevolenza si è dispiegata, qualche volta anche in modo burbero (ma gli "ossimori" sono parte integrante della vita …), nei riguardi degli allievi e dei giovani studiosi che ha incontrato nel suo cammino, incoraggiandoli e sostenendoli, ma soprattutto trasmettendo loro uno sguardo limpido ed essenziale sulle questioni giuridiche, nonché una passione per la bellezza della vita, in tutte le sue manifestazioni … come il profumo delle ginestre d'estate in Sicilia.

Di tutto questo gli sono infinitamente grato.

LA "FINE DELLA CITTA" NEL PENSIERO DI FILIPPO SALVIA E IL TENTATIVO DI RIGENERAZIONE E RISOCIALIZZAZIONE DEI CENTRI URBANI ATTRAVERSO IL RECUPERO DELLE ANTICHE SALE CINEMATOGRAFICHE. ALCUNE SUGGESTIONI E RIFLESSIONI SPARSE

di Maria Immordino e Alfredo Contieri

SOMMARIO: 1. L'amara riflessione di Filippo Salvia sul declino della città contemporanea. – 2. La rigenerazione urbana nella prospettiva della lotta alle disuguaglianze e al recupero delle relazioni umane. – 3. Il recupero e la riapertura delle dismesse sale cinematografiche.

1. *L'amara riflessione di Filippo Salvia sul declino della citt*à *contemporanea*

Filippo Salvia, con la lucidità e la profondità di analisi che hanno sempre contraddistinto le sue opere, mai limitate allo studio della dimensione giuridica dei fenomeni, ma arricchite da una cultura umanistica, filosofica, sociologica, economica, non disgiunte da un ironico pessimismo, preconizza la "*fine della città*" così come si presenta nell'epoca attuale.[1]

Tale affermazione si fonda sull'osservazione di almeno due principali fenomeni. Facendo proprio il pensiero di Bauman[2], il Nostro descrive la città moderna come luogo dell'insicurezza anziché delle relazioni umane, con un capovolgimento della loro funzione storica e delle stesse aspirazioni degli abitanti, oltre che delle intenzioni dei costruttori.

Con quella onestà intellettuale e illuministica lucidità che ne contraddistingue sempre il pensiero, Salvia, sottolinea, senza giri di parole, l'aspetto di fortezze protette, attraverso alte recinzioni, videocamere, squadre di vigilanti armati, delle abitazioni contemporanee, concludendo sconsolatamente che *in molte aree urbane di tutto il mondo le case esistono ormai per proteggere i loro abitanti, non per integrare le persone nella loro comunità*.[3]

In secondo luogo, secondo il Maestro, la spia più tangibile del fenomeno si rinviene nella invadente e aggressiva diffusione degli *ipermerca-*

[1] F. SALVIA, C. BEVILACQUA, N. GULLO, *Manuale di diritto urbanistico,* 4° ed., Wolters Kluwer 2021, p. 8.

[2] Z. BAUMAN, *Modus viventi,* (traduzione italiana S. D'Amico), Roma –Bari, 2007.

[3] *Ibidem*, *ivi.*

ti, che hanno soppiantato i tradizionali mercati rionali, luogo d'incontro tra la domanda e l'offerta dei prodotti, ma anche e soprattutto di intreccio di relazioni umane, contribuendo così a *svuotare dalle fondamenta il concetto stesso di città*.[4]

La perversa attrattività di tali luoghi si spiega, secondo il Nostro, con il loro carattere multifunzionale, poiché non si limitano a proporre e offrire beni di consumo spesso voluttuari, ma in questi spazi convivono, ristoranti, parchi gioco, bar, multisale cinematografiche, palestre, farmacie, ecc., costituendo il nuovo luogo di aggregazione sociale del terzo millennio.

Attratta dal miraggio di tante false illusioni consumistiche, anche la *disunita* famiglia odierna, che Salvia definisce con cupo realismo *sgangherata*, *si ricompone miracolosamente* nei giorni festivi. Mentre per gli anziani il centro commerciale costituisce un porto sicuro, nei mesi estivi, per sconfiggere il caldo e soprattutto, come osserva l'Autore, con un senso di sconsolata tristezza, la solitudine.

Nel prendere amaramente atto della ineluttabilità della città mercato, l'Autore provocatoriamente pone l'interrogativo sull'opportunità di "*discettare ancora sul futuro della città*", al punto da prospettare la paradossale suggestione di "*trasferire anche le abitazioni in questi luoghi privi di memoria, per fondare una civiltà sotto lo sfavillio delle luci e all'insegna di spot a tutto campo*", sulla scia di una idea, che Salvia evidenzia malinconicamente, ossia la riprogettazione "*ab imis dell'homo sapien*s", indirizzandolo fin da bambino al più sfrenato consumismo[5], dove l'eccesso costituisce la norma in tutti i campi.

In queste parole non possono non avvertirsi l'eco e le suggestioni delle numerose e sconsolate riflessioni critiche di Pier Paolo Pasolini sulla "*sacralità del consumismo come nuovo rito… e nuova forma totalitaria, del tutto totalizzante, in quanto alienante fino al limite estremo della degradazione antropologica*".[6]

Avere, possedere, sfoggiare costituisce l'essenza stessa dell'individuo di oggi, indipendentemente dalla classe sociale di appartenenza, il cui valore è determinato, non dai suoi principi o dalle sue competenze, ma dalle sue possibilità economiche, dal suo *potersi permettere*.

[4] F. F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, op. cit, p. 9.

[5] *Ibidem*, p. 9.

[6] P. P. Pasolini, *Scritti Corsari,* Milano 1975, ove, fra le tante, rileva per la sua icastica efficacia la seguente frase: *il potere è divenuto un potere consumistico, infinitamente più efficace nell'imporre la propria volontà che qualsiasi altro potere al mondo. La persuasione a seguire una concezione edonistica della vita ridicolizza ogni precedente sforzo autoritario di persuasione.*

Emerge dalle parole di Salvia la constatazione degli effetti inevitabili di questa spasmodica corsa al consumismo: l'affermazione dell'avere sull'essere, la priorità del primo sul secondo.

L'inquietante analisi appena descritta che configura i centri commerciali come i nuovi luoghi di aggregazione e del tempo libero, trova conferma nell'allarmante fenomeno della sparizione del piccolo commercio, delle palestre, nella chiusura di storiche sale cinematografiche.

Ancor più evidente è il fenomeno della desertificazione dei centri storici delle grandi città, nelle quali gli appartamenti o le abitazioni si trasformano sempre più spesso in case vacanze o *bed and breakfast* a seguito del grande sviluppo del turismo nelle città d'arte. E i negozi storici spariscono soppiantati da istituti bancari, ristoranti, trattorie e *street food*.

Illuminanti le considerazioni di Salvia sulla duplice anima della città contemporanea, che allo stesso tempo è luogo dove si raduna la maggiore produzione di ricchezza economica, ma in cui si assiste alla più ampia concentrazione di situazioni di degrado sociale e crescenti disuguaglianze, contesto privilegiato in cui si sviluppa la dimensione relazionale dell'umanità e al tempo stesso ambito della più profonda infelicità individuale e collettiva.

Ma nelle parole di Salvia non c'è solo uno sconsolato pessimismo, poichè un motivo di speranza, come un raggio di sole, lo rinviene nelle parole di Calvino che, nel libro *Le città invisibili*, scriveva che "*la città infelice contiene una città felice che nemmeno sa di esistere*".[7] Per Salvia una *città felice* potrebbe rinascere dalla tragedia della pandemia che dovrebbe indurre amministratori, imprenditori, urbanisti, cittadini, a re-immaginare e sperimentare nuovi modelli sempre più inclusivi di spazi urbani, a cominciare dalle abitazioni.

Emblematico il caso delle periferie urbane, dove il rapporto con i diritti fondamentali delle persone che vi abitano è un tema cruciale per le moderne democrazie, incentrato sulla ricerca di strumenti di garanzia e promozione di tali diritti: scuola, salute, cultura, infrastrutture per la mobilità, formazione e avviamento al lavoro, per indicarne alcuni.[8]

Una ricerca che evidenzia, si è detto in dottrina, come il diritto ur-

[7] Scrive I. CALVINO, *Le città invisibile*, che "*Anche a Raissa, città triste, corre un filo invisibile che allaccia un essere vivente a un altro per un attimo e si disfa, poi torna a tendersi tra punti in movimento disegnando nuove rapide figure cosicché a ogni secondo la città infelice contiene una città felice che nemmeno sa di esistere*».

[8] Per un approfondimento del tema si vedano gli atti del convegno *Periferie e diritti fondamentali*, AA.VV, in M. Immordino, G. De Giorgi Cezzi, N. Gullo, M. Brocca (a cura di), Napoli 2020.

banistico, costituisca terreno significativo per rilevare errori e fallimenti delle politiche urbanistiche, "*il cui esito sono profonde diseguaglianze territoriali che si riflettono sulle condizioni di vita e sulle capacitazioni degli abitanti, negando loro parità di punti di partenza*".[9]

L'amaro scenario descritto dall'Autore con il pessimismo della ragione è anche attenuato dalle suggestioni che scaturiscono dalla Enciclica *Laudato Si* di Papa Francesco, che richiama il ruolo delle istituzioni pubbliche nella cura degli spazi pubblici, del paesaggio urbano, al fine di potenziare il senso di appartenenza e di radicamento alla città come luogo identitario ed emozionale.

Condividendo in pieno il pensiero di Papa Francesco, Salvia ritiene che vada rafforzato il ruolo dell'amministrazione pubblica e la missione e i compiti affidati all'urbanistica, quale strumento di ricucitura del territorio attraverso il collegamento tra le aree naturali, i paesaggi urbani, le aree industriali degradate, le periferie, per mezzo della rigenerazione che non riguarda, solo il governo del territorio e il divieto di consumo del suolo – del quale è ormai assodata la natura di bene primario non rinnovabile da salvaguardare, tutelare e valorizzare – ma la ricostituzione di una coesione sociale che favorisca la riduzione delle disuguaglianze, attraverso la tutela dei diritti fondamentali nelle periferie urbane, espressione dell'odierna società multietnica.[10]

2. *La rigenerazione urbana nella prospettiva della lotta alle disuguaglianze e del recupero delle relazioni umane*

Il pensiero di Salvia è perfettamente in linea con i dettami della moderna urbanistica che si muove secondo due direttrici fondamentali strettamente collegate: il divieto di consumo di suolo e la rigenerazione urbana, quale strumento, quest'ultima, di rilievo primario nelle proposte politiche e programmatiche intese allo sviluppo delle città.[11]

[9] E. Boscolo, *Le periferie e i fallimenti dell'urbanistica italiana*, *ivi*, p. 71 ss.

[10] Nel volume "*Periferie e diritti fondamentali*", cit., il tema delle periferie e dei connessi problemi di ordine sociale, economico, abitativo e del ruolo cruciale delle politiche urbanistiche di nuova generazione, viene trattato in numerosi contributi, alcuni dei quali evocano il "*diritto alla città*": B. Accettura, *Periferie e coesione sociale: politiche abitative e diritto "alla città"*, *ivi*, p. 19 ss.

[11] La letteratura sul tema è vastissima, tra i tanti contributi, G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Napoli 2022; N. Gullo, *La rigenerazione urbana delle periferie degradate. Il caso emblematico della città di Palermo*, in *Periferie e diritti fondamentali*, cit, p. 395 ss.; A. Simonati, *Rigenerazione urbana, politiche di sicurezza e*

Tali obiettivi nascono dalla inevitabile presa d'atto dell'impossibilità di espandere ulteriormente l'edificazione urbana, con conseguente consumo di nuovo territorio, a causa della limitatezza delle aree disponibili e dall'esigenza di realizzare una nuova strategia che, in un'ottica di sviluppo sostenibile, si basi prevalentemente sul recupero e la riqualificazione del patrimonio edilizio esistente.[12]

Questo orientamento tende a privilegiare la qualità urbana in luogo della quantità dell'edificazione al fine di risolvere i numerosi problemi degli agglomerati urbani, con interventi che colleghino le varie parti delle città, in particolare il centro con le periferie[13], attraverso operazioni di *ricucitura e di rammendo*, secondo i dettami degli urbanisti più illuminati.[14]

Politiche di governo del territorio che non possono limitarsi alla mera abolizione del consumo di suolo, ma devono tendere a soddisfare esigenze di solidarietà e integrazione del corpo sociale, e proprio a tali fini devono essere orientati gli interventi di ricucitura delle periferie con il centro, anche per superare le disuguaglianze sociali[15], il degrado, le situazioni di abbandono e di disagio, nell'idea che la città debba assumere anche la funzione di garantire la qualità della vita, l'inclusione sociale e la capacità di "*resilienza urbana*".[16]

governo del territorio: quale ruolo per la cittadinanza, in *RGE*, 2019, II, p. 31; A. GIUSTI, *La rigenerazione urbana,* Napoli 2018; M. CAMMELLI, *Re-cycle: pratiche urbane e innovazione amministrativa per ricomporre le città*, p. 53 ss; G. PIPERATA, *Rigenerare i beni e gli spazi della città,* p. 21 ss., entrambi in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda Re-Cycle. Proposte per reinventare la città*, Bologna, 2017; P. URBANI, *La rigenerazione urbana: la posizione del giurista*, in «*Astrid»,* n. 10/2017; G. CARTEI, *Rigenerazione urbana e governo del territorio*, in «*Istituzioni del Federalismo*», n. 3, 2017, p. 603 ss.; R. DI PACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *RGE*, n. 5/2014, p. 237 ss.;

[12]Fra i numerosi contributi, J. BUGGEA, *La rigenerazione urbana delle periferie, tra espansione edilizia e riqualificazione dell'esistente*, in *Periferie e diritti fondamentali*, cit., p. 147; P. URBANI, S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Diritto urbanistico. Organizzazione e rapporti,* Torino 2017.

[13] Sullo stato ancora embrionale della configurabilità di una nozione giurdica di periferie, M. MAZZAMUTO, *Esiste una nozione giuridica di periferie*?, in *Periferie e diritti fondamentali,* cit., p. 503 ss.

[14] R. PIANO, *Il rammento delle periferie*, in *IlSole24Ore*, 26 gennaio 2014; B. SECCHI, *Cucire e legare*, *in Un progetto per l'urbanistica,* Torino, 1989;

[15] B. SECCHI, *La nuova questione urbana: ambiente, mobilità e diseguaglianze sociali*, in *Crios,* 2011, p. 83.

[16] C. VENTIMIGLIA, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *Federalismi.it*, n. 19/2019; L. GIANI, *Diritto alla città e rigenerazione urbana. Esperimenti di resilienza,* in *Scritti in onore di Eugenio*

In questa direzione sta prendendo corpo la convinzione diffusa che i processi di rigenerazione urbana non possano prescindere dall'esistenza di un *diritto alla città* da parte dei cittadini, consistente nel *riuso* degli spazi e dei beni pubblici, secondo un comune denominatore consistente nell'esigenza di recuperare, trasformare e più in generale, innovare in senso migliorativo i beni e gli spazi comuni di una città.[17] Connaturata a questa visione vi è la dimensione non più solo partecipativa, ma di codecisione dei cittadini nell'esercizio di una funzione tradizionalmente unilaterale della pubblica amministrazione[18], e ciò è anche dovuto alla considerazione che il recupero degli spazi urbani attenga non tanto alla gestione di beni pubblici, ma alla fruizione di beni comuni, nozione discussa, ma ormai sempre più presente nel dibattito pubblico.[19]

Picozza, vol. III, Napoli 2020, p. 2009, ss.; B. Accettura, *Periferie e coesione sociale: politiche abitative e diritto "alla città"*, *Periferie e diritti fondamentali,* p. 19 ss.

[17] In questi termini, F. Cesarano, *Rigenerazione urbana: le regole per una nuova bellezza. Tra gestione dei beni comuni e rivalutazione del territorio*, in *Rivista di diritto delle arti e dello spettacolo,* n.2/2021, p. 47; A. Giusti, *La rigenerazione urbana,* cit., p. 109 ss.

[18] G. Primerano, *Il consumo di suolo,* cit. p. 313, il quale parla di *micro rigenerazione urbana o rigenerazione dal basso*, configurandola come tentativo di riconquista della città pubblica da parte dei cittadini, ascrivibile ad un più generale principio di collaborazione civica direttamente correlato agli artt. 2 e 118 comma 4, Cost. e inquadrabile nell'innovativo modello dell'*amministrazione condivisa*; A. Simonati, *Per la gestione "partecipata" dei beni comuni*, in M. Bombardelli (a cura di), *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 103.

[19] Sui beni comuni la letteratura è vastissima, in questa sede possono richiamarsi E. Boscolo, *Beni comuni e consumo di suolo. Alla ricerca di una disciplina legislativa*, in P. Urbani (a cura di), *Politiche urbanistiche e gestione del territorio*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 69 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Bene comune (obblighi e utilità comuni) e tutela del patrimonio culturale*, in *giustamm.it,* n. 9, 2015; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessione de jure condendo su un dibattito in corso*, in *Pol. Dir.*, 2014, pp. 3 ss., che individuano quattro diversi ambiti cui si può riferire la categoria dei beni comuni. Più di recente M.T. Caputi Jambrenghi, *Note minime su beni comuni e funzione amministrativa*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2017, pp. 81 ss. È appena il caso di ricordare sul tema del regime giuridico dei beni comuni la proposta redatta dalla Commissione Rodotà di riforma del codice civile in materia id beni pubblici, su cui Cfr. *Per la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici. Proposta di articolato*, 14 giugno 2007, in *giustizia.it* che, nella relazione di sintesi, distingue i beni comuni da quelli pubblici e privati definendoli *cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona*. Per ulteriori approfondimenti, Cfr. U. Mattei, E. Reviglio, E. Rodotà (a cura di), *Invertire la rotta*, Bologna, 2007; M. RENNA, *Le prospettive di riforma del codice civile sui beni pubblici*, in G. Colombini (a cura di), *I beni pubblici tra regole di mercato e interessi generali: profili di diritto interno e internazionale*, Napoli, 2009, p. 11 ss.; F. Cortese, *Che cosa sono i beni comuni?*, in M. Bombardelli (a cura di), cit., p. 37 ss.; E. Caliceti, *Il regime dei beni comuni: profili dominicali e modelli di gestione*, *ivi.*

3. *Il recupero e la riapertura delle dismesse sale cinematografiche*

Fra i molteplici interventi di rigenerazione urbana consistenti nel recupero del patrimonio edilizio esistente intendiamo occuparci del restauro e della rifunzionalizzazione delle sale cinematografiche dismesse a favore delle quali numerosi interventi del legislatore hanno destinato appositi contributi considerandole dei beni da preservare oltre che per il loro valore storico anche che per il carattere culturale e industriale del cinema.

In proposito, è opportuno premettere che la Corte costituzionale con la sentenza 256 del 2004, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'art. 22, commi 4 e 5, del decreto n. 28 del 2004 che faceva rientrare nella competenza esclusiva statale l'autorizzazione all'apertura di *multisale* con numero di posti superiore a milleottocento, ne ha affermato l'illegittimità costituzionale rientrando il regime delle sale cinematografiche nella materia di legislazione concorrente *governo del territorio*.

Sicchè, gli interventi tendenti al recupero, al restauro, all'ammodernamento delle sale cinematografiche esistenti nei centri storici e nelle periferie e alla riapertura di quelle chiuse e abbandonate da tempo, rientrano a pieno titolo nella funzione urbanistica di nuova generazione e dunque nella rigenerazione urbana.

Si tratta di una condivisibile tendenza ad arginare quel fenomeno stigmatizzato da Salvia della localizzazione di sale cinematografiche negli ipermercati, al fine di potenziarne l'attrattività con l'offerta anche di spettacoli cinematografici.

Con tali misure il legislatore intende far rivivere i cinema tradizionali, ormai sempre più spesso soppiantanti dai supermercati, al fine di recuperare la funzione dei cinema come luogo di aggregazione, di inclusione e socializzazione degli abitanti del quartiere.

La legge sul cinema e l'audiovisivo, n. 220/2016, espressione di una nuova sensibilità culturale, contiene anche disposizioni volte a preservare le sale cinematografiche come *luogo emozionale* del *rito della visione collettiva* dei film, e in quest'ottica ha introdotto ulteriori misure finalizzate alla *tutela*, alla *valorizzazione*, alla *conservazione* e al *potenziamento*, delle sale storiche e delle sale d'essai, con interventi diretti a dichiararle sia beni culturali, sia beni di natura urbanistica.

Infatti la legge prevede la possibilità che esse possano essere *dichiarate* d'interesse culturale particolarmente importante, e quindi tutelate ai sensi dell'art. 10 del Codice dei beni culturali, n. 42/2004.

Importante è la previsione di cui all'art. 28 della legge stessa, la quale

prevede un piano straordinario per il *potenziamento* del circuito delle sale cinematografiche e polifunzionali, disponendo l'erogazione di contributi, rientranti nel nuovo Fondo per il cinema e l'audiovisivo, per la riattivazione di sale cinematografiche chiuse o dismesse, per la realizzazione di nuove sale e per la ristrutturazione e adeguamento strutturale e tecnologico delle stesse.

Questa particolare attenzione del legislatore nei confronti delle sale cinematografiche si spiega, da un lato, con l'esigenza di porre un freno all'allarmante scomparsa dei cinema dai centri storici delle grandi e piccole città del nostro Paese, dall'altro con il riconoscimento dal sapore nostalgico della *dimensione emotiva* e *identitaria* che i cinematografi hanno assunto nella vita delle persone per circa un secolo, prima di essere soppiantate dalle più rapide forme di comunicazione ed in particolare dalle piattaforme che consentono una visione dei film nella solitudine delle proprie abitazioni, riducendo le occasioni di socializzazione e di discussione e confronto critico sull'opera cinematografica, fonte di stimoli, riflessioni, emozioni.

Un cinema chiuso è una sconfitta per tutti. Come è stato efficacemente affermato: "*Le sale chiuse sono risorse sprecate, opportunità di socializzazione perse e soprattutto occasioni di fare cultura che (forse) non si ripeteranno*".[20] Spazi che un tempo erano centri di offerta culturale e aggregazione vitale per interi quartieri ora sono dei non-luoghi inutilizzati, sottratti alle città, dei veri *fantasmi urbani*[21]

Ci piace ricordare le parole del grande filosofo francese J.P. Sartre, riferite al cinema muto degli anni Venti, che ci fa rivivere l'atmosfera misteriosa, ricca di emozioni, che avvolgeva le sale cinematografiche, nelle quali venivano proiettate pellicole che, pur presentando graffi e striature, conservavano il loro magico mistero: "*lo spettacolo era cominciato. Andavamo dietro alla lucciola, incespicando, sopra le nostre teste un fascio di luce bianca attraversava la sala, vi si vedevano danzare polvere e fumo……guardavo lo schermo, paesaggi lampeggianti, striati da rovesci d'acqua; pioveva sempre anche con il sole alto, pioveva anche negli appartamenti; nella scomodità egualitaria delle sale di quartiere, avevo imparato che questa nuova arte era mia, come di tutti*".[22]

[20] La frase riportata nel testo che scolpisce quella situazione di vuoto culturale e relazionale che discende dalla chiusura di una sale cinematografica, è di VITTORIO SAMMARCO, 4 Maggio 2021, in *www.internet.it*

[21] Si veda al riguardo il docufilm "Fantasmi urbani", su cui FABRIZIO ROSTELLI, 12 dicembre 2013, in www.internet.it

[22] J.P. SARTRE, *Le parole*, *Il Saggiatore*, Milano 2011; ID, *C'era una volta il cinema festival delle emozioni,* cit. da A. CASTELLANO, *Il cinema di oggi*, cit. p. 21.

L'obiettivo della tutela, della valorizzazione e dell'incremento delle sale cinematografiche, perseguito dalla legge n. 220/2016, presuppone un ruolo attivo degli enti locali. "*Il ruolo primario del comune nel governo del territorio*", ci ricorda Salvia, "*affonda le sue radici nella storia, essendo stato determinante sin dai secoli del medioevo*" [23], da qui l'esigenza del riconoscimento del rispetto dell'autonomia comunale.

L'art. 28 della legge prevede, infatti, un piano straordinario per il potenziamento del circuito delle sale cinematografiche e polifunzionali, riconoscendo la concessione di contributi alla riattivazione delle sale chiuse o dismesse nei comuni con popolazione inferiore ai 15.000 abitanti, con priorità alle sale dichiarate di interesse culturale, alla realizzazione di nuove sale, alla trasformazione, alla ristrutturazione e all'adeguamento strutturale di quelle esistenti. Il contributo viene concesso prioritariamente alle sale che, oltre alla funzione cinematografica, garantiscano, anche con il coinvolgimento degli enti locali, la fruizione di altri eventi culturali, creativi e formativi in grado di contribuire alla sostenibilità economica della struttura, ovvero alla valenza sociale e culturale dell'area di insediamento.

L'assegnazione di tali contributi, secondo quanto previsto dal DPCM del 4 agosto 2017, attuativo dell'articolo in esame, è subordinata, oltre che all'obbligo della conservazione della destinazione d'uso dei locali per almeno 5 anni e all'ovvio rispetto delle previsioni che assicurino l'accessibilità alle strutture a persone con disabilità, anche all'impegno di proiettare una percentuale di opere cinematografiche e audiovisive italiane ed europee (dal 25% al 35% a seconda del numero di schermi), perpetuando così una risalente tendenza protezionistica della produzione nazionale, alla quale ora si aggiunge quella europea, rispetto soprattutto alla cinematografia hollywoodiana.

Infine, il 5° comma dell'art. 28 della cit. legge n. 220 richiama esplicitamente l'obiettivo della riqualificazione urbana e della rigenerazione delle periferie e delle aree urbane degradate, prevedendo a tal fine la possibilità per le Regioni e le Province autonome di introdurre previsioni urbanistiche volte a favorire e incentivare, anche in deroga ai vigenti strumenti urbanistici, il potenziamento e la ristrutturazione di sale cinematografiche e centri culturali multifunzionali mediante interventi di demolizione e ricostruzione che prevedano aumenti volumetrici e modifiche della sagoma al fine di una migliore armonizzazione architettonica con gli immobili esistenti. Si tratta di misure premiali volte al perseguimen-

[23] F. SALVIA, C. BEVILACQUA, N. GULLO, p. 34.

to non solo dell'interesse alla diffusione della cultura cinematografica, ma anche del contrasto al degrado urbano attraverso la riqualificazione dell'edificato. Se l'obiettivo dell'armonizzazione architettonica risponde anche ad una esigenza estetica che deve necessariamente accompagnare gli interventi di rigenerazione urbana, più discutibile appare la misura premiale dell'aumento volumetrico che, per non apparire contraddittoria con la *ratio* sottesa all'idea stessa di rigenerazione urbana, deve ammettersi a condizione che non comporti ulteriore consumo di suolo.

Oltre che con conferimento di contributi finanziari, il legislatore aveva in precedenza utilizzato anche la misura degli incentivi fiscali, con il c.d. decreto Art bonus (art. 6 comma 2 *bis* L. 106/2014), per il ripristino, il restauro e l'adeguamento strutturale e tecnologico delle sale cinematografiche, per *favorire l'offerta cinematografica di qualità artistico culturale*, con ciò confermandosi la particolare attenzione a favore non solo delle sale cinematografiche in quanto tali, ma della maggiore qualità dello spettacolo cinematografico in esse fruibile rispetto alla visione casalinga.

Il beneficio riguarda le sale esistenti almeno dal 1° gennaio 1980, dotate di non più di due schermi, e consiste in un credito di imposta nella misura del 30 percento dei costi sostenuti.

Si tratta provvedimenti con i quali si esprime un'attenzione alla tutela delle sale cinematografiche, esistenti almeno dal 1 gennaio 1980, che trova conferma anche nella direttiva del ministro dei Beni e delle Attività culturali e del turismo, adottata il 26 agosto 2014, con la quale, ravvisando in queste sale *una componente importante dell'offerta culturale del paese*, si riconosce l'opportunità di individuare quelle *caratterizzate da lunga tradizione e da una peculiare attività culturale tali da poter richiedere l'apposizione del vincolo di interesse storico*, dando a tal fine avvio a un'operazione di loro censimento che consenta di verificarne le specifiche esigenze di tutela.[24]

Questa tendenza legislativa non appare espressione di una astratta scelta culturale, ma viene incontro ad esigenze espresse da esperienze concrete che nascono nella società, in particolare dalla forza di pressione di una cittadinanza attiva e organizzata. Esemplare è la storia virtuosa del cinema America aperto sin dagli cinquanta nel quartiere romano di Trastevere, chiuso nel 1999 per essere trasformato in una sala bingo e in residenze. Nel 2008 un comitato di cittadini sorto spontaneamente riuscì a bloccare l'edificazione di un palazzo ad uso residenziale, ma non a ripristinare l'originaria destinazione ad uso sociale e culturale.

[24]La direttiva, in http:// www.beniculturali.it/mibac/export/MiBAC/sitoMiBAC/Contenuti/MibacUnif/ Comunicati/ visualizza asset.html 470633494.html.

L'evento determinante è iniziato nel 2012, quando studenti liceali e universitari occuparono i locali del vecchio cinema denunciandone la situazione di degrado e di abbandono e con l'aiuto degli abitanti del quartiere i locali vennero ricostruiti e venne creata una biblioteca e un'aula studio, trasformando un *luogo fantasma* in uno spazio di aggregazione culturale, dove vengono anche proiettati film, alla presenza di famosi artisti ed attori coinvolti con il loro prestigio in questo processo di rinascita del cinema.

Anche le istituzioni sono state investite da questo processo proveniente dal basso al punto che il MIBACT ha adottato due provvedimenti di vincolo nei confronti del cinema America: uno sulla destinazione d'uso e l'altro sul valore storico artistico del mosaici decorativi con conseguente impossibilità di destinazione dell'immobile a scopi commerciali[25].

Da questa esperienza ha avuto origine anche l'arena San Cosimato: cinema all'aperto con proiezioni nella piazza di Trastevere.[26]

Questa vicenda, che ha il sapore della favola metropolitana, sicuramente sarà piaciuta a Salvia, proprio perché racchiude in se una serie di suggestioni che gli sono care, dalla rigenerazione dal basso come forza di pressione dei cittadini nei confronti delle istituzioni, alla riconquista di spazi pubblici che migliorano la qualità della vita e costituiscono luoghi di aggregazione e di relazioni umane, completamente diversi dagli ipermercati, poiché l'elemento di attrazione non è la sirena consumistica, ma lo stimolo alla conoscenza e dunque alla cultura.

[25] Una vicenda analoga ha riguardato il cinema *Impero* (chiamato così da Mussolini per ricordare i fasti del regime fascista) di Roma che, dopo una travagliata storia, a seguito della mobilitazione dei cittadini che hanno costituito comitati per il ripristino dell'immobile, ha assunto il ruolo di centro culturale polifunzionale.

[26] In proposito, ARIANNA DE ARCANGELIS, 12 giugno 2017, in *www.internet.it.*

PRIME CONSIDERAZIONI SUL NUOVO COMITATO PER LA LEGISLAZIONE DEL SENATO DELLA REPUBBLICA

di Laura Lorello

SOMMARIO: 1. Il nuovo art. 20 bis del Regolamento del Senato. – 2. L'oggetto del parere del Comitato e i criteri del suo esame. – 3. Contenuto e struttura del parere del Comitato per la legislazione. – 3.1. Le opinioni dissenzienti. – 4. Alcune considerazioni sull'efficacia delle determinazioni del Comitato per la legislazione della Camera.

1. *Il nuovo art. 20 bis del Regolamento del Senato*

Con la riforma del Regolamento approvata nel settembre 2022 anche il Senato della Repubblica si è dotato di un organo appositamente incaricato di garantire la qualità redazionale dei testi normativi.

Rispetto alla Camera dei deputati, questa innovazione regolamentare giunge dopo molto tempo, dato che l'analoga previsione del Regolamento della Camera era stata introdotta nel 1997[1].

Dunque, come prima considerazione, può dirsi che la più che ventennale esperienza della Camera possa aver indotto il Senato a muoversi nella stessa direzione, nella consapevolezza, forse, che l'attività di esame e di valutazione delle commissioni competenti per materia non fosse in grado da sola di garantire testi normativi chiari, semplici e comprensibili.

Rispetto alla articolata disciplina del Regolamento della Camera (art. 16 bis)[2], la disposizione introdotta nel Regolamento del Senato (art. 20

[1] Ed è entrata in vigore dal primo gennaio 1998.

[2] Art. 16-bis. R. C. 1. Il Comitato per la legislazione è composto di dieci deputati, scelti dal Presidente della Camera in modo da garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e delle opposizioni. 2. Il Comitato è presieduto, a turno, da uno dei suoi componenti, per la durata di sei mesi ciascuno. 3. Il Comitato esprime pareri alle Commissioni sui progetti di legge da queste esaminati, secondo quanto previsto dal comma 4. Il parere è espresso entro i termini indicati all'articolo 73, comma 2, decorrenti dal giorno della richiesta formulata dalla Commissione competente. All'esame presso il Comitato partecipano il relatore e il rappresentante del Governo. 4. Qualora ne sia fatta richiesta da almeno un quinto dei loro componenti, le Commissioni trasmettono al Comitato i progetti di legge affinché esso esprima parere sulla qualità dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente. Il parere è richiesto non prima della scelta del testo adottato come base per il seguito dell'esame. La richiesta deve essere presentata entro termini compatibili con la programmazione dei

bis)[3] appare più sintetica ed essenziale, in sintonia probabilmente con la

lavori della Commissione e dell'Assemblea relativamente al progetto di legge al quale è riferita, e non determina comunque modificazione al calendario dei lavori dell'Assemblea o della Commissione. Al termine dell'esame, il Comitato esprime un parere, sulla base dei criteri e dei requisiti tecnici definiti dalle norme costituzionali e ordinarie e dal Regolamento. 5. Il parere reso dal Comitato alle Commissioni in sede referente è stampato e allegato alla relazione per l'Assemblea. Su richiesta di uno o più membri del Comitato che abbiano espresso opinioni dissenzienti, il parere dà conto di esse e delle loro motivazioni. 6. Qualora le Commissioni che procedono in sede referente non intendano adeguare il testo del progetto di legge alle condizioni contenute nel parere del Comitato, debbono indicarne le ragioni nella relazione per l'Assemblea. Ove il progetto di legge sia esaminato in sede legislativa o redigente, si applicano, rispettivamente, le disposizioni degli articoli 93, comma 3, e 96, comma 4. 6-bis. Le Commissioni, immediatamente dopo avere proceduto alla scelta del testo adottato come base per il seguito dell'esame ovvero, in mancanza, a conclusione dell'esame preliminare di cui all'articolo 79, comma 2, trasmettono al Comitato i progetti di legge recanti norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potestà regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate con legge. Il Comitato esprime il proprio parere a norma dei commi 3, 4 e 5 e con gli effetti di cui al comma 6. 7. Il Presidente della Camera, qualora ne ravvisi la necessità, può convocare congiuntamente il Comitato per la legislazione e la Giunta per il Regolamento.

[3] Art. 20-bis. R. S. Comitato per la legislazione. 1. Il Comitato per la legislazione è composto da otto senatori, scelti dal Presidente del Senato in modo da garantire la rappresentanza paritaria della maggioranza e dell'opposizione. 2. Il Comitato è presieduto, a turno, da uno dei suoi componenti, per la durata di un anno ciascuno. 3. Il Comitato esprime pareri sui disegni di legge discussi dall'Assemblea o dalle Commissioni in sede deliberante. Le Commissioni possono sempre deliberare di richiedere il parere del Comitato sugli schemi di atti normativi del Governo. 4. Il parere del Comitato è espresso in tempo utile per la conclusione dell'esame, e comunque non oltre cinque giorni dalla trasmissione del testo. All'esame presso il Comitato partecipano il relatore incaricato dalla Commissione competente e il rappresentante del Governo. 5. Il Comitato si esprime sulla valutazione d'impatto e sulla qualità dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente. Su richiesta di uno o più membri del Comitato che abbiano espresso opinioni dissenzienti, il parere dà conto di esse e delle loro motivazioni. 6. Qualora le Commissioni che procedono in sede deliberante non intendano adeguare il testo del disegno di legge alle condizioni contenute nel parere del Comitato, si applicano le disposizioni degli articoli 35, comma 2, e 40, commi 5, 6, 6-bis e 6-ter. Per i disegni di legge discussi in Assemblea dalla sede redigente, la Presidenza può ammettere la presentazione di emendamenti strettamente volti ad adeguare il testo in discussione alle condizioni contenute nel parere del Comitato. 7. Le Commissioni possono deliberare di trasmettere al Comitato i disegni di legge recanti norme di delegazione legislativa o disposizioni volte a trasferire alla potestà regolamentare del Governo o di altri soggetti materie già disciplinate con legge. Il Comitato esprime il proprio parere ai sensi dei commi 5 e 6. 8. Al Comitato sono assegnati i disegni di legge di conversione dei decreti-legge, sui quali esprime entro cinque giorni il proprio parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del

scelta di non dedicare un'apposita previsione all'istruttoria legislativa, contenuta, invece, nell'art. 79 del Regolamento della Camera, riformato anch'esso nel 1997.

Dall'analisi dell'art. 20 bis del Regolamento del Senato emergono punti di convergenza ma anche aspetti di differenziazione con l'art. 16 bis del Regolamento della Camera.

In particolare, per quanto attiene alla composizione dell'organo, il comma 1 dell'art. 20 bis ripropone la corrispondente disciplina dell'art. 16 bis, cioè la composizione paritaria, con 8 senatori (sono 10 alla Camera), volta a garantire la rappresentanza *paritaria* della maggioranza e dell'opposizione, sulla base della considerazione, a suo tempo formulata nel dibattito relativo alla riforma del Regolamento della Camera, che la qualità della legislazione è un bene che non appartiene né solo alla maggioranza né solo all'opposizione. Allo stesso modo, si ritrova anche al Senato l'attribuzione della scelta dei componenti al Presidente del Senato.

La rotazione della presidenza, poi, affidata per un anno a ciascun componente, riproduce la previsione della Camera (10 mesi), seppur per un tempo maggiore. In modo analogo al Regolamento della Camera, inoltre, anche il Regolamento del Senato stabilisce che all'esame svolto nella sede del Comitato partecipino il relatore incaricato dalla Commissione competente e il rappresentate del Governo (art. 20 bis.4 R. S. e art. 16 bis.3 R. C.). Vi è però una diversità nei tempi: al Senato il parere va espresso «in tempo utile per la conclusione dell'esame» e non oltre 5 giorni dalla trasmissione del testo; alla Camera l'art. 16 bis.3 rinvia all'art. 73.2 del Regolamento, che fissa un termine di 8 giorni dalla distribuzione del testo, ridotto a 3 per i progetti dichiarati urgenti[4].

Il primo rilevante elemento di differenza è costituito dall'individuazione dei soggetti ai quali il Comitato esprime il proprio parere. L'art. 20 bis.3 prevede che essi siano resi «sui disegni di legge discussi dall'Assemblea o dalle Commissioni in sede deliberante. Le Commissioni possono sempre deliberare di richiedere il parere del Comitato sugli schemi di

decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti legge, previste dalla legislazione vigente.

[4] Art. 73.2 R. C. La Commissione interpellata per il parere lo esprime, di norma, nel termine di otto giorni dall'effettiva distribuzione dello stampato. Il termine è di tre giorni per i progetti di legge dichiarati urgenti e per i disegni di legge di conversione di decreti-legge. La Commissione competente per il merito può concedere una proroga di durata pari al termine ordinario. Ulteriori o maggiori proroghe non sono consentite se non in casi eccezionali e in seguito ad autorizzazione espressa del Presidente della Camera. Se i predetti termini scadono senza che il parere sia pervenuto, la Commissione competente per il merito può procedere nell'esame del progetto.

atti normativi del Governo»; e il comma 6 aggiunge che, se si tratta di disegni di legge discussi in Assemblea che provengono dall'esame delle Commissioni in sede redigente, la Presidenza può ammettere la presentazione di emendamenti «strettamente volti ad adeguare il testo in discussione alle condizioni contenute nel parere del Comitato», arricchendosi quanto previsto dall'art. 36.1[5], che lascia all'Assemblea il solo voto degli articoli e quello finale, «con la sola dichiarazione di voto».

In sostanza, al Senato, l'espressione del parere sui disegni di legge, per così dire *ordinari*, ha come destinatari l'Assemblea o la Commissione in sede deliberante[6], laddove alla Camera il Comitato per la legislazione non esprime mai il suo parere all'Assemblea ma sempre e solo alla Commissione compente per materia[7]. Andrà verificato in concreto come funzionerà questa diversa procedura, che appare motivata dalla volontà di creare un collegamento diretto tra il Comitato e il soggetto che deve

[5] Art. 36 R. S. Assegnazione alle Commissioni in sede redigente. 1. Salve le eccezioni previste dal comma 1 dell'articolo 35, il Presidente può, dandone comunicazione al Senato, assegnare in sede redigente alle Commissioni permanenti o a Commissioni speciali disegni di legge, riservata all'Assemblea la sola votazione degli articoli e la votazione finale con sole dichiarazioni di voto.

[6] Ciò in relazione al fatto che in questo ramo del Parlamento la procedura ordinariamente seguita, insieme a quella redigente, è quella della commissione in sede deliberante, art .34.1 bis R. S., inserito con la riforma regolamentare del 2017: I disegni di legge sono di regola assegnati in sede deliberante ai sensi dell'articolo 35 o in sede redigente ai sensi dell'articolo 36.

[7] Art. 16 bis.3, art. 96 bis.1 R. C. Il Presidente della Camera assegna i disegni di legge di conversione dei decreti-legge alle Commissioni competenti, in sede referente, il giorno stesso della loro presentazione o trasmissione alla Camera e ne dà notizia all'Assemblea nello stesso giorno o nella prima seduta successiva, da convocarsi anche appositamente nel termine di cinque giorni dalla presentazione, ai sensi del secondo comma dell'articolo 77 della Costituzione. La proposta di diversa assegnazione, ai sensi del comma 1 dell'articolo 72, deve essere formulata all'atto dell'annunzio dell'assegnazione e l'Assemblea delibera per alzata di mano, sentiti un oratore contro e uno a favore per non più di cinque minuti ciascuno. I disegni di legge di cui al presente articolo sono altresì assegnati al Comitato per la legislazione di cui all'articolo 16-bis, che, nel termine di cinque giorni, esprime parere alle Commissioni competenti, anche proponendo la soppressione delle disposizioni del decreto-legge che contrastino con le regole sulla specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti-legge, previste dalla vigente legislazione; e art. 96 ter.3: 3. Per l'esame degli schemi di cui al comma 1 da parte della Commissione alla quale sono assegnati per il parere si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 79, commi 1, 3, 4, 5, 6 e 9. Ove ne sia fatta richiesta da almeno un quinto dei suoi componenti, la Commissione alla quale i suddetti schemi sono assegnati per il parere ai sensi del comma 1 trasmette gli schemi al Comitato per la legislazione, affinché esso li esamini. Si applicano le disposizioni dell'articolo 16-bis, commi 3, 4 e 5, secondo periodo.

assumere la deliberazione (Assemblea o Commissione in sede deliberante), senza l'interposizione della Commissione competente per materia.

2. *L'oggetto del parere del Comitato e i criteri del suo esame*

Riguardo all'oggetto del parere del Comitato, oltre ai disegni di legge discussi dall'Assemblea e dalla Commissione in sede deliberante, per i quali l'esame dell'organo sembra configurarsi come fase inserita ordinariamente nel momento deliberativo, l'art. 20 bis.7 prevede che le Commissioni possono decidere di sottoporre allo stesso i disegni di legge recanti norme di delegazione legislativa o contenenti norme volte a trasferire la disciplina di materie già regolate dalla legge alla potestà regolamentare del governo o di altri soggetti. Diversamente, il successivo comma 8 dell'art. 20 bis ripropone espressamente un'assegnazione obbligatoria al Comitato dei disegni di legge di conversione di decreti legge ad opera della Commissioni competenti per materia, in modo simile a quanto previsto dall'art. 96 bis.1 del Regolamento della Camera.

Come si può ricavare dalla disciplina contenuta nel Regolamento della Camera, questa si presenta più articolata ma più definita, sul piano del momento della richiesta del parere, del soggetto richiedente e, soprattutto, dei casi di attivazione obbligatoria o facoltativa. Inoltre, la lunga prassi di funzionamento del Comitato ha permesso di risolvere eventuali dubbi o di precisare i compiti dell'organo, ulteriormente arricchiti con la riforma del 1999.

Al Senato, almeno sotto il profilo della formulazione della previsione, la situazione appare meno chiara. In primo luogo, la compressione all'interno di una sola disposizione della definizione delle funzioni del Comitato non permette una specificazione delle stesse, che soltanto la prassi applicativa potrà fornire; inoltre, emergono alcuni dubbi interpretativi rispetto comma 3, attivazione in sede di discussione dei disegni di legge da parte dell'Assemblea o della Commissione in sede deliberante, che sembrerebbe obbligatoria o rispetto al comma 8[8], in riferimento all'esame obbligatorio dei disegni di legge di conversione, per il quale non viene individuato il soggetto che procede all'assegnazione, alla Camera il Presidente dell'Assemblea, ma si utilizza la sola forma passiva,

[8] Si veda F. Micari, *L'introduzione del Comitato per la legislazione al Senato: commento al nuovo art. 20 bis del Regolamento*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5, 2022, 4/10/2022, 79 ss.

sono assegnati, senza alcuna ulteriore specificazione. Anche in questo caso occorrerà attendere l'avvio dell'attività del Comitato, per dare forma concreta alle previsioni regolamentari.

Sotto il profilo dei criteri dell'esame, il comma 5 dell'art. 20 bis individua i criteri dell'esame del Comitato, specificandoli nella valutazione d'impatto e della qualità dei testi, che viene declinata nell'analisi della omogeneità, della semplicità, della chiarezza e proprietà della formulazione, nonché nella valutazione dell'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente. Rispetto alla formulazione contenuta nell'art. 16 bis.4 R. C. si ritrova un elemento di novità, dato dalla previsione espressa della *valutazione dell'impatto* del testo.

Si può ritenere che il Regolamento del Senato abbia voluto esplicitare un profilo sul quale il Comitato della Camera, pur in assenza di una specifica indicazione, si è comunque sempre espresso concretamente nei suoi pareri. Si tratta sicuramente di una previsione utile, che dà maggiore cogenza ad un aspetto rilevante per il nostro sistema delle fonti normative, analizzando la capacità dell'atto di inserirsi armonicamente nel tessuto normativo vigente, evitando quelle frequenti forme di *rigetto*, che rendono poi necessari interventi di correzione o di integrazione.

In entrambe le formulazioni, inoltre, il parametro della qualità dei testi legislativi riceve la stessa rilevanza, viene sviluppato in modo analogo e riempito degli stessi contenuti.

Come avviene per il Regolamento della Camera dei deputati (art. 96 bis.1), anche quello del Senato aggiunge ulteriori e specifici elementi di valutazione in relazione all'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti legge, per i quali, nelle due disposizioni regolamentari, il Comitato può proporre alla Commissione competente la soppressione delle disposizioni del decreto legge che siano in contrasto con le regole di «specificità e omogeneità e sui limiti di contenuto dei decreti legge, previste dalla legislazione vigente.» (art. 20 bis.8 R. S. e art. 96 bis.1 R. C.).

Si tratta di criteri particolari, relativi all'esame dei disegni di legge di conversione dei decreti legge, che danno, ancora una volta, spessore alle previsioni dell'art. 15 della legge n. 400 del 1988[9], che, come è

[9] Art. 15 legge n. 400 del 1988 1. I provvedimenti provvisori con forza di legge ordinaria adottati ai sensi dell'articolo 77 della Costituzione sono presentati per l'emanazione al Presidente della Repubblica con la denominazione di «decreto-legge» e con l'indicazione, nel preambolo, delle circostanze straordinarie di necessità e di urgenza che ne giustificano l'adozione, nonché dell'avvenuta deliberazione del Consiglio dei ministri. 2. Il Governo non può, mediante decreto-legge: a) conferire deleghe legislative ai sensi

noto, individua i contenuti che non possono essere fatti oggetto di un decreto legge. Questa disposizione ha dato una formulazione normativa alle indicazioni più volte espresse dalla giurisprudenza costituzionale sulla decretazione d'urgenza, giurisprudenza alla quale si deve anche la configurazione della disposizione dell'art. 15.3 come testo che da forma esplicita alla sostanza di quanto implicitamente previsto, sul piano costituzionale, dall'art. 77, indipendentemente dal livello solo primario della fonte che lo contiene[10].

3. *Contenuto e struttura del parere del Comitato per la legislazione*

Il Regolamento del Senato, all'art. 20 bis.6, individua solo un contenuto tipico per il parere del Comitato, facendo riferimento al caso del mancato adeguamento alle condizioni contenute nel parere da parte delle Commissioni in sede deliberante; in questa ipotesi vengono richiamate le disposizioni degli artt. 35.2 e 40.5, 6, 6 bis e 6 ter del Regolamento. Per le condizioni espresse nel parere alla Commissione in sede redigente, la

dell'articolo 76 della Costituzione; b) provvedere nelle materie indicate nell'articolo 72, quarto comma, della Costituzione; c) rinnovare le disposizioni di decreti-legge dei quali sia stata negata la conversione in legge con il voto di una delle due Camere; d) regolare i rapporti giuridici sorti sulla base dei decreti non convertiti; e) ripristinare l'efficacia di disposizioni dichiarate illegittime dalla Corte costituzionale per vizi non attinenti al procedimento. 3. I decreti devono contenere misure di immediata applicazione e il loro contenuto deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo. 4. Il decreto-legge è pubblicato, senza ulteriori adempimenti, nella Gazzetta Ufficiale immediatamente dopo la sua emanazione e deve contenere la clausola di presentazione al Parlamento per la conversione in legge. 5. Le modifiche eventualmente apportate al decreto-legge in sede di conversione hanno efficacia dal giorno successivo a quello della pubblicazione della legge di conversione, salvo che quest'ultima non disponga diversamente. Esse sono elencate in allegato alla legge. 6. Il Ministro di grazia e giustizia cura che del rifiuto di conversione o della conversione parziale, purché definitiva, nonché della mancata conversione per decorrenza del termine sia data immediata pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale.

[10] Corte Costituzionale sentenza n. 22 del 2012, cons. dir. 3.3. «L'art. 15, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400 (Disciplina dell'attività di Governo e ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri) – là dove prescrive che il contenuto del decreto-legge «deve essere specifico, omogeneo e corrispondente al titolo» – pur non avendo, in sé e per sé, rango costituzionale, e non potendo quindi assurgere a parametro di legittimità in un giudizio davanti a questa Corte, costituisce esplicitazione della ratio implicita nel secondo comma dell'art. 77 Cost., il quale impone il collegamento dell'intero decreto-legge al caso straordinario di necessità e urgenza, che ha indotto il Governo ad avvalersi dell'eccezionale potere di esercitare la funzione legislativa senza previa delegazione da parte del Parlamento.».

disposizione aggiunge che la Presidenza dell'Assemblea può ammettere la presentazione dei soli emendamenti che siano volti ad adeguare il contenuto del testo alle condizioni contenute nel parere del Comitato. Da queste indicazioni regolamentari sembra ricavarsi che il parere del Comitato contenga solo condizioni.

In particolare, l'art. 35.2 R. S. prevede, per le Commissioni in sede deliberante e fino al momento della votazione finale, la riassegnazione del disegno di legge all'Assemblea, con una richiesta formulata al Presidente del Senato (o al Presidente della Commissione se la discussione è già iniziata) da parte del governo, di un decimo dei componenti del Senato o di un quinto dei componenti della Commissione. In questo caso il testo verrà discusso e votato dall'Assemblea o verrà sottoposto all'approvazione finale con le sole dichiarazioni di voto, previa votazione dei singoli articoli[11]. Sarebbe, dunque, questa una prima conseguenza del mancato accoglimento delle condizioni espresse nel parere del Comitato per le Commissioni che svolgono l'esame in sede deliberante.

L'art. 40.5 R. S., a sua volta, prevede che analogo esito, cioè la rimessione del testo all'Assemblea, si abbia nel caso di parere scritto contrario della Quinta Commissione permanente sui disegni di legge che comportino nuove o maggiori spese o diminuzione delle entrate, assegnato in sede deliberante o redigente ad altra Commissione, in caso di mancato adeguamento al parere da parte della Commissione competente per materia. Allo stesso modo, si procede alla remissione del testo all'Assemblea nel caso di mancato adeguamento al parere scritto contrario della Prima e della Quarta Commissione permanente (art. 40.6 R. S.)[12]. Nell'ipotesi,

[11] Art. 35.2 R. S. Fino al momento della votazione finale, tuttavia, il disegno di legge è rimesso all'Assemblea se il Governo o un decimo dei componenti del Senato o un quinto dei componenti della Commissione richiedano al Presidente del Senato, o, a discussione già iniziata, al Presidente della Commissione, che il disegno di legge stesso sia discusso e votato dall'Assemblea oppure che sia sottoposto, previa votazione degli articoli, alla sua approvazione finale con sole dichiarazioni di voto. Il disegno di legge è rimesso all'Assemblea anche nelle ipotesi previste dai commi 5, 6, 6-bis e 6-ter dell'articolo 40. In caso di riassegnazione del disegno di legge in sede referente la Conferenza dei Presidenti dei Gruppi parlamentari fissa il termine per la conclusione dell'esame in Commissione.

[12] Art. 40.5 R. S. Quando la 5ª Commissione permanente esprime parere scritto contrario all'approvazione di un disegno di legge che importi nuove o maggiori spese o diminuzione di entrate e che sia stato assegnato in sede deliberante o redigente ad altra Commissione, motivando la sua opposizione con la insufficienza delle corrispettive quantificazioni o della copertura finanziaria, secondo le prescrizioni dell'articolo 81, terzo comma, della Costituzione e delle vigenti disposizioni legislative, il disegno di legge è rimesso all'Assemblea qualora la Commissione competente per materia non si uniformi al suddetto parere.

poi, che le Commissioni in sede redigente o deliberante non abbiano adeguato il testo del provvedimento esaminato alle condizioni formulate nel parere della Quinta Commissione permanente, si procede con la rimessione del testo all'Assemblea. Se la Commissione opera in sede referente, il mancato adeguamento deve essere accompagnato dall'indicazione delle motivazioni nella relazione per l'Assemblea (art. 40. 6 bis)[13].

Infine, nel caso di parere della Prima Commissione permanente, se la Commissione competente, in sede redigente o deliberante, non vi si adegui, il testo è rimesso all'Assemblea; se l'esame si svolge in sede referente, il mancato adeguamento da parte della Commissione alle condizioni formulate nel parere comporta l'obbligo di indicare le ragioni nella relazione per l'Assemblea (art. 40.6 ter)[14].

In modo simile, forse con una formulazione migliore, l'art. 16 bis.6 R. C. stabilisce per le Commissioni in sede referente, che non intendano

Art. 40.6 R. S. Gli stessi effetti produce il parere scritto contrario espresso dalla 1ª Commissione permanente nelle ipotesi di cui al comma 2 del presente articolo, nonché il parere contrario della 4ª Commissione permanente nelle ipotesi di cui al comma 1, qualora la Commissione competente per materia non si uniformi al suddetto parere.

[13] Art. 40.6 bis R. S. Fermo restando quanto previsto al comma 3, ad eccezione dei disegni di legge esaminati ai sensi dell'articolo 126-bis, il parere alla 5ª Commissione permanente è richiesto per i soli emendamenti approvati. In assenza di tale parere, l'incarico di riferire all'Assemblea non può essere conferito al relatore prima del decorso di quindici giorni dalla richiesta, salva la facoltà del Presidente del Senato, apprezzate le circostanze, di fissare un termine diverso. Ove la 5ª Commissione deliberi di richiedere al Governo la relazione tecnica sulla quantificazione degli oneri finanziari recati dagli emendamenti, di cui all'articolo 76-bis, comma 3, il Governo trasmette la relazione tecnica entro il termine di cinque giorni. La mancata trasmissione della relazione entro tale termine non può determinare presunzioni di onerosità finanziaria degli emendamenti. Ove la 5ª Commissione permanente abbia espresso parere contrario, ai sensi dell'articolo 81, terzo comma, della Costituzione, o parere favorevole condizionatamente, ai sensi dello stesso articolo 81, a modificazioni specificamente formulate, la Commissione competente per materia pone in votazione le modifiche richieste. In caso di esame in sede redigente o deliberante, il disegno di legge è rimesso all'Assemblea qualora la Commissione competente per materia non si uniformi al suddetto parere. In caso di esame in sede referente, qualora la Commissione non abbia adeguato il testo del disegno di legge alle condizioni formulate nel parere, deve indicarne le ragioni nella relazione all'Assemblea.

[14] Art. 40. 6 ter R. S. Fermo restando quanto previsto al comma 2, il parere alla 1ª Commissione permanente è richiesto per i soli emendamenti approvati. In caso di esame in sede redigente o deliberante, ove la 1ª Commissione permanente abbia espresso parere contrario o parere favorevole condizionatamente a modificazioni specificamente formulate, la Commissione competente per materia pone in votazione le modifiche richieste; qualora la Commissione competente non si uniformi al suddetto parere il disegno di legge è rimesso all'Assemblea. In caso di esame in sede referente, qualora la Commissione non abbia adeguato il testo del disegno di legge alle condizioni formulate nel parere, deve indicarne le ragioni nella relazione all'Assemblea.

adeguarsi alle condizioni espresse nel parere del Comitato, l'obbligo di indicarne le motivazioni nella relazione per l'Assemblea. Per le Commissioni in sede legislativa viene richiamato l'art. 93.3 R. C., che, nel caso di mancato adeguamento al parere della Commissione bilancio, della Commissione affari costituzionali o della Commissione lavoro, stabilisce la rimessione del testo all'assemblea[15]. Per le Commissioni in sede redigente si rinvia all'art. 96.4 R. C., che disciplina egualmente l'ipotesi di parere negativo della Commissione affari costituzionali, della Commissione bilancio o della Commissione lavoro, anche su singole parti o articoli del progetto di legge. In questo caso il Presidente della Commissione che ha dato parere negativo ne illustra i contenuti in Assemblea e presenta un apposito ordine del giorno, su cui delibera l'Assemblea. Se l'ordine del giorno viene approvato, la Commissione di merito è tenuta a riesaminare il progetto di legge, allo scopo di adeguarlo al parere espresso dalle tre Commissioni citate[16].

In entrambi i regolamenti, si fa menzione delle sole condizioni, quali contenuti vincolanti del parere, nel senso che il mancato rispetto delle stesse da parte delle Commissioni, operanti nelle diverse sedi, comporta precise conseguenze. A riguardo, mentre, come visto, il Regolamento del Senato si esprime solo per le Commissioni in sede deliberante e redigente, il Regolamento della Camera si occupa anche delle Commissioni in sede referente, ponendo come regola generale l'obbligo di indicare, nella relazione per l'Assemblea, le motivazioni del mancato adeguamento alle condizioni del Comitato.

Se, tuttavia, si guarda alla prassi seguita dal Comitato per la legislazione della Camera, si può osservare una struttura ben più articolata del parere e un contenuto ben più ricco.

Infatti, il parere appare suddiviso in parti diverse, riconducibili ad un modello sviluppato nel tempo e che sembra ormai consolidato.

[15] Art. 93.3 R. C. Nel caso che la Commissione in sede legislativa non ritenga di aderire al parere della Commissione bilancio, della Commissione affari costituzionali o della Commissione lavoro e queste vi insistano, il progetto di legge è rimesso all'Assemblea.

[16] Art. 96.4 R. C. Alla discussione nelle Commissioni in sede redigente si applicano le norme dell'articolo 94, commi 1, 2 e 3, primo periodo. Qualora vi sia stato parere negativo della Commissione affari costituzionali, della Commissione bilancio o della Commissione lavoro, anche su singole parti o articoli del progetto di legge, e la Commissione di merito non vi si sia uniformata, il presidente della Commissione che ha dato parere negativo ne fa illustrazione all'Assemblea subito dopo il relatore del progetto di legge, e presenta un apposito ordine del giorno. Su tale ordine del giorno l'Assemblea delibera, sentito un oratore a favore e uno contro per non più di cinque minuti ciascuno, con votazione nominale elettronica. In caso di approvazione, la Commissione di merito riesamina il progetto di legge per uniformarlo al parere della Commissione affari costituzionali, bilancio o lavoro e il procedimento in Assemblea ha inizio nella seduta successiva.

In particolare, vi è una parte introduttiva, formalmente aperta con la formula *rilevato che*, nella quale il Comitato della Camera individua i profili su cui si è concentrato il suo esame, profili che vengono distinti in base al criterio di analisi utilizzato e così raggruppati:

- specificità, omogeneità e limiti di contenuto previsti dalla legislazione vigente
- semplicità, chiarezza e proprietà di formulazione
- efficacia del testo per la semplificazione e il riordino della legislazione vigente
- corretto metodo della legislazione
- omogeneità del testo normativo, omogeneità e specificità e limiti di contenuto del decreto legge

Segue, poi, l'indicazione dei parametri normativi di riferimento che, a secondo dei casi, sono l'art. 16 bis, l'art. 96 bis e l'art. 96 ter R. C. e, a chiusura, la formulazione delle condizioni, cui si sono aggiunte, nel tempo le osservazioni e le raccomandazioni.

Diversamente dalle prime, per le quali, come si è detto, il mancato adeguamento da parte delle Commissioni produce precise e normate conseguenze, delle altre due tipologie di contenuto non è fatta espressa menzione del Regolamento della Camera né il quello del Senato.

Nella ormai più che ventennale prassi della Camera si è riscontrato, però, un uso molto frequente di osservazioni e raccomandazioni, che sono prive di efficacia vincolante per le Commissioni, risolvendosi in semplici sollecitazioni o espressioni di indirizzi generali. Se una differenza è dato riscontrare tra osservazioni e raccomandazioni, essa si ritrova nel loro contenuto. Le prime, infatti, sono formulazioni non vincolanti che si riferiscono specificatamente al testo esaminato; diversamente, le seconde, pur partendo dal testo, presentano indicazioni di carattere generale, che oltrepassano il caso concreto, e che hanno lo scopo di sollecitare l'attenzione del legislatore per il futuro, ad esempio in riferimento all'uso delle fonti normative o al rispetto delle procedure parlamentari di approvazione della legge.

3.1. *Le opinioni dissenzienti*

Ripetendo l'analoga disposizione del Regolamento della Camera (art. 16 bis.5), anche l'art. 20 bis.5 stabilisce che il parere del Comitato deve dare conto delle eventuali opinioni dissenzienti dei suoi componenti e delle relative motivazioni[17].

[17] Art. 20 bis.5 R. S. Il Comitato si esprime sulla valutazione d'impatto e sulla qualità

La previsione assume una particolare importanza. La natura paritaria dell'organo, infatti, se da un lato esprime la ricordata considerazione che la qualità dei testi normativi è patrimonio comune di tutte le forze politiche, configurandosi come un riflesso del carattere partecipato e democratico della produzione normativa, dall'altro lato non deve, tuttavia, costituire un ostacolo a che l'opposizione, o le minoranze, possano comunque dare voce alle loro posizioni, espressione delle diverse, necessarie identità di un assetto plurale, senza subire l'assimilazione o l'assorbimento in quelle della maggioranza. L'opinione dissenziente, inoltre, può rappresentare uno stimolo e una sollecitazione verso una maggiore attenzione ad aspetti della qualità normativa non esaminati o non approfonditi nel parere; può costituire un'ulteriore direttrice di indagine, dalla quale partire in casi futuri. Va, però, anche segnalato che lo spirito che ha guidato la scelta per una composizione paritaria si è tradotto alla Camera nel progressivo ridursi del rilievo delle opinioni dissenzienti, dando alle stesse un carattere recessivo. Allo stesso modo, quello spirito ha influenzato la modalità di formulazione del parere, che ha perduto l'originaria indicazione di *parere favorevole*, allo scopo di slegarlo dalla espressione di un voto. Tale innovazione, accolta successivamente dalla Giunta per il Regolamento nella seduta del 28/2/2007[18], vale a ribadire che la qualità della legislazione non può essere messa ai voti, aprendo la strada a forme di decisione vicine ai moduli deliberativi, nei quali la deliberazione viene condivisa dai componenti del collegio sulla base di argomentazioni comuni accettate da tutti.

La prassi che si formerà in Senato a partire dalle XIX legislatura potrà dare indicazioni utili sul peso e sulla efficacia delle opinioni dissenzienti anche in questo ramo del Parlamento.

dei testi, con riguardo alla loro omogeneità, alla semplicità, chiarezza e proprietà della loro formulazione, nonché all'efficacia di essi per la semplificazione e il riordinamento della legislazione vigente. Su richiesta di uno o più membri del Comitato che abbiano espresso opinioni dissenzienti, il parere dà conto di esse e delle loro motivazioni.

[18] Resoconto della seduta della Giunta per il Regolamento del 28/2/2007, 5 ss., dove si osserva che la funzionalità dell'organo potrebbe essere pregiudicata laddove «si affermassero modalità di deliberazione che implichino logiche di schieramento politico», 6.

4. *Alcune considerazioni sull'efficacia delle determinazioni del Comitato per la legislazione della Camera*

Il Comitato per la legislazione della Camera, opera, come già ricordato, dal gennaio del 1998 e ha prodotto una cospicua giurisprudenza sulle diverse tipologie di atti normativi sottoposti al suo esame: disegni di legge *ordinari*, progetti di legge, disegni di legge di conversione di decreti legge, disegni di legge di delega e delegificazione, schemi di decreti legislativi e di atti normativi del governo, intervenendo tanto in via facoltativa, quanto in via obbligatoria, in base all'atto esaminato. In questa complessa e articolata attività il Comitato della Camera ha sempre come unico interlocutore la Commissione permanente competente e non l'Assemblea, non dialogando mai con essa in modo diretto, ma solo per il tramite *istituzionale* della Commissione permanente. È questa a determinare l'esito delle indicazioni fornite dal Comitato e la possibilità che esse possano giungere all'esame dell'Aula, attraverso il loro inserimento nel testo del provvedimento. Questa scelta è stata compiuta per evitare di appesantire ulteriormente l'iter di formazione delle leggi, preferendo affidare la possibilità di venire a conoscenza delle determinazioni del Comitato a quanto stabilito dall'art. 16 bis.5, e cioè la stampa e l'allegazione del parere nella relazione predisposta per l'Assemblea da parte delle Commissioni in sede referente.

Se si volesse provare a fare una valutazione dell'efficacia delle determinazioni assunte dal Comitato nei suoi pareri, dovrebbe innanzitutto guardarsi al c. d. tasso di recepimento dei suoi rilievi da parte delle Commissioni. In tal senso, i dati contenuti nei rapporti prodotti annualmente dal Comitato, relativi appunto al tasso di recepimento delle condizioni e delle osservazioni non sembrano particolarmente incoraggianti. Così, se si prende in esame il Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione nel periodo 6/11/2021 – 5/9/2022[19] in chiusura della XVIII legislatura, si osserva che su 24 condizioni formulate solo 9 sono state effettivamente recepite (il 37,5%) e che su 167 osservazioni solo 36 sono state accolte (il 22,55%).

La maggiore incidenza delle condizioni si spiega con il loro citato carattere vincolante, assente, invece, per le osservazioni. In ogni caso, i dati citati si presentano modesti e sembrano disegnare un ruolo non incisivo del Comitato.

[19] Rapporto sull'attività svolta dal Comitato per la legislazione nel periodo 6/11/2021 – 5/9/2022, 19.

In realtà, l'esperienza della Camera ha mostrato come, al di là delle cifre, una valutazione dell'efficacia del ruolo del Comitato va fatta in una diversa prospettiva. Si tratta di guardare alla funzione di stimolo svolta dall'organo rispetto ai temi della qualità e del riordino delle fonti normative, una funzione, come si è visto, di evidenziazione di deviazioni rilevanti dal modello procedimentale di approvazione delle leggi e degli atti normativi, così come definito dalla Costituzione, dalle leggi e dai regolamenti parlamentari. Vi si aggiunge la funzione di denuncia della presenza di contenuti eterogenei o eccentrici del decreto legge, strumento ormai di uso permanente, rispetto alla sua natura e alla sua collocazione nell'ordinamento costituzionale.

In questa sua opera il Comitato ha oltrepassato i confini dell'istituzione parlamentare, per contribuire a formare una cultura della qualità della produzione normativa. In questa proiezione esterna si rivela tutta l'importanza dell'attività del Comitato e della sua composizione paritaria, facendo della buona scrittura dei testi un obiettivo e un terreno comune di tutte le forze politiche.

La qualità della legislazione potrebbe, in tal modo, divenire un punto di partenza da cui provare a ricostruire il rapporto tra cittadini e rappresentanti parlamentari, tra elettori ed eletti, per recuperare la distanza sempre più ampia che li separa e che ha trovato un'ultima conferma nell'elevato tasso di astensionismo registrato nelle elezioni del parlamento del settembre del 2022[20].

Una qualità, in definitiva, da considerare come riflesso della capacità del parlamento di farsi rappresentante dei bisogni e degli interessi della collettività, e come espressione autentica della partecipazione dei cittadini ai processi di decisione politica.

È questa l'esperienza che il Comitato per la legislazione della Camera consegna a quello del Senato, tracciando per esso un sentiero sicuro sul quale avviare il suo futuro cammino.

[20] Alle elezioni del 25/9/2022 hanno partecipato il 63,9% degli elettori, con un tasso di astensionismo pari al 36,1%.

REGIONALISMO DIFFERENZIATO E DIVARI DI CITTADINANZA NELLE PIÙ RECENTI PROPOSTE DI RIFORMA*

di Francesco Manganaro

SOMMARIO: 1. La crisi del regionalismo italiano. – 2. Le incertezze interpretative sull'autonomia differenziata. – 3. I disegni di legge Calderoli e le connesse disposizioni della legge di bilancio. – 4. Le materie oggetto dell'autonomia differenziata.

1. *La crisi del regionalismo italiano*

I disegni di legge proposti dal Ministro Calderoli hanno riaperto il tema del regionalismo differenziato, rimasto silente durante il periodo pandemico

Mi sembra necessario, per affrontare una questione così delicata, almeno accennare al contesto in cui si pone tale vicenda, soprattutto richiamando, seppure assai brevemente, quale sia l'attuale ruolo delle Regioni nel complessivo contesto istituzionale.

Non vi è dubbio che la scelta del Costituente di creare le Regioni avesse come scopo di individuare un livello legislativo sui territori, che consentisse di differenziare le scelte normative generali del Parlamento nazionale[1]. È altrettanto scontato che il Costituente volesse attribuire alle Regioni una funzione legislativa, che avrebbe dovuto essere attuata attraverso le attività amministrative degli enti locali (art. 118 Cost. vecchio testo).

Questa originaria idea ha subito una profonda metamorfosi, innanzitutto per la tardiva costituzione delle Regioni e l'ancora più tardiva attribuzione delle funzioni, ma anche perché le Regioni, con la creazione di enti di amministrazione sub-regionali, hanno accorpato alla funzione legislativa quella amministrativa, così sottraendola agli enti territoriali.

* Il lavoro, presentato ad un seminario della Rivista Giustizia insieme, è dedicato al prof. Filippo Salvia, uomo colto ed arguto, che mi ha sempre onorato della Sua amicizia.

[1] Nota F. SALVIA, *Introduzione*, in F. SALVIA, C. BEVILACQUA, *Manuale di diritto urbanistico*, 3a ed., Milano, 2017, con riferimento alla materia urbanistica, che l'avvento delle Regioni ha frantumato l'unità normativa, creando «tanti diritti urbanistici quante sono le Regioni», con la conseguenza di una disciplina normativa spesso contraddittoria che richiede «un impegno della dottrina e della giurisprudenza per ricomporre le coordinate del sistema».

Tanto è vero che la dottrina più recente in materia di regionalismo non esita a produrre un ampio manuale di diritto regionale che conferma fin dal suo titolo il mutamento genetico delle Regioni[2], nonché la totale distonia di un sistema autonomistico che avrebbe dovuto svilupparsi attraverso un coordinamento tra Regioni ed enti locali.

La distorsione del regionalismo italiano è confermata dalla dottrina che più ampiamente si è occupata del tema. Si è parlato di Regioni senza regionalismo[3], di un regionalismo senza modello[4] e si è criticamente osservato che l'autonomia regionale sia stata utilizzata in maniera congiunturale[5] secondo gli interessi del sistema politico[6].

È in questo quadro che il costituente del 2001, nell'ambito di un processo autonomistico di de-statalizzazione, secondo quanto previsto dall'art. 5 Cost., introduce una specifica disposizione sul regionalismo differenziato (art. 116, c. 3 Cost.) il cui contenuto comporta non solo problemi interpretativi, ma anche l'esplicita previsione che si debba tener conto degli equilibri finanziari previsti dall'art. 119 Cost., poiché quanto più aumenta l'asimmetria tanto più deve crescere la solidarietà.

Bisogna, perciò, valutare il regionalismo differenziato in un'ottica che riduca e non aumenti i divari di cittadinanza[7], come ci ricorda ampiamente il PNRR, che pone questo obiettivo come una delle tre priorità trasversali alle sei Missioni, secondo un principio di coesione sociale, economica e territoriale[8], previsto dal Next Generation EU, ai sensi degli artt. 174 e 175 del TFUE. Un principio ribadito di recente nell'autorevole intervento del Presidente della Repubblica che, nel discorso di fine anno, ha ricordato con significative espressioni che le differenze legate a fattori sociali, economici, organizzativi, sanitari tra i diversi territori del nostro Paese «feriscono il diritto all'eguaglianza».

[2] G. Gardini, C. Tubertini, *L'amministrazione regionale*, Torino, 2022.

[3] G. Pastori, *Le regioni senza regionalismo*, in *Il Mulino*, 2, 1980, 204 ss.

[4] M. Luciani, *Un regionalismo senza modello*, in *Le Regioni,* 1994.

[5] A. Ruggeri, *Devolution, "controriforma" del titolo V e uso congiunturale della Costituzione, ovverosia quando le "ragioni" della politica offuscano la ragione costituzionale*, in *Dirittiregionali.it*, 24 aprile 2003.

[6] R. Bifulco, *Il regionalismo tra processi federali e sistema dei partiti*, in *Italianieuropei*, 3, 2009, 172 ss.

[7] Per una recente ed approfondita analisi degli squilibri territoriali: ISTAT, *I divari territoriali nel PNRR: dieci obiettivi per il Mezzogiorno*, Focus, 25 gennaio 2023. Sul punto, anche: A. Barone, F. Manganaro, *PNRR e Mezzogiorno*, in *Quad. cost*., 1, 2022, 148 ss.; F. Manganaro, *Regionalismo differenziato: dove eravamo rimasti?*, in *Astrid Rassegna*, 9/2022.

[8] F. Manganaro, *Politiche di coesione*, in *Enc. Dir. – I tematici*, Milano, 2022, 839 ss.

2. *Le incertezze interpretative sull'autonomia differenziata*

Quanto al contenuto normativo dell'art. 116, c. 3 Cost. si è sviluppato un ampio dibattito, già dal momento dei decreti legislativi attuativi del federalismo fiscale introdotto dalla legge delega n. 42/2009, ma soprattutto negli anni 2017-2020 quando alcune Regioni (Emilia – Romagna, Lombardia e Veneto) hanno chiesto l'attuazione del regionalismo differenziato,

Innanzitutto, la norma costituzionale prevede che alle Regioni a Statuto ordinario possano essere attribuite «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» nelle materie ivi indicate. Ora, tale formula non significa necessariamente che debbano essere assegnate maggiori potestà legislative, ma potrebbe ben significare un ampliamento delle funzioni amministrative delle Regioni nelle materie oggetto di legislazione concorrente, un'iniziativa che ben potrebbe essere attuata utilizzando l'art. 118 Cost.[9].

Rimasta minoritaria tale ipotesi, la questione si è spostata su un altro versante, quello relativo agli atti necessari per trasferire le funzioni legislative. Innanzitutto, la previsione di stipulare singole intese con ogni Regione crea non solo un'asimmetria nell'asimmetria, ma configura un'autonomia regionale fuori da ogni contesto istituzionale complessivo, quasi che l'autonomia differenziata sia un fatto che attenga al rapporto di una Regione con lo Stato, senza alcun quadro generale di riferimento, valido per tutte le Regioni[10]. Le iniziative già assunte dalle Regioni dal 2017 in poi dimostrano palesemente quanto sia errato un rapporto face to face tra Stato e singole Regioni, per la totale difformità delle richieste. Come è noto, infatti, alcune Regioni hanno chiesto, in un primo momento, l'attribuzione di tutte le ventitre materie comprese nel comma 3 dell'art. 116 Cost., mentre altre hanno fatto scelte diverse.

Si è osservato, a questo proposito, che ove tutte le Regioni chiedessero, come sarebbe in teoria possibile, tutte le materie si incorrerebbe in una grave violazione della Costituzione, in quanto verrebbe svuotato l'ambito della legislazione concorrente previsto dall'art. 117 Cost. Per prevenire tale evento, parte della dottrina ha proposto di introdurre una legge – quadro nazionale che regolamenti in modo unitario i principi dell'autonomia differenziata[11].

[9] M. Cammelli, *Flessibilità, autonomia, decentramento amministrativo: il regionalismo oltre l'art. 116.3 Cost.*, in *Astrid,* maggio 2019.

[10] Sulla necessità di un quadro generale di riferimento: R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *Rivista AIC*, 4, 2019, 260 ss.

[11] Di recente: G. M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell'autonomia*

L'altra grande questione è proprio il ruolo del Parlamento nel procedimento autonomistico, visto che non è chiaro se esso possa o meno modificare l'intesa concordata tra Governo e Regione.

Si noti, a margine dell'ampia discussione avvenuta in dottrina, che la norma costituzionale è stata implicitamente superata per le modifiche istituzionali sopravvenute, poiché quando il Costituente aveva previsto l'approvazione dell'intesa con la maggioranza assoluta dei parlamentari intendeva coinvolgere anche la minoranza parlamentare, ma non poteva prevedere l'avvenuta riduzione del numero dei parlamentari e la possibilità di una maggioranza assoluta in capo ad un solo partito o ad una sola coalizione.

Ma, a parte questo profilo, il punto più controverso attiene alla possibilità che il Parlamento possa emendare l'intesa e sulle eventuali conseguenze successive. La dottrina del tutto maggioritaria considera necessario un passaggio parlamentare senza alcun vincolo circa l'emendabilità, mentre sul punto la prima bozza Calderoli prevedeva, prima della sottoscrizione dell'intesa, un parere della Commissione per le questioni regionali, anche acquisibile tacitamente (art. 2, commi 4-5). Il nuovo testo introduce alcune modifiche che non cambiano il senso complessivo dell'iter previsto: si prevede che il parere venga dato dai «competenti organi parlamentari» nel termine di sessanta giorni, mentre rimane la possibilità che il procedimento prosegua, trascorso il termine indicato.

L'intesa definitiva già sottoscritta dal Presidente del Consiglio dei ministri e dal Presidente della Giunta regionale, va inviata alle Camere come allegato di un disegno di legge per «l'approvazione» (prima bozza), oggi per la «deliberazione» (art. 2, c. 8). Anche così scritta la novella non chiarisce se il Parlamento possa emendare la bozza di intesa già sottoscritta e quali siano le conseguenze di queste eventuali modificazioni.

differenziata. Editoriale, in *Federalismi.it*, 11 gennaio 2023, secondo cui , «La scelta a favore della legge di attuazione ovvero "legge-quadro" – soluzione che, tra l'altro, nella scorsa legislatura era stata suggerita anche dalla Commissione ministeriale di studio presieduta dal compianto Amico e Collega Beniamino Caravita – va senz'altro accolta positivamente, considerato quanto si è appena detto circa la necessità costituzionalmente rilevante, oltre che l'opportunità, di disporre di uno strumento regolatorio di ordine generale che permetta la corretta attuazione dell'art. 116, comma terzo, Cost.».

3. *I disegni di legge Calderoli e le connesse disposizioni della legge di bilancio*

Ma vediamo più specificamente il contenuto degli ultimi interventi normativi concretizzatosi nei disegni di legge Calderoli e nelle connesse disposizioni contenute nella legge di bilancio 2023[12].

Il disegno di legge si concentra sulla necessità di stabilire i livelli essenziali delle prestazioni[13] prima di poter procedere all'attuazione delle intese con la Regione, attuative del regionalismo differenziato (art. 1).

Innanzitutto, è stato acutamente osservato che su questo punto il disegno di legge è quasi uno specchietto per le allodole, in quanto l'intera disciplina per la determinazione dei LEP è contenuta nella legge finanziaria, già approvata dal Parlamento[14]. È questa la vera novità rispetto al passato[15], poiché i precedenti governi avevano previsto le modalità di realizzazione dei LEP in disegni di legge mai approvati definitivamente, mentre, in questa occasione, al disegno di legge Calderoli si aggiungono norme già vigenti nella legge di bilancio, che rendono del tutto superfluo il disegno di legge, quanto meno sulle modalità di definizione dei LEP.

La disciplina dei LEP è, infatti, integralmente contenuta nella legge di bilancio ai commi da 791 a 801, a cui peraltro la bozza Calderoli rinvia. Invero, in tale legge è già del tutto definito il percorso per la determinazione dei LEP, «quale soglia di spesa costituzionalmente necessaria che costituisce nucleo invalicabile per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale» e garantire «il pieno superamento dei divari territoriali» (c. 791). Nella legge di bilancio, la determinazione dei LEP è conseguente alla previa ricognizione dei costi standard, tanto è vero che il comma 792 prevede la procedura per la loro individuazione a partire

[12] Sul punto, si vedano le puntuali osservazioni di E. Zampetti, *Novità e possibilità dell'autonomia differenziata nelle più recenti proposte di riforma. Introduzione a un dibattito sul tema dell'autonomia differenziata*, in *Giustiziainsieme.it*, 19 gennaio 2023.

[13] Manifesta una fondata opinione critica A. Cioffi, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza,* in *Giustiziainsieme.it*, 26 gennaio 2023.

[15] Si è peraltro paventato il sospetto che l'introduzione della disciplina nella legge di bilancio sia avvenuta per evitare che possa essere sottoposta ad un referendum abrogativo nazionale, non consentito dall'art.75 Cost.: P. Maddalena, *L'attuazione dell'articolo 116 della costituzione. Bozza Calderoli*, in *AmbienteDiritto.it*, 4/2022.

da una «ricognizione della spesa storica a carattere permanente nell'ultimo triennio»[16].

È qui uno dei punti nodali su cui valutare i reali effetti del regionalismo differenziato.

Come è noto, la determinazione dei fabbisogni standard era già prevista, ma mai realizzata (tranne che per in materia sanitaria), già dalla legge sul federalismo fiscale n. 42/2009, secondo cui i decreti attuativi avrebbero dovuto effettuare la «determinazione del costo e del fabbisogno standard quale costo e fabbisogno che, valorizzando l'efficienza e l'efficacia, costituisce l'indicatore rispetto al quale comparare e valutare l'azione pubblica».

Dal punto di vista del procedimento previsto, mi limito a rilevare come sia paradossale costituire una Cabina di regia ed una Commissione tecnica per la determinazione dei fabbisogni standard per poi stabilire che, nel caso in cui le attività dei predetti organi non si concludessero entro sei mesi, il Presidente del Consiglio, d'intesa con il Ministro per gli affari regionali e le autonomie con il Ministro dell'economia e delle finanze, nomina un commissario che «entro trenta giorni» (c. 797) procede al completamento della attività non perfezionate.

In secondo luogo, sempre dal punto di vista procedimentale, appare ancora più grave che tutto il procedimento previsto nella legge finanziaria per la determinazione dei LEP avvenga attraverso atti governativi, eludendo gravemente il dettato costituzionale, secondo cui la determinazione dei LEP non può che avvenire con legge statale, come previsto dall'art. 117, lett. m) Cost. Insomma, la definizione dei LEP è una questione di ordine generale, che ha un suo percorso normativo specifico ed è un errore confonderlo con l'attuazione dell'autonomia differenziata, che ha percorsi normativi diversi[17].

Quanto al merito, il dibattito attuale è tutto incentrato sulla determinazione dei LEP, ma si trascura un presupposto essenziale, cioè l'esigenza di misure perequative territoriali, necessariamente antecedenti a qualsiasi innovazione istituzionale per evitare la crescita dei divari di cittadinanza[18]. Come è noto, l'art. 116 Cost. consente ulteriori forme di

[16] Peraltro la norma affida tale compito alla stessa società pubblica SOSE s.p.a. a cui era già stata inutilmente assegnata in passato ai sensi del d.lgs. 2010 del 2016, attuativo del federalismo fiscale.

[17] In tal senso: A. Cioffi, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, cit.

[18] Su questo punto, di recente, G. Gardini, C. Tubertini, *Le prospettive del regionalismo: idee per una rifondazione*, in *Astrid Rassegna*, 2/2023, 47, secondo cui «una

autonomia regionale «nel rispetto dei principi dei cui all'articolo 119», disposizione pedissequamente riportata nella legge delega 42/2009, che introduceva il federalismo fiscale. È impossibile perciò pensare di attuare il regionalismo differenziato senza rispettare il contenuto dell'art. 119 Cost., che prevede uno specifico fondo perequativo per i territori con minore capacità fiscale per abitante[19].

Invero, il sistema pensato dal Costituente del 2001 è ben più complesso ed articolato, con obiettivi più ampi del solo regionalismo differenziato. La legge delega prevedeva, infatti, come primo presupposto, l'autonomia finanziaria delle Regioni, in grado di avere tributi propri, con conseguente maggiore responsabilizzazione della spesa. Opportunamente, il percorso di un regionalismo maturo veniva definito attraverso vari passaggi, prevedendo il «superamento graduale, per tutti i livelli istituzionali, del criterio della spesa storica a favore: 1) del fabbisogno standard per il finanziamento dei livelli essenziali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, e delle funzioni fondamentali di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione; 2) della perequazione della capacità fiscale per le altre funzioni (art. 2, l. m)». Da allora tutto è rimasto come prima, per la mancata definizione dei costi standard e per l'inesistenza di misure perequative.

Anche chi non è pregiudizialmente contrario al regionalismo differenziato non può non rilevare che il percorso costituzionalmente corretto, previsto già dal 2009, è del tutto mancato, cosicché la "fuga in avanti"

volta risolto il nodo della determinazione dei fabbisogni standard e della perequazione, si potrà forse guardare con minore preoccupazione anche all'ipotesi dell'attivazione della clausola della c.d. autonomia differenziata *ex* art. 116, comma 3, Cost.».

[19] Tra i tanti lavori sul punto, si veda: L. Antonini, *La rivincita della responsabilità. A proposito della nuova legge sul federalismo fiscale,* in *Quad. suss.,* 2009, 1 ss.; R. Bifulco, *Osservazioni sulla legge n. 42 del 2009 in materia di federalismo fiscale,* in *www.astrid-online.it*, 24 maggio 2009; G. Rivosecchi, *La determinazione dei fabbisogni standard degli enti territoriali: un elemento di incertezza nella via italiana al federalismo fiscale,* in *www.federalismi.it.,* 20 aprile 2011; F. Trimarchi Banfi, *Il regionalismo differenziato: una questione preliminare*, in *Astrid Rassegna*, 12/2019; A. Poggi, *Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del "modello plurale" delineato in Costituzione*, in *Federalismi.it*, 8 maggio 2020; S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *Federalismi.it*, 4 marzo 2020; L. Di Majo, *Il regionalismo differenziato: un questione di metodo prima ancora del merito*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 255 ss.; M. Interlandi, *Autonomia differenziata e diritti fondamentali nel processo attuativo dell'art. 116, co. 3 Cost*., in M. Immordino, N. Gullo, G. Armao (a cura di), *Le autonomie speciali nella prospettiva del regionalismo differenziato*, Napoli, 2021, 113 ss.; S. Staiano, *Anti-mitopoiesi. Breve guida pratica al regionalismo differenziato con alcune premesse*, in *Federalismi.it*, 2 novembre 2022.

di un regionalismo differenziato senza perequazione è un grave pericolo, che accentua i divari di cittadinanza e giustifica le preoccupazioni di gran parte della dottrina[20].

L'enunciazione delle misure perequative contenuta nei disegni di legge Calderoli si limita alla citazione di quanto già previsto nell'art. 119 Cost., ma senza definire mezzi e strumenti per realizzarle; non viene istituito alcun fondo perequativo né indicato il modo in cui le Regioni dovrebbero contribuirvi[21].

La perequazione, secondo la norma costituzionale, va calcolata secondo la capacità fiscale per abitante, mentre attualmente, ad esempio per la distribuzione del maggior fondo destinato alle Regioni in materia sanitaria, è lo Stato a determinare quanto attribuire alle Regioni, che dividono tra loro tale fondo in modo da garantire un finanziamento pro capite simile. Cosicché «la perequazione è dunque realizzata, in quel contesto, non tanto sulla base della diversità della "capacità fiscale per abitante" ma sulla base del riconoscimento di fabbisogni simili fra le Regioni, calcolati sulla base della ripartizione delle risorse messe a disposizione dello Stato»[22]. Non avendo tributi propri, la pseudo perequazione non è altro che la compartecipazione delle Regioni ad un fondo statale trasferito ad esse. Da ciò si deduce che la mancata previa determinazione delle forme e delle modalità di perequazione rischia di trasformare queste risorse «da prestazioni sostanziali da garantire a mere quote di compartecipazione al gettito di tributi erariali maturato nel territorio regionale (come già ricordato manca un riferimento a possibili tributi propri delle regioni differenziate), sul modello già impiegato in materia di riparto del fondo sanitario nazionale»[23].

[20] A. D'Atena, *Dove vanno le Regioni?*, in *Rivista AIC*, n. 4/2022; C. Mirabelli, *Vanno evitate forzature per non sbagliare il passo*, in *Il Quotidiano del Sud*, 17 novembre 2022; I. Sales, *Un'idea cinica del Paese*, in *La Repubblica*, 18 novembre 2022; M. Villone, *Il progetto Calderoli sull'autonomia è pericoloso*, in *Domani*, 20 novembre 2022; S. Cassese, *L'autonomia voluta dalla Lega ferisce l'unità del Paese*, in *La Stampa*, 21 novembre 2022; G. De Minico, *Perché il ddl Calderoli supera il confine della legittimità costituzionale*, in *Il Sole 24 ore*, 6 gennaio 2023; I. Cipolletta, *L'imbroglio dell'autonomia. Troppi poteri a regioni già inutili*, in *Domani*, 9 gennaio 2023.

[21] Lo dimostrano con un'accurata analisi economica, in relazione alla disciplina del federalismo fiscale, A. Filippetti, F. Tuzi, *Autonomia finanziaria regionale e regionalismo asimmetrico: verso un finanziamento dell'asimmetria ben temperato*, in *Argomenti*, 17, 2021, 70 ss.

[22] L. Spadacini, M. Podetta, *L'autonomia differenziata: spunti a partire dalla ed. Bozza Calderoli e dall'ultima legge di bilancio*, in *Astrid Rassegna*, 2/2023.

[23] L. Spadacini, M. Podetta, *L'autonomia differenziata: spunti a partire dalla ed. Bozza Calderoli e dall'ultima Legge di bilancio*, cit.

In conclusione, la determinazione dei LEP attraverso i costi standard, accertati sulla spesa storica, come previsto nella legge di bilancio, non consente di realizzare la perequazione prevista dall'art. 119 Cost. e comporta ulteriori divari di cittadinanza. Non vi è traccia, inoltre, di un fondo perequativo, anzi sia nella prima che nella seconda bozza del disegno di legge la modalità di finanziamento rimane la compartecipazione al gettito di tributi erariali maturati nel territorio regionale[24], così confermando la differenza tra territori, dovuta alla diversa capacità fiscale (art. 5 nuova bozza).

Peraltro, entrambe le bozze presentano, su questo profilo, un'altra contraddizione. Da una parte, nella legge di bilancio si configura un procedimento complesso per la determinazione dei LEP e dei costi standard, dall'altra la prima bozza del disegno di legge prevedeva che, fino alla determinazione dei costi e dei fabbisogni standard, si sarebbe fatto ricorso «al criterio della spesa destinata a carattere permanente, fissa e ricorrente, a legislazione vigente», sia per le materie soggette ai LEP sia per quelle che non li prevedano. Né è migliore la modifica introdotta con la nuova bozza che attribuisce alle singole intese – come meglio si vedrà di seguito – il potere di prevedere modalità e procedure per il trasferimento delle funzioni (art. 4).

4. *Le materie oggetto dell'autonomia differenziata*

Il dibattito sull'autonomia differenziata si è soffermato molto sulle procedure necessarie nonché sulla determinazione dei livelli essenziali di prestazione dei diritti civili e politici, molto meno sulle materie oggetto di trasferimento, la cui eterogeneità pone alcune rilevanti questioni.

Il primo disegno di legge Calderoli distingueva esplicitamente tra materie sottoposte ai LEP e materie o ambiti di materie non riferibili ai livelli essenziali delle prestazioni (art. 3, c. 3), individuando una diversa disciplina ai fini del trasferimento alle Regioni. La modifica ora introdotta nella nuova bozza mantiene tale dicotomia, confermando che le materie sottoposte ai LEP possono essere trasferite solo dopo la determinazione degli stessi LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard (art. 4, c. 1), mentre invece le materie diverse da quelle del comma 1 (id est: non sottoposte ai LEP), possono essere trasferite subito dopo l'approva-

[24] Nella prima bozza di disegno di legge le funzioni trasferite venivano finanziate anche con riserva di aliquota.

zione del disegno di legge, secondo modalità, procedure e tempi definiti dalle intese (art. 4, c. 2).

Tuttavia resta indefinito come si individuano le materie o gli ambiti di materie esclusi dall'applicazione dei LEP[25]. Il primo disegno di legge attribuiva alla totale discrezionalità del Presidente del Consiglio dei ministri l'individuazione di tali materie (art. 3, c. 3). La seconda bozza elimina questa disposizione, ma – come già rilevato – lascia alle trattative tra Stato ed ogni singola Regione il potere discrezionale di stabilire quali siano le materie non soggette ai LEP. Il rimedio è peggiore del male, perché la nuova disposizione, lasciando alla contrattazione delle singole Regioni con lo Stato l'individuazione delle materie sottratte ai LEP, potrebbe finanche produrre l'effetto paradossale che una stessa materia possa essere sottoposta al regime dei LEP in una Regione e non in un'altra.

Sotto altro profilo, tali disposizioni confermano che, non essendo tutte le materie previste dall'art. 116 c. 3 Cost. valutabili alla luce dei LEP, la determinazione di essi è operazione connessa ma autonoma rispetto alla partita del regionalismo differenziato[26].

Il mancato assoggettamento ai LEP di alcune materie induce addirittura a domandarsi se esse siano oggetto di possibile trasferimento e con quali modalità, a maggior ragione perché alcune di esse attengono ad un contesto sovra-regionale, tale da renderne difficile un trasferimento tout court.

La dottrina si è infatti chiesta, ad esempio, se sia logico, soprattutto dopo gli eventi pandemici e bellici, che una materia come i rapporti internazionali possa essere oggetto di potestà legislativa regionale, così come la produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia o anche la disciplina di porti ed aeroporti civili o delle grandi reti di trasporto e di navigazione. Il rischio concreto, insito nel processo di trasferimento della legislazione alle Regioni in queste materie, è uno spezzettamento della disciplina normativa, che impedisca le necessarie politiche nazionali, anche perché alcune di tali materie sono oggetto di politiche che coinvolgono non solo lo Stato nazionale, ma addirittura organismi sovranazionali[27].

Una diversa, ma ancora più complessa questione si pone, invece, per le materie oggetto dei LEP, prima di tutto istruzione e sanità.

[25] In questo senso ora anche: G. Gardini, C. Tubertini, *Le prospettive del regionalismo: idee per una rifondazione*, 47 - 48.

[26] A. Cioffi, *Il problema dei LEP nell'autonomia differenziata. Una spiegazione della differenza*, cit.

[27] A. Ruggeri, *La "specializzazione" dell'autonomia regionale: i (pochi) punti fermi del modello costituzionale e le (molte) questioni aperte*, in *Consulta Online*, 31 ottobre 2019, 600 ss.

Per valutare in concreto quali possano essere gli scenari possibili, è utile tenere conto delle concrete fattispecie previste nelle bozze delle intese già predisposte con le tre Regioni che avevano da tempo avviato il processo autonomistico.

Se consideriamo, ad esempio, il settore nevralgico dell'istruzione, tutte le tre Regioni potranno determinare la programmazione dell'offerta formativa, con la possibilità di definire anche la dotazione organica e l'assegnazione alle singole scuole dei docenti; potranno costituire un fondo regionale per contratti a tempo determinato in caso di necessità dell'organico delle scuole, anche istituendo posti in deroga; potranno finanziare nuovi corsi universitari, con ulteriori risorse rispetto al fondo di finanziamento ordinario statale.

In materia di salute, le intese prevedono, tra l'altro, l'autonomia regionale nell'organizzazione della governance delle aziende sanitarie ed una maggiore autonomia legislativa, amministrativa ed organizzativa in materia di istituzione e gestione di fondi sanitari integrativi. Quanto al personale, si introduce una maggiore autonomia finalizzata a rimuovere specifici vincoli di spesa stabiliti dalla normativa statale, inclusa la regolamentazione dell'attività libero professionale e la facoltà, in sede di contrattazione integrativa collettiva, di prevedere, per i dipendenti del SSN, incentivi e misure di sostegno.

Siffatte previsioni normative potrebbero comportare un miglioramento dei servizi nelle Regioni con maggiore produzione di reddito, ma non sono consone al principio di perequazione, in quanto non corrispondono al principio di cui all'art. 119 Cost.

Invero non si vuole qui fare riferimento solo alle risorse economiche pur importanti, ma al rischio di una più profonda frammentazione delle materie. Ad esempio, nel caso dell'istruzione, i ragazzi della scuola dell'obbligo che si trasferiscono da una Regione all'altra saranno costretti a cambiare radicalmente i programmi di studio? E cosa avverrà del lavoro nelle amministrazioni pubbliche sia per quanto attiene all'istruzione che alla sanità? Non si può escludere l'attuazione di "gabbie salariali", con contratti dal contenuto differenziato da Regione a Regione (in tal senso la recente polemica suscitata dalle dichiarazioni, invero smentite, del Ministro dell'istruzione e del merito). Si potrebbero introdurre, come stigmatizzato a legislazione vigente dalla Corte costituzionale, misure limitative per i docenti o per i fruitori di servizi sociali che non abbiano residenza da un certo numero di anni nella Regione?[28].

[28] Ad esempio, la Corte, nella sentenza n. 107/2018, ha ritenuto costituzionalmente

Sui profili contenutistici delle intese va fatto un serio discernimento. Ecco perché la previsione di un'intesa concordata dallo Stato con ogni singola Regione, senza una previa determinazione di principi generali e di criteri perequativi costituzionalmente previsti, rappresenta un serio rischio di un'autonomia differenziata che aumenti, invece di ridurre, i divari di cittadinanza.

illegittima una legge regionale, che prevedeva come fattore preferenziale per l'iscrizione agli asili nido la residenza o lo svolgimento di attività lavorativa per almeno quindici anni in Veneto, sul presupposto che i diritti fondamentali della persona vanno tutelati indipendentemente dal tempo di residenza in una Regione.

GOLDEN POWERS E D.P.C.M. 133 DEL 2022 QUANDO LA SEMPLIFICAZIONE COMPLICA*

di Daniele Marrama

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Profili formali. – 3.Profili sostanziali.

1. *Introduzione*

Con l'intento di rendere più agili i procedimenti amministrativi in materia di *golden powers,* [1] l'art. 26, comma 1 del decreto-legge n. 21 del 21.03.2022 (convertito in legge n. 51 del 20.05.2022) ha inserito nella

* Il presente lavoro è destinato agli Scritti in onore di Filippo Salvia.

[1] Come è a tutti noto, i c.d. *golden powers* sono poteri speciali riconosciuti al Consiglio dei Ministri con riferimento a determinate deliberazioni societarie relative ad investimenti esteri riconducibili all'assetto societario ed alle sue dinamiche di competenza dei Consigli di Amministrazione e delle Assemblee delle società commerciali attive in specifici settori economici considerati strategici. Rappresentano l'evoluzione ampliativa della c.d. *golden share*, "l'azione dorata" introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 2 del d. l.vo n. 332 del 1994 al fine di mantenere in capo allo Stato una peculiare incidenza sui soggetti nascenti nell'ambito dei processi di privatizzazione delle aziende pubbliche. In tema di *golden share*, si veda: M. ALLENA "*Un nuovo ambito di giurisdizione del giudice amministrativo nel diritto dell'economia: la competenza esclusiva in materia di esercizio dei golden powers*", in Il dir. dell'econ., 2012, pp. 639 e ss. Sui *golden powers*, invece, si è oramai formata una bibliografia che inizia a divenire importante. Tra i tanti (e senza pretese di esaustività), si vedano: G. NAPOLITANO "*L'inarrestabile ascesa del golden power e la rinascita dello Stato doganiere*", in Giorn. dir. amm., 2019, pp. 550 e ss.; R. GAROFOLI "*Golden power e controllo degli investimenti esteri: natura dei poteri e adeguatezza delle strutture amministrative*", in Federalismi, 2019, n. 17; AA.VV. "*Foreign Direct Investments Screening. Il controllo sugli investimenti esteri diretti*" (a cura di) G. Napolitano, Bologna, 2019; S. SACCO GINEVRI "*L'espansione dei golden powers tra sovranismo e globalizzazione*", in Riv. trim. dir. econ., 2019, pp. 151 e ss.; S. ALVARO, M. LAMANDINI, A. POLICE e I. TAROLA "*La nuova via della seta e gli investimenti esteri diretti in settori ad alta intensità tecnologica – Il golden power dello Stato italiano e le infrastrutture finanziarie*", in Quaderno giuridico Consob, n. 20, 2019; A. GEMMI "*La golden power come potere amministrativo. Primi spunti per uno studio sui poteri speciali e sul loro funzionamento*", in P.A. – Persona e Amministrazione, n. 1, 2020, pp. 381 e ss. e, più di recente: AA.VV. "*I "poteri speciali" del Governo nei settori strategici*", (a cura di) G. Della Cananea e L. Fiorentino, Napoli, 2021; F. MARCONI "*L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*", in Federalismi, n. 20, 2021, pp. 39 e ss.; R. CHIEPPA "*La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*", in Federalismi, Paper 08.06.2022 ed il godibilissimo, A. SANDULLI "*La febbre del golden power*", in Riv. trim. dir. pubbl., 3, 2022, pp. 743 e ss.

fonte legislativa regolante la predetta materia (decreto-legge n. 21 del 15.03.2012, convertito in legge n. 56 dell'11.05.2012) un nuovo articolo: il 2-quater.

Tale ultima disposizione, infatti, ha attribuito ad un decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri (sentito il Gruppo di coordinamento costituito ai sensi dell'art. 3 del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 6 agosto 2014) il potere di introdurre misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relative all'istruttoria nei settori di cui agli articoli 1[2], 1-bis[3] e 2[4] al fine di prevedere che, allorquando il mancato esercizio dei poteri speciali sia stato deciso all'unanimità dai componenti del Gruppo di coordinamento, non fosse più necessaria la delibera del Consiglio dei Ministri.[5]

Il secondo comma dell'art. 2-quater ha prescritto, invece, che – con il medesimo d.p.c.m. – si sarebbero dovute individuare modalità specifiche di presentazione di una prenotifica, [6] al fine di consentire una valutazione preliminare da parte del Gruppo di coordinamento sulla applicabilità dei citati articoli e sulla orientativa autorizzabilità dell'operazione, anteriormente alla formale notifica di cui agli articoli 1 e 2.[7]

[2] L'articolo in questione è relativo ai poteri speciali in materia di difesa e sicurezza nazionale.

[3] L'art. 1-bis (inserito dall'articolo 1, comma 1, del D.L. 25 marzo 2019, n. 22, convertito con modificazioni dalla Legge 20 maggio 2019, n. 41 ed in seguito a più riprese modificato da Governo e Parlamento) si riferisce ai servizi di comunicazione elettronica a banda larga basati sulla tecnologia 5G.

[4] L'articolo 2, invece, afferisce ai poteri speciali inerenti agli attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni.

[5] La disposizione ha comunque vincolato la Presidenza del Consiglio dei Ministri a far in ogni caso salva la possibilità per ogni Amministrazione e per le parti del procedimento di chiedere di sottoporre l'esame della notifica al Consiglio dei Ministri.

[6] Un istituto analogo a quello già presente con riferimento ai poteri attribuiti all'A.G.C.M. in tema di operazioni di concentrazione.

[7] La dottrina che si è, di recente, occupata dei *golden powers* non ha mancato di sottolineare l'importanza dell'introduzione della prenotifica, R. Chieppa "*La nuova disciplina del golden power dopo le modifiche del decreto-legge n. 21 del 2022 e della legge di conversione 20 maggio 2022, n. 51*", op. cit., p. 24: "*La novità di maggiore rilievo appare essere quella relativa alla introduzione della prenotifica sul modello del medesimo istituto già presente nel settore antitrust per l'esame delle operazioni di concentrazione. La prenotifica si affianca così al procedimento ordinario di notifica ed è funzionale a fornire agli investitori un rapido vaglio dell'operazione (soprattutto nei casi di incertezza sulla presenza dei presupposti per l'applicazione della normativa* golden power*) e evitare l'onere della notifica nei casi di non applicabilità (a seguito dell'estensione oggettiva – merceologica – operata, molte notifiche trasmesse alla Presidenza sono state considerate non rientranti nell'ambito applicativo della normativa sui poteri speciali). La prenotifica può anche consentire un preliminare vaglio da parte dell'amministrazione sulla autorizzabilità della operazione.*" Nel

Di recente, la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha dato corso alla facoltà/impegno di cui ai primi due commi dell'art. 2-quater, con l'adozione del d.p.c.m. n. 133 dell'01.08.2022 (entrato in vigore in data 24.09.2022).

Otto anni orsono, invece, due decreti del Presidente della Repubblica (nn. 35 e 86 del 2014) avevano già attribuito (sempre) alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il potere di disciplinare mediante dd.p.c.m. le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali nei settori, rispettivamente, della difesa e della sicurezza nazionale (n. 35) e dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (n. 86).

Com'è a tutti noto, la Presidenza del Consiglio dei Ministri aveva dato seguito alle due sollecitazioni da ultimo richiamate con il d.p.c.m. 6 agosto 2014 (di cui alla Gazzetta Ufficiale n. 229 del 02.10.2014).

Un profilo che cattura da subito l'attenzione (sul quale si tornerà nel prosieguo) è che, mentre nel 2014 "l'incarico normativo" era stato attribuito per il tramite di due atti regolamentari (due D.P.R.), nell'anno in corso, il medesimo incarico sia stato assegnato da una fonte primaria.

Ad ogni modo, nelle brevi riflessioni che seguiranno si cercherà di dimostrare come, nel confezionamento del d.p.c.m. 133 del 2022, il c.d. Governo dell'Agenda non abbia dato esattamente il meglio di sé, sia da un punto di vista formale che da un punto di vista contenutistico.

2. *Profili formali*

Se si analizza l'operato disciplinatorio della Presidenza del Consiglio confluito nel d.p.c.m. n. 133 del 2022 da un angolo visuale prettamente formale, due sono i rilievi che emergono in maniera più evidente: il primo riguarda la sorte contraddittoria del (già citato) d.p.c.m. del 6 agosto 2014 ed il secondo attiene alla poca chiarezza in merito al rapporto tra gli articoli 2, commi 2 dei dd.P.R. nn. 35 e 86 del 2014, da un lato, ed il d.p.c.m. 133 del 2022 dall'altro.

A) Partiamo dal primo aspetto.

Anche se le premesse del d.p.c.m. appena citato non chiariscono in maniera puntuale e definitiva questo passaggio, dall'approfondimento e dalla lettura sinottica di tutta la normativa in esse richiamata si arriva

prosieguo si vedrà come i predetti auspici positivi siano stati in buona parte disattesi dal d.p.c.m. 133 del 2022.

a comprendere che, nel 2014, la Presidenza del Consiglio ha adottato il d.p.c.m. del 6 agosto in attuazione degli articoli 2, commi 2 dei dd.P.R. nn. 35 e 86 del 2014 per mezzo dei quali era stata onerata di individuare le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali nei settori, rispettivamente, della difesa e della sicurezza nazionale (d.P.R. n. 35) e dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (d.P.R. n. 86).

In sostanza, la Presidenza del Consiglio ha all'epoca deciso di unificare all'interno di un unico d.p.c.m. la disciplina introdotta per dare seguito agli incombenti normativi assegnatile con i due già richiamati dd.P.R.

Ciò posto, va evidenziato che, in una delle ultime premesse del d.p.c.m. 133, la Presidenza del Consiglio ha dichiarato la sua intenzione di "*aggiornare*" e "*modificare*" il testo del d.p.c.m. 6 agosto 2014: "*individuando le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, ivi compreso l'Ufficio della Presidenza del Consiglio dei Ministri responsabile dell'attività di coordinamento.*"

A fronte di questa palesata intenzione di semplice "svecchiamento" (sulla cui legittimità si tornerà, comunque, in seguito), l'art. 15 del d.p.c.m. n. 133 del 2022 ha pensato bene di abrogare esplicitamente l'intero d.p.c.m. 6 agosto 2014. Ebbene, aggiornare e abrogare non mi sembrano esattamente due sinonimi …

Ma il d.p.c.m. del 2022 si è, altresì, preso la briga (all'art. 3) di costituire un Gruppo di coordinamento nuovo rispetto a quello che era stato già introdotto nel sistema nel 2014, dotandolo vieppiù di una nuova disciplina. Ciò nonostante, ogni qual volta – al suo interno – si trova a dover chiamare in causa il predetto Gruppo di coordinamento, persevera nell'individuarlo come quello costituito con il d.p.c.m. 6 agosto 2014. Un Gruppo di coordinamento che, di fatto, non esiste più, in quanto sostituito.

Sussiste il rischio che tali incoerenze – che forse, *prima facie*, potrebbero apparire sorvolabili inesattezze – celino, in realtà, problematiche tutt'altro che marginali che saranno illustrate nella lettera successiva.

B) Come si è già anticipato, l'art. 2-quater della legge n. 56 dell'11.05.2012 (venuto alla luce solo nella primavera del 2022) ha in via prioritaria attribuito alla Presidenza del Consiglio dei Ministri il potere di introdurre all'interno della già esistente normativa secondaria

di settore misure di semplificazione: i) delle modalità di notifica; ii) dei termini; iii) delle procedure relative all'istruttoria ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri di cui agli articoli 1, 1-bis e 2.

Rispetto a questo primo punto, si deve per ora solo sottolineare come emergesse in maniera incontestabile dalla nuova disposizione legislativa che queste possibili misure di semplificazione si sarebbero dovute applicare esclusivamente ai casi nei quali il mancato esercizio dei poteri speciali fosse stato deciso all'unanimità dal Gruppo di coordinamento.

Il secondo comma dell'art. 2-quater ha, invece, prescritto che, con il medesimo d.p.c.m., si sarebbero dovute individuare modalità specifiche di presentazione di una prenotifica, al fine di consentire una valutazione preliminare da parte del Gruppo di coordinamento sulla applicabilità dei citati articoli e sulla orientativa autorizzabilità dell'operazione, anteriormente alla formale notifica di cui agli articoli 1 e 2.

Di fronte a tale peculiare forma di delega normativa, la Presidenza del Consiglio dei Ministri – mediante il d.p.c.m. n. 133 dell'agosto 2022 – ha di fatto assunto un atteggiamento tendenzialmente contraddittorio: infatti, da un lato, rispetto alla facoltà/onere di introdurre misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relative all'istruttoria, ha deciso di concentrarsi unicamente sull'aspetto procedurale, dall'altro, però, ha travalicato i limiti specifici previamente richiamati introducendo modificazioni dell'esistente quadro normativo esorbitanti rispetto alla richiamata delega a regolamentare.

Numerose, infatti, sono le disposizioni di cui al d.p.c.m. 133 del 2022 che possono rientrare in una situazione di invalidità riconducibile ad una forma del tutto peculiare di eccesso di delega: art. 1 – *Ambito di applicazione* (*in parte qua* afferma che il d.p.c.m. in questione: "*disciplina l'attività di coordinamento della Presidenza della Presidenza del Consiglio dei ministri per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali…*"; Art. 2 – *Coordinamento delle attività per l'esercizio dei poteri speciali e individuazione degli uffici responsabili*; Art. 3 – *Gruppo di coordinamento*; Art. 4 *Compiti del Dipartimento per il coordinamento amministrativo*; Art. 5 – *Attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali*; Art. 8 – *Cooperazione con la Commissione europea e con gli Stati europei per le notifiche relative ad investimenti esteri diretti ai sensi del Regolamento (UE) 2019/452 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2019, che istituisce un quadro per il controllo degli investimenti esteri diretti nell'Unione*; Art. 9 – *Procedimento per l'irrogazione delle sanzioni amministrative*; Art. 10 – *Procedure telematiche*; Art. 11 – *Procedura semplificata*; Art. 12 – *Modulistica*; Art. 13 – *Riservatezza delle infor-*

mazioni; Art 15 (senza rubrica) relativo alla già richiamata abrogazione del d.p.c.m. 6 agosto 2014.

A fronte di ciò, il carattere tutto sommato circoscritto della delega a disciplinare di cui all'art. 2-quater (misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relative all'istruttoria, da un lato e, prenotifica, dall'altro) impone necessariamente di cercare di individuare altrove l'eventuale legittimazione a regolamentare sui predetti aspetti esorbitanti.

Qualora questa verifica dovesse concludersi con un nulla di fatto, risulterà necessario interrogarsi su quali possano essere stati i presupposti che, presumibilmente, possono aver erroneamente persuaso la Presidenza del Consiglio dei Ministri di disporre di un potere regolatorio più ampio di quello di cui effettivamente disponeva.

La risposta all'interrogativo appena delineato si ritrova ancora una volta (anche se non in forma esplicita) nelle premesse al d.p.c.m. n. 133 del 2022. All'interno di tali premesse, infatti, in più di un'occasione la Presidenza del Consiglio ha richiamato gli articoli 2, commi 2 dei già citati decreti del Presidente della Repubblica nn. 35 e 86 del 2014 che le avevano attribuito il potere di disciplinare mediante un d.p.c.m. le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali nei settori, rispettivamente, della difesa e della sicurezza nazionale (n. 35) e dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni (n. 86).

Nel primo paragrafo, si è già sottolineato come la Presidenza del Consiglio abbia dato corso a tale doppio "incarico" con il d.p.c.m. del 6 agosto 2014.

Tra le righe delle premesse del d.p.c.m. n. 133 del 2022 si intravede, infatti, il convincimento (a mio parere – per quanto si dirà – errato) della Presidenza del Consiglio che il suo più recente intervento regolatorio – oltre che nell'art. 2-quater della legge n. 56 del 2012 – trovasse adeguata base legittimante proprio nei già citati articoli 2, commi 2 dei dd.P.R. n. 35 e 86 del 2014.

A suffragio di quanto appena affermato risulta sufficiente rilevare come la terzultima premessa del d.p.c.m. 133 del 2022 affermi la necessità di aggiornare e modificare il testo del d.p.c.m. 6 agosto 2014 "*individuando le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali nei settori della difesa, della sicurezza nazionale, dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni, ivi compreso l'Ufficio della Presidenza del Consiglio dei ministri responsabile dell'attività di coordinamento.*"

Come è evidente, la gran parte delle problematiche richiamate intercetta il tema della natura del d.p.c.m. e dell'eventuale consumazione del potere regolatorio assegnato da una fonte normativa tradizionale a seguito di un suo primo esercizio mediante d.p.c.m.

Infatti, ove si fosse propensi a ritenere che l'adozione di un d.p.c.m. "delegato" consumi la facoltà regolatoria assegnata da una fonte primaria o secondaria al predetto strumento si dovrebbe concludere per l'illegittimità di tutti gli articoli del d.p.c.m. 133 del 2022 che non riguardano le nuove misure di semplificazione (art. 6) e la prenotifica (art. 7). A conclusioni differenti si dovrebbe, invece, evidentemente giungere ove si fosse convinti del fatto che per la "delega" regolatoria attribuita da una fonte normativa tipica al d.p.c.m. debba valere un sistema di tipo *semel/semper* che facoltizzi la Presidenza del Consiglio a tornare più e più volte sull'argomento oggetto di "delega" con sempre nuovi dd.p.c.m.

Orbene – come noto – la questione della natura intrinseca da riconoscersi ai dd.p.c.m. non rappresenta certo un tema nuovo nel dibattito pubblicistico.[8]

Ciò non di meno, nella fase pandemica, la familiarità (non esattamente spontanea, né disinteressata) che si è diffusamente sviluppata rispetto a tale tipologia di atto ha indubbiamente conferito alla dottrina pubblicistica[9] ed alla giurisprudenza un'occasione per tornare ad interrogarsi sul tema.

[8] Ad essa facevano già riferimento: M.C. GRISOLIA "*Osservazioni in tema di decreti del Presidente del Consiglio a contenuto normativo*", in AA.VV. "*Il potere regolamentare nell'amministrazione centrale*", (a cura di) U. De Siervo, Bologna 1992; L. SILVANO, (voce) "*Decreto del Presidente del Consiglio*", in Enc. dir, Agg. II, Milano, 1998 e F. SORRENTINO "*Le fonti del diritto italiano*", Padova, 2015, pp. 193 e ss.

[9] I contributi sono stati numerosi: D. DE LUONGO "*Nihil est in intellectu quod prius non fierit in sensu: considerazioni empiriche sui decreti del Presidente del Consiglio dei ministri nell'esperienza recente*", in www.osservatoriosullefonti.it, n. 2, 2019; M. LUCIANI "*Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza*", in www.rivistaaic, n. 2, 2020; C. TRIPODINA "*La Costituzione al tempo del Coronavirus*", in Costituzionalismo.it, n. 1, 2020; G. SILVESTRI "*Covid-19 e Costituzione*", in www.unicost.eu, 4 ottobre 2020; C. IANNELLO "*Riflessione su alcune conseguenze ordinamentali prodotte dall'emergenza Covid: dalla limitazione delle libertà costituzionali alla riemersione del sistema di amministrazione* extra ordinem", in www.osservatoriosullefonti.it, n. 1, 2021; E.C. RAFFIOTTA "*I poteri emergenziali del Governo nella pandemia: tra fatto e diritto un moto perpetuo nel sistema delle fonti*", in www.rivistaaic.it, n. 2, 2021; A. SILVESTRI, V. TURRIZIANI "*Coronavirus: per la Corte costituzionale i d.p.c.m. sono legittimi, non c'è spazio per le leggi regionali e le ordinanze locali*", in Cammino diritto, n. 5, 2021; A. ARCURI "*La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2001*", in www.giustiziainsieme.it e A. CELOTTO "*Che cosa sono i D.P.C.M.? (in margine a Consiglio di Stato parere n. 850 del 13 maggio 2021)*", in www.giustamm.it, n. 5, 2021.

E oggigiorno, dopo un lungo periodo nel quale la natura amministrativa del d.p.c.m. veniva affermata con risolutezza e senza distinguo di sorta – in virtù di una modalità nuova di intendere il contenuto regolativo innovativo, che può essere introdotto per il tramite del d.p.c.m. – (pure se la Corte costituzionale, anche in ragione della sua consueta prudenza, non si è ancora definitivamente spinta a tanto) una parte della dottrina costituzionalistica[10] e della giurisprudenza amministrativa si è dovuta arrendere all'evidenza delle cose ed ha dovuto riconoscere che i dd.p.c.m. possono avere tanto un contenuto amministrativo quanto una valenza normativa.

Sul fronte giurisprudenziale, la I Sezione del Consiglio di Stato – nel parere n. 850 del 2021 – ha espressamente riconosciuto che il d.p.c.m., ove in possesso di determinate caratteristiche, può a pieno titolo rientrare tra le fonti normative.[11]

Una volta superato in maniera condivisibile lo scoglio iniziale, per comprendere la natura (amministrativa/normativa) del d.p.c.m. è necessario indagare se il suo contenuto presenti o meno i caratteri tipici dell'attività normativa: generalità, astrattezza e innovatività; gli esiti di quest'approfondimento consentiranno di stabilire la natura di atto am-

[10] A. Arcuri ("*La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2001*", op. cit.), commentando la sentenza con la quale la Corte costituzionale ha sancito la costituzionalità degli articoli 1, 2 e 4 del d.l. n. 19 del 2020 (la n. 198 del 2021) – ha sottolineato: "*… un atto che porta la denominazione di dpcm non è necessariamente (tanto meno "pacificamente") un atto ("meramente") amministrativo. La formula di "decreto del Presidente del Consiglio dei ministri" non è nient'altro che la denominazione con cui si manifesta all'esterno la volontà del Presidente del Consiglio. È, cioè, un "guscio neutro": un contenitore che astrattamente può contenere e veicolare contenuti estremamente diversi. E infatti dpcm può essere un atto amministrativo o di alta amministrazione (auto-organizzazione della Presidenza del Consiglio, nomina o delega di poteri) ma, soprattutto, può essere anche un vero e proprio atto a contenuto normativo, estrinsecazione di un "atipico" (perché non menzionato dall'art. 17 della legge n. 400 del 1988) potere regolamentare del Presidente del Consiglio dei ministri. Ora, se è vero che … è vero anche che, …, l'evoluzione sia proseguita nel segno di un forte consolidamento (quantitativo e qualitativo) del potere regolamentare del Presidente del Consiglio e, pertanto, del dpcm quale vero e proprio atto normativo secondario.*"

[11] Consiglio di Stato, Sez. I, parere n. 850 del 13.05.2021: "*… a partire dal successivo decreto-legge (n. 19 del 2020), il governo ha impostato correttamente la sequenza logico-giuridica degli atti-fonte preordinati a fronteggiare la pandemia, secondo il fondamentale schema generale della decretazione d'urgenza, introduttiva di norme primarie, poi approvate dal Parlamento in sede di legge di conversione, attributive a valle, all'esecutivo, di un potere normativo di livello secondario …*", con nota di commento di M. Timo "*Il Consiglio di Stato appura la legittimità del DPCM quale strumento di regolazione del fenomeno pandemico*", in Giur. it., Corti supreme e salute, 2021, pp. 493 e ss.

ministrativo generale del d.p.c.m. dell'agosto 2014 ovvero – al contrario – la sua natura di atto normativo.

In questa seconda ipotesi – facilitata dal fatto che il nostro ordito costituzionale, mentre tratta come categoria chiusa il tema delle fonti primarie, considera di fatto una categoria aperta il quadro delle fonti normative secondarie – al d.p.c.m. in questione dovrebbe essere riconosciuto il valore di fonte normativa secondaria o sub-secondaria.

Ed invero, l'analisi della struttura e del contenuto specifico del d.p.c.m. 6 agosto 2014 non lascia margini di dubbio sulla riscontrabilità in esso dei caratteri della generalità, dell'astrattezza e dell'innovatività.[12]

A questo punto è necessario interrogarsi se la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dopo aver esercitato mediante un d.p.c.m. una "delega" normativa conferitale da una fonte normativa secondaria, permanga titolare di questa peculiare forma di competenza normativa ovvero ne risulti oramai priva a seguito di "consumazione".

Ove si dovesse riconoscere la consumabilità del predetto potere normativo delegato, non si potrebbe fare altro che affermare che buona parte del d.p.c.m. 133 sarebbe sprovvisto di fondamento giustificativo, in quanto la "delega" contenuta negli artt. 2, commi 2 dei dd.P.R. 35 e 86 del 2014 si sarebbe già ampiamente consumata a seguito dell'emanazione del d.p.c.m. 6 agosto 2014.

In sostanza rimarrebbero in piedi solo gli articoli del d.p.c.m. 133 relativi alle misure di semplificazione ed alla prenotifica.

Nell'assenza di indicazioni ermeneutiche esplicite rispetto alla specifica tematica all'interno dell'ordinamento, ritengo che la risposta all'interrogativo sulla consumazione o meno del potere normativo attribuito ad un d.p.c.m. da una fonte normativa secondaria debba essere individuata affidandosi all'interpretazione analogica della normativa di matrice costituzionale che riguarda la delega al governo del potere legislativo.

Di regola, quando il governo approva un decreto legislativo il potere legislativo delegatogli per il tramite della legge delega si considera estin-

[12] Per quanto questo aspetto potrebbe apparire ininfluente, un sintomo non secondario per disvelare la natura normativa del d.p.c.m. 6 agosto 2014 può giocarlo la rubrica dell'atto: "*Coordinamento poteri speciali della Presidenza del Consiglio sugli assetti societari delle imprese di rilevanza strategica nei settori energia trasporti e telecomunicazioni – Golden power*". Elemento che è stato successivamente addirittura rafforzato nel d.p.c.m. 133 del 2022: "*Regolamento recante disciplina delle attività di coordinamento della Presidenza del Consiglio dei ministri propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali di cui al decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, e successive modifiche ed integrazioni, della prenotifica e misure di semplificazione dei procedimenti.*"

to, salvo che la legge delega non abbia stabilito che il governo avrebbe potuto disciplinare l'argomento mediante più decreti legislativi.[13]

In quest'ultimo caso, il potere legislativo non verrebbe meno dopo l'approvazione di un primo decreto legislativo.

In realtà, questo non è sempre vero. Il carattere aperto di un delega normativa può essere giustificato, infatti, in ragione di due esigenze differenti e non necessariamente concorrenti: una prima giustificazione ha una natura diacronica mentre una seconda presenta una dimensione tematica.

Ha natura diacronica quando il potere si delega con riferimento ad un dato periodo di tempo;[14] ha, di contro, dimensione tematica quando la pluralità degli strumenti adottabili trova giustificazione nella molteplicità di ambiti tematici sui quali è possibile produrre disciplina.

Quando la delega di potere ha una matrice diacronica essa non si estingue a seguito dell'emanazione del primo atto delegato; quando, invece, ha natura tematica – con l'emanazione dell'atto normativo relativo ad uno degli ambiti per i quali è prevista – essa si deve considerare consumata rispetto a quello specifico ambito.

La questione, però, interessa solo limitatamente il presente approfondimento posto che le deleghe contenute nei dd.P.R. 35 e 86 del 2014 non avevano carattere aperto.

In sostanza – a fronte della molteplicità degli ambiti (difesa, sicurezza nazionale, energia, trasporti e comunicazioni) rispetto ai quali era stata incaricata dai due dd.P.R. più volte citati di dettare le modalità organizzative e procedurali per lo svolgimento delle attività propedeutiche all'esercizio dei poteri speciali – la Presidenza del Consiglio dei Ministri (che, in teoria, avrebbe potuto adottare anche due differenti dd.p.c.m.) ha scelto di predisporre un unico d.p.c.m. (quello del 6 agosto 2014).

[13] L'art 1, comma 8 della legge delega (n. 11 del 2016) che è alla base del vigente codice dei contratti pubblici prevedeva espressamente che: "*Entro un anno dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi di cui al comma 1 il Governo puo' adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei principi e criteri direttivi e della procedura di cui al presente articolo.*" Ed, in effetti, il decreto legislativo n. 56 del 2017 (c.d. correttivo) è stato a suo tempo adottato proprio in esercizio del carattere aperto della delega contenuta nella legge 11 del 2016.

[14] Di regola, le fonti deleganti – nel rispetto di quanto statuito nell'art. 76 della Costituzione – prevedono sempre un *range* temporale nel quale il potere delegato deve essere esercitato, ma nelle deleghe a carattere aperto di matrice diacronica la relazione con il fattore tempo è profondamente differente. Mentre nelle prime il riferimento al tempo riguarda esclusivamente l'individuazione di un termine finale entro il quale il potere delegato può essere legittimamente esercitato, nelle seconde il rimando al tempo è utilizzato per stabilire preventivamente che entro una determinata data la delega normativa può essere esercitata anche più volte.

Alla luce di ciò, si deve concludere che le due deleghe di potere normativo assegnate dai due decreti del Presidente della Repubblica si sono consumate nell'adozione del d.p.c.m. 6 agosto 2014.

Ma se questo è vero, non si può fare altro che concludere che le parti del d.p.c.m. 133 del 2022 che non sono direttamente riconducibili all'art. 2-quater del d. lvo n. 21 del 2012 non presentano un substrato legittimante.

3. *Profili sostanziali*

Malauguratamente – da un punto di vista sostanziale – la valutazione sulla qualità del "prodotto" normativo non può essere più lusinghiera.

A questa infausta conclusione si giunge al termine di un percorso ermeneutico che non può che prendere le fila dagli obiettivi che il legislatore dell'articolo 26, comma 1della legge 51 del 2022 intendeva perseguire: introdurre, da un lato, misure di semplificazione delle modalità di notifica, dei termini e delle procedure relative all'istruttoria ai fini dell'eventuale esercizio dei poteri di cui agli articoli 1, 1-bis e 2 della legge 56 del 2012 – senza che sia necessaria la delibera del Consiglio dei Ministri – per la definizione dei procedimenti in caso di mancato esercizio dei poteri speciali deciso all'unanimità dai componenti del Gruppo di coordinamento e, dall'altro, modalità specifiche di presentazione di una prenotifica, al fine di consentire una valutazione preliminare da parte del Gruppo di coordinamento sulla applicabilità dei citati articoli e sulla orientativa autorizzabilità dell'operazione, anteriormente alla formale notifica di cui agli articoli 1 e 2 della predetta legge.

Con riferimento al primo aspetto, nel paragrafo precedente, si è già evidenziato come – a fronte della possibilità di introdurre strumenti di semplificazione in materia di modalità di notifica, di termini e di procedure relative all'istruttoria (sempre solo e soltanto per il caso di definizione dei procedimenti ove il peculiare "non luogo a procedere" sia deciso all'unanimità dai componenti del Gruppo di coordinamento) – la Presidenza del Consiglio dei Ministri, nel d.p.c.m. 133 del 2022, abbia deciso di occuparsi esclusivamente della semplificazione delle procedure afferenti all'istruttoria.

La questione delle modalità di notifica e dei termini non è stata, invece, per nulla affrontata.

Orbene, la disciplina innovativa adottata sulla base della delega normativa contenuta nell'art. 2-quater della legge 56 del 2012 è rinvenibile

negli artt. 6 (*Misure di semplificazione delle procedure in caso di non esercizio dei poteri speciali*) e 7 (*Prenotifiche*) del d.p.c.m. 133 del 2022.

Con riferimento all'articolo 6 va, in primo luogo, sottolineato come la disposizione in esso contenuta non si discosti più di tanto da quanto era già previsto nella parte dell'art. 5 del d.p.c.m. 6 agosto 2014 dedicata alla scelta di non esercitare i "pregiati" poteri speciali.

Ma – a onor del vero – è un altro l'aspetto che colpisce maggiormente quando ci si accosta a tale disposizione. Già ci si è soffermati sul fatto che il legislatore dell'art. 2-quater della legge 56 del 2012 ha delegato la Presidenza del Consiglio ad introdurre un meccanismo procedurale strutturato sulla non necessarietà di una apposita deliberazione da parte del Consiglio dei Ministri nei casi in cui la scelta di non esercitare i poteri speciali sia assunta all'unanimità dal Gruppo di coordinamento.

Orbene – per quanto ciò possa apparire incredibile – nel più volte citato articolo 6 non vi è alcun riferimento alla unanimità della decisione adottata dal Gruppo di coordinamento.

Nel d.p.c.m. 133 la non necessarietà del passaggio in Consiglio dei Ministri è stata sancita, invece, con riferimento a quelle decisioni di non esercizio dei poteri speciali adottate (non necessariamente all'unanimità) dal Gruppo di coordinamento rispetto alle quali nessuno dei soggetti a ciò legittimati abbia chiesto che della questione venisse investito il Consiglio dei Ministri.[15]

Nella migliore delle ipotesi, [16] la Presidenza del Consiglio ha, in sostanza, erroneamente sostituito l'assenza di richieste di passaggio in Consiglio dei Ministri all'unanimità della decisione di non esercizio dei poteri, come condizione legittimante il mancato passaggio conclusivo in Consiglio dei Ministri.

Non serve un genio per capire che i due fenomeni sono affatto diversi l'uno dall'altro e che il d.p.c.m. n. 133 – non contenendo alcun

[15] Il comma 4 dell'art. 6 del d.p.c.m. 133 del 2022 recita testualmente: "*In assenza di tempestive richieste ai sensi dei commi 2* (richiesta avanzata da una delle parti procedimentali entro 5 giorni dalla notifica di investire della questione il Consiglio dei Ministri in caso di decisione di non esercizio dei poteri da parte del Gruppo di coordinamento *ndr.*) *e 3* (medesima richiesta introdotta da uno dei componenti del Gruppo di coordinamento nel corso della seduta dedicata o al massimo entro i tre giorni successivi *ndr.*), *il Gruppo di coordinamento delibera sulla proposta di non esercizio dei poteri speciali e il Dipartimento per il coordinamento amministrativo trasmette alle parti del procedimento la deliberazione del Gruppo, sottoscritta dal Presidente o suo delegato. In tali casi, la deliberazione di non esercizio può prevedere raccomandazioni all'impresa.*"

[16] Non si può escludere, infatti, che il mancato riferimento all'unanimità della decisione di non esercizio sia dipeso da una banalissima svista.

riferimento alla necessarietà dell'unanimità – abbia "tradito" la delega normativa di cui è espressione. Neppure è possibile affermare che – secondo l'ordito del d.p.c.m. – vi sia una qualche forma di equivalenza tra l'assenza di richieste di passaggio in Consiglio dei Ministri ed un unanime deliberazione di non esercizio dei poteri.

A maggior ragione, allorquando l'ultimo periodo della lett. b) del primo comma dell'art. 5 del d.p.c.m. stabilisce che nella prima riunione del Gruppo di coordinamento (ovvero in un'altra eventuale seduta successiva) i componenti del predetto Gruppo esprimono il parere[17] di competenza sull'eventuale esercizio dei poteri speciali.

Non mi sembra neppure plausibile ritenere che il quadro normativo applicabile sia individuato dal combinato disposto dell'art. 2-quater della legge 56 del 2012 e dell'art. 6 del d.p.c.m. e, pertanto, il mancato riferimento in quest'ultima disposizione al tema dell'unanimità della decisione di non esercizio del potere sia superato in ragione della presenza del predetto tema nella fonte primaria delegante.

L'art. 2-quater, infatti, non ha un valore precettivo diretto ma, nell'assegnare il potere normativo, si è limitato a delineare cosa avrebbe dovuto disporre il d.p.c.m. 133.

E se si può transigere sul fatto che la Presidenza del Consiglio, nel dar corso all'incombenza ricevuta, si sia concentrata solo su uno dei tre aspetti oggetto di delega, [18]non altrettanto può farsi nel momento in cui il soggetto delegato abbia introdotto (come ha in effetti introdotto) una disposizione normativa differente rispetto a quella per la cui adozione era stato delegato.

Stabilire che la superfluità del passaggio in Consiglio dei Ministri sia collegata all'assenza di una richiesta a ciò finalizzata da parte di uno dei soggetti a tanto legittimati (e non, invece, al carattere unanime della decisione di non esercizio dei poteri speciali assunta dal Gruppo di coordinamento) costituisce a tutti gli effetti un eccesso di delega.

Allo stesso tempo, però, nella vicenda in questione – se si considera che la superfluità del passaggio in Consiglio dei ministri doveva, invece, essere agganciata al carattere totalitario della decisione assunta dal

[17] Che poi, in realtà, è un voto.

[18] E già in tal modo si tira un po' la corda. La delega contenuta nel primo comma dell'art. 2-quater non è aperta (non si prevede in sostanza che la Presidenza del Consiglio possa esercitare la delega stessa mediante più di un d.p.c.m.), di conseguenza, gli argomenti non presi in considerazione dal d.p.c.m. 133 (termini e modalità di notifica) non potranno essere disciplinati da uno o più nuovi d.p.c.m. e rimarranno, pertanto, non regolamentati.

Gruppo di coordinamento in merito al non esercizio dei poteri – è riscontrabile anche un difetto di esercizio di delega.

Il secondo comma dell'art. 2-quater stabilisce che: "*con il medesimo decreto di cui al comma 1 sono individuate le modalità di presentazione di una prenotifica che consente l'esame da parte del gruppo di coordinamento, o nelle ipotesi di cui al comma 1 del Consiglio dei ministri, delle operazioni, anteriormente alla formale notifica di cui agli articoli 1 e 2, al fine di ricevere una valutazione preliminare sulla applicabilità dei citati articoli e sulla autorizzabilità dell'operazione.*"

Già di per sé, la disposizione di delega non è un granché. Essa, infatti, non chiarisce in alcun modo quali conseguenze debbano essere ricondotte alla richiamata valutazione preliminare. Non lascia affatto intendere se tale valutazione preliminare possa produrre eventuali effetti di "sollevamento" rispetto all'onere di presentare la notifica "ordinaria".

Ma la prima criticità sulla quale concentrarsi è un'altra e risiede sulla contraddittorietà con la quale la disposizione legislativa e quella del d.p.c.m. trattano il tema della necessarietà della citata prenotifica.

Dalla disposizione legislativa si deve dedurre che questa prenotifica sia sempre necessaria con riferimento ai procedimenti disciplinati dagli articoli 1 (difesa e sicurezza nazionale) e 2 (attivi strategici nei settori dell'energia, dei trasporti e delle comunicazioni); il primo comma dell'art. 7 del d.p.c.m., invece, parla della presentazione della prenotifica come di una semplice facoltà.

In secondo luogo, si è già visto come, nel delineare i contorni del potere normativo delegato, il secondo comma dell'art. 2-quater abbia fatto riferimento ad una semplice valutazione preliminare del Gruppo di coordinamento sull'applicabilità degli artt. 1 e 2 e sulla autorizzabilità dell'operazione.

Tutto sta, pertanto, a capire quale sia il valore da riconoscere a tale valutazione preliminare. Ma, come anticipato, la legge di delega nulla afferma rispetto al predetto punto.

Personalmente – alla luce dell'esiguità dell'attività istruttoria che il Gruppo di coordinamento può porre in essere a seguito della prenotifica – sarei orientato a ritenere che la valutazione preliminare del Gruppo, per essere coerente con l'impianto generale del potere, avrebbe dovuto esprimere un semplice orientamento di massima dell'organo titolare del potere, senza determinare un arresto provvedimentale.

Sappiamo, però, che la Presidenza del Consiglio, nel redigere il secondo comma dell'art. 7 del d.p.c.m., ha fatto propria un'interpretazione delle predette valutazioni preliminari molto più "impegnativa" e, nei fatti, deflattiva.

Il secondo comma dell'art. 7, infatti, ripartisce in tre lettere i possibili esiti dell'esame preliminare svolto dal Gruppo di coordinamento:

- la lettera a) fa riferimento ai casi in cui "*l'operazione oggetto di prenotifica non rientra nell'ambito applicativo del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, non risultando conseguentemente dovuta la formale notifica*";
- la lettera b) riguarda le ipotesi in cui: "*l'operazione oggetto di prenotifica è suscettibile di rientrare nell'ambito applicativo del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, nel qual caso l'impresa è tenuta a eseguire la notifica prevista dagli articoli 1 e 2 del decreto-legge n. 21 del 2012*";
- la lettera c) afferisce alle fattispecie nelle quali: "*l'operazione oggetto di prenotifica rientra nell'ambito applicativo del decreto-legge 15 marzo 2012, n. 21, ma sono manifestamente insussistenti i presupposti per l'esercizio dei poteri speciali*".

Come è evidente – mentre il caso di cui alla lett. b) non altera l'assetto del potere di cui alla legge n. 56 del 2012 in quanto fa salvo, dopo la valutazione preliminare, l'andamento ordinario del procedimento che segue alla notifica ordinaria – nei casi di cui alle lettere a) e c) la valutazione preliminare del Gruppo, di fatto, anticipa la decisione finale e ad essa si sostituisce impropriamente.

Tale circostanza, oltre a confliggere con l'interpretazione innanzi prospettata sul valore da attribuire alla valutazione preliminare (dato non particolarmente significativo in ragione dell'oggettiva opinabilità della soluzione proposta e della pochezza della sua fonte), sembra, però, in contrasto anche con quella parte del primo comma dell'art. 7 nella quale il d.p.c.m. – introducendo il tema della prenotifica – stabilisce che il neonato istituto non deve in alcun modo intaccare la necessità di rispettare i termini previsti per la notifica ai sensi degli articoli 1 e 2 del decreto-legge n. 21 del 2012.

E non è tutto, il terzo comma dell'articolo 7 stabilisce, altresì, che nei casi di cui alle già richiamate lettere b) e c): "*il Gruppo di coordinamento, su proposta del Ministro responsabile dell'istruttoria e della proposta per l'eventuale esercizio dei poteri speciali, all'esito di una valutazione preliminare sull'autorizzabilità dell'operazione oggetto di prenotifica, può prevedere raccomandazioni all'impresa.*"

La disposizione è coerente con il caso di cui alla lettera b) in quanto in questa evenienza non si esclude (anzi si sottolinea) la necessità di procedere alla presentazione della notifica ordinaria con la conseguente apertura della fase fisiologica del procedimento all'interno del quale tali raccomandazioni possono essere definite, ma – di contro – è del tutto in contrasto con il caso di cui alla lettera c) in quanto fa riferimento a

soggetti (Ministero responsabile) e situazioni (istruttoria ed esercizio dei poteri speciali) che – fino a prova contraria – non sono ancora presenti a seguito dell'invio della semplice prenotifica.

Prima di concludere, si è in debito di una riflessione sulle ragioni che potrebbero essere alla base della diversa natura dell'atto normativo che ha delegato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri a disciplinare i *golden powers* rispettivamente, nel 2014 (due d.P.R.) e nel 2022 (d.l. conv. in legge).

Sarebbe incoraggiante poter affermare che tale *upgrade* affondi le proprie ragioni in una ormai sedimentata consapevolezza da parte del legislatore statale sul consumato ampliamento al campo normativo dello strumento d.p.c.m..

Malauguratamente, decenni spesi con la testa affondata in commi e codicilli mi inducono ad essere propenso a ritenere che la circostanza in questione dipenda invece da un solo elemento: il caso.

Evidentemente, molto ancora vi è lavorare.

QUALE PIANO PER IL FUTURO DELL' URBANISTICA? O QUALE FUTURO PER UN GIUSTO PROCEDIMENTO DI PIANIFICAZIONE URBANISTICA?

di Patrizia Marzaro

SOMMARIO: 1. Omaggio all'impegno culturale e scientifico di Filippo Salvia. – 2. Quale futuro per l'urbanistica? Rigenerazione urbana e necessità di una pianificazione strategica pubblica. – 3. La partecipazione civica come fattore di legittimazione politica della pianificazione pubblica. – 4. Sull'autonomia comunale in materia di pianificazione urbanistica: un ritorno di attenzione nella giurisprudenza costituzionale. – 5. Segue. Il rapporto tra autonomia comunale e regionale tra sussidiarietà verticale e proporzionalità; la necessità di una compensazione procedurale 'partecipativa'. – 6. Verso una riserva costituzionalmente garantita dei procedimenti di pianificazione a fronte della progressiva perdita di senso dei procedimenti amministrativi 'semplificati'. – 7. Conclusioni; sull'individuazione di un nucleo intangibile del potere di pianificazione comunale a partire dalla necessaria conoscenza delle specificità nelle quali la comunità si riconosce. La riserva di procedimento e della relativa istruttoria: verso un giusto procedimento di pianificazione costituzionalmente garantito?

1. *Omaggio all'impegno culturale e scientifico di Filippo Salvia*

Avvicinarsi al tema dell'incontro odierno – a cui mi permetto di pensare anche come a una metafora della vita, dell'impegno culturale, prima ancora che scientifico, di Filippo Salvia, Maestro del diritto urbanistico, ma anche di signorilità, onestà intellettuale e lucida, illuministica, passione per il proprio lavoro – richiede anzitutto che si entri con profondo rispetto in questo consesso oggi così affettuoso e denso di emozione.

Forse aiuta ad entrare in punta di piedi in una realtà così piena di significati, percorrerla brevemente attraverso alcuni passi, alcune suggestioni tratte dall'ultima edizione del Manuale di diritto urbanistico, opera di Filippo Salvia con Cristiano Bevilacqua e Nicola Gullo, a partire da quella "*(debole) trama di una materia soggetta a continue tensioni*" che il volume si propone "*di ricomporre*"[1], e che disegna con lucida icasticità la storia del diritto urbanistico degli ultimi cinquant'anni.

E poi va ricordata l'attenzione dell'uomo, la sua riflessione civile – *uti civis* prima ancora che come studioso – sull'impatto della pandemia,

[1] SALVIA, BEVILAQCUA, GULLO, *Manuale di diritto urbanistico*, 2021, Introduzione.

che "*ha costretto gli amministratori e gli imprenditori di interesse a riconsiderare il ruolo del capitale umano, nella consapevolezza che non sta finendo il mondo, ma un mondo è ormai alla fine*"[2], con la speranza che "*la grande sofferenza procurata dalla pandemia può attivare nuovi metabolismi umani in grado di stimolare la sperimentazione di nuovi modelli più inclusivi e generativi, che dovranno spingere urbanisti, imprenditori e amministratori pubblici a re-immaginare lo spazio urbano, con particolare attenzione al tempio umano, qual è la casa*"[3].

Nel momento in cui scriviamo, non possiamo però nasconderci come alla speranza sia seguita la disillusione, e poi l'inquietudine che è diventata timore, allarme e sgomento, per gli eventi che ci circondano e ci colpiscono tutti, gli uni legati agli altri ma incapaci di prevederne e decifrarne la portata…

E, ancora, la metafora del "*virus dell'ineffettività*" [4]della disciplina urbanistica meglio non potrebbe disegnare la miopia del nostro legislatore, la strutturale difficoltà di governare, o comunque convivere con quell'intreccio di interessi che costituisce l'unicità di questa materia, con la loro pressione sul territorio e sulle amministrazioni locali. Tutto questo a fronte dell'aspirazione a fare dell'urbanistica "*la cerniera ideale tra le aree naturali, i centri industriali in attesa di recupero e i paesaggi urbani per ricucire gli strappi territoriali nei quali si insinuano, laceranti e crescenti, le diseguaglianze*"[5], e del duro richiamo alla realtà segnata da una "*tensione irrisolta (forse irrisolvibile) tra intenti illuministici e un 'carpe diem' smidollato funzionale all'accaparramento di risorse e vantaggi di corto respiro*"[6]: il sogno e il disincanto di un intellettuale figlio di una terra intrisa di contraddizioni.

E infine l'interrogativo che non ci abbandona mai – ma che si fa anche esortazione – sul "*rispetto dell'autonomia comunale*", che "*nel caso specifico trova probabilmente ragioni ancora più profonde di quanto non avvenga in altri settori, poiché il ruolo primario del comune nel governo del territorio affonda le sue radici nella storia, essendo stato determinante sin dai secoli del medioevo*"[7]; per chiudere con quella "*postilla*", sull'urbanistica consensuale, in cui la "*finanza si fa urbanistica*"[8], e che "*evoca*

[2] *Ibidem,* 10.
[3] *Ibidem,* 11.
[4] *Ibidem,* 15.
[5] *Ibidem,* 11.
[6] *Ibidem,* 64.
[7] *Ibidem*, 34.
[8] *Ibidem,* 6.

il mito di una amministrazione paritaria che non impone, ma convince", laddove invece "*una visione più realistica… non può far disconoscere che, specie negli ultimi decenni, attraverso gli strumenti consensuali… gli interessi che sono riusciti realmente a prevalere non sono quelli protesi ad elevare la qualità della vita… ma ben altro genere di interessi*"[9].

2. *Quale futuro per l'urbanistica? Rigenerazione urbana e necessità di una pianificazione strategica pubblica*

Quale sorte per il piano urbanistico, dunque ? Ma è lo stesso chiedersi quale futuro per l' urbanistica ?

Credo che proprio dalla realtà che stiamo vivendo, con i suoi forti tratti di disorientamento – come emerge in modo così efficace anche dal Manuale – provenga una forte richiesta di pianificazione, un bisogno di pensiero lungimirante sulla funzione della città nella sua dimensione di spazio politico per eccellenza, sul diritto, della persona e della comunità, alla città, alla coesione sociale, all'inclusione, alla sostenibilità.

Tutto questo porta necessariamente a una domanda forte di pianificazione pubblica; pone quella che è stata definita in modo molto persuasivo anche "la necessità di una sicura guida della mano pubblica"[10].

Se questo deve essere il tempo della rinascita, della rigenerazione della città, la pianificazione delle Istituzioni deve tornare necessariamente in primo piano, senza prendere nulla dalla retorica del piano, ma facendo riferimento a quella funzione assegnata all'ente locale dalle parole del giudice amministrativo nella cd. sentenza sul p.r.g. di Cortina, la n. 2710 del 2012 del Consiglio di Stato[11].

A distanza di dieci anni l'inquadramento utilizzato dal giudice in quella pronuncia conserva ancora tutta la propria attualità: "*In definitiva-* si osservava – *l'urbanistica, ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione, non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, così offrendone una visione affatto minimale, ma devono essere ricostruiti come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo. Uno sviluppo che tenga conto sia delle potenzialità edificatorie dei suoli – non in astratto,*

[9] *Ibidem,* 72.

[10] Così Spasiano, *Riflessioni in tema di rigenerazione urbana*, in *Riv. Giur.Urb.*, 2022, 402.

[11] In *www.giustizia-amministrativa.it*

bensì in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità ed alle concrete vocazioni dei luoghi -, sia di valori ambientali e paesaggistici, sia di esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti, sia delle esigenze economico – sociali della comunità radicata sul territorio, sia, in definitiva, del modello di sviluppo che si intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, ubicazione e di una riflessione de futuro *sulla propria stessa essenza, svolta – per autorappresentazione ed autodeterminazione – dalla comunità medesima, attraverso le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, attraverso la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio*".

In fondo siamo ancora alla ricerca della pianificazione, continuiamo ad interrogarci sul suo ruolo, sullo spazio che può occupare, ma siamo consapevoli che nel momento in cui affrontiamo il tema della ricostruzione della città, della sua rinascita, della rigenerazione urbana, non possiamo che guardare alla pianificazione di impronta pubblica; le operazioni cd. di macrorigenerazione urbana non possono che fondarsi su scelte strategiche pubbliche. La riqualificazione della città oggi infatti deve mirare anzitutto a superare e risolvere le diseguaglianze territoriali, ricostruendo il tessuto sociale, non può certo limitarsi a ragionare in una logica quantitativa incentrata sugli standards e sulla misura della trasformazione del territorio. Anche la finalità di evitare il consumo di suolo non esaurisce assolutamente il tema della rigenerazione, che richiede invece attenzione primaria ai diritti fondamentali e deve essere espressione di politiche integrate di cura dell'interesse pubblico. Saranno poi le politiche cd. di microrigenerazione a vedere protagonista l'intervento dei privati, peraltro non soltanto investitori ed imprese – in attuazione delle strategie elaborate in sede pubblica -, ma anche la cittadinanza in via di sussidiarietà orizzontale, specialmente attraverso modelli ispirati ai cd. patti di collaborazione.

3. *La partecipazione civica come fattore di legittimazione politica della pianificazione pubblica*

È evidente, per altro verso, che le politiche di pianificazione pubblica dell'oggi richiedono una forte investitura da parte della cittadinanza, la partecipazione della quale è indispensabile per ricostruire la legittimazione delle Istituzioni, per supplire a quel *deficit* di rappresentanza democratica che mostra sempre più tutti i propri limiti nel governo della cosa pubblica. La cittadinanza ha bisogno di interlocutori preposti alla cura degli interessi della comunità, la rigenerazione, la ricostruzione ur-

bana, non possono che venire da scelte strategiche pubbliche, legittimate dalla partecipazione popolare.

Del resto, gli istituti di partecipazione trovano nella pianificazione una sede fisiologica, potendo assumerne le forme più ampie e atipiche, proprio perché essa è espressione emblematica dell'autonomia degli enti locali, come se negli anni si fosse attivato una sorta di processo di ricongiunzione tra sovranità e partecipazione, determinato proprio dalla crisi dei sistemi rappresentativi. Nella migliore dottrina è infatti l'art. 5 Cost. uno dei pilastri su cui poggia la partecipazione del *quivis de populo*, espressione di quella che Allegretti nei suoi scritti considerava la 'reale' partecipazione[12] – quella non protetta da una differenziazione operata dal legislatore attraverso le norme attributive del potere – mentre Berti, nel Commentario Branca[13], ravvisava la ragion d'essere profonda dell'autonomia nella necessità di dare respiro alla partecipazione sociale, attraverso la quale le comunità possono arrivare a realizzare il giusto livello di autogoverno

Ma è proprio l'autonomia a livello comunale ad essere stata messa profondamente in crisi – come ricordavano all'inizio le parole di Filippo Salvia – in particolare per quanto riguarda la pianificazione urbanistica, a mano a mano che si affermava l'urbanistica contrattata e poi la legislazione sul Piano Casa è intervenuta facendo da vettore e moltiplicatore del virus dell'ineffettività della disciplina urbanistica, della cd. depianificazione del territorio.

4. *Sull'autonomia comunale in materia di pianificazione urbanistica: un ritorno di attenzione nella giurisprudenza costituzionale*

È però ancora la prospettiva costituzionale ad offrirci i semi del riconoscimento e di una rivitalizzazione dell'autonomia comunale in materia di pianificazione, per cercare di dare contenuto a quell'auspicio che anima l'opera di Filippo Salvia.

Negli ultimi anni la Consulta – dopo avere sancito attraverso una giurisprudenza copiosa la legittimità costituzionale di numerosi Piani Casa regionali, che trovavano una giustificazione di primario rilievo nell'Intesa del 2009 stipulata in Conferenza Unificata Stato Regioni, in una

[12] Cfr. per tutti *Democrazia partecipativa*, in *Enc. Dir.*, *Annali* IV, Milano, 2011.

[13] In Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, *Commento all'art. 5*, Bologna, 1975, 288.

materia (non è senza importanza) attribuita alla competenza legislativa concorrente dei due enti – sembra avere riportato l'attenzione sul ruolo dell'autonomia comunale nel governo del territorio, a fronte di scelte legislative regionali frutto di un indirizzo politico forse troppo dirigista e disinvolto nei confronti dei poteri comunali. Non si può invero ritenere che il giudice costituzionale abbia dato vita attraverso queste pronunce ad un indirizzo consolidato in materia, occupato com'è, caso per caso, a misurare la portata dei principi di sussidiarietà verticale e di proporzionalità nel sindacato sui limiti regionali al potere comunale di pianificazione, in un ambito di materie a propria volta diviso tra legislazione statale esclusiva in tema di "*funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*" e legislazione concorrente sul "*governo del territorio*"; non vi è alcun dubbio, però, che la Consulta sia intervenuta in modo decisivo a riportare l'attenzione sul tema dell'autonomia comunale, per troppo tempo appiattito sull'Intesa Stato- Regioni sul Piano Casa.

Ci si può limitare qui a ricordare alcune recenti pronunce che recano al loro interno più elementi di interesse, i quali, a loro volta, possono aprire anche a considerazioni ulteriori, legate ad altre recenti prese di posizione della Corte Costituzionale.

Sicuramente va richiamata la sentenza n. 179 del 2019[14], su una legge della regione Lombardia che poneva un sostanziale divieto di variante ai piani comunali vigenti – non solo *in peius* ma anche *in melius*, rispetto alla finalità di contenimento del consumo di suolo perseguita dalla normativa regionale – in attesa che fosse completata la fase transitoria prevista per l'integrazione e l'adeguamento dei piani stessi.

Si tratta di una pronuncia sulla quale si è appuntata l'attenzione della dottrina per la novità di alcuni passaggi del sindacato di legittimità da parte del giudice costituzionale, il quale – confermato in premessa che "il sistema della pianificazione" non può assurgere a "principio così assoluto e stringente da impedire alla legge regionale di prevedere interventi in deroga alla pianificazione", come già nelle sentenze nn. 46 del 2014 e 245 del 2018, sui Piani Casa di Sardegna e Abruzzo[15], ma richiamata anche la propria giurisprudenza meno recente, e anteriore alla modifica del Titolo V, quanto al fatto che "all'interno del delicato rapporto tra l'autonomia comunale e quella regionale…il potere dei comuni di autodeterminarsi in ordine all'assetto del proprio territorio non costituisce elargizione che le regioni, attributarie di competenza in

[14] In *www.cortecostituzionale.it*

[15] Sempre in *www.cortecostituzionale.it*

materia urbanistica, siano libere di compiere (sent. n. 378 del 2000) e che la suddetta competenza regionale non può mai essere esercitata in modo che ne risulti vanificata l'autonomia dei comuni" – apre poi ad un giudizio di proporzionalità da svolgersi "dapprima in astratto sulla legittimità dello scopo perseguito dal legislatore regionale e quindi in concreto con riguardo alla necessità, alla adeguatezza e al corretto bilanciamento degli interessi coinvolti". La norma impugnata sarà dichiarata illegittima in quanto non proporzionata in concreto, poichè "all'interno della complessiva funzione di pianificazione urbanistica comunale, ne ritaglia uno specifico contenuto, quello della *potestas variandi* e la sottrae ai Comuni, ritenendoli inidonei a svolgerla in nome di una esigenza di esercizio unitario rispondente a non ben definiti interessi generali…privando l'ente locale di una quota rilevante della suddetta funzione fondamentale…", che nel frattempo avrebbe potuto comunque esercitare per assicurare la finalità individuata dal legislatore regionale, senza invece limitarla a tempo sostanzialmente indeterminato.

Ma c'è un altro passaggio nella pronuncia sul quale è interessante porre l'attenzione, perché può aprire a considerazioni su un versante diverso, laddove sanziona la legge regionale "che rende i Comuni meri esecutori di una valutazione compiuta dal livello di governo superiore [in quanto] non viene previsto a favore dei primi alcuna possibilità di una motivata interlocuzione con il secondo, in contrasto …con la necessità di garantire agli stessi forme di partecipazione ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia", richiamando a tale proposito la sentenza n. 126 del 2018. Tale pronuncia[16], va ricordato, poneva l'accento, proprio con riguardo alle "funzioni comunali in materia di programmazione urbanistica, che…non godono di specifica tutela costituzionale, sebbene i poteri dei Comuni non possano essere annullati", sulla necessità di "garantire agli stessi forme di partecipazione ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia".

Anche di lì a poco, pur in una sentenza di rigetto – la n. 198 del 2019[17], su una norma regionale che allocava in capo alla Regione Campania il potere di approvazione di progetti di opere di interesse strategico – la Corte segna il confine dei poteri urbanistici comunali nella "condizione di non annullarli o comprimerli radicalmente, garantendo adeguate forme di partecipazione dei Comuni interessati ai procedimenti che ne condizionano l'autonomia".

[16] Sempre in *www.cortecostituzionale.it*

[17] In *www.cortecostituzionale.it*

Ancora più di recente, con la sentenza n. 202 del 2021[18] – di nuovo su una legge lombarda, in materia di rigenerazione urbana – la Corte affronta la questione di legittimità sempre alla luce del principio di sussidiarietà verticale, riaffermando che l'autonomia comunale "non implica una riserva intangibile di funzioni", potendo il legislatore competente "modulare gli spazi dell'autonomia municipale a fronte di esigenze generali che giustifichino ragionevolmente la limitazione di funzioni già assegnate agli enti locali"; tipicamente, in questi tempi, quell' "obiettivo generale di interesse pubblico, perseguito con disposizioni incentivanti di carattere straordinario, limitate nel tempo e operanti per zone territoriali omogenee", cui fa riferimento un'altra pronuncia di poco precedente, la n. 119 del 2020[19].

Anche in questo caso il giudizio viene sviluppato attraverso le diverse fasi del sindacato di proporzionalità, per concludere che i "Comuni lombardi vedono gravemente alterati i termini essenziali di esercizio del loro potere pianificatorio, per il fatto che risulta loro imposta una disciplina che genera un aumento non compensato, di portata potenzialmente anche significativa, del carico urbanistico…". In questa ipotesi, anzi, dalla pronuncia si può cogliere un elemento ulteriore rispetto al quadro risultante dalla n. 179 del 2019, perché, nel compiere la valutazione di proporzionalità in senso stretto della legge regionale, il sacrificio non tollerabile viene riferito ad uno degli oggetti peculiari della funzione di pianificazione, il carico urbanistico, il quale rappresenta l'indice tipico di quella trasformazione del territorio che costituisce una delle prime cause giustificatrici del potere comunale di disciplina dell'uso del territorio.

Nuovamente poi la Consulta pone l'accento sul fatto che la scelta regionale sia stata imposta ai Comuni "per di più al di fuori di qualsiasi procedura di raccordo collaborativo…".

Certamente queste recenti pronunce segnano un risveglio di attenzione sui temi dell'autonomia dell'ente locale ponendo la questione dello spazio vitale da riconoscere al potere di pianificazione urbanistica comunale. Allo stesso modo esse trovano ragione anche nel fatto che ci si sta man mano allontanando dalla stagione del Piano Casa per entrare ormai in un'epoca nella quale si pongono come ineludibili le questioni della rigenerazione urbana, della coesione sociale, della transizione ecologica, serrate in un intreccio di interessi pubblici e privati che rende doverose scelte strategiche pubbliche di governo del territorio anche su base locale.

[18] In *www.cortecostituzionale.it*
[19] In *www.cortecostituzionale.it*

5. *Segue. Il rapporto tra autonomia comunale e regionale tra sussidiarietà verticale e proporzionalità; la necessità di una compensazione procedurale 'partecipativa'*

Nella ricerca dell'autonomia da riconoscere – o da restituire – all'ente locale, non vanno peraltro sottovalutati i richiami del giudice costituzionale alla necessaria cooperazione tra istituzioni in ragione dei diversi livelli di governo del territorio coinvolti, e al ricorso a meccanismi di compensazione procedurale 'partecipativa'; essi si fondano senza dubbio sul principio di sussidiarietà verticale – quanto all'individuazione dello stadio adeguato di allocazione delle funzioni, tanto normative che amministrative – ma non paiono esaurire in quel contesto la propria forza espansiva.

L'attenzione rivolta al significato della sede procedimentale, ad un meccanismo di legalità procedurale che deve supplire all'assenza di limiti predefiniti nell'allocazione delle funzioni di tutela di interessi che si distribuiscono su una pluralità di livelli territoriali, apre infatti a riflessioni di stampo ulteriore, che vanno al di là della necessità di assicurare il raccordo tra enti, e spostano l'attenzione su di un diverso filone della giurisprudenza costituzionale che sta emergendo con una certa frequenza negli ultimi anni, il quale, in diverso modo torna a mettere al centro la funzione del procedimento amministrativo; e ciò è particolarmente degno di nota, perché avviene proprio con particolare riguardo agli atti di pianificazione "da adottarsi a seguito di un'adeguata istruttoria e di un giusto procedimento, aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati e preordinato alla valutazione e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (statali, locali, private)"[20], arrivando talora a configurare espressamente per questi atti una "riserva di procedimento amministrativo"[21], sulla quale vale la pena di soffermarsi per alcune considerazioni.

Del resto, il raccordo tra enti trova la propria ragion d'essere nient'altro che nella necessità di confrontare e coordinare i diversi interessi di cui questi siano portatori.

In via generale si può parlare oggi di un orientamento dal quale emerge un *favor* del giudice costituzionale per il procedimento pianificatorio come 'luogo elettivo di garanzia' per gli interessi sensibili coin-

[20] Così Corte Cost. n. 66 del 2018, in *www.cortecostituzionale.it*

[21] Cfr. tra le altre Corte Cost. nn. 177 del 2021 e 121 del 2022, in *www.cortecostituzionale.it*

volti nell'uso del territorio, che merita una riflessione approfondita. Ciò proprio per la sua natura di procedimento di 'area vasta', collettore di una pluralità di interessi pubblici e privati, da comporre in quella tutela sistemica che si oppone ai cd. diritti tiranni, ormai da tempo disegnato dal giudice costituzionale come lo scenario necessitato entro cui si muovono anche gli interessi costituzionali primari[22].

Come avviene sempre nel sindacato della Corte, ogni pronuncia reca in sé dei profili innati di specificità, legati al contesto normativo interessato, alla natura del riparto di competenze fra Stato e Regione, ai parametri di volta in volta richiamati, eppure, al di là degli aspetti particolari, la giurisprudenza cui si fa riferimento sembra considerare oggi i procedimenti pianificatori – nei quali il potere di valutazione tecnica della consistenza degli interessi si intreccia, mitigandosi, con l'esercizio della discrezionalità amministrativa, quanto alla loro ponderazione e comparazione – l'unica sede di (tendenziale) effettivo bilanciamento in concreto degli interessi pubblici, oltre che privati, e in particolare di quelli sensibili.

Non si può dimenticare infatti che, quando si tratti di scendere poi sul piano delle pronunce sulle istanze di utilizzo del territorio avanzate dal privato, ci si trova nuovamente di fronte alla giurisprudenza costituzionale, questa volta 'ferrea', però, nel sostenere le ragioni della semplificazione, espressione di un livello essenziale delle prestazioni, capace di assicurare quella concentrazione dell'esercizio delle funzioni amministrative, in chiave di celerità e razionalizzazione oggi richieste dal mercato[23]; ma causa allo stesso tempo di un progressivo svuotamento di funzione delle regole procedurali, in quanto finalizzate a garantire in concreto una puntuale, adeguata, valutazione degli interessi in gioco.

6. *Verso una riserva costituzionalmente garantita dei procedimenti di pianificazione a fronte della progressiva perdita di senso dei procedimenti amministrativi 'semplificati'*

Di fronte ad una progressiva perdita di senso del procedimento amministrativo nella sua accezione più consueta, via via compresso da

[22] Cfr. in questo senso già Corte Cost. n. 85 del 2013, la cd. sentenza sul caso ILVA, in *www.cortecostituzionale.it*

[23] Sia consentito a tale proposito il rinvio a MARZARO, *Il silenzio assenso e l'infinito della semplificazione. La scomposizione dell'ordinamento nella giurisprudenza sui procedimenti autorizzatori semplificati*, in *Riv.giur.urb*., 2022.

meccanismi di semplificazione ispirati a una corsa contro il tempo che assume sempre più le sembianze di una rinuncia preventiva ad assicurare la cura degli interessi pubblici, non si può dunque ignorare questa 'riserva di amministrazione' che il giudice costituzionale sembra costruire attorno ai procedimenti di pianificazione in quanto aventi ad oggetto la pluralità di interessi che con diverso peso ricadono sul territorio, anche se i percorsi che segue per arrivare a configurarla sono diversi, e non ancora pienamente compiuti.

Ormai dotato di una notevole stabilità è l'orientamento che si è sviluppato in materia di fonti rinnovabili – rientranti nella competenza concorrente sulla "*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*" di cui all'art. 117, terzo comma, e in particolare per quanto riguarda la disciplina dell'art. 12 D.Lgs. n. 387 del 2003, con le relative Linee Guida approvate in sede di Conferenza Unificata e investite della stessa forza di principio fondamentale riconosciuto alla norma primaria – in relazione ad una pluralità di leggi regionali che provvedevano direttamente all'individuazione delle "*aree e siti non idonei all'installazione di specifiche tipologie di impianti*", che invece, com'è noto, la normativa statale riserva ad uno specifico atto di pianificazione regionale, con cui si "*conciliano le politiche di tutela dell'ambiente e del paesaggio con quelle di sviluppo e valorizzazione delle energie rinnovabili…*". A tale proposito – osserva la Corte – "una normativa regionale, che non rispetti la riserva di procedimento amministrativo e, dunque, non consenta di operare un bilanciamento in concreto degli interessi, strettamente aderente alla specificità dei luoghi, impedisce la migliore valorizzazione di tutti gli interessi pubblici implicati" (così tra le altre Corte Cost. n.216 del 2022[24]) oltre a violare, di riflesso, anche il principio della massima diffusione degli impianti da fonti di energia rinnovabili.

Appare ormai consolidato questo orientamento della Consulta, la quale non teme di parlare a questo proposito di riserva di procedimento, sottolineando peraltro la finalità che la giustifica, dal momento che "l'atto di pianificazione contiene criteri che presiedono alla determinazione, attuata con il singolo atto autorizzativo, vòlta a comporre in concreto i tanti interessi coinvolti"[25].

Ecco allora che tale riserva assicura "il bilanciamento in concreto degli interessi che il legislatore statale affida al procedimento amministrativo", ma ha anche sostanzialmente lo scopo di assorbire a monte una par-

[24] In *www.cortecostituzionale.it*

[25] Così Corte Cost. n. 177 del 2021, in *www.cortecostituzionale.it*

te consistente della discrezionalità che presiede a siffatto bilanciamento, a fronte delle finalità di semplificazione e celerità che devono poi essere garantite a valle dal procedimento unico autorizzatorio richiesto per la costruzione e l'esercizio dell'impianto (di cui sempre al citato art. 12); in piena coerenza, quindi, rispetto a quanto si osservava in precedenza sulla progressiva perdita complessiva di ruolo del procedimento amministrativo quando sia investito dalle misure di semplificazione e debba ormai soddisfare un altro interesse pubblico primario, quello alla celerità dell'esercizio del potere.

Ma la Corte non configura una riserva di procedimento amministrativo utilizzando solo gli specifici parametri propri delle singole fattispecie.

Ancora più interessanti sono quelle pronunce nelle quali il giudice, per rafforzare la riserva allarga il proprio sguardo sulla funzione in sé del procedimento amministrativo, usa l'endiadi "riserva di procedimento e della relativa istruttoria"[26], osservando – sempre con riguardo alla pianificazione per l'installazione delle fonti rinnovabili – che la relativa "valutazione può e deve utilmente avvenire nel procedimento amministrativo, la cui struttura rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei princìpi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241"[27]. Ma anche in relazione a fattispecie diverse – in questo caso il Piano di gestione dei rifiuti approvato con legge regionale e non con atto amministrativo, pur in assenza di un esplicito vincolo in tal senso da parte del legislatore statale – la Corte ha precisato che "le norme statali che rimettono la definizione di interventi regionali ad atti di pianificazione devono intendersi prescrittive della forma dell'atto amministrativo; solo così infatti è possibile assicurare le garanzie procedimentali per un giusto equilibrio tra i vari interessi in gioco… Del resto – si prosegue – l'atto amministrativo costituisce il punto di approdo di un'adeguata attività istruttoria svolta nella sede procedimentale, aperta al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati, e quindi preordinata all'apprezzamento e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (siano esse statali, locali o private); è in tale sede che dette istanze possono adeguatamente emergere ed essere valutate in modo trasparente, e ciò non solo a garanzia dell'imparzialità della scelta – nel rispetto del principio di cui all'art. 97 Cost. – ma anche e soprattutto

[26] Così Corte Cost. n 121 del 2022, in *www.cortecostituzionale.it*
[27] Così Corte Cost. n. 106 del 2020, in *www.cortecostituzionale.it*

per il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario coinvolto…"[28] .

Il riferimento alle garanzie riconosciute dall'ordinamento nei confronti dell'azione amministrativa accompagna anche altre pronunce della Corte, che arrivano talora ad utilizzare espressamente come parametro generale di legittimità anche l'art. 97, ponendo quindi al centro del proprio sindacato i canoni fondamentali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Parla di "implicita riserva di amministrazione" Corte Cost. n. 258 del 2019 – sull'approvazione con legge, anziché con atto amministrativo, del calendario venatorio – con riferimento ancora una volta alla garanzia di "un'istruttoria approfondita e trasparente anche ai fini del controllo giurisdizionale"; mentre due pronunce dell'anno precedente, utilizzano espressamente il parametro dell'art. 97 Cost. Con la sentenza n. 69 del 2018[29] – sempre in tema di energie rinnovabili di cui all'art. 12 del D. Lgs. n. 387 del 2003 – la Corte ha sì fatto valere il "principio di massima diffusione degli impianti di energia a fonte rinnovabile", il quale "può trovare eccezione in presenza di esigenze di tutela della salute, paesaggistico-ambientale e dell'assetto urbanistico del territorio", ma ha preferito poi concentrarsi sulle virtù del procedimento amministrativo, piuttosto che fondare la pronuncia di illegittimità sulla riserva di procedimento di cui alla normativa speciale.

E così si diffonde sull'essenza della sede procedimentale nella quale "può e deve avvenire la valutazione sincronica degli interessi pubblici coinvolti e meritevoli di tutela, a confronto sia con l'interesse del soggetto privato operatore economico, sia ancora (e non da ultimo) con ulteriori interessi di cui sono titolari singoli cittadini e comunità, e che trovano nei princìpi costituzionali la loro previsione e tutela. La struttura del procedimento amministrativo, infatti, rende possibili l'emersione di tali interessi, la loro adeguata prospettazione, nonché la pubblicità e la trasparenza della loro valutazione, in attuazione dei princìpi di cui all'art. 1 della legge 7 agosto 1990, n. 241…", così venendo garantita "in primo luogo, l'imparzialità della scelta, alla stregua dell'art. 97 Cost., ma poi anche il perseguimento, nel modo più adeguato ed efficace, dell'interesse primario, in attuazione del principio del buon andamento dell'amministrazione, di cui allo stesso art. 97 Cost.".

Legata a tale pronuncia è quella coeva n. 66 del 2018, già ricordata in

[28] Così Corte Cost. n. 28 del 2019, in *www.cortecostituzionale.it*

[29] In *www.cortecostituzionale.it*

precedenza, su un caso di disciplina con legge regionale delle attività di cava, rimesse invece dallo stesso legislatore regionale al Piano regionale delle attività di cava, da attuare poi con appositi Piani provinciali. In questa ipotesi la Corte non rinnega la propria giurisprudenza in materia di leggi provvedimento ribadendone però la necessaria sottoposizione ad uno scrutinio di stretta costituzionalità, che in questo caso porta all'illegittimità della legge perché essa "incide su procedimenti di piano che intrecciano strettamente competenze statali (la tutela ambientale e la pianificazione paesaggistica) e regionali (la disciplina delle cave e delle torbiere)", laddove invece la Regione avrebbe dovuto operare con atti di pianificazione, da "adottarsi a seguito di un'adeguata istruttoria e di un giusto procedimento, aperto al coinvolgimento degli enti territoriali e dei soggetti privati interessati e preordinato alla valutazione e alla sintesi delle plurime istanze coinvolte (statali, locali, private)", ancora una volta insistendo sulla necessaria "ponderazione degli interessi emersi nella sequenza procedimentale, in vista del perseguimento del primario interesse pubblico, in coerenza con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97, secondo comma, Cost.".

7. *Conclusioni; sull'individuazione di un nucleo intangibile del potere di pianificazione comunale a partire dalla necessaria conoscenza delle specificità nelle quali la comunità si riconosce. La riserva di procedimento e della relativa istruttoria: verso un giusto procedimento di pianificazione costituzionalmente garantito?*

Cosa può venire dunque da questi semi gettati dal giudice costituzionale, per rispondere alle domande che hanno animato questo incontro (per aver animato anzitutto il Manuale di Filippo Salvia)?

In questa sede è possibile solo tracciare alcuni cenni che possono però aiutare a segnare la ripresa di una riflessione ampia sui temi della pianificazione urbanistica e dell'autonomia comunale in tale sede.

Certamente, come si ricordava in precedenza, non è senza peso il periodo diverso che le amministrazioni e le comunità stanno vivendo, rispetto a una lunga stagione di deroghe alla pianificazione in funzione di sostegno all'economia, che ha causato anche pesanti mortificazioni all'autonomia comunale e alle comunità.

Il grande dibattere di rigenerazione urbana, la ricerca della ricostruzione della città e della comunità, non possono prescindere da scelte strategiche da parte delle istituzioni pubbliche, le quali devono fondarsi

necessariamente sulla conoscenza dello stato – materiale e immateriale – del territorio e dei bisogni della collettività, e sul confronto e la condivisione con i privati; tutto ciò, è evidente, rimette in gioco il ruolo primario della pianificazione pubblica.

Anzi, se la Corte costituzionale nell'affrontare il tema della spettanza al Comune del potere di pianificazione, richiama ad una sorta di nucleo intangibile, che richiede comunque il confronto necessario con l'ente locale, allo scopo di non annullare o comprimere radicalmente il potere di pianificazione, si potrebbe iniziare a costruire questo nucleo essenziale proprio a partire dalla necessaria conoscenza delle specificità del territorio, quelle che richiedono il confronto e l'elaborazione di scelte, locali[30], con la partecipazione dei cittadini, espressione imprescindibile dell'indirizzo politico del Comune.

Una limitazione ragionevole dell'autonomia dell'ente non può mai andare a sacrificare tali specificità rispetto alle quali si riconosce e interagisce anche la comunità, oltre che, eventualmente, coinvolgere differenti livelli di amministrazione pubblica. Del resto quale altro può essere l'oggetto di quella che lo stesso giudice costituzionale riconosce in capo ai Comuni, definendola "riserva di tutela attuabile mediante una delibera di sottrazione, per an o per quomodo, all'applicazione della normativa derogatoria al piano casa "[31] se non la riserva all'autonomia dell'ente locale della funzione di disciplina di ciò che caratterizza il proprio territorio e ne definisce le peculiarità e i bisogni particolari ?

D'altra parte, anche nell'ultima pronuncia sul potere comunale di pianificazione urbanistica – la n. 202 del 2021 – la Corte ha ritenuto di richiamare la giurisprudenza amministrativa sull'essenza del potere di pianificazione, espressione dell' "intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico del medesimo"[32], in quanto "rivolto alla realizzazione contemperata di una pluralità di differenti interessi pubblici, che trovano il proprio fondamento in valori costituzionalmente garantiti"[33].

Là dove quindi non operino limiti al potere di pianificazione che

[30] Osserva in proposito anche SPASIANO, *op. cit.*, 403, che "anche per avviare processi di rigenerazione urbana occorre un'ampia condivisione in ordine alle condizioni in cui si versa e alle concrete reali prospettive di sviluppo…".

[31] Così Corte Cost. n. 119 del 2020, in *www.cortecostituzionale.it*

[32] Così Cons. Stato, IV, n. 821 del 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*, indirettamente richiamata dalla Consulta, attraverso il rinvio alla pronuncia di cui alla nota successiva.

[33] Così Cons. Stato, IV, n. 2780 del 2018, in *www.giustizia-amministrativa.it*

vengano da scelte diversamente configurate a garanzia di interessi primari, o da interessi effettivamente allocati su livelli territoriali diversi, non si potrà intervenire su di esso per soffocare la conoscenza e l'autonomia delle scelte relative alle specificità del territorio, quelle che lo consegnano all'ente esponenziale perchè ne sia curato lo sviluppo.

Peraltro, se la garanzia delle scelte di pianificazione fondate sulla conoscenza del territorio da 'governare' – nelle sue componenti materiali e immateriali – e il confronto con la collettività, rappresentano il nucleo essenziale del relativo potere di pianificazione, l'autonomia del Comune finisce per essere rafforzata sicuramente anche dalla 'riserva di procedimento e della relativa istruttoria' che la Consulta va lentamente costituzionalizzando. La sede pianificatoria – nella quale converge quella pluralità di interessi pubblici che si fondano su valori costituzionalmente garantiti cui fa riferimento espresso anche il giudice costituzionale – non può che apparire necessitata se finalizzata ad assicurare, attraverso l'esercizio del potere di indirizzo politico, lo sviluppo armonico del territorio basato sulla sua conoscenza, sulla comparazione e sul bilanciamento degli interessi che ne consegue.

È vero che nella giurisprudenza ricordata il principio della riserva di procedimento sembra aver trovato più naturale collocazione nel caso in cui si tratti di curare interessi speciali, sensibili, mentre lo strumento di pianificazione urbanistica è espressione tipica dei poteri spettanti ad un ente a fini generali – l'art. 13 TUEL considera il "*settor*[e] *organic*[o] *dell'assetto e utilizzazione del territorio*", *species* della categoria generale costituita da "*tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione e il territorio comunale*" -, come tale passibile di subire in modo più ampio da parte del legislatore limitazioni finalizzate al soddisfacimento di interessi differenziati o comunque collocati su di una base territoriale diversa. Basti pensare alla procedura 'separata' di VAS richiesta per i piani urbanistici, ai limiti derivanti dalla presenza di beni culturali e paesaggistici sul territorio, a quelli derivanti dalla realizzazione di opere pubbliche, o alla congerie di interventi normativi in tema di risparmio energetico e transizione ecologica.

E anche l'onere di motivazione particolarmente 'mite' tipico delle scelte urbanistiche, avente "carattere generale e soddisfatto con l'indicazione dei profili generali e dei criteri che sorreggono le scelte effettuate, senza necessità di una motivazione puntuale e mirata"[34] – salvo i noti casi particolari in cui si configurino specifiche aspettative di diritto – parreb-

[34] Così Cons. Stato, IV, n. 821 del 2017, *cit.*

be argomento che conferisce minore robustezza alla riserva di amministrazione, rispetto agli altri procedimenti pianificatori.

Questa 'permeabilità' maggiore della pianificazione urbanistica, non pare tuttavia in grado in grado di sottrarla allo spazio da riconoscere alla riserva di procedimento, soprattutto se la si costruisce come "giusto procedimento" utilizzando il parametro fondamentale dell'art. 97 Cost.

La Corte ha più volte utilizzato il diverso parametro dell'art. 9 Cost e del principio di concertazione rigorosamente necessaria in sede di pianificazione paesaggistica, per 'salvare' indirettamente il potere di pianificazione urbanistica comunale in quanto da concertare con gli organi del MIC ai sensi dell'art. 145 del Codice, di fronte ad interventi del legislatore regionale che conformassero il relativo potere in contrasto con il "principio di prevalenza della tutela paesaggistica"[35]. In passato però non ha mancato anche di fare specifico riferimento alla necessità del procedimento di pianificazione, com'è avvenuto in un caso di proroga con legge regionale di tutti i piani delle aree di sviluppo industriale, anche di quelli scaduti, per violazione, tra gli altri, anche dei principi di legalità e di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., in quanto veniva permessa una reiterazione dei vincoli urbanistici in "assenza di una qualsivoglia valutazione degli interessi pubblici e privati coinvolti … dal rinnovo dei vincoli" e in assenza della corresponsione di un indennizzo; secondo la Consulta "l'effetto di limitare i diritti dei cittadini, attraverso la reviviscenza dei piani… non avrebbe potuto prescindere dalla procedimentalizzazione di una verifica, caso per caso, della persistente attualità dell'interesse allo sviluppo industriale a distanza di tempi anche considerevoli, sugli specifici contesti territoriali, in rapporto all'interesse dei proprietari"[36].

D'altra parte, è lo stesso giudice amministrativo a porre in evidenza che "come accade nei casi in cui la decisione finale è rimessa dal legislatore ad un organo collegiale…, la motivazione di questa difficilmente può essere desunta da un unico 'documento' sul quale si definisce e manifesta l'esercizio della potestà discrezionale dell'amministrazione…. Al contrario, è del tutto ragionevole che tale volontà, oltre che desumersi dal dibattito in seno all'organo e da eventuali documenti (ordini del giorno, mozioni e simili, puntualmente messi in votazione ed approvati), si estrinsechi anche (e soprattutto) per il tramite di documenti tecnici redatti da organi ed uffici diversi, tuttavia sottoposti all'esame ed alla

[35] Da ultimo Corte Cost. n.187 del 2022, in *www.cortecostituzionale.it*

[36] Corte Cost. n. 314 del 2007

adozione del decidente… E ciò a maggior ragione laddove un organo come il consiglio comunale non si limiti a definire un generale indirizzo politico – amministrativo dell'ente cui è legato da rapporto di immedesimazione, ma debba effettuare concrete scelte di pianificazione urbanistica che, se esprimono in generale una 'visione' dello sviluppo della comunità e del suo territorio, si sostanziano 'a valle' in puntuali definizioni (zonizzazioni) del territorio e delle sue potenzialità, che abbisognano di una rappresentazione tecnico-giuridica e grafica, che certamente travalica le competenze dell'organo decidente"[37].

Ciò fa apparire dunque necessaria quella 'riserva di valutazione istruttoria' anche per ciò che riguarda l'esercizio del potere di valutazione tecnica sul quale pone fortemente l'accento la Consulta per giustificare la riserva di amministrazione; ma non vi è dubbio che la natura del piano come atto di espressione emblematica dell'indirizzo politico dell'ente possa portare ad una valorizzazione in sede costituzionale di tale riserva, soprattutto se si guarda, oggi, alle esigenze della rigenerazione urbana.

Se, come si affermava in precedenza, la riqualificazione delle città, la loro rigenerazione, deve mirare anzitutto a ricostruire il tessuto sociale, è il procedimento il luogo necessario della conoscenza, non tanto e non solo dello stato del territorio dal punto di vista fisico, materiale, quanto dei suoi bisogni e dei bisogni della comunità e delle persone. È questa l'occasione per lo sviluppo del 'giusto procedimento di pianificazione', quello indispensabile per valorizzare il confronto con la cittadinanza, anche con l'utilizzo degli strumenti della sussidiarietà orizzontale e dell'amministrazione condivisa.

È nel procedimento di pianificazione urbanistica – pur stretto come un vaso di coccio tra vasi di ferro – come luogo essenziale della partecipazione, del confronto e della collaborazione necessaria per assicurare lo sviluppo armonico del territorio, che trova ragione la riserva di amministrazione, e si può mettere un altro tassello verso quella costituzionalizzazione del principio del giusto procedimento che si è fermata per decenni alla sentenza della Corte Costituzionale n. 13 del 1962, e che oggi invece potrebbe offrire garanzie inaspettate a fronte di una politica di semplificazione che sta svuotando sempre di più il procedimento amministrativo, ormai 'parvenza' della funzione; senza dimenticare che attraverso questa riserva è anche lo stesso principio di autonomia locale ad uscirne rafforzato, dal momento che esso, come si ricordava più sopra, rappresenta uno dei pilastri su cui poggia la partecipazione dei privati e della comunità alle scelte di autogoverno dell'ente.

[37] Così sempre Cons.Stato, IV, n. 821 del 2017, *cit* .

LA MALASORTE DELLA *VICINITAS*: ULTERIORE SEGNO DEI TENTATIVI DI ROTTURA DELLA GLORIOSA TRADIZIONE DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA

di Marco Mazzamuto*

"Egli è che le funzioni che comunemente si designano sotto l'espressione tecnicamente felice ed esatta di giustizia amministrativa sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali; e il compararle a queste ultime non è un nobilitarle, come generalmente si crede, ma un rinvilirne la natura"
(Santi Romano 1901)

1. In una recente pronuncia dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (09.12.2021 n. 22) si è ritenuto di restringere il *locus standi* in ambito urbanistico-edilizio rispetto al consolidato criterio della *vicinitas*.

La statuizione prospettata non è riducibile ad una valenza settoriale, non solo perché la *vicinitas* è un criterio che non riguarda soltanto l'ambito urbanistico-edilizio, ma anche e soprattutto perché la pronuncia riflette l'emergere di orientamenti innovativi di rilievo sistematico rispetto alla tradizione della giustizia amministrativa, di cui si ha già traccia in diverse statuizioni della stessa Adunanza nell'ultimo decennio.

L'evocata pronuncia infatti non si è dovuta più muovere attorno all'ormai abrogato art. 31 della legge urbanistica (del "chiunque" che può "ricorrere contro il rilascio della licenza edilizia"), potendo il ragionamento, libero dal precedente vincolo legislativo, dipanarsi e trovare soluzione, come si afferma espressamente, "entro gli schemi generali" del codice del processo amministrativo.

* Sono assai grato agli organizzatori, Maria Immordino e il mio Maestro Guido Corso, per avermi consentito di partecipare agli scritti in onore del carissimo Professore Filippo Salvia, modello esemplare di arguzia, non solo scientifica, tutta siciliana e di gentilezza d'animo, e nei confronti del quale nutro da sempre un sentimento profondo di stima e di affetto, oltre che di graditudine per le lunghe chiaccherate con le quali, già da giovane studioso di diritto amministrativo, mi ha accolto benevolmente nella nostra comunità scientifica palermitana.

L'assunto principale è costituito allora dall'esigenza di affermare, appunto *generaliter*, "la distinzione e l'autonomia tra legittimazione e interesse al ricorso quali condizioni dell'azione", secondo un espresso richiamo al modello processualcivilistico di cui all'art. 100 c.p.c., a cui si collega la concezione soggettiva della tutela del processo amministrativo: occorre dunque un doppio filtro.

Ciò significa che non potrà più praticarsi alcun automatismo nel senso che dal momento differenziante della legittimazione derivi presuntivamente l'interesse a ricorrere. Così, se la *vicinitas* continua a mantenere rilievo ai fini della legittimazione, essa non è più, al contempo, di per sé costitutiva dell'interesse ricorrere, dovendosi altresì accertare un *quid pluris*, e cioè che l'atto impugnato produca in capo al ricorrente l'effettiva (e non appunto presunta) lesione di un suo interesse meritevole di tutela.

Ma non si tratta solo della messa in campo del doppio filtro. È possibile anche un altro percorso, se si vuole, più sottile, e cioè quello di effettuare una differenziazione tra vizi, sotto almeno sotto due profili.

In primo luogo, rispetto ai vizi formali, nell'affermare, come si dice sempre nella citata pronuncia, che "l'interesse ad agire dovrebbe … escludersi nei casi in cui" l'atto "impugnato fosse affetto da vizi solamente formali o procedurali, sicuramente emendabili, quand'anche ne fosse possibile l'annullamento": che, come si capisce dall'ultimo inciso, è qualcosa di più della (*de jure condendo* già discutibile) non annullabilità per vizi formali stabilita dalla legge. Torna alla mente Lodovico Mortara che, per quanto assai sensibile all'importanza della giustizia amministrativa, era pur sempre un processualcivilista e, non caso, è stato un (dimenticato) antesignano dei vizi formali, che potrebbero risultare sterili per l'interesse del ricorrente, proprio perché emendabili, ma per i quali, in luogo dell'annullamento, prospettava comunque la tutela risarcitoria[1].

In secondo luogo, nel modulare il rilievo dei vizi a seconda della loro attinenza o meno all'interesse vantato dal ricorrente, sicché non manca traccia in taluni rivoli giurisprudenziali che, in luogo del normale e generale, in linea di principio, avvalimento di qualsivoglia previsione di diritto pubblico, occorra discernere sull'interesse tutelato dalla norma presa a parametro di legittimità dal ricorrente, con tutto ciò che ne può conseguire in ordine all'ammissibilità di un motivo o alla stessa configu-

[1] Si rinvia a M. Mazzamuto, *La monetizzazione delle garanzie formali: da Lodovico Mortara ad Antonio Romano Tassone*, in *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, II, Napoli, 2017, 1173 ss.

rabilità dell'interesse a ricorrere. Si pensi, per limitarci ad un esempio, alle disquisizioni giurisprudenziali sul fatto che un'associazione ambientalista, in sede di impugnazione di un piano regolatore, possa o meno far valere non solo le violazioni delle norme di tutela ambientale, ma anche le violazioni delle norme urbanistiche.

In questo vi era stato invero già un segno del legislatore, quando, nel lontano 1990, riguardo alla comunicazione di avvio del procedimento, si disponeva che "l'omissione di taluna delle comunicazioni prescritte può esser fatta valere solo dal soggetto nel cui interesse la comunicazione è prevista": previsione (tuttora vigente) che poteva e potrebbe ancora ritenersi, *a contrario*, un'espressa deroga legislativa ai principi.

Si tratta nel complesso di un vero e proprio attacco alla tradizione, che presenta ormai, pur con diverse graduazioni, ravvisabili evidenze, per quanto non si può dire che si sia arrivati a capovolgere un sistema glorioso, quello della giustizia amministrativa, sedimentato nell'arco di due secoli, rimanendo ancora apprezzabile un margine consistente di diversità rispetto al ristretto ordito civilistico del *locus standi*.

Possono così già registrarsi applicazioni severe dei principi della Plenaria in materia di *vicinitas*, ma anche, andando ad altri ambiti, soluzioni più compromissorie. È, giusto per fare un esempio, il caso dell'impugnazione degli atti di dimensionamento delle reti scolastiche: se si dà per scontata la legittimazione e l'interesse a ricorrere dei Comuni coinvolti, si è invece attivato il doppio filtro nei confronti di genitori e personale scolastico, unitamente però all'importante precisazione che i ricorrenti saranno tenuti soltanto ad un principio di prova in ordine ai pregiudizi che dovranno verosimilmente affrontare.

2. Vale a questo punto la pena, pur sinteticamente, di riportare alla memoria i principi della tradizione.

Uno dei tratti, insieme ad altri, che ha da sempre caratterizzato il maggior garantismo del sistema giuspubblicistico è l'ampiezza del *locus standi*. Era questa un'eredità della preziosissima tradizione graziosa, basata sulla selezione equitativa degli interessi che potevano accedere alla tutela (*ubi remedium ibi ius*), ben al di là del più angusto novero di interessi giuridicamente rilevanti ereditati dalla tradizione privatistica.

Quando l'organo della giustizia graziosa assunse nell'ultima parte del XIX sec. la "formale" veste giurisdizionale (in Francia con la giustizia delegata, in Italia con la IV Sezione), si dovettero trovare dei puri

escamotage per mantenere questa tradizione nel contesto di un sistema di *civil law*, dove anche il giudice-pretore doveva adesso (quantomeno) apparire come sottoposto soltanto alla legge, cui dare applicazione, non diversamente da un "semplice" (direbbe Santi Romano) giudice civile.

La difficoltà era evidente: dove possiamo mai trovare le leggi che contemplano espressamente quel novero di interessi sin lì tutelati dalla giustizia graziosa? Dobbiamo ricacciarli nell'irrilevanza giuridica, per intenderci, nel "ch'ei si rassegni" del nostro Mancini, figlio ideologico del duca de Broglie?

Si inventò così l'interesse occasionalmente protetto, sicché l'interesse pubblico contenuto nella norma, di cui si poteva dire che si faceva applicazione, diveniva un comodo contenitore per continuare nell'ampiezza del *locus standi*; o si inventò, sempre allo stesso fine, l'idea della giurisdizione di diritto obiettivo per giustificare il mantenimento di un filtro non stringente sulle condizioni dell'azione.

Ben inteso si trattò di finzioni, di veri e propri fantasmi del pensiero giuridico: la norma che prevede l'interesse pubblico, di regola, non diceva (e continua ancor oggi a non dire) nulla su quali siano gli interessi occasionalmente protetti, sicché poté perpetuarsi la loro selezione equitativa, e parimenti, come si è in diverse occasioni osservato[2], la giustizia amministrativa non ha mai avuto i caratteri di una giurisdizione di diritto obiettivo, considerazione cui ha finito per accedere la stessa dottrina francese: "la dottrina dell'epoca si sforzò di dimostrare che il giudice dell'eccesso di potere non conosceva che di questioni di diritto obiettivo. Ma la realtà era piuttosto che il ricorso per eccesso di potere serviva a difendere degli interessi puramente individuali, dei diritti subiettivi *lato sensu*, ovvero sia delle situazioni giuridiche soggettive"[3].

Sotto entrambe le finzioni, pur nella larghezza del *locus standi*, non si pervenne mai, al più ci si avvicinò, ad un'azione popolare e non mancarono mai interessi che rimasero fuori dalla porta. In altre parole, rispetto al sistema privatistico, la maglia era ben più larga, ma una maglia pur sempre c'era.

Senza potere qui riprendere le vicende ottocentesche della giustizia graziosa, è sufficiente del resto richiamare l'autorità di Édouard Laferrière, che compose il suo *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* in un momento significativo, successivamente cioè

[2] Si consenta un rinvio già a M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 137 ss.

[3] N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Parigi, 2003, 303.

all'avvenuto passaggio alla giustizia delegata (1872), e che non poteva non affrontare anche il tema delle condizioni di ricevibilità del *recours pour excès de pouvoir*[4].

Si richiama sinteticamente la larghezza di accesso ai rimedi amministrativi della tradizione graziosa che "non sono sottomessi alle stesse condizioni d'idoneità legale delle azioni propriamente dette" , ma ponendo subito il problema che, con il passaggio alla giustizia delegata, da quando il *recours pour excès de pouvoir* "ha definitivamente preso il carattere di una vera e propria azione", occorre ricostruire l'istituto alla luce delle condizioni generali di coloro che agiscono *en justice.*

Ma non si intende così affatto rinunciare alla larghezza graziosa. Da un lato, il ricorso deve rimanere fondato su "un interesse diretto e personale", secondo "una regola da lungo tempo consacrata dalla giurisprudenza" (cioè già dalla giurisprudenza graziosa), d'altro lato, questa regola "sembra più larga della regola ordinaria relativa alle azioni" (cioè la larghezza del *locus standi* sempre della tradizione graziosa).

Ed infatti se l'interesse diretto e personale "non sarà da confondere con l'interesse generale e impersonale che ogni cittadino può avere a che l'amministrazione si fermi nei limiti della legalità; un tal interesse può bastare per ispirare una petizione ai poteri pubblici, ma non per giustificare un'azione davanti ad una giurisdizione contenziosa; questa azione non può fondarsi che su gli interessi propri del ricorrente"; al contempo, tale interesse diretto e personale "non è necessariamente un interesse pecuniario o materiale; un interesse morale può bastare, purché tocchi direttamente l'autore del ricorso", né è necessario che quest'ultimo "sia nominalmente indicato nell'atto impugnato".

Lafferrière presenta anche esemplificazioni del ricorso per eccesso di potere, tratte dalla giuriprudenza graziosa (*ante* 1872), dove emerge un largo criterio simile alla *vicinitas*: così la giurisprudenza ha riconosciuto il *locus standi* agli albergatori stabiliti nei pressi di una fiera per impugnare un ordine che ne cambia la posizione e si traduce in una diminuzione della clientela (Conseil d'État 14 août 1865 *habitants de Richelieu*) o ai negozianti, vicini ad una stazione ferroviaria di cui fanno uso per le loro spedizioni, al fine di impugnare una decisione che ordina il trasferimento della stazione (Conseil d'État 20 août 1864 *Mesmer*), o ai proprietari per impugnare i piani di allineamento delle strade pubbliche (Conseil d'État 21 mai 1867 *Cardeau*) e che, pur non subendo un danno diretto

[4] É. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, II, Parigi, 1888, 407 ss.

e materiale che darebbe in ipotesi luogo al diritto ad un risarcimento, hanno un "interesse" che "non sarà meno ricevibile a formare un ricorso per eccesso di potere, invocando un danno meno caratterizzato, non interessante che la comodità o la godibilità del proprio immobile" (la commodité ou l'agrément de son immeuble).

In altre parole, la giustizia amministrativa, quantomeno nel suo rimedio principale (il ricorso per l'annullamento), e prescindendo da quello che si chiamava il contenzioso amministrativo in senso stretto, è sempre stata caratterizzata da un'ampiezza del *locus standi*, figlia della selezione equitativa degli interessi rimontante alla tradizione graziosa e rimasta viva nelle corde di un giudice-pretore che assunse le vesti formali della giurisdizione.

Il tratto significativo di apertura alla cd. tutela del "terzo", che spesso viene messo in campo rispetto alla diversa tradizione privatistica, non è altro, come si è evidenziato anche in altre occasioni, che il precipitato della stessa ampiezza degli interessi protetti nell'ambito di rapporti multipolari.

Anche qui possiamo evocare antichi ed emblematici precedenti che ci riportano sempre alla *vicinitas*. Ce lo ricorda Pierre Sandevoir nella sua monografia del 1964 di *Etudes sur le recours de pleine Juridiction*, evocando, insieme ad altri casi, una pronuncia del Conseil d'État 22 juillet 1818, ove viene ammessa l'impugnazione di un'autorizzazione alla costruzione di uno stabilimento insalubre da parte dei "vicini", e precisando che non si trattava della tutela di diritti, ma di "semplici interessi"[5].

Non dissimile è il discorso per le vicende della giustizia amministrativa italiana, derivazione del resto della tradizione francese.

Senza anche qui poter riprendere le vicende ottocentesche della giustizia graziosa italiana e del ruolo fondamentale svolto dalla giurisprudenza consultiva del nostro Consiglio di Stato nei rimedi amministrativi (pareri su ricorsi gerarchici o su ricorsi straordinari al Re), ritroviamo inequivocabilmente gli stessi principi, questo almeno sul piano sistematico, che è quello che realmente conta, non essendo da escludere, come potrebbe in ipotesi offrirci uno studio analitico, che, nella zona fluida della selezione equitativa degli interessi, siano riscontrabili diverse soluzioni rispetto a singole fattispecie.

Limitiamoci a qualche riferimento, tra diversi possibili, già esaustivo, ove appare chiara la continuità della tradizione, pur adesso rivivificata

[5] P. Sandevoir, *Etudes sur le recours de pleine Juridiction*, Parigi, 1964, 221.

attraverso il mero schermo del sopravvenuto dettato legislativo di istituzione della IV Sezione del Consiglio di Stato.

Da un lato, si statuisce chiaramente, così come in Laferrière, che, ai sensi dell'art. 24 della legge organica del Consiglio di Stato del 2 giugno 1889, "occorre, per l'attendibilità del ricorso, che sia leso, o si affermi leso pel provvedimento amministrativo, un interesse di individui o di enti morali giuridici; sotto la quale dizione la giurisprudenza di questa Sezione ha costantemente e unicamente inteso un interesse personale, diretto e positivo di una persona fisica o giuridica e non bastare un interesse generico o indiretto" (Sez. IV 15 dicembre 1893 n. 360); e ciò perché "il legislatore ha voluto condizionare il diritto di ricorso all'esistenza di un interesse proprio di chi ricorre e di un atto o provvedimento lesivo di tale interesse" (Sez. IV 27 maggio 1893 n. 189). Inequivocabilmente, di contro a qualsivoglia connotazione oggettivistica della tutela: trasformare il ricorso "in una denuncia fatta a difesa non di un interesse proprio, ma del diritto obiettivo … non è conforme all'indole delle Sezioni giurisdizionali, le quali possono essere adite solamente se e quando il diritto obiettivo sia invocato a tutela di un interesse proprio, certo e realmente offeso" (Sez. IV 11 luglio 1913 n. 362).

D'altro lato, sempre come in Laferrière, si statuisce non meno chiaramente la consueta larghezza del *locus standi*: "un interesse a ricorrere non può aversi che appunto nel caso in cui si tratti di rimuovere gli ostacoli per conseguire quella determinata utilità, materiale o morale, o quella posizione o funzione qualsiasi che ne costituisce il contenuto" (Sez. IV 9 marzo 1893 n. 94; sulla sufficienza del solo interesse morale, v. anche Sez. IV 7 luglio 1899 n. 350).

Giusto per fare qualche ulteriore esemplificazione, possiamo anche evocare il caso di interessi che mirano ad un'utilità solo eventuale: "il candidato che rimase soccombente nella lotta elettorale ha interesse a che sia annullata l'elezione del suo vincitore; poiché, comunque non possa essergli sostituito, ricupererebbe però la speranza di avere sorte più fortunata nella nuova elezione da farsi in luogo di quella annullata" (IV Sez. 23 maggio 1894 n. 177); "Ha qualità ed interesse per insorgere contro il provvedimento –col quale, derogandosi agli ordinari sistemi di nomina, sia provveduto alla cattedra vacante di una Università mediante trasferimento ad altra cattedra- che per l'insegnamento ed i concorsi universitari sostenuti, pel titolo della laurea e della dismessa qualità di professore straordinario, possa credersi, bene o male, capace di aspirare alla scelta; inquantoché tale provvedimento offende la legittima aspettativa

del medesimo" (IV Sez. 9 settembre 1898 n. 407); "I pubblici funzionarii hanno interesse legittimo a ricorrere, ogni qual volta l'accoglimento del gravame possa, sia anche eventualmente, produrre un vantaggio nella loro carriera" (Sez. IV 30 giugno 1900 n. 295).

In altre parole, il profilo del *locus standi* nelle vicende della giustizia amministrativa italiana, prima graziosa e poi giurisdizionale, conferma una persistente aderenza al modello francese.

Può infine, del tutto sinteticamente, riportarsi un riferimento al principio tradizionale che consente al ricorrente di avvalersi della contrarietà dell'atto impugnato a qualsivoglia norma di diritto pubblico. In una nota redazionale della rivista *La giustizia amministrativa* del 1897, il commentatore di una pronuncia della IV Sezione dello stesso anno osservava: "Basta adunque, secondo il nostro avviso, che l'interesse a ricorrere ci sia, nel ricorso, nella lesione che l'atto impugnato apporta agli interessi del privato. Constatato questo interesse, ogni violazione di norme obbiettive predestinate all'azione della pubblica amministrazione o all'esplicamento dei rapporti tra le varie autorità o i vari organi delle medesime, quantunque estranea agli interessi del ricorrente, deve costituire un valido motivo di annullamento dell'atto amministrativo, nel quale la violazione suddetta si riscontri"[6].

3. Quanto si è andato evidenziando porta inevitabilmente al seguente interrogativo: perché mai l'emergere di orientamenti che, oscurando la tradizione della giustizia amministrativa, come appunto (ma non solo) nel caso del *locus standi*, finiscono per determinare una riduzione della tutela?

Il quesito si presta, come vedremo, a varie risposte che possono anche tra loro concorrere.

Per l'intanto va subito osservato come un approfondimento al riguardo appare tanto più necessario in quanto segnali in tal senso sono ravvisabili anche in altri ordinamenti di giustizia amministrativa.

Non interessa tanto l'esperienza tedesca, dove la maggior ristrettezza del *locus standi*, rispetto al modello francese e dunque anche al nostro, è un dato invero risalente. Nel processo di giurisdizionalizzazione della giustizia amministrativa della seconda metà del secolo decimonono, in Francia, per trasformazione della giustizia ritenuta in giustizia delegata, o in Italia, per affiancamento alla giustizia ritenuta della IV Sezione, fu

[6] *La giustizia amministrativa*, Parte I, 524, nota.

lo stesso organo della giustizia graziosa a divenire giudice, sicché non fu difficile, nell'astuzia dell'istituzione, mantenere, dietro una nuova veste formale, quella stessa tradizione graziosa, compresa la larghezza del *locus standi*. Mentre in Germania, col più incisivo mutamento organizzativo della istituzione dei tribunali amministrativi, si determinò, almeno in parte, una cesura anche sostanziale rispetto alla tradizione dei rimedi amministrativi, e ciò nonostante Rudolf von Gneist avesse vivamente auspicato che il cambiamento riguardasse soltanto il nome (ricorso giurisdizionale ai Tribunali) e non la cosa (rimedio amministrativo).

Colpisce invece maggiormente che tendenze restrittive sul *locus standi* possano essere emerse anche in Francia, nella patria fondativa della giustizia amministrativa, e proprio in materia urbanistico-edilizia con una similare rimessa in discussione del criterio della *vicinitas*.

A ben vedere, l'origine di questa novità non sta nella giurisprudenza francese, bensì in un intervento normativo del 2013, che ha introdotto un nuovo articolo (L. 600-1-2) nel Codice dell'urbanistica, secondo il quale il ricorso di un privato contro una licenza edilizia è ricevibile solo se il progetto autorizzato sia direttamente lesivo delle condizioni di occupazione, utilizzazione o godimento del bene ch'egli detiene o occupa regolarmente o per il quale beneficia d'una promessa di vendita, di locazione, o di un contratto preliminare.

La legittimazione rimane larga, ma si introduce il doppio filtro; non basta la *vicinitas*, occorrendo anche l'interesse a ricorrere non più presunto. In una pronuncia del 2015, prendendo atto della nuova disciplina, il Conseil d'État chiarirà che spetta al ricorrente fornire gli elementi che consentano di affermare il carattere lesivo dell'atto impugnato (CE 10 juin 2015 n. 386121 *Brodelle et Gino*); in mancanza il ricorso è irricevibile (CE 10 févr. 2016 n. 387507 *M. et Mme Peyret et a.*).

La giurisprudenza ebbe tuttavia subito ad attenuare la portata della novità, recuperando, pur solo parzialmente, la tradizionale presunzione dell'interesse a ricorrere nel caso di un'immediatezza della vicinanza: "le voisin immédiat justifie, en principe, d'un intérêt à agir" (CE 13 avr. 2016 n. 389798 *Bartolomei*). Si tratta del resto di una attitudine vista tante volte nella storia del Conseil d'État: principi del giudice-pretore *versus* norme legislative.

4. Tornando al nostro quesito, una prima ragione, che ci pare sia soprattutto espressione di un provincialismo giuridico tutto italiano, è da addebitare ai tentativi di civilizzazione della giustizia amministrativa.

Non che, qua e là, nel contesto europeo, non riemergano occasionalmente inconcludenti umori abolizionisti, invero sempre meno comprensibili dopo duecento anni di storia della giustizia amministrativa, ma, nel nostro paese, vi è stato qualcosa di più. Ci riferiamo soprattutto al filo-privatismo di Massimo Severo Giannini che, specie a cominciare dagli anni settanta dello scorso secolo, ha incominciato a influire in modo significativo sulla dottrina amministrativistica e di riflesso, a lungo andare, sulla formazione dei nuovi giuristi. Questa la massima: il giudice amministrativo doveva sempre più assomigliare al giudice civile.

Non ci si può qui intrattenere sul gravissimo danno che ciò ha causato alla tradizione della giustizia amministrativa, progressivamente divenuta oggetto di ingiusto svilimento, sino quasi a disperdere la memoria dell'identità storica dell'istituzione, se non fosse che, con un'inerzia più o meno consapevole, un così antico e strutturato *thesaurus* ha continuato a produrre i suoi effetti nel pratico ed emulativo passaggio di consegne tra le diverse generazioni di giudici amministrativi.

La direttiva filo-privatistca è anche all'origine delle recenti vicende del *locus standi*, così come di altre deformazioni del sistema giuspubblicistico che lasciamo in disparte.

Prendiamo le mosse dalla vulgata corrente in questi ultimi decenni del presunto passaggio, nella giustizia amministrativa, da una concezione oggettiva ad una concezione soggettiva della tutela. Come si è visto, la giustizia amministrativa, compresa quella francese, non è mai stata una giurisdizione di diritto obiettivo, sicché questo passaggio costituisce una pura superfetazione dottrinaria. Tanto è vero che, per lungo tempo, l'affermazione enfatica, con tanto di pompa magna costituzionale, della giustizia amministrativa come giurisdizione di tipo soggettivo non ha determinato alcun apprezzabile mutamento pratico. Del resto, cosa mai sarebbe dovuto mutare, se invero la giustizia amministrativa era sempre stata una giurisdizione di tipo soggettivo?

Vi era da aspettarsi un progressivo svuotamento del rilievo di siffatta sterile ed errata contrapposizione. Ed invece queste categorie continuano ad essere messe in campo a fondamento di ragionamenti ed opzioni di rilievo pratico: ciò perché, a ben vedere, esse hanno assunto indirettamente un significato "altro", che si traduce in conseguenze, questa volta, ben tangibili.

Passare da una concezione oggettiva ad una concezione soggettiva della tutela, o, come si usa anche dire, ad un processo di parti, maschera in realtà la volontà di avvicinare sempre più la giustizia amministrativa al modello civilistico, secondo i dettami di quell'evocata corrente dottrinaria: non dunque il passaggio da una giurisdizione obiettiva ad una soggettiva, bensì il passaggio da una giurisdizione soggettiva, caratterizzata da un ampio *locus standi*, ad una giurisdizione soggettiva, caratterizzata, come quella civile, da un più ristretto *locus standi*.

Nella citata pronuncia dell'Adunanza plenaria ritroviamo tutti gli ingredienti di questo tipo di operazione: il richiamo alla concezione soggettiva della tutela; il rinvio esterno all'art. 100 c.p.c.; la funzione di filtro processuale degli interessi meritevoli "in una logica non lontana da quella che fonda il divieto degli atti emulativi nel codice civile (art. 833)".

Ciò che rileva non è di per sé l'utilizzo dell'armamentario civilistico, non da ora praticato, all'occorrenza, nella giustizia amministrativa, modulandone pur sempre la compatibilità con l'ambientazione sistematica dei principi di diritto pubblico, così come a questo armamentario ebbe a rimandare Vittorio Emanuele Orlando per dare avvio ad una scienza del diritto amministrativo informata al tecnicismo giuridico, ma con l'avvertenza che l'oggetto era appunto diverso dal diritto privato.

Ciò che rileva è piuttosto, disattendendo l'avvertenza orlandiana, l'ambientazione nei principi dell'ordito privatistico, cosa ben diversa dal mero utilizzo strumentale del relativo armamentario, che viene puntellata dal richiamo ad una previsione, quella del divieto di atti emulativi, di rilievo sistematico. È proprio lì che si consuma il mutamento sostanziale: i principi privatistici in luogo o in sostituzione dei principi pubblicistici.

Tornano ancora e inevitabilmente in mente le parole dei *patres* della nostra disciplina. Nei *Principii di diritto amministrativo*[7] Orlando si sofferma sulla possibilità di "una tutela giuridica degli interessi privati contro un atto della pubblica amministrazione", osservando che "il diritto comune ci insegna … che non esiste una tutela giuridica di meri interessi", poiché "le due espressioni di diritto ed interesse si prendono spesso in senso antitetico", e ricordando in tal senso proprio "la teorica dei così detti atti emulativi", ovvero sia, sempre nel diritto comune, la "eccezione che conferma la regola"; da qui, come dicevamo, il rilievo sistematico dell'istituto.

Il Maestro ci ricorda tuttavia che "questo principio di diritto comune", cioè l'irrilevanza di regola degli interessi, "non può essere accettato,

[7] V. E. Orlando, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1892, 2a ed., 343 ss.

così come sta, per il diritto pubblico", poiché "la discrezione di statuire sui privati interessi non deve considerarsi mai come un arbitrio … ma se si risale al principio generico, al fine proprio della pubblica amministrazione, si troverà in essa un vero e proprio obbligo giuridico di curare gli interessi dei singoli, pure accordandoli con il bene della comunità" e, sulla falsariga di Giandomenico Romagnosi, "anche quando l'utile generale deve prevalere sul particolare, sarà giusto e doveroso ricercare il modo onde la lesione che questo ne soffre sia la minima possibile e sia, quanto più possibile, riparata".

Siamo cioè alla chiara consapevolezza, essendo passato quasi un secolo di giustizia amministrativa, comprendendo quella francese, di un principio fondamentale e caratterizzante il sistema giuspubblicistico, ovvero sia l'ampiezza degli interessi tutelati rispetto alla tradizione privatistica.

Di lì a poco un altro grande giuspubblicista, Oreste Ranelletti, nel suo *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato* del 1892, inizialmente timoroso dell'apertura di Orlando alla tutela degli interessi, attribuisce carattere "eccezionale" agli "interessi occasionalmente lesi", perché l'obbligo di curare l'interesse dei singoli non può significare che "per tutti quest'interessi sia aperto … il ricorso alla IV Sezione"[8]. Appena un anno dopo, nel suo *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa* del 1893, corregge subito il tiro, dando ampio spazio agli "interessi occasionalmente protetti", fermo restando che ciò non significa affatto "ammettere che vi sia un diritto (lato sensu) alla forma, indipendentemente dall'interesse, che questa forma può garantire … Questo a me pare troppo spinto … giacché si verrebbero in sostanza a tutelare indirettamente con ricorsi in via contenziosa interessi, che il diritto non vuole tutelare, perché non meritano questa tutela"[9]. Si arriva quindi sempre allo stesso punto di equilibrio della tradizione della giustizia amministrativa: maglie larghe del *locus standi*, grazie agli interessi occasionalmente protetti, ma non giurisdizione di diritto obiettivo.

Per inciso non può, al riguardo, condividersi la pur autorevole opinione di Franco Gaetano Scoca, per il quale, già nel suo *La gestazione dell'interesse legittimo* del 2007, "la tesi dell'interesse occasionalmente

[8] O. Ranelletti, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, 1892, ora in *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli, 1992, 60 e 77.

[9] O. Ranelletti, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, 1893, ora in *Scritti giuridici scelti*, cit., 479.

protetto non è molto distante dalla tesi dell'interesse meramente processuale: entrambe escludono la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale, facente perno sull'interesse privato"[10], né parimenti può condividersi la più generale tesi dell'Autore che non sussistessero all'epoca i presupposti per una visione sostanziale di quello che lo stesso Ranelletti coniò col nome di "interesse legittimo", come ebbe a riconoscergli Orlando: "Il Ranelletti ha il merito di avere per il primo tentato di ricondurre ad un'apposita categoria scientifica questi rapporti intermedi fra i semplici interessi e i veri e propri diritti, applicandovi una denominazione apposita: 'interessi legittimi'. E il tentativo è felice, non tanto, forse, in teoria, quanto come spiegazione di talune creazioni positive, dovute alle nostre recenti riforme in tema di giustizia amministrativa"[11].

Se vi è stato uno smarrimento della tradizione, bisogna però andare ancora più a fondo, pur limitandoci alla sola questione del *locus standi*, riscoprendo la *ratio* politico-giuridica che sta dietro questa differenza tra diritto pubblico e diritto privato e che è riconducibile ad un principio di libertà, cioè al principio primo alla cui tutela intere generazioni di giuristi liberali si consacrarono nel XIX sec. attraverso il *medium* dello Stato di diritto o, come si usava dire allora, dello Stato giuridico[12].

Il sistema privatistico moderno, per intenderci a cominciare dal *Code Napoléon*, presuppone una sfera di libertà, come si dice, di autonomia privata. Si comprende così perché la legalità privatistica sia poco invasiva (libero arbitrio, libertà dei fini e dei mezzi, carattere di regola non invalidante delle violazioni di legge, primato della tutela risarcitoria, carattere tipico della tutela costitutiva, etc.) e si comprende altresì perché l'elenco degli interessi giuridicamente rilevanti non possa troppo facilmente estendersi. Ogni nuovo diritto determina una limitazione dei diritti altrui e una facile moltiplicazione dei diritti finirebbe per limitare

[10] F. G. Scoca, *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Scritti in Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli*, I, Padova, 313.

[11] V. E. Orlando, *La giustizia amministrativa*, in *Trattato Orlando*, III, Milano, 1901, 722, nota.

[12] Per un più ampio confronto fra i due regimi giuridici, si rimanda più di recente a M. Mazzamuto, *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in G. Grisi (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, Napoli, 2019, 283 ss.; Id., *The Formation of the Italian Administrative Justice System, European Common Principles of Administrative Law, and 'Jurisdictionalization' of Administrative Justice in the Nineteenth Century*, in G. Della Cananea, M. Bussani (a cura di), *Administrative Justice Fin de siècle*, Oxford, 2021, 282 ss.

oltre misura quella sfera di autonomia di ciascuno che costituisce un fondamento ineludibile dell'ordito privatistico.

Questa è la ragione sistematica per la quale il filtro per accedere alla giustizia civile ha sempre avuto un certo grado di stringenza.

Il sistema pubblicistico moderno, quello cioè formatosi sempre nel corso del XIX sec., risponde ad un medesimo principio di libertà, ma con la differenza, nel mezzo, che, confrontandosi il privato con il potere pubblico, occorre qui un deciso rafforzamento delle garenzie giuridiche. Il regime giuspubblicistico, ben inteso nei confronti della parte pubblica, è infatti di gran lunga più invasivo di quello privatistico (vincolo giuridico nei fini e nei mezzi, discrezionalità sindacabile in luogo del libero arbitrio, carattere di regola invalidante delle violazioni di legge, primato della tutela in forma specifica, etc.), sicché, per usare le parole dell'ultimo Santi Romano delle *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, vi è "una differenza sostanziale fra la posizione dell'amministrazione e quella dei privati. La prima è, di regola, più vincolata di questi"[13].

Una parte essenziale di siffatto regime è altresì costituito dal dare ampio rilievo agli interessi che vengono investiti dall'azione amministrativa. Se infatti si fosse limitata la protezione nei confronti della pubblica amministrazione al solo e ristretto novero degli interessi già considerati e tipizzati nell'ordito privatistico, ne sarebbe derivato un gigantesco vuoto di tutela, lasciando aperta la porta ad innumerevoli e imprevedibili ingerenze, per commissione o per omissione (poco importa la distinzione tra interessi oppositivi e pretensivi), nella vita dei cittadini, tanto più, come era già evidente a partire dalla seconda metà del XIX sec., col progressivo espandersi dei compiti pubblici.

Ben inteso, non si trattava soltanto di proteggere interessi "altri" rispetto a quelli di derivazione privatistica, anche questi ultimi erano bisognosi di una maggior tutela nei rapporti di diritto pubblico, ogni qual volta si confrontavano con un potere "discrezionale" dell'amministrazione, tanto è vero che in tal caso, a rimanere racchiusi in un'ottica meramente privatistica, quelli che si chiamavano "diritti" (ma è solo una questione di nomi) sarebbero stati *sic et simpliciter* declassati a puri interessi di fatto e destinati dunque ad essere inevitabilmente sconfitti per il fatto stesso di trovarsi di fronte al prevalente potere discrezionale dell'amministrazione. Anche questi diritti declassati ad interessi di fatto poterono invece riassumere rilievo giuridico nei rapporti di diritto

[13] S. ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, s.d., ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1990, 465.

pubblico, grazie ancora una volta all'ampiezza del *locus standi*, giocandosi l'ulteriore *chance* di sindacare la discrezionalità amministrativa ed accedendo a tutto quell'insieme di garanzie, a cominciare dalla tutela d'annullamento, che offriva la giustizia amministrativa. Per intenderci, a voler usare la tassonomia di Rannelletti, ci stiamo riferendo alla *species* di interessi legittimi corrispondente ai diritti affievoliti.

Deve soltanto aggiungersi, per completezza, che anche i "diritti" di derivazione privatistica che, nei rapporti di diritto pubblico, rimanevano tali, perché si confrontavano con un provvedimento vincolato, e che dunque mantenevano intatto il rilievo giuridico originario, ben avrebbero avuto giovamento dall'essere riqualificati come un'altra *species* di interesse legittimo, per potere anche loro avvalersi di quel più garantista insieme di garanzie del diritto pubblico, che, come si è visto, non costa soltanto della possibilità di sindacare la discrezionalità amministrativa. Ed è infatti quello che, per ragioni di tutela, poi avvenne, ai fini del riparto di giurisdizione, dando *in toto* al giudice amministrativo, esclusa allora la tutela risarcitoria, ciò che costituisce la sua ragione d'essere, ossìa il vaglio dei rapporti di diritto pubblico, poco importando se siano coinvolti poteri discrezionali o vincolati. Lo stesso può dirsi per interessi che si confrontano con poteri vincolati, non di derivazione privatistica, ma assumenti rilievo giuridico *ex novo* nell'ambito di norme di diritto pubblico. Tutte considerazioni queste che il giudice della giurisdizione sembra in tempi recenti aver progressivamente smarrito.

È questa dunque la ragion sistematica, di matrice liberale, che fa comprendere perché nella tradizione della giustizia amministrativa si sia consolidato un più ampio *locus standi*.

Anche questa larghezza, per usare le parole, tra altri, del Ranelletti dei *Principii di diritto amministrativo* del 1912, risponde, insieme agli altri contenuti del regime giuspubblicistico, ad "una esigenza tutta moderna, che domina tuttora nella letteratura del diritto pubblico e nella vita politica, quella, cioè, di trovare, fin dove è possibile, nel diritto la guarentigia degl'individui e collettività nei rapporti con lo Stato"[14].

Occorrerebbe dunque un'estrema prudenza nell'utilizzare i principi del ben diverso sistema privatistico, così come andrebbe in radice riconsiderato quel mandato di Massimo Severo Giannini, riaffidandosi piuttosto ai veri *patres* del diritto pubblico e alla massima lapidaria espressa da Santi Romano nel III volume del *Trattato Orlando*, a proposito di quella che considerava una "supergiurisdizione", ossìa la IV Sezione del Consiglio di Stato:

[14] O. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 143.

"Egli è che le funzioni che comunemente si designano sotto l'espressione tecnicamente felice ed esatta di giustizia amministrativa sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali; e il compararle a queste ultime non è un nobilitarle, come generalmente si crede, ma un rinvilirne la natura"[15].

5. Vi è anche un altro ordine di ragioni, questa volta comune ad altri ordinamenti: l'efficienza della giustizia e l'efficienza della pubblica amministrazione, come parti dell'efficienza complessiva di ciascun sistema nazionale.

Si tratta di ragioni assai temibili, poiché esse hanno origine nella forza di un "fatto" capace di imporsi sul "diritto" o comunque di modularlo incisivamente, e cioè gli stringenti condizionamenti della competizione internazionale in un mondo globalizzato, che sembrano esigere tempestive capacità di reazione da parte di ciascun sistema a tutti i suoi livelli, dal governo alla legislazione e dall'amministrazione alla giurisdizione. Si comprende bene come tutto questo possa mettere a repentaglio le conquiste tradizionali dello Stato di diritto: meno vincoli giuridici e più libertà d'azione.

Rispetto all'efficienza della funzione giurisdizionale, ora miserevolmente chiamata servizio, già la stessa ragionevole durata dei processi, che è ancora declinabile nei termini di un principio giuridico di garanzia, è pronta ad essere strumentalizzata, a trasformarsi in un cavallo di Troia, dove la rapida definizione dei processi è perseguibile anche a costo di sacrificarne oltre misura la qualità dell'accertamento.

Ed è questo cui indirettamente spingono i mercati, lamentandosi delle lentezze del nostro sistema, perché il tempo è danaro: nell'alternativa tra una risposta più rapida ed una più ponderata è preferibile la prima.

Di fronte a questa pressione, l'efficienza viene allora ricercata anche a monte, riducendo il carico di lavoro, riducendo cioè l'accesso alla giustizia. In questo crudo asservimento la restrizione del *locus standi* perde di dignità giuridica, divenendo un mero mezzo pratico per raggiungere tali obiettivi, né più né meno dell'innalzamento del contributo unificato, altra misura questa di chiara discontinuità con la tradizione della giustizia amministrativa, se in un saggio del 1929, su *Les libertés individuelles*, Gaston Jèze poteva ancora affermare che la giustizia amministrativa co-

[15] S. Romano, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Trattato Orlando*, III, cit., 539, nota, e 555.

stituisce "l'arma più efficace, più economica e più pratica per difendere le libertà individuali"[16].

La prospettiva dell'efficienza della pubblica amministrazione finisce poi o, ad esser più esatti, si vuole discutibilmente che finisca per legarsi a tutto questo come una catena. Se l'efficienza esige maggiore libertà dell'amministrazione, per quanto risulta indimostrato che siffatta maggiore libertà determini una maggiore efficienza, vuol dire che bisognerà ridurre il vincolo giuridico e dunque il controllo giurisdizionale: restringere il *locus standi* di fronte al giudice amministrativo aiuta così a ridimensionare le domande di annullamento, lasciando salva una maggiore quantità di atti amministrativi. Non diversamente la volontà di ampliare la libertà della politica, del legislatore o del governo, induce ad uno sfavore per il sindacato delle corti costituzionali. In disparte le dittature passate o presenti, mai come oggi, negli ordinamenti della tradizione occidentale, i giudici dei pubblici poteri sono stati così ingiustamente messi *sur la sellette*.

Per chi tiene alle garanzie dello Stato diritto, in particolare di quello più compiutamente realizzato, cioè dello Stato di diritto amministrativo, e del sopravvenuto Stato di diritto costituzionale, non resta che far risuonare il famoso motto con il quale il nostro più grande Maestro, Vittorio Emanuele Orlando, divenne il Premier della vittoria nella Grande Guerra: resistere, resistere, resistere.

[16] G. Jèze, *Les libertés individuelles*, in *Annuaire de l'Institut international de droit public*, 1929, 180.

LA LOCALIZZAZIONE (E L'AMPLIAMENTO) DEI TRACCIATI AUTOSTRADALI TRA STATO, REGIONI E COMUNI*

di Giuseppe Morbidelli

SOMMARIO: 1. Gli istituti e le procedure previste dalla legge urbanistica del 1942 per coordinare opere pubbliche di interesse statale e strumenti urbanistici locali. – 2. La ineffettività del disegno tracciato dalla legge urbanistica del 1942 e relative cause. – 3. La disciplina di coordinamento con gli (e di inserimento negli) strumenti urbanistici introdotta dalla legge di completamento dell'ordinamento regionale. – 4. L'attribuzione alle Regioni da parte del nuovo Titolo V Cost. delle competenze legislative concorrenti in materia di grandi reti di traporto, controbilanciate dalla introduzione del principio della sussidiarietà ascensionale. – 5. La sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2003. – 6. Intesa forte o intesa debole? – 7- (segue). – 8. La disciplina innovativa introdotta dal Codice dei contratti del 2016 e la caduta dell'intesa "forte". – 9. Le previsioni speciali attuative del PNRR confermative della caduta dell'intesa "forte". – 10. Istituti di partecipazione incrementativi del principio di leale collaborazione. – 11. Le garanzie a tutela dell'autonomia comunale.

1. *Gli istituti e le procedure previste dalla legge urbanistica del 1942 per coordinare opere pubbliche di interesse statale e strumenti urbanistici locali*

Il tema della localizzazione dei tracciati autostradali è anche e soprattutto il tema della conformità degli stessi agli strumenti urbanistici, e nello stesso tempo del come "creare" tale conformità[1]. Questo per la

* Non c'è dubbio che urbanistica, infrastrutture, Regioni e Comuni, sono stati tra gli oggetti principali del percorso giuridico di Filippo Salvia percorso nel quale è trasparente quanto foriero, di risultati positivi il ricorso al metodo che coniuga alla riflessione dogmatica e alla analisi puntuale dei testi normativi e della loro logica, la attenzione alla concretezza dei dati e dei problemi: ecco perché il saggio che gli dedico con l'amicizia che ci lega ormai da 50 anni non poteva che indagare, seppur in un'ottica ristretta, i temi a lui più cari.

[1] Inutile dire che il tema del pur delicato rapporto Stato-Regioni-Comuni, ai fini della localizzazione delle infrastrutture non è certo l'unico che rende oltremodo faticoso e anzi defaticante l'iter che conduce alla realizzazione delle stesse: in primis le problematiche di esaustiva e corretta progettazione e, in carenza di adeguati uffici tecnici interni, le stesse gare per affidare la progettazione, le procedure di VIA e di dibattito pubblico che seppur contribuiscono ad inverare la leale collaborazione e dare voce agli enti esponenziali degli interessi diffusi sono irti di perigli e di ostacoli tanto che per le opere inserite nel PNRR è stata dettata la ennesima semplificazione soprattutto in materia di procedure

ragione che è ben raro, e comunque mai in maniera tale da abbracciare l'intero tracciato, che opere lineari destinate alle grandi comunicazioni siano previste in sede in strumenti urbanistici. Lo stesso vale anche per i relativi ampliamenti finalizzati a realizzare ulteriori corsie di marcia resesi sempre più necessarie atteso l'incremento esponenziale del traffico, tantopiù che sovente sono necessari percorsi alternativi per una delle corsie di marcia, mentre l'altra viene inglobata nella corsia salvaguardata. Non per nulla l'art. 51, d.l. 76/2020 conv. in l. 120/2020 detta specifiche disposizioni finalizzate alla accelerazione e/o alla semplificazione delle procedure autorizzative ambientali e paesaggistiche, relative agli interventi sulle infrastrutture stradali, autostradali, ferroviarie e idriche esistenti che ricadono nel campo di applicazione della VIA[2], onde dar luogo al potenziamento o all'adeguamento della sicurezza di tali infrastrutture.

Nel sistema della l. urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150 il problema era destinato ad essere risolto attraverso i piani territoriali di coordinamento i quali avevano "*lo scopo di orientare e coordinare l'attività urbanistica da svolgere in determinate parti del territorio nazionale*" (v. art. 5, comma 1), e avrebbero dovuto porre "*le direttive da seguire nel territorio considerato, in rapporto principalmente*", tra l'altro, "*alla rete delle principali linee di comunicazione stradali, ferroviarie, elettriche, navigabili esistenti e in programma*". In parallelo, lo stesso art. 5 prevedeva un particolare e complesso procedimento di formazione, per cui il piano territoriale di coordinamento avrebbe dovuto essere elaborato d'intesa con le altre amministrazioni interessate e indi, previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, approvato con d.P.R. su proposta del Ministro per i lavori pubblici. Da una parte dunque era previsto che il piano territoriale

ambientali (al tema è dedicato l'intero fascicolo della Rivista Giuridica dell'Urbanistica n. 4/2021, intitolato PNRR, decreti "semplificazioni" e ambiente). A tutto questo si sommano le complesse procedure di gara, di espropriazione ecc., sicchè v'è un vero e proprio problema di fattibilità che peraltro deriva non solo dalla legislazione caotica e dispersa ma da una amministrazione sovente non adeguata o protesa al non fare (c.d. "burocrazia difensiva") tanto che sono note le carenze in punto di capacità di spesa (v. sul punto S. Cassese, *Lavori e vizi pubblici. Lo Stato non sa spendere*, in *L'Economia*, 17 settembre 2018). Si aggiungano poi le opposizioni ai vari livelli radicate su ragioni ambientali se non di "non disturbo", v. L. Torchia, *La sindrome Nimby: alcuni criteri per l'identificazione di possibili rimedi*, in F. Balassone, P. Casadio, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Banca d'Italia, Roma, 2011.

[2]V. sul punto F. De Leonardis, *L'ambiente, in Giornale di diritto amministrativo*, 6/2020, 787 ss. e A. Mirabile, *La partecipazione "semplificata" del pubblico alle procedure di VIA e di VAS (commento alle recenti modifiche agli articoli 14 e 24 del Testo Unico in materia di ambiente)*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, 4/2021, 948 ss.

di coordinamento ponesse le direttive in ordine alla rete delle principali linee di comunicazione stradale, e in genere agli impianti di particolare importanza (in pratica quindi tutte le grandi opere pubbliche), dall'altra era stabilito che il piano venisse formato attraverso un procedimento di tipo consensuale-collaborativo in cui venivano incanalate tutte le amministrazioni centrali interessate alla esecuzione delle opere di cui sopra. Talchè, avendo dato il loro consenso preventivo, dette amministrazioni erano poi vincolate ad osservare le scelte del piano. Come pure venivano vincolati i Comuni, obbligati ad uniformare al piano territoriale i propri strumenti urbanistici. Attraverso questo combinato disposto non avrebbero pertanto dovuto esservi discrasie e ragioni di conflitto tra interventi statali di realizzazione di opere pubbliche e piani regolatori comunali, in quanto entrambi inquadrati ordinatamente e razionalmente nel contesto delle previsioni del piano territoriale di coordinamento.

La realtà è stata ben diversa, per la semplice ragione che i piani territoriali sono rimasti lettera morta.

L'indispensabile coordinamento è stato quindi perseguito (o perlomeno si è cercato di perseguirlo) in sede di piano regolatore generale, consentendosi al Ministero dei lavori pubblici (prima per interpretazione giurisprudenziale, poi per espresso dettato legislativo: art. 3, l. 6 agosto 1967 n. 765) di apportare d'ufficio modifiche al piano così come adottato dal Comune, al fine di assicurare la razionale e coordinata sistemazione delle opere e degli impianti di interesse dello Stato. In tal modo si faceva del Ministro per i lavori pubblici il soggetto esponenziale di tutti gli interessi statali in ordine alla gestione ed utilizzazione del territorio. Interessi che del resto venivano immessi nel procedimento attraverso il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici di cui fanno parte, oltre ad esperti estranei, rappresentanti delle varie amministrazioni (v. l. 18 ottobre 1942, n. 1460 e successive modificazioni).

Cosicché attraverso la partecipazione consultiva del Consiglio superiore e l'intervento attivo del Ministero per i lavori pubblici, l'atto-piano finale poteva considerarsi all'insieme espressione della volontà statale e di quella comunale.

Tutto questo, ed in particolare la funzione «esponenziale» del Ministero per i lavori pubblici, era confermato ed evidenziato dall'art. 29 della legge urbanistica, ai sensi del quale competeva a tale dicastero accertare che le opere da eseguirsi da parte di amministrazioni statali non fossero in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore vigente nel territorio comunale in cui esse erano collocate, e a tal fine le amministrazioni interessate erano obbligate a comunicare preventivamente i loro

progetti al Ministero dei lavori pubblici. L'art. 29 costituiva cioè la controprova dell'obbligo anche per le amministrazioni statali di conformarsi nei propri interventi sul territorio alle statuizioni discendenti dai piani urbanistici comunali, e garantiva tale conformità attraverso la verifica affidata al Ministro dei lavori pubblici.

2. *La ineffettività del disegno tracciato dalla legge urbanistica del 1942 e relative cause*

Senonché, come già rilevato, i piani territoriali di coordinamento all'epoca rimasero sulla carta, e comunque la loro elaborazione non sarebbe stata in grado di prevedere con puntualità i percorsi autostradali che richiedono complesse e accurate progettazioni a livello esecutivo, dopo i necessari studi geologici, idraulici, ambientali, ecc. che possono indurre a modifiche anche sostanziali del tracciato divisato in origine. Né soprattutto potevano essere in grado di "anticipare" esigenze di impianti che emergessero in tempi successivi.

Restava comunque il principio della necessaria conformità agli strumenti urbanistici.

Nei fatti, tuttavia, tale conformità veniva intesa in senso molto elastico in quanto la giurisprudenza riteneva che dovesse valutarsi non già la *conformità* bensì la *compatibilità*, concetto quindi che rimandava ad una valutazione intrisa di discrezionalità. Ciò lo si comprende con chiarezza richiamando l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui non è da "*riconoscersi incompatibilità tra la destinazione a zona agricola e l'attraversamento ferroviario della stessa zona, che quella destinazione non modifica e non turba (incompatibilità che invece sarebbe stata evidente se la destinazione della zona fosse stata, ad esempio ad edilizia residenziale)*"[3]. Tutto ciò è stato messo in chiaro proprio da Filippo Salvia quando in un saggio del 2002 ebbe a osservare che "*per superare lo scoglio dell'art. 29 (che prevedeva l'accertamento di conformità agli strumenti urbanistici), la prassi – con qualche forzatura – si adoperò per trasformare tale atto in un più morbido "accertamento di compatibilità" all'assetto urbanistico esistente. Con questo semplice accorgimento l'autorizzazione dell'art. 29 – da meccanismo di chiusura di un processo pianificatorio già compiuto – si*

[3] Cons. Stato, Sez. IV, 29 agosto 1972, n. 768. Sull'art. 29, l. urb., la sua *ratio* e la sua applicazione, v. le sintetiche ma puntuali notazioni di F. Salvia e F. Teresi, *Diritto urbanistico*, IV ed., Cedam, 1986, 223 ss.

trasformò nei fatti in un adempimento formale, privo di reali effetti di controllo, proprio per la…. mancanza di un parametro di riferimento con cui confrontarsi!"[4].

Non solo e soprattutto: per molto tempo (in pratica fino alla istituzione delle Regioni a statuto ordinario) il problema aveva ridottissima rilevanza in quanto i Comuni dotati di strumento urbanistico erano una netta minoranza[5] sicché per tutti gli altri il problema della conformità non si poneva in radice.

La questione si è fatta invece pressante sia per il diffondersi della strumentazione urbanistica[6], sia per l'affermarsi di una intensa sensibilità alle tematiche di governo del territorio, sia in virtù dell'istituzione delle Regioni a statuto ordinario dotate di competenza concorrente in materia urbanistica e nello stesso tempo di competenza amministrativa atteso il principio del parallelismo (allora vigente) tra competenza legislativa e amministrativa. Questo fece sì che il tema della conciliazione tra l'autonomia regionale in tema di urbanistica e dunque di pianificazione del territorio e dall'altro la competenza statale in ordine alla realizzazione delle grandi opere pubbliche, avendo le Regioni, per l'originario art. 117 Cost., competenze limitate a viabilità, acquedotti e lavori pubblici di interesse regionale, fosse oggetto di numerosi dibattiti e di varie tesi, su cui peraltro oggi non è più il caso di diffondersi, avendo esse ormai solo un valore storico[7].

[4] V. F. Salvia, *Previsioni urbanistiche e procedimento espropriativo,* in *Riv. giur. urb.,* 2002, 249.

[5] Nel 1967 su circa 850 comuni obbligati a dotarsi di piano regolatore ne erano provvisti solo un centinaio; mentre dei restanti, circa 7.200 comuni, obbligati a dotarsi di programma di fabbricazione (come noto strumento urbanistico comunale a carattere generale ma con procedimento più semplice e contenuto "leggero"), ne disponevano circa 450: dati tratti da F. Spantigati, *Manuale di diritto urbanistico,* Giuffrè, 1969, 103.

[6] V. in tal senso, F. Salvia, *Previsioni urbanistiche e procedimento espropriativo,* cit., 249: "*Questa prassi, che conferma in sostanza il tradizionale e scollamento "urbanistica" – "opere pubbliche", entrerà però in crisi agli inizi degli anni '70, con l'avvio da parte dei comuni della pianificazione urbanistica, basata su nuovi piani regola-tori cui compete di prevedere sia le diverse "destinazioni d'uso" del territorio (c.d. zonizzazione), sia le "localizzazioni" degli impianti pubblici (art. 7 1.u.). Da questo momento in poi si pone concretamente il problema del come coordinare: urbanistica, opere pubbliche, espropriazioni.*". E ancora, "*una volta avviata nel bene o nel male la pianificazione urbanistica, il problema del coordinamento di quest'ultima con la politica delle infrastrutture non poteva essere più eluso*".

[7] Per chi lo volesse una rassegna sul punto è presente nel nostro *La disciplina del territorio tra Stato e Regioni,* Giuffrè, 1974.

3. *La disciplina di coordinamento con gli (e di inserimento negli) strumenti urbanistici introdotta dalla legge di completamento dell'ordinamento regionale*

Fatto sta che in sede di decreto legislativo di completamento dell'ordinamento regionale (d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616) al fine di risolvere la problematica si è dato corpo al seguente impianto normativo, tra l'altro sullo sfondo di una dimensione omnicomprensiva dell'urbanistica, come si ricava dall'art. 80 dello stesso d.P.R. 616 ai sensi del quale "*le funzioni amministrative relative alla materia urbanistica concernono la disciplina dell'uso del territorio comprensiva di tutti gli atti conoscitivi, normativi e gestionali riguardati le operazioni di salvaguardia e di trasformazione del suolo nonché la protezione dell'ambiente*"[8]. Fermo restando che veniva ribadito il principio di conformità tra le opere da eseguirsi da amministrazioni statali e le prescrizioni dei piani urbanistici ed edilizi, da accertarsi sempre dallo Stato ma d'intesa con la Regione interessata (v. art. 81, c. 2), vennero in primo luogo riservate allo Stato "*le funzioni amministrative concernenti: a) l'identificazione, nell'esercizio della funzione di indirizzo e di coordinamento di cui all'art. 3 della legge n. 382 del 1975, delle linee fondamentali dell'assetto del territorio nazionale, con particolare riferimento all'articolazione territoriale degli interventi di interesse statale ed alla tutela ambientale ed ecologica del territorio nonché alla difesa del suolo*" (v. art. 81, c. 1, lett. a).

In secondo luogo, "*La progettazione di massima ed esecutiva delle opere pubbliche di interesse statale, da realizzare dagli enti istituzionalmente competenti, per quanto concerne la loro localizzazione e le scelte del tracciato se difforme dalle prescrizioni e dai vincoli delle norme o dei piani urbanistici ed edilizi, è fatta dall'amministrazione statale competente d'intesa con le regioni interessate, che devono sentire preventivamente gli enti locali nel cui territorio sono previsti gli interventi* (v. art. 81, c. 3). *Se l'intesa non si realizza entro i novanta giorni dalla data di ricevimento da parte delle regioni del programma di intervento, e il Consiglio dei Ministri ritiene che si debba procedere in difformità dalla previsione degli strumenti urbanistici, si provvede sentita la commissione interparlamentare per le questioni regionali con decreto del Presidente della Repubblica previa deliberazione del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro o dei Ministri competenti per materia*" (v. art. 81, comma 4).

[8] V. sul punto F. Salvia, *Commento all'art. 80, D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616,* in S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale (a cura di), *Codice di edilizia e urbanistica,* Utet, 2013, ma v. anche, sempre dello stesso F. Salvia, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari,* in *Nuove autonomie,* 2012.

Non è questa la sede per ripercorrere il dibattito sulla funzione di indirizzo e coordinamento, introdotta dalla legge finanziaria regionale (l. 16 maggio 1970 n. 281), sostanzialmente per attenuare l'esclusività della competenza amministrativa regionale, in tal maniera infrangendo l'originario disegno costituzionale, basato sul parallelismo tra funzioni legislative ed amministrative, ma che la Corte Costituzionale ebbe a validare, temperandola attraverso la necessità di una legge che ne dettasse i criteri, e cioè che indicasse i presupposti, la materia, le finalità dell'intervento e l'autorità legittimata[9], né comunque ai presenti fini tale indagine sarebbe necessaria perché la previsione dell'art. 81, comma 1, lett. a) non ha trovato alcuna attuazione.

La disposizione di fondo era invece quella che faceva leva sull'obbligo di intesa tra Stato e Regione, come tale idonea a determinare *ex se* la conformità, a prescindere dalle determinazioni delle amministrazioni comunali interessate, titolate ad esprimere meri pareri obbligatori ma non vincolanti. E in caso di non intesa entro il termine di 90 giorni la decisione di procedere in difformità poteva essere comunque assunta a livello più alto dell'esecutivo e cioè con delibera del Consiglio dei Ministri, sentita la Commissione interparlamentare per le questioni regionali (ovvero la Commissione deputata dall'art. 126 Cost. a rendere il parere al Governo ai fini dello scioglimento del Consiglio Regionale o della rimozione del Presidente della Giunta laddove si accerti che abbiano compiuto atti contrari alla Costituzione o gravi violazioni di legge). In altri termini la difformità poteva essere superata attraverso un atto di altissima amministrazione, preceduto da un parere a livello parlamentare.

La disciplina è stata parzialmente modificata con il d.P.R. 18 aprile 1994, n. 383 che ha ulteriormente procedimentalizzato la ricerca del consenso attraverso la conferenza di servizi nel frattempo introdotta dalla l. 7 agosto 1990 n. 241. Comunque, se dopo il complesso e anzi defaticante *iter* della conferenza di servizi decisoria non si raggiungeva l'intesa, trovava comunque ancora applicazione la già ricordata disposizione dell'art. 81, c. 4, d.P.R. 616/1977, idonea a superare non solo l'eventuale dissenso della Regione interessata, ma anche l'eventuale dissenso delle Amministrazioni dello Stato preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, del patrimonio storico-artistico o alla tutela della salute e della pubblica incolumità.

[9] V. Corte Cost. 29 luglio 1982, n. 150 e 28 maggio 1987, n. 201. Il relativo dibattito dottrinale e le esperienze di applicazione della funzione di indirizzo e coordinamento in talune materie sono riassunti in L. TORCHIA (a cura di), *Stato e Regioni. La funzione di indirizzo e coordinamento,* La Nuova Italia Scientifica, 1990.

4. *L'attribuzione alle Regioni da parte del nuovo Titolo V Cost. delle competenze legislative concorrenti in materia di grandi reti di traporto, controbilanciate dalla introduzione del principio della sussidiarietà ascensionale*

Senonchè tale impianto normativo è stato messo in crisi dalla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione in quanto il nuovo art. 117, c. 3 affida alle Regioni competenza legislativa concorrente in materia di grandi reti di trasporto, con la conseguenza che in detta materia allo Stato rimane solo il potere di dettare principi fondamentali. E di rimando, la competenza delle Regioni non è più astretta ai lavori pubblici di interesse regionale come nell'originario art. 117 Cost. Si pose pertanto il problema se lo Stato mantenesse ancora il potere decisorio "ultimo" ai fini della localizzazione. E anzi la questione si fece subito urgente perché sempre nel 2001 venne approvata la c.d. legge "obiettivo" (l. 21 dicembre 2001 n. 443 e successivo d.lgs. 20 agosto 2002 n. 190) finalizzata a realizzare opere strategiche di preminente interesse nazionale (art. 1, comma 1, d.lgs. 190/2002), che prevedeva complesse procedure finalizzate tra l'altro alla localizzazione sul territorio di tali opere[10].

Fu subito evidente la illogicità di una soluzione che affidasse alle Regioni il potere decisionale in punto di localizzazione di opere di interesse nazionale e dunque una sorta di potere di veto. Anche perché un controlimite alla competenza regionale era individuabile nel principio di sussidiarietà introdotto dal nuovo art. 118 Cost. Sussidiarietà la quale significa che le funzioni amministrative, se da un lato in linea generale sono attribuite ai comuni, ovvero al livello di governo tendenzialmente più vicino possibile agli amministrati, dall'altro non si tratta di una attribuzione senza riserve in quanto se ne deve sempre valutare l'adeguatezza. Infatti, l'art. 118, comma 1 Cost., stabilisce testualmente: "*le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei princìpi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza*". Ne deriva che se la vicinanza non è adeguata a quello specifico interesse, la competenza viene ad essere spostata in alto, sino allo Stato. In altri termini la decisione in ordine alla allocazione delle competenze tiene dietro ad una valutazione concreta della dimensione degli interessi.

[10] Sul punto v'è un ricco apporto dottrinario: v. per tutti F. MANGANARO, *Opere pubbliche tra governo del territorio ed autonomie territoriali,* in *Foro amm., TAR, Fasc. 4, 2009, 1304.*

Il che vuol dire che lo Stato ben può svolgere funzioni amministrative in materia su cui ha la competenza legislativa di solo principio, quando ciò sia necessario per assicurare l'esercizio unitario, in virtù dei principi tra loro complementari di sussidiarietà, differenziazione, adeguatezza, disponendo con legge in tal senso. In tal maniera così ripristinando *in parte qua* il principio del parallelismo tra funzioni legislative e funzioni amministrative[11].

Fermo restando che la presenza delle esigenze unitarie sulla base della legge di "ascensione" sarà comunque sottoposta allo scrutinio di ragionevolezza della Corte Costituzionale[12].

Si ha così che nelle materie di competenza concorrente la determinazione di assicurarne a livello di amministrazione l'esercizio unitario è espressione di un principio organizzativo radicato nel principio di sussidiarietà inteso in senso ascensionale. È vero che – in tal maniera – l'intera disciplina delle funzioni amministrative viene ad essere "decostituzionalizzata", risolvendosi nel riconoscimento della decisione sulla competenza alla legge dello Stato. Ciò però è una conseguenza della stessa disciplina costituzionale, che fa rinvio a nozioni come quelle di

[11] V. in tal senso anche A. D'ATENA, *Diritto regionale,* Giappichelli, 2010, 154, che parla di "riesumazione" della logica del parallelismo delle funzioni.

[12] È forse utile ricordare che in Germania, a fronte di una formula autorizzativa dell'intervento del legislatore che richiedeva la mera "esigenza" (c.d. *Bedürfnisklausel*) di un intervento legislativo federale nelle materie di competenza concorrente (art. 72 GG), il Tribunale costituzionale aveva escluso di poter controllare l'effettiva esistenza dei presupposti abilitanti, considerati frutto di un giudizio marcatamente politico e dunque per principio sottratto al sindacato giurisdizionale. In proposito è ad esempio da rammentare la decisione *BVerfGE,* 13, 233 ss., c.d. *Ladenschluss* (sugli orari di chiusura degli esercizi commerciali) nella quale il Tribunale ebbe a sostenere che il concetto di "esigenza" presuppone una valutazione politica del legislatore federale che il giudice costituzionale non è abilitato a sindacare. Per porre rimedio a tale carenza di tutela, si è dato corso nel 1994 ad una revisione costituzionale che ha riguardato, tra le altre, la disciplina della competenza concorrente tra *Bund e Länder* di cui all'art. 72 GG. La riforma ha sostituito la vecchia clausola che richiedeva la mera "esigenza" di un intervento legislativo federale nelle materie di competenza concorrente, con la c.d. "clausola di necessità" (*Erforderlichkeitsklausel*), che da un lato limita l'estensione delle competenze del *Bund* e dall'altro è stata però resa giustiziabile davanti al Tribunale costituzionale federale (art. 93, c. 1, 2a GG). È chiaro – come si è affermato (J. WOELK, *Quale futuro per il federalismo tedesco*, in *Le Istituzioni del federalismo*, 2000, 1, 255-256) – che si tratta di un concetto aperto che consente al legislatore di disporre di una certa discrezionalità politica nel valutarne i presupposti. Ciò nonostante dovrebbe ora dimostrarsi più efficace il controllo contro eventuali abusi, perché potrà essere valutata dal *Bundesverfassungsgericht* la concreta necessità di un intervento del legislatore al fine di soddisfare detto interesse nazionale. La modifica del resto tiene conto del fatto che la vecchia clausola di esigenza era rimasta lettera morta a causa della sua non giustiziabilità.

sussidiarietà, di differenziazione, di adeguatezza, cioè a concetti giuridici indeterminati, da decifrare via via ad opera del legislatore, in quanto hanno una variabilità intrinseca, di cui può essere interprete soltanto lo Stato, come rappresentante degli interessi unitari della Repubblica, e che invera quella che negli Stati federali viene chiamata la clausola di supremazia (*supremacy clause*)[13]. La conferma della essenzialità di una clausola che salvaguardi le "esigenze unitarie" riguardo alle infrastrutture in discussione è difatti rinvenibile nelle Costituzioni di Stati federali dotati di larga autonomia, tutte univoche nell'attribuire al livello centrale il governo delle grandi opere pubbliche[14].

La esigenza di regolazione e gestione unitaria è in definitiva nella natura delle cose, cioè nelle caratteristiche e nelle funzioni delle opere da realizzare: con riguardo alle opere destinate alle grandi comunicazioni è evidente che esse rispondono ad interessi riferibili all'intera comunità di primario rilievo sociale e ambientale, e per di più funzionali a garantire livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale tra cui sono indubbiamente ricompresi proprio i diritti alla mobilità e alla sicurezza al punto che la Costituzione prevede misure sostitutive nei confronti delle Regioni (e degli enti locali) laddove lo richieda la tutela dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (v. art. 120, comma 2): si tratta – è vero – di casi limite, ma la norma è espressiva della presenza in Costituzione della clausola di supremazia la quale non può non rilevare anche ai fini interpretativi della rete di rapporti tra Stato e Regioni.

5. *La sentenza della Corte Costituzionale n. 303/2003*

Questo ordine di argomenti è stato fatto proprio dalla Corte Costituzionale investita da numerose Regioni della questione di legittimità costituzionale delle previsioni "localizzative" di cui al d.lgs. 190/2002. Dopo aver rilevato che le istanze unitarie giustificano una deroga alla normale

[13] V. quanto scrivevo in *La localizzazione e la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici tra Stato e Regioni,* in Atti del Convegno su *Titolo V della Costituzione ed opere pubbliche*, Bologna University Press, 2002, 45 ss.

[14] V. artt. 81, 83 e 87 Cost. Svizzera proprio con espresso riferimento alle grandi infrastrutture, e art. 72 Cost. Germania secondo cui il *Bund* ha potere legislativo laddove la "garanzia dell'unità del diritto e dell'economia nell'interesse dello Stato nel suo complesso rendano necessaria una disciplina legislativa federale".

ripartizione di competenze, la Corte ha appunto messo in luce che l'art. 118, c. 1° Cost. introduce un meccanismo dinamico che finisce con il rendere meno rigida la stessa distribuzione delle competenze legislative, là dove prevede che le funzioni amministrative, generalmente attribuite ai Comuni, possano essere allocate ad un livello di governo diverso per assicurarne l'esercizio unitario sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza[15]. È del resto coerente con la matrice teorica e con il significato pratico della sussidiarietà che essa agisca come *subsidium* quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere. Perché tuttavia – prosegue la Corte – i principi di sussidiarietà e di adeguatezza convivono con il normale riparto di competenze legislative stabilite al titolo V, ne deriva che tali principi possono giustificarne una deroga solo se la valutazione dell'interesse pubblico sottostante all'assunzione di funzioni da parte dello Stato sia proporzionata, non risulti affetta da irragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto di costituzionalità.

La Corte affermò anche, a mò di controlimite, da un lato che la ascensione in sussidiarietà dovesse essere il risultato di un procedimento inspirato alla leale collaborazione e, dall'altro, che il tutto dovesse confluire in un accordo stipulato con le Regioni interessate. Di qui la concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e soprattutto il principio dell'intesa. In altri termini – secondo la Corte – l'attrazione allo Stato di funzioni amministrative da regolare con legge richiede un procedimento in contraddittorio ispirato ad un procedimento attraverso il quale l'istanza unitaria ha da essere saggiata nella sua reale consistenza e quindi commisurata all'esigenza di coinvolgere i soggetti titolari delle attribuzioni attratte, salvaguardandone la posizione costituzionale. Nel senso che la decisione circa la presenza di esigenze unitarie "insuscettibili di frazionamento" deve far seguito ad una procedura caratterizzata da adeguata e ponderata istruttoria, e da una ricerca di una soluzione comune improntata al principio del giusto procedimento nonché al principio di "lealtà federale" (*Bundestreue*), il che significa che si deve far uso della propria potestà secondo il criterio della considerazione reciproca ed evitare una attuazione *"missbrauchlich"* (abusiva) dei propri interessi.

Sulla base di queste premesse la Corte ebbe a ritenere conformi a Costituzione i complessi procedimenti di superamento del dissenso tracciati dal d.lgs. 190/2002 (c.d. legge "obiettivo") in quanto caratterizzati da un procedimento in cui a più riprese è prevista la partecipazione

[15] Corte Cost., 1° ottobre 2003, n. 303 n. 42, parte in diritto.

regionale sia in sede istruttoria presso il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, sia in sede di approvazione definitiva da parte del CIPE il quale delibera in composizione integrata dai Presidenti delle Regioni e delle Province autonome interessate.

6. *Intesa forte o intesa debole?*

Va anche precisato che in base alla legge obiettivo, con riguardo alle opere di carattere interregionale o internazionale, se il dissenso regionale non viene superato in sede di CIPE, il progetto è approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, sentita la Commissione parlamentare per le questioni regionali, secondo lo schema già ricordato risalente all'art. 81, d.P.R. 616/1977. Mentre nel caso di opere nelle quali il preminente interesse statale concorre con quello regionale è consentito alla Regione di "bloccare" l'approvazione del progetto in attesa di una nuova valutazione in sede di aggiornamento del programma. Sicchè nel sistema della legge obiettivo l'intesa sulle localizzazioni riguarda solo le opere di interesse comune tra Stato e Regioni mentre invece per le altre, cioè quelle di carattere interregionale o internazionale, la intesa Stato-Regioni attiene alla fase della qualificazione come tali e non dunque sul tracciato[16]. Tuttavia già in tale sede la Regione potrebbe mettere in discussione l'opera non avendo contezza del tracciato e dunque in una maniera o nell'altra bloccare l'iniziativa.

In realtà, a prescindere dalla specifica disciplina della legge obiettivo molto procedimentalizzata e che contiene la distinzione tra categorie di opere menzionate il problema di fondo che la sentenza ha lasciato aperto è quello se l'intesa dovesse essere considerata come una intesa forte o come una intesa debole. Occorre infatti rammentare che la giurisprudenza costituzionale, con riguardo ai rapporti tra Stato e Regioni, ha delineato due categorie di intese: quelle forti, che significano *idem consensus*, e quelle c.d. deboli, che non rientrano nella nozione tipica di intesa, essendo appunto assimilabili a pareri[17]: anche se invero il *no-*

[16] Questa distinzione di opere trova una indiretta conferma nella prescrizione contenuta nell'art. 19, lett. b), d.P.R. 381 del 1974, Norme di attuazione dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige, la quale proprio con riguardo alle autostrade richiede l'intesa con la Provincia interessata quando si tratta di tracciati che interessano soltanto il territorio provinciale e quello di una Regione finitima.

[17] A. D'Atena, *Sulle pretese differenze tra intese "deboli" e pareri nei rapporti tra Stato e Regioni*, in *Giur. cost.*, 1991, 3908.

men intesa intende sempre esprimere una compartecipazione, e non una attività di mera consulenza. Fatto è che sotto certi profili (le fattispecie normative delineate dalla legge "obiettivo" sottoposte allo scrutinio della Corte erano plurime) il modello seguito appare quello dell'intesa debole (così per l'approvazione del progetto preliminare: v. punto 24 della sentenza)[18], sotto altri il modello si avvicina a quello dell'intesa forte. È pertanto da condividere l'osservazione per cui la sentenza n. 303 non era affatto chiara né sul momento in cui andava ricercata la cooperazione regionale né sulla intensità della stessa[19].

Peraltro la sentenza 303/2003 è stata da molti interpretata come portatrice del verbo "intesa forte" soprattutto alla luce di quelle posizioni dottrinarie fortemente critiche, che hanno ritenuto la sentenza espressiva di "neocentralismo"[20]; e – addirittura – come è stato scritto con una brillante immagine – di "*bagliori di potere costituente*"[21]. Tuttavia, il criterio dell'intesa forte ebbe subito a sollevare non poche perplessità. Ed infatti in dottrina[22] si è osservato che in tale maniera sono "*contraddette e disattese proprio quelle istanze di unificazione presenti nei più svariati contesti di vita, ….che trovano sostegno nella proclamazione di unità e indivisibilità della Repubblica» di cui all'articolo 5 della Costituzione*". Molto efficacemente è stato anche scritto che la tesi dell'intesa forte è accostabile ad un "ossimoro", perché con essa «*si riconosce la piena competenza dello Stato a decidere in via sussidiaria e, contemporaneamente, si pretende un'intesa paritaria che, se non raggiunta, paralizza qualsiasi processo*»[23].

[18] V. in tal senso F. Cintioli, *Le forme dell'intesa e il controllo sulla leale collaborazione dopo la sentenza 303 del 2003,* in *Forum di Quaderni Costituzionali,* 31 ottobre 2003.

[19] Così A. Gentilini, *Corte, Stato, Regioni: tre monadi isolate dall'attrazione in sussidiarietà (osservazioni alla sent. n. 40 del 2022)* in *Giur. Cost*., 2022, 443, ma già prima aveva sottolineato la non univocità di taluni passaggi della sentenza 303/2003 F. Cintioli, *op. cit.*

[20] V. per tutti A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regionale …) in una teorica (e però solo in parte soddisfacente) pronunzia,* in *Forum dei quaderni costituzionali*, http://*web.unife.it/progetti/forum-costituzionale/index.html*, 29 ottobre 2003.

[21] M. Morrone, *La Corte costituzionale riscrive il Titolo V?*, in *Forum dei quaderni costituzionali, https://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/285.pdf,* 8 ottobre 2003.

[22] F. Bassanini "*La localizzazione delle grandi infrastrutture dopo la sentenza n. 303 del 2003: una questione ancora irrisolta*", in V. Cerulli Irelli, C. Pinelli (a cura di), *Verso uno stato federale? Normazione e amministrazione nel nuovo Titolo V della Costituzione,* Il Mulino, 2004

[23] A. Morrone, *Lo Stato regionale: dalla giustizia costituzionale alla politica*, in *Quad. cost.*, 2006, 354.

Come pure da parte di dottrina autorevolissima è stata evidenziata[24] la irrazionalità a che il "*raggiungimento di un accordo tra i due livelli di governo possa essere elevato a condizione di validità e di efficacia della riallocazione delle funzioni amministrative. Nel silenzio sul punto del testo costituzionale, un'illazione del genere, non solo eccederebbe i confini, pur ampi, dell'interpretazione sistematica, ma finirebbe per entrare in tensione con lo stesso principio che intende corroborare, rendendo elevatissimo il rischio della sua inattuazione. È, infatti, evidente che il principio dell'intesa, dotando ciascuno dei soggetti a questa chiamati di un potere interdittivo insuperabile, renderebbe onerosissime le deroghe al principio della competenza amministrativa generale del comune. Con buona pace – tra l'altro – del principio del buon andamento dell'amministrazione (sul quale la Corte, in anni non lontani, fondava la sua propensione per le intese dette "deboli")*"[25].

7) *(segue)*

Vero è che la soluzione della intesa forte ha trovato esplicito riconoscimento nella successiva sentenza della Corte Costituzionale 13 gennaio 2004 n. 6 relativa alla realizzazione delle centrali di produzione di energia elettrica, soggetta per legge ad autorizzazione unica a seguito di un procedimento unico, al quale partecipano le Amministrazioni statali e locali interessate, svolto nel rispetto dei principi di semplificazione e con le modalità di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni, d'intesa con la Regione interessata.

Ma è da dire che nella specie la Corte ebbe a qualificare tale intesa "forte", nel senso che il suo mancato raggiungimento costituisce ostacolo insuperabile alla conclusione del procedimento a causa del particolarissimo impatto che una struttura produttiva di questo tipo ha su tutta una serie di funzioni regionali relative al governo del territorio, alla tutela della salute, alla valorizzazione dei beni culturali ed ambientali, al turismo, etc., ovvero sulla base di una motivazione specifica relativa alle caratteristiche dell'im-

[24] A. D'Atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative*, cit., 2781.

[25] Valga osservare come le Regioni abbiano interpretato l'esercizio del loro potere di intesa come un potere di veto decretando il fallimento di diversi progetti oppure rallentandone enormemente le procedure autorizzative e realizzative, v. C. Iaione, *La localizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari,* in: *Le interferenze, la tutela del G.A. ed il diritto penale,* in F.G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani, (a cura di), *Trattato di diritto del territorio,* Vol. II, Giappichelli, 2018, 1180.

pianto: è evidente però che sotto plurimi profili una centrale di produzione di energia elettrica non è certo paragonabile ad un tracciato autostradale. Sicchè è ragionevole ritenere che l'obbligo di intesa forte nasce nella specie dal plurimo e rilevante impatto (che del resto la Corte espone e ricompone con precisione) che le competenze regionali subiscono per effetto della realizzazione di centrali elettriche. Ma a seconda della necessità o urgenza dell'impianto a presidio di interessi statali o comunque sovralocali, da un lato, e dell'impatto sulle competenze regionali e locali, dall'altro, può essere ritenuta adeguata una intesa debole, salva comunque la osservanza del canone della leale collaborazione e suoi "derivati". Tale valutazione è espressa in sede di legislazione statale determinativa della competenza in applicazione del canone della sussidiarietà ascensionale. D'altro canto, se le esigenze unitarie consentono l'allocazione a livello statale della competenza in ordine alla localizzazione e alla approvazione dei progetti di interesse nazionale, è evidente che, in tale sede, lo Stato ha anche il potere di decisione finale: a meno che non si contrappongano – come nel caso di cui alla sentenza n. 6/2004 – interessi regionali di estremo rilievo che devono essere previamente valutati dal legislatore statale e tradotti nella regola dell'intesa forte. Ove così non fosse, verrebbe meno la esigenza di unitarietà che è alla base della attribuzione della competenza allo Stato. A garanzia delle Regioni va poi rimarcato che il sindacato di ragionevolezza e di proporzionalità della Corte potrà riguardare sia la allocazione a livello statale delle competenze, sia la determinazione della natura dell'intesa.

In conclusione, la qualificazione come intesa forte o debole dipende dalle caratteristiche dell'opera nonché dalle forme di collaborazione e di compartecipazione più o meno intensa prevista dalla legge (conferenza Stato-Regioni, partecipazione del rappresentante della Regione all'organo statale che approva il progetto, consultazione preventiva con enti locali ecc.). Ciò è tanto vero che la stessa Corte Costituzionale ha successivamente affermato che l'intensità della partecipazione regionale dipende dal tipo di interessi coinvolti e dalla natura ed all'intensità delle esigenze che devono essere soddisfatte[26]. Non solo, sempre nella sentenza appena citata, relativa tra l'altro ad impianti per lo smaltimento dei rifiuti radioattivi, ha concluso che "*dopo le necessarie forme di partecipazione al procedimento della Regione interessata resta fermo che in caso di dissenso irrimediabile possono essere previsti meccanismi di deliberazione definitiva da parte di organi statali, con adeguate garanzie procedimentali*"[27].

[26] Così Corte Cost., 29 gennaio 2005, n. 62, § 16 parte in diritto.
[27] *Ibidem*, parte 17 in diritto.

8. *La disciplina innovativa introdotta dal Codice dei contratti del 2016 e la caduta dell'intesa "forte"*

La legislazione successiva ha tenuto conto di questi rilievi e di queste esigenze e ha fatto cadere il principio dell'intesa forte. In un primo tempo la disciplina di cui alla legge obiettivo venne sostanzialmente ripresa e trasfusa dagli artt. 161 e ss. del Codice dei contratti pubblici (c.d. Codice "De Lise"), d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Tuttavia il vigente Codice dei contratti (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50) ha innovato del tutto la pregressa disciplina in punto di localizzazione. Così l'art. 27, d.lgs. 50/2016 intitolato "*Procedure di approvazione dei progetti relativi ai lavori*" prevede (comma 1) *"L'approvazione dei progetti da parte delle amministrazioni viene effettuata in conformità alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, e alle disposizioni statali e regionali che regolano la materia. Si applicano le disposizioni in materia di conferenza di servizi dettate dagli articoli 14-bis e seguenti della citata legge n. 241 del 1990.* […]". Mentre il comma 3 dello stesso art. 27 dispone*: "In sede di conferenza dei servizi di cui all'articolo 14-bis della legge n. 241 del 1990 sul progetto di fattibilità,* […]*, tutte le amministrazioni e i soggetti invitati,* […]*, sono obbligati a pronunciarsi sulla localizzazione e sul tracciato dell'opera, anche presentando proposte modificative, nonché a comunicare l'eventuale necessità di opere mitigatrici e compensative dell'impatto.* […] *Salvo circostanze imprevedibili, le conclusioni adottate dalla conferenza in merito alla localizzazione o al tracciato* […] *e alle opere mitigatrici e compensative, ferma restando la procedura per il dissenso di cui all'articolo 14-bis, comma 3-bis e all'articolo 14-quater*, *comma 3 della predetta legge n. 241 del 1990, non possono essere modificate in sede di approvazione dei successivi livelli progettuali, a meno del ritiro e della ripresentazione di un nuovo progetto di fattibilità".*

Coerentemente con tale sistema che fa leva sulla conferenza dei servizi, l'art. 5-*ter* del d.l. 18 aprile 2019, n.32 convertito con modificazioni della l. 14 giugno 2019 n. 55, da un lato ha abrogato i commi 2, 3, 4 e 5 del regolamento di cui al d.P.R. 18 aprile 1994, n. 383 e dall'altro ha sostituito il comma 1 inserendovi la previsione dell'applicazione dell'istituto della conferenza dei servizi di cui agli articoli da 14 a 14-*quinquies* della legge 7 agosto 1990, n. 241. In base a tale disciplina, una volta giunti alla determinazione motivata di conclusione della conferenza ai sensi dell'art. 14-*quater* viene assegnata alle Regioni (e invero anche alle Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili) la possibilità di proporre opposizione al Presidente del Consiglio dei ministri avverso

la determinazione motivata di conclusione della conferenza a condizione che abbiano espresso in modo inequivoco il proprio motivato dissenso prima della conclusione dei lavori della conferenza (v. art. 14-*quinques,* intitolato "*Rimedi per le amministrazioni dissenzienti*"). La proposizione dell'opposizione sospende l'efficacia della determinazione motivata di conclusione della conferenza. A seguito dell'opposizione entro 15 giorni la Presidenza del Consiglio convoca la nuova riunione con la partecipazione delle amministrazioni che hanno espresso il dissenso e delle altre amministrazioni che hanno partecipato alla conferenza al fine di far sì che i partecipanti formulino proposte, in attuazione del principio di leale collaborazione, per l'individuazione di una soluzione condivisa, che sostituisca la determinazione motivata di conclusione della conferenza con i medesimi effetti. Non solo. Qualora tale riunione non determini il raggiungimento dell'intesa la Presidenza del Consiglio può indurre entro i successivi quindici giorni, una seconda riunione, che si svolge con le stesse modalità e allo stesso fine. Se poi la intesa non si raggiunge, la questione è rimessa al Consiglio dei Ministri cui possono partecipare i Presidenti delle Regioni o delle Province autonome interessate. Infine, se il Consiglio dei Ministri non accoglie l'opposizione, la determinazione motivata di conclusione della conferenza acquisisce definitivamente efficacia (v. art. 14-*quinquies,* comma 6).

È quindi definitivamente saltato il principio della intesa forte in coerenza con quanto auspicato da una parte della dottrina e comunque con la logica in quanto per le opere strategiche di interesse nazionale non può non aversi un decisore ultimo: tra l'altro a seguito di una procedura collaborativa la quale parte da un quadro unitario di pianificazione e programmazione degli interventi prioritari, nel contempo accompagnato da disposizioni volte ad elevare la qualità della programmazione e la coerenza tra quest'ultima e i correlativi impegni di spesa. Il principio di fondo introdotto dall'art. 200 del d.lgs. 50/2016 è appunto nel senso che le infrastrutture e gli insediamenti finalizzati allo sviluppo del Paese devono essere previsti in specifici "*strumenti di pianificazione e programmazione*" generale indicati e disciplinati dall'art. 201, e denominati uno "*piano generale dei trasporti e della logistica*" (PGTL), e l'altro "*documento pluriennale di pianificazione*" (DPP). Il primo, da adottare a cadenza triennale e contenente le linee strategiche delle politiche della mobilità delle persone e delle merci nonché dello sviluppo infrastrutturale del Paese, è approvato su proposta del MIT (Ministero delle Infrastrutture), con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del CIPE, acquisito il parere della Conferenza unificata

ex art. 8, d.lgs. 281/1997 e sentite le Commissioni parlamentari competenti. Da aggiungere che il MIT ha emanato, in virtù dell'art. 8, d.lgs. 29 dicembre 2011, n. 228, linee guida per la valutazione degli interventi in opere pubbliche, che dettano corposi ed elaborati criteri procedurali onde dare oggettività e trasparenza al procedimento di valutazione degli interventi e successivo inserimento nel DPP: criteri che riguardano tra l'altro l'analisi finanziaria, l'analisi costi-benefici, l'analisi degli impatti, l'analisi dei rischi, l'analisi costi-efficacia, la variabilità dei parametri nel tempo, gli impatti indiretti (*wider economic impacts*). A sua volta il DPP va approvato secondo una complessa procedura che a sua volta muove dalla presentazione del progetto di fattibilità da parte degli enti pubblici interessati e nella quale intervengono (così come già nel procedimento di formazione del PGTL) la Conferenza unificata e le Commissioni parlamentari competenti.

9. *Le previsioni speciali attuative del PNRR confermative della caduta dell'intesa "forte"*

Un ultimo cenno alla disciplina specifica relativa agli interventi finalizzati alla attuazione del PNRR. Come noto, trattandosi di una disciplina volta a semplificare e agevolare la realizzazione dei traguardi e degli obiettivi stabiliti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) di cui al Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, dal Piano nazionale per gli investimenti complementari di cui al decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, nonché dal Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima 2030 di cui al Regolamento (UE) 2018/1999 del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 dicembre 2018, assume preminente valore l'interesse nazionale alla sollecita e puntuale realizzazione degli interventi inclusi nei suddetti piani nel pieno rispetto degli standard e delle priorità dell'Unione europea in materia di clima e di ambiente (v. art. 1, commi 1 e 2, d.lgs. 31 maggio 2021 n. 77, conv. in l. 29 luglio 2021 n. 108). Conseguentemente, dati i tempi assegnati dalle norme europee, e comunque stante l'esigenza intrinseca di darvi attuazione in nome dell'interesse nazionale, la relativa disciplina si caratterizza per il ricorso ai poteri sostitutivi, come prevede l'art. 120, comma 2 Cost. nel caso di mancato rispetto della normativa comunitaria. La misura sostitutiva riguarda ogni sorta di obbligo ivi compresi – come evidente – quelli relativi alla realizzazione delle infra-

strutture[28]. Ed infatti, l'art. 12, inserito nel Titolo II "*Poteri sostitutivi, superamento del dissenso e procedure finanziarie*" del d.l. n. 77/2021, dispone l'esercizio di poteri sostitutivi qualunque sia la ragione per cui non siano rispettati gli obblighi e gli impegni finalizzati all'attuazione del PNRR, anche qualora si assista alla mancata adozione di atti e provvedimenti necessari all'avvio della fase prodromica di realizzazione dei progetti del Piano, o vi sia ritardo, inerzia o difformità nella esecuzione dei progetti, od ove sia soltanto messo a rischio il conseguimento degli obiettivi intermedi e finali del PNRR. E con riguardo alle ipotesi in cui si verifichi dissenso, diniego e opposizione od altro atto equivalente di un organo della Regione, delle Province autonome di Trento e di Bolzano o di un ente locale si attiva una complessa procedura finalizzata all'esercizio di poteri sostitutivi volti al superamento del dissenso (v. art. 13, comma 2, d.l. 31 maggio 2021 n. 77). Senonchè nel contempo tale comma stabilisce che ciò avviene qualora un meccanismo di superamento del dissenso "*non sia già previsto dalle vigenti disposizioni*": ma appunto nel caso del dissenso sulla localizzazione vi è già nell'ordinamento una disciplina idonea a porvi rimedio. Sicchè, il richiamo alle previsioni vigenti di superamento del dissenso e dunque la loro salvezza, dimostra vieppiù che per quanto concerne le localizzazioni, il dissenso viene risolto attraverso il ricorso alla conferenza di servizi con il potere decisorio ultimo del Consiglio dei Ministri.

10. *Istituti di partecipazione incrementativi del principio di leale collaborazione*

Tra l'altro il principio di leale collaborazione a tutela delle autonomie è rinforzato dal fatto che l'art. 22 del d.lgs. 50/2016 prevede il dibattito pubblico per le opere indicate dal d.P.C.M. 18 maggio 2018 n. 76, tra cui sono inserite le opere autostradali con tracciato superiore a 15 km e comunque con un valore di investimento pari o superiore a 500 milioni di euro (v. allegato 1 al d.P.C.M.), nonché opere anche di minori dimensioni poste in aree sensibili (v. art. 3, comma 2), cui si aggiunge poi la regola per cui comunque l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può indire su propria iniziativa il dibattito pubblico quando ne rileva l'opportunità (art. 3, comma 4).

[28] V. comunque per una prima illustrazione di tale disciplina C. Di Marzio, *Il decreto semplificazioni 2021* goverance *del piano nazionale di rilancio e resilienza (PNRR),* in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana,* fasc. 3-4, parte I, 117.

In questa sede non è necessario diffondersi sulle procedure che regolano il dibattito pubblico[29] sui rapporti tra procedura di VIA e dibattito pubblico.[30] Interessa solo evidenziare come di tutta evidenza esso abbia il fine di appianare o comunque ridurre le resistenze in ambito locale sulle scelte infrastrutturali attraverso una dialettica costruttiva, una ampia informazione, una motivazione che emerge dal contraddittorio. Il dibattito pubblico per le grandi opere infrastrutturali, che ha per modello la risalente esperienza francese del *débat public* e invero anticipata da una serie di leggi regionali, ha già del resto conosciuto già prima della sua positivizzazione alcune applicazioni sperimentali, tra l'altro specificatamente con riguardo ai tratti autostradali. Valga richiamare il dibattito, risalente al 2009, che ha riguardato la realizzazione di un nuovo tratto autostradale tra Genova e Voltri (c.d. "Gronda di Ponente")[31]. Come pure va ricordato il dibattito pubblico avente ad oggetto il potenziamento del sistema autostradale e tangenziale di Bologna (denominato "Passante di Bologna"), i cui esiti sono sintetizzati nel verbale finale del 16 dicembre 2016[32].

D'altra parte il principio di leale collaborazione e nello stesso tempo le garanzie propedeutiche ad una tutela giurisdizionale volta a contrastare l'assenza o il cattivo uso degli istituti di leale collaborazione e/o di partecipazione da parte di Regioni, Comuni, altri enti pubblici e anche di soggetti portatori di interessi diffusi vengono ad essere inverati attraverso la iperprocedimentalizzazione in sede di conferenza di servizi nonché attraverso l'istituto della VIA che prevede forme di consultazione preventiva, di dialogo con l'autorità competente, ecc. Se ne ricava

[29] Su cui v. tra i tanti A. Averardi, *L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia,* in *Giorn. dir. amm.,* 2016, 506; V. Molaschi, *Le arene deliberative. Contributo allo studio delle nuove forme di partecipazione nei processi di decisone pubblica,* Napoli, 2018, 259. V. Manchetti, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti,* in *federalismi*.it, 2018, 1 ss., ma soprattutto, anche per l'inquadramento del dibattito pubblico nel tema generale della democrazia nella pubblica amministrazione, nonché i ragguagli sia di ordine concreto sia di ordine comparatistico, v. F. Sciarretta, *La declinazione democratica dell'amministrazione: le decisioni partecipate nel campo delle grandi opere infrastrutturali,* in *Rivista AIC,* n. 3/2020.

[30] Per il che si fa rinvio allo studio di E. Frediani, *Dibattito pubblico, inchiesta pubblica e valutazioni ambientali: una "relazione" problematica,* in *Dir. amm.,* 2020, 399 ss.

[31] L. Bobbio, *La specificità del dibattito pubblico sulle grandi infrastrutture. Il caso della variante autostradale di Genova*, in U. Allegretti (a cura di), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze University Press, 2010, 285 ss.

[32] Reperibile su *www.passantedibologna.it:* indicazioni tratte dal saggio di F. Sciarretta, *La declinazione democratica dell'amministrazione: le decisioni partecipate nel campo delle grandi opere infrastrutturali,* cit., 42, nota 76.

così che la caduta della intesa forte ha una specifica compensazione. A tal fine potremmo infatti osservare che, come a fronte del difetto di raffrontabilità, ovvero di parametri e criteri dettati a livello di fonte primaria tali da circoscrivere l'esplicazione del potere amministrativo quale in particolare si riscontra nei confronti dei poteri regolatori attribuiti alle autorità indipendenti attraverso la enunciazione di obiettivi o di valori, si è affermata la tesi della legalità procedurale che compensa la dequotazione della legalità sostanziale[33], così le procedure appena sunteggiate in quanto espressioni di legalità procedurale sono idonee a supplire la intesa "forte". È vero che la tesi della legalità procedurale compensativa di carenze in punto di legalità sostanziale solleva non pochi dubbi di ortodossia costituzionale[34], ma l'implementazione delle procedure finalizzate alla localizzazione delle opere pubbliche non supplisce al principio di legalità avendo invece la funzione di elevare il livello della leale collaborazione che, nelle sue varie declinazioni e nei valori che esprime (tra cui correttezza e buona fede, quest'ultima ribadita dall'art. 1, comma 2-*bis*, l. 7 agosto 1990 n. 241) costituisce l'istituto di base a tutela delle autonomie.

11. *Le garanzie a tutela dell'autonomia comunale*

Tutto questo rileva anche ai fini del ruolo dei Comuni e a difesa della loro autonomia, atteso che le decisioni assunte in sede di Conferenza di servizi, ricadono sul territorio comunale e ne modificano gli strumenti urbanistici[35]. D'altro canto la Corte Costituzionale ha più volte ricono-

[33] Sul punto v'è un indirizzo giurisprudenziale consolidato: v. Cons. Stato, sez. VI, 24 maggio 2016 n. 218; 20 marzo 2015, n. 1532; 1° ottobre 2014, n. 4874; 2 maggio 2012, n. 2521; 27 dicembre 2008, n. 7972; 27 dicembre 2006, n. 7972; 20 aprile 2006 n. 2201;11 aprile 2006, n. 2007, ma v. anche Corte Cost., 22 febbraio 2017, n. 69, secondo cui "*la possibilità di valorizzare le forme di legalità procedurale….ai fini della valutazione del rispetto dell'art. 23 Cost., vale, in particolare, nei settori affidati ai poteri regolatori delle autorità amministrative indipendenti*".

[34] V. per tutti il recentissimo, quanto raffinato, saggio di M. Ramajoli, *Attività regolatoria e norme attributive di poteri: alcune considerazioni,* in *Rivista della Regolazione dei mercati*, Fasc. 1/2002, 25.

[35] Nel senso che a seguito della definizione del tracciato (nella specie Raccordo autostradale Autostrada della Cisa A15 – Autostrada del Brennero A22 – Frontevivo (PR) Nogarole Rocca (VR)), ne consegue la natura vincolata della attività comunale di recepimento della previsione urbanistica dell'opera, con conseguenziale esclusione di ogni discrezionalità pianificatoria da parte del Comune, v. Cons. Stato, Sez. IV, 9 luglio 2020 n. 4403.

sciuto che alla legge statale o regionale non è precluso, in relazione ai poteri urbanistici dei Comuni, "*modificarne le caratteristiche o l'estensione, ovvero subordinarli a preminenti interessi pubblici*[36]". Questo perché l'autonomia comunale in campo urbanistico non implica "*una riserva intangibile di funzioni*"[37]. Essa infatti riposa su due istituti: a) quello della partecipazione, nel senso che gli enti locali devono essere posti in condizioni di partecipare in maniera adeguata ai procedimenti suscettibili di condizionarne l'autonomia[38]; b) quello della ragionevolezza delle decisioni "sovrapposte", nel senso che devono dare risposte ad interessi di effettivo livello sovracomunale. E per l'appunto nella specie entrambi questi "protettori" di autonomia sono riscontrabili laddove si tenga conto, da un lato, delle complesse procedure che avviluppano la conferenza di servizi e la VIA, cui si aggiunge il dibattito pubblico, e, dall'altro, della indubbia ragionevolezza della soluzione accentratrice a difesa di esigenze unitarie attese le caratteristiche di interregionalità se non di internazionalità della maggioranza degli impianti autostradali.

[36] V. in proposito G. Caia, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 707 ss.

[37] Sulla derivazione storica, di tale presunta riserva, dall'ideologia del "giusnaturalismo comunale" e sulla necessità di superare detta presunzione in termini generali, e non solo nel caso di atti o piani di settore, onde giungere ad un "disegno nazionale dei poteri locali": F. Merusi, *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e i piani settoriali fra autarchia e problemi irrisolti*, in G. Caia, *Il piano territoriale di coordinamento provinciale e la pianificazione di settore*, in *Quaderni SPISA n. 11*, Rimini, 2001, 15 ss.

[38] V. in tal senso Corte cost., 26 novembre 2002, n. 478, la quale a sua volta richiama (e riprende) Corte cost., 27 luglio 2000, n. 378, su cui v. R. Bin, *Piani territoriali e principio di sussidiarietà,* in *Regioni,* 2001, 106*;* Corte cost., 21 ottobre 1998, n. 357, in *Riv. giur. edil.,* 1999, I, 203; Corte cost., 30 luglio 1997, n. 286, in *Regioni*, 1998, 155.

QUALE PIANO PER IL FUTURO DELL'URBANISTICA? ALCUNE CONSIDERAZIONI PROBLEMATICHE

di Giorgio Pagliari

SOMMARIO: 1. Un pensiero deferente per Filippo Salvia, maestro del diritto urbanistico. – 2. Quale piano per il futuro dell'urbanistica? – 3. Sulla perdurante necessità di un sistema pianificatorio. – 4. La sussidiarietà orizzontale come principio ispiratore della pianificazione urbanistica.

1. *Un pensiero deferente per Filippo Salvia, maestro del diritto urbanistico*

È giusto interrogarsi sul futuro della pianificazione urbanistica, tema ormai del tutto presente nella riflessione dottrinale, ma giustissimo scegliere di discuterne in questo convegno dedicato ad una carissima Persona e a un riconosciuto Maestro del diritto urbanistico, qual è Filippo Salvia. Convegno, per di più, caratterizzato dalla presentazione della IV edizione del Manuale di diritto urbanistico "figlio" del "famosissimo Salvia-Teresi" (e rivolgo un deferente pensiero anche a quest'ultimo), su cui si sono formate generazioni e generazioni.

Un libro accessibile – ricordo – agli studenti digiuni della materia, epperò apprezzabile nella sua ricchezza di spunti da un lettore che avesse acquisito la padronanza della materia. Questa caratteristica è anche propria di questa IV edizione del manuale oggi presentato, per il quale mi complimento, in particolare, con Cristiano Bevilacqua e Nicola Gullo.

2. *Quale piano per il futuro dell'urbanistica?*

L'attualità del suddetto interrogativo è chiara sotto più profili:

- l'evoluzione del sistema pianificatorio prodotta dall'ampliamento degli strumenti a tutela degli interessi paesaggistici, ambientali e naturalistici in genere, nonché dal conseguente superamento della tesi della settorialità, che ha giustificato l'espressione "Tutele parallele", se non erro coniata proprio dal "Salvia-Teresi"; superamento notoriamente determinato dall'adozione del modello dell'integrazione tra le diverse pianificazioni. Questo modello, infatti, da un lato, ha tolto centralità al PRG (penso al ruolo assunto, in particolare, dal piano

paesaggistico) e ridotto lo *spatium decidendi* del Comune, al punto che qualcuno ha invocato – forse non del tutto a torto – la violazione dell'art. 5 Cost., e, dall'altro, ha creato un sistema di pianificazione farraginosa, di difficile lettura e di ancora più difficile applicazione, che ha giustificato e giustifica il monito sull'equivalenza tra l'eccesso di pianificazione e depianificazione;

- le dinamiche socio-politiche ed economiche hanno reso ancor più evidente l'inadeguatezza del modello del 1942, fondato su una visione esclusivamente tecnico-urbanistica della pianificazione del territorio, visione divenuta sempre meno adeguata a rispondere all'esigenza dettata dalla crescente consapevolezza della funzionalizzazione oggettiva delle scelte pianificatorie rispetto ai diritti fondamentali delle persone soggetti fisiche e giuridiche operanti nel contesto sociale. Funzionalizzazione, che – sia concesso l'inciso – richiede chiarezza degli obiettivi, ma flessibilità della disciplina: norme di indirizzo più, che precetti;
- gli eccessi formalistici e il conflitto di competenza tra le autorità preposte alla tutela dei vari interessi (il pensiero va, in primo luogo, alle Soprintendenze), che rendono ingiustificatamente lunghi i procedimenti autorizzativi, i quali, in contrasto con la loro funzione (e con quella disegnata per la P.A. dalla Costituzione) finiscono per essere ostativi, anziché per l'appunto garanti delle condizioni per l'esercizio dell'attività edificatoria;
- il passaggio (notoriamente avvenuto in assenza di una legge cornice, in virtù di iniziative legislative regionali al limite della costituzionalità) da una legislazione fondata su una "filosofia" espansiva e tesa a definire le regole dell'attività edificatoria considerata come la regola e non l'eccezione, ad una finalizzata a dare corpo all'opposta "filosofia" del "consumo di suolo zero", "filosofia" per la quale "impermeabilizzare" il territorio è l'eccezione e non la regola.

Le prime tre considerazioni avrebbero, con tutta evidenza, giustificato da sole una radicale revisione del modello pianificatorio complessivo, ma è chiaro che il mutamento della prospettiva di fondo rende centrale la riflessione su quale piano sia necessario per l'urbanistica del consumo di suolo zero, anche se, essendo *historia magistra vitae*, i limiti emersi precedentemente, e che avrebbero giustificato comunque una rivisitazione complessiva, rimangono importantissimi per evitare di trasferire nel "nuovo" i vizi del "vecchio" ordinamento urbanistico.

3. *Sulla perdurante necessità di un sistema pianificatorio*

Ciò premesso, mi pare evidente che non si possa sfuggire ad una domanda pregiudiziale: è ancora necessario un sistema pianificatorio?

La domanda – se si vuole – è provocatoria, ma non troppo per almeno due ragioni.

La prima è che a nessuno sfugge che, anche se non si fosse affermata l'opzione del consumo di suolo zero, non si sarebbe né potuto, né dovuto evitare di riflettere a fondo sulla attualità di un sistema pianificatorio, che è ostinatamente incentrato, pur se non senza contraddizioni, sulla centralità del profilo urbanistico, cioè sull'interesse pubblico al corretto uso del territorio. E ciò nonostante sia sempre più evidente la pariordinazione di quest'ultimo con gli interessi pubblici alla tutela del paesaggio, dell'ambiente e delle risorse naturali e, soprattutto, dell'imprescindibile funzionalizzazione rispetto ai diritti fondamentali della persona.

Quest'ultima è una prospettiva ormai prevalente nell'opinione pubblica (e non solo), che consiglia una pianificazione unitaria e non semplicemente integrata, e che impone – io credo – una riconsiderazione del contenuto della proprietà fondiaria, alla quale non si può più non ritenere connaturata una qualità di interesse *lato sensu* naturalistico di notevole interesse pubblico, con il superamento della prospettazione della sentenza n. 55/1968 della Corte Costituzionale e il rinvio (per così dire) ai principi della n. 56/1968. Il che notoriamente è il superamento della concezione della proprietà privata naturalmente comprensiva della facoltà di edificare, la "cancellazione" della questione dei c.d. vincoli urbanistici e l'affermazione di una piena funzionalizzazione (art. 42, II comma, Cost.) del diritto di proprietà fondiaria.

L'ipotizzata pianificazione unitaria non potrebbe non tener conto della "pregiudizialità" delle questioni ambientali, paesaggistiche e naturalistiche, così da dover considerare questa pianificazione presupposta da quella strettamente urbanistica. E così da dover considerare anche una diversa conformazione dell'una rispetto all'altra: ad esempio, precettiva la prima e più di indirizzo la seconda.

La realizzazione di un simile modello non sarebbe certo opera semplice, richiedendo un ripensamento complessivo dell'intero sistema delle pianificazioni.

La seconda ragione è che i modelli pianificatori proposti dal legislatore regionale del "consumo di suolo zero" sono improntati ad una distinzione "manichea" tra aree (già) urbanizzate, di conseguenza an-

cora edificabili, e aree non urbanizzate o agricole e, pertanto, mai più impermeabilizzabili.

Come noto, è un'impostazione che pone non pochi problemi giuridici, a partire dalla compatibilità con gli artt. 117, II comma, e 42, II comma, Cost., e dai riflessi sui valori immobiliari di terreni e fabbricati; ma, in questa sede, è dato di sottolineare solo il diverso portato giuridico, che sono destinati ad assumere la pianificazione e l'attività edilizia.

È evidente, infatti, che quest'ultima, potendosi concretizzare solo nell'azione di riciclo e di rigenerazione urbana, acquisisce una rilevanza pubblica ben più pregnante di quella assegnatale dal legislatore statale del 1942.

Per quest'ultimo contesto, a ben riflettere, l'interesse generale perseguibile dal privato attraverso l'esercizio dello *ius aedificandi* era rappresentato dal fatto che l'intervento edilizio, pur nella sua rilevanza per l'interesse privato, rappresentava lo strumento per l'attuazione del PRG e, dunque, dell'interesse pubblico al corretto uso del territorio. In virtù della legislazione del consumo di suolo zero, invece, la rilevanza pubblica dell'attività edilizia è data dalla sua proattività perché è la qualità dell'intervento di riciclo o di rigenerazione urbana e non il mero rispetto delle regole ad essere decisiva per ottenere il risultato finale: la soddisfazione dell'interesse pubblico ad una città "sostenibile", cioè vivibile umanamente (effettività dei diritti della persona), paesaggisticamente e sotto tutti i profili naturalistici.

Su queste premesse, la risposta al quesito è sicuramente positiva (*id est*: perdurante necessità della pianificazione), ma non esaustiva, nel senso che non consente di non affrontare la riflessione su quale modello pianificatorio.

Una riflessione, che non potrebbe che essere interdisciplinare e con attenzione alla quale, in questa sede e senza presunzione, non posso che indicare dei temi imprescindibili almeno dal punto di vista dell'analisi giuridica, non meno che dell'esperienza concreta.

Il primo riguarda la necessità di provvedere alla semplificazione e alla razionalizzazione dell'intero sistema pianificatorio.

Che quest'ultimo, infatti, soffra di "elefantismo" e si caratterizzi per un eccesso di regolamentazione e per la sovrapposizione di competenze e di atti normativi è fatto notorio e non contestato. Le ricadute principali sono date dalla mancanza di comprensibilità dell'effettivo quadro legale di riferimento, dalla incertezza e dall'appesantimento dell'azione dei pubblici uffici, dalla correlata possibilità di abusi amministrativi e da un contesto, che spinge alla ricerca di soluzioni elusive.

Un esempio valga per tutti.

La nuova L.R.U. dell'Emilia Romagna ha un sistema pianificatorio costituito da: (a) PTR (Piano Territoriale Regionale), di cui il PTPR (Piano Territoriale Paesaggistico Regionale) costituisce una componente, (b) PSM (Piano Strategico Metropolitano), (c) PTM (Piano Territoriale Metropolitano), (d) PTAV (Piano Territoriale di Area Vasta), (e) PUG (Piano Urbanistico Generale)!

Pensare che un simile impianto possa essere efficiente ed effettivo non è ipotesi realistica e non basta, con tutta evidenza, introdurre, come nel caso è stabilito, il principio di competenza sia come limite dello *spatium* di regolamentazione di ogni piano, sia come prevalenza della disciplina del piano per legge chiamato a dettare le norme relative al singolo profilo, sia, infine, individuando nel piano generale la fonte degli indirizzi e nei piani settoriali quella della disciplina concreta.

Il tentativo di dare una regola alla confusione è, infatti, un errore, essendo necessario "curare la causa" e non l'effetto, eliminando la confusione stessa, cioè l'eccesso di pianificazione.

L'obiettivo deve essere, per quanto riguarda l'ambito comunale (e, quando sarà, quello sovracomunale), un PRG, come unica fonte disciplinatrice portatrice di una normativa, che rappresenti la miglior sintesi possibile tra i diritti della persona e i "diritti della natura", assicurando uno sviluppo sostenibile anche per l'insediamento antropico.

Il PRG, in questa prospettiva, diviene un atto poliedrico, in cui si combinano diversi interessi pubblici: la tutela e la salvaguardia dei diritti della natura e la tutela e la valorizzazione dei diritti della persona come singolo e come componente della comunità insediata. Di conseguenza, non è certo da escludere che il futuro PRG possa caratterizzarsi per la compresenza di due tipologie normative: quella precettiva (e vincolante) relativamente ai c.d. diritti della natura e quella di indirizzo per l'attività edificatoria, naturalmente per i profili definibili sulla base e nel rispetto puntuale della prima.

Quest'ultima disciplina, peraltro, dovrà essere forgiata, tenendo conto del fatto che l'attività edilizia, nel contesto dato, assume una rilevanza pubblica diretta, perché essa stessa realizzazione dell'interesse pubblico al corretto uso del territorio, oggi identificato con il riequilibrio dell'assetto urbanistico esistente, appunto realizzato con interventi di riciclo e di rigenerazione urbana senza consumo di nuovo suolo. E questa finalizzazione diviene prevalente e "pubblicizza", per così dire, l'iniziativa del privato, non consentita in linea tendenziale senza la titolarità del diritto di proprietà, ma primariamente ammessa per l'importanza che riveste per il riassetto dell'"habitat".

Questa diversa funzione dell'attività edilizia impone, peraltro, che la stessa non sia rigidamente indirizzata da norme vincolanti, ma che, chiari dovendo essere gli elementi di cornice e di massima, debba essere lasciato spazio alla creatività del privato, spostando la conformazione al progetto o al piano particolareggiato.

L'iniziativa privata, in altri termini, non deve essere più "ingabbiata" da rigide zonizzazioni o da non meno vincolanti ambiti con i loro limiti e i loro standard, ma la sua disciplina deve avere la flessibilità delle norme di indirizzo o delle direttive, grazie ad un'individuazione "a maglie larghe" dello *spatium agendi*.

Nello scenario prospettato da questa prima legislazione del consumo di suolo zero, caratterizzata dalla restrizione fisica dell'ambito dell'edificazione pur in presenza di una domanda plurifunzionale non destinata a comprimersi, non si può non lasciare un ruolo decisivo all'attività conformativa del soggetto realizzatore senza irregimentazioni rigidamente vincolanti.

Diversamente, il rischio è il blocco non solo dell'attività edilizia, ma della crescita della città e dello sviluppo delle attività antropiche, che è condizione non meno vitale di altre dello sviluppo sostenibile.

Del resto e più in generale, è chiaro che la prospettiva del consumo di suolo zero è funzionale alla creazione di condizioni di sviluppo sostenibile e non di sviluppo "insostenibile", cosicchè non può determinare la paralisi.

A bene riflettere, la nuova prospettiva dell'urbanistica non può non privilegiare la sussidiarietà orizzontale (art. 118, IV comma, Cost.), che chiama (anche) gli enti territoriali a favorire l'autonoma iniziativa di cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività di interesse generale.

IL PRINCIPIO DEL RISULTATO E IL PRINCIPIO DI CONCORRENZA NELLO SCHEMA DEFINITIVO DI CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI[1]

di Sergio Perongini

SOMMARIO: 1. Oggetto dell'indagine. – 2. Ruolo e connotazione del principio del risultato. – 3. Il risultato non è un principio. – 4. L'elaborazione dogmatica del risultato. – 5. Il risultato configurato dall'art. 1 è l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura. – 6. L'art. 1 conferisce al risultato la morfologia di principio generale. – 7. Il rapporto fra legalità e risultato. – 8. Il principio del risultato e il principio di concorrenza. – 9. Il principio di concorrenza nello schema definitivo. – 10. Conclusioni.

1. *Oggetto dell'indagine*

1. Il tema che mi è stato assegnato[2] va declinato alla luce delle novità presenti nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici, diversamente saremmo costretti a parlare di un passato destinato ad allontanarsi sempre più velocemente.

Lo schema definitivo non si limita ad apportare aggiustamenti e correttivi, ma innova radicalmente l'impostazione di fondo del codice dei contratti pubblici, prospettando un sistema ispirato a principi nuovi, frutto di una competenza non comune in tema di contratti pubblici, maturata dai giudici del Consiglio di Stato.

Quanto detto è reso evidente dalla parte prima dello schema definitivo, che presenta – al titolo primo – ben dodici articoli dedicati ai principi generali. Sono tutti principi importantissimi e palesemente innovativi. Importantissimo è il principio del risultato, la cui codificazione rappresenta una novità indiscussa e coraggiosa.

Non che il principio del risultato non serpeggiasse già in alcune disposizioni del codice pregresso, come per esempio la disciplina in tema

[1] Il lavoro è dedicato al prof. Filippo Salvia, gentiluomo siciliano.

[2] Il presente scritto costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta di note essenziali, della relazione scolta al Convegno "Il contenzioso in materia di contratti pubblici ed appalti nel quadro di un'analisi socio-giuridica", organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia Amministrativa, in collaborazione con il T.a.r. per l'Emilia Romagna e la Spisa – Università di Bologna, svoltosi il 14 e il 15 dicembre 2022 in Bologna.

di tutela cautelare relativa ai contratti pubblici, oppure quella concernente il soccorso istruttorio della stazione appaltante[3].

L'art. 1 dello schema definitivo riconosce in maniera esplicita il principio del risultato e gli conferisce il ruolo di stella polare che deve guidare l'interprete alla scoperta del nuovo impianto normativo.

2. *Ruolo e connotazione del principio del risultato*

a) Il principio del risultato riveste un ruolo centrale o di primazia nell'impianto complessivo dello schema definitivo del codice, perché occupa il suo primo articolo; perché rientra fra quei primi tre articoli che pongono i principi che presiedono alla interpretazione e all'applicazione di tutte le altre disposizioni del codice, ai sensi dell'art. 4; perché possiede una particolare rilevanza nella definizione della concorrenza; perché costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale per l'individuazione della regola nel caso concreto (comma 4)

Il principio del risultato proietta la sua ombra sul principio della concorrenza e piega la concorrenza all'esigenza di conseguire un esito rappresentato da un risultato ottimale.

Detto asservimento è confermato dall'attenzione prestata al conseguimento del risultato nella fase esecutiva. L'esigenza che la concorrenza venga rispettata anche nella fase esecutiva implica la marcata finalizzazione della concorrenza al risultato, vale a dire alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura.

Detta finalizzazione si concreta attraverso due elementi: il miglior rapporto possibile tra qualità prezzo; la tempestività.

3. *Il risultato non è un principio*

Invero, il risultato tecnicamente non è un principio. Il risultato, nella sua dimensione ontologica, non è un principio. Non siamo di fronte a un interesse (quello del risultato) che costituisce il fondamento di un diritto, come per esempio il diritto alla salute, il diritto di associarsi liberamente, il diritto di parola, il diritto alla libertà personale ecc.

[3] E. Frediani, *Il soccorso istruttorio della stazione appaltante tra fairness contrattuale e logica del risultato economico*, in *Dir. amm.*, 2018, 660 ss.; T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna, 2022, 166 ss.

Naturalmente tale affermazione dipende dalla nozione di risultato[4] che si accolga e da quella di principio.

Anche i principi appartengono alle fonti del diritto e la loro attuazione concerne il processo di produzione giuridica. Tuttavia, i principi giuridici si distinguono dalle regole. Le regole – come è noto – sono norme idonee a guidare il comportamento umano. Invece, i principi presentano una fattispecie generica e inclusiva e una statuizione nella quale viene indicato l'obbiettivo da perseguire. La loro applicazione non è diretta. La loro applicazione implica la deduzione da essi, sulla scorta di un'attività ermeneutica, di una regola da applicare al caso concreto. Applicare un principio non significa risolvere un caso, sussumere un caso in una fattispecie astratta, bensì formulare una regola sulla scorta della quale risolvere il caso sottoposto all'interprete.

Appare evidente la distanza concettuale fra risultato e principio.

Tuttavia, quanto detto non mette in discussione la scelta effettuata nello schema definitivo. Cercherò di essere più esplicito.

4. *L'elaborazione dogmatica del risultato*

Nella norma in esame vi è l'eco delle discussioni sul tema dell'amministrazione di risultato, che dopo aver calcato il palcoscenico con il ruolo di protagonista, sembra essere stata relegata al ruolo di comparsa

Quel dibattito conserva tutta la sua validità e il suo rilevante interesse.

Come è noto, il tema dell'amministrazione di risultato, o di risultati

[4] Sul tema del risultato si vedano L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; L. Iannotta, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm*., I, 1999, 57 ss.; L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in A*mministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, 38 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati",* in *Scritti in onore di Elio Casetta,* Napoli, 2001, 813 ss.; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm*., I, 2005, 1 ss.; A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e "amministrazione dirisultato",* in *Dir.* amm., 1, 2007, 63, ss.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato,* in *Annuario AIPDA,* Milano, 2002, 107 ss.; S. Cassese, *Presentazione* del volume di D. Osborne e T. Gaebler, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione,* Milano 1995; R. La Barbera, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, *Torino, 2001;* M.R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato, Torino, 2003.* L. Giani, *Dirigenza e risultato amministrativo. Verso un ciclo proattivo della accountability dell'amministrazione. Spunti a margine del volume di Cristiano Celone.*

o per risultati – secondo le diverse terminologie utilizzate – ha occupato una stagione particolarmente feconda del dibattito scientifico. Al tema vennero dedicati importanti studi, alcuni dei quali – chi più, chi meno – in chiave critica, e un convegno a Palermo nel 2003[5], intitolato "Principio di legalità e amministrazione di risultati", al quale parteciparono i più autorevoli studiosi del diritto amministrativo[6].

Sono state prospettate diverse ricostruzioni dogmatiche della nozione di risultato.

Il risultato, di volta in volta, è stato configurato in termini aziendali-

[5] Gli atti del convegno sono pubblicati in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati*, Torino, 2004.

[6] Si vedano i seguenti contributi, tutti pubblicati in M. Immordino, A. Police (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultati,* Torino, 2004: A. Romano Tassone, *Amministrazione "di risultato", e provvedimento amministrativo*, 1 ss.; M. *Immordino*, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, 15 ss.; F. Merusi, *La certezza del risultato nell'amministrazione del mercato*, 36 ss.; S. Perongini, *Principio di legalità e risultato amministrativo*, 39 ss.; E. Picozza, *Principio di legalità e risultato amministrativo, ovvero del nuovo diritto pubblico italiano*, 51 ss.; M. D'Orsogna, *Teoria dell'invalidità e risultato*, 57 ss.; V. Cerulli Irelli, *Invalidità e risultato,* 79 ss.; A. Bartolini, *Nullità e risultato,* 82 ss.; A. Zito, *Il risultato nella teoria dell'azione amministrativa,* 87 ss.; G. Corso, I*l risultato nella teoria dell'azione amministrativa*, 96 ss.; A. Police, *Amministrazione di "risultati" e processo amministrativo*, 101 ss.; D. Sorace, *Sul risultato nel processo amministrativo: i due tipi di interesse legittimo e la loro tutela risarcitoria*, 131 ss.; R. La Barbera, *Amministrazione di risultati e principio di responsabilità*, 140 ss.; I.M. Marino, *Responsabilità dell'amministrazione e risultati*, 162 ss.; F. *De Leonardis*, *Responsabilità dell'amministrazione e risultati*, 166 ss.; M.L. Bassi, *Scelte di finanza pubblica e risultati,* 192 ss.; V. Caputi Jambrenghi, *Scelte di finanza pubblica e risultati*, 207 ss.; F. Figorilli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultato*, 210 ss.; M.A. Sandulli, *Semplificazione amministrativa e amministrazione di risultati*, 230 ss.; S. Cognetti, *Procedura amministrativa e amministrazione di risultati*, 234 ss.; R. Ferrara, *Il procedimento amministrativo visto dal "terzo"*, 242 ss.; A. Contieri, *Amministrazione consensuale e amministrazione di risultato*, 279 ss.; D. D'Orsogna, *Una terapia sistemico-relazionale per la pubblica amministrazione: l'operazione amministrativa*, 287 ss.; E. Follieri, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, 295 ss.; M. Cammelli, *Attività liberalizzate e amministrazione di risultati*, 304 ss.; L. Giani, *Regolazione amministrativa e realizzazione del risultato*, 307 ss.; C. Celone, *Legalità, interpretazione adeguatrice e risultato amministrativo nell'attività di regolazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*, 332 ss.; M. Ragusa, *Risultati e servizi pubblici*, 339 ss.; M.R. Spasiano, *Organizzazione e risultato amministrativo*, 342 ss.; A. Olmedo Gaya, *Estrategia de modernizacìon de las administraciones publicas: responder al cambio con el cambio*, 360 ss.; N. Paoloantonio, *Controllo di gestione e amministrazione di risultati*, 378 ss.; C. Marzuoli, *Brevi note in tema di controllo di gestione e amministrazione di risultati*, 394 ss.; C. Modica, *L'"amministrazione per risultati" nella giurisprudenza amministrativa*, 402 ss.; S. Raimondi, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, 409 ss.; S. Pensabene Lionti, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, 413 ss.; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative*, 433 ss.

stici, o come soddisfazione materiale della pretesa del cittadino, o come economicità del valore della pretesa del cittadino, o come soddisfazione delle pretese giuridicamente fondate, o come presa in considerazione di tutti gli interessi in gioco.

In un tentativo ricostruttivo più articolato, si è sostenuto che il risultato – già considerato dalla legge che attribuisce a un centro di competenza l'esercizio di un potere amministrativo, in vista della produzione di un effetto tipizzato dalla stessa disposizione legislativa, pertanto parte integrante della norma – sia il conseguimento di un determinato assetto degli interessi in gioco, che a seguito dell'esercizio del potere amministrativo assurga da generico bene della vita a bene giuridicamente rilevante.

A quel dibattito oggi si rimprovera di non aver saputo formulare una visione di insieme del risultato amministrativo e nell'aver lasciato in una condizione di incertezza diversi aspetti fondamentali della nozione stessa, inducendo alcuni a formulare una prognosi di declino culturale della nozione di amministrazione di risultato, soppiantata da diversi ordini concettuali e da differenti esigenze legislative.

Probabilmente, i giudizi radicalmente negativi sono un po' eccessivi.

Tuttavia, in merito alle tesi sopra richiamate vanno formulate due osservazioni.

Innanzi tutto, l'obbligo di ponderazione degli interessi pubblici secondari e, soprattutto, l'obbligo di ponderazione degli interessi privati – che risultano oggettivamente rilevanti nella determinazione delle premesse di fatto all'esercizio del potere – non possono essere propriamente considerati, in quanto tali, come altrettanti fini dell'azione amministrativa. Piuttosto, essi sono adempimenti necessari nella concreta determinazione della fattispecie astratta. Tali interessi non sono da considerare come altrettanti fini da perseguire, ma come elementi coadiuvanti nell'opera di determinazione concreta dell'interesse pubblico primario di gianniniana memoria.

In secondo luogo, la dottrina sembra trascurare quegli ambiti di valutazione flessibile che caratterizzano l'esercizio di un potere insindacabile di scelta (discrezionalità), ambiti di valutazione flessibile che non consentono, proprio in ragione di una loro flessibilità, "una visione di insieme del risultato amministrativo". Infatti, qui non si tratta di teorizzare un "determinato assetto degli interessi in gioco" da considerare come "generico bene della vita", ma di applicare di volta in volta una serie articolata di principi fra i quali merita annoverare il principio di propor-

zionalità[7], con particolare riferimento al suo secondo test della "necessarietà" in base al quale, a equivalenza di risultato, l'amministrazione deve decidere col minor sacrificio possibile dei titolari di diritti e di interessi giuridicamente rilevanti: un risultato che trova emblematicamente nella concorrenza una eccellente condizione di scelta proporzionata relativa ad ogni specifica circostanza riferibile alla decisione amministrativa.

Le ragioni che dettero vita a quella discussione rimangono ancora tutte sparse e abbandonate sul tappeto[8]. Fatto è che la nozione di "risultato amministrativo" ha natura relazionale, è un concetto che muta con il modificarsi del termine di riferimento e dell'iter dal quale scaturisce, di cui lo stesso costituisce, appunto, risultato. Tutto può essere risultato di qualche cosa: è nella logica del nesso di causalità.

Tuttavia, se si vuole attribuire al "risultato amministrativo" un significato autonomo, un connotato specifico, e coglierne il pregnante valore che esso possiede, la via da seguire è un'altra. Il tentativo di elaborare una nozione dogmatica di risultato amministrativo, inteso come bene o servizio attribuito o spettante a ogni entità soggettiva, indurrà a configurarlo come l'esito dell'azione amministrativa, come il conseguimento dell'obbiettivo prefigurato dalla legge o dalla stessa amministrazione, rispetto a una tipologia particolare di azione amministrativa.

Detta ricostruzione ricalca perfettamente quanto previsto dall'art. 1 dello schema definitivo.

5. *Il risultato configurato dall'art. 1 è l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura*

b) Lo schema definitivo non richiama il principio del risultato in una accezione generica e indefinita, ma lo utilizza con una dimensione specifica e particolarissima.

Lo schema definitivo, infatti, fa riferimento al "risultato dell'affida-

[7] S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 64 ss., 202 ss.. Si vedano anche P.M. Vipiana, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993, 82 ss.; A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D. Urania Galletta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 102 ss.; S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 89 ss.

[8] Si veda il recente contributo di M.R. Spasiano, *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, 2020, 4845 ss.

mento del contratto" e al "risultato della esecuzione del contratto", caricando questi due elementi con due finalità specifiche, rappresentate dalla massima tempestività e dal miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo.

I due elementi di cui sopra non posseggono una connotazione meramente formale. Il risultato dell'affidamento del contratto non è un esito formale o meramente strumentale, al contrario esso possiede un contenuto sostanziale rilevantissimo, per le seguenti due ragioni.

Innanzitutto, perché il risultato dell'affidamento del contratto si concreta con la stipula di un contratto con un contenuto ben definito, rappresentato dalla tempestività dell'affidamento e dalla necessità di perseguire il "miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo".

In secondo luogo, perché l'affidamento del contratto è funzionale alla esecuzione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio o al conseguimento della fornitura e, pertanto, alla realizzazione dell'interesse pubblico[9].

Proprio il "risultato della esecuzione del contratto" configura questo elemento in termini sostanziali. Invero, l'esecuzione del contratto deve avvenire, anch'essa, tempestivamente e perseguendo il miglior rapporto tra qualità e prezzo. Orbene, il risultato dell'esecuzione del contratto significa che il legislatore individua il risultato nella realizzazione dell'opera pubblica, nell'espletamento del servizio o nel conseguimento della fornitura.

In altri termini, il "risultato della esecuzione del contratto" – secondo l'impianto dello schema definitivo – altro non è che l'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura. La realizzazione dell'opera pubblica, l'espletamento del servizio e il conseguimento della fornitura – vale a dire, il risultato – diventano elementi della fattispecie normativa, sono inglobati nella norma. Il risultato diventa elemento della fattispecie normativa.

In tal modo la distonia fra risultato e principio di legalità appare definitivamente superata.

[9] Sulla rilevanza dell'esecuzione del contratto anche in tema di concorrenza, cfr., R. Cavallo Perin, G. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss., 330 ss., 335 ss.

6. *L'art. 1 conferisce al risultato la morfologia di principio generale*

L'interesse pubblico alla realizzazione dell'opera pubblica, all'espletamento del servizio, al conseguimento della fornitura assume la veste di principio e, in tal modo, viene imposto come parametro che presiede alla interpretazione e all'applicazione di tutte le altre disposizioni del codice, ai sensi dell'art. 4, nonché come criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.

È un ruolo importante e decisamente innovativo.

Naturalmente, si dovrà parlare di principio di tutela del conseguimento del risultato.

Si è in presenza di un richiamo autorevole, opportuno, rivolto a tutti gli operatori del settore dei contratti pubblici, ai magistrati amministrativi ed ordinari, ai pubblici impiegati e ai soggetti economici, in cui il legislatore afferma, a chiare lettere, che tutto l'impianto ordinamentale in materia di contratti pubblici, gli stessi principi di legalità, di trasparenza e di concorrenza non sono fine a se stessi, ma sono funzionali alla realizzazione dell'interesse pubblico che, nel caso di specie, è rappresentato dalla realizzazione dell'opera pubblica, dall'espletamento del servizio e dal conseguimento della fornitura.

7. *Il rapporto fra legalità e risultato*

Quanto precede consente di affrontare il rapporto fra il risultato e la legalità. Il tema presenta due profili, il primo è quello volto a verificare se il risultato amministrativo può diventare un elemento della legittimità dell'azione amministrativa; il secondo, invece, è quello volto a verificare se il risultato amministrativo può diventare un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa.

Appare opportuno ricordare che una delle preoccupazioni dei critici e degli agnostici rispetto al tema del risultato amministrativo è rappresentata dal rapporto antinomico fra risultato e principio di legalità[10]. Il risultato viene concepito come un elemento estraneo al perimetro della legalità.

In realtà, la definizione del rapporto fra risultato e principio di legalità dipende essenzialmente da due cose: innanzi tutto, dalla nozione

[10] A. Massera, *I criteri di economicità, efficacia ed efficienza*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 40 ss.

che si accoglie di "risultato amministrativo" e, in secondo luogo, dal perimetro della legalità[11].

Per quanto concerne il primo profilo, si è evidenziato che il risultato amministrativo rappresenta una connotazione specifica dell'interesse pubblico.

Sotto il secondo aspetto, invece, va evidenziato che è la fattispecie normativa che qualifica come giuridicamente rilevante un fatto e, quindi, il risultato[12]. È la fattispecie normativa che può qualificare come giuridi-

[11] Gli elementi di base della dinamica giuridica, in sede teorica, vanno individuati nel fatto, nella fattispecie e nel fatto giuridicamente rilevante. La presenza nella dinamica giuridica di tre elementi di base preclude che il loro dinamismo si sviluppi in un unico rapporto. Un rapporto può intercorrere solo fra due estremi, per cui, quando gli estremi sono tre, la configurazione di un unico legame determinerà che uno di essi rimanga estraneo al rapporto. Pertanto, la presenza di tre elementi di base articolerà il dinamismo in una pluralità di rapporti. Secondo una recente prospettazione teorica, sono configurabili due relazioni: la prima, quella di rilevanza giuridica, si instaura fra la fattispecie (una delle due proposizioni di cui si compone la norma) e il fatto materiale; la seconda, quella di efficacia giuridica, si determina fra la statuizione (altra proposizione della norma) e il fatto giuridicamente rilevante. Sul tema si veda F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 2 ss.; S. Perongini, *La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora"*, Napoli, 1999, 138 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 112 ss.

[12] Sulla relazione di rilevanza giuridica si vedano A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 79, 82, 84, 116; A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 26 ss., 35 ss., A. Falzea, *Teoria dell'efficacia giuridica*, ed. prov., 1951, 3 ss.; A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 462 ss., 481 ss., 483 ss.; A. Falzea, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 941 ss.; A. Falzea, *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 900 ss.. Sulla nozione di rilevanza giuridica si vedano anche A. Trimarco, *Atto giuridico e negozio giuridico,* Milano, 1940, 10; R. Scognamiglio, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1954, 331, 348 ss.; A. Cataudella, *Note sul concetto di fattispecie giuridica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1962, 433 ss.; N. Irti, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, ora in *Norme e fatti. Saggi di teoria generale del diritto*, Milano, 1984, 3 ss.; F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 2 ss., 46 ss., 49 ss.; S. Perongini, *La formula*, II., cit., 1999, 139 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 121 ss.. In particolare, secondo F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 49 ss., 51 ss., la relazione di rilevanza e quella di efficacia non solo assumono un contenuto sostanziale diverso (così come da tempo la dottrina aveva intuito, pur senza offrire una spiegazione plausibile del fenomeno), ma si istaurano tra termini diversi. La relazione di rilevanza intercorre fra la fattispecie e il fatto extragiuridico, consiste nella coincidenza di schemi formali fra norma e fatto, ponendosi il secondo come concreta riproduzione della descrizione normativa. "Rilevanza giuridica è, quindi, il riconoscimento del fatto come formalmente (o morfologicamente) corrispondente alla descrizione normativa (fattispecie)". La corrispondenza di schemi formali, in cui si esaurisce il rapporto di rilevanza, determina che il fatto extragiuridico assurga a fatto giuridicamente rilevante, "fa sì che la norma rifletta sul fatto carattere giuridico, operandone il riconoscimento formale, e rendendolo

camente rilevante "il perseguimento" del risultato, ma anche "il conseguimento del risultato", secondo una progressione della qualificazione di rilevanza, che accentua il momento della realizzazione del risultato, alias interesse pubblico.

Inoltre, è sempre la fattispecie normativa che ricollega effetti giuridici al fatto giuridicamente rilevante[13], vale a dire, per quanto ci occupa in questa sede, al "perseguimento" del risultato e anche al "conseguimento del risultato".

In altri termini, è la fattispecie normativa che – includendo il risultato nel perimetro della legalità – dà la misura della rilevanza giuridica del risultato e della sua efficacia giuridica. È proprio quello che è avvenuto nel caso di specie. L'art. 1 ha inglobato nel perimetro della legalità il risultato amministrativo.

L'antinomia fra risultato e legalità viene risolta – e non avrebbe potuto essere diversamente – dalla legge.

Sulla scorta di quanto precede è possibile rispondere ai due quesiti sopra sollevati.

Innanzi tutto, non c'è alcun contrasto fra principio di legalità e risul-

sul piano della realtà giuridica concreta". Il rapporto di efficacia intercorre innanzi tutto tra termini diversi; fra la statuizione normativa (seconda proposizione costitutiva della norma) e il fatto qualificato. Anch'essa consta della corrispondenza formale del secondo termine al primo, ma non si esaurisce in ciò, come per il rapporto di rilevanza; oltre alla conformità, prende rilievo giuridico altresì il momento del conformarsi: in essa la conformità si trova affiancata dalla necessità che tale corrispondenza si produca. Le due figure hanno contenuto diverso; "mentre nel primo caso si ha una giuridicità meramente formale, nel secondo si ha una giuridicità ontologica. (…) il rapporto di rilevanza, esaurendosi nella constatazione della conformità morfologica tra fatto e fattispecie, ha un contenuto meramente informativo (o rilevatore, o descrittivo); il rapporto di efficacia ha invece un contenuto formativo, in quanto, a differenza del primo, interviene a strutturare la realtà qualificata, imprimendole un ordine giuridico". F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 52.

[13] Sulla relazione di efficacia giuridica A. Falzea, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, 79, 82, 84, 116; A. Falzea, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, 26 ss., 35 ss., A. Falzea, *Teoria dell'efficacia giuridica*, ed. prov., 1951, 3 ss.; A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, 1965, 462 ss., 481 ss., 483 ss.; A. Falzea, *Fattispecie e fatto. II. Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, XVI, 1967, 941 ss.; A. Falzea, *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, XL, 1989, 900 ss.; F.G. Scoca, Contributo sul tema della fattispecie precettiva, Perugia, 1979, 52 ss.; M.S. Giannini, *Accertamento diritto costituzionale e amministrativo)*, in *Enc. dir.*, I, 1958, 219 ss.; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 37 ss., 46 ss.; P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 334 ss.; E. Casetta, *Manuale*, *cit.*, 2013, 364 ss.; S. Perongini, La formula "ora per allora" nel diritto pubblico. II. Il provvedimento amministrativo "ora per allora", Napoli, 1999, 138 ss.; L. De Lucia, *Provvedimento amministrativo e diritto dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, 102 ss.; S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 124 ss.

tato amministrativo, quando la fattispecie normativa conferisce rilevanza giuridica ed efficacia al risultato amministrativo.

In secondo luogo, nella configurazione sopra prospettata il risultato amministrativo diventa un parametro di verifica della legittimità dell'azione amministrativa concretamente posta in essere.

Il sindacato del giudice amministrativo sul risultato, nell'accezione sopra accolta, si esplica da tempo nelle forme dell'eccesso di potere soprattutto per sviamento ogni qual volta l'amministrazione persegua un fine diverso da quello conferitole dalla norma attributiva del potere in parola.

A seguito dell'art. 1 si dovrà solo raffinare la tecnica del sindacato giurisdizionale.

Si apriranno verosimilmente scenari insospettati, che condurranno a una diversa tipologia del sindacato sulla discrezionalità, per lo meno per quanto concerne il codice dei contratti pubblici. In questo settore, è possibile che il sindacato del giudice amministrativo italiano sulla discrezionalità si avvicini al sindacato compiuto dal giudice amministrativo austriaco.

Non ci dovremo meravigliare se – a seguito dell'entrata in vigore del codice dei contratti – dovremo ripensare seriamente la dogmatica della discrezionalità amministrativa.

In definitiva, la scelta normativa, sottesa all'elaborazione dell'art. 1 dello schema definitivo, presenta un carattere innovativo di grande interesse.

Il principio del risultato è un principio che eleva a un ruolo di primazia il principio del perseguimento e della attuazione dell'interesse pubblico all'esecuzione del contratto, vale a dire alla realizzazione dell'opera o al conseguimento del bene o servizio.

8. *Il principio del risultato e il principio di concorrenza*

a) Le due più vistose novità presenti nello schema definitivo del codice sono rappresentate dal fatto che il c.d. principio del risultato connota anche il principio della concorrenza e dal fatto che l'art. 1, secondo comma, configura e sancisce la funzione alla quale presiede la concorrenza, per lo meno nel settore dei contratti pubblici.

b) Il principio della concorrenza è un principio portante del sistema giuridico UE[14].

[14] Sulla concorrenza si vedano A. POLICE, T*utela della concorrenza e pubblici pote-*

Detto ruolo viene caricato di valori e, in particolare, viene considerato una conseguenza dell'ideologia neoliberale, dominante nei paesi europei. La sua centralità nel sistema giuridico europeo viene ricondotta alla originaria sollecitazione economica che dette avvio all'unione europea.

Invero, la vicenda è un po' più complessa di quella desumibile dalla predetta vulgata e sicuramente non può essere interpretata in maniera manichea[15].

Il mercato è uno dei volti della società[16]. Una società democratica, fondata sui valori del costituzionalismo democratico e ispirata da esigenze di tutela sociale, reca in sé la necessità di un libero mercato e di tutela della concorrenza. La concorrenza è un fenomeno insito nel mercato, è un elemento che appartiene all'essenza ontologica del mercato. Un mercato senza alcuna concorrenza non è concepibile, ma qualora ciò si verificasse nella realtà, ci troveremmo in presenza di una dimensione patologica del mercato stesso. La tutela della concorrenza, fra l'altro, ha proprio la finalità di evitare che si formino posizioni di monopolio.

Tuttavia, nello Stato costituzionale di diritto l'esigenza di conseguire determinate finalità sociali può imporre la necessità di contemperare la tutela della concorrenza con altri valori.

Lo schema definitivo al codice dei contratti e la disciplina che esso reca costituiscono la formulazione plastica del contendere dei predetti opposti valori. In definitiva, nella disciplina dei contratti pubblici sono riconoscibili sia spinte concorrenziali, sia spinte anticoncorrenziali, che vivono in un delicato equilibrio.

c) Nello schema definitivo la concorrenza assume, anche essa, la veste di principio, benché ad essa non sia stato riservato un autonomo articolo. Tuttavia, la sua configurazione come principio è innegabile perché nell'art. 1, primo comma, viene richiamato il principio di concorrenza e perché, nel secondo comma, ne vengono specificati connotati e funzioni.

Nello schema definitivo la concorrenza ha una specifica valenza prescrittiva e non ha un ruolo meramente evocativo di norme presenti in

ri, Torino, 2007; A. Lolli, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; M. D'Alberti, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 2004, 705 ss.; G. Romano, *Commento all'art. 113*, in A. Romano, R. Cavallo Perin (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 628 ss.; L. Torchia, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo, in Mercato, concorrenza e regole*, 3/2013, 1 ss.

[15] Cfr., F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario A.I.P.D.A. 2002,* Milano, 2003, 176 ss. sul diritto europeo portatore di un principio di concorrenza.

[16] G. Corso, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 1 ss.

altri articolati normativi. A tal proposito, appare evidente il diverso ruolo e la differente funzione che lo schema definitivo ricollega al principio della concorrenza, rispetto all'enunciato laconico presente nell'art. 30 del d.lgs.vo n. 50/2016.

Il principio di concorrenza rinviene nello schema definitivo una connotazione e una efficacia diversa rispetto al trattamento riservatogli dalle disposizioni presenti nelle due precedenti versioni del codice dei contratti. Esso possiede una valenza prescrittiva rinforzata, innanzitutto, perché compare, come già detto, con la veste di principio giuridico e, in secondo luogo, perché ai sensi dell'art. 4 costituisce anche esso un criterio interpretativo e applicativo di tutte le altre disposizioni del codice.

d) L'approccio dogmatico al tema della concorrenza ha investito essenzialmente due profili: a) la natura giuridica e il fondamento della concorrenza; b) la situazione giuridica soggettiva che da essa sorge.

La nozione di concorrenza è stata oggetto di diverse letture e classificazioni, introdotte al fine di lumeggiarne i vari aspetti e i suoi diversi effetti.

Il principio di concorrenza ha ispirato due diverse letture: la prima, finalizzata ad enfatizzare l'esigenza dell'operatore economico di veder tutelati il principio di parità di trattamento e di non discriminazione[17]; la seconda, invece, volta a rimarcare l'esigenza dell'amministrazione di scegliere il miglior offerente e di stipulare il contratto al miglior prezzo[18].

Fra le classificazioni riveste particolare interesse, per la sua capacità espressiva, la distinzione che viene fatta fra macro concorrenza e micro concorrenza[19]. La predetta classificazione ci consente di comprendere per quale ragione nello schema definitivo di codice la concorrenza costituisca un parametro da bilanciare con altri valori e altri interessi pubblici o privati.

La distinzione in parola attiene alla dimensione della sfera di opera-

[17] A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 ss.; A. Romano, *Sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi*, in *Foro it*., 1999, I, 3222 ss.. Sul tema cgr., R. Cavallo Perin, G. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2010, 328 ss.

[18] Sulle diverse letture del principio di concorrenza si vedano A. Barone, R. D'Agostino, *Modalità di affidamento dei contratti pubblici (artt. 28-34 e artt. 44-58)*, in E. Follieri (a cura di), *Corso sul codice dei contratti pubblici (aggiornato con il d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56),* Napoli, 2017, 273 ss., 286 ss.

[19] M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 19/2015, 4 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm*., 2016, 71 ss.

tività degli effetti della concorrenza.

La dimensione macro economica della concorrenza consente di individuare nella pubblica amministrazione un agente che opera "nel mercato", attraverso la disciplina sugli appalti pubblici e la politica di realizzazione di opere pubbliche, di erogazione di servizi e di acquisizione di beni, incidendo con l'azione pubblica sul funzionamento dei mercati[20].

Come è noto, le amministrazioni condizionano i mercati in più modi. Innanzitutto, le amministrazioni possono assumere la veste di produttore diretto di beni e servizi fruibili dai cittadini; inoltre, esse possono offrire l'utilizzo di beni limitati di proprietà pubblica, come il demanio, il patrimonio indisponibile o anche come l'etere; possono sovvenzionare imprese oppure possono regolare, programmare o pianificare determinate attività economiche; infine – che è quello che qui interessa – possono assumere la veste di acquirenti e di utilizzatori di beni e servizi erogati da imprese che operano sul mercato.

In definitiva, le strategie di acquisto delle pubbliche amministrazioni, quando esse operano dal lato della domanda, hanno effetti sulla struttura e sulle dinamiche competitive dei mercati.

Le amministrazioni, attraverso le procedure di aggiudicazione dei contratti, selezionano le imprese in grado di effettuare le prestazioni a condizioni di qualità e prezzo ottimali per la stazione appaltante e ne determinano il successo nel mercato, determinando la crescita di "eccellenze" nazionali.

Il tema è ben noto ed è stato oggetto di quella copiosa letteratura, anche politica, sull'intervento dello Stato e delle amministrazioni nell'economia.

La dimensione micro economica della concorrenza configura le pubbliche amministrazioni come agenti che, rispetto ad un singolo atto di scambio, sollecitano la partecipazione di una pluralità di concorrenti e, quindi, finalizzano la concorrenza "per il mercato". In tale dimensione le pubbliche amministrazioni operano sul mercato con alcune peculiarità. Innanzi tutto, esse hanno l'obbligo di esperire procedure di evidenza pubblica, a volte articolati in fasi complesse con adempimenti defatiganti. Tali procedure hanno un costo economico e, comunque, incidono negativamente sulla conclusione dei contratti pubblici, concorrendo alla inefficienza dell'azione delle pubbliche amministrazioni per il perseguì-

[20] Sulla distinzione fra concorrenza per il mercato e concorrenza nel mercato si veda G. Della Cananea, *Dalla concorrenza per il mercato alla concorrenza nel mercato: gli appalti pubblici nei servizi di comunicazione elettroniche*, in *Atti del convegno "Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni"*, Firenze, 2005.

mento degli interessi pubblici. In secondo luogo, le procedure di evidenza pubblica sono assoggettate a regole speciali che intervengono per perseguire finalità differenti da quelle relative alla individuazione della migliore offerta e del miglior offerente.

Con altra terminologia, si è sostenuto che la concorrenza si presenta in due diverse accezioni: la prima riferita ai rapporti fra i soggetti e la seconda all'assetto dei mercati[21].

e) Si è altresì discusso se il fondamento normativo della concorrenza andasse individuato nella Costituzione[22] e, in particolare, nell'art. 117, comma secondo, oppure se il suo fondamento andasse individuato nel diritto europeo[23]. In tal modo si è dato luogo a una discussione[24] che ha lumeggiato un profilo di sicuro interesse, reso tuttavia superfluo dalla rilevanza nel nostro ordinamento delle disposizioni comunitarie che sanciscono il diritto di concorrenza.

f) Infine, di non secondaria importanza è il dibattito accesosi sulla natura della situazione giuridica soggettiva relativa alla concorrenza. Alla tesi che conferisce alla concorrenza natura di diritto soggettivo, si è opposta l'opinione secondo la quale si tratterebbe di un diritto fondamentale e quella secondo la quale si sarebbe in presenza di un interesse legittimo.

Si tratta di temi di sicuro interesse, ma sui quali – in questa sede – non appare opportuno dilungarsi. Appare più proficuo verificare con quali caratteristiche il principio di concorrenza si presenti nello schema definitivo di codice.

[21] F. Trimarchi Banfi, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm*., 2013, 15 ss.

[22] F. Trimarchi Banfi, I*l "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm*., 2013, 15 ss.

[23] B. Caravita di Toritto, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 2017.

[24] A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2008, 297 ss.; R. Cavallo Perin, G. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm*., 2010, 325 ss.; M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *Astrid rassegna*, 19/2015, 4 ss.; S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm*., 2013, 1132 ss.; G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.,* 2013, 1138 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm*., 2016, 71 ss.; V. Brigante, *Fenomeni corruttivi nell'affidamento di commesse pubbliche: la discrezionalità multilivello come soluzione di matrice procedimentale*, in *Dir. econ*., 955 ss., 963 ss.

9. *Il principio di concorrenza nello schema definitivo*

Lo schema definitivo – dopo le affermazioni iniziali sulla rilevanza e sulla efficacia della concorrenza – si rapporta al principio della concorrenza con tre tecniche differenti, che trovano concreta applicazione in diversi istituti giuridici. Nello schema definitivo vi sono disposizioni in cui il principio della concorrenza trova completa ed integrale attuazione; altre che si pongono in netta antitesi con esso; infine, altre ancora che presentano una disciplina, frutto della ricerca di un sapiente equilibrio, in cui il principio della concorrenza è contemperato, dallo stesso legislatore, con altri principi di segno opposto. Naturalmente procederò per esempi.

a) Le norme che attuano il principio di concorrenza. Occorre distinguere fra le norme che attuano il principio di concorrenza e le norme che ne assicurano la tutela.

Le norme che attuano la concorrenza. Fra le disposizioni che costituiscono una completa attuazione del principio di concorrenza, vanno segnalati gli artt. 70 e 71. L'art. 70 disciplina le procedure di scelta del contraente sancendo un rapporto di regola ed eccezione fra le procedure aperte e le procedure negoziate, possibili queste ultime solo nei casi previsti dall'art. 75. In tal modo, la norma formula una opzione esplicita per le procedure di scelta nelle quali è data a tutti gli interessati la possibilità di partecipare. Nella norma ritorna più volte il riferimento al principio di concorrenza.

L'art. 71, dal canto suo, disciplina le procedure aperte delle quali qualsiasi operatore economico interessato può presentare una offerta in risposta ad un avviso di indizione di gara. La possibilità che qualsiasi operatore economico interessato possa formulare una offerta costituisce integrale applicazione del principio della concorrenza.

Anche l'art. 58, che prevede la possibilità di suddividere gli appalti in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi, può essere considerato come una norma che attua il principio di concorrenza. L'art. 58 contiene una disposizione che amplia la possibilità di concorrenza nel mercato fra i diversi operatori economici interessati. Inoltre, la norma tutela la concorrenza "nel mercato", consentendo alle amministrazioni di governare l'ambito economico di riferimento, perseguendo una finalità di politica economica extra contrattuale ed esterna alla procedura di aggiudicazione, rappresentata dal favorire l'ingresso nel mercato delle micro, delle piccole e delle medie imprese.

Le norme che tutelano la concorrenza. Uno strumento particolar-

mente raffinato di tutela della concorrenza va individuato nelle norme che vietano i cartelli e gli accordi fra gli operatori economici che partecipano alle gare[25]. A tal proposito, va richiamato l'art. 95, primo comma, lett. d), – che ha rimodulato l'art. 80 del codice attualmente in vigore – stabilendo che "La stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla procedura un operatore economico qualora ritenga (…) d) sussistere rilevanti indizi tali da far ritenere che le offerte degli operatori economici siano imputabili a un unico centro decisionale a cagione di accordi stipulati con altri operatori economici partecipanti alla stessa gara".

b) Le norme che limitano il principio di concorrenza. Fra le disposizioni che costituiscono un ostacolo al principio di concorrenza, introducendo istituti che avversano la concorrenza, si possono segnalare alcuni casi particolari.

1) Lo schema definitivo – pur disciplinando all'art. 95 cause di esclusione non automatiche – opta decisamente per un irrigidimento della tassatività delle cause di esclusione. La rigidità delle cause di esclusione sposta l'equilibrio fra i diversi principi in favore di quello della concorrenza.

A proposito, deve rammentarsi – ancora una volta – che la legge delega prescrive, tra i criteri direttivi, la razionalizzazione e la semplificazione delle cause di esclusione, al fine di rendere le regole di partecipazione chiare e certe, individuando le fattispecie che configurano l'illecito professionale.

Tuttavia, vi sono anche casi in cui si è in presenza di una limitazione netta della concorrenza privi di giustificazioni razionali.

Per quanto riguarda l'esclusione dell'operatore economico per aver riportato condanne penali definitive per alcune tipologie di reati, nello schema definitivo del nuovo Codice, l'esclusione è prevista anche nel caso di "*sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p.*".

[25] Cfr., R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida Anac. Quale tutela?*, in *Federalismi.it*, 17/2017, 2 ss.. Sul tema si vedano anche M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina antitrust*, Milano, 1998, 338 ss.; G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in G.F. Cartei (a cura di), in *Responsabilità e concorrenza nel settore dei contratti pubblici*, Napoli, 2008, 205 ss.; A. Mauro, …, in M. Corradino, S. Sticchi Damiani (a cura di), *I nuovi appalti pubblici*, Milano, 2017, 320 ss.; F. Condorelli, *I raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari di imprese concorrenti*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, vol II, 20..., 1228 ss.; S. *Monzani*, *L'estensione del divieto di partecipazione ad una medesima gara di imprese controllate o collegate in nome della tutela effettiva della concorrenza*, in *Foro amm.* – C.d.S., 2009, 661 ss.

Invero, possono sollevarsi perplessità rispetto alla "definitività" di una condanna di questo tipo.

La direttiva europea 2014/24 si riferisce alla "sentenza definitiva" che, nel nostro ordinamento, dovrebbe intendersi come sentenza di condanna "passata in giudicato", contenente l'accertamento irrevocabile di reità.

In relazione alla sentenza ai sensi dell'art. 444 c.p.p., la dottrina processual-penalistica ha sottolineato l'assenza di una vera e propria verifica della colpevolezza dell'imputato in un siffatto provvedimento. Inoltre, è consolidato l'orientamento giurisprudenziale per cui la sentenza penale di applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., non implica un accertamento capace di fare stato nel giudizio civile.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa afferma che quando una norma assume l'esistenza di una condanna penale definitiva come presupposto (più o meno vincolante) per l'adozione di un provvedimento amministrativo, ovvero quale preclusione all'esercizio di determinate facoltà o diritti, vale come sentenza di condanna anche quella emessa a seguito di patteggiamento ex art. 444 c.p.p.

La formulazione dell'art. 94, primo comma, dello schema definitivo del nuovo Codice ha recepito detta indicazione.

Orbene, fondare il provvedimento espulsivo su una "sentenza di patteggiamento" significa ancorare la mancata ammissione alla gara dell'operatore economico a un provvedimento che non ne accerta la colpevolezza. Ciò sembra porsi in evidente contrasto con il principio di *favor partecipationis* che sovraintende lo svolgimento delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Dunque, il riferimento all'art. 444 c.p.p. opera una limitazione della concorrenza che non appare fondata su una motivazione razionale.

2) La procedura ristretta (art. 72), la procedura competitiva con negoziazione (art. 73), il dialogo competitivo (art. 74) e la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando (art. 76) limitano la concorrenza.

Infatti, nella procedura ristretta e nella procedura competitiva con negoziazione solo gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante possono presentare l'offerta. Nel dialogo competitivo le stazioni appaltanti organizzano una contrattazione con i soli operatori economici da loro stesse invitati. Nella procedura negoziata senza pubblicazione di un bando le stazioni appaltanti consultano solo quegli operatori economici da loro stesse scelti fra quelli presenti nel mercato.

c) Le norme che bilanciano il principio di concorrenza. Infine, occorre fare riferimento alle norme che introducono una disciplina in cui il

principio della concorrenza è contemperato, dallo stesso legislatore, con altri principi di segno opposto.

Lo schema del nuovo Codice, invece, distingue tra "*cause di esclusione automatica*" e "*cause di esclusione non automatica*", le quali presuppongono una valutazione da parte dell'amministrazione.

Lo schema definitivo interviene sulla disciplina delle cause di esclusione per difetto dei requisiti di ordine generale, risolve alcune questioni che avevano creato difficoltà di tipo applicativo; tuttavia, lascia irrisolte alcune problematiche interpretative circa la determinazione delle fatti-specie escludenti, già emerse sotto la vigenza dell'art. 80 del Codice dei contratti pubblici attualmente vigente.

L'"esclusione automatica" ricorre in presenza del meccanismo decisionale della stazione appaltante, che si limita a verificare in concreto la sussistenza della causa di esclusione e, in via automatica, deve escludere l'operatore economico, senza ulteriori verifiche legate alla rottura o meno nel caso di specie del rapporto fiduciario.

Nei casi previsti dall'art. 94 dello schema definitivo – rubricato "cause di esclusione automatica" – l'amministrazione deve escludere dalla gara l'operatore economico limitandosi a verificare la sussistenza in concreto delle condizioni previste dalla legge.

Per esempio condanna per appartenenza ad associazioni criminose o a organizzazioni mafiose, di cui agli art. 416 e 416 bis; per corruzione o concussione di cui agli art. 317, 318, 319 ss. c.p.; per delitti di riciclaggio di cui agli art. 648 bis, 648 ter o 648 ter 1.

Anche la sussistenza di tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, comma 4, d.lgs.vo n. 159/2011, viene considerato come un caso di esclusione automatica.

In queste e in altre ipotesi di esclusione automatica, il legislatore non opera una limitazione del principio di concorrenza, ma bilancia il principio di concorrenza con altri principi, anche eterogenei rispetto alle esigenze sottese alla contrattazione pubblica. L'esclusione degli operatori economici soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa è il frutto del bilanciamento fra il principio di concorrenza ed esigenze penal-preventive di contrasto alla criminalità mafiosa.

Peraltro, esigenze sanzionatorie sono presenti anche rispetto alle esclusioni per condanne per reati di cui agli art. 416 e 416 bis; per corruzione o concussione di cui agli art. 317, 318, 319 ss. c.p.; per delitti di riciclaggio di cui agli art. 648 bis, 648 ter o 648 ter 1.

Sono casi in cui è precluso all'amministrazione qualsiasi tipi di apprezzamento, anche quando ci si trovi di fronte a un operatore affidabile

ai limitati fini dell'esecuzione del contratto e anche quando la condanna per i predetti reati sia relativa a fatti lievi.

d) Considerazioni di sintesi sulla disciplina della concorrenza nello schema definitivo

La predetta rassegna sulla disciplina riservata nello schema definitivo alla concorrenza – nonostante i limiti che le derivano dalla sua natura meramente esemplificativa – attesta che la concorrenza è un principio giuridico che tutela, contestualmente, le situazioni giuridiche soggettive degli operatori economici, ma anche le situazioni giuridiche soggettive dell'amministrazione alla realizzazione dell'interesse pubblico, alla individuazione di un operatore affidabile e alla esecuzione del contratto.

Inoltre, la predetta rassegna dimostra che il principio di concorrenza non è un principio "tiranno", ma un principio che viene contemperato e bilanciato, di volta in volta, con una pluralità di principi, alcuni dei quali estranei alla dimensione contrattuale.

Infine, essa dimostra che il principio di concorrenza può essere piegato alle esigenze della realizzazione del risultato e che è possibile una lettura alternativa, rispetto a quelle sino ad ora formulate sulla funzione della concorrenza. Secondo detta lettura la concorrenza è funzionalizzata alla realizzazione del risultato.

10. *Conclusioni*

Sui social e sugli organi di stampa, accanto a giudizi pregevoli, sono stati formulati rilievi critici allo schema del nuovo codice, sostenendo che esso sia incompleto, pieno di vistose contraddizioni, espressione di un giudice amministrativo che aspira a divenire legislatore, a dettare le norme alle quali egli ritiene che le amministrazioni si debbano attenere e a indicare le violazioni che egli ritiene debbano essere sanzionate, con conseguente violazione del principio di divisione dei poteri e alterazione delle regole del gioco.

Ritengo che queste critiche siano infondate e ingiuste. Vi è una profonda differenza fra il giudice amministrativo che decide una controversia e il giudice amministrativo che elabora uno schema normativo, come quello in esame.

Il giudice amministrativo, nel decidere una controversia, è condizionato dalle contingenze del caso, dalla pre-comprensione e da altri fatti accidentali. Invece, quando il giudice amministrativo elabora un progetto di legge è sganciato da tutto ciò e vola alto, proprio per la visione di

insieme che ha maturato in sede giurisdizionale, analogamente a quanto è avvenuto per il codice del processo amministrativo, per la disciplina in tema di espropriazione e per quella in materia di edilizia.

A riprova di quanto sostengo vorrei fare un solo esempio: l'interpretazione dell'art. 34 bis, in tema di commissariamento giudiziale. Ad esclusione di una sola sentenza della III sezione del Consiglio di Stato, Tar e Consiglio di Stato hanno sostenuto, in diverse recenti sentenze, che la nomina del commissario giudiziario ai sensi dell'art. 34 bis non consenta alle imprese, attinte da una informativa antimafia, di proseguire i rapporti in corso con la pubblica amministrazione, completando i lavori che le siano stati commissionati a seguito dell'aggiudicazione di un appalto pubblico. Decisioni prese di impulso.

Il giudice amministrativo, in sede di redazione del codice, propone una soluzione diametralmente opposta. Infatti, l'art. 94, secondo comma, ultimo periodo, dello schema definitivo stabilisce, in proposito, che la causa di esclusione di un'impresa per infiltrazioni mafiose, ai sensi dell'art. 84, quarto comma, d. lgs.vo n. 159/2011, non opera se entro la data dell'aggiudicazione l'impresa sia stata ammessa al controllo giudiziario ai sensi dell'articolo 34 bis del d. lg. cd. "antimafia".

Naturalmente, sarebbe opportuno che il legislatore completi l'enunciato normativo, includendovi anche il caso in cui l'interdittiva antimafia intervenga nella fase di esecuzione del contratto, evitando che si aprano inutili contrasti interpretativi. In ogni caso, la soluzione della questione giuridica è scontata, proprio facendo applicazione del principio del risultato.

RIFLESSIONI DI UN GIURISTA SUL FUTURO DELL'URBANISTICA

di Giuseppe Piperata

SOMMARIO: 1. Ambiguità. – 2. L'urbanistica tra urbanisti e giuristi. – 3. L'urbanistica e le nuove sfide da affrontare. – 4. Il diritto della e alla Città nel futuro dell'urbanistica.

1. *Ambiguità*

Il titolo che ho dato alle brevi riflessioni che seguono contiene alcune ambiguità. Volutamente.

Per prima cosa è ambiguo il concetto che forma oggetto delle riflessioni. Urbanistica è un'espressione dal significato, oggi, alquanto incerto. Ma, soprattutto, è un'espressione forse non più attuale se rapportata ai saperi giuridici che preferiscono prendere in considerazione assetti spaziali più ampi, come dimostra anche il cambio terminologico operato persino a livello costituzionale[1]. È del 2001, infatti, la riforma costituzionale che, all'art. 117 Cost., ha sostituito la «urbanistica» con il «governo del territorio» nella declaratoria delle materie attribuite alla competenza legislativa concorrente tra Stato e regioni. Ne è seguito anche un processo di riscrittura delle discipline adottate dalle singole regioni, le quali hanno preferito richiamare al posto della «legge urbanistica», i concetti più ampi di tutela, uso e governo del territorio[2].

Ma altrettanto ambiguo è anche il riferimento soggettivo all'autore delle riflessioni, che non viene indicato se non con un generico riferimento alla figura del giurista. Per una ragione ben precisa: ciò mi permette non solo di occupare le pagine che seguono con qualche considerazione riconducibile al sottoscritto, ma soprattutto mi consente di riportare spunti e riflessioni di altri ben più autorevoli giuristi che sul futuro dell'urbanistica si sono interrogati. Tra questi, Filippo Salvia, autore di un *Manuale*, oggi giunto alla sua quarta edizione, dalla cui lettura

[1] Sul progressivo passaggio dall'*urbanistica* al *governo del territorio*, cfr. G. MORBIDELLI, *La disciplina del territorio tra Stato e regioni*, Milano, Giuffrè, 1974; Id., *Le proprietà. Il governo del territorio, in Manuale di diritto pubblico. III; L'azione dei pubblici poteri*, a cura di G. Amato, A Barbera, Bologna, Il Mulino, 1997, 69 ss.; *Il governo del territorio*, a cura di S. Civitarese Matteucci, E. Ferrari, P. Urbani, Milano, Giuffrè, 2003.

[2] Cfr. ad esempio, la l.r. della Emilia-Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24, «Disciplina regionale sulla tutela e uso del territorio».

traggono origine queste riflessioni[3]. Il *Manuale* di Salvia (curato insieme ad altri coautori) è sicuramente un utile e aggiornatissimo strumento di accesso al vastissimo mondo dell'urbanistica e del governo del territorio, in quanto offre ai suoi lettori non solo la ricostruzione dell'evoluzione del diritto urbanistico e dell'edilizia, con la puntuale analisi dei loro istituti fondamentali sia nella prospettiva teorica sia in quella della realtà pratica dell'amministrazione, ma soprattutto descrive l'intero disegno del sistema giuridico che sovraintende alle trasformazioni e all'uso del suolo, mettendo in evidenza anche le discipline che in parallelo incidono su questo settore. L'Opera ha origini lontane, dato che ripropone alcune impostazioni e strutturazioni in continuità con un primo prodotto manualistico a cura di Filippo Salvia e Franco Teresi [4]. Ma rappresenta, soprattutto, l'evoluzione del successivo *Manuale di diritto urbanistico*, portato avanti dal solo Salvia e frutto della sua determinazione a *resistere* – con «impulso eroico»[5] – nell'intenzione di aggiornare l'Opera ai tanti mutamenti nel frattempo intervenuti nel sistema italiano del diritto urbanistico, mutamenti che, invece, avevano fatto *desistere* Teresi dal proseguire quell'esperienza. È stato uno sforzo di cui gli sono grati numerosi studenti universitari e professionisti che sul *Manuale* di Salvia si sono formati e che ne hanno potuto apprezzare la chiarezza espositiva, la linearità e coerenza delle analisi offerte, la completezza delle informazioni fornite. Ma una gratitudine deve essere espressa a Salvia anche dalla comunità scientifica per i suoi studi sul diritto del governo del territorio che, oltre a fornire sempre chiavi di lettura originali e di grande interesse, traggono origine da una rara onestà intellettuale e sincera passione civile, doti che dovrebbero sempre accompagnare il giurista che non si accontenta di essere passivo spettatore del suo tempo.

2. *L'urbanistica tra urbanisti e giuristi*

L'urbanistica non è pensabile senza urbanisti. Ma l'apporto dei giuristi è fondamentale.

[3] L'opera in questione è F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*[4], Milano, Wolters Kluwer, 2022. Le considerazioni riportate nel testo sono state svolte in un incontro organizzato il 30 novembre 2021 per presentarla e in onore di Filippo Salvia, dal titolo *Quale piano per il futuro dell'urbanistica?*

[4] Cfr. F. Salvia, F. Teresi, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Padova, Cedam, 1973 e edizioni successive.

[5] Come lo stesso A. ricorda, cfr. F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, Cedam, 2008, XXII.

Gli urbanisti immaginano al centro dell'urbanistica la città: «la città non è un insieme di case. La città è la casa di una società, di una comunità»; pertanto, spetta all'urbanista progettare la città, in quanto «l'architetto disegna la casa dell'uomo, l'urbanista la casa della società»[6].

Non c'è solo la città, però, tra le priorità dell'urbanistica. Come ci ha insegnato Giovanni Astengo, per l'urbanistica – «la scienza del futuro» – centrale è anche l'attività di pianificazione. Il piano, infatti, è sostanzialmente «scelta politica» e pertanto non può risolversi in una mera «visione meravigliosa», bensì deve rappresentare uno «schema di ragionamento creativo per la soluzione più confacente di una realtà concreta e individuale»[7]. La pianificazione, tra l'altro, ha anche rappresentato quell'elemento concettuale che ha permesso di implementare l'effetto espansivo dell'urbanistica, quantomeno con riferimento alle dinamiche di coordinamento delle aree spaziali più vaste dell'ambito urbano e riguardanti territori più ampi[8].

L'urbanistica, pertanto, è scienza che studia i fenomeni urbani e territoriali, prendendone in considerazione tutti i molteplici aspetti; essa mira a contenere «le tracce di un vasto insieme di pratiche» riguardanti le trasformazioni dei territori [9]. In tale prospettiva, allora, l'aspetto giuridico è indubbiamente importante, considerato che rappresenta, per prima cosa, la cornice regolativa all'interno della quale l'attività di pianificazione della città si colloca. Ne era assolutamente consapevole Astengo, il quale ancorava qualsiasi ragionamento riguardante la città, la pianificazione e il territorio ad «alcune certezze, prima e fondamentale tra tutte la certezza della legge, del diritto come momento di ricomposizione degli interessi contrastanti»[10]. E ciò veniva registrato soprattutto a proposito della predisposizione dei piani urbanistici, dato che «i principali aspetti giuridici della pianificazione urbanistica costituiscono un completamento per la definizione concettuale e operativa della pianificazione stessa»[11].

[6] Così, E. *Salzano*, *Fondamenti di urbanistica*, Roma-Bari, Laterza, 2007, risp. 3 e 14.

[7] Le citazioni si riferiscono ad alcuni passaggi presenti nella voce di G. Astengo, *Urbanistica*, in *Enc. un. arte*, XIV, Venezia, Sansoni, 1966.

[8] Già alla fine degli anni '40 del secolo scorso Giovanni Astengo si domandava «la stessa parola "urbanistica" pare ora insufficiente ad esprimere il concetto di coordinamento territoriale: adotteremo anche a tale scopo il termine di "pianificazione territoriale", oppure decideremo di convenire semplicemente in una estensione del concetto di "urbanistica"?», cfr. G. Astengo, *I piani regionali in Italia*, in *Urbanistica*, 1949, n. 1, 12.

[9] Così B. Sordi, *Prima lezione di urbanistica*, Roma-Bari, Laterza, 2005, 6 s.

[10] Così G. Ernesti, *Giovanni Astengo e lo sviluppo della cultura urbanistica italiana*, in *Arch. studi urb. e reg.*, 1990, n. 38-39, 84.

[11] Così G. Astengo, *Urbanistica*, cit.

Per i giuristi, l'urbanistica è in primo luogo funzione. Si tratta di una funzione amministrativa, come tale corrispondente ad un «potere pubblicistico, amministrativo, volto a curare l'interesse pubblico ad un ordinato territorio» [12]. Ciò significa, a volte, dover anche acquisire e comporre una pluralità di interessi che su quel territorio atterrano [13]. Difficile appare oggi la possibilità di vedere in questa funzione una forza espansiva tale da poter abbracciare altre discipline anche esse incidenti sull'uso del territorio, come se fosse una specie di «materia – regina»[14] in grado di ricomprendere altre materie di rilievo territoriale. Essa, infatti, ha carattere residuale – poiché interviene solo rispetto a quegli spazi che non hanno trovato già nella disciplina ambientale, paesaggistica, ecc., un preciso disegno vincolistico – e strumentale – dato che è proiettata alla realizzazione di numerosi principi e valori costituzionali; ha una sua disciplina giuridica di riferimento che risponde a specifici principi in gran parte differenti da quelli di altre discipline.

La legislazione urbanistica, tuttavia, non sempre ha saputo stare al passo con le trasformazioni che hanno interessato le città e i loro territori, comprese anche le comunità che ne vivono gli spazi. Più volte sono state denunciate la difficoltà del legislatore ad adeguarsi ai profondi mutamenti del Paese che richiedevano una nuova strumentazione urbanistica, la scarsa capacità gestionale dimostrata dalla «amministrazione dell'uso del suolo del nostro paese» di matrice municipale, nonché l'assenza di una adeguata cultura urbanistica tra i nostri politici e i nostri amministratori [15]. Più recentemente, tali fattori di crisi sono stati segnalati con ancor più

[12] Così A. Bartolini, *Urbanistica*, in *Enc. Dir.*, *I Tematici*, *III*, *Funzioni amministrative*, a cura di M. Ramajoli, B.G. Mattarella, Milano, Giuffrè, 2022, 1271. Ma cfr. anche le voci di P. Urbani, *Urbanistica*, in *Enc. giur.*, Treccani, Roma, 2009, ad vocem, e G. Sciullo, *Urbanistica*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 6116 ss., e il recente *Trattato di diritto del territorio*, a cura di F. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani, Torino, Giappichelli, 2018, nonché P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

[13] Cfr. T. Bonetti, *Il diritto del "governo del territorio" in trasformazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011; L. Casini, *L'equilibrio degli interessi nel governo del territorio*, Milano, Giuffrè, 2005.

[14] In questi termini F. Salvia, *La nozione di urbanistica e le fonti (art. 1, l. 17.8.1942, n. 1150)*, in *Codice di edilizia e urbanistica*, a cura di S. Battini, L. Casini, G. Vesperini, C. Vitale, Torino, Utet, 2013, 139.

[15] Cfr. al riguardo, G. Astengo, *Introduzione. L'evoluzione dell'amministrazione urbanistica e la sentenza n. 5*, in *Costituzione, regime dei suoli, espropriazione*, a cura di S. Amorosino, Venezia, Marsilio, 1980, 9 ss. Ma cfr. anche G. Campos Venuti, *Amministrare l'urbanistica*, Torino, Einaudi, 1967, spec. 127 ss.

enfasi, arrivando a rappresentare «l'ipotesi della fine della città»[16] e, di conseguenza, l'inadeguatezza dell'urbanistica nel saper cogliere i nuovi processi umani, sociali, economici e ambientali che si manifestano nei nostri centri urbani, mostrando cosi di essere una disciplina obsoleta, che «si è fatta vincere dall'esterno e ha smarrito la capacità di leggere l'interno» [17]. A ciò si è accompagnato anche l'indebolimento progressivo della struttura gerarchica della pianificazione [18], nonché la crisi del «modello urbanistico, razional-comprensivo e discendente consegnatoci dalla legge del 1942», talmente profonda da poter essere superata solo immaginando un processo di depianificazione tendente alla sostituzione del tradizionale strumentario urbanistico con programmi, progetti, accordi, innovativi e leggeri, nonché tra loro «interconnessi e coalescenti» [19]. Il sistema vigente della pianificazione, tra l'altro, ha manifestato spesso tratti di ambiguità, risultando «a volte troppo aperto e disponibile verso gli interessi emergenti altre volte chiuso e saldamente ancorato alla mano pubblica» [20].

3. *L'urbanistica e le nuove sfide da affrontare*

Dobbiamo, allora, rassegnarci definitivamente ad accettare le tante "teorie della fine" prospettate a proposito del fenomeno urbanistico? Dobbiamo prendere atto che la città sia un modello di organizzazione della società oramai inadeguato e che la pianificazione, come processo razionale e ordinato di definizione del disegno urbano e territoriale, sia da considerarsi fallito? Forse dovremmo con onestà e coraggio ammettere che l'urbanistica, come l'abbiamo conosciuta, sia del tutto inutile, in quanto non è riuscita a fornire le «attrezzature» essenziali per la vita degli individui di cui parlava Le Corbusier [21]?

[16] Lo segnalano F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 8. In termini più ampi, cfr. L. Benevolo, *La fine della città*, Roma – Bari, Laterza, 2011.

[17] Così F. La Cecla, *Contro l'urbanistica*, Torino, Einaudi, 2015, 26.

[18] Cfr. M. D'Orsogna, *Pianificazione e programmazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, dir. da S. Cassese, cit., spec. 4299 s. Cfr. anche S. Perongini, *Profili giuridici della pianificazione urbanistica perequativa*, Milano, Giuffrè, 2005

[19] È la prospettiva proposta da P. Portaluri, *Dal diritto delle costruzioni nelle città al diritto del territorio*, in www.giustizia-amministrativa.it.

[20] F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 66.

[21] «Vigore e salute del corpo, ambiente favorevole alla riproduzione, gioia di vivere persistente malgrado le traversie dei singoli destini: sono tante finalità, suddivisibili in

Ovviamente, la risposta a tutti gli interrogativi avanzati non può che essere negativa. E ciò non tanto perché siamo restii ad abbandonare concetti ed istituti con i quali giuristi e urbanisti hanno costruito i rispettivi saperi dell'uso degli spazi e dei territori. Pur ritenendo presenti alcuni oggettivi fattori di crisi che effettivamente in tali ambiti devono essere registrati, tuttavia siamo convinti che la città e l'urbanistica non hanno esaurito la loro parabola e, anzi, «è ad essi che occorre allora guardare, come stella polare»[22]. L'urbanistica ha ancora tanto da dire, anche se è fondamentale «re-immaginare lo spazio urbano», attraverso la sperimentazione di nuovi modelli e proponendo una nuova alleanza tra urbanisti, giuristi, imprenditori, amministratori[23].

L'urbanistica, quindi, ha ancora un futuro, ma questo passa da almeno tre sfide, che richiedono di essere affrontate e superate. La prima è quella – come è stata definita – della «urbanistica della transizione» [24]. Soprattutto dopo la crisi pandemica, alle nostre società si impongono due importanti *transizioni*: quella ecologica e quella digitale. Si tratta di processi ai quali dovrà partecipare anche l'urbanistica, dimostrando quella elasticità che ha permesso al potere amministrativo che rappresenta di adattarsi alle finalità, di volta in volta, ad esso affidate. La seconda sfida, invece, implica un ribaltamento concettuale per favorire lo *spostamento* dell'urbanistica dalle dinamiche dell'uso del territorio a quelle di riduzione del consumo di suolo. In tale prospettiva, all'urbanistica non verrebbe (più) chiesto di accompagnare (solo) i processi di espansione, ma soprattutto ad essa verrebbe affidata una nuova «finalità custodiale»[25], orientata a proteggere il territorio da tutti quei fenomeni trasformativi che determinano un ingiustificato spreco di suolo e di quelle esternalità positive che esso garantisce. Infine, la terza sfida presuppone un ritorno: il ritorno dell'urbanistica alla città. Ritornare alla città non significa soltanto promuovere pratiche di rigenerazione di luoghi e spazi urbani o di recupero dei patrimoni edilizi abbandonati[26] o di ricomposizione della

infinite altre, le quali esigono dall'architettura e dall'urbanistica luoghi e ambienti, oggetti precisi e efficaci, strumenti indispensabili»: così Le Corbusier, *Maniera di pensare l'urbanistica*, Roma-Bari, Laterza, 2011, 44

[22] Così, E. Salzano, *Fondamenti di urbanistica,* cit., 310.

[23] F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 11.

[24] Cfr. A. Bartolini, *Urbanistica*, cit., 1294 ss.

[25] In questi termini, E. Boscolo, *Oltre il territorio, il suolo quale matrice ambientale e bene comune*, in *Urb. app*., 2014, 135, ma anche M. Dugato, *L'uso accettabile del territorio*, in *Ist. fed*., 2017, 597 ss.

[26] Cfr. *Agenda RE-CYCLE. Proposte per reinventare la città*, a cura di E. Fontanari, G. Piperata, Bologna, Il Mulino, 2017, e anche *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, a

relazione con i contesti naturali [27], bensì significa, soprattutto, contribuire attraverso l'urbanistica alla definizione del concetto giuridico di città, al fine di rafforzarne il ruolo come attore istituzionale e potere pubblico e incrementare la democraticità dei processi di governo e uso degli spazi urbani[28]. Su quest'ultimo aspetto qualche ulteriore considerazione può essere opportuna a proposito di alcuni fenomeni di collaborazione civica nel governo del territorio, i quali non solo stanno implementando il diritto *della e alla città*, ma stanno anche contribuendo ad assicurare ancora un futuro all'urbanistica.

4. *Il diritto della e alla città nel futuro dell'urbanistica*

Negli ultimi anni, l'attenzione degli amministrativisti (e non solo) italiani è stata richiamata dalla diffusione, soprattutto a livello di governo locale, di pratiche sperimentali di cittadinanza attiva aventi ad oggetto la cura di spazi urbani o beni pubblici e privati. Si tratta di pratiche che, in un primo momento, sono state promosse da singoli enti locali, spesso in virtù di innovazioni amministrative, e successivamente replicate in altri contesti amministrativi. Attraverso queste iniziative è stato possibile sviluppare percorsi di sussidiarietà che, oltre a favorire forme concrete di partecipazione, hanno soprattutto permesso a singoli e a gruppi di prendersi cura o gestire direttamente parti della città, alcune volte anche con l'obiettivo di realizzare percorsi di trasformazione dell'esistente.

Il fatto che i processi in questa sede considerati abbiano riguardato le trasformazioni urbanistiche della città non può meravigliare, considerato che da sempre proprio il settore del governo del territorio urbano rappresenta l'ambito in cui – prima di ogni altro – le dinamiche partecipative, anche quelle più avanzate, sono state legislativamente previste, nonché incentivate, e anche i percorsi sussidiari sono stati sperimentati

cura di F. Di Lascio, F. Giglioni, Bologna, Il Mulino, 2017; A. Giusti, *La rigenerazione urbana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018; G.A. Primerano, *Il consumo di suolo e la rigenerazione urbana*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022.

[27] Spunti al riguardo si trovano in *Istituzioni selvagge?*, a cura di F. Cortese, G. Piperata, Sesto San Giovanni, Mimesis, 2022.

[28] Su tali aspetti, cfr. *La co-città*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, Napoli, Jovene, 2018; G. Gardini, *Alla ricerca della "città giusta". La rigenerazione urbana come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, 2020, n. 84; G. Piperata, *La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale,* in *Ist. fed*., numero speciale, 2019, 135 ss.; P. Portaluri, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio,* in www.giustizia-amministrativa.it.

e promossi. A conferma di quanto appena detto è sufficiente ricordare che la partecipazione del cittadino all'esercizio della funzione amministrativa, sia nella sua dinamica conoscitiva legata ad esigenze di garanzia e di difesa, sia nella sua dinamica collaborativa finalizzata a influenzare l'esercizio del pubblico potere, nell'ordinamento giuridico italiano è stata riconosciuta nella legislazione urbanistica prima ancora che questa venisse affermata come principio e, poi, generalizzata dalla legge che ne ha imposto l'applicazione, insieme alle altre manifestazioni del *due process* [29], a tutto il comparto della amministrazione pubblica. Ciò in Italia – come noto – è avvenuto con la l. 7 agosto 1990, n. 241, nella quale la partecipazione si conferma come dinamica centrale del riconoscimento del principio del giusto procedimento [30] e viene rappresentata come la facoltà spettante a coloro che come interessati possono essere parte del procedimento [31]. Ma le disposizioni contenute in questa legge in materia di partecipazione non si estendono a tutti gli ambiti di azione dei pubblici poteri, in particolare non riguardano alcuni procedimenti e atti della pubblica amministrazione che già sono assoggettati a norme particolari che ne disciplinano la formazione (art. 13). Tra questi rientrano anche gli atti di pianificazione, ieri manifestazioni principali intorno alle quali era costruito il diritto urbanistico secondo il disegno legislativo nazionale (l. 17 agosto 1942, n. 1150), oggi riconducibili in termini più ampi a quei fenomeni di governo del territorio, il cui regime giuridico è affidato ad una molteplicità di fonti.

Agli istituti di partecipazione che il legislatore italiano ha valorizzato nel governo degli spazi urbani è sempre stata riconosciuta una valenza che va oltre la mera qualificazione di garanzia individuale nei confronti dell'esercizio della funzione urbanistica da parte dei poteri locali. Per alcuni, infatti, tali istituti concretizzano quasi delle forme di partecipazione alla definizione del disegno urbanistico, in quanto sono funzionali alla «integrazione della volontà popolare mediata, espressa dall'organo deliberativo dell'ente locale» [32]. Per la giurisprudenza [33], poi, la partecipa-

[29] Manifestazioni del c.d. giusto procedimento che oggi hanno trovato pieno riconoscimento anche in contesti internazionali o globali, come dimostrato da G. DELLA CANANEA, *Due Process of Law. Beyond the State*, Oxford University Press, 2016.

[30] Cfr. A. ZITO, *Il principio del giusto procedimento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. Renna e F. Saitta, Milano, Giuffrè, 2012, 511.

[31] M. D'ALBERTI, *La "visione" e la "voce": le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1 ss.

[32] Così S. CASSESE, *Il privato e il procedimento amministrativo*, Modena, Mucchi, 1971, 40.

[33] Tra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 15.9.2010, n. 6911; Id., 9.7.2015, n. 3435.

zione del privato in sede di adozione e di approvazione dello strumento urbanistico ha «carattere meramente collaborativo», in linea, tra l'altro, con quanto affermato più in generale dal Giudice delle leggi, secondo il quale per rispetto del giusto procedimento, ogni qualvolta il legislatore ipotizza, come possibili, limitazioni ai diritti dei cittadini, lo stesso deve anche disegnare un procedimento amministrativo che permetta agli organi competenti di imporre concretamente tali limiti, ma «dopo avere messo i privati interessati in condizioni di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico» [34].

Il passaggio dal più tradizionale diritto urbanistico al più ampio e multidisciplinare diritto del governo del territorio, a partire dalla formulazione contenuta nell'art. 117 Cost., ha ulteriormente enfatizzato il ruolo delle dinamiche partecipative riconosciute a favore dei privati rispetto all'esercizio dei pubblici poteri [35]. Le tendenze generali che da tale situazione si sono generate possono essere individuate in almeno tre fenomeni. Un primo fenomeno ha trovato origine nei limiti più volte segnalati dalla dottrina a proposito del tradizionale modello partecipativo disegnato nella legislazione urbanistica nazionale e si è tradotto nell'introduzione da parte dei legislatori regionali di nuove forme e istituti di partecipazione[36]. Una seconda linea di tendenza, invece, si è concretizzata in alcune soluzioni pensate per dare un'efficace risposta all'aumento di domanda di partecipazione in particolare nella definizione delle politiche ambientali e della localizzazione e realizzazione delle grandi opere infrastrutturali[37]. Il terzo fenomeno, infine, quello più ampio e di portata generale è rappresentato dalla definizione di molteplici arene deliberative, strumentali alla realizzazione di contesti di democrazia partecipativa, all'intermo dei quali definire e attuare decisioni e strategie nella prospettiva del governo del territorio e della gestione degli spazi urbani[38].

[34] Cfr. Corte cost., 2.3.1962, n. 13.

[35] Al riguardo, sia pur con riferimento ai processi di pianificazione, sia consentito rinviare a G. Piperata, *Il rapporto tra pubblico e privato nel contesto giuridico delle trasformazioni urbane*, in *Urb. app.*, 2011, 508 ss.

[36] Segnalano tale evoluzione legislativa, M. Cocconi, *La partecipazione all'attività amministrativa generale*, Padova, Cedam, 2010, 53 ss., e C. Cudia, *La partecipazione ai procedimenti di pianificazione territoriale tra chiunque e interessato*, in *Dir. Pubbl.*, 2008, 263 ss.

[37] Cfr. al riguardo, G. Pizzanelli, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche*, Milano, Giuffrè, 2010.

[38] U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), nr. 1, 2011, e in termini ricostruttivi, V. Molaschi, *Le arene deliberative*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018.

Quanto appena ricordato, sia pur in termini estremamente sintetici e con riferimento specifico alle funzioni di governo territoriale, dimostra che non solo gli istituti di partecipazione sono aumentati per far fronte ad una maggiore richiesta da parte dei cittadini di poter contribuire alle scelte politiche e alle conseguenti azioni amministrative dei pubblici poteri, ma che soprattutto le nuove dinamiche hanno superato la mera dimensione procedimentale della partecipazione, la quale oggi presenta una gradazione di differenti livelli di intensità a seconda dei caratteri che connotano l'incisività della pratica partecipativa[39]. Ma c'è di più. Tale evoluzione ha anche aperto la strada ad altre innovazioni che, valorizzando le logiche della sussidiarietà, hanno potenziato i processi di collaborazione dei cittadini alla gestione del territorio e dei beni urbani. Il movimento è logicamente consequenziale, potremmo dire, dalla democrazia partecipativa alla democrazia collaborativa[40]. Il riferimento è agli strumenti di collaborazione civica, attraverso i quali ai cittadini è data la possibilità di partecipare facendosi parte attiva di processi di azione diretta di gestione di spazi e beni urbani. Si tratta di un processo particolarmente ampio, con molte sfaccettature e incentrato anche su pratiche urbanistiche e su iniziative volontaristiche, di grande interesse anche sotto il profilo sociologico[41].

Ma di cosa parliamo concretamente quando ci riferiamo a queste pratiche? "Collaborazione civica" è una locuzione particolarmente ampia che si utilizza per descrivere tutti quei fenomeni innovativi che, a livello locale, vedono i cittadini coinvolti in prima persona in percorsi di amministrazione condivisa insieme ai pubblici poteri nell'ambito di iniziative rivolte al perseguimento di interessi generali. Si tratta, in primo luogo, di pratiche che incrementano la coesione sociale all'interno delle comunità locali, con ricadute spesso anche sugli assetti territoriali, soprattutto quando incentrate sulla cogestione di spazi e luoghi urbani. Sotto il profilo della scienza del diritto amministrativo, esse si incardinano in una precisa linea di pensiero che, in un primo momento, ha evidenziato l'esistenza di possibili spazi di co-amministrazione nella prospetti-

[39] Sulla gradazione della partecipazione e sulle arene partecipative, V. Molaschi, *Le arene deliberative*, cit., 46 ss. In termini ancora più ampi, T. Bonetti, *La partecipazione strumentale*, Bologna, BUP, 2022.

[40] Usa questa seconda espressione, C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in *L'età della condivisione*, a cura di G. Arena e C. Iaione, Roma, Carocci editore, 2015, 43 ss.

[41] Per una analisi in termini sociologici del fenomeno, *Culture e pratiche di partecipazione*, a cura di R. Paltrinieri, Milano, Franco Angeli, 2020.

va di ricostruzione paritaria del rapporto tra pubblici poteri e cittadini [42], ma che successivamente ha enfatizzato un modello di amministrazione condivisa, incentrato sulla presenza di «cittadini attivi», impegnati secondo la logica della sussidiarietà nella gestione dei beni comuni [43].

La diffusione del fenomeno in questione e la moltiplicazione degli strumenti attraverso i quali si manifesta stanno creando le condizioni per considerare la collaborazione civica, più che una dinamica estemporanea da registrare come evento sociologico o pratica urbanistica, come un modello organizzativo e funzionale di amministrazione pubblica, orizzontale e paritario, alternativo quindi a quello tradizionale fondato su logiche, invece, verticali e autoritative, come tale di primario interesse per la scienza giuridica, in particolare quella amministrativistica. In virtù di tale impostazione, infatti, quantomeno per alcuni settori di intervento, potrebbe trovare applicazione un «diritto amministrativo della sussidiarietà»[44], che promuove l'iniziativa diretta dei cittadini, chiamati a prendersi cura di beni materiali e immateriali, affiancando la pubblica amministrazione nel perseguimento dell'interesse pubblico.

In questa prospettiva, la collaborazione civica potrebbe inquadrarsi come principio generale, «il principio della collaborazione civica» appunto, che trova fondamento in numerose disposizioni della Costituzione italiana, tra le quali, per prima, l'art. 118, ult. c. Si tratta, ovviamente, dell'articolo che costituzionalizza la sussidiarietà e che in chiave positiva legittima anche i privati ad agire nell'interesse generale. Ma, è anche l'art. 2, Cost. a dare copertura al principio di collaborazione civica, nel senso che, ribaltando la dinamica della sussidiarietà, àncora il principio in questione a quel dovere di solidarietà sociale che obbliga il cittadino alla collaborazione con i pubblici poteri nella cura del bene comune [45]. In altri termini, in quelle attività di interesse generale i cittadini possono rivendicare un ruolo attivo, anche sussidiario rispetto ai pubblici poteri, ma allo stesso tempo è possibile anche ipotizzare un dovere più ampio di collaborazione con questi ogni qual volta risulti necessario occuparsi dei beni materiali o immateriali fondamentali per la comunità.

[42] Cfr. F. Benventui, *Il nuovo cittadino*, Venezia, Marsilio, 1994.

[43] Cfr. G. Arena, *Cittadini attivi*, Roma-Bari, Laterza, 2006. Ma cfr. anche P*rendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi*, a cura di M. Bombardelli, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

[44] Cfr. G. Arena, *I custodi della bellezza*, Milano, 2020.

[45] In questi termini, C. Iaione, *La collaborazione civica per l'amministrazione, la governance e l'economia dei beni comuni*, in *L'età della condivisione*, a cura di G. Arena e C. Iaione, cit., 35 ss.

Oltre al raccordo con il quadro costituzionale, le dinamiche di collaborazione civica possono oggi beneficiare anche di un altro importante appiglio legislativo, contenuto nella l. n. 241/1990, come da ultimo modificata dalla disciplina emergenziale di semplificazione (in particolare, dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76). Si tratta del nuovo comma 2 *bis* dell'art. 1 della l. 241, ai sensi del quale "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai princìpi della collaborazione e della buona fede". La disposizione non è particolarmente innovativa, considerato che già da tempo e in via interpretativa ai due principi citati era stato riconosciuto un'importante forza condizionante sui rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, rapporti da reinterpretare in termini più paritari rispetto alla visione predominante nel passato. Rimane, in ogni caso, positivo l'inserimento esplicito del richiamo dei principi ricordati nel testo della legge più importante per le amministrazioni italiane, un rinvio che pertanto acquista un valore simbolico destinato anche ad influire in chiave interpretativa.

Anche il riferimento alla dimensione civica della collaborazione non è un elemento irrilevante. Il contesto locale, infatti, rappresenta lo scenario in cui le dinamiche di collaborazione hanno trovato un ambiente favorevole alla loro diffusione, apportando innovativi processi e strumenti di azione per la realizzazione di politiche pubbliche di primaria importanza, a cominciare dal governo e dalla gestione territoriale, nonché dello sviluppo sostenibile [46]. Questo positivo connubio tra istanze collaborative provenienti dal basso ed esigenze di intervento dell'amministrazione locale è collocabile in alcune evoluzioni dello scenario giuridico riguardante la città, di cui è opportuno dar conto in questa sede. La città, infatti, come istituzione e come fenomeno sociale, sembra essere diventata oggetto di nuovo interesse da parte del diritto, che ne registra le manifestazioni di più evidente vivacità e prova a fornire anche le nuove regolamentazioni giuridiche con le quali accompagnarne l'evoluzione [47]. Due sono gli aspetti di tale fenomeno che devono essere richiamati: il rafforzamento del diritto *alla* città e la definizione di un nuovo diritto *della* città.

Sicuramente, le manifestazioni della collaborazione civica si iscrivo-

[46] Cfr. C. Micciché, *Beni comuni: risorse per lo sviluppo sostenibile*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, nonché *Le politiche di programmazione per la resilienza dei sistemi infrastrutturali. Economia circolare, governo del territorio e sostenibilità energetica*, a cura di E. Picozza, A. Police, G.A. Primerano, Torino, Giappichelli, 2019.

[47] Sia consentito rinviare a G. Piperata, *La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale*, cit., 135 ss.

no in un processo di rafforzamento del diritto *alla* città, quella posizione cioè che dovrebbe consentire ad ogni cittadino di rivendicare una capacità di incidere sul governo locale della cosa e del suolo pubblici, grazie al riconoscimento di spazi di azione e di intervento diretto anche in chiave sussidiaria. È l'effetto prodotto dalla definizione di nuovi strumenti di collaborazione attiva, che inspessiscono in capo al cittadino la sua legittima aspettativa a partecipare alle decisioni pubbliche che lo riguardano da vicino, dandogli anche la possibilità di collaborare con l'amministrazione locale e di prendersi cura degli spazi della città. Si registra, infatti, la tendenza dei privati a invocare un nuovo diritto (individuale e collettivo) alla città, un diritto cioè consistente nel potersi attivare per essere direttamente protagonisti nelle scelte e nelle dinamiche pubbliche riguardanti tali luoghi: si rivendica il diritto alla città, che, come è stato segnalato, «significa rivendicare una forma di potere decisionale sui processi di urbanizzazione e sul modo in cui le nostre città sono costruite e ricostruite, agendo in modo diretto e radicale» [48].

Ma non c'è solo il potenziamento del diritto *alla* città. A ben vedere, sta anche cambiando il diritto *della* città, soprattutto il diritto di come vengono governati i suoi spazi, a partire dai principi che in tali complessi disciplinari dovrebbero operare come guida di riferimento [49]. Si tratta di un processo di trasformazione che si muove su due diversi livelli. Un primo livello è quello formale, che passa dalla legislazione statale o regionale, con la definizione di nuove regole influenzate da principi innovativi nel governo del territorio urbano. Più dinamico è l'altro livello, quello della sperimentazione e delle pratiche, che presuppongono interessanti processi di innovazione amministrativa e di procedure spesso proprio incentrate su fenomeni di collaborazione civica. Questi, tra l'altro, sono affidati a strumenti che presentano quasi sempre carattere negoziale. Forse non avrebbe potuto essere diversamente: se la collaborazione civica presuppone un rapporto paritario tra cittadini e amministrazione e, soprattutto, implica un differente modello di azione amministrativa, difficilmente il paradigma collaborativo potrebbe realizzarsi attraverso una

[48] Così D. Harvey, *Il capitalismo contro il diritto alla città*, Ombre corte, Verona, 2016, ma analoghe considerazioni sono sviluppate da J.B. Auby, *Droit de la ville*, LexisNexis, Paris, 2013, e F. La Cecla, *Contro l'urbanstica*, cit.

[49] Sul diritto della città si rinvia, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, a M. Cammelli, *Governo delle città: pro-fili istituzionali,* in *Le grandi città italiane. Società e territori da ricomporre*, a cura di G. Dematteis, Marsilio, Venezia, 2011, 342 ss., J.B. Auby, *Droit de la ville*, cit., R. Cavallo Perin, *Beyond the Municipality: the City, its Rights and its Rites*, in *It. Jour. Pub. Law*, 2, 2013, F. Giglioni, *La città come ordinamento giuridico*, in *Ist. fed*., 2018, 29 ss.

imposizione unilaterale. Ecco allora che la dinamica negoziale diventa la condizione scontata da assicurare nella realizzazione dei percorsi di collaborazione civica.

Insomma, i processi di democrazia collaborativa stanno trasformando il diritto *alla* e *della* città, oggi sempre più spesso chiamato ad accompagnare i nuovi percorsi di rigenerazione degli spazi urbani. Ma la rigenerazione urbana richiede anche «l'aggiornamento della strumentazione della pianificazione urbanistica, delle procedure autorizzative, dell'aggiudicazione e della realizzazione degli interventi, in modo da rendere gli obiettivi più coerenti e vicini ai cittadini, utilizzare meglio le risorse, attraverso il ricorso alle tecnologie oggi disponibili per favorire la massima trasparenza e la più ampia partecipazione»[50]. Un cambiamento significativo e profondo. Ma, soprattutto, necessario se vogliamo che, non solo le città, ma anche l'urbanistica abbia un futuro.

[50] Così F. Salvia, C. Bevilacqua, N. Gullo, *Manuale di diritto urbanistico*, cit., 25.

ZONE ECONOMICHE SPECIALI (ZES): UN'OCCASIONE MANCATA PER LO SVILUPPO DEL MEZZOGIORNO?

di Andrea Piraino

SOMMARIO: 1. La scelta delle *Zone Economiche Speciali* per la crescita del Mezzogiorno. – 2. Le *Zes* quale modalità di intervento pubblico nell'economia riconducibile alla politica di coesione territoriale. – 3. I caratteri distintivi delle *Zes* come aree non necessariamente adiacenti ma legate da un nesso economico-funzionale e l'ordinamento normativo ed amministrativo per agevolarne le attività economiche. – 4. L'incerta architettura normativa e le continue innovazioni legislative circa i profili fondamentali delle *Zes*. – 5. La genericità dei Piani strategici di sviluppo privi di una chiara opzione in ordine alla specializzazione di ogni singola *Zes.* – 6. Il giudizio complessivamente negativo in ordine alla *performance* delle *Zes* quali efficaci acceleratori economici capaci di attrarre investimenti soprattutto esteri. – 7. La necessità di un modello definitivo e di una disciplina organica per rilanciare il ruolo e la funzione delle *Zes*.

1. *La scelta delle* Zone Economiche Speciali *per la crescita del Mezzogiorno*

L'idea in Italia nasce dalla evidente considerazione che una operazione che riguardi contemporaneamente più di 20 milioni di abitanti, un terzo del Paese, un'area in ritardo di sviluppo con l' esigenza di un saldo occupazionale di circa 3 milioni di nuovi posti di lavoro fosse difficile, se non impossibile, realizzarla per mezzo di un unico piano d'intervento. L'obbiettivo dello sviluppo del Mezzogiorno con le normali forze in campo e con il solo ausilio dello Stato, anche se supportato dall'Unione Europea, non era insomma un traguardo facilmente raggiungibile, come dimostrava anche la storia degli ultimi anni. Da qui la convinzione che sarebbe stato necessario attrarre investimenti dall'estero e soprattutto che essi avrebbero dovuto essere indirizzati e concentrati in determinate aree circoscritte, istituendo delle *Zone economiche speciali* (Zes) come da tempo era avvenuto in Cina ed in Europa, in particolare, in Polonia, Irlanda, Portogallo e Lettonia[1]. In questo modo, come indicavano già da

[1] Per un'analisi comparata di queste esperienze europee maggiormente consolidate, v. S. TRANQUILLI, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale: indagine comparata nell'Unione Europea e analisi del tentativo italiano* in *Il diritto dell'economia*, 2/2020, 425.

tempo gli economisti italiani più attenti, alcune zone strategiche per lo sviluppo del Mezzogiorno si sarebbero potute trasformare in *Territori a incremento rapido* (Tir) dove agevolare investimenti provenienti dall'esterno dell'area ma anche esistenti al suo interno[2]. Con un risultato di sviluppo quasi scontato. Almeno sulla base della constatazione che: in generale, le più di 4.000 *Zone economiche speciali* presenti in oltre 130 Paesi concentrati in Asia e nell'area del Pacifico, secondo le stime più attendibili, impiegavano oltre 68 milioni e mezzo di lavoratori diretti e producevano un valore aggiunto derivante dagli scambi superiore a 850 miliardi di dollari[3]; e, nello specifico, in due aree allocate nel Mediterraneo: il porto di Tàngeri in Marocco e la zona franca di Barcellona, si registravano rispettivamente la creazione di 60 mila nuovi posti di lavoro ed un incremento delle esportazioni per oltre 2,6 miliardi di euro e, nell'area catalana, la presenza stabile di oltre cento imprese con più di 6 mila occupati[4].

Nasce così in Italia, da queste premesse, il decreto-legge n. 91 del 20 giugno 2017 "Disposizioni urgenti per la crescita economica nel Mezzogiorno" (convertito nella legge n. 123 del 3 agosto 2017) con il quale si prevede la possibilità di istituire nelle Regioni meno sviluppate o in transizione (secondo quanto stabilito dalla normativa europea), e quindi nel Mezzogiorno, delle *Zone economiche speciali*.

2. *Le* Zes *quale modalità di intervento pubblico nell'economia riconducibile alla politica di coesione territoriale*

La decisione si inquadra, come è facile capire, in un tipo di intervento pubblico nell'economia che evoca immediatamente la politica di *coesione territoriale* di matrice comunitaria europea che, mancante al

[2] Cfr., in questo senso, P.M. Busetta, *Il coccodrillo si è affogato. Mezzogiorno: cronache di un fallimento annunciato e di una possibile rinascita*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli (CZ), 2018, 73. Dello stesso A., v., inoltre, *Il lupo e l'agnello. Dal mantra del Sud assistito all'operazione verità*, Rubbettino Editore, Soveria Mannelli (CZ), 2021.

[3] G. Rivetti, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico. Agevolazioni tributarie e semplificazioni amministrative* in *Riv. telematica Dir. Trib.*, 8 ottobre 2021.

[4] Vd. E. Incalza, *Concentrare interventi in "zone economiche davvero speciali"* in *Buonasera Sud* del 16 dicembre 2021, pag. 2. In verità, l'effettiva efficacia delle *Zes* quale strumento di sviluppo dell'economia di un territorio resta una quistione controversa almeno fra gli economisti che più ne hanno approfondito le caratteristiche: cfr. S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 430 nt. 22.

momento della nascita dell'Unione[5], successivamente ha fatto registrare via via una sua progressiva evoluzione verso la trasformazione in una delle due (con il *mercato*) "vie maestre" dell'Europa[6]. Com'è noto, infatti, dopo aver trascurato le politiche di riequilibrio territoriale lasciate alla competenza esclusiva dei governi nazionali che al più le perseguivano attraverso modalità incentivanti su base regionale[7], le Istituzioni europee -a partire dagli anni '70- hanno assunto un ruolo preminente nell'azione di contrasto alle disparità fra le diverse regioni ed hanno messo in campo una teoria di strumenti, sempre più efficienti, per evitare che il processo di integrazione economica, incentrato sul principio di liberalizzazione degli scambi e dei mercati oltre che sulla libera concorrenza, finisse per aggravare le già esistenti differenziazioni tra le varie realtà territoriali[8]. Abbandonando così progressivamente la scelta di affidare in via esclusiva alle competenze nazionali le politiche inerenti queste tematiche ed impegnandosi ad esercitare un ruolo sempre più incisivo nella gestione di tali mansioni al fine di promuovere la convergenza tra le diverse realtà territoriali[9].

Il provvedimento con il quale si afferma ufficialmente il valore di uno sviluppo equilibrato è l'Atto Unico Europeo[10] che tra le modifiche del Trattato CEE inserisce (nella Parte III del Titolo V, artt. 130 A – 130

[5] Nei Trattati istitutivi della Comunità Europea, firmati a Roma il 25 marzo 1957 ed entrati in vigore il 1° gennaio 1958, non si rinviene riferimento alcuno a strumenti in grado di superare gli squilibri territoriali e le disparità regionali che i Paesi costitutivi della CEE presentavano. In questo senso, C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori: il caso delle Zone Economiche Speciali come strumento di sviluppo locale* in *Federalismi.it*, 9/2021, 53.

[6] F. Tuccari, *Politiche europee di coesione territoriale e processi di unificazione amministrativa nazionale* in G. De Giorgi Cezzi, P.L. Portaluri (a cura di), *La coesione politico-territoriale*, University Press, Firenze, 2016, 59.

[7] M. D'Orsogna, *Verso una nuova "dimensione territoriale" delle politiche comunitarie di coesione economica e sociale* in S. Cimini, M. D'Orsogna (a cura di), *Le politiche comunitarie di coesione economica e sociale. Nuovi strumenti di sviluppo territoriale in un approccio multidimensionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, IX.

[8] Cfr. C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori*, *op. cit.*, 54 e ss. Sul punto, v., in generale, A.F. Di Sciascio, *Le politiche di coesione sociale tra amministrazione comunitaria e il sistema degli enti territoriali. Un'introduzione critica*, Giappichelli Editore, Torino, 2014, XVI.

[9] In questo senso, cfr. S. Cassese, *Dallo sviluppo alla coesione. Storia e disciplina vigente dell'intervento pubblico per le aree insufficientemente sviluppate* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2/2018, 579.

[10] Firmato a Lussemburgo il 17 febbraio 1986 e all'Aja il 28 febbraio 1986 ed entrato in vigore il 1° luglio 1987.

E) la coesione *economica e sociale*[11], "per ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite, comprese le zone rurali", anche se ancora omette la dimensione *territoriale* della nuova politica.

Successivamente, il Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992[12], attribuisce alla politica di coesione economica e sociale un ruolo di ancòra maggiore rilevanza, considerandola uno strumento fondamentale da appaiare alla "costituzione di uno spazio economico aperto e concorrenziale … a garanzia di uno sviluppo territorialmente equilibrato"[13]. La politica di coesione viene trasformata, insomma, in "un obiettivo trasversale ad altre competenze dell'Unione, quali, ad esempio, la politica sociale, agricola, dell'ambiente, dei trasporti, della concorrenza, che dovevano essere coordinate con la politica di coesione stessa salvaguardandone al contempo l'autonomia"[14], e diventa una politica *dinamica* capace di rappresentare un modello di sviluppo in grado di andare oltre il semplice trasferimento di risorse finanziarie[15].

Da qui l'ulteriore sviluppo, ad opera del Trattato di Amsterdam[16], della considerazione della coesione economica e sociale come politica *strategica* della nuova Unione Europea che si apprestava ad accogliere, oltre Cipro, i dieci Paesi dell'Est che ne avevano fatta richiesta[17]. E,

[11]11 Tra i molti contributi sul tema, v. R. Sapienza, *Brevi considerazioni sulla politica regionale comunitaria dopo l'Atto Unico Europeo* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4/1990, 997; A. Claroni, *Le politiche di sviluppo territoriale e la coesione economica e sociale,* ivi, 4/2000, dicembre, 1325; G. Giro, *La coesione economica e sociale nella Comunità europea* in *Affari sociali internazionali*, 4/1993, 55; J.A. Valle Gálvez, *La cohesion economica y social como objetivo de la Uniòn Europea. Analisis y perspectivas* in *Revista de Instituciones Europeas*, 2/1994, 341; C. Mestre, Y. Petit, *La cohésion économique et social après le Traité sur l'Union européenne* in *Revue trim. droit europ.*, 1995, 207; M. Marini (a cura di), *Le politiche di coesione territoriale,* Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2017; G. Viesti (a cura di), *Per l'industrializzazione del Mezzogiorno. Le trasformazioni recenti, il quadro nazionale e le esperienze internazionali*, Luiss Univ. Press, Roma, 2017.

[12] Ed entrato in vigore a partire dal 1° gennaio 1993.

[13] Così A. Claroni, *Le politiche di sviluppo territoriale e la coesione economica e sociale*, *op. cit*., 1328.

[14] C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori*, *op. cit.*, 59.

[15] Quasi negli stessi termini, L. Simonetti, *Dal riequilibrio alla coesione: l'evoluzione delle politiche territoriali dell'Unione europea,* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2-3/2006, 416.

[16] Firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° gennaio 1999.

[17] Si tratta, come si ricorderà, di Bulgaria, Estonia, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia, Slovenia, Ungheria.

finalmente, anche come inedita politica *territoriale* per realizzare uno sviluppo equilibrato in grado di rispondere alle sfide della globalizzazione e della competitività dei Paesi emergenti. In questa ultima direzione, significativo è l'inserimento nel testo normativo del Trattato del preciso riferimento (art. 158), tra le regioni svantaggiate ed in ritardo, a quelle insulari per evidenziare la necessità di configurare la politica comunitaria come sviluppo d'insieme dell'Unione capace di ridurre il divario esistente tra le regioni, anche di quelle meno favorite[18].

Ma il vero e proprio salto di qualità la politica di coesione europea lo compie a seguito dell'adozione del cd. Trattato di Lisbona[19] che, riproponendo molte delle scelte contenute all'interno del "Trattato che adotta la Costituzione per l'Europa"[20] e segnatamente l'obbiettivo fondamentale della coesione *territoriale*[21], "intende integrare e potenziare il significato della politica di coesione economica e sociale volta a garantire uno sviluppo più equilibrato dei territori, riducendo le disparità esistenti e rendendo più coerenti le politiche settoriali che hanno un impatto territoriale"[22]. In sostanza, conformando la politica di coesione come una entità *tripartita,* funzionale anche all'obbiettivo della riduzione degli

[18] M.C. Carta, *Coesione territoriale e principio di insularità nell'ordinamento dell'Unione europea* in *Studi sull'integrazione europea*, 3/2015, 599.

[19] Consistente nel Trattato sull'Unione Europea (TUE) e nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE), entrambi firmati a Lisbona il 13 dicembre 2007 ed entrati in vigore il 1° dicembre 2009.

[20] Il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* è stato il progetto di Costituzione europea redatto nel 2003 dalla Convenzione Europea e poi abbandonato nel 2007. In ordine ai suoi contenuti, v. A. Tizzano, *Prime note sul progetto di Costituzione europea* in *Diritto dell'Unione Europea*, 2-3/2002, 249; S. Cassese, *La Costituzione europea: elogio della precarietà* in *Quaderni costituzionali*, 3/2002, 469; F. Bassani, G. Tiberi (a cura di), *Una Costituzione per l'Europa. Dalla Convenzione europea alla Conferenza intergovernativa*, astrid-online.it, 2003; G. Di Plinio, *La Costituzione economica nel processo costituente europeo* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2003, 1780; A. Ruggeri, *Quale Costituzione per l'Europa* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2004, 150

[21] Titolo XVIII del TFUE "*Coesione economica, sociale e territoriale*", art. 174: "Per promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione, questa sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale. In particolare, l'Unione mira a ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni ed il ritardo delle regioni meno favorite. Tra le regioni interessate, un'attenzione particolare è rivolta alle zone rurali, alle zone interessate da transizione industriale e alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali le regioni più settentrionali con bassissima densità demografica e le regioni insulari, transfrontaliere e di montagna".

[22] C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 62.

squilibri e del ritardo di sviluppo tra i diversi territori regionali[23]. E ciò, naturalmente, nella consapevolezza che il valore territoriale aggiunto alla dimensione economica e sociale della coesione non può determinare rapporti gerarchici fra le tre componenti di quest'ultima ma anzi deve ingenerare tra di loro una relazione di complementarietà che le rafforzi reciprocamente senza frammentare settorialmente la politica di coesione dell'Unione europea[24].

Il che consente di affermare che la vera *mission* della coesione territoriale è di "fare della diversità territoriale un punto di forza", valorizzando le specificità dei vari territori nella ambiziosa prospettiva di assicurarne uno sviluppo equilibrato e sostenibile[25] capace di rendere più coerenti le politiche regionali con un generale incremento dell'integrazione territoriale e la promozione della cooperazione fra le regioni[26]. Obbiettivi, tutti questi, che definiscono il concetto di coesione territoriale per la sua dimensione *dinamica* di superamento della staticità delle figure soggettive e delle formule organizzative e lo propongono come *strategia* politica di affiancamento al ruolo del mercato e della concorrenza, avviati così a trovare direttrici di convergenza, se veramente si vogliono favorire processi di sviluppo locale.

Che in questa prospettiva europea devono (i processi di sviluppo locale) avere la capacità di superare i confini territoriali amministrativi delle costituite strutture politico-istituzionali come regioni, province o comuni[27] per impiantarsi in aree economiche autonome che condividono mezzi, risorse ed anche criticità[28].

[23] Cfr., in questo senso, P.L. Portaluri, *La coesione politico-territoriale: rapporti con l'Europa e coordinamento Stato-autonomie* in *federalismi.it*, 22/2016, 3. Più in generale, sul punto, v. C. Napolitano, *La coesione territoriale e il Comitato delle Regioni dell'Unione europea* in *federalismi.it*, 2/2017, 2.

[24] V. la Risoluzione del Parlamento europeo del 24 marzo 2009 in ordine al *Libro verde sulla coesione territoriale e lo stato della discussione sulla futura riforma della politica di coesione* (2008/2174 INI).

[25] Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato delle regioni e al Comitato economico e sociale europeo, COM (2008) 616, *Libro verde sulla coesione territoriale. Fare della diversità territoriale un punto di forza*. In ordine a questa argomentazione, v. C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 63.

[26] C. Napolitano, *La coesione territoriale e il Comitato delle Regioni dell'Unione europea*, *op. cit.*, 3.

[27] Cfr. A.G. Arabia, C. Desideri, *Le materie dello sviluppo economico alla prova del federalismo fiscale* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 3/2010, 950.

[28] C. Barbati, *Territori e interessi economici: le politiche dei luoghi per lo sviluppo locale* in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2/2009, 244.

Ma qui deve essere chiaro un punto: che il *territorio,* che insieme al *popolo* costituisce uno degli elementi fondamentali del concetto di Stato e di ogni ordinamento giuridico da esso discendente, non può continuare a indicare esclusivamente e nemmeno prevalentemente i *confini* entro i quali ognuna di queste istituzioni colloca la propria dimensione *potestativa*[29] ma, nella relazione che instaura con il popolo, deve aprirsi alla significazione di precisi *spazi* legati agli interessi di carattere storico, culturale ed economico-sociale. Riconoscendo come le relazioni di carattere economico si possano sviluppare con riferimento a qualsiasi area[30] e perseguono una logica di sviluppo che tende a tracimare i vincoli ed i confini[31] del territorio necessariamente ricompresi all'interno di ciascun ordinamento giuridico. Si rompe così il circuito tra territorio e politica e si crea uno spazio 'nuovo' proiettato esclusivamente agli interessi economici che vi si sviluppano[32] sulla base di programmi, piani, progetti, obbiettivi e temi specifici. Esattamente come ha inteso fare il 'decreto Mezzogiorno' (dl. 91/2017), sopra citato, con la istituzione delle *Zone economiche speciali* in Italia.

3. *I caratteri distintivi delle* Zes *come aree non necessariamente adiacenti ma legate da un nesso economico-funzionale e l'ordinamento normativo ed amministrativo per agevolarne le attività economiche*

Detto questo, veniamo allora a quanto stabilito dall'art. 4 del dl. 91/2017 (convertito nella l. 123/2017). In base ad esso, per *Zes* "si intende una zona geograficamente delimitata e chiaramente identificata, situata entro i confini dello Stato e costituita anche da aree non terri-

[29] V., circa questa tematica, C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 48.

[30] S. Ortino, *La struttura delle rivoluzioni economiche*, Cacucci, 2010.

[31] Per una analisi complessiva del tema dei confini, si v. S. Cassese, *Oltre lo Stato*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2006 e Id., *Territori e potere. Un nuovo ruolo per gli Stati*, il Mulino, Bologna, 2016. Inoltre, v. anche N. Irti, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2001; O. Spataro, *Le politiche per lo sviluppo tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli Editore, Torino, 2002; I. Ciulli, *Il territorio rappresentato*, Jovene Editore, Napoli, 2010; B. Caravita, G.M. Salerno, F. Fabrizi, S. Calzolaio, F. Grandi, *Mappe d'Italia. Alla ricerca della riorganizzazione territoriale tra funzioni, reti e servizi*, Universitas Mercatorum Press, Roma, 2018.

[32] Quindi queste aree assumono caratteri che superano il concetto tradizionale di territorio quale "elemento fondante del fenomeno giuridico" ed evidenziano l'inadeguatezza della nozione di "confini territoriali" a qualsiasi istituzioni essa sia applicata. Cfr. M.A. Cabiddu (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, Giappichelli Editore, Torino, 2014.

torialmente adiacenti purché presentino un nesso economico funzionale"[33]. Come è facile rilevare, insomma, il legislatore delimita in maniera innovativa, facendosi cioè guidare esclusivamente da una logica funzionale allo sviluppo economico del territorio, aree ben individuate "con la finalità di far emergere spazi intermedi in cui si sperimentano alleanze territoriali"[34] e si persegue direttamente la crescita economica dai territori[35]. Quindi, sostanzialmente, la selezione delle aree per l'istituzione di una *Zona economica speciale* non deve rispettare il principio della continuità territoriale ma deve dimostrare di essere frutto dell'esistenza di un nesso economicamente funzionale "tra aree produttive e snodi logistici (quali porti, retroporti, aeroporti), seppur geograficamente distanti"[36]. Circostanza, questa, che superando il condizionamento dei confini tradizionali configura un nuovo modello di intervento pubblico nell'economia e attribuisce a specifiche aree geografiche benefici ed agevolazioni per rilanciarne la crescita e lo sviluppo ed elevarle, come qualcuno ha scritto[37], a "luoghi di sperimentazione istituzionale".

E qui emerge, sempre dall'art. 4 del dl. 91/2017, l'altro requisito che ogni singola *Zona* deve possedere: "che comprenda almeno un'area portuale che presenti le caratteristiche stabilite dal regolamento (UE) n. 1315 dell'11 dicembre 2013 del Parlamento europeo e del Consiglio sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (TEN-T)". In modo tale da creare un collegamento organico delle Zes con la rete TEN-T e così integrare le *Zone Economiche Speciali* nel sistema dei corridoi di trasporto europeo la cui crescita costituisce un importante strumento anche per la strategia di rilancio dei porti e delle aree produttive del Mezzogiorno[38].

[33] Come detto, con il provvedimento si sarebbe dovuto dare solo alle regioni del Sud la possibilità di creare "zone fertili" per gli investimenti. Ma il regime favorevole previsto è stato parzialmente esteso anche alle restanti regioni italiane dalla legge 27 dicembre 2017 n. 205 (legge di bilancio 2018). In proposito, v. S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 429.

[34] A. Bonomi, *Spazio istituzionale e spazio economico nel capitalismo del territorio italiano* in *Italianieuropei*, 4/2012, 118.

[35] Cfr. C. Pinelli, *Lo sviluppo dell'economia territoriale attraverso la cultura e il turismo e il coordinamento dei pubblici poteri* in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4/2013, 777.

[36] C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 70.

[37] M. D'Amico, *Le Zone Economiche Speciali: una straordinaria opportunità per il rilancio dell'economia in Italia* in *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, 4/2016, 590.

[38] In questo senso, v. la deliberazione della Corte dei Conti – Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato (del 18 luglio 2022 n.

Delineato così il figurino strategico-territoriale che le *Zes* devono assumere, per l'esercizio delle attività economiche ed imprenditoriali delle aziende già in esse (*Zone*) operative e di quelle che vi si insedierebbero appositamente, è il regime di speciali condizioni loro riconosciute -in relazione alla natura incrementale degli investimenti e delle attività di sviluppo della singola impresa- quello che le caratterizza e che consiste in un ordinamento normativo ed amministrativo differenziato che si discosta parzialmente o totalmente da quello ordinario ed è finalizzato ad incentivare e agevolare attività e operazioni, non solo economiche, che si svolgono al loro interno[39].

Per avere contezza della tipologia di agevolazioni previste in queste aree, basta scorrere l'art. 5 del dl. 91/2017. Vi è prevista una più celere definizione dei procedimenti amministrativi con la riduzione di un terzo dei termini di cui: agli artt. 2 e 19 della legge 241/1990; al decreto legislativo 152/2006 in materia di valutazione d'impatto ambientale (*Via*), di valutazione ambientale strategica (*Vas*) e di autorizzazione integrata ambientale (*Aia*); al regolamento di cui al decreto del presidente della Repubblica 59/2013 in materia di autorizzazione unica ambientale (*Aua*); al codice di cui al decreto legislativo 42/2004 e al regolamento di cui al decreto del presidente della Repubblica 31/2017 in materia di autorizzazione paesaggistica; al testo unico di cui al decreto del presidente della Repubblica 380/2001 in materia di edilizia; alla legge 84/1994 in materia di concessioni demaniali portuali. Ed inoltre è stabilito che i termini delle eventuali autorizzazioni, licenze, permessi, concessioni o nulla osta la cui adozione richiede l'acquisizione di pareri, intese, concerti o altri atti di assenso di più amministrazioni, adottati ai sensi dell'art. 14-*bis* della legge 241/1990, siano ridotti, nell'ambito del procedimento dell'*autorizzazione unica* introdotta dal successivo art. 5-*bis* del dl. 91/2017, della metà come altresì della metà sono ridotti i termini dell'art. 17-*bis* della

46/2022/G), *Investimenti infrastrutturali per le Zone Economiche Speciali (Zes)*, 16. In generale, sul ruolo che la portualità e le *Zone Economiche Speciali* possono svolgere nei processi di sviluppo, v. E. Forte, *Logistica economica, portualità e Zone Economiche Speciali per lo sviluppo del Mezzogiorno* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4/2017, 969 ed il volume a cura di A. Berlinguer, *Porti, retroporti e Zone Economiche Speciali*, Giappichelli Editore, Torino, 2018, nel quale opportunamente si sottolinea il ruolo fondamentale nei traffici marittimi mondiali che attualmente giocano gli efficientissimi porti del Nord Europa e del Nord Africa.

[39] S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 431. Sul punto, per tutti, v. inoltre D. Miotti, *Zone Economiche Speciali per accelerare i processi di sviluppo delle Regioni del Sud appartenenti all'area della convergenza e non solo di quelle* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4/2017, 1001.

legge sul procedimento amministrativo[40]. Naturalmente, tutti questi termini per il rilascio di autorizzazioni, approvazioni, intese, concerti, pareri e quant'altro da parte degli enti locali, regionali e delle amministrazioni centrali sono da considerare *perentori*. Per cui, decorsi inutilmente tali termini, i relativi atti sono da intendere in senso favorevole.

A queste facilitazioni è poi da aggiungere che, presso ogni sede del commissario straordinario, è istituito uno sportello unico *digitale*, anche in lingua inglese ed operativo secondo i migliori *standard* tecnologici, presso il quale gli imprenditori interessati ad iniziare una nuova attività condizionata all'autorizzazione unica presentano il proprio progetto.

Ulteriori misure agevolative sono, inoltre, com'è naturale, di natura tributaria, fiscale, doganale[41]. È previsto che, in relazione agli investimenti effettuati nelle *Zes*, venga riconosciuto il credito d'imposta commisurandolo alla quota del costo complessivo dei beni acquisiti entro il 31 dicembre 2022 nel limite massimo, per ciascun progetto di investimento, di 100 milioni di euro con l'estensione all'acquisto di terreni e all'acquisizione e realizzazione ovvero all'ampliamento di immobili strumentali agli investimenti[42]. Così come, per rafforzare la capacità produttiva delle Zone Economiche Speciali, è stata prevista all'interno di queste ultime la possibilità di istituire "zone franche doganali", ai sensi del regolamento (UE) 925/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 9 ottobre 2013, nelle quali dare la possibilità alle imprese di sospendere l'Iva e i dazi per le merci stoccate.

Sul piano dei finanziamenti, poi, con il decreto-legge n. 34 del 30 aprile 2019 "Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di

[40] Su questo catalogo di semplificazioni, integrato dal dl. 135/2018 "Semplificazioni amministrative per le zone economiche speciali", convertito nella legge 12/2019, e dalla legislazione di dettaglio predisposta dalle Regioni, v. C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori*, *op. cit.*, 75-76 e, in generale, P.M. Vipiana, M. Timo, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2020, 183; E. Manti, *Zone Economiche Speciali. Settori di intervento, aree produttive e poli logistici per una politica industriale nel Mezzogiorno* in *Rivista economica del Mezzogiorno*, 3-4/2019, 921; S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 450.

[41] G. Rivetti, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico*, *op. cit.*, 2; P. Barabino, *Le zone franche nel diritto tributario*, Giappichelli Editore, Torino, 2020; A.F. Uricchio, *Zone economiche speciali e fiscalità portuale tra incentivi fiscali e modelli di prelievo* in A. Berlinguer (a cura di), *op. cit.*, 75.

[42] Come è facile intuire, il credito d'imposta, per le imprese interessate ad operare in queste aree speciali, resta sempre la misura più importante ed attrattiva. In questo senso, v. anche G. Rivetti, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico*, *op. cit.*, 3.

specifiche situazioni di crisi" (convertito nella legge n. 58 del 28 giugno 2019), è stato previsto lo stanziamento di 300 milioni di euro, a valere sul fondo "Sviluppo e Coesione" negli anni 2019-2020-2021, per rendere maggiormente attrattivi gli investimenti in queste *Zes* che, a tal fine, potrebbero operare attraverso un apposito strumento finanziario diretto in forma di debito o di capitale di rischio[43]. A questa cifra si deve inoltre aggiungere la somma complessiva di 250 milioni di euro a valere sempre sul Fondo "Sviluppo e Coesione" della programmazione 2021-2027, ripartita in 50 milioni per il 2022 e 100 milioni per ciascuno degli anni 2023 e 2024. Ed il "Piano Sud 2030" che, tra le cinque missioni su cui concentrare i finanziamenti, prevede la politica per "un Sud aperto al mondo del Mediterraneo con la finalità di rafforzare la vocazione internazionale dell'economia e delle società meridionali e adottare l'opzione strategica mediterranea, anche mediante il rafforzamento delle *Zes* e i programmi di cooperazione allo sviluppo"[44].

Infine, con riguardo alle procedure istitutive, le proposte per la creazione di una *Zes* sono presentate, corredate da un "piano di sviluppo strategico"[45], dalle Regioni meno sviluppate e in transizione, così come individuate dalla normativa europea[46], e la loro durata non dovrà essere inferiore a sette anni e superiore a quattordici, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori sette anni, sempre su richiesta delle regioni interessate[47].

[43] Circa il cd. "decreto crescita", v., oltre C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori*, *op. cit.*, 77, S. Screpanti, *Il "decreto crescita" e l'intervento pubblico a sostegno degli investimenti* in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1/2020, 48.

[44] Ministro per il Sud e la Coesione territoriale, *Piano Sud 2030. Sviluppo e coesione per l'Italia*, Roma, febbraio 2020.

[45] Che deve contenere: "a) la documentazione di identificazione delle aree individuate con l'indicazione delle porzioni di territorio interessate…; b) l'elenco delle infrastrutture già esistenti…; c) un'analisi dell'impatto sociale ed economico atteso dall'istituzione della Zes; d) una relazione illustrativa del Piano di Sviluppo Strategico, corredata da dati ed elementi che identificano le tipologie di attività che si intendono promuovere all'interno delle Zes…" (art. 6 del dpcm., 12/2018, "*Regolamento recante istituzione di Zone Economiche Speciali*").

[46] In base alla quale, in Italia le Regioni "meno sviluppate" (con il Pil *pro capite* inferiore al 75% della media europea) sono la Basilicata, la Calabria, la Campania, la Puglia e la Sicilia, mentre quelle "in transizione" (con Pil *pro capite* tra il 75% e il 90% della media europea) sono l'Abruzzo, il Molise e la Sardegna.

[47] Naturalmente, tutto ciò affinché le imprese beneficiarie garantiscano per un congruo lasso di tempo la conservazione dei posti di lavoro creati nelle Zes. Per questo, inoltre, sono escluse dai benefici le imprese in stato di liquidazione o di scioglimento: G Rivetti, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico*, *op. cit.*, 3.

Per quanto riguarda, invece, la verifica ed il monitoraggio degli interventi nelle *Zone Economiche Speciali* è istituita, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, la cabina di regia delle *Zes* che è presieduta dal Ministro per il Sud e composta dal Ministro per gli affari regionali e le autonomie, dal Ministro per la pubblica amministrazione, dal Ministro dell'economia e delle finanze, dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, dal Ministro dello sviluppo economico, dai presidenti delle Regioni e delle province autonome e dai presidenti dei Comitati di indirizzo delle *Zes* istituite.

Sulla base di questo modello, le *Zes,* finora istituite nel Mezzogiorno, sono 8: la Zes Campania; la Zes Calabria; la Zes Ionica (interregionale tra Puglia e Basilicata); la Zes Adriatica (interregionale tra Puglia e Molise); la Zes Sicilia occidentale; la Zes Sicilia orientale; la Zes Abruzzo; la Zes Sardegna. Esse, secondo l'obbiettivo della loro istituzione, dovrebbero finalmente dare soluzione al problema del ritardo di sviluppo che i territori interessati presentano rispetto alle aree del Nord del Paese, rendendo più efficaci le politiche che hanno maggiore impatto territoriale e riducendo, finalmente, le disparità esistenti[48].

4. *L'incerta architettura normativa e le continue innovazioni legislative circa i profili fondamentali delle* Zes

Solo che, rispetto a questa disciplina, da subito, è emerso un problema. Che la delineata architettura normativa non fosse per nulla il frutto consolidato di una impostazione "teorica unitaria"[49] ma il risultato di

[48] In ordine a questa tematica, si v.no tra i molti M. D'Amico, *Le Zone Economiche Speciali: una straordinaria opportunità per il rilancio dell'economia in Italia* in *Diritto comunitario e degli Scambi Internazionali*, 4/2016, 577; P. Casavola, *Le politiche per il Mezzogiorno* in *Enc. Giur. Treccani*, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma, 2015; E. Caterina, E. Jorio, *Le Zone Economiche Speciali, un'occasione unica per il Sud* in *astrid-online.it*, 11/2017, 5; E. Forte, *Logistica economica, portualità e Zone Economiche Speciali per lo sviluppo del Mezzogiorno* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4/2017, 969; D. Miotti, *Zone Economiche Speciali per accelerare i processi di sviluppo delle Regioni del Sud appartenenti all'area della convergenza e non solo di quelle*, ivi, 1001; C. Golino, *L'intervento pubblico per lo sviluppo economico delle aree depresse tra mercato e solidarietà*, Giappichelli Editore, Torino, 2018; U. Patroni Griffi, *I porti e le zone economiche speciali* in *Gazzetta forense*, 2018, 5; M. Nunnari, *Lo stivale spezzato. Superare la frattura Nord-Sud*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo (Mi), 2022.

[49] C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 70. Nello stesso senso, cfr. anche F. Bost, *Special Economic Zones: methodological sister and definition* in *Transnational Corporations Journal*, 2/2019, 141 e G. Rivetti, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico, op.*

un legislatore compulsivo afflitto da tendenza ipertrofica e quindi, in ultima analisi, come è stato scritto, caratterizzato da "disorientamento ermeneutico"[50]. Basti pensare alle continue innovazioni legislative su temi fondamentali come la *governance*, i procedimenti amministrativi, le agevolazioni tributarie ed anche alla superficialità della disciplina normativa di altre quistioni come il piano strategico, la perimetrazione dell'area territoriale individuata, la funzionalità dei trasporti e delle altre infrastrutture logistiche.

Ed infatti, la normativa sulle *Zone Economiche Speciali*, prima ancora di essere attuata, è stata fatta subito oggetto di riforma da parte del decreto-legge n. 77 del 31 maggio 2021 (convertito nella legge n. 108 del 29 luglio 2021) che ha raddoppiato il limite massimo del credito di imposta[51] ed ha inserito, nel testo originario del decreto-legge 91/2017, l'art. 5 *bis* per semplificare il sistema di *governance* delle Zes e facilitare la cantierabilità degli interventi, nonché l'insediamento di nuove imprese. Con maggiore precisione la riforma del decreto-legge 77/2021: 1) ha esteso il credito di imposta per gli investimenti delle imprese nel Mezzogiorno, previsto dai commi da 98 a 107 dell'art. 1 della legge n. 208 del 28 dicembre 2015 (legge di bilancio per il 2016), agli investimenti effettuati dalle imprese nelle *Zes* nel limite massimo, per ciascun progetto di investimento, di 100 milioni di euro, calcolati sul costo complessivo dei beni strumentali acquisiti entro il 31 dicembre 2022[52]; 2) ha previsto un nuovo procedimento di autorizzazione unica che sostituisce tutte le precedenti autorizzazioni, concessioni, pareri, *etc.*, mantenendo il rispetto delle normative in materia di valutazione di impatto ambientale e stabilendo che, all'occorrenza, l'autorizzazione può costituire variante agli strumenti urbanistici e di pianificazione territoriale, ad eccezione del Piano paesaggistico regionale. Riguardo all'autorizzazione unica, inoltre, va precisato che essa è rilasciata dal Commissario, come conclusione di una apposita conferenza di servizi alla quale partecipano tutte le amministrazioni interessate, ed i termini per il suo riconoscimento, rispetto a quelli precedentemente previsti, sono dimezzati e resi *perentori*: con la conseguenza che, trascorso il lasso temporale previsto, gli atti si intendo-

cit., 2, il quale così scrive: "Le continue innovazioni legislative su aspetti non marginali come la governance, i procedimenti e le agevolazioni, ci consegnano un legislatore afflitto da ipertrofia normativa".

[50] G. Rivetti, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico*, *op. e loc. ult. cit.*.

[51] Chiaramente alla ricerca di aumentare l'interesse per i possibili investitori.

[52] Cfr. l'art. 57, comma 1 lett. b, punto 4 del dl. 77/2021.

no resi in senso favorevole[53]. Per il resto, la riforma non ha modificato le condizioni che le imprese beneficiarie devono rispettare al fine di mantenere le agevolazioni. A cominciare dall'obbligo della conservazione delle loro attività nell'area delle *Zes* per almeno sette anni dopo il completamento dell'investimento oggetto delle agevolazioni, pena la revoca e la restituzione del credito d'imposta di cui hanno beneficiato.

A questi cambiamenti sono poi da aggiungere, ulteriormente, le ampie modifiche previste dalla riforma del *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* (PNRR) in ordine alla "semplificazione delle procedure e (al) rafforzamento del ruolo del Commissario nelle Zone Economiche Speciali" per rendere più fluido il sistema di *governance* delle *Zes*, ricondotto nella titolarità del Ministero per il Sud e la Coesione territoriale e rafforzato nei poteri del Commissario, reso il principale interlocutore degli attori economici interessati ad investire all'interno del territorio delle *Zes* ed il titolare dell'autorizzazione unica che conclude la procedura semplificata per l'insediamento dei progetti industriali[54]. In particolare, 1) sono state cambiate le procedure per la nomina del Commissario straordinario che avverrà con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri su proposta del Ministro per il Sud e la Coesione territoriale, d'intesa con il Presidente della Regione interessata; 2) è stato deciso che l'Agenzia per la Coesione Territoriale supporti l'attività dei Commissari e garantisca, sulla base degli indirizzi della cabina di regia delle *Zes* (*ex* art. 5 comma 1, lettera a-quater del dl. 91/2017), il coordinamento della loro azione nonché la pianificazione nazionale degli interventi, per mezzo del proprio personale amministrativo e tecnico a ciò specificamente preposto con le risorse disponibili secondo la legislazione vigente[55]; 3) si è incaricato il Commissario straordinario delle funzioni di stazione appaltante fino al 31 dicembre 2026, dotandolo di poteri straordinari in deroga alle disposizioni normative in materia di contratti pubblici ai fini della tempestiva realizzazione degli interventi previsti nel PNRR

[53] V., in questo senso, la deliberazione della Corte dei Conti – Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato (del 18 luglio 2022, n. 46/2022/G), *Investimenti infrastrutturali per le Zone Economiche Speciali (Zes)*, cit., 15-16.

[54] La riforma ha trovato attuazione, seppure in parte, con l'art. 57 del citato dl. 31 maggio 2021 n.77, "*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure", convertito con modificazioni nella l. 29 luglio 2021 n. 108.

[55] Inoltre, il Commissario straordinario può avvalersi delle strutture delle amministrazioni centrali o territoriali e di società controllate dallo Stato o dalla Regione interessata.

in materia di infrastrutturazione delle *Zes*[56]; 4) si sono obbligate le Regioni ad adeguare la propria programmazione dei fondi strutturali alle esigenze di funzionamento e sviluppo delle *Zes* concordando le relative linee strategiche con il Commissario e garantendo la massima convergenza delle risorse materiali e strumentali per la piena realizzazione del piano strategico di sviluppo; 5) si è previsto che, nell'ambito del procedimento di cui all'art. 5 *bis* del dl. 91/2017, i termini per il rilascio delle eventuali autorizzazioni, licenze, permessi, concessioni, nulla osta la cui adozione richiede l'acquisizione di pareri, intese, concerti o altri atti di assenso, di competenza di diverse amministrazioni (ai sensi della legge n. 241 del 7 agosto 1990), siano ridotti della metà. Si è inoltre prescritto che questi termini stabiliti per il rilascio di tutti questi atti amministrativi (autorizzazioni, approvazioni, intese, concerti, pareri, concessioni, accertamenti, conformità alle prescrizioni dei piani urbanistici ed edilizi, nulla osta ed atti di assenso degli enti locali e regionali, delle amministrazioni centrali nonché di ogni altro ente o agenzia competente) siano da considerare *perentori* e che, decorsi inutilmente, i provvedimenti cui si riferiscono siano da valutare in senso positivo, secondo il principio del silenzio-assenso.

Come se tutto ciò non bastasse, ulteriori cambiamenti sono stati introdotti dall'art. 11 del decreto-legge n. 152 del 6 novembre 2021 "Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose" (convertito con modificazioni nella legge n. 233 del 29 dicembre 2021). In poche parole, le novità introdotte da questo ulteriore intervento normativo si possono riassumere nei seguenti tre punti: 1) il Commissario viene dotato di una propria struttura composta da 10 unità di personale e può disporre anche della collaborazione dell'Agenzia per la Coesione territoriale attraverso la disponibilità in numero adeguato di personale tecnico ed amministrativo. L'Agenzia coordina l'azione dei Commissari ed ha la responsabilità della pianificazione nazionale degli interventi delle *Zes*; 2) viene istituito lo Sportello unico digitale presso il quale gli interessati ad avviare una nuova attività soggetta all'autorizzazione unica presentano i loro progetti. Se lo Sportello unico non è ancora operativo le domande per ottenere l'autorizzazione unica possono essere presentate allo Sportello unico per le attività produttive (SUAP) competente per il territorio della *Zes* interessata; 3) i termini per la celebrazione

[56] Per l'esercizio di queste funzioni il Commissario straordinario può provvedere anche a mezzo di ordinanze.

della Conferenza di servizi all'esito della quale viene rilasciata l'autorizzazione unica sono dimezzati rispetto a quelli attualmente vigenti e trasformati in perentori: con il risultato che, trascorso il tempo previsto, l'esito si intende in senso favorevole.

Infine, con il decreto-legge n. 36 del 30 aprile 2022 "Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza" (convertito con modificazioni nella legge n. 79 del 29 giugno 2022), si preannuncia che entro sessanta giorni dalla data della sua entrata in vigore sarebbero state disciplinate *nello specifico*, su proposta del Ministro per il Sud e la Coesione territoriale, le procedure di istituzione delle *Zone Economiche Speciali* (Zes), le modalità di funzionamento e di organizzazione nonché le condizioni per l'applicazione delle misure di semplificazione. Precisando che ai loro oneri si sarebbe provveduto mediante corrispondente riduzione delle risorse del Fondo per lo Sviluppo e la Coesione, programmazione 2021-2027[57].

5. *La genericità dei Piani strategici di sviluppo privi di una chiara opzione in ordine alla specializzazione di ogni singola* Zes

E qui alla quistione normativo-regolativa si aggiunge quella economico-finanziaria che vede assegnate alle *Zone Economiche Speciali* del Sud un importo di 630 milioni di euro per impieghi infrastrutturali volti ad assicurare un adeguato sviluppo dei collegamenti di queste aree con la rete nazionale dei trasporti, in particolare con la rete TransEuropea (TEN-T), al fine di renderne efficace l'attuazione[58]. È un investimento estremamente importante, finanziato per 600 milioni dal Fondo per lo Sviluppo e la Coesione che il Governo ha agganciato alle risorse europee nell'ambito del PNRR e per i restanti 30 milioni ha collegato a nuovi progetti[59]. Sulla base di una ripartizione che, con il decreto MIMS –

[57] Per sostenere maggiormente gli investimenti all'interno delle *Zes*, viene altresì introdotta in queste aree una specifica forma di *contratti di sviluppo* i cui settori tematici ed indirizzi operativi saranno definiti dal Ministero dello Sviluppo economico d'intesa con il ministro per il Sud e la Coesione territoriale.

[58] In ordine a questa quistione, cfr. anche M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, 143; S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 444. Naturalmente, l'atto di riferimento è il PON *Infrastrutture e Reti 2014-2020*, approvato dalla Commissione Europea con Decisione C(2015)5451 del 29 luglio 2015.

[59] Cfr. il d.m. MEF "Assegnazione delle risorse finanziarie previste per l'attuazione degli interventi del Piano Nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) e s.m.i." del 6 agosto 2021

Ministero per il Sud n. 492/2021, vede queste risorse assegnate, nella misura di circa 329 milioni di euro, per territorio regionale e per soggetti attuatori che vengono individuati in ANAS, RFI ed Autorità di sistema portuale territorialmente competenti e, nella misura di circa 301 milioni di euro, tra i Commissari straordinari di ciascuna *Zes*. A queste complessive disponibilità si devono, poi, aggiungere 1,2 miliardi di euro che il PNRR destina agli interventi riguardanti i principali porti del Mezzogiorno ma che funzionalmente sono indirizzati a fertilizzare tutta l'area meridionale e quindi ad efficientare le stesse *Zone Economiche Speciali* [60].

Detto questo, un breve cenno ai contenuti particolari dei *Piani Strategici di Sviluppo* delle singole *Zes* per sottolineare le principali tipologie di progetti infrastrutturali previsti. Essi riguardano: 1) i collegamenti ccdd. di "ultimo miglio" per la realizzazione di efficaci connessioni, principalmente ferroviarie, tra le aree industriali e le reti SNIT e TEN-T che consentirebbero ai distretti produttivi un abbattimento dei tempi e dei costi nella logistica e a migliorare il livello di digitalizzazione ed efficienza energetica nelle aree retroportuali e nelle aree industriali[61]; 2) le urbanizzazioni primarie che, nelle varie aree produttive, i tavoli regionali con operatori economici pronti ad investire richiedono (secondo la dotazione infrastrutturale prevista, ad esempio, nei piani regolatori comunali o in quelli paesaggistici regionali o quant'altro) come condizione indispensabile per il loro impegno imprenditoriale[62]; 3) le reti di trasporto "resilienti" che comunque reclamano interventi locali finalizzati a rafforzare il livello di sicurezza delle vecchie opere riguardanti l'accesso alle principali strutture portuali, aeroportuali o delle aree produttive[63].

Naturalmente, l'aspetto infrastrutturale è solo uno dei fattori di competitività delle *Zes*. Esse devono pure dimostrare la loro capacità di fornire soluzioni alle criticità del tessuto produttivo dei territori sui quali insistono. E, a tal proposito, bisogna sottolineare che poiché le

[60] Deliberazione della Corte dei Conti – Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato (del 18 luglio 2022, n. 46/2022/G), *op. cit.*, 25.

[61] Cfr., sostanzialmente, in questo senso, S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 445-446, la quale sottolinea peraltro che i "collegamenti di 'ultimo miglio' con porti ed aeroporti … richied(ono) una realizzazione che ha come termine il 2030".

[62] Pressoché negli stessi termini, la deliberazione della Corte dei Conti – Sezione centrale di controllo sulle gestione delle amministrazioni dello Stato (del 18 luglio 2022, n. 46/2022/G), *op. cit.*, 25-26.

[63] Si tratta, in sostanza, dell' ammodernamento dei vecchi sistemi di collegamento alle strutture portuali, aeroportuali e di altre aree operative secondo le regole delle nuove normative tecniche.

analisi propedeutiche alla loro istituzione spesso si sono limitate ad una rappresentazione dell'economia territoriale esistente senza approfondirne vincoli o elementi propulsivi dello sviluppo esse hanno pregiudicato il loro potenziale contributo allo sviluppo economico che, privo di una chiara idea dei settori trainanti, difficilmente potrà trovare le condizioni del successo[64]. Senza una chiara strategia di specializzazione delle singole *Zes*, infatti, il rischio di una sovrapposizione tra le stesse non solo si fa concreto ma, addirittura, inevitabile[65]. Precludendo loro di esercitare quella che dovrebbe essere la funzione propria: di instradare le dinamiche di mercato verso gli obbiettivi di programmazione, e così relegando le *Zes* al ruolo di ulteriori enti di mera *regolazione*[66].

Insomma, le *Zone Economiche Speciali* finirebbero per configurarsi, nella loro prospettiva attuale, come una sorta di oasi, "vale a dire come aree attrattive e dinamiche ma in fin dei conti chiuse"[67], slegate dai più vivaci processi di sviluppo dei loro territori di riferimento ed estranee alle vocazioni produttive proprie del Mezzogiorno. Non solo. Ma, se guardate alla luce della sequenza delle risorse assegnate alle varie aree assemblate, le *Zes* si qualificherebbero come la sede del trionfo del *clientelismo* politico al pari di quanto molto spesso è avvenuto con l'elencazione delle opere inserite nei Programmi Operativi Regionali (POR) dei Fondi di Sviluppo e Coesione! E tutto ciò a fronte di un obbiettivo delle *Zes* mirato essenzialmente al rilancio produttivo di determinati ambiti geografici che richiede il rispetto di almeno due condizioni: 1) opere organiche con misurabili ritorni di investimento; e 2) coperture finanziarie complete e non semplice avvio di lotti parziali[68].

[64] A tal proposito, scrive puntualmente S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale, op. cit.*, 449: "Ai fini della concreta localizzazione delle aree in cui istituire una Zes regionale o interregionale si pongono … diverse questioni tra cui *(i)* il rischio di sperequazione territoriale; *(ii)* la regolazione della concorrenza tra gli operatori già presenti nell'area scelta per la localizzazione della Zes e quelli fuori dall'area; *(iii)* il rischio della speculazione immobiliare; *(iv)* la regolazione dell'intensità degli insediamenti industriali nelle aree Zes e limitrofe; *(v)* l'eventuale coordinamento con la pianificazione portuale.".

[65] Seppure meno reciso, nello stesso senso J. Signorile, *Le Zes nelle politiche di sviluppo economico del Mezzogiorno* in *Buonasera Sud* del 10 febbraio 2022, III, il quale afferma altresì che "le Zone Economiche Speciali sono state create dal punto di vista amministrativo ma devono ancora dimostrare la capacità di fornire soluzioni alle criticità del tessuto produttivo di ogni singolo territorio nel quale insistono".

[66] J. Signorile, *Le Zes nelle politiche di sviluppo economico del Mezzogiorno*, *op. cit.*, III.

[67] E. Incalza, *Concentrare interventi in "zone economiche davvero speciali", op. cit.*

[68] Quasi testualmente E. Incalza, *Concentrare interventi in "zone economiche davvero*

Riprenderò queste considerazioni valutative dell'esperienza in atto delle *Zes* nella parte conclusiva di questo discorso. Prima vorrei, però, svolgere qualche ulteriore considerazione su quelli che sono i punti fondamentali della fisionomia di questa "*istituzione nascente*"[69] per cercare di capirne la sua adeguatezza al fine per cui è stata configurata.

6. *Il giudizio complessivamente negativo in ordine alla* performance *delle Zes quali efficaci acceleratori economici capaci di attrarre investimenti soprattutto esteri*

Partendo da questo obbiettivo, è opportuno, allora, ricordare subito che qui siamo, come già cennato, in presenza di una nuova modalità di intervento nell'economia da parte dei pubblici poteri nazionali per determinare lo sviluppo di un territorio delimitato dove si possano sperimentare alleanze a partire da un nesso economico-funzionale tra aree produttive e snodi logistici[70]. Attraverso le *Zone Economiche Speciali*, in altri termini, il legislatore utilizza un'area ben definita al fine di far emergere spazi intermedi in cui si intrecciano alleanze territoriali[71] e si persegue la crescita economica direttamente dai territori[72]. Così, con il cd. Decreto Mezzogiorno, il nostro Paese ha dato alle regioni del Sud la possibilità di creare zone speciali per gli investimenti -caratterizzate da un regime economico, finanziario, doganale e amministrativo partico-

speciali", *op. e loc. cit.*, il quale conclude poi che "la finalità produttiva e la dimensione organica della proposta dovrebbero essere forse di competenza del Ministero dello Sviluppo Economico".

[69] In realtà non si tratterebbe di una *istituzione* ma di una *strategia* che è un concetto ben diverso e a differenza del primo indica una regolazione ed un coordinamento di varie attività in vista di uno scopo finale e quindi una funzione non statica ma dinamica, capace realmente di liberare da quella "gratuita soddisfazione dell'organo politico nella elencazione delle risorse ricevute" e di alimentare lo sviluppo socio-economico di un territorio. Come già detto, parlano, invece, di "sperimentazione istituzionale" M. D'Amico, *Le Zone Economiche Speciali: una straordinaria opportunità per il rilancio dell'economia in Italia*, cit., 590 e C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 70.

[70] In questo senso, v. C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 69.

[71] Cfr. A. Bonomi, *Spazio istituzionale e spazio economico nel capitalismo del territorio italiano* in *Italianieuropei*, 4/2012, 118.

[72] C. Pinelli, *Lo sviluppo dell'economia territoriale attraverso la cultura e il turismo e il coordinamento dei pubblici poteri* in *Istituzioni del Federalismo*, 3-4/2013, 777.

lare- da collegare con i principali porti meridionali[73] per incentivare lo sviluppo dei propri territori in crisi perché caratterizzati da *deficit* infrastrutturale, inefficienza burocratica, mancanza di sicurezza e quant'altri disincentivi agli investimenti si possono immaginare[74]. Le *Zone Economiche Speciali* -alle quali subito dopo, per le forti pressioni politiche, sono state aggiunte nelle regioni del Nord Italia, a seguito dell'art. 1 commi 61/65 della legge di bilancio 2018 (legge 27 dicembre 2017 n. 205), le *Zone Logistiche Semplificate* (Zls)[75] – si sarebbero così dovute misurare come efficaci acceleratori economici capaci di attrarre investimenti necessari a sostenere i vari settori strategici individuati per lo sviluppo della loro economia e, soprattutto, dell'occupazione[76].

A tal proposito, però, il giudizio circa la loro *performance* resta complessivamente negativo o, quanto meno, controverso[77], condizionato

[73] La decisione di ancorare le *Zes* alle realtà portuali ha radici lontane e si collega all'esperienza non molto fortunata dei "punti" e "porti" franchi iniziata a Trieste con l'istituzione nel 1891 del primo regime doganale franco. Nel 1940 con la legge n. 1424 veniva autorizzata in Italia, in via generale, la realizzazione di zone portuali franche all'interno dei porti delle principali città marittime del regno e, sulla base del rinvio operato dall'art. 2 della suddetta legge, adottata una serie di provvedimenti legislativi che istituivano "punti franchi" nei maggiori porti italiani ma che sarebbero rimasti quasi tutti inattuati. Cfr., in questo senso, S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 445 e nt. 80 e, più in generale, L. Piscitelli, *Punti franchi* in *Enc. del* Dir., Giuffrè, Milano, XXXVII, 1988, 1145; A. De Cicco, *"Zone franche" e "depositi franchi"* in *Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, Utet, Torino, (Aggiornamento*****) 2009, 726; A. Berlinguer (a cura di), *op. cit.*; P. Barabino, *Le zone franche nel diritto tributario*, *op. cit.*.

[74] A. Lepore, P. Spirito, *Le Zone Economiche Speciali: una leva di politica industriale per lo sviluppo manifatturiero e logistico del Mezzogiorno* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4/2017, 855; P. Marzano, *L'istituzione delle zone economiche speciali. Una prima analisi delle norme di attuazione*, ivi, 1/2018, 133.

[75] Che al pari delle *Zes* sono delle aree geografiche di dimensioni limitate all'interno delle quali, per le aziende in esse stabilite o per quelle che decidono di insediarvisi, è possibile godere delle stesse particolari agevolazioni e incentivi delle prime.

[76] Per capire quali siano le esigenze del Mezzogiorno bisogna avere chiaro che si tratta di un'area che con 21 milioni di abitanti deve, per completare il suo processo di sviluppo, avere un saldo occupazionale di almeno 3 milioni di posti di lavoro. Cfr., in questo senso, P.M. Busetta, *Il coccodrillo si è affogato*, op. cit., 109, il quale, subito dopo, aggiunge che "tutto questo è possibile solo se il Mezzogiorno riesce a diventare centrale nella politica di un nuovo Governo, che abbia azioni conseguenti rispetto all'idea che senza il Mezzogiorno il Paese non cresce" (111).

[77] Per questo tipo di valutazione riferita all'esperienza globale delle *Zes*, cfr., per tutti, K.J. Hazakis, *The razionale of special economiczones (SEZs): An Institutional approach* in *Regional Science, Policy&Practice*, 2014, 85. Diverso, invece, il giudizio espresso nell'approfondita indagine condotta dal *Competitive Industries and Innovation Program – CHP, Special Economic Zones. An Operational Review of Their Impacts*, 2017, che considera le *Zes*

com'è dalla configurazione dei singoli elementi che caratterizzano le *Zes*: dalla loro istituzione al loro profilo organizzativo e gestionale, al piano di sviluppo strategico che le accompagna, al regime delle semplificazioni che vi è connesso, al quadro dei benefici fiscali accordati, al criterio selettivo degli investitori, al periodo di efficacia del regime, al contesto regionale e nazionale all'interno del quale sono collocate[78].

Cominciamo, allora, dalla loro localizzazione e perimetrazione. Come è noto, le *Zes* costituiscono zone geograficamente delimitate delle quali possono fare parte aree non territorialmente adiacenti, purché connesse da un legame economico-funzionale, e siano comprensive di almeno uno spazio portuale. Naturalmente, la loro determinazione richiede non solo una compiuta conoscenza geografica del territorio ma anche la consapevolezza delle coordinate economiche che caratterizzano l'area individuata, anche al fine di prevederne le potenzialità e capire la vocazione del territorio ad accogliere ogni elemento di sviluppo che possa derivare dai progetti che vi si allocano[79]. Le Regioni in ritardo di sviluppo o in transizione[80], che hanno promosso le 8 *Zes* presenti nel Paese, hanno operato secondo questi parametri, dopo aver compiuto le necessarie analisi di contesto di cui dicevamo? La risposta degli osservatori più attenti è che "purtroppo nell'individuazione delle aree è prevalso l'interesse della classe politica dominante estrattiva, molto presente nelle regioni meridionali, che ha preferito aumentare le aree per dare un contentino ai propri *clientes* già insediati". Il che ha chiaramente determinato che le *Zes*, invece di diventare lo strumento per attrarre investimenti dall'esterno, si sono trasformate in aree ad ampia facilitazione

complessivamente "come un positivo strumento di crescita economica evidenziando che la loro efficacia dipende sia da fattori interni che esterni alle stesse aree". Tra l'altro lo studio evidenzia, poi, che: 1) "l'andamento economico delle Zes è tendenzialmente allineato a quello del paese che le ospita"; 2) "la crescita delle zone è difficile da sostenere nel tempo in quanto il dinamismo delle zone di maggiore successo avviene nei primi anni e rallenta nel tempo, allineando la *performance* economica a quella delle aree circostanti"; 3) "la maggiore parte dei programmi interni delle Zes non ha avuto un ruolo cruciale in termini di funzionamento della zona e le agevolazioni fiscali hanno giocato un'importanza marginale" (Riportati da S. TRANQUILLI, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 430-431).

[78] Quasi negli stessi termini, C. GOLINO, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.,* 71, che evidenzia come "l'effettiva efficacia delle Zes quale strumento di ripresa dell'economia locale rimane una questione controversa e dibattuta, dipendendo da diversi fattori sia a livello interno sia esterno".

[79] C. GOLINO, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 72.

[80] Secondo la normativa europea, ammissibili alle deroghe in materia di aiuti di Stato previste dall'art. 107 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

per le aziende già esistenti, così tradendo in modo totale la ragione prima della loro creazione[81].

Comunque sia, la localizzazione delle Zes pone altresì il problema della necessaria e stretta concertazione tra pubblico e privato, tra Stato, Regione ed Enti locali. Specialmente tra i livelli di governo, essa si svolge con una notevole difficoltà di raccordo. Lo dimostrano il *commissariamento* da parte del Governo cui le Zes sono state sottoposte ancor prima di essere "messe a terra"[82] e l'interlocuzione con i Comuni del territorio compresi in ciascuna proposta che è limitata alla semplice consultazione senza raggiungere mai il livello dell'*intesa* e della vera collaborazione. In sostanza, in ordine alla proposta di istituzione di una Zes proveniente da una o più regioni (nel caso di *Zes* inter-regionale), vi è da registrare una serie non indifferente di problemi aperti tra i quali, ad esempio, è bene sottolineare il rischio di sperequazioni territoriali, quello di speculazioni immobiliari, la difficoltà di regolazione dell'intensità degli insediamenti industriali, l'incognita della regolazione della concorrenza tra imprese presenti nell'area ed imprese esterne e la regolazione della concorrenza tra gli operatori già presenti nell'area scelta e quelli esterni all'area[83].

A ciò va poi aggiunto che, poiché la delimitazione delle aree ad opera delle regioni implica la individuazione delle infrastrutture di accesso e di approvvigionamento necessarie al funzionamento delle *Zes*, la definizione del Piano di sviluppo strategico che correda la istituzione di ogni singola *Zes* deve contenere un'analisi del complessivo impatto economico e sociale che ci si attende dall'iniziativa, completata da una relazione dei dati e degli elementi identificativi delle varie attività che si intendono sviluppare all'interno della *Zes*, delle attività tipiche che si vogliono valorizzare e delle attività che evidenziano il nesso economico-funzionale con l'area portuale. Infine, deve essere specificato l'elenco delle infrastrutture, in special modo quelle di collegamento tra le aree non territorialmente adiacenti[84]. Così definita -sostanzialmente dalla

[81] Cfr. P. Busetta, *Scommettere sulle Zes e sul Sud si può: per il Governo sfida storica da vincere* in *il Quotidiano del Sud* del 28 gennaio 2023, X, il quale, subito dopo, però aggiunge: "Per questo vanno assolutamente ripensate le aree, facendole individuare, invece che dalle Regioni, dal Ministero per il Sud, in maniera che abbiano veramente le caratteristiche per essere attrattive e che non succeda quello che è accaduto recentemente a Catania con la Intel, che pare non abbia avuto la dimensione di ettari necessari per l'insediamento".

[82] S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 449.

[83] S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. e loc. ult. cit.*.

[84] E. Incalza, *Concentrare interventi in "zone economiche davvero speciali"*, *op.*

sola Regione- la proposta di Piano Strategico sarà inviata alla Presidenza del Consiglio dei Ministri che può proporre delle modifiche. E, dopo l'eventuale fase di interlocuzione, approvarla con d.p.c.m. adottato su proposta del Ministro per la Coesione territoriale e il Mezzogiorno, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministro dello sviluppo economico. Un procedimento, quindi, che conferma come la decisione finale sia essenzialmente verticistica e quindi molto facilmente impenetrabile dalle esigenze che promanano dai territori.

Come se tutto ciò non bastasse, l'intero 'pacchetto' della proposta istitutiva della *Zes* con il suo connesso piano di sviluppo strategico -dopo essere stato affidato in un primo momento[85] alla gestione ed al controllo di un Comitato di indirizzo composto dal Presidente dell'Autorità di sistema portuale (che lo presiedeva), da un rappresentante della Regione o delle Regioni (nell'ipotesi di *Zes* interregionale) e da un rappresentante del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti- con l'art. 1, comma 316, della legge di bilancio 2020 (n. 160 del 27dicembre 2019), come si è accennato sopra, è stato consegnato nelle mani di un Commissario straordinario del Governo, chiamato a svolgere il ruolo di presidente della Zes, di coordinatore, di promotore delle iniziative volte a garantire l'attrazione, l'insediamento e la piena operatività delle attività produttive, di referente esterno del comitato di indirizzo, di controllore dell'attuazione del Piano strategico[86]. Modificando così la composizione del Comitato di indirizzo e di gestione -già molto diversa da quella delle esperienze degli altri Stati che hanno affidato tutti i poteri di gestione delle *Zes* a comitati o società terze (di natura privatistica) che hanno conferito loro una ampia libertà e

e loc. cit., a proposito delle due *Zes* della Sicilia -quella occidentale (con i comuni di Caltavuturo, Palma di Montechiaro, Misilmeri, Salemi, Campofelice di Roccella, Custonaci, Ravanusa, Calatafimi, Cinisi, Gibellina e Serradifalco) e quella orientale (con i comuni di Avola, Militello in Val di Catania, Carlentini, Vittoria, Francofonte, Solarino, Scordia, Floridia, Vizzini, Acireale, Rosolini, Pachino, Torina, Lentini, Palazzolo Acreide, Ragusa, Niscemi, Gela, Mineo e Messina)- e delle tre aree portuali (Porto Empedocle, Porto dell'Arenella di Palermo e Porto di Augusta) e delle due industriali (ASI di Caltagirone e San Cataldo Scalo) individuate, scrive testualmente: " Nella sola Sicilia ci sono 36 aree elette a Zes, in tutta la UE le aree elette a Zes sono 91. Questo dato dimostra la deformazione del concetto ispiratore delle stesse Zes e rende davvero priva di organicità e di immediata incisività l'azione stessa dello strumento".

[85] Sulla base dell'art. 4 del dl. 91/2017 convertito con modificazioni dalla l.123/2017.

[86] Anche C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori*, op. cit., 75, sottolinea che al Commissario straordinario del Governo sono "attribuite funzioni generali di supervisione e verifica sul rispetto del Piano di sviluppo strategico".

dinamicità di sviluppo- l'equilibrio dei poteri e dei ruoli all'interno della *Zes* è stato stravolto e l'amministrazione di quest'ultima si può dire che sia passata tutta dalla parte dello stato[87]. Facendo assumere alla *Zes* una configurazione non solo marcatamente dirigistica ma anche fortemente statalista nelle modalità decisionali che certamente non ne agevolerà l'efficacia e la funzionalità avendone, già fin qui, determinato il blocco sia sul versante della regolazione che su quello della gestione.

Ma è sul versante della semplificazione amministrativa[88], consustanziale a questa strategia politica di creare delle *Zone Economiche Speciali,* che più emerge la superficialità delle soluzioni indicate dal legislatore sia nazionale che regionale. Come si sa, infatti, il presupposto fondamentale di questo progetto era che le regole ordinarie che guidano la macchina amministrativa costituissero il maggiore e fondamentale ostacolo allo sviluppo delle zone economiche considerate. A seguito dell'art. 3-*ter* del dl. 135/2018, convertito dalla legge n.12 dell'11 febbraio 2019 e recante "Semplificazioni per le zone economiche speciali-ZES e per le zone logistiche semplificate-ZLS"[89], si pensava, quindi, che venissero introdotti strumenti indirizzati a rendere più semplice il rapporto tra investitori e pubbliche amministrazioni e quindi ad agevolare i processi di sviluppo nelle aree caratterizzate da situazioni di ritardo ed, addirittura, sulla

[87] "La gestione delle ZES ha assunto quindi una veste spiccatamente *statale* (cors. ns.)": S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 448. Per avvalorare questo giudizio, basta considerare poi che il supporto e l'assistenza per l'attività dei Commissari, sulla base degli orientamenti della Cabina di regia delle *Zes* (prevista dall'art. 5, comma 1, lett. a-*quater* del dl. 91/2017), è assicurata dall'Agenzia per la Coesione Territoriale. In ogni caso, è impossibile disconoscere che nella *governance* delle *Zes* le Autonomie locali ed, in particolare, i Comuni non abbiano alcun ruolo significativo e che questa circostanza non ne mini la loro stessa natura di 'istituzione locale'.

[88] La quistione, com'è noto, non riguarda soltanto il livello locale o regionale ma investe oltre alla dimensione nazionale anche quella sovranazionale. In generale, per una rapida introduzione, v., fra i molti, E. Casetta, *La difficoltà di semplificare* in *Dir. amm.*, 1998, 335; S. Cassese, *La semplificazione amministrativa e l'orologio di Taylor* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 699; L. Torchia, *Tendenze recenti della semplificazione amministrativa* in *Dir. Amm.*, 1998, 385; F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000; F. Satta, *Liberalizzare e semplificare* in *Dir. amm.*, 2012, 177; M. Ainis, *La semplificazione complicante* in *federalismi.it*, 18/2014, 2; L. Bisoffi, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio* in *federalismi.it*, 1/2019, 20.

[89] Con il quale il legislatore ha previsto un regime di semplificazione amministrativa valido per tutte le *Zes* ed ulteriormente incrementabile dalle singole regioni. Sul tema, v. F. Liguori, *Sulla necessità di una semplificazione amministrativa per le "Zone Economiche Speciali" (ZES)* in *Ceridap Journal*, 2 settembre 2022.

base del modello messo a punto, nell'intero territorio nazionale[90]. Invece, tutto l'intervento di semplificazione, alla fine, è consistito nel taglio delle ordinarie tempistiche procedimentali con la riduzione di un terzo dei tempi dei procedimenti delle amministrazioni pubbliche e dei vari enti strumentali, ad esempio, per la Valutazione di Impatto Ambientale (VIA), per la Valutazione Ambientale Strategica (VAS), per l'Autorizzazione Integrata Ambientale (AIA), per l'Autorizzazione Unica Ambientale (AUA), per le autorizzazioni paesaggistiche, per le concessioni demaniali portuali[91]. Con la conseguenza paradossale che la riduzione della sola tempistica procedimentale, senza la contestuale destinazione di risorse per il miglioramento degli strumenti e del personale e per il rafforzamento della cd. "capacità amministrativa"[92], inesorabilmente pregiudicherà la conclusione dei procedimenti e, contrariamente alle intenzioni del legislatore, favorirà l'inerzia e le lungaggini amministrative

[90] Sulla necessità delle semplificazioni amministrative, cfr., per tutti, P.M. Vipiana, M. Timo, *Semplificazioni e liberalizzazioni amministrative da prendere sul serio* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1/2020, 183.

[91] In questo senso, S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 451, la quale subito dopo aggiunge: "l'indiscriminata riduzione della tempistica procedimentale, a risorse invariate, rischia, tuttavia, di rendere praticamente impossibile la conclusione dei procedimenti e, contrariamente alle intenzioni del legislatore, incentivare l'inerzia dell'Amministrazione o l'instaurarsi di conflitti e stalli decisionali".

[92] Che questi siano i punti fondamentali dell'intervento richiesto per la riforma delle amministrazioni pubbliche e delle loro attività è consapevolezza unanime non solo con riferimento alle *Zone Economiche Speciali* ma anche per la gestione e la spesa in generale dei Fondi strutturali europei e quindi per le attività dell'intero territorio nazionale. In tema, v. C. Golino, *L'intervento pubblico per lo sviluppo economico delle aree depresse tra mercato e solidarietà*, op. cit., in part. 147 e, soprattutto, il *Country Report 2020* della Commissione UE, 64-93 dove è evidenziato che, per migliorare l'amministrazione e l'attuazione dei fondi strutturali e d'investimento europei, è necessario: "garantire la corretta attuazione dei piani di rafforzamento amministrativo basati sull'esperienza del periodo 2014-20; rafforzare i partenariati e le politiche dal basso, con una maggiore partecipazione delle città, degli altri enti locali e dei partner economici e sociali al fine di garantire un'attuazione tempestiva ed efficace delle strategie territoriali e urbane integrate; rafforzare la capacità delle parti sociali e la loro partecipazione al conseguimento degli obiettivi politici; aumentare la capacità amministrativa dei beneficiari; ….. migliorare la performance degli appalti pubblici, in particolare per quanto riguarda il numero di stazioni appaltanti, la loro capacità professionale, la loro capacità di integrare gli aspetti relativi alla sostenibilità e all'innovazione nelle procedure d'appalto, le aggiudicazioni uniche, la semplificazione delle procedure, la velocità delle decisioni, le piccole e medie imprese contraenti, e la capacità delle autorità di effettuare verifiche efficaci; ….. ". Inoltre, è utile v. F. Liguori, *Il problema amministrativo in trent'anni di fermento normativo: dalla legge sul procedimento del 1990 al decreto semplificazioni del 2020. Una introduzione* in F. Liguori (a cura di), *Il problema amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2021, 11.

con il pericolo di una insorgenza di conflitti e, addirittura, di uno stallo decisionale.

Non solo. Ma, anche per quanto riguarda la necessità, segnalata dal Parlamento europeo[93], che in queste zone sia assicurata una adeguata forma di trasparenza delle attività che vi si svolgono per evitare il rischio che divengano sedi privilegiate di traffici illeciti, francamente, si deve sottolineare che la semplice previsione del legislatore italiano di stipulare dei Protocolli di Legalità con le prefetture[94] -al fine di prevenire, controllare e contrastare le azioni della criminalità organizzata- sembra del tutto inadeguata. Mentre dell'istituzione di presidi di legalità nelle aree *Zes,* dotati di specifiche ed efficienti strumentazioni tecnologiche, non vi è notizia alcuna salvo la previsione a livello del Piano Sud 2030[95].

Così come inadeguati si sono rivelati i tempi previsti dal "Decreto Semplificazioni" (trenta giorni, dalla sua entrata in vigore, per la proposta da parte dei vari Comitati d'indirizzo e sessanta giorni per la sua approvazione da parte del direttore dell'Agenzia delle dogane e dei monopoli) per l'istituzione, senza la necessità di una apposita disposizione legislativa[96], di nuove Zone Franche Doganali all'interno delle *Zes*. Essi hanno reso praticamente impossibile l'istituzione, accanto a quelle esistenti, di nuove zone franche. Vanificando l'opportunità di un reale collegamento con l'area portuale e di una effettiva agevolazione degli scambi commerciali all'interno delle *Zes* che ne avrebbero potuto, sicuramente, determinare il successo[97].

Per non dire, infine, della mancanza di chiari criteri di selezione degli investitori da coinvolgere che, lungi dall'allargamento della platea degli interessati, ha portato inevitabilmente ad un infiacchimento dell'effettiva capacità operativa delle *Zes* e ad un loro forte indebolimento quale

[93] In *Public economic support in the EU State aid and special economiczones* in *https://www.europarl.europa.eu/*.

[94] S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, *op. cit.*, 454.

[95] Ministro per il Sud e la Coesione territoriale, *Piano Sud 2030. Sviluppo e coesione per l'Italia*, Roma, 2020 (febbraio).

[96] Norma che avrebbe fatto superare l'art. 166 del "Testo Unico delle disposizioni legislative in materia doganale" (TUD) che stabilisce, al 1° comma, che i "punti franchi" nelle principali città marittime devono essere istituiti con legge.

[97] Circa il ruolo fondamentale, per il successo delle *Zes,* dell'istituzione di "zone franche doganali" intercluse, dove si possano depositare merci in sospensione dal pagamento dei diritti doganali, v. A. Berlinguer (a cura di), *Porti, retroporti e Zone Economiche Speciali*, cit.; S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale*, op. cit., 452; P. Barabino, *Le zone franche nel diritto tributario*, *op. cit.*; G. Rivetti, *Le zone economiche speciali tra ipertrofia normativa e aspettative di sviluppo economico*, *op. cit.*, 3.

strumento di rilancio di determinate economie locali[98]. O, ancora, della configurazione delle *Zes* come strumenti "a tempo" che, previste per una durata massima di quattordici anni (su proposta delle regioni interessate, prorogabile per altri sette), negano *a priori* ogni possibilità di assicurare la continuità degli aiuti alle imprese ed anche l'adeguatezza dei tempi necessari per l'espletamento delle procedure per il riconoscimento degli aiuti, come peraltro previsto dagli obbiettivi del Documento di confronto predisposto dall'Agenzia per la coesione territoriale nella programmazione 2021-2027[99].

Ed in ultimo, come dimostrano i Paesi, tipo la Polonia, che hanno fatto delle *Zes* un motore trainante per l'intera economia nazionale, le *Zone Economiche Speciali* non possono prescindere dal tenere conto delle realtà regionali e nazionale nelle quali sono collocate[100] e quindi sarebbe necessario collegarne il piano degli investimenti almeno alla programmazione territoriale ed alle politiche occupazionali. Nella disciplina delle *Zes,* introdotta dal legislatore italiano, nulla di tutto ciò è previsto e quindi sarà ben difficile che gli sforzi profusi possano migliorare le condizioni economiche del Mezzogiorno, abbattendone il dislivello con le altre realtà territoriali del Paese, e così partecipare pienamente alla sua ripresa[101].

[98] Basti pensare al fatto che nelle varie *Zes* di riferimento manca ogni specifica determinazione del settore di sviluppo sul quale si punta -se turistico, manifatturiero, artigianale, portuale- e, soprattutto, come diremo appresso nel testo, non vi è alcun chiaro collegamento del piano degli investimenti con le politiche occupazionali o la programmazione per lo sviluppo del territorio. Evidente, quindi, che in queste condizioni le imprese intenzionate ad investire si trovino in balìa di promotori interessati, che rendono nebulosa e complessa la realtà industriale, e facilmente decidono di desistere da ogni investimento.

[99] Cfr., in questo senso, S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale, op. cit.*, 458. Per il Documento di confronto predisposto per la programmazione della politica di coesione 2021-2027 v. in *https://opencoesione.gov.it.*

[100] In Polonia, dopo un primo periodo finalizzato alla creazione di posti di lavoro per ridurre la forte disoccupazione derivante dal lungo periodo del governo comunista, le *Zes* si sono fortemente evolute inserendosi in un disegno di politica economica nazionale e fornendo un contributo fondamentale allo sviluppo anche durante i difficili anni della crisi economica e finanziaria. In Cina, l'altro grande Paese dove le *Zone Economiche Speciali* hanno fatto registrare i migliori risultati, "le Zes sono molto più che semplici zone franche designate dal governo cinese per attrarre investimenti stranieri, sono aree che simboleggiano a tutti gli effetti la strutturazione di un modello di sviluppo economico, attraversato in parte da un continuo processo di sperimentazione e in parte da originali soluzioni di *governance*" [C. Golino, *Un nuovo (efficace?) modello di intervento pubblico per i territori, op. cit.*, 80].

[101] "In assenza di un'attenta programmazione che coordini realmente gli strumenti

7. *La necessità di un modello definitivo e di una disciplina organica per rilanciare il ruolo e la funzione delle* Zes

Insomma ed in conclusione, ammesso che la realizzazione delle *Zes* possa superare l'incoerenza appalesata con gli obbiettivi delineati dai Documenti per la programmazione 2021-2027 che mira a rendere stabili gli aiuti alle imprese, questo nuovo strumento di sviluppo territoriale delle aree depresse non sembra, allo stato, aver introdotto benefici particolarmente incentivanti, né aver definito chiare modalità di valutazione e di scelta delle imprese, né soprattutto aver finalizzato il piano strategico all'occupazione ed alla programmazione dello sviluppo regionale e nazionale. Non solo. Ma ha posto sia le imprese disposte ad investire nelle *Zes* che le stesse Regioni titolari della proposta di istituzione e della responsabilità della redazione dei Piani di Sviluppo Strategico di fronte ad un insieme frammentato di regole incerte, complesse e, peraltro, in continua mutazione che spesso ne hanno impedito o, quanto meno, ritardato l'implementazione.

A ciò bisogna poi aggiungere tutto il capitolo della *governance* che, pur essendo già stata sottoposta a diverse modifiche, non sembra aver trovato un assetto stabile e, soprattutto, equilibrato tra i diversi livelli di governo. Anzi, al proposito, bisogna senz'altro sottolineare che l'aver messo sostanzialmente tutte le decisioni in mano alle Autorità statali non solo contraddice la natura locale, legata ad un territorio specifico, delle *Zone Economiche Speciali* ma ne complica ed appesantisce l'attività di gestione oltre che i rapporti con le imprese che intendono investirvi.

Infine, quanto alle semplificazioni amministrative, trattate secondo una visione sorprendentemente superficiale ancorata ai soli tempi procedimentali ed "a costo zero", non c'è dubbio che la loro riduzione al solo profilo temporale non abbia consentito alcuna condizione favorevole al superamento del blocco burocratico-amministrativo. Com'è noto, infatti, la complessità del modello amministrativo italiano, che condiziona in maniera determinante qualsiasi iniziativa imprenditoriale, richiederebbe relazioni molto più fluide e certe tra pubbliche amministrazioni, cittadini ed imprese, eliminando gravami incomprensibili e rendendo più scorrevoli gli adempimenti amministrativi. Il legislatore delle *Zes*, invece, di tutto ciò si è completamente dimenticato, lasciando il sistema avvolto

nazionali per la coesione territoriale, quali le ZES, con la prossima programmazione delle politiche sovranazionali, le misure di sostegno alle imprese rischiano di ridursi, ancora (una volta, *aggt. nst.*), in forme di compensazione per le inefficienze del sistema": S. Tranquilli, *Le "zone economiche speciali" e la coesione territoriale, op. cit.*, 460.

nella sua farraginosità e nella sua sempre più complicata ricerca della individuazione della regola del caso concreto che disorienta l'operatore e lo costringe a bloccarsi di fronte ad un ostacolo insormontabile per la sua decisione di investimento.

Con il risultato finale che la istituzione delle *Zone Economiche Speciali* per rilanciare lo sviluppo del Mezzogiorno e ridurne il *gap* con le regioni del Centro-Nord non ha ancora trovato una sua stabilità normativa e continua ad essere alla ricerca, anche alla luce delle esperienze europee ed internazionali, di un modello definitivo e di una disciplina organica.

IN DIFESA DEGLI STANDARD URBANISTICI COME LIVELLI ESSENZIALI INDEROGABILI DALLE REGIONI

di Pier Luigi Portaluri

1. Ai Padri costituenti più avvertiti, o almeno a quelli più intellettualmente limpidi, il rischio era chiarissimo. Le Regioni[1] avrebbero generato una conflittualità endemica con lo Stato, per eroderne progressivamente ambiti di competenza[2].

[1] Per una trattazione generale, peraltro non priva di spunti critici, v. ora G. Gardini, C. Tubertini, *L'Amministrazione regionale*, Torino, Giappichelli, 2022.

[2] Il tema è avvertito – con nettezza di toni – anche da avveduti commentatori non giuristi.

V., per esempio, C. Scamardella, *Il fallimento del regionalismo*, in *Corriere della Sera – Mezzogiorno*, 3 dicembre 2022, pp. 1 e 5: «Oggi, c'è un dato che più di tutti inquieta nella partita sull'autonomia differenziata. È l'assenza a destra come a sinistra, al Nord e al Sud, tra i rappresentanti istituzionali e tra i commentatori, di un rigetto radicale e definitivo della cultura del regionalismo in Italia dopo i fallimentari bilanci di tutte e quattro le stagioni che, nei 160 anni dall'unità nazionale a oggi, l'hanno inverata». E poi: «Nessuno ha osato e osa mettere in discussione dal punto di visto teorico, politico, istituzionale e anche storico l'opzione regionalista in Italia. Si persevera, così, nel gravissimo errore che stiamo compiendo da trent'anni». Infine: «non è forse da irresponsabili proseguire sulla strada imboccata senza una seria e approfondita discussione pubblica sulla qualità, sulla funzionalità e sulla rispondenza ai bisogni delle diverse aree del Paese – l'intero Paese non solo il Sud – dell'attuale e futuro impianto regionalista?».

Sulla stessa linea I. Sales, *La pessima prova delle Regioni*, in *La Repubblica*, 10 dicembre 2022, p. 45, che parla giustamente di una vieta «poliarchia decisionale» su base regionale: «[…] è giudizio ampiamente condiviso dagli studiosi, dagli opinionisti e dalla pubblica opinione che nel periodo 2020/2022 si sono evidenziati in tutta la loro crudezza i macroscopici limiti del regionalismo italiano (al di là della prosopopea efficientista dei loro presidenti, del Nord, del Centro e del Sud) al punto da rendere non rinviabile un'immediata revisione delle competenze attribuite»; ancora: «Il problema politico al riguardo non consiste nell'assenza di una maggiore "autonomia" ma nel non voler prendere atto che le Regioni, immaginate come soluzione di storici problemi della nazione, rappresentano oggi la più forte incrinatura del sentimento nazionale». Le Regioni – prosegue – «erano state profetizzate come antidoto al notabilato e al centralismo statuale, ma al contrario hanno dato vita a un nuovo notabilato e a un'originale forma di "centralismo territorializzato"»; infine la conclusione, lucida e pienamente condivisibile: «Una nazione come l'Italia, che ha squilibri territoriali così marcati senza averli mai risolti nel corso della sua storia, si può permettere di incrinare ancora di più il potere statuale lasciando solo ai livelli locali il compito di superarli?».

Per esempio Concetto Marchesi, il grande latinista, era molto pessimista: pur marxista[3], parlava addirittura di raffica regionalista[4].

In questa storia, aggravata dall'infelice riforma del Titolo V, il governo del territorio risalta per essere uno degli ambiti più contesi fra le *figurae* in campo; e fra i più martoriati[5].

[3] Evidenzio questo aspetto squisitamente ideologico per confermare la sua indipendenza di pensiero. Richiamo un passo di G. Gardini, *Alle origini del regionalismo. Genesi e storia di un ente controverso*, in G. Gardini, C. Tubertini, *L'Amministrazione regionale*, cit., p. 29 s. «Il quadro iniziale registrava […] una palese diffidenza delle sinistre (PCI, PSI) nei confronti delle Regioni: queste forze politiche, legate ad una prospettiva statalista totalizzante, vedevano nelle forme di autonomia un fattore di ritardo o di ostacolo al rinnovamento sociale e economico del paese durante la ricostruzione post-bellica; e, comunque, nella frammentazione dei centri decisionali e dei livelli di governo identificavano una minaccia al principio di uguaglianza. Per motivi diversi ma convergenti, in quel torno di tempo anche le forze liberali presenti in Costituente, e quanti si rifacevano al modello postunitario, si spostarono su posizioni sempre più antiregionaliste. Destra e sinistra si trovarono quindi accomunate dall'avversione a nuovi livelli di governo, in forte contrapposizione con le forze cattoliche che, legate alla salvaguardia dei diritti di libertà del singolo e delle comunità intermedie intese come "società naturali", erano invece nettamente favorevoli alla valorizzazione delle autonomie territoriali, in generale, e alla creazione delle Regioni, in particolare. *L'assetto delle posizioni in campo venne improvvisamente scompaginato dalla estromissione delle sinistre dalla coalizione di Governo, avvenuta nel maggio del 1947: la rottura del patto dei Comitati di liberazione nazionale, che aveva sino a quel momento assicurato la presenza nel Governo di tutte le forze antifasciste, condusse ad una repentina inversione di rotta nella politica della sinistra, che da posizioni antiregionaliste passò ad un diverso orientamento, identificando nei nuovi enti un baluardo contro lo strapotere del governo centrale e conservatore*» (corsivo mio).

[4] Col consenso dell'eventuale lettore rinvio a P.L. Portaluri, *Contro il prossimalismo nel governo del territorio*, in *Nuove autonomie*, 2021, p. 81 ss., spec. p. 99 e in G. Corso, F.G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde (a cura di), *Scritti in onore di Maria Immordino*, Napoli, Editoriale scientifica, 2022, III, p. 2865 ss., spec. p. 2887.

[5] F. Salvia, *La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente*, in *Il dir. dell'econ.*, 2020, p. 169 ss., spec. p. 175: «[…] l'ansia riformistica che negli ultimi anni ha investito tutti coloro che, a vario titolo, hanno a che fare con la cosa pubblica e col bene comune (*in primis* il legislatore) non è in realtà quella di una semplificazione virtuosa pura e semplice del sistema (su cui tutti concordiamo), ma di un sovvertimento dei valori sottostanti che sembra avere come obiettivo quello di subordinare indiscriminatamente i valori di lunga durata che caratterizzano ogni tipo di comunità a quelli di breve periodo di più immediato effetto. Questo capovolgimento di valori è oggi ad esempio percepibile chiaramente nella legislazione relativa all'assetto del territorio, costellata da deroghe di ogni sorta […]».

Fra le varie conseguenze – diciamo così – discutibili, ne segnalo una: con l'istituzione delle Regioni il Ministero dei lavori pubblici ha perso il potere di approvare i piani regolatori comunali. Le conseguenze infauste – sopra tutto nelle Regioni meridionali – di questo passaggio di competenze non credo abbian bisogno d'esser qui ricordate.

Fra i tanti esempi che potrebbero essere citati, solo un cenno faccio all'inaggettivabile esperienza di normazione che è il c.d. piano casa, dove lo Stato dapprima ha consegnato alle Regioni i fucili per la raffica, poi ha cercato – e cerca ancora oggi – di correre tardivamente ai ripari invocando l'*opitulatio* misericordiosa della Consulta[6].

[6] L'ultima sentenza in materia è stata depositata il 1° dicembre 2022 col n. 240, ed è l'ennesima puntata della saga che vede la Regione Puglia difendere pervicacemente il suo "piano" casa di fronte alle reiterate impugnazioni del Governo centrale. Impossibile fare qui il classico riassunto dei capitoli precedenti. Ormai siamo di fronte a un groviglio di norme regionali che si succedono da anni per tentare di salvare dalle censure della Consulta questa singolare creatura. Nato tredici anni fa per durare poco, giusto il tempo di dare un po' di salutari vitamine all'economia del mattone, il piano casa si è via via radicato negli ordinamenti regionali. In Puglia ha presto cambiato pelle, divenendo – nonostante il nome – un potente strumento di "depianificazione": cioè di gestione delle trasformazioni territoriali al di fuori del sistema ordinario, che la affida – appunto – ai piani regolatori.

Non solo. La Puglia è una delle pochissime Regioni che si sono meritoriamente dotate di un piano paesaggistico (PPTR): un'ottima barriera di protezione (ma anche un fattore proattivo di sviluppo) a tutela dei valori connessi alle caratteristiche identitarie dei territori. Proprio per il suo ruolo di custode del paesaggio nei confronti di interventi edilizi particolarmente invasivi e impattanti, il PPTR non è sempre visto di buon occhio. Anzi, si è cercato in molti casi di neutralizzarlo prevedendo deroghe più o meno palesi. La normazione sul "piano" casa ne è un tristo esempio, come dimostra da ultimo la sentenza citata, che ha accolto molte delle ragioni di doglianza avanzate dal Governo nei confronti della legge pugliese n. 39 del 2021. Non sembri inutile soffermarsi su quelle censure (quattro in tutto). Anzi, è bene analizzarle una per una poiché offrono uno spaccato dei modi attraverso i quali una Regione cerca di avere mani libere nella gestione del territorio: per esempio aggredendo il suo stesso piano paesaggistico, a mo' di un uroboro negativo; o forzando la normazione del d.m. n. 1444/'68.

Questa la prima censura. La legge pugliese consente, a determinate condizioni, di realizzare nuovi fabbricati in zona agricola, qualora siano necessari alla conduzione del fondo e all'esercizio dell'attività agricola. Il Governo temeva che il particolare modo con cui questo articolo era stato "costruito" nascondesse l'intento regionale di introdurre una nuova disciplina delle aree agricole, al fine di consentirne la trasformazione in deroga al PPTR.

La Corte non ha condiviso la posizione dello Stato, perché la l.r. n. 39/'21 indubbiata precisa già che i manufatti in questione possono essere edificati «nel rispetto delle norme di tutela paesaggistica del Piano paesaggistico territoriale regionale» e comunque in conformità con le «norme di carattere paesaggistico ed ambientale». La Consulta, insomma, ha tranquillizzato il Governo con un accertamento negativo: quella legge regionale «non deroga dunque alle prescrizioni del PPTR a tutela dei paesaggi rurali, ma si limita a consentire nuove costruzioni destinate alla produzione agricola che siano compatibili con dette prescrizioni».

Seconda doglianza. Il Governo si lamentava del fatto che la legge regionale in esame aveva ampliato la categoria degli interventi di ristrutturazione edilizia, includendovi quelli di demolizione e ricostruzione in aree vincolate con modifiche di sagoma, sedime, prospetti e aumenti di volume: interventi che – in base al t.u. sull'edilizia – si dovrebbero

Dicevano bene Cerulli Irelli e De Lucia già nel 2009[7]: in quella storia – cito fedelmente – regnano «furbizia», «incoscienza», «sciatteria», «superficialità», «insensibilità istituzionale», «impostura […] a spese del territorio». E – soggiungono in sostanza – agisce una sorta di legittimazione paranazista e controcostituzionale degli istinti predatori nei confronti del territorio, la cui presenza attiva è dimostrata dall'ampio consenso sociale che il "piano" casa si è subito conquistato[8].

invece considerare come di «nuova costruzione». Con questo espediente – sosteneva il Governo – la legge regionale tenta di eludere il divieto di nuove costruzioni previsto dal PPTR in molte aree vincolate, come i territori costieri e quelli contermini ai laghi, i boschi e le relative aree di rispetto, le aree umide, i prati e pascoli naturali nonché le formazioni arbustive.

La Corte ha accolto il motivo, poiché la Regione non poteva includere quegli interventi nell'ambito delle ristrutturazioni: quella fra nuova costruzione e ristrutturazione è una scelta qualificatoria riservata allo Stato.

Siamo alla terza censura. La legge regionale consente anzitutto l'ampliamento dei manufatti destinati ad attività produttive senza «limitazioni di superficie coperta e di volume». E stabilisce poi che se questi ampliamenti sono contenuti nel 20% dell'esistente, non soggiacciono al complesso procedimento di variante al piano regolatore: che in base al PPTR deve avvenire con la partecipazione del Ministero della Cultura, a tutela del paesaggio.

La Consulta ha ritenuto incostituzionali entrambe le previsioni.

Quanto all'ampliamento senza limiti, perché viola il d.m. del 1968, che stabilisce limiti massimi di densità edilizia a tutela del «primario interesse generale all'ordinato sviluppo urbano». Quanto invece all'ampliamento "semplificato", perché in tal modo si violano le previsioni del piano paesaggistico.

Ultima censura. La legge regionale violerebbe il PPTR e consentirebbe un notevolissimo incremento dell'indice di fabbricabilità per gli interventi da realizzare nelle zone agricole: da 0, 03 mc/mq, previsti nel decreto del 1968, si arriva infatti sino a 0, 1 mc/mq.

Il Governo ha sostenuto che la previsione contrasti con quel decreto, consentendo un aumento «indiscriminato» dell'indice in questione.

La Corte non ha accolto il primo profilo di questa doglianza, ma perché ha ancora una volta dovuto chiarire che la norma regionale «può ben essere interpretata nel senso che le variazioni derivanti dall'incremento dell'indice edificatorio debbano rispettare comunque le specifiche prescrizioni del PPTR». La Consulta ha poi ritenuto che non vi sia un contrasto col d.m. del 1968, poiché esso si riferisce alle abitazioni in zona agricola, non ai fabbricati con destinazione produttiva. Vedremo quale sarà l'impatto di questa norma sul territorio.

Il 29 novembre 2022 la Consulta ha tenuto l'udienza di trattazione dell'ennesima impugnazione governativa nei confronti di una legge pugliese sul governo del territorio: questa volta si tratta della l.r. n. 38/'21, che ha prorogato al 2022 la possibilità di realizzare gli interventi previsti dal "piano" casa. Ma sarebbe forse preferibile lasciarsi alle spalle – come molte Regioni hanno fatto da tempo – la stagione di quella esperienza di normazione, dedicandosi invece alla redazione di una nuova legge urbanistica organica e di sistema dopo quella dell'ormai remoto 2001 (la n. 20). *Spes contra spem*?

[7] V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Il secondo "piano casa": una (incostituzionale) de-pianificazione del territorio*, in *Democrazia e diritto*, n. 1/09, p. 106 ss.

[8] Cerulli Irelli e De Lucia parlano di una «contrapposizione concettuale tra legalità

2. Scelgo invece un altro caso d'attacco all'ordinata governazione del territorio, più grave ancora: l'inaccettabile frammentazione regionalista degli standard.

Riascoltiamo per un attimo quella parola, onde percepirne il senso profondo: standard è *stendardo*, *vessillo*; dunque simbolo. Nel nostro caso, simbolo di *civiltà*, lemma nobilissimo che ha lo stesso etimo di *città*.

Come tutti sanno, il glorioso d.m. n. 1444/'68[9] è l'unico *corpus* normativo sugli standard di cui l'Italia sia riuscita a dotarsi; peraltro con grande fatica.

Vorrei sbagliarmi, ma il testo di riforma che il Gruppo di lavoro ministeriale presieduto da Costanza Pera[10] ha elaborato nel luglio 2019 non

costituzionale (finta e chiusa) e "legittimità di una volontà realmente esistente" (dimostrata dall'ampio consenso al "piano casa" nel sistema delle autonomie e tra gli elettori) e fondata sull'emergenza economica; ma questo modo di ragionare (e di governare) richiama alla mente tetri scenari e ideologie degli anni '30. Probabilmente entrambi i motivi hanno animato i diversi protagonisti della vicenda» (op. cit., p. 108).

[9] Da rileggere, sempre, E. Salzano, *Memorie di un urbanista. L'Italia che ho vissuto*, Venezia, Corte del Fontego, 2010, p. 54: «Al di là delle motivazioni sociali, al di là della tecnica e delle buone pratiche, la discussione andava al sodo: quali fossero i minimi di spazi pubblici da riservare nei piani. I due poli del confronto erano rappresentati da una parte dai parlamentari del PCI, rappresentati in quella sede da Alberto Todros, noto urbanista piemontese e amministratore comunale, sopravvissuto al campo di concentramento di Mauthausen, e dall'altra parte dagli esponenti delle imprese di costruzione, rappresentati da Carlo Odorisio, un imprenditore che più tardi seppe lavorare concretamente per un ruolo moderno del settore, orientando l'attività delle aziende alla formazione di profitto industriale anziché all'appropriazione della rendita fondiaria. Allora lo scontro si concluse sulla cifra di 18 metri quadrati per abitante di "spazi pubblici e di uso pubblico": meno di quanto si praticasse nei comuni evoluti delle amministrazioni di sinistra, ma molto più di quanto si prevedesse nella pianificazione della maggior parte dei comuni nelle altre regioni».

[10] Il Gruppo di lavoro è stato istituito con decreto 31 luglio 2018, n. 349 (e prorogato con decreto 31 dicembre 2018) dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti («Adeguamento del Decreto Interministeriale 2 aprile 1968, n. 1444 alle nuove dotazioni urbanistiche necessarie per i processi di miglioramento della qualità urbana e per la disponibilità di nuovi presidi per la coesione sociale e disciplina dei parametri di altezza e distanza da osservare nella pianificazione urbanistica e nelle costruzioni»).

I lavori del Gruppo si sono conclusi con un articolato e con una relazione conclusiva di accompagnamento (del 3 luglio 2019). L'esordio di quella relazione dà subito il giusto rilievo alle radici culturali e alla portata innovativa del d.m. n. 1444/'68: «Il decreto è stato al centro del dibattito urbanistico dell'epoca. Esso fu il prodotto culturale dei vasti studi, di ispirazione statunitense e nordeuropea, sui criteri di progettazione delle nuove città modello e delle ricerche comparative sulle dotazioni di verde pubblico e di servizi che animarono le università e il primo associazionismo italiano dedicato all'urbanistica, alla tutela culturale e ambientale. Le nuove norme sono state adottate anche sull'onda delle prime elaborazioni dei movimenti di emancipazione femminile che reclamavano asili nido e servizi per la famiglia nei centri abitati».

credo abbia avuto molto seguito: pur essendo gli standard – dice giustamente la relazione d'accompagnamento – «una garanzia cruciale per la messa in opera di diritti fondamentali dei cittadini».

Come pure è a tutti noto, per conquistare quella regolazione bisognerà attendere – cosa tipicamente italiana – le disgrazie di Firenze e di Agrigento. Si arriva così all'ambiguissima[11] legge ponte n. 765/'67 e ai nostri preziosi standard sessantotteschi.

Ricorda Carlo Odorisio, che rappresentava l'ANCE all'interno del Consiglio superiore dei lavori pubblici dove si svolse in quell'anno la discussione sui contenuti dell'articolato: «la finalità della "legge ponte" fu quella di far compiere al Paese un vero salto di qualità nella gestione urbanistica attraverso una grande promozione dei p.r.g., ma in un clima di sostanziale sfiducia nei confronti degli enti locali. […] È facile quindi comprendere il significato che ebbe allora il decreto sugli standard e anche i modi della sua formulazione: uno strumento semplice, con delle regole generalizzate che potessero garantire almeno alcuni elementi di base per una corretta redazione degli strumenti urbanistici, nella convinzione che non ci si potesse fidare più di tanto degli enti locali»[12].

Consideriamoli, in somma, un patrimonio tecnico-culturale dell'Italia migliore, dove hanno dialogato in modo fecondo ed equilibrato la logica della tutela e lo spirito del profitto. Come dirò fra un attimo, anche la *scientia iuris* ha fatto il suo dovere, proteggendo quello scarno, semplice articolato e – con esso – le speranze di una vita più dignitosa a favore delle classi più deboli: le quali confidano di necessità non nel privato, ma nei servizi offerti dalla città pubblica.

3. Dicevo dell'ottima barriera alzata dal diritto giurisprudenziale a difesa dei nostri standard. Un po' come i versi di un celebre autore di musica leggera, Giulio Rapetti, in arte Mogol. Solo che questa volta a essere stonate, ma benefiche non sono le canzoni; sono le sentenze.

Tutte le alte Corti italiane si sono infatti *inventate*[13] la natura legisla-

[11] L'anno di moratoria devastò il territorio italiano, praticamente sommerso da una colata di cemento.

[12] C. Odorisio, *Il dibattito del '68 e il bilancio attuale*, in *Urbanistica Dossier*, 1999, n. 21, p. 7.

[13] Teoria non priva di molte ambiguità, quella della *invenzione* del diritto. Nella sostanza, il giudice – o se si preferisce quest'altro sintagma, più esteso per comprensività: l'organo dell'applicazione – *trova* (*invenit*, appunto) la regola decisoria non nel diritto legislativo, ma nel substrato socio-economico col quale egli si pone in collegamento diretto, scavalcando la mediazione della *lex posita*. Meno problematico nel caso di silenzio

tiva del d.m. n. 1444/'68, al fine di proteggerlo dagli attacchi che da più parti gli sono stati mossi. Il motivo è nobile: una normazione di rango assolutamente primario nel sistema socio-economico italiano richiedeva altrettale collocazione *anche nel sistema delle fonti*; che però è poco disponibile – almeno stando alle regole che lo disciplinano – ad accogliere un decreto ministeriale sul gradino più alto dell'ordinamento in senso formale (in disparte ovviamente le norme costituzionali).

Vi ha anzitutto provveduto la Consulta[14], che ha attribuito al d.m. del 1968 «efficacia precettiva e inderogabile» in quanto richiamato dall'art. 41-*quinquies* della legge ponte.

Secondo la Cassazione[15], poi, la normazione regolamentare in esame «ha efficacia di legge dello Stato, essendo stato emanato il decreto che la contiene su delega della legge urbanistica 17 agosto 1942 n. 1150»; e ancora: «l'accertata efficacia legislativa del decreto ministeriale obbliga i Comuni a redigere e revisionare gli strumenti urbanistici senza discostarsi dalle regole inderogabili da esso fissate, perché l'autonomia normativa loro conferita dall'art. 33 della menzionata legge nella materia edilizia e, in particolare, in quella delle distanze tra fabbricati, incontra un limite insuperabile nell'art. 4 delle disposizioni sulla legge in generale, per il quale una norma regolamentare locale non può apportare modifiche a norme di rango superiore. E lo stesso art. 33, nell'attribuire ai Comuni il potere regolamentare, stabilisce che esso deve essere esercitato "in armonia con le disposizioni della presente legge", il che comporta, da parte di tali Enti, anche l'osservanza dell'art. 9 del decreto ministeriale del 1968 il quale, per quel che si è detto, trae la sua forza cogente dall'art. 41-*quinquies* della medesima legge».

Il giudice nostro, infine: «La giurisprudenza (cfr. Cons. St., IV, 2 no-

legislativo sul caso da decidere, il tema diviene molto delicato quando il *Richterrecht* arriva a porsi *contra legem*. Ma ci sono casi in cui forzature del genere – occorre ammetterlo – sono preziose: la difesa degli standard è stata una di queste, almeno sino a quando nel 2013 un legislatore privo di scrupoli non ha sconvolto quell'equilibrio così fragile, nei termini che vedremo fra poco.

[14] C. cost. 24 febbraio 2017, n. 41, la quale richiama le sue sentenze 20 luglio 2016, n. 185 («questa Corte ha più volte ritenuto dotato di efficacia precettiva e inderogabile» il d.m.); 10 maggio 2012, n. 114 (che invoca, a tutela della «natura precettiva e inderogabile» del d.m., la «giurisprudenza consolidata»); 16 giugno 2005, n. 232 (che invece allo stesso fine parla di «un principio giurisprudenziale consolidato»); cui *adde* l'ordinanza 19 maggio 2011, n. 173 (secondo cui una legge regionale di deroga «non può […] operare nei casi in cui lo strumento urbanistico riproduce disposizioni normative di rango superiore, a carattere inderogabile, quali sono quelle […] del d.m. n. 1444 del 1968». Su C. cost. n. 41/'17 torneremo più volte.

[15] Cass., II, 27 marzo 2001, n. 4113.

vembre 2010 n. 7731) da tempo ha chiarito che l'art. 9 del d.m. 2.4.1968 n. 1444, il quale detta le citate disposizioni in tema di distanze tra le costruzioni, stante la sua natura di norma primaria, sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute nelle norme tecniche di attuazione di un piano regolatore»[16].

4. Possiamo adesso vedere più da vicino i fronti dell'attacco che le Regioni hanno mosso avverso il decreto n. 1444.

La prima offensiva ha mirato alle *distanze* minime fra gli immobili.

La Consulta ha saputo resistere, elaborando la nota tesi della doppia valenza.

Lasciamo la parola a C. cost. n. 41/'17 cit.: «Secondo la giurisprudenza di questa Corte, la disciplina delle distanze fra costruzioni ha la sua collocazione anzitutto nella sezione VI del Capo II del Titolo II del Libro III del codice civile, intitolata appunto "Delle distanze nelle costruzioni, piantagioni e scavi, e dei muri, fossi e siepi interposti tra fondi". "Tale disciplina, ed in particolare quella degli articoli 873 e 875 che viene qui in più specifico rilievo, attiene in via primaria e diretta ai rapporti tra proprietari di fondi finitimi. […] Non si può pertanto dubitare che la disciplina delle distanze, per quanto concerne i rapporti suindicati, rientri nella materia dell'ordinamento civile, di competenza legislativa esclusiva dello Stato" (sentenza n. 232 del 2005). Nondimeno, si è altresì sottolineato, che quando i fabbricati insistono su di un territorio che può avere, rispetto ad altri – per ragioni naturali e storiche – specifiche caratteristiche, "la disciplina che li riguarda – e in particolare quella dei loro rapporti nel territorio stesso – esorbita dai limiti propri dei rapporti interprivati e tocca anche interessi pubblici", la cui cura deve ritenersi affidata anche alle Regioni perché attratta all'ambito di competenza concorrente del governo del territorio (si veda sempre la sentenza n. 232 del 2005). In questa cornice si è dunque affermato che "alle Regioni è consentito fissare limiti in deroga alle distanze minime stabilite nelle

[16] Cons. Stato, IV, 9 maggio 2011, n. 2749. Ma v. già Cons. St., IV, 2 novembre 2010 n. 7731 (ivi puntualmente richiamata): «l'art. 9 del d.m. 2 aprile 1968 n. 1444, che detta disposizioni in tema di distanze tra le costruzioni, stante la natura di norma primaria, sostituisce eventuali disposizioni contrarie contenute nelle norme tecniche di attuazione (Consiglio di Stato, sez. IV, 5 dicembre 2005, n. 6909)»; a sua volta, per Cons. St. n. 6909/'05 da ultimo ricordata l'art. 9 del decreto è norma «che, in ogni caso, stante la sua natura di norma primaria, sarebbe comunque obbligatoriamente applicabile in sostituzione di eventuali disposizioni illegittime (Cass. civ., Sez. II, 10 gennaio 2003, n. 158; 27 marzo 2001, n. 4713)».

normative statali, solo a condizione che la deroga sia giustificata dall'esigenza di soddisfare interessi pubblici legati al governo del territorio. Dunque, se da un lato non può essere del tutto esclusa una competenza legislativa regionale relativa alle distanze tra gli edifici, dall'altro essa, interferendo con l'ordinamento civile, è rigorosamente circoscritta dal suo scopo – il governo del territorio – che ne detta anche le modalità di esercizio" (sentenza n. 6 del 2013; nello stesso senso, da ultimo, anche le sentenze n. 231, n. 189, n. 185 e n. 178 del 2016)».

In sintesi. Le norme sulle distanze che regolano rapporti privati concernono l'ordinamento civile e quindi ricadono nella competenza esclusiva statale; se invece si esorbita dalle relazioni puntuali interdominicali e si attinge il livello pianificatorio (ancorché le *figurae* in concreto scelte non siano i classici piani di lottizzazione o piani particolareggiati, ma siano invece atipiche[17]), versiamo nel campo del governo del territorio, onde la competenza concorrente fra Stato e Regioni, le quali possono derogare alle distanze minime stabilite dalle norme statali.

In quest'ultimo caso, la compresenza di due soggetti pubblici pone il problema di individuare il criterio onde scrutinare la legittimità o meno di una specifica scelta regionale derogatoria. La Consulta ha individuato il «punto di equilibrio» nell'art. 9, ultimo comma, del d.m. n. 1444/'68. È ancora C. cost. n. 41/'17, cit., a parlare: «la deroga alla disciplina delle distanze realizzata dagli strumenti urbanistici deve, in conclusione, ritenersi legittima sempre che faccia riferimento ad una pluralità di fabbricati ("gruppi di edifici") e sia fondata su previsioni planovolumetriche che evidenzino, cioè, una capacità progettuale tale da definire i rapporti spazio-dimensionali e architettonici delle varie costruzioni considerate come fossero un edificio unitario (art. 9, ultimo comma, del d.m. n. 1444 del 1968)».

Ribadendo la vigenza del principio di pianificazione anche in tema di distanze (tranne che nei rapporti privatistici fra fondi finitimi), la Corte ha dunque reso un cattivo servizio agli interessi che vorrebbero trasformare il territorio senza subire vincoli di piano, e dunque senza troppi obblighi di reperimento di standard.

[17] «D'altro canto la stessa giurisprudenza di questa Corte ha stabilito che la deroga alle distanze minime potrà essere contenuta, oltre che in piani particolareggiati o di lottizzazione, in ogni strumento urbanistico equivalente sotto il profilo della sostanza e delle finalità, purché caratterizzato da una progettazione dettagliata e definita degli interventi (sentenza n. 6 del 2013). Ne consegue che devono ritenersi ammissibili le deroghe predisposte nel contesto dei piani urbanistici attuativi, in quanto strumenti funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio […]» (C. cost., n. 41/'17, cit.).

Prima di proseguire, però, devo sottolineare ancora una volta un punto che si rivelerà centrale: sin qui l'aggressione (sventata) al decreto n. 1444 aveva avuto come obbiettivo *soltanto le norme generali, ivi racchiuse, in tema di distanze*.

5. L'attacco a tutto campo arriva nel 2013.

Siamo al Senato, in sede di conversione del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, recante «Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia» (*vulgo*, decreto legge "del fare").

Vi è molta fretta: forse di mettere in sicurezza il Paese con una normazione improcrastinabile; o forse di andare in ferie, poiché si è ormai ad agosto. Per cui i due rami del Parlamento concludono una sorta di accordo fra gentiluomini: *tutte* le modifiche da apportare al decreto saranno fatte alla Camera; il Senato approverà poi il testo senza introdurre ulteriori variazioni. A Montecitorio si lavora di notte.

Ma il *gentlemen agreement* salta (il che susciterà poi proteste vivissime fra i deputati, costretti alla seconda lettura): il Senato modifica infatti il testo ricevuto dalla Camera.

Ora, fra gli emendamenti che Palazzo Madama approva incurante del *pactum*, ve n'è uno che riguarda l'art. 30 del d.l. n. 69/'13 in esame.

Nella stesura governativa l'art. 30 cit. novellava il d.P.R. n. 380/'01 – t.u. in materia edilizia, introducendovi alcune norme di semplificazione (qui inconferenti). Ma ecco che al Senato si interviene sul comma 1 di quell'art. 30, premettendo la lett. *0a)* alla già esistente lett. *a)*.

Riporto, nella parte che qui rileva, il testo della lett. *0a)*: «dopo l'articolo 2, inserire il seguente: "Art. 2-*bis*. – (Deroghe in materia di limiti di distanza tra fabbricati). -1. *Ferma restando la competenza statale in materia di ordinamento civile con riferimento al diritto di proprietà e alle connesse norme del codice civile e alle disposizioni integrative*, *le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono prevedere, con proprie leggi e regolamenti, disposizioni derogatorie al DM 2 aprile 1968, n. 1444* e possono dettare disposizioni sugli spazi da destinare agli insediamenti residenziali, a quelli produttivi, a quelli riservati alle attività collettive, al verde e ai parcheggi, nell'ambito della definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali."»[18].

In somma, l'emendamento approvato al Senato inserisce nel t.u. dell'edilizia l'art. 2-*bis*.

[18] Ho ovviamente aggiunto il corsivo.

Il senso è abbastanza chiaro. L'articolo mira non a uno, ma a *due* risultati.

Il primo. Facendo – ovviamente! – salva la competenza statale nella regolazione delle distanze ove si tratti di meri rapporti interdominicali, esso non fa che recepire e legificare indirettamente[19] la giurisprudenza costituzionale che abbiamo ricordato più sopra. Sin qui, nulla di particolarmente rilevante. Anzi, potremmo persino esprimere un apprezzamento positivo nei confronti di una norma che mette fine alla necessità di quelle – pur assai preziose, lo ripeto – stonature di una *Wertjurisprudenz contra legem* che aveva elevato il nostro d.m. a norma di rango primario-legislativo.

Ma si noti: quella legificazione non "consolida" *tutto* il d.m., ma *soltanto le norme sulle distanze* (come lette dalla Consulta). Quanto invece alla parte restante del d.m. – di gran lunga la più rilevante –, l'art. 2-*bis* non solo non la protegge da aggressioni regionali derogatorie, *ma quelle deroghe espressamente consente* (è questo il secondo dei due risultati cui accennavo). In altre parole, la norma introdotta al Senato – lungi dal garantirgli un più elevato rango formale – abbandona invece a sé stesso il d.m. proprio dove esso contiene le previsioni più qualificanti: quelle che per quarantacinque anni di storia italiana ne hanno fatto il segno di una speranza per un dignitoso *Existenzminimum*.

La reazione è veemente. Alla Camera si cerca disperatamente di tornare indietro: non pochi deputati presentano due proposte emendative identiche, che prevedono la soppressione della lett. *0a)*[20].

Desidero qui ricordare l'intervento – solo un passo – di uno dei deputati che si oppongono all'emendamento senatoriale, l'on.le Filiberto Zaratti: «Io ritengo che questa norma introdotta dal Senato sia una norma assolutamente incivile, una norma assolutamente sbagliata nel merito e nella sostanza […]».

A Zaratti replica l'on.le Manfred Schullian: «[…] l'articolo 2-*bis* del testo unico in materia edilizia, che è stato inserito, sta per essere inserito, nell'articolo 30 con un emendamento approvato dal Senato, assolve la

[19] In questa parte – come si può notare – la norma è molto generica, ma il suo significato è evidente nel senso che ho esplicitato nel testo.

[20] Insieme con l'on. Filiberto Zaratti, l'8 agosto 2013 presentano la proposta emendativa soppressiva n. 30.1 anche gli on.li Serena Pellegrino, Alessandro Zan, Florian Kronbichler, Giulio Marcon, Gianni Melilla, Sergio Boccadutri, Nazzareno Pilozzi.

Identica e coeva è poi la proposta emendativa 30.5., presentata dagli on.li Massimo Felice De Rosa, Mirko Busto, Federica Daga, Claudia Mannino, Samuele Segoni, Patrizia Terzoni, Angelo Tofalo, Alberto Zolezzi, Daniele Pesco, Laura Castelli, Giorgio Sorial Girgis, Vincenzo Caso, Tommaso Currò, Francesco Cariello.

funzione di correre ai ripari di una giurisprudenza che ha cambiato il carattere di una norma. Il decreto ministeriale n. 1444 è nato come norma urbanistica ed è stato trasformato, soprattutto all'articolo 9, che prevede le distanze, in norma integrativa del diritto civile. È questo che non funziona, che non ha funzionato e che, sostanzialmente, ha comportato il blocco dell'attività edilizia nella provincia di Bolzano. È giusto che si corra ai ripari di fronte a una giurisprudenza che, inspiegabilmente, ha cambiato il carattere di una norma».

Quella replica è significativa. L'accento batte solo sulle distanze. Intento dichiarato è quello di *reagire* all'avvenuta legificazione *giurisprudenziale* del d.m., i cui effetti pratici sono contestati nella parte in cui hanno irrigidito la regolazione *sulle distanze* racchiusa nel decreto stesso, impedendo alle Regioni di derogarvi: per cui sempre la replica afferma che l'emendamento approvato al Senato (e in corso di discussione soppressiva alla Camera) serve a superare quel blocco, "liberando" l'attività edilizia che è paralizzata sopra tutto dall'art. 9 del d.m.

A me pare vero il contrario.

Come ho detto più sopra, per una parte l'emendamento senatoriale – sia pure mediante una formulazione particolarmente generica, quasi allusiva – non azzera, ma invece (e per fortuna…) *conferma* il diritto giurisprudenziale che aveva legificato la regolazione sulle distanze contenuta nel nostro d.m. L'altra sua parte, di converso, lascia purtroppo mano libera alle Regioni per tutta la restante area normativa coperta dal decreto, cioè la materia degli standard in senso tecnico: intesi come quantità minime di spazi pubblici da assicurare in sede di pianificazione comunale.

La controffensiva a difesa del d.m., tuttavia, fallisce. I due emendamenti soppressivi sono respinti a larga maggioranza[21] e così il famigerato art. 2-*bis* del t.u. sull'edilizia diviene norma di legge.

6. Devo pertanto dissentire da chi[22] ha attribuito all'art. 2-*bis* un effetto benefico, poiché conterrebbe «un richiamo-rinvio "sanante"» al d.m.: come se, cioè, quella norma avesse posto fine alle incertezze derivanti dal suddetto diritto giurisprudenziale, il quale aveva forzatamente ritenuto il rango legislativo di quel decreto.

[21] Su 468 presenti, votano in 465: 122 votano sì; ben 343 no.

[22] D. M. Traina, *Ancora sulla competenza regionale a disciplinare le distanze tra costruzioni. Se rispetta la normativa nazionale, la Regione può prevedere interventi in deroga alle disposizioni degli strumenti urbanistici comunali* (nota a C. cost. 23 giugno 2020, n. 119), in *Giur. cost.*, 2020, p. 1336 ss., spec. p. 1337, nt. 1.

A me pare, invece, che vi sia un equivoco. Questa lettura *in bonam partem* capovolge il senso dell'art. 2-*bis*, o comunque ne generalizza la portata, fraintendendo alcune sentenze della Consulta che si sono confrontate con questa norma: come la più volte citata n. 41/'17.

Ecco il passo della sentenza dove si parla dell'art. 2-*bis*: «La disposizione, infatti, ha sostanzialmente recepito l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, inserendo nel testo unico sull'edilizia i principi fondamentali della vincolatività, anche per le Regioni e le Province autonome, delle distanze legali stabilite dal d.m. n. 1444 del 1968 e dell'ammissibilità delle deroghe, solo a condizione che siano "inserite in strumenti urbanistici, funzionali a conformare un assetto complessivo e unitario di determinate zone del territorio" (sentenza n. 185 del 2016; nello stesso senso, *ex plurimis*, sentenza n. 189 del 2016)».

Si badi. La Consulta precisa chiaramente che il recepimento legislativo della sua giurisprudenza per opera dell'art. 2-*bis concerne solo ed esclusivamente la materia delle distanze*; e che quindi le deroghe regionali – sempre relative alle distanze – sono legittime soltanto se attingano il livello urbanistico nel senso appena ricordato.

In altre parole, è vero sì che l'inciso iniziale dell'art. 2-*bis* («Ferma restando la competenza statale in materia di ordinamento civile con riferimento al diritto di proprietà e alle connesse norme del codice civile e alle disposizioni integrative») ha opportunamente legificato il d.m. e il diritto giurisprudenziale che si è formato su di esso: così *ribadendo*, sul punto, l'operatività del principio di pianificazione.

Però è anche – e sopra tutto – vera un'altra, deleteria cosa: che, come dimostra la genesi della norma[23], la restante parte dell'art. 2-*bis* è una norma per nulla sanante, ma *neutralizzante* il nucleo più importante del d.m., come non mi stanco di ripetere.

7. Abbattuta in questo modo la barriera giurisprudenziale, le raffiche sono partite subito; la maggioranza delle Regioni ha regolato gli standard ponendosi in modalità *do it by yourself* o – se si preferisce un francesismo – *à la carte*. Un *dossier* ANCE aggiornato al 18 giugno 2022 censisce infatti ben tredici Regioni che hanno prodotto normazioni in deroga.

[23] V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *Il secondo "piano casa"*, cit., ricordano argutamente un passo di G.B. Vico, *Scienza nuova*, cap. II, aforisma XIV: «Natura di cose altro non è che nascimento di esse in certi tempi e con certe guise, le quali sempre che sono tali indi tali e non altre nascon le cose».

A riprova, poi, di quanto sia sempre in agguato il pericoloso *piercing effect*, ossia la crepa iniziale che poi fa crollare l'intera diga, è interessante soffermarsi un attimo sulla lettura dell'art. 2-*bis* offerta proprio dall'ANCE nel *dossier* appena ricordato.

L'associazione dei costruttori ha ritenuto che l'art. 2-*bis* pecchi di riduttivismo, poiché «[…] fin dalla sua entrata in vigore, ha fatto sorgere molti dubbi interpretativi perché la rubrica parla di deroghe in materia di distanza tra fabbricati, mentre il testo contiene un riferimento generico a "disposizioni derogatorie al DM 1444/68". La norma inoltre lega le deroghe alla "definizione o revisione di strumenti urbanistici comunque funzionali ad un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali", senza un riferimento espresso alle fattispecie, potenzialmente rilevantissime, di intervento in diretta esecuzione del piano urbanistico generale. Le Regioni hanno inizialmente emanato norme ampie che consentivano deroghe sia alle distanze, che agli altri standard e limiti edilizi, e riguardavano sia interventi ricompresi in piani attuativi, sia interventi puntuali ossia su singoli edifici». Purtroppo, però, la Consulta – sembra che si dolga il *dossier* – ne ha censurate più d'una, proprio applicando la teoria della doppia valenza

In somma, ANCE e Regioni[24] ambivano a qualcosa di più rispetto a ciò che l'art. 2-*bis* aveva già improvvidamente concesso: di poter prevedere deroghe agli standard anche al di fuori di qualunque pianificazione, cioè anche in caso di interventi diretti.

8. Sia dunque benvenuta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2-*bis* sollevata dalla Sezione quarta del Consiglio di Stato (Pres. Raffaele Greco, Est. Emanuela Loria) con l'ottima ordinanza 17 marzo 2022, n. 1949.

Per la puntualità delle sue argomentazioni, l'atto di promovimento merita il richiamo di alcuni suoi passi: «[…] la nuova disposizione statale introdotta nel 2013, intervenendo in materia di competenza concorrente senza porre alcun confine di principio al potere di deroga attribuito a tutte le regioni rispetto alle preesistenti norme statali, senza assolvere alla funzione propria attribuita dalla Costituzione allo Stato di individuare i principi, così rendendo certamente possibili legislazioni regionali molto diverse tra di loro, contrasterebbe con l'art. 117, terzo comma, Cost.

[24] Pretesa statutariamente comprensibile per l'ANCE; un pochino meno per le Regioni.

Inoltre, andrebbe esplorato anche un altro possibile profilo di legittimità costituzionale, rispetto all'art. 117, secondo comma Cost. attinente alle materie di competenza esclusiva dello Stato. Si tratta di valori costituzionali che […] sono oramai strettamente correlati alla materia del "governo del territorio", quali la materia attinente alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" [117, secondo comma, lett. m)]. […] Può dunque ritenersi, posto che nella materia del governo del territorio le leggi regionali debbano rispettare le norme di principio della legislazione statale, che il nono comma dell'articolo 41-*quinquies* della legge n. 1150/1942 esprima l'esigenza che le dotazioni di spazi pubblici, infrastrutture, servizi etc. rispondano a criteri di definizione omogenei su tutto il territorio nazionale, non essendo costituzionalmente ammissibile che possano esservi discrasie anche vistose tra Regione e Regione, in virtù dei diversi rapporti e parametri liberamente individuabili dalle diverse legislazioni regionali. […] In definitiva, pur in un quadro costituzionale e legislativo caratterizzato dai principi di sussidiarietà verticale e di prossimità territoriale, in ragione dei quali la regolazione dell'assetto del territorio è rimessa quanto più possibile ai livelli di governo più vicini alle comunità di riferimento, deve ritenersi che la determinazione delle dotazioni infrastrutturali pubbliche o di interesse generale resti riservata al legislatore statale, in quanto ragionevolmente riconducibile all'ambito delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali; in tale prospettiva, al legislatore statale spetta non soltanto individuare i principi fondamentali della materia, sibbene fissare i livelli minimi delle predette prestazioni, rispetto ai quali le normative regionali potrebbero intervenire esclusivamente in senso "rafforzativo"».

Siamo forse a una svolta, e mi auguro che la Consulta condivida gli argomenti limpidamente portati in giudizio dal Consiglio di Stato.

L'importanza di quell'ordinanza, peraltro, non è sfuggita alla Commissione ministeriale istituita per la riforma della normazione sul governo del territorio (ne dirò più avanti), che la richiama per due volte (in apertura e a p. 5) nella relazione che illustra il disegno di legge elaborato *ad hoc*: la «giurisprudenza più recente […] riconosce all'urbanistica una dimensione più ampia e dinamica di quella tradizionale, vedendo nel potere pianificatorio non più un mero strumento di coordinamento delle potenzialità edificatorie della proprietà privata, ma il terreno di elezione della disciplina del territorio per la tutela del diritto di proprietà ma anche degli equilibri socio-economici che devono essere garantiti ai cittadini (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 novembre 2012, n. 6040; id., 10 maggio 2012, n. 2710). Sulla base di tale visione moderna e interdisciplinare

dell'attività di pianificazione, è stata di recente rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2-*bis* del T.U. edilizia, introdotto dal d.l. n. 69/2013, il quale, autorizzando le Regioni a disciplinare le dotazioni a standard anche in deroga ai minimi a suo tempo individuati dal d.m. n. 1444/1968, attuativo dell'articolo 41-*quinquies* della legge n. 1150/1942, introdotto dalla legge n. 765/1967 (cd. "legge Ponte"), consente a ciascuna Regione di determinare livelli anche molto diversi di servizi essenziali, di fatto abdicando al dovere del legislatore statale di dettare *in subiecta materia* regole uniformi per l'intero territorio nazionale (cfr. Cons. Stato, sez. IV, ord. 17 marzo 2022, n. 1949)». E ancora: «Al riguardo, si è ritenuto necessario superare definitivamente il meccanismo incentrato sulla persistente vigenza del d.m. n. 1444/1968, che tanti problemi ha posto e tuttora pone in termini di rango delle disposizioni ivi contenute nella gerarchia delle fonti, di loro cogenza e di rapporti con le sopravvenute competenze regionali (come da ultimo confermato proprio dalla già richiamata rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità costituzionale dell'articolo 2-bis del d.P.R. n. 380/2001)».

In discussione davanti alla Consulta nell'udienza del 21 marzo 2023, i dubbi di costituzionalità sollevati dal giudice nostro disegnano perfettamente i nodi non solo del governo del territorio come campo conteso fra le due entità rappresentative in lotta; ma pure quelli di un tardo regionalismo italiano: che ha largamente tradito la sua missione di riequilibrare i divari esistenti fra le aree del Paese, costituendosi invece come fattore di potentati economico-politici sempre più notabilari, centrifughi e autoreferenziali.

9. Chiudo con un po' di ottimismo.

Nella XVIII legislatura, col d.m. 11 novembre 2021, n. 441, il Governo ha «ritenuto necessario dare impulso e contribuire alla riforma organica dei principi della normativa in materia di pianificazione del territorio e standard urbanistici, nonché di riordino e modifica delle disposizioni del Testo unico dell'edilizia, mediante l'elaborazione di uno o più schemi di provvedimento sui quali aprire un dibattito pubblico e raccogliere contributi di riflessione e proposte in vista del riordino complessivo del settore». Per questo fine ha istituito la «Commissione per la riforma della normativa nazionale in materia di pianificazione del territorio, standard urbanistici e in materia edilizia»[25], presieduta da Raffaele Greco (e alla quale ho accennato più sopra).

[25] Gli obbiettivi della Commissione Greco sono puntualmente definiti nell'art. 2 del citato decreto istitutivo n. 441/'21:

La centralità degli standard si mostra evidente già nell'indicazione degli obiettivi generali perseguiti dal citato decreto istitutivo: la «riforma organica dei principi della normativa in materia di pianificazione del ter-

«1. La Commissione ha il compito di provvedere alla elaborazione di uno o più schemi di provvedimento finalizzati alla riforma organica dei principi della legislazione statale in materia di pianificazione del territorio e standard urbanistici, nonché al riordino e alla modifica delle disposizioni contenute nel Testo unico dell'edilizia, con riguardo ai seguenti profili:

- l'individuazione degli obiettivi e dei limiti costituzionali alla legislazione statale in materia urbanistica ed edilizia, tenuto conto della giurisprudenza costituzionale, con particolare attenzione sia alle interferenze con altre materie, sia all'autonomia garantita alle Regioni ed ai Comuni;
- l'individuazione degli obiettivi e dei limiti per la legislazione nazionale derivanti dai valori e dagli obblighi assunti dall'Italia a livello internazionale e nell'Unione europea;
- la declinazione a livello urbanistico degli obiettivi specifici dell'Agenda ONU 2030 per lo sviluppo sostenibile, del programma unionale Next Generation EU, del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e degli obiettivi di contenimento del consumo di suolo e di promozione della rigenerazione urbana propri delle più recenti iniziative legislative parlamentari;
- la declinazione a livello urbanistico dell'evoluzione del Paese sul piano demografico, sociale, economico;
- la ricostruzione delle linee evolutive della legislazione statale in materia urbanistica, dalla legge urbanistica fondamentale del 1942 ad oggi, dando evidenza ai profili di perdurante attualità e a quelli di inadeguatezza agli attuali obiettivi del Paese;
- la rilevazione nella prassi dei maggiori fattori di incertezza, lentezza, criticità, onerosità, difficolta gestionali e contenzioso;
- la rivisitazione della nozione di urbanistica, anche in relazione all'evoluzione delle nozioni di edilizia, paesaggio, beni culturali e ambiente, in modo da assicurare coerenza, chiarezza, efficienza e semplificazione dei procedimenti di programmazione e controllo;
- la precisazione e definizione dei concetti fondamentali del diritto urbanistico così da garantire uniformità a livello nazionale e semplificare conoscenza e rispetto delle regole da parte dei cittadini e degli operatori economici;
- l'individuazione dei principali profili di criticità dell'attuale disciplina delle costruzioni, in un'ottica di semplificazione delle procedure autorizzatorie, di limitazione del consumo di suolo e di armonizzazione con le altre normative di settore, e la elaborazione delle consequenziali proposte di modifica delle disposizioni del d.P.R. n. 380/2001;
- la rilevazione delle *best practices* regionali di innovazione legislativa ritenute suscettibili di integrare la regolazione a livello statale;
- la fissazione di principi e metodologie per garantire la digitalizzazione continuativa, la custodia e la consultazione pubblica dei dati relativi all'assetto territoriale e alla regolazione.

2. All'esito dei lavori, la Commissione presenta al Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, entro il termine di sei mesi a decorrere dalla data del presente decreto, una relazione sull'attività svolta nonché uno o più schemi di provvedimento recanti disposizioni di riforma della legge 17 agosto 1942, n. 1150, e s.m.i., e della normativa attuativa, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, nonché di ogni ulteriore disposizione la cui modifica dovesse rendersi necessaria o opportuna in conseguenza delle opzioni adottate ai sensi del comma precedente».

ritorio e standard urbanistici»; ed è ribadita *in exordio* dall'art. 2, comma 1, del decreto stesso.

L'invito fatto da quel decreto è stato raccolto con grande sensibilità dalla Commissione Greco, che – come ho detto più sopra – ha prodotto un disegno di legge e una relazione illustrativa: la quale già in apertura richiama «la giurisprudenza in ordine alla riconducibilità della disciplina degli standard urbanistici ai "*livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*" ai sensi della precedente lettera *m*), concorrendo gli stessi all'individuazione delle dotazioni minime indispensabili ad assicurare i servizi socio-economici indispensabili alla collettività che fruisce del bene territorio»[26].

Il senso è chiarissimo. Gli standard urbanistici sono elementi costitutivi di tutto il territorio italiano assunto nella sua *interezza* e *indifferenziabilità*: affatto indisponibili, dunque, a subire compressioni su scala regionale.

Non a caso, già l'art. 1, comma 2, di quell'articolato stabilisce: «La presente legge disciplina, altresì, ai sensi dell'articolo 117, comma secondo, lettera m), della Costituzione, i livelli minimi essenziali dei sistemi delle infrastrutture, delle attrezzature urbane e territoriali nonché dei relativi servizi reali e personali da garantire su tutto il territorio nazionale». E il successivo art. 11[27] al comma 2 collega in un rapporto rispettivamen-

[26] Commissione per la riforma della normativa nazionale in materia di pianificazione del territorio, standard urbanistici e in materia edilizia, *Relazione illustrativa*, p. 1.

[27] Per la sua rilevanza ai nostri fini, come pure per una migliore leggibilità delle mie osservazioni di cui nel testo, ritengo opportuno riportare integralmente l'art. 11, rubricato *Dotazioni urbanistiche e territoriali*.

«1. In sede di pianificazione urbanistica si provvede, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, lettera d), e comma 5, lettera f), della presente legge, al reperimento delle aree per attrezzature pubbliche e per servizi pubblici o di interesse pubblico e generale e per le necessarie dotazioni delle attrezzature e dei servizi stessi, nonché per le reti e le infrastrutture occorrenti per garantire l'accessibilità alle attrezzature urbane e territoriali, la mobilità dei cittadini e delle merci e, in generale, il godimento dei beni comuni.

2. Al fine di garantire il conseguimento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili di cui al precedente articolo 1, comma 2, attraverso il raggiungimento dei livelli minimi delle dotazioni urbanistiche e territoriali, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di concerto con il Ministro della funzione pubblica, adottato sulla base di un'apposita intesa in sede di conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, sono stabiliti quantità, parametri e riferimenti che i comuni sono tenuti a osservare in sede di formazione dei nuovi strumenti urbanistici e nella revisione di quelli esistenti, così come definiti al precedente articolo 9, in termini di

te di causa ed effetto «il raggiungimento dei livelli minimi delle dotazioni urbanistiche e territoriali» con «il conseguimento dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili di cui al precedente articolo 1, comma 2».

rapporti massimi tra aree destinate agli insediamenti residenziali, direzionali, commerciali, per la logistica, terziari, e industriali-artigianali, e aree per attrezzature pubbliche e per servizi pubblici o di interesse pubblico e generale, comunque riservate alle attività collettive, a verde pubblico e parcheggi.

3. Nel provvedimento di cui al comma 2, sono considerati ambiti territoriali di riferimento ai fini della verifica degli standard urbanistici:

a) l'ambito della città storica, per tale intendendosi l'insieme integrato delle parti urbane e dei singoli siti e manufatti localizzati nell'intero territorio comunale, che presentano una identità storico-culturale definita da particolari qualità, riconoscibili e riconosciute dal punto di vista dei caratteri morfogenetici e strutturanti dell'impianto urbano e di quelli tipo-morfologici, architettonici e d'uso dei singoli tessuti, edifici e spazi aperti, anche in riferimento al senso e al significato da essi assunti nella memoria delle comunità insediate;

b) l'ambito della città consolidata, per tale intendendosi quella parte della città esistente, stabilmente configurata e definita nelle sue caratteristiche morfologiche e, in alcune parti, tipologiche, in larga misura generata dall'attuazione di strumenti urbanistici esecutivi;

c) l'ambito della città da consolidare, per tale intendendosi quella parte della città esistente solo parzialmente configurata e definita nelle sue caratteristiche di impianto e morfotipologiche, che richiede interventi organici di riqualificazione dei tessuti edilizi, di riordino, di miglioramento e/o completamento di tali caratteri, nonché di infrastrutturazione del territorio, attraverso l'adeguamento e l'integrazione della viabilità, la dotazione di aree per attrezzature pubbliche e per servizi pubblici o di interesse pubblico e generale, comunque riservate alle attività collettive, a verde pubblico e parcheggi;

d) l'ambito della città della trasformazione, per tale intendendosi quella parte di città di nuova edificazione, destinata a soddisfare esigenze insediative, di servizi ed attrezzature di livello locale, urbano e metropolitano e a costituire nuove opportunità di qualificazione dei contesti urbani e periurbani, attraverso interventi finalizzati a garantire la sostenibilità delle trasformazioni, il riequilibrio del deficit degli standard urbanistici, il recupero di quote pubbliche di edificabilità destinate a soddisfare eventuali esigenze compensative e facilitare l'attuazione perequativa, così come definite al successivo articolo 12;

e) l'ambito del territorio extraurbano, per tale intendendosi quelle parti del territorio non ricomprese negli ambiti di cui alle lett. a), b), c) e d) costituite dalle componenti del sistema ecologico-ambientale e agricolo.

4. Agli effetti di cui al comma 3, per la verifica degli standard urbanistici residenziali di livello generale, l'ambito territoriale di riferimento corrisponde all'intero territorio comunale.

5. Per l'ambito della città storica e per l'ambito della città consolidata, le dotazioni di cui al comma 2 possono essere computate, ai fini della determinazione delle quantità minime prescritte dallo stesso comma, in misura doppia di quella effettiva. Quando sia dimostrata l'impossibilità – detratti i fabbisogni comunque già soddisfatti – di raggiungere la predetta quantità minima di spazi su aree idonee, gli spazi stessi sono reperiti entro i limiti delle disponibilità esistenti nelle adiacenze immediate, ovvero su aree accessibili tenendo conto dei raggi di influenza delle singole attrezzature e della organizzazione dei trasporti pubblici.

6. Le regioni, nel rispetto dei rapporti massimi stabiliti ai sensi del comma 2, disci-

A questo fine, l'art. 11, comma 2, prevede che con «decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili di concerto con il Ministro della funzione pubblica, adottato sulla base di un'apposita intesa in sede di conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131, sono stabiliti quantità, parametri e riferimenti che i comuni sono tenuti a osservare in sede di formazione dei nuovi strumenti urbanistici e nella revisione di quelli esistenti, così come definiti al precedente articolo 9, in termini di rapporti massimi tra aree destinate agli insediamenti residenziali, direzionali, commerciali, per la logistica, terziari, e industriali-artigianali, e aree per attrezzature pubbliche e per servizi pubblici o di interesse pubblico e generale, comunque riservate alle attività collettive, a verde pubblico e parcheggi»[28].

Qui eviterei però l'utilizzo di una fonte regolamentare a base consensuale, vista l'esperienza assolutamente negativa dell'intesa tra Stato, Regioni ed enti locali del 1° aprile 2009 che ha portato al "piano" casa; e considerata la fragilità formale – dunque l'aggredibilità in genere – di

plinano quantità e qualità delle prestazioni e dotazioni territoriali, considerando anche le specificità socio-economiche e territoriali dei comuni e le diversità di fabbisogni. Individuano, inoltre, le opere e le misure di ordine gestionale necessarie al soddisfacimento delle esigenze dei servizi di cui al comma 1. Disciplinano, altresì, la monetizzazione degli standard urbanistici per le aree non reperite nell'ambito di interventi diretti e indiretti, per effetto dell'applicazione del comma 3, lettere a) e b), e del comma 5.

7. I comuni, in sede di formazione dei nuovi strumenti urbanistici e nella revisione di quelli esistenti, così come definiti al precedente articolo 9:

a) individuano il fabbisogno pregresso e futuro e lo stato effettivo di accessibilità e di fruibilità dei servizi pubblici e di interesse pubblico e generale esistenti;

b) individuano gli ambiti territoriali di riferimento ai fini della verifica degli standard urbanistici, di cui al comma 3, lettere a), b), c), d), ed e);

c) prevedono, previa considerazione delle politiche sociali già in essere o che si prospettano, le modalità, i criteri e i parametri tecnici ed economici relativi alla creazione e alla qualità dei servizi stessi, incentivando, per quanto possibile, il concorso di soggetti privati, in applicazione del principio di sussidiarietà».

[28] Così, sul punto, la *Relazione illustrativa*, cit., p. 5: «è previsto che i nuovi parametri per l'edificazione e per le dotazioni infrastrutturali e dei servizi siano stabiliti con apposito provvedimento regolamentare a valle di un accordo tra Stato, Regioni e Province autonome, da sottoscrivere ai sensi dell'articolo 8, comma 6, della legge 5 giugno 2003, n. 131. A tale previsione si accompagna una ridefinizione generale dei diversi ambiti territoriali, che supera la distinzione in "zone" del d.m. n. 1444/1968 ponendosi maggiormente in linea con le moderne esigenze di flessibilità e sviluppo del territorio, e sulla cui base le Regioni e gli enti locali potranno esplicare la propria potestà normativa e amministrativa in materia di pianificazione».

una normazione non protetta dal rango legislativo.

Aspetto ben presente, peraltro, alla Commissione, come si legge nella relazione illustrativa: «si è ritenuto necessario superare definitivamente il meccanismo incentrato sulla persistente vigenza del d.m. n. 1444/1968, che tanti problemi ha posto e tuttora pone in termini di rango delle disposizioni ivi contenute nella gerarchia delle fonti, di loro cogenza e di rapporti con le sopravvenute competenze regionali»[29].

Sempre l'art. 11 del disegno di legge, poi, al comma 6 recita: «Le Regioni, nel rispetto dei rapporti massimi stabiliti ai sensi del comma 2, disciplinano quantità e qualità delle prestazioni e dotazioni territoriali, considerando anche le specificità socio-economiche e territoriali dei comuni e le diversità di fabbisogni. Individuano, inoltre, le opere e le misure di ordine gestionale necessarie al soddisfacimento delle esigenze dei servizi di cui al comma 1. Disciplinano, altresì, la monetizzazione degli standard urbanistici per le aree non reperite nell'ambito di interventi diretti e indiretti, per effetto dell'applicazione del comma 3, lettere a) e b), e del comma 5».

Nessuna possibilità di deroga è stata dunque concessa alle Regioni, se non m'inganno. In tal modo, il loro ruolo – è evidente – ne esce giustamente ridimensionato.

Anzi. Direi che la Commissione Greco è stata – a mio avviso – sin troppo fiduciosa e benevola verso le Regioni, cui ha comunque lasciato carta bianca nel regolare la monetizzazione degli standard: un profilo cruciale che richiederebbe forse la previsione di principi generali di matrice statale.

È vero, infatti, che nel d.d.l. la monetizzazione è stata prevista come meccanismo assolutamente residuale: utilizzabile *solo* per i due ambiti territoriali della «città storica» (*ex* art. 11, comma 3, lett. b) e della «città consolidata» (*ex* art. 11, comma 3, lett. b); e *solo* quando – dice il comma 5 dell'art. 11 – sia dimostrata l'impossibilità, detratti i fabbisogni comunque già soddisfatti, di raggiungere le quantità minima di standard su aree idonee, ovvero entro i limiti delle disponibilità esistenti nelle adiacenze immediate, ovvero ancora su aree accessibili tenendo conto dei raggi di influenza delle singole attrezzature e della organizzazione dei trasporti pubblici.

Ma è anche vero che le Regioni – cui la fantasia poietica in certi casi non fa difetto – potrebbero usare questa competenza come leva per rientrare in modo interstiziale nel gioco normativo da cui il d.d.l. le ha

[29] *Relazione illustrativa*, cit., p. 5.

provvidamente escluse: per esempio, approfittando delle maglie regolative che i non pochi concetti (inevitabilmente) indeterminati racchiusi nel comma 5 disegnano in modo abbastanza largo.

Confido ancora nel ritorno di un neocentralismo equilibrato e savio, che restituisca allo Stato quel ruolo di garante e custode della cittadinanza comune sottrattogli da decenni di regionalismo avventato e onnivoro.

Quasi come direbbe il Comandante, alto in volo sulle azzurrità di Càttaro: *iterum rudat leo.*

QUALI PIANI PER I PORTI ITALIANI? RIPRESA (ECONOMICA) E RESILIENZA (DEL MONADISMO) NELL'ULTIMA DISCIPLINA DELLA PIANIFICAZIONE PORTUALE*

di Marco Ragusa

SOMMARIO: 1. Porto moderno e pianificazione: notazioni preliminari per l'inquadramento del tema. – 2. L'esperienza concreta della pianificazione portuale fino al 2016. – 3. La pianificazione portuale dalla riforma del 2016 al decreto infrastrutture del 2021. – 3.1. Sulla coerenza interna della pianificazione portuale. – 3.2. Sulla coerenza tra pianificazione portuale e pianificazione territoriale e urbanistica. – 3.3. Sulla coerenza tra pianificazione portuale e pianificazione del sistema portuale (e trasportistico) nazionale. – 4. Brevi conclusioni.

1. *Porto moderno e pianificazione: notazioni preliminari per l'inquadramento del tema*

La pianificazione dello spazio portuale è una delle più interessanti prospettive dalle quali può osservarsi la fisionomia giuridica del 'porto moderno': di un porto, cioè, che non è più origine prima e destinazione ultima di traffici commerciali, ma elemento di connessione tra una pluralità indeterminata di punti (di origine e di destinazione) oltremare e sulla terraferma.

La nascita di questa nozione coincise storicamente con l'affermazione del vapore, con l'istituzione di linee regolari di navigazione per il traffico merci e con gli interventi di ampliamento e sistemazione dei principali scali italiani che fronteggiarono questi epocali cambiamenti[1].

* Dedico lo scritto (già pubblicato sul n. 3/2021 della *Rivista giuridica dell'edilizia*) al Prof. Salvia, al quale sono legato da sentimenti di stima e affetto e con il quale il dialogo sulla pianificazione portuale dura ormai da molti anni: dei suoi consigli, delle sue intuizioni e delle sue formidabili provocazioni è debitrice buona parte della ricerca che ho fino a oggi condotto sul tema.

[1] La prima e più rappresentativa fu notoriamente l'esperienza genovese. L'occasione degli interventi di ampliamento e sistemazione fu offerta dalla donazione di venti milioni di lire fatta da Raffaele Luigi de Ferrari, duca di Galliera, che consentì, nel 1876, di realizzare grandi opere nel porto di Genova mediante la stipulazione di una convenzione con il Governo del Re (11 aprile 1876) approvata con l. 9 luglio 1876, n. 3230 (v., in particolare, l'art. 9), nel tentativo di eguagliare il primato del porto austriaco di Trieste: cfr. G. ASSERETO, G. DORIA, P. MASSA PIERGIOVANNI, L. SAGINATI, L. TAGLIAFERRO (a cura di),

In questa era "proto-logistica"[2], la missione del porto divenne appunto quella di collegare le due macchine a vapore (le navi, a mare, le locomotive, a terra)[3], missione che richiese radicali trasformazioni, in un'epoca "pre-urbanistica"[4], tanto delle aree portuali, quanto del territorio circostante.

E la pianificazione permase, dal punto di vista giuridico, un importantissimo angolo visuale dal quale osservare il porto anche nel periodo di tempo (lungo quasi un secolo) che separa il tramonto di questa visione proto-logistica dagli albori dell'era logistica contemporanea[5] .

Anche la trasformazione del porto in uno strumento posto essenzialmente a servizio di un'area o di un distretto industriale, infatti, ha visto nella pianificazione un elemento portante: basti dire che il porto

I duchi di Galliera. Alta finanza, arte e filantropia tra Genova e l'Europa nell'Ottocento, Genova, 1991, cit. in S. Bologna, *Le multinazionali del mare. Letture sul sistema marittimo-portuale*, Milano, 2010, 29 ss; G. Doria, *Investimenti e sviluppo economico a Genova alla vigilia della prima guerra mondiale*, I, Milano, 1969, 182 ss..

[2] Così S. Bologna, *op. cit.*, 22 ss.

[3] "Le ferrovie hanno accresciuto infinitamente l'influenza de' commerci sulla vita intellettuale, intrecciandosi in terraferma ad una gran rete di comunicazioni brevi e sollecite, ed operando sui continenti il pareggio fra produzione e consumo. Il principale loro merito sta però in ciò, che congiungono al mare i più discosti territorj, i quali sono in tale guisa resi accessibili al commercio marittimo, cui servono di complemento, stabilendo così le ferrovie la comunicazione fra i mercati dell'interno e le più lontane regioni del globo terracqueo": così, dall'angolo visuale del più grande porto (non ancora) italiano, a metà Ottocento, P. Revoltella, *La compartecipazione dell'Austria al commercio mondiale. Considerazioni e proposte*, Trieste, 1864, 3 s.

[4] A. D'Amico Cervetti, *Demanio marittimo e assetto del territorio*, Milano, 1983, 69, ove si sottolinea in particolare la simmetria tra il progetto regolatore di massima previsto dall'art. 21 della legge istitutiva del Consorzio autonomo del Porto di Genova (l. 12 febbraio 1903, n. 50) e il piano di ampliamento previsto dalla legge generale sull'espropriazione per pubblica utilità del 1865 (l. 25 giugno 1865, n. 2359, artt. 93 e 94).

[5] La trasformazione della primigenia idea di porto moderno si registra già alla vigilia della grande guerra e si accompagna, com'è noto, a un diverso impatto della seconda rivoluzione industriale sull'economia: impatto che è rappresentato dal prorompente diffondersi lungo le coste italiane di porti industriali e dal proliferare di aree industriali anche all'interno di porti originariamente aventi una vocazione commerciale. Cfr., anche per specifici riferimenti alla 'industrializzazione' del porto di Trieste, S. Bologna, *op. cit*., 24 ss.. Per le peculiarità che, sul piano giuridico, il porto industriale presenta rispetto al porto commerciale v. F. Benvenuti, *Ordinamento giuridico dei porti, con particolare riguardo a quelli industriali*, in *Mondo economico*, XIX, 1964, 223 ss., ora in Id., *Scritti giuridici*, III, 2321 ss.; M. Casanova, *Gli enti portuali*, Milano 1971, 176 ss; E. Guicciardi, *Problemi giuridici attuali dell'attività portuale*, in Aa.Vv., *Atti del Convegno di studi sugli aspetti giuridici ed economici della produttività dei porti*, Roma, 1962, 47 ss.. Sulla proliferazione dei porti industriali innescata dall'intervento della Cassa per il Mezzogiorno, v. in particolare G. Sirianni, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981.

industriale è componente di una trasformazione territoriale spesso ben più vasta rispetto all'estensione delle aree portuali e, pertanto, la sua pianificazione interseca le scelte urbanistiche (o ne è addirittura la formale e diretta matrice, come nel caso di Venezia-Marghera[6]).

Dalle origini del porto moderno fino al declino dei porti industriali, la pianificazione portuale è rimasta però priva di un unitario paradigma normativo: erano prevalentemente le singole leggi istitutive degli enti portuali a dettare direttamente uno schema pianificatorio, o più spesso, a rimettere agli stessi enti il compito di provvedere alla pianificazione delle aree che ne definivano la competenza territoriale, secondo procedimenti variamente articolati[7].

Può ben comprendersi, allora, la portata innovativa della legge n. 84/1994[8], la quale, sostituendo un unico modello di ente gestore dei principali porti italiani all'eterogeneo e frammentario modello di ente portuale descritto dalla previgente legislazione speciale (art. 6)[9], ha altresì introdotto un paradigma unitario di pianificazione portuale (art. 5)[10].

Considerare i tre principali obiettivi perseguiti dal legislatore del 1994 è indispensabile per cogliere in modo più netto la rilevanza delle modifiche da ultimo apportate dalla l. n. 156/2021, in sede di conversione del d.l. n. 121/2021[11] ("decreto infrastrutture 2021"), con cui si è data

[6] Con d.l. lgt. 26 luglio 1917, n. 1191, è approva la convenzione fra lo Stato, il comune di Venezia e la Società Porto industriale di Venezia "relativa alla concessione della costruzione del nuovo porto di Venezia, in regione di Marghera, ed ai provvedimenti per la zona industriale e il quartiere urbano" (art. 5). Alla società (art. 6) è affidato il potere di curare le espropriazioni necessarie alla realizzazione del piano di sviluppo industriale e portuale oggetto della convenzione e al comune quello di provvedere analogamente sul (residuo) versante urbanistico (il "quartiere urbano"). Tutte le opere (art. 1) sono dichiarate, per legge, di pubblica utilità.

[7] G. Pericu, *Porto (Navigazione marittima),* in *Enciclopedia del diritto*, 1985, 430 ss.; A. D'Amico Cervetti, *op. cit.*, 78 ss.

[8] L. 28 gennaio 1994, n. 84 (Riordino della legislazione in materia portuale), d'ora innanzi anche "legge Porti".

[9] Sulla portata del cambiamento, per tutti, v. A. Romagnoli, *L'Autorità portuale: profili strutturali e funzionali*, Bologna, 2003; A.M. Citrigno, *Autorità portuale. Profili organizzativi e gestionali*, Milano, 2003; S.M. Carbone, F. Munari, *La disciplina dei porti tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2006, segn. 137 ss.; v. anche M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici. Una ipotesi sul valore attuale del demanio portuale*, Napoli 2017, 213 ss.

[10] Per un'approfondita analisi del contesto giuridico in cui si inquadra la disciplina della pianificazione portuale introdotta nel 1994 e sulle sue implicazioni, v. per tutti G. Acquarone, *Il piano regolatore delle autorità portuali*, Milano 2009.

[11] L'art. 4, c. 1 *septies*, d.l. 10 settembre 2021, n. 121, inserito in sede di conversione

attuazione alle indicazioni dettate, in materia di pianificazione portuale, dal Piano nazionale di ripresa e resilienza[12].

i) Il primo obiettivo del legislatore del 1994 consisteva nel dotare la pianificazione portuale di razionalità, di una coerenza interna che rendesse ogni scalo marittimo un sistema organico. Il legislatore ha inteso, cioè, sottrarre le scelte infrastrutturali all'interferenza di interessi contingenti, privi di una visione unitaria di sviluppo di ciascun porto.

La gestione dello spazio portuale era del resto divenuta, con la legge n. 84/1994, la funzione principale degli enti gestori, destinatari di un tassativo divieto di operare sul mercato delle operazioni portuali: principalmente mediante la razionale amministrazione delle aree l'AP avrebbe dovuto perseguire lo scopo del loro efficiente impiego da parte delle imprese operanti sui mercati dei servizi all'utenza in regime di autorizzazione o di concessione[13].

L'art. 5 della legge n. 84 del 1994 ha dunque attribuito a un piano regolatore portuale (PRP) il compito di "delimitare" l'ambito portuale e di "disegnare" l'assetto complessivo del porto, "ivi comprese le aree destinate alla produzione industriale, all'attività cantieristica e alle infrastrutture stradali e ferroviarie", individuando "le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate".

Le competenze pianificatorie delle Autorità portuali erano insomma ben più estese rispetto alla mera programmazione di singoli interventi

dalla l. 9 novembre 2021, n. 156 ha apportato all'art. 5 della l. n. 84/1994 rilevanti modifiche (v. *infra*, nota 36), su cui v. diffusamente *infra*, § 3 ss.

[12] Il Piano nazionale di ripresa e resilienza delinea, infatti, all'interno della Missione 3 ("Infrastrutture per una mobilità sostenibile"), una "componente M3C2" ("Intermodalità e logistica integrata"), il cui obiettivo 1 ("Sviluppo del sistema portuale") è affidato a tre proposte di riforma del quadro normativo vigente: prima fra queste è, appunto, la "Riforma 1.1. Semplificazione delle procedure per il processo di pianificazione strategica", di cui il d.l. infrastrutture 2021, nel testo approvato in sede di conversione, costituisce attuazione.

[13] Com'è noto, la principale innovazione della legge n. 84/1994 sull'ordinamento portuale è il divieto per le AP (originariamente disposto dall'art. 6, c. 6) di esercitare "direttamente [o] attraverso la costituzione o la partecipazione in società […] la gestione delle operazioni portuali di cui all'articolo 16, comma 1, e di ogni altra attività strettamente connessa". Per la valenza sistematica che può essere attribuita a questo divieto (come espressione di un principio di separazione tra regolazione e gestione delle attività economiche o, piuttosto, del diverso principio di separazione tra gestione – economica – dell'infrastruttura e gestione – economica – dei servizi per suo tramite erogabili, cfr. M. Ragusa, *Una nuova fisionomia giuridica per i gestori dei porti italiani. O forse due? Sulla distanza di approccio tra il d.lgs. n. 169 del 2016 e il Regolamento (Ue) n. 2017/352*, in Diritto e Società, 2/2017, 223 ss. e, più ampiamente, Id., *Porto e poteri pubblici*, cit., 296 ss.

infrastrutturali[14]: le decisioni assunte dal PRP avrebbero dovuto proiettarsi su un orizzonte temporale di medio-lungo periodo e fungere, a rigore, da indirizzo e limite per la programmazione infrastrutturale di breve periodo, rimessa ai Piani operativi triennali (POT)[15].

ii) Il secondo obiettivo del legislatore del 1994 è stato quello di armonizzare le trasformazioni del territorio portuale con un ambito pianificatorio più esteso, rappresentato dalla pianificazione territoriale, in generale, e urbanistica, in particolare.

L'ampia definizione normativa dell'oggetto del PRP configurava anche quest'ultimo, già nell'impianto originario della legge Porti, come uno strumento dotato di una valenza, in senso stretto, territoriale: ciò ha imposto l'introduzione di meccanismi di raccordo con le altre forme di pianificazione che, a fini differenti da quelli perseguiti dalle Autorità portuali, avessero a oggetto l'ambito del porto o il territorio circostante.

Rispetto alla pianificazione urbanistica, il cui oggetto è esteso al demanio marittimo sin dal 1967[16], il PRP non era dotato di alcuna efficacia derogatoria: il testo originario dell'art. 5, c. 2, l. n. 84/1994 stabiliva infatti che le sue previsioni non potessero "contrastare con gli strumenti urbanistici vigenti".

Sul piano procedimentale, la legge attribuiva alle regioni la competenza ad approvare il PRP e quest'ultimo non poteva essere adottato in difetto del raggiungimento di un'intesa con i comuni interessati[17]: le scel-

[14] Con questo non si intende aderire alla diffusa convinzione, talvolta acriticamente fatta propria anche dalla giurisprudenza amministrativa (v. ad. es., da ultimo, *Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2020 n. 8356*, par. 1.2.) secondo cui i 'vecchi' piani portuali "costituivano soltanto strumenti di programmazione delle infrastrutture strumentali allo svolgimento delle attività del porto, erano cioè piani di "opere""; al contrario, è noto come in molti casi tali strumenti rivelassero una valenza effettivamente pianificatoria dal punto di vista territoriale (cfr. i riferimenti bibliografici di cui alla precedente nota 7). È tuttavia evidente il cambio di passo che si registra con la legge n. 84 del 1994, ove il PRP rappresenta un modello innovativo (e universale) che ambisce a legare a stretto filo, in chiave strategica, pianificazione delle aree e delle attività: in argomento v. G. ACQUARONE, *op. cit.*, 337 ss.

[15] Cfr. art. 5, c. 10, art. 9, c. 3, lett. *a)* e art. 7, c. 3, let. *a)* del testo originario della l. n. 84/1994.

[16] Nel 1967, la l. 6 agosto 1967, n. 765 ("legge Ponte") modifica la legge urbanistica (l. 17 agosto 1942, n. 1150), inserendo all'art. 31, c. II, la previsione secondo cui, per le "opere da eseguire su terreni demaniali, *compreso il demanio marittimo*, ad eccezione delle opere destinate alla difesa nazionale, compete all'Amministrazione dei lavori pubblici, d'intesa con le Amministrazioni interessate e sentito il comune, accertare che le opere stesse non siano in contrasto con le prescrizioni del piano regolatore generale o del regolamento edilizio vigente nel territorio comunale in cui esse ricadono".

[17] Ai sensi dell'art. 5, c. 3, del testo originario della l. n. 84/1994 "Nei porti di cui al

te dell'AP erano dunque soggette al gradimento degli enti locali ben oltre il limite formale rappresentato dagli strumenti urbanistici "vigenti".

La sostanziale equi-ordinazione, in materia di pianificazione portuale, tra Autorità portuali ed enti territoriali minori trovò ulteriore sostegno, dapprima, nel d.p.c.m. 21 dicembre 1995[18], successivamente nell'art. 105 d.lgs. n. 112/1998[19] e, infine, nella revisione del titolo V della parte II della Costituzione[20].

iii) Terzo obiettivo del legislatore del 1994, infine, è stato quello di

comma 1 nei quali è istituita l'autorità portuale, il piano regolatore è adottato dal comitato portuale, previa intesa con il comune o i comuni interessati. Nei porti di cui al comma 1 nei quali non è istituita l'autorità portuale, il piano regolatore è adottato dall'autorità marittima, previa intesa con il comune o i comuni interessati. Il piano è quindi inviato per il parere al Consiglio superiore dei lavori pubblici, che si esprime entro quarantacinque giorni dal ricevimento dell'atto. Decorso inutilmente tale termine, il parere si intende reso in senso favorevole". Il comma 4 stabiliva che "Il piano regolatore relativo a porti di cui alla categoria II, classi I, II e III, esaurita la procedura di cui al comma 3, è sottoposto, ai sensi della normativa vigente in materia, alla procedura per la valutazione dell'impatto ambientale ed è quindi approvato dalla regione".

[18] Con il d.p.c.m. 21 dicembre 1995 si è data attuazione, con un ritardo di diciassette anni sul termine originariamente previsto, all'art. 59, c. 2, del d.p.R. 24 luglio 1977, n. 616, che aveva disposto la delega in favore delle regioni del complesso di funzioni amministrative da esercitare sul demanio marittimo destinato a un'utilizzazione turistica o ricreativa, in tutte le aree non espressamente qualificate come "di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima" (art. 59, c. 1). La giurisprudenza amministrativa (con l'avallo della Corte costituzionale) ha costantemente ritenuto che la mancata adozione del provvedimento di classificazione delle aree di interesse nazionale di cui all'art. 59, c. 2, d.p.R. 616/1977 cit. rendesse inapplicabile la delega di funzioni di cui al primo comma, lasciando così ogni competenza attratta in orbita ministeriale, anche qualora l'utilizzazione prevista avesse finalità turistiche e ricreative: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 2 giugno 1987, n. 358 e n. 359, e Corte cost., ord. 19 maggio 1988, n. 579: "L'operatività della delega alle regioni di funzioni amministrative sul litorale marittimo […] per finalità turistiche e ricreative, è subordinata – ai fini della delimitazione dell'ambito territoriale delle funzioni stesse – al potere statale, non sottoposto a termini perentori e attribuito in via permanente, di identificare le "aree di preminente interesse nazionale in relazione agli interessi della sicurezza dello Stato e alle esigenze della navigazione marittima"". Sul ruolo centrale del citato d.p.c.m. del 1995 cfr. M. Casanova, *Il demanio marittimo*, in A. Antonini (a cura di), *Trattato breve di diritto marittimo*, I, 209 ss.

[19] La norma ha disposto il conferimento a Regioni ed enti locali delle funzioni di "rilascio di concessioni di beni […] del demanio marittimo e di zone del mare territoriale per finalità diverse da quelle di approvvigionamento di fonti di energia" con la sola eccezione, oltre che delle "aree di interesse nazionale individuate con il decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 21 dicembre 1995", dapprima di tutti i porti e successivamente, a seguito della novella apportata al citato art. 105 nel 2001, dei soli porti di interesse economico nazionale o internazionale.

[20] V. *infra*, nota 95

rendere le prospettive di trasformazione e di crescita di ciascuno scalo coerenti con un ambito pianificatorio ancora più esteso, quello del sistema portuale (e, più in generale, trasportistico) nazionale: per questo, le due macro-funzioni attribuite al PRP (*delimitare* l'ambito portuale e attribuire una *vocazione funzionale* alle aree in cui questo si articola) erano arginate da un limite posto dall'alto, mediante due rilevanti poteri attribuiti al Ministero dei Trasporti e della Navigazione.

La delimitazione dell'ambito portuale, innanzitutto, presupponeva quella della "circoscrizione territoriale" dell'AP, rimessa a un decreto ministeriale ai sensi dell'art. 6, c. 7. La legge, in realtà, non definiva chiaramente il rapporto tra le nozioni di circoscrizione territoriale e di ambito portuale; tuttavia, benché l'equivocità del dato normativo consentisse di ipotizzare un'estensione dell'ambito (oggetto del PRP) più vasta rispetto a quella della circoscrizione territoriale (definita in sede ministeriale)[21], non poteva dubitarsi che quest'ultima rappresentasse un perimetro invalicabile almeno con riferimento al nucleo essenziale del porto, cioè alle componenti demaniali marittime ricadenti nel suo ambito.

In secondo luogo, a monte della destinazione funzionale delle aree portuali operata dal PRP, si poneva il decreto ministeriale che, ai sensi dell'art. 4, cc. 4 e 5, avrebbe dovuto (previo parere delle regioni e delle Commissioni parlamentari permanenti competenti per materia) classificare ciascun porto della categoria II[22] e definirne altresì le caratteristiche "tipologiche e funzionali"[23].

Ancora più a monte, l'art. 1, c. 1, della legge lasciava intendere (con formula, per vero, assai vaga) che l'applicazione delle nuove regole esi-

[21] Cfr. A. Romagnoli, *op. cit.*, 90; nello stesso senso, ma nella dichiarata prospettiva di assicurare all'Autorità portuale una funzione più penetrante nella pianificazione logistica, M. Maresca, *La governance dei sistemi portuali. Linee di una riforma di dimensione europea*, Bologna, 2006, 92; G. Falzea, *Bene porto ed ambiti della gestione portuale*, in Aa.Vv., *Autorità portuali e nuova gestione dei porti*, Padova, 1998, 70 s.. *Contra* v. G. Acquarone, *op. cit.*, 41 e 63 ss., secondo il quale le porzioni di territorio estranee al demanio marittimo sarebbero state comunque "escluse dall'attività pianificatoria" disciplinata dall'art. 5 della legge n. 84 del 1994.

[22] Ai sensi dell'art. 4, c. 1, l. n. 84/1994, la classificazione dei porti marittimi nazionali della categoria II (cioè non finalizzati, a differenza di quelli di I categoria, alla difesa militare e alla sicurezza dello Stato) era la seguente: "[…] classe I: porti, o specifiche aree portuali, di rilevanza economica internazionale; c) […] classe II: porti, o specifiche aree portuali, di rilevanza economica nazionale; d) […] classe III: porti, o specifiche aree portuali, di rilevanza economica regionale e interregionale".

[23] L'art. 4, c. 3, l. n. 84 del 1994 individuava in via di massima cinque categorie "tipologiche e funzionali": commerciale, industriale e petrolifera, di servizio passeggeri, peschereccia, turistica e da diporto.

gesse il rispetto, sul piano teleologico, delle previsioni del Piano generale dei trasporti (PGT)[24].

2. *L'esperienza concreta della pianificazione portuale fino al 2016*

È noto quanto, in relazione a ciascuno dei tre obiettivi sinteticamente descritti al paragrafo precedente, i risultati raggiunti dalla riforma del 1994 siano stati insoddisfacenti.

Con riferimento all'ultimo (la coerenza tra pianificazione portuale e la pianificazione del sistema portuale e trasportistico nazionale), basti dire che il Ministero ha proceduto esclusivamente alla delimitazione delle circoscrizioni territoriali e, talora, alla loro modifica (al fine di estendere le competenze di alcune AP a scali ulteriori rispetto al loro porto-sede[25]) ai sensi dell'art. 6, c. 7, l. n. 84/1994. Il decreto di classificazione dei porti e delle aree portuali nazionali, invece, non è mai stato emanato.

Una classificazione (*ex lege*) è stata attribuita, nel 1997, soltanto ai porti sede di Autorità portuale e sotto il solo profilo dimensionale: con una modifica all'art. 4 della legge Porti, infatti, è stato stabilito che tali scali marittimi appartenessero "comunque ad una delle prime due classi della categoria II"[26].

Sul piano funzionale, tuttavia, i poteri pianificatori delle AP sono rimasti del tutto privi, tra il 1994 e il 2016, di limiti e indirizzi. E alla man-

[24] La norma stabiliva: "La presente legge disciplina l'ordinamento e le attività portuali per adeguarli agli obiettivi del piano generale dei trasporti, dettando contestualmente principi direttivi in ordine all'aggiornamento e alla definizione degli strumenti attuativi del piano stesso, nonché all'adozione e modifica dei piani regionali dei trasporti".

[25] Si veda, ad es., l'ampliamento (*ex* art. 6, c. 7, l. n. 84/1994) della circoscrizione dell'Autorità portuale di Napoli al porto di Castellammare di Stabia, operata con Decreto ministeriale 18 settembre 2006, n. 23592; della circoscrizione dell'Autorità portuale di Messina all'approdo di Tremestieri, operata con Decreto ministeriale 23 ottobre 2006, n. 23970; della circoscrizione dell'Autorità portuale di Palermo al porto di Termini Imerese, operata con Decreto ministeriale 23 luglio 2007, n. 27432.

[26] Così il comma 1 *bis* dell'art. 4, l. n. 84/1994, introdotto dall'art. 8 *bis* del d.l. 30 dicembre 1997, n. 457, convertito con modificazioni dalla l. 27 febbraio 1998, n. 30. Si noti, peraltro, che sebbene l'art. 6, c. 8, l. n. 84 del 1994 prevedesse una soglia relativa al volume dei traffici che, ove superata, consentiva l'istituzione di nuove AP presso altri porti italiani, tale requisito non è stato ritenuto rilevante dalla giurisprudenza ai fini dell'inclusione di nuovi porti nella circoscrizione territoriale di un'Autorità già istituita: cfr. Consiglio di Stato, IV, 2 febbraio 2016, n. 387, secondo cui il "modello formale – procedurale" descritto dall'art. 6, c. 8, l. n. 84 del 1994 sarebbe applicabile all'ipotesi di istituzione di nuove Autorità portuali e non invece a quella di estensione "ad altro porto" della circoscrizione territoriale di un'Autorità già esistente.

cata adozione del decreto di classificazione *ex* art. 4, cc. 4 e 5, non hanno di certo supplito né la pianificazione generale dei trasporti nazionale (la quale si è contraddistinta per una radicale ineffettività, massimamente acuita dall'entrata in vigore della legge Obiettivo[27]), né gli orientamenti della Commissione europea in materia di reti transeuropee di trasporto (TEN-T), caratterizzati, specie con riferimento ai porti marittimi, da un'estrema vaghezza[28].

[27] Il primo Piano generale dei trasporti (PGT), in applicazione della l. 15 giugno 1984, n. 245, è stato adottato con d.p.c.m. 10 aprile 1986 n. 400900 (in G.U.R.I., 15 maggio 1986, n. 111, Suppl. ord. n. 36) e aggiornato con d.p.R. del 29 agosto 1991, n. 29676. Con il d.p.R. 14 marzo 2001, n. 14667 è stato adottato il Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL), non qualificato quale mero aggiornamento al PGT in quanto espressione di un nuovo modello di pianificazione che, "partendo da nuovi criteri di lettura dei sistemi di trasporto delle persone e delle merci, si è tradotto in un nuovo approccio alla pianificazione dei sistemi di trasporto […] considerati come sistemi integrati, non più suddivisi per modi (aereo, marittimo, terrestre), poiché le modalità di trasporto diventano segmenti intercambiabili della catena e l'azione pianificatoria si concentra sulle opportunità di loro concatenazione" (sez. 6, par. 6.1). Alla fine dello stesso anno, era emanata la l. 21 dicembre 2001, n. 443 ("legge Obiettivo") la quale introduceva uno strumento di programmazione delle opere di interesse strategico sostanzialmente svincolato da una propedeutica fase di pianificazione generale. La legge, infatti, affidava il compito di individuare "le infrastrutture pubbliche e private e gli insediamenti produttivi strategici e di preminente interesse nazionale da realizzare per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese" a un Programma delle Infrastrutture strategiche (PIS – art. 1, c. 1) che, benché formalmente chiamato a tener conto delle previsioni del PGTL, poteva derogare al disegno di sistema contenuto in quest'ultimo: si prevedeva espressamente che l'inserimento nel primo di opere non comprese nel Piano generale dei trasporti costituisse "automatica integrazione dello stesso". Cfr. G. Acquarone, *op. cit.*, 24 ss.; M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, cit., 135 ss. e 178 ss.; N. Rangone, *Le programmazioni economiche. L'intervento pubblico tra piani e regole*, Bologna, 2007, 76 ss.. Sul sistema delle infrastrutture strategiche istituito dalla legge Obiettivo v. G. Montedoro, R. Dipace, *Gli appalti di opere. Dal collegato infrastrutture alla legge obiettivo*, Milano, 2003, segn. 1 ss., 189 ss.; Aa.Vv., *La realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2003; F. Cintioli, *Modalità di realizzazione – artt. 173, 174, 175, 176, 177*, in G.F. Ferrari – G. Morbidelli (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, II, Milano, 2013, 682 ss.; F. Bassanini, L. Casini, C. Iaione, L. Torchia, *Programmazione, decisione e localizzazione degli impianti e delle infrastrutture strategiche. Proposte di riforma delle regole e delle procedure*, in *ASTRID-Rassegna*, 10/2010, segn. 36 ss. e 62 ss.; G. Berti, *La «legge obiettivo» nel quadro costituzionale*, in M.A. Cabiddu (a cura di), *Modernizzazione del paese. Politiche opere servizi pubblici*, Milano, 2005; P. Casadio, M. Paccagnella, *La difficile programmazione delle infrastrutture in Italia*, in Aa.Vv., *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Banca d'Italia, 2011, 293 ss.; v. anche il *Rapporto 2009 – Infrastrutture e territorio* dell'Associazione Italiadecide, Bologna, 2009, segn. 47 ss. e 165 ss.

[28] Emblematici i rilievi del Gruppo ad alto livello sulla rete transeuropea di traspor-

Cosicché, sia per quanto attiene alla delimitazione dell'ambito, sia, soprattutto, con riferimento alle decisioni in materia di destinazione funzionale delle aree portuali, il PRP si è rivelato, nei fatti, l'unica sede idonea ad assumere le pertinenti decisioni: il piano portuale è stato insomma gravato di una missione ben più ampia rispetto a quella che la legge n. 84/1994 aveva formalmente inteso attribuirgli.

L'omessa definizione di vincoli e indirizzi, lungi dal rendere più spedita e agevole l'approvazione dei PRP, ha peraltro rappresentato uno dei fattori di complicazione che hanno condotto al fallimento anche del secondo obiettivo a cui sopra si accennava, cioè la ricerca di un'armonia tra pianificazione portuale e pianificazione urbanistica. Anche l'estrema ampiezza del campo di confronto tra comuni marittimi e Autorità portuali ha, infatti, contribuito a rendere estremamente difficoltosa la composizione tra gli interessi del porto e quelli della città all'interno del procedimento di cui all'art. 5 l. n. 84/1994: nel corso dei 22 anni che separano l'entrata in vigore della legge dalla sua riforma del 2016[29], soltanto alcune Autorità portuali sono riuscite a dotarsi di un piano regolatore di nuova generazione; tra queste, pochissime sono addivenute all'adozione di un PRP in tempi ragionevoli.

L'intesa tra AP e comuni interessati, prevista dall'art. 5, c. 3, l. n. 84/1994, si è insomma rivelata, in molti casi, pressoché impossibile da raggiungere: il dissenso degli enti locali è stato, così, in grado di neutralizzare in radice ogni aspettativa dell'Autorità portuale alla pianificazione dello scalo[30].

to, presieduto da Karel Van Miert, incaricato dalla Commissione europea di individuare i progetti prioritari inerenti alla TEN-T sino al 2020, sulla base delle proposte degli Stati membri e dei Paesi in via di adesione. Nel *Rapporto* del Gruppo Van Miert, matrice degli orientamenti del 2004 (decisione del Parlamento europeo e del Consiglio 29 aprile 2004, n. 884/2004/Ce) si evidenziava, da un lato, la necessità di individuare rapidamente "i grandi assi per agevolare la selezione […] delle priorità per la rete transeuropea"; dall'altro, la circostanza che il gruppo "non ha avuto il tempo di individuare questi assi principali" (K. Van Miert, *High Level Group on the Trans-European Transport Network. Report*, Bruxelles, 2003, 39). Per una panoramica sull'evoluzione degli orientamenti in materia di TEN-T, con particolare attenzione al segmento portuale, v. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, cit., 143 ss.

[29] D.lgs. 4 agosto 2016, n. 169 (Riorganizzazione, razionalizzazione e semplificazione della disciplina concernente le Autorità portuali di cui alla legge 28 gennaio 1994, n. 84, in attuazione dell'articolo 8, comma 1, lettera f), della legge 7 agosto 2015, n. 124).

[30] In argomento v. F. Munari, *Il regime del Demanio Portuale tra competenze delle Autorità Portuali e competenze dei Comuni*, in *Il diritto marittimo*, 4/2003, 1471 ss.; G. Taccogna, *Strumenti urbanistici e demanio marittimo*, *ibid*., 1484 ss.; C. Angelone, *Piani regolatori portuali e strumenti urbanistici: coesistenza di funzioni*, *ibid*., 2/2007, 442

Da qui, necessariamente, il fallimento anche del primo tra gli obiettivi del legislatore del 1994: la ricerca di una coerenza interna delle scelte relative allo sviluppo del porto è rimasta affidata in moltissimi casi ai piani portuali di vecchia generazione (di cui l'art. 27, c. 3, della legge Porti garantiva l'ultravigenza nelle more dell'adozione di un PRP *ex* art. 5) e a episodici e puntuali interventi infrastrutturali, più o meno conformi alle loro previsioni[31].

3. *La pianificazione portuale dalla riforma del 2016 al decreto infrastrutture del 2021*

Con il d.lgs. n. 169/2016, la legge n. 84/1994 è stata oggetto di radicali modifiche, per buona parte sollecitate dal Piano strategico nazionale della portualità e della logistica (PSNPL) adottato con d.p.c.m. del 26 agosto 2015[32].

ss.; G. De Vergottini, *Le competenze in materia di porti alla luce della riforma della Costituzione*, in *Diritto amministrativo*, 4/2001, 593 ss.; G. Acquarone, *op. cit.*, segn. 258 ss. e 303 ss.; M. Immordino, *Pianificazione urbanistica e pianificazione portuale*, in M.R. Spasiano (a cura di), *Il sistema portuale italiano tra funzione pubblica, liberalizzazione ed esigenze di sviluppo*, Napoli, 2013, 389 ss.; M. Ragusa, *La costa, la città e il porto. Il coordinamento tra pianificazione urbanistica e portuale nei porti di interesse nazionale e internazionale*, *ibid*. 393 ss.

[31] Alla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 169/2016, "dopo 22 anni di vigenza della legge 84/94, i piani regolatori portuali redatti ed approvati ai sensi di tale norma, erano solo una decina a fronte di 24 Autorità Portuali esistenti, la maggior parte delle quali ha continuato ad operare (ed opera tutt'ora) con strumenti obsoleti e spesso assolutamente poco approfonditi, redatti in alcuni casi oltre 40/50 anni or sono e completamente inadeguati a governare il cambiamento profondo che ha interessato il settore portuale negli anni recenti": cfr. C. Roncallo, *PRSP e Waterfront*, in *Sistemi di Logistica*, numero speciale 22 gennaio 2018, 35 (consultabile all'u.r.l. *https://www.roccogiordanoeditore.eu/riviste/rivista_sistemi_di_logistica-3/*).

[32] L'art. 29, c. 1, d.l. 11 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla legge 11 novembre 2014 n. 164 ha incaricato il Governo di adottare un "Piano strategico nazionale della portualità e della logistica" al fine "di migliorare la competitività del sistema portuale e logistico, di agevolare la crescita dei traffici delle merci e delle persone e la promozione dell'intermodalità nel traffico merci, anche in relazione alla razionalizzazione, al riassetto e all'accorpamento delle Autorità portuali esistenti". Il PSNPL è stato adottato con d.p.c.m. del 26 agosto 2015 (comunicato della presidenza del consiglio dei ministri, in G.U. serie gen., n. 250 del 27 ottobre 2015). È opportuno sin d'ora evidenziare che la Corte Costituzionale, con sentenza 11 dicembre 2015, n. 261 (in *Giurisprudenza costituzionale*, 6/2015, 2271 B, con nota redazionale), ha dichiarato l'illegittimità della norma "nella parte in cui non prevede che il piano strategico nazionale della portualità e della logistica sia adottato in sede di Conferenza Stato-Regioni".

Elemento centrale della riforma è la sostituzione di quindici Autorità di sistema portuale (AdSP) alle ventiquattro Autorità portuali esistenti alla data della sua entrata in vigore[33]: le competenze di ciascuno dei nuovi enti gestori, grosso modo corrispondenti a quelle delle soppresse AP, sono così state estese a una circoscrizione territoriale costituita (fatta eccezione per le AdSP aventi sede a Trieste[34], Ravenna e Taranto) da una pluralità di scali marittimi.

L'adozione di un modello di ente multi-scalo ha un evidente reflusso sulla struttura della pianificazione portuale e, almeno nelle intenzioni dichiarate nel PSNPL, anche sulla funzione di quest'ultima. Può anzi dirsi che il transito dal *porto* al *sistema portuale* costituisca un mutamento di paradigma che interessa innanzitutto la pianificazione e soltanto di riflesso giustifica un corrispondente cambiamento della fisionomia organizzativa degli enti gestori[35].

L'analisi che segue prenderà a oggetto l'art. 5 l. n. 84/1994 come da ultimo novellato in sede di conversione in legge del d.l. n. 121/2021[36], al

Tuttavia, la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome ha raggiunto, nella seduta del 31 marzo 2016, l'intesa sul PSNPL già approvato anteriormente al pronunciamento della Corte Costituzionale. Dubbi sulla legittimità del procedimento seguito per tale 'sanatoria' *ex post* in F. Monceri, *La "reviviscenza" del Piano strategico nazionale della logistica a seguito dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza Stato-regioni. Considerazioni sul "seguito" della sentenza 261/2015 della Corte costituzionale*, in *federalismi.it*, 23/2016.

[33] Cfr. art. 6, c. 1, e All. A l. n. 84/1994, rispettivamente modificato e inserito dal d.lgs. n. 169/2016. Tale trasformazione del modello di ente gestore recepisce la "Proposta di governance" contenuta al par. 5 del PSNPL, 198 ss.. Per un'analisi generale della riforma v. S.M. Carbone, F. Munari, *I porti italiani e l'Europa. Un'analisi delle regole, della giurisprudenza e della prassi amministrativa per operatori pubblici e privati*, Milano 2019.

[34] L'art. 1 del d.p.R. 29 marzo 2018, n. 57, ha poi inserito nella circoscrizione territoriale dell'AdSP del Mare Adriatico Orientale, originariamente comprendente soltanto il porto di Trieste, anche il porto di Monfalcone.

[35] Cfr. il PSNPL alle pagine 175 ss.

[36] I riferimenti, nel testo, al d.l. n. 121/2021 sono nel prosieguo da intendersi tutti all'art. 4, c. 1 *sepries* del provvedimento (comma introdotto in sede di conversione dalla l. n. 156/2021). Ai sensi del successivo comma 1 *octies* dell'art. 4, "[le] modifiche all'articolo 5 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, di cui al comma 1-septies del presente articolo non si applicano ai documenti di pianificazione strategica di sistema approvati prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto"; il comma 1 *novies*, infine, dispone che le regioni adeguino "i propri ordinamenti alle disposizioni dell'articolo 5 della legge 28 gennaio 1994, n. 84, come da ultimo modificato dal comma 1-septies del presente articolo, entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Le disposizioni del citato articolo 5 si applicano nelle regioni a statuto speciale compatibilmente con i rispettivi statuti e con le relative norme di attuazione".

fine di verificare in che modo i tre obiettivi del legislatore del 1994 possano dirsi mantenuti, mutati o integrati dal quadro normativo vigente. Per ben illustrare la portata di tali ultime modifiche, tuttavia, sarà talora necessario metterle a confronto con il testo dell'art. 5 introdotto dalla riforma del 2016 e con quello derivante dagli interventi normativi succedutisi anteriormente al novembre del 2021[37].

3.1. *Sulla coerenza interna della pianificazione portuale*

Come appena anticipato, l'istituzione delle AdSP ha imposto l'ideazione di una struttura della pianificazione calibrata su "sistemi portuali", anziché su singoli porti; sul piano funzionale, il nuovo modello pianificatorio avrebbe dovuto essere adeguato agli obiettivi (in primo luogo di coerenza interna) esplicitati dal PSNPL.

È vero, infatti, che già il consistente numero delle nuove Autorità consente *ex se* di escludere la coincidenza concettuale tra la odierna nozione di sistema portuale e l'omonima (ma ben più complessa) nozione a cui hanno fatto riferimento i PGT succedutisi a far data dal 1986[38]: il tentativo (fallito[39]) dei piani generali dei trasporti era quello di raccorda-

[37] Successivamente al d.lgs. n. 169/2016, l'art. 5 è stato modificato dal d.lgs. 3 novembre 2017, n. 229 (art. 54, c. 1), poi dall'art. 1, c. 1, lett. *a)* e *b)* del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 232 (decreto correttivo del decreto del 2016), successivamente dal d.l. 16 luglio 2020, n. 76 (art. 48, c. 1, lett. *a), b), c), d)* ed *e)*), convertito con modificazioni dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, poi ancora dal d.lgs. 12 novembre 2020, n. 160 (art. 32), e infine dal citato art. 4 del d.l. n. 121/2021, in sede di conversione (disposta dalla l. n. 156/2021). Il reiterato intervento del legislatore sul testo dell'art. 5 della legge Porti attesta probabilmente, in modo implicito, la centralità, nella riforma, degli aspetti relativi alla pianificazione.

[38] Il primo PGT (D.p.c.m. 10 aprile 1986, cit.) aveva proposto l'istituzione di otto sistemi portuali (Mar Ligure, Alto e Medio Tirreno, Basso Tirreno, Jonio e Basso Adriatico, Alto Adriatico, Medio Adriatico, Sicilia, Sardegna) "intesi non come meri aggregati amministrativi di settore, ma come complessi economico-territoriali che – imperniati sul porto in quanto terminale fondamentale – realizzano un modello organico di offerta di trasporto con integrazione mare-strada-ferrovia-idrovia (aereo) in termini di strategia produttiva globale" (art. 17, cc. 1 e 2).

[39] A seguito dell'adozione del primo PGT, in particolare, è stato emanato il d.l. 17 dicembre 1986, n. 873 (convertito in l. 13 febbraio 1987, n. 26), il quale ha tentato di dare attuazione all'indirizzo dettato dal Piano istituendo per ciascun sistema portuale un "Comitato" (art. 1, c. 4), incaricato di studiare e proporre "le linee programmatiche per l'organizzazione e lo sviluppo delle infrastrutture dei singoli sistemi". Tale soluzione si è tradotta in un nulla di fatto: cfr. il primo aggiornamento del PGT disposto dal il d.p.R. del 29 agosto 1991, n. 29676, ove si evidenzia (*sub* 2.2.) che la l. n. 26/87 "ha dato valore normativo ai sistemi portuali introdotti dal PGT, ma è rimasta inattuata non solo

re in ciascun "sistema", sul versante pianificatorio, l'offerta di infrastrutture e servizi portuali da parte di scali marittimi idealmente ricadenti in un'unica "regione marittimo-territoriale"[40], quando è invece evidente che porti oggi affidati alla gestione di diverse AdSP ben possono proiettarsi a catturare la medesima domanda commerciale.

Ma è altrettanto indubbio che l'aggregazione di più porti sotto la gestione di un unico ente miri a un obiettivo (in senso stretto, anche se in termini relativi) sistemico: quello di scongiurare il rischio della duplicazione di investimenti infrastrutturali, della dispersione di risorse che, nel recente passato, aveva condotto alla creazione di *over-capacity* (e, per converso, di sotto-infrastrutturazione) in molti scali del Paese. "L'introduzione di Sistemi Portuali multi-scalo", si legge nel PSNPL, "permette *in primis* di ottimizzare le infrastrutture, gli spazi e le connessioni lato mare e lato terra esistenti sulla base di una conoscenza dettagliata dei traffici, degli operatori, del tessuto logistico di riferimento e delle potenzialità di mercato". Non la pianificazione di singoli porti, ma solo "Piani Regolatori Portuali coerenti fra loro possono ridurre la necessità di investimenti pubblici, valorizzando le specializzazioni e le singole vocazioni dei porti del sistema"[41].

Ai sensi del vigente articolo 5 della legge Porti, a ogni AdSP è rimessa l'adozione sia di tanti PRP quanti sono i porti appartenenti al suo sistema, sia di uno strumento riferito sistema stesso, nel suo complesso: il Documento di programmazione strategica di sistema (DPSS).

Anteriormente alle modifiche introdotte dal d.l. n. 121/2021, l'art. 5 cit. prevedeva che tanto i PRP, quanto il DPSS, costituissero elementi di un Piano regolatore di sistema portuale (PRSP): con il d.lgs. n. 232/2017[42], il legislatore sembrava aver preso atto, da un lato, che lo strumento di pianificazione di sistema non potesse risolversi nella mera trasposizione del vecchio modello di PRP sulla più ampia circoscrizione territoriale delle AdSP[43] e che fosse invece necessario distinguere l'og-

per quanto riguarda la loro concreta costruzione, ma anche per quanto riguarda la loro stessa circoscrizione territoriale". Con l'art. 1, c. 2, l. n. 84/1994 è stata infine disposta l'espressa abrogazione dell'art. 1, c. 4, d.l. n. 873/1986.

[40] A. Vallega, *Concezione sistemica dei porti e sistemi di porti*, in *Trasporti*, 7/1975, 20 s.. È appunto dalle proposte della geografia economica che trae spunto l'ideazione dei sistemi portuali nel PGT del 1986 e nei successivi aggiornamenti.

[41] Così il PSNPL al par. 5 (200).

[42] L'art. 1, c. 1, del decreto correttivo ha infatti introdotto numerose modifiche all'art. 5 l. n. 84/1994, come modificato dal d.lgs. n. 169/2016.

[43] Quest'ultima era stata, invece, la soluzione escogitata dal d.lgs. n. 169/2016 (art. 6), il quale, novellando il primo comma dell'art. 5 della legge Porti, stabiliva – con for

getto della pianificazione di sistema da quello dei singoli porti in esso ricadenti. D'altro canto, all'interno del PRSP, i due strumenti sembravano differire solo per 'scala', non per qualità: una valenza pianificatoria a carattere territoriale era infatti attribuita sia ai PRP, sia al DPSS (allora acronimo di Documento di *pianificazione* strategica di sistema)[44].

Le citate modifiche apportate nel 2021 all'art. 5 (l'eliminazione del 'contenitore' rappresentato dal PRSP e la trasformazione del DPSS in Documento di *programmazione* strategica di sistema) sono chiari indici dell'intenzione del legislatore di mantenere sostanzialmente immutata la valenza latamente strategica del DPSS, depotenziandone però quella di strumento di pianificazione territoriale e infrastrutturale[45].

mula sostanzialmente identica a quella dettata per il PRP dal testo originario della norma – che nei porti ricompresi nelle circoscrizioni territoriali delle AdSP "l'ambito e l'assetto complessivo dei porti costituenti il sistema, ivi comprese le aree destinate alla produzione industriale, all'attività cantieristica e alle infrastrutture stradali e ferroviarie, sono delimitati e disegnati dal piano regolatore di sistema portuale, che individua, altresì, le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate". Si vedano in proposito le osservazioni contenute nelle Linee Guida predisposte dal Consiglio superiore dei Lavori pubblici nel marzo del 2017: "il legislatore, nell'individuare all'art. 6 del D.Lgs. n. 169/2016 le caratteristiche generali del piano regolatore di sistema portuale, ha utilizzato, di fatto, la stessa definizione, già preliminarmente introdotta, con la quale la Legge n. 84/1994 ha introdotto il PRP"; tale rilievo, secondo le Linee Guida, non avrebbe dovuto "condurre a interpretazioni che non colgano appieno lo spirito innovatore della riforma riguardo la pianificazione portuale. Anche se la definizione di PRdSP, sotto un profilo squisitamente formale, è la stessa di prima, completamente mutato è l'oggetto della pianificazione e il contesto normativo nel quale esso è collocato" (15). Le Linee guida approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sono consultabili sul sito del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili: *mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/pubblicazioni/2017-06/Linee%20guida%20per%20la%20redazione%20dei%20Piani%20Regolatori%20di%20Sistema%20Portuale.pdf*.

[44] A seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. n. 232/2017, l'art. 5 l. n. 84/1994, c. 1 *bis*, stabiliva che "Il documento di pianificazione strategica di sistema: a) definisce gli obiettivi di sviluppo e i contenuti sistemici di pianificazione delle Autorità di sistema portuale; b) individua e perimetra le aree destinate a funzioni strettamente portuali e retro-portuali, le aree di interazione porto-citta' e i collegamenti infrastrutturali di ultimo miglio di tipo viario e ferroviario coi singoli porti del sistema e gli attraversamenti del centro urbano; c) prevede una relazione illustrativa che descrive gli obiettivi e le scelte operate e i criteri seguiti nella identificazione dei contenuti sistemici di pianificazione e rappresentazioni grafiche in numero e scala opportuni, al fine di descrivere l'assetto territoriale del sistema, nonché per assicurare una chiara e univoca identificazione degli indirizzi, delle norme e delle procedure per la redazione dei piani regolatori portuali di cui al comma 1-sexies".

[45] In argomento cfr. F. Di Sarcina, *Prime considerazioni sul nuovo art.5 della legge 84/94, sulla disciplina della pianificazione portuale*, 1, contributo alla consultazione promossa dalla Community "Porti città territori" dell'Istituto Nazionale di Urbanistica

Conferma questa lettura il fatto che, ancora oggi, il DPSS debba definire gli obiettivi di sviluppo dell'Autorità di sistema portuale, ma non più "i contenuti sistemici" della sua pianificazione; contenuti che, nella precedente versione dell'articolo 5, c. 1 *bis*, lett. *c)*, dovevano peraltro essere dotati di un adeguato grado di dettaglio, perché il DPSS doveva contenere "rappresentazioni grafiche in numero e scala opportuni, al fine di descrivere l'assetto territoriale" del sistema portuale.

La stessa intenzione del legislatore (depotenziare il ruolo di strumento di pianificazione territoriale del DPSS) è sottesa, da un lato, all'attribuzione di un ruolo meno che marginale a regioni e comuni, rispetto al passato, nel procedimento che conduce alla sua approvazione[46] e, dall'altro lato, alla previsione secondo cui il Documento "non è assoggettato alla procedura di valutazione ambientale strategica (VAS)" (art. 5, c. 1 *bis*).

Se tali sono gli indici sufficientemente univoci dell'intenzione del legislatore, questione differente è stabilire se questi abbia raggiunto il proprio obiettivo. Al riguardo, la disciplina vigente suscita più di un dubbio.

Rispetto al passato, infatti, il DPSS viene dotato, innanzitutto, della funzione di definire la "giurisdizione" dell'AdSP, nozione che sembra *prima facie* destinata a sostituire quella di "circoscrizione territoriale". Quest'ultima locuzione (come sopra rilevato, senz'altro equivoca anche nell'impianto originario della legge Porti) a seguito delle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 169/2016 ha acquisito un significato tanto ambivalente quanto statico.

Ambivalente, perché la legge fa menzione, senza pretese di chiarezza, sia di una "circoscrizione territoriale" dei porti afferenti al sistema, sia di una "circoscrizione territoriale" del sistema stesso[47]; statico, perché la

– INU sulla nuova normativa in materia di pianificazione portuale. I contributi dei partecipanti sono consultabili sul sito dell'INU all'indirizzo *https://www.inu.it/leggi/13479/la-consultazione-della-community-quot-porti-citta-territori-quot-sulla-nuova-normativa-sulla-pianificazione-portuale-l-intervento-di-francesco-karrer.html*.

[46] V. *infra*, § 3.2.

[47] V., in particolare, l'art. 6, c. 4, l. n. 84/1994, che attribuisce alle AdSP compiti di "indirizzo, programmazione, coordinamento, regolazione, promozione e controllo […] delle operazioni e dei servizi portuali, delle attività autorizzatorie e concessorie di cui agli articoli 16, 17 e 18 e delle altre attività commerciali ed industriali esercitate nei porti *e nelle circoscrizioni territoriali*" (lett. *a)*); di "coordinamento delle attività amministrative esercitate dagli enti e dagli organismi pubblici nell'ambito dei porti e nelle aree demaniali marittime *comprese nella circoscrizione territoriale*" (lett. *c)*) e di amministrazione "in via esclusiva delle aree e dei beni del demanio marittimo ricompresi *nella propria circoscrizione*" (lett. *d)*)

riforma del 2016 ha soppresso il potere ministeriale di delimitazione in precedenza contemplato dall'art. 6, c. 7, di modo che la circoscrizione territoriale delle AdSP finisce col coincidere con la mera somma delle circoscrizioni territoriali dei porti afferenti al sistema, così come in passato definite dai decreti ministeriali emanati per ciascuna delle soppresse AP (*supra*, § 1). La circoscrizione dell'Autorità di sistema, potrebbe aggiungersi, è infine divenuta una nozione monca, poiché tra i porti soggetti all'amministrazione dei nuovi enti soltanto alcuni erano in precedenza sede di Autorità portuale e soltanto per questi, di conseguenza, era stata delimitata una circoscrizione ai sensi del vecchio art. 6, c. 7.

Sono queste incongruenze, probabilmente, ad avere condotto a coniare la nuova nozione di "giurisdizione" in sede di conversione del d.l. n. 121/2021, la quale ricomprende, oltre alla circoscrizione territoriale dell'AdSP, anche ulteriori componenti che vengono appunto individuate, per ciascun porto del sistema, dal DPSS e per suo tramite qualificate (insieme alle circoscrizioni dei singoli porti) come "ambiti portuali" (e così ricondotte all'oggetto pianificatorio dei PRP[48]).

Le modifiche apportate dal d.l. n. 121/2021 consentono dunque di individuare nel DPSS – la cui approvazione è oggi affidata al Ministro delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili – lo strumento deputato a definire l'estensione delle competenze pianificatorie dell'AdSP ai sensi della disciplina vigente.

Non può, inoltre, ignorarsi che al DPSS è rimesso il compito di delimitare, all'interno dell'ambito di ciascun porto dello scalo, le aree portuali, quelle retro-portuali e quelle di interazione porto-città (art. 5, c. 1, lett. *c)*), così individuando, tramite una sostanziale zonizzazione, specifiche porzioni di territorio idonee a divenire oggetto di interventi di trasformazione (e ciò appare tanto più rilevante quanto più si consideri la possibilità che le aree interessate siano costituite da risorse demaniali marittime).

[48] L'interpretazione proposta nel testo, è bene avvertire, è lungi dal risolvere ogni dubbio relativo alla definizione delle nozioni di giurisdizione, di circoscrizione territoriale e di ambito portuale. Basti considerare che, come già rilevato, la legge continua a limitare alla circoscrizione (non alla giurisdizione) il compito dell'AdSP di amministrazione esclusiva dei beni del demanio marittimo (art. 6, c. 4, lett. *e)*; negli stessi termini anche l'art. 8, c. 3, lett. *m)*, l'art. 13, c. 1, lett. *a)* e l'art. 20, c. 5), di modo che la maggiore estensione territoriale della giurisdizione potrebbe essere considerata come limite esclusivamente delle competenze pianificatorie delle AdSP: in questo modo, la nozione di giurisdizione apparirebbe più la trasposizione a livello di sistema portuale del vecchio concetto di ambito portuale, anziché di quello di circoscrizione territoriale (v. *supra*, § 2 *sub iii)*, segn. nota 21).

Infine, il nuovo art. 5, c. 1, lett. *d)* continua ad attribuire al DPSS la competenza a individuare i collegamenti infrastrutturali di ultimo miglio di tipo viario e ferroviario con i singoli porti del sistema: collegamenti che sono "esterni all'ambito portuale" (e che dunque, per definizione, dovrebbero essere esterni anche alla giurisdizione dell'AdSP, ai sensi della citata lettera *b)* dello stesso comma 1), come esterni sono "gli attraversamenti dei centri urbani rilevanti ai fini dell'operatività dei singoli porti del sistema", anch'essi oggetto di individuazione da parte del DPSS.

Sulla base di questi ultimi rilievi, pare che l'intenzione del legislatore del 2021 – cioè il depotenziamento del ruolo del DPSS sotto l'aspetto della pianificazione territoriale – non sia idonea a fugare dubbi di legittimità della neo-introdotta disciplina con riguardo alla direttiva VAS[49], né rispetto al riparto di potestà legislative e attribuzioni disegnato dal Titolo V della Costituzione (v. *infra*, § 4).

È però evidente che tale intenzione è di per sé sufficiente a riversare sui PRP la gran parte delle principali scelte in materia di pianificazione del territorio portuale (e di quelle strategico-commerciali che non possano prescindere da decisioni inerenti alla conformazione e all'uso del territorio stesso)[50].

Il vigente art. 5, c. 1 *ter*, dispone che in ciascuno dei porti amministrati da un'AdSP "l'ambito e l'assetto delle aree portuali e retro-portuali, individuati e delimitati nel DPSS, sono disegnati e specificati nel piano regolatore portuale" e che lo stesso PRP debba "individua[re] analiticamente anche le caratteristiche e la destinazione funzionale delle aree interessate".

[49] Al tema accennano F. Karrer, (senza titolo) e D. Maresca (*Porti, attività pianificatorie più snelle Il frutto avvelenato della semplificazione*) nei rispettivi contributi consultabili sul sito *inu.it*, alla pagina indicata alla precedente nota 45. Cfr. anche A. Berlinguer, *Porti, retroporti ed economia blu: un trinomio possibile?*, *ibid.*, il quale osserva che "il Documento di pianificazione strategica di sistema (DPSS) si è dovuto omologare al trend ed infatti esso ha cambiato nome: non più pianificazione ma programmazione, al mero fine di sottrarlo alla Valutazione ambientale strategica (VAS), percepita come un incubo da parte delle AdSP e da altre amministrazioni competenti". A ingenerare dubbi di contrasto con la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2001/42/Ce è, in primo luogo, la scelta di sottrarre a VAS, in via generale, il DPSS, prescindendo dai contenuti che avranno di volta in volta i Documenti adottati dalle AdSP (per la contrarietà all'art. 3 della direttiva di analoghi provvedimenti normativi, ancorché relativi a "piccole aree a livello locale", cfr. CGUE, 22 settembre 2011, c-295/10, *Genovaitė Valčiukienė e altri v. Pakruojo rajono savivaldybė e altri*).

[50] Osserva efficacemente A. Berlinguer, op. cit., 3, che i piani regolatori portuali "sono stati svincolati da una visione di sistema e calati in una dimensione particellare limitata al singolo scalo".

Stando alla lettera dell'art. 5, c. 1 *quater*, parrebbe peraltro che, nella selezione di tali destinazioni, i PRP possano attingere a *tutte* le funzioni contemplate dall'art. 4, c. 3: risulta insomma confermato che, a livello di pianificazione (*recte*: programmazione) di sistema, possa non stabilirsi alcunché in merito di riparto di funzioni tra le aree che, pur dislocate presso scali differenti, sono comunque soggette alla gestione dell'AdSP.

Il PRP continua a rappresentare il presupposto per la realizzazione di interventi infrastrutturali e, in particolare, di opere pubbliche o di pubblica utilità: rispetto a queste, il nuovo testo dell'art. 5, c. 1 *ter*, incarica il piano portuale di individuare "i beni sottoposti al vincolo preordinato all'esproprio nel rispetto del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di espropriazione per pubblica utilità, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327".

Il vincolo preordinato all'espropriazione può essere tuttavia apposto anche per opere che non siano contemplate dal PRP, attraverso un procedimento in conferenza di servizi semplificata[51]. Questa opzione dovrebbe ritenersi fruibile dall'AdSP, a ben guardare, esclusivamente nel caso in cui la realizzazione dell'opera sia compatibile con la destinazione funzionale attribuita dal PRP all'area in cui la stessa deve essere realizzata: diversamente, non sembrerebbe possibile prescindere dall'adozione di una variante-stralcio ai sensi del comma 4 dello stesso art. 5[52], per la quale il comma 4 *bis* impone il rispetto del "procedimento previsto per l'approvazione del piano regolatore portuale e alla procedura di verifica di assoggettabilità a VAS, ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152".

Tuttavia, qualora ricorrano ragioni di urgenza (dalla legge non meglio identificate), anche la destinazione funzionale delle aree può essere modificata mediante un procedimento semplificato, qualora presso lo scalo sia vigente un qualsivoglia piano portuale: non solo un PRP di nuo-

[51] Ai sensi del secondo e del terzo periodo dell'art. 5, c. 1 *ter* cit., "Se la realizzazione di un'opera pubblica o di pubblica utilità non è prevista dal PRP, il vincolo preordinato all'esproprio, ai sensi dell'articolo 10, comma 1, del citato testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001, può essere disposto dall'Autorità di sistema portuale, mediante una conferenza di servizi ai sensi dell'articolo 14-ter della legge 7 agosto 1990, n. 241. Si applica quanto previsto dall'articolo 13 del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020, n. 120".

[52] La norma stabilisce che il Presidente dell'Autorità di sistema portuale, "autonomamente o su richiesta della regione o del comune interessato, può promuovere e proporre al Comitato di gestione, per la successiva adozione, varianti-stralcio al piano regolatore portuale concernenti la qualificazione funzionale di porzioni del singolo scalo marittimo".

va (post-1994) o nuovissima (post-2016) generazione, ma anche, parrebbe, il piano di una delle soppresse organizzazioni portuali, anteriore al 1994[53]. In questi casi, la modifica può essere disposta direttamente dal Piano operativo triennale, attingendo all'intero novero delle funzioni elencate dall'articolo 4, comma 3, l. n. 84/1994. È vero che per questa eccezionale fattispecie si prevede un'approvazione del POT in sede ministeriale e l'esperimento della procedura per la verifica della sua assoggettabilità a VAS[54]: ma proprio quest'ultima disposizione normativa lascia intendere che tale modalità di attribuzione delle vocazioni funzionali alle aree portuali possa essere strumentale non alla realizzazione di un'opera, ma a interventi complessi, qualificabili come piani o programmi ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152. Pare, insomma, che la fattispecie ecceda di buona misura quella delle "modifiche che non alterano in modo sostanziale la struttura del PRP in termini di obiettivi, scelte strategiche e caratterizzazione funzionale delle aree portuali", per la quale, vigente un piano di ultima generazione, l'AdSP può ricorrere al diverso strumento rappresentato dagli adeguamenti tecnico-funzionali (ATF) di cui al comma 5 dell'art. 5 l. n. 84/1994[55].

[53] Ai sensi del vigente art. 5, c. 1 *sexies*, "Nel caso dei porti in cui siano tuttora in vigore PRP approvati antecedentemente *all'entrata in vigore della presente legge*, nelle more dell'approvazione del nuovo PRP, laddove il Comitato di gestione dell'Autorità di sistema portuale ravvisi la necessità di realizzare opere in via d'urgenza, il piano operativo triennale di cui all'articolo 9, comma 5, lettera b), può definire, in via transitoria, la destinazione funzionale di alcune aree sulla base delle funzioni ammesse dall'articolo 4, comma 3. In tale caso il piano operativo triennale è soggetto a specifica approvazione da parte del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili e alla procedura di verifica di assoggettabilità a VAS, ai sensi dell'articolo 12 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152". Se il fatto che l'acronimo "PRP" non era in uso con riferimento ai piani regolatori portuali anteriori alla l. n. 84/1994 può fare dubitare dell'interpretazione proposta nel testo (secondo cui la modifica di destinazione di un'area in via d'urgenza sarebbe ammessa anche sotto la vigenza di piani portuali di 'vecchissima generazione'), quest'ultima sembra di contro imposta dal fatto che l'art. 5, c. 1 *sexies*, fa riferimento ai PRP "approvati antecedentemente all'entrata in vigore della presente legge", non a quelli anteriori alle ultime modifiche apportate all'art. 5 dal d.l. n. 121/2021.

[54] Così lo stesso art. 5, c. 1 *sexies* cit.

[55] Ai sensi dell'art. 5, c. 5 cit., "Le modifiche che non alterano in modo sostanziale la struttura del PRP in termini di obiettivi, scelte strategiche e caratterizzazione funzionale delle aree portuali, relativamente al singolo scalo marittimo, costituiscono adeguamenti tecnico-funzionali del piano regolatore portuale. Gli adeguamenti tecnico-funzionali sono adottati dal Comitato di gestione dell'Autorità di sistema portuale, è successivamente acquisito il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, che si esprime entro quarantacinque giorni, decorrenti dalla ricezione della proposta di adeguamento tecnico-funzionale. Decorso tale termine, il parere si intende espresso positivamente". L'istituto degli ATF, introdotto dall'art. 6 del d.lgs. n. 169/2016, recepisce una prassi

Non sembra dubitabile, per concludere, che l'obiettivo di coerenza interna venga perseguito dall'ultima versione dell'articolo 5 in una prospettiva senz'altro di *second best* rispetto al passato, rendendo molto più labile sia il rapporto tra pianificazione portuale e pianificazione di sistema portuale, sia quello tra pianificazione portuale, programmazione infrastrutturale, localizzazione e realizzazione delle opere.

3.2. *Sulla coerenza tra pianificazione portuale e pianificazione territoriale e urbanistica*

Come già accennato (*supra*, § 2), tra i problemi posti dalla disciplina del PRP in epoca anteriore all'istituzione delle AdSP, quello relativo alla composizione tra gli interessi del porto, della città e, più in generale, del territorio ha assunto il peso maggiore: alla conflittualità tra questi interessi è, per buona parte, imputabile la mancata approvazione di un piano portuale o l'ingente ritardo nella sua adozione da parte di moltissime Autorità portuali italiane[56].

Il più diffuso approccio a questo problema si è tradotto, in passato, nella ricerca di strumenti di semplificazione del procedimento disegnato dal previgente art. 5 l. n. 84/1994 e, in particolare, nella ideazione di soluzioni che, pur non negando la necessità di confronto dell'AP con gli (altri) enti titolari di poteri di pianificazione territoriale, scongiurassero il rischio dello stallo decisionale ogni qualvolta i comuni rifiutassero di addivenire a un'intesa sullo schema di PRP predisposto dall'Autorità.

Due sono stati i tipi di rimedio proposti (*de iure condito* o *de iure condendo*) da studiosi e operatori: innanzitutto, limitare la necessità di acquisire il consenso dell'ente locale alle sole previsioni del PRP più direttamente incidenti sul territorio urbano, escludendo così l'obbligo di intesa in relazione a tutte le decisioni dell'AP "dirette a soddisfare soltanto le esigenze della navigazione e dei traffici marittimi [che non consentono] la valutazione comparativa di quella pluralità di interessi che è propria della pianificazione urbanistica"[57]. In secondo luogo, si è tentato di individuare meccanismi di superamento del dissenso dell'ente locale, prevalentemente ispirati a quelli contemplati dalla l. n. 241/1990 in materia di conferenza di servizi (o mutuati *tout court* da tale disciplina,

formatasi (voto n. 44/1999 dell'Assemblea Generale del Consiglio superiore dei lavori pubblici) e consolidatasi (voto n. 93/2009) già anteriormente alla riforma del 2016.

[56] In argomento R. Pavia, *La nuova pianificazione portuale. Un incerto processo di riforma*, consultabile sul sito *inu.it*, alla pagina indicata alla precedente nota 45 (2 ss.).

[57] G. Acquarone, *Il piano regolatore* cit., 278 ss.

di cui è stata talora ipotizzata la diretta applicabilità al procedimento di adozione del PRP)[58].

Il vigente art. 5 della legge Porti accoglie entrambi i tipi di proposte e lo fa nel modo più radicale.

Come sopra accennato, infatti, l'art. 5 c. 1, lett. *c)* rimette al DPSS innanzitutto il compito di individuare, all'interno dell'ambito di ogni porto afferente al sistema, le aree portuali, retro-portuali e di interazione porto-città.

Questa prerogativa rappresenta un'innovazione rispetto non solo alla disciplina dettata dall'art. 5 anteriormente al 2016[59], ma anche alle regole introdotte (e a più battute modificate) successivamente.

L'art. 5, c. 1 *bis*, lett. *b)* vigente fino all'intervento del 2021[60], infatti, rimetteva già al DPSS il compito di delimitare le aree con funzioni portuali e retroportuali, ma imponeva il rispetto di un espresso criterio restrittivo di fonte legale (rinvenibile nell'avverbio "strettamente" riferito a tali due tipi di funzioni); il vigente comma 1, lett. *b)*, dell'art. 5 non contiene, invece, una corrispondente limitazione.

Soprattutto, con riferimento alla pianificazione delle aree portuali e retro-portuali, la legge vigente neutralizza in radice ogni rischio di ingerenza degli enti locali e della regione: il nuovo comma 1 *quinquies* dell'art. 5 stabilisce che essa "è competenza *esclusiva* dell'Autorità di sistema portuale, che vi provvede mediante l'approvazione del PRP"; quest'ultimo, a scanso di ogni equivoco, è definito dal successivo comma 2 *ter* come un "piano territoriale di rilevanza statale [che] rappresenta

[58] F. Munari, *La trasformazione dei porti da aree demaniali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, in *Il diritto marittimo*, 2/2004, 392; G. Taccogna, *Strumenti urbanistici*, cit., 1499 ss.; *contra* C. Angelone, *Piani regolatori portuali e strumenti urbanistici*, cit., 452 s.

[59] La proposta di distinguere all'interno dell'ambito portuale un sotto-ambito operativo e un sotto-ambito di interazione città-porto (accolta da G. Acquarone, *loc. cit.*) era stata formulata, con riferimento alla disciplina anteriore alle riforme del 2016, anche dalle Linee guida per la redazione dei piani regolatori portuali predisposte dal Consiglio superiore dei Lavori pubblici (Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 17778 del 15 ottobre 2004). La proposta è reiterata anche dalle citate Linee guida per la redazione dei piani regolatori di sistema portuale, delle varianti stralcio e degli adeguamenti tecnico funzionali emanate nel 2017 ai sensi dell'art. 5, c. 1, l. n. 84/1994, dunque prima che fosse la stessa norma a contemplare formalmente una distinzione tra sotto-ambiti (*recte* "aree") portuali, retro portuali e di interazione tra porto e città.

[60] Risultante dalle modifiche apportate dal d.lgs. n. 232/2017 e, successivamente, dal d.l. n. 76/2020 (convertito con modificazioni dalla l. n. 120/2020) al testo introdotto dal d.lgs. n. 169/2016.

l'unico strumento di pianificazione e di governo del territorio nel proprio perimetro di competenza".

La pianificazione urbanistica e, più in generale, territoriale resta insomma confinata alle aree di "interazione porto-città".

Una tanto netta cesura tra un porto che *per se est et per se concipitur*, da un lato, e un porto che "interagisce" con la città, dall'altro, si accompagna alla più convinta adesione anche al secondo tipo di proposta a cui prima si accennava, vale a dire l'individuazione di meccanismi di superamento del dissenso (dei comuni o della regione) in sede di adozione o approvazione del DPSS e del PRP. Per meglio dire, il legislatore del 2021 ha drasticamente superato il problema del *consenso* in sé, eliminando tutti gli obblighi di intesa precedentemente contemplati dall'art. 5 (per quanto già progressivamente indeboliti a far data dalla riforma del 2016).

Quanto al DPSS, infatti, è vero che, già prima delle modifiche del d.l. n. 121/2021, il ruolo del comune nel procedimento di adozione e approvazione era stato ridotto a una mera funzione consultiva, ma competente all'approvazione era, allora, ancora la regione (d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti: art. 5, c. 1 *quater*, lett. *b)*)[61]. Oggi, invece, anche alla regione è richiesto soltanto di rendere un parere sul DPSS adottato dall'AdSP, la cui approvazione è rimessa in via esclusiva al Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili[62].

Alle regioni è stato inoltre sottratto il potere di approvazione dei PRP, potere riconosciuto sin dall'entrata in vigore della legge Porti e mai, fino a oggi, scalfito dalle pur frequenti modifiche dell'art. 5 animate da intenti di semplificazione.

[61] Occorre tuttavia precisare che l'art. 5, c. 1 *quinquies*, nel testo risultante a seguito delle modifiche introdotte dal d.l. n. 76/2020, prevedeva che "Ai fini dell'ottenimento dell'intesa di cui al comma 1-quater, lettera b), il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti può convocare una Conferenza dei servizi, ai sensi dell'articolo 14-ter della legge 7 agosto 1990, n. 241. In caso di dissenso tra le amministrazioni partecipanti alla Conferenza dei servizi, si applicano le diposizioni di cui all'articolo 14-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241[…]".

[62] Ai sensi del vigente art. 5, c. 1 *bis*, il DPSS "è adottato dal Comitato di gestione dell›Autorità di sistema portuale; è sottoposto, mediante conferenza dei servizi, ai sensi dell›articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, indetta dall›Autorità di sistema portuale, al parere di ciascun comune e regione territorialmente interessati, che si esprimono entro quarantacinque giorni dal ricevimento dell›atto, decorsi i quali si intende espresso parere non ostativo, ed è approvato dal Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili, che si esprime sentita la Conferenza nazionale di coordinamento delle Autorità di sistema portuale di cui all›articolo 11-ter della presente legge. Il documento di programmazione strategica di sistema non è assoggettato alla procedura di valutazione ambientale strategica (VAS)".

Il procedimento è conformato dalla disciplina vigente secondo una struttura circolare[63], in cui l'AdSP è competente sia all'adozione, sia all'approvazione dei PRP: nel corso dell'istruttoria, i comuni interessati e la regione possono esprimere un (mero) parere in relazione a una parte ridotta dei contenuti del Piano, cioè "limitatamente alla coerenza di quanto previsto con riguardo alle aree portuali e retro-portuali perimetrali con i contenuti degli strumenti di pianificazione urbanistica vigenti relativi alle aree contigue a quelle portuali e retro-portuali sulle quali le previsioni del PRP potrebbero avere impatto" (art. 5, c. 2 *bis*, lett. *a)*).

Al di fuori delle aree di interazione porto-città (così come etero-definite dal DPSS e dai PRP), insomma, le competenze degli enti territoriali minori sono quasi del tutto escluse; e anche per le decisioni concernenti le aree "di interazione", la cui pianificazione è "di competenza del comune e della regione, secondo quanto previsto dalle disposizioni di legge applicabili", gli stessi enti sono tenuti ad acquisire il parere dell'AdSP[64] (il cui rilascio non è, peraltro, espressamente assoggettato a stringenti termini temporali, "decorsi i quali si intende espresso parere non ostativo", come invece è previsto qualora il parere di regione e comuni sul DPSS e sui PRP non sia reso entro quarantacinque giorni")[65].

Il segno, per certi aspetti, più evidente dell'indebolimento della potestà urbanistica anche al di fuori delle aree portuali e retroportuali lo si trae però dalla previsione secondo cui, in sede di pianificazione "dei collegamenti infrastrutturali di ultimo miglio di tipo viario e ferroviario nonché [degli] attraversamenti del centro urbano rilevanti ai fini dell'operatività del porto individuati nel DPSS", i comuni devono acquisire una "intesa" dell'AdSP (art. 5, c. 1 *quinquies* cit.): lo strumento di co-decisione di cui gli enti locali potevano in passato fruire per inibire alla pianificazione portuale l'adozione di scelte a essi non gradite (e di cui non rimane traccia nei riformati procedimenti di adozione del DPSS e dei PRP) è adesso a esclusiva disposizione dell'Autorità di sistema portuale, che potrà farne uso per impedire che – anche fuori dal territorio di propria "giurisdizione" – possano avvenire trasformazioni difformi dai propri *desiderata*.

Da quanto sopra rilevato risulta evidente l'abbandono, da parte del legislatore, dell'obiettivo originario della legge n. 84/1994, dell'intento

[63] Parla di "struttura a *Ringkomposition*" J. Riccardi, *Lettura di un sottotesto: i porti di Stato – la nuova normativa in materia di pianificazione portuale*, consultabile sul sito *inu.it*, alla pagina indicata alla precedente nota 45 (3 s.).

[64] Art. 5, c. 1 *quinquies* cit. l. n. 84/1994.

[65] Art. 5, cc. 1 *bis* e 2 *bis*, lett. *b)* l. n. 84/1994.

cioè di coinvolgere i comuni e la regione, su un piano di equi-ordinazione rispetto all'Autorità portuale, nelle decisioni concernenti il futuro del porto, il suo sviluppo a un tempo territoriale ed economico.

E, a ben guardare, la presa di distanza del legislatore del 2021 dallo spirito originario della legge è ancora più determinata, poiché riduce drasticamente il rilievo giuridico anche delle scelte già in passato formalmente adottate dagli enti territoriali minori in materia di pianificazione territoriale e urbanistica: in sede di conversione del d.l. n. 121/2021, infatti, è stato *tout court* abrogato il previgente comma 2 *sexies* dell'art. 5, nel quale era confluito il divieto per il PRP di "contrastare con gli strumenti urbanistici vigenti", divieto dettato dalla legge Porti sin dal suo impianto originario.

A fortiori, la valenza degli strumenti urbanistici vigenti è del tutto trascurata dall'art. 5, c. 5, con riferimento alle "modifiche che non alterano in modo sostanziale la struttura del PRP in termini di obiettivi, scelte strategiche e caratterizzazione funzionale delle aree portuali": gli adeguamenti tecnico-funzionali adottati dal Comitato di gestione dell'AdSP non esigono più la "previa acquisizione della dichiarazione di non contrasto con gli strumenti urbanistici vigenti da parte del comune o dei comuni interessati", la quale era invece richiesta dalla norma sin dall'introduzione dell'istituto degli ATF per opera del d.lgs. n. 169/2016[66].

Gli strumenti di pianificazione portuale sono insomma divenuti a tutti gli effetti dei piani di settore dotati di efficacia sovraordinata rispetto alla pianificazione urbanistica, o meglio dei super-piani, sovraordinati anche ai piani paesistici regionali, poiché non tollerano più, *ex lege*, nemmeno il freno del regime vincolistico generalmente proprio dei "territori costieri" (art. 142, c. 1, lett. *a)* del d. lgs. 22 gennaio 2004, n. 42). Il nuovo comma 1 *septies* dell'art. 5 l. n. 84/1994 stabilisce infatti, la-

[66] Si noti che la riforma del 2021 non ha interessato il comma 5 *ter* dell'art. 5 l. n. 84/1994, introdotto dal d.l. n. 76/2020, ai sensi del quale "Per le opere pubbliche da realizzare nei porti, fermo restando quanto stabilito al comma 5-bis, l'accertamento della conformità ai piani urbanistici ed alle norme in materia di edilizia è effettuato ai sensi del comma 5 [norma che, come rilevato nel testo, non contiene più una disciplina in materia] ovvero, per le opere che non comportano modificazioni plano-batimetriche del piano regolatore portuale, in sede di approvazione del progetto ai sensi dell'articolo 27 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, in deroga all'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e all'articolo 2 del decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n. 383. Qualora effettuato nell'ambito del procedimento di cui all'articolo 27 del citato decreto legislativo n. 50 del 2016, l'accertamento di cui al primo periodo sostituisce ad ogni effetto tutti gli atti di intesa, i pareri, i titoli abilitativi anche edilizi, le autorizzazioni e i nulla osta previsti da leggi statali e regionali".

pidariamente, che gli ambiti portuali "come delimitati dal DPSS, ovvero, laddove lo stesso non sia ancora stato approvato, dai vigenti PRP, anche se approvati prima della data di entrata in vigore della presente legge, sono equiparati alle zone territoriali omogenee B previste dal decreto del Ministro per i lavori pubblici 2 aprile 1968, n. 1444, ai fini dell'applicabilità della disciplina stabilita dall'articolo 142, comma 2, del codice dei beni culturali e del paesaggio" e sono dunque sottratti alla diretta applicazione delle norme di cui al Titolo I, Parte III, dello stesso codice. "Le regioni", prosegue la norma, "adeguano il proprio piano territoriale paesistico regionale entro il termine perentorio di quarantacinque giorni dall'approvazione del DPSS"[67].

3.3. *Sulla coerenza tra pianificazione portuale e pianificazione del sistema portuale (e trasportistico) nazionale*

All'entrata in vigore del d.lgs. n. 169/2016, l'istituzione della Autorità di sistema portuale è stata presentata come il razionale complemento di un radicale ripensamento della politica infrastrutturale nazionale, come una rifrazione di carattere organizzativo, sul segmento portuale, di un nuovo approccio alla pianificazione generale dei trasporti. Un nuovo approccio sollecitato, per buona parte, dagli ultimi orientamenti in materia di TEN-T[68].

Il regolamento n. 1315/2013 ha infatti mutato la prospettiva dell'Unione intorno al metodo con cui dare attuazione, in materia di trasporti, alla funzione di indirizzo contemplata dall'art. 172 T.f.Ue.: la regia europea dovrebbe consistere ora, principalmente, in una effettiva "pianificazione" della rete transeuropea[69].

I nuovi orientamenti hanno rinnovato la fisionomia della TEN-T, scindendola in due livelli: il Capo II e III del provvedimento disciplina-

[67] Cfr. F. Karrer, *op. cit.*, 4, ove si osserva che, con la citata previsione, il legislatore non ha tenuto conto del fatto che "quasi tutte le leggi urbanistiche regionali hanno operato il superamento della cosiddetta zonizzazione, quindi la rigidità e le angustie della specializzazione funzionale di parti di città".

[68] Questa l'impostazione del PSNPL, in cui l'analisi del mutamento di contesto regolativo europeo (29 ss.) è il presupposto degli interventi di modifica proposti.

[69] Regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013 sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti e che abroga la decisione n. 661/2010/UE: v., in particolare, i *considerando* 2, 3, 7, 10, 13, 16, 26, 27, 40, 41, 42, 43, 48 e 49. Cfr. M. D'Arienzo, S. Pugliese, *Pianificazione portuale in Italia alla luce dei riflessi della politica europea dei porti*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2020, 305 ss.

no rispettivamente la rete globale, comprendente tutte le infrastrutture, esistenti e pianificate, comunque rientranti nella rete transeuropea, e la rete centrale, cioè l'insieme delle "parti della rete globale che rivestono la più alta importanza strategica ai fini del conseguimento degli obiettivi per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti" (art. 6). Nella nuova "struttura a doppio strato", la qualificazione di un progetto come di interesse comune presuppone necessariamente la sua afferenza gli assi strategici primari (rete centrale o *core network*) e secondari (rete globale o *comprehensive network*) [70].

Il coevo regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1316/2013 ha inoltre istituito il "Meccanismo per collegare l'Europa" (*Connecting Europe facility* – CEF)[71], il cui supporto finanziario è limitato alle "azioni che contribuiscono a progetti di interesse comune" di cui al regolamento n. 1315/2013 (art. 7, par. 1) e, in particolare, ai progetti individuati attraverso il tracciato dei nove corridoi della rete centrale. Lo schema descritto dai corridoi (insieme ad alcuni obiettivi-chiave della rete globale) costituisce il *pattern* sia per la distribuzione delle risorse specificamente dedicate alle TEN-T dal bilancio dell'Unione, sia per ogni altra forma di finanziamento diretto alla realizzazione di infrastrutture di trasporto contemplata dal diritto europeo (art. 7, par. 2)[72].

[70] La realizzazione del nucleo strategico delle TEN-T (la rete centrale) è affidata alla individuazione di corridoi: assi che "coprono i flussi di lungo raggio più importanti della rete centrale e mirano, in particolare, a migliorare i collegamenti transfrontalieri all'interno dell'Unione, […] attraversano almeno due frontiere e comportano, ove possibile, almeno tre modi di trasporto comprendenti, ove applicabile, le autostrade del mare" (art. 43). Cfr. A. Marino, *Infrastruttura marittima e sistema porto nella pianificazione delle reti TEN-T: l'Autorità di sistema portuale*, in *Rivista del diritto della navigazione*, 1/2020, 23 ss.

[71] Il nuovo programma di finanziamento delle reti riconduce a un unico schema regolativo la disciplina che negli anni, come gli orientamenti, era stata ritoccata a più riprese e che da ultimo si era addirittura frammentata tra una normativa generale, riferita a tutte le TEN (regolamento (Ue) del 30.11.2009, n. 67/2010, recante la versione codificata del regolamento (Ce) del Consiglio n. 2236/1995 del 18.9.1995, che stabiliva i principi generali per la concessione di un contributo finanziario della Comunità nel settore delle reti transeuropee – e una speciale, istitutiva di un programma di finanziamento per i soli settori dei trasporti e dell'energia (Regolamento (Ce) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 680/2007 del 20.6.2007, che stabilisce i principi generali per la concessione di un contributo finanziario della Comunità nel settore delle reti transeuropee dei trasporti e dell'energia, come modificato dal regolamento (UE) n. 670/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 luglio 2012). In argomento M. Calabrò, *Prospettive evolutive del sistema di programmazione e finanziamento delle infrastrutture portuali*, in *Il diritto dell'economia*, 3/2019, 63 ss.

[72] Cfr. anche il regolamento (UE) n. 1303/2013 del Parlamento europeo e del Consi-

Negli orientamenti del 2013, anche i porti marittimi sono distinti in base alla rispettiva collocazione nella rete centrale o in quella globale e sono definiti come "componenti dell'infrastruttura del trasporto marittimo", all'interno della prima, e come "nodi" all'interno della seconda (artt. 20 e 41 reg. n. 1315/2013).

I porti sede delle quindici AdSP istituite nel 2016 sono, appunto, quelli di cui l'Italia è riuscita a ottenere l'inserimento nella rete *core*[73]. Ma l'adeguamento del sistema portuale nazionale al nuovo schema pianificatorio TEN-T non avrebbe potuto risolversi in questo: al contrario, come evidenziato dal PSNPL, il mutamento di *governance* dei porti italiani di interesse nazionale e internazionale è uno strumento che si pone a valle di un netto ripensamento anche del ruolo della pianificazione nazionale dei trasporti, simmetrico a quello operato dal diritto europeo derivato[74].

A tal fine, il primo cambiamento avrebbe dovuto interessare la classificazione degli scali marittimi, restringendo l'orizzonte di scelte dei loro enti gestori mediante una regia unitaria e centrale, capace di indirizzare "i futuri finanziamenti su interventi […] coerenti con scenari attendibili della domanda" e scongiurare il rischio di investimenti fondati su previsioni eccessivamente ottimistiche delle Autorità portuali (le quali "spesso non tengono conto degli interventi ipotizzati da altri porti […] con conseguenti effetti sia sulla programmazione di rilevanti investimenti infrastrutturali, sia sulla variazione dei piani regolatori portuali, spesso eccessivamente orientati allo sviluppo di interventi dedicati al mero traffico container")[75].

Sotto questo aspetto, le modifiche apportate dal d.lgs. n. 169/2016 alla l. n. 84/1994 innovano condivisibilmente la precedente classificazione dimensionale, limitando ai soli porti-sede delle AdSP la qualificazione *ex lege* come di interesse nazionale o internazionale (art. 4, c. 1 *bis*): per ogni altro scalo marittimo (anche se facente parte di un sistema portuale), l'afferenza a una delle classi I, II o III è rimessa alla concreta valutazione delle sue caratteristiche, da svolgersi in sede ministeriale e in conformità ai criteri descritti dallo stesso art. 4, al comma 4[76].

glio del 17 dicembre 2013 (in particolare art. 92, par. 6), recante disposizioni comuni sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo, sul Fondo di coesione, sul Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale e sul Fondo europeo per gli affari marittimi e la pesca che abroga il regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio.

[73] Fatta eccezione per l'Autorità del sistema portuale del Mar Tirreno centro-settentrionale la cui sede è il porto di Civitavecchia.

[74] Cfr., in particolare, le strategie ipotizzate dal PSNPL contro il fenomeno del c.d. "individualismo portuale", 161 ss.

[75] Così il PSNPL, 137.

[76] I criteri di cui all'art. 4, c. 4, l. n. 84/1994 sono i seguenti: "a) entità del traffico

Meno aderente alla dettagliata analisi di contesto contenuta nel PSNPL[77], invece, è la classificazione funzionale, rimessa, come in passato, allo stesso decreto ministeriale di cui all'art. 4, c. 5, l. n. 84/1994 (e necessaria anche per i porti-sede di AdSP). A seguito delle modifiche apportate all'art. 4, c. 3, infatti, la legge continua a includere in un'unica sotto-categoria porti diversissimi tra loro: tra quelli con funzione "commerciale e logistica", in particolare, rientrano indistintamente gli scali orientati al traffico di merci convenzionali, a quello delle rinfuse, al traffico container e, tra questi ultimi, tanto i porti *gateway* quanto quelli di *transhipment*[78].

La genericità delle categorie funzionali individuate dall'art. 4, c. 3, è tuttavia giustificabile ove si consideri la ben più radicale innovazione di sistema determinata, pochi mesi prima dell'emanazione del d.lgs. n. 169/2016, dall'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici: innovazione che, sottesa alla riformulazione dell'art. 5 della legge Porti poi disposta dal d.lgs. n. 232/2017, è stata anch'essa sollecitata (e in parte formalmente imposta[79]) dai recenti orientamenti TEN-T.

Infatti, così come nel regolamento n. 1315/2013 la definizione *ex ante* dei collegamenti e dei nodi che assumono rilevanza strategica per l'Unione ha invertito l'approccio *bottom-up* fino ad allora seguito dalla programmazione europea, riducendo i margini di discrezionalità degli

globale e delle rispettive componenti; b) capacità operativa degli scali derivante dalle caratteristiche funzionali e dalle condizioni di sicurezza rispetto ai rischi ambientali degli impianti e delle attrezzature, sia per l'imbarco e lo sbarco dei passeggeri sia per il carico, lo scarico, la manutenzione e il deposito delle merci nonché delle attrezzature e dei servizi idonei al rifornimento, alla manutenzione, alla riparazione ed alla assistenza in genere delle navi e delle imbarcazioni; c) livello ed efficienza dei servizi di collegamento con l'entroterra".

[77] Cfr. in particolare le pagine 69 ss. e 78 ss.

[78] Non meno generica è, del resto, la categoria funzionale individuata dalla lettera *c)* dell'art. 4, c. 3, l. n. 84/1994, che include espressamente nel "traffico passeggeri" anche la crocieristica.

[79] Cfr. il regolamento (UE) n. 1303/2013 cit. (in particolare art. 19 e Allegato XI), che ha imposto specifici criteri di condizionalità *ex ante* per l'accesso ai finanziamenti e, in particolare, per il raggiungimento dell'obiettivo tematico di cui all'art. 9, n. 7 ("promuovere sistemi di trasporto sostenibili ed eliminare le strozzature nelle principali infrastrutture di rete"): l'All. XI prevede l'adozione, a livello nazionale, di "uno o più piani o quadri generali per gli investimenti in materia di trasporti che soddisfi i requisiti giuridici per una valutazione ambientale strategica e definisca: il contributo allo spazio unico europeo dei trasporti conforme all'articolo 10 del regolamento (UE) n. 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, comprese le priorità per gli investimenti in materia di: assi principali della rete RTE-T e rete globale in cui si prevedono investimenti del FESR e del Fondo di coesione […]".

Stati e mettendo al centro del sistema una funzione pianificatoria generale[80], allo stesso modo il d.lgs. n. 50/2016, da un lato, ha smantellato il sistema delle "infrastrutture strategiche" previsto dalla legge Obiettivo[81] e, dall'altro, ha dato nuova vita al Piano generale dei trasporti e della logistica (PGTL), di cui ha ridisegnato il ruolo e rinforzato il valore giuridico-formale.

Ai sensi degli artt. 200 ss. del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, il PGTL si proietta a divenire il necessario presupposto pianificatorio del Documento pluriennale di pianificazione del Ministero dei Trasporti (DPP), il quale "contiene l'elenco delle infrastrutture e degli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese", ivi inclusi "gli interventi relativi al settore dei trasporti e della logistica la cui progettazione di fattibilità è valutata meritevole di finanziamento": per l'inclusione di un'opera nel DPP è necessario che questa sia coerente con il PGTL e funzionale rispetto ai suoi obiettivi (art. 201, cc. 3 e 5, d.lgs. n. 50/2016)[82].

[80] Per un'analisi dei precedenti orientamenti, con particolare riferimento al settore portuale, cfr. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, cit., 143 ss. Sul mutamento di prospettiva prodotto dal regolamento n. 1315/2013 cit. v. *ibidem*, 166 ss.. Sulla necessità degli orientamenti TEN-T di tradursi in una pianificazione dotata di un adeguato grado di dettaglio, fondamentali le riflessioni di A. Predieri, *Gli orientamenti sulle reti transeuropee*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 4/1997, 569 ss., ove si osserva (580) "La vaghezza del contenuto o la riduzione dei suoi effetti disposta nel contenuto (o, come nel nostro caso, lo statuire che il precetto sia valido solo come quadro di riferimento) sostituiscono all'effetto tipico di vincolo pieno e pienamente cogente tipico della decisione un effetto diverso e meno intenso, collocandolo in posizione diversa nella scala [gerarchica delle fonti]. È il rovescio di quello che accade nella direttiva dettagliata, in cui la struttura semantica del contenuto, suscettibile di applicazione immediata, sostituisce lo spazio affidato agli stati. Negli orientamenti di cui parliamo, all'apposto, all'effetto tipico della decisione si sostituisce (si può sostituire, per essere esatti, perché quello che è stato deciso per la struttura degli orientamenti in tema di trasporti non è stato deciso negli altri casi) un effetto diverso di vincolo per gli stati destinatari con ampi spazi di attuazione rimessi alla loro discrezionalità".

[81] Art. 217, comma 1, lettera *d)* del codice dei contratti del 2016 che abroga i commi da 1 a 5 dell'art. 1 della l. n. 443/2001. È per buona parte imputabile ai quindici anni di vigenza della legge obiettivo il tramonto della stagione pianificatoria inaugurata dal PGT del 1986: "i successivi documenti di aggiornamento e di rielaborazione non sono riusciti a disegnare la traiettoria del futuro, ma si sono limitati ad una manutenzione poco efficace delle idee precedenti. Sono anche proliferati gli strumenti di pianificazione, ma il fossato tra disegno di programmazione e realtà operativa si è andato allargando, sino a determinare sostanzialmente il dominio della paralisi" (così P. Spirito, *Pianificare i porti per renderli più competitivi*, consultabile sul sito *inu.it*, alla pagina indicata alla precedente nota 45; dello stesso A. v. anche *Il futuro dei sistemi portuali italiani. Governance, spazi marittimi, lavoro*, Napoli, 2021).

[82] Cfr. P. Coppola, *Pianificazione programmazione progettazione e partecipazione nel*

È quest'ultima, come accennato, la ragione che per buona parte ha giustificato l'introduzione nell'art. 5 della legge Porti, da parte del d.lgs. n. 232/2017, di un Documento di *pianificazione* strategica di sistema: un piano relativo al sistema portuale tramite il quale gli indirizzi e i limiti derivanti dal PGTL (al quale il DPSS è espressamente tenuto a conformarsi) avrebbero dovuto, a cascata, riversarsi sui PRP.

La medesima *ratio* è riferibile alla previsione dell'intervento, nel procedimento di approvazione del DPSS, della Conferenza nazionale di coordinamento delle AdSP[83] di cui all'art. 11 *ter* l. n. 84/1995, competente a "coordinare e armonizzare, a livello nazionale, le scelte strategiche che attengono *i grandi investimenti infrastrutturali*, *le scelte di pianificazione urbanistica in ambito portuale*, le strategie di attuazione delle politiche concessorie del demanio marittimo, nonché le strategie di marketing e promozione sui mercati internazionali del sistema portuale nazionale, operando, altresì, la verifica dei piani di sviluppo portuale, attraverso specifiche relazioni predisposte dalle singole Autorità di sistema portuale".

Risulta evidente, allora, il rilievo del mutamento di struttura che, per la pianificazione di ciascun sistema portuale, è stato operato in sede di conversione del d.l. n. 121/2021.

Il ridimensionamento del ruolo del DPSS (v. *supra*, § 3.1.), infatti, non può che indebolire il legame tra la pianificazione degli spazi portuali (per la gran parte ora rimessa ai PRP) e la pianificazione generale dei trasporti, tra le scelte di infrastrutturazione operate dalle AdSP (in prospettiva microeconomica) e il sistema infrastrutturale integrato che (in prospettiva macroeconomica) il PGTL dovrebbe disegnare.

E non meno indebolito appare il ruolo formale riconosciuto, all'interno dei procedimenti di pianificazione portuale, alla Conferenza di coordinamento delle AdSP, dal momento che il DPSS non rappresenta più la sede idonea a contenere specifiche scelte in materia di "investimenti

nuovo codice appalti, in *Quale futuro per la politica dei trasporti dopo il nuovo codice degli appalti*, (Quaderno SIPoTra 1/2017), 11 ss.; A. Donati, *Verso una politica dei trasporti sostenibili. La difficoltà del regime transitorio in corso sulle grandi opere*, *ibid*., 41 ss.; P. Rubino, *Previsioni macro-economiche e valutazione dei fabbisogni infrastrutturali: una sinergia è possibile*, *ibid.*, 49 ss.

[83] L'art. 5, c. 1 *quater*, lett. *b)*, anteriormente alle modifiche del dicembre 2021, prevedeva che il Documento di pianificazione strategica di sistema fosse "adottato dal Comitato di gestione e approvato nei successivi sessanta giorni dalla regione, previa intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che si esprime sentita la Conferenza nazionale di cui all'articolo 11-ter". Il vigente art. 5, c. 1 *bis*, contiene un'analoga previsione con riferimento al nuovo Documento di programmazione di sistema.

infrastrutturali" né "di pianificazione urbanistica in ambito portuale".

Non pare, del resto, che il depotenziamento della connessione fino a ieri offerta da uno strumento di pianificazione di sistema possa dirsi compensato dalla previsione secondo cui, in sede di redazione dei singoli PRP, è imposto all'AdSP il rispetto del Piano strategico nazionale della portualità e della logistica e delle Linee guida per la pianificazione dei sistemi portuali predisposte dal Consiglio superiore dei Lavori pubblici (art. 5, c. 2).

Il PSNPL, infatti, è un documento che (a dispetto del *nomen*) contiene mere indicazioni strategiche di massima, inidonee a fungere da criterio guida per specifiche scelte di carattere infrastrutturale. Le Linee guida, d'altronde, costituiscono certamente una dettagliata cornice di carattere tecnico per la redazione dei PRP, ma sotto il profilo della coerenza con la politica nazionale dei trasporti, esattamente come il PSNPL, possono indicare soltanto generali criteri di orientamento delle decisioni pianificatorie degli enti di gestione, senza alcun riferimento ai singoli porti o sistemi portuali dagli stessi amministrati, né alla specifica proiezione funzionale di questi ultimi sulla trama della rete dei trasporti nazionale.

4. *Brevi conclusioni*

Dalla pur sommaria analisi che precede risulta evidente come il nuovo testo dell'art. 5 l. n. 84/1994 intenda garantire massima speditezza alle decisioni di carattere infrastrutturale delle AdSP introducendo inediti meccanismi di semplificazione strutturale e procedimentale; ciò al costo di un netto indebolimento degli strumenti che in passato miravano ad assicurare, da un lato, la formale e organica pre-definizione dell'orizzonte di quelle decisioni da parte dei PRP (e poi del Documento di pianificazione strategica di sistema) e, dall'altro lato, l'armonico innesto delle trasformazioni dei porti (e dei sistemi portuali) sia nel contesto territoriale circostante, sia nel sistema integrato dei trasporti[84].

[84] Ad avviso di P. Spirito, *Pianificare i porti per renderli più competitivi*, cit., 3, la netta ripartizione dei ruoli e la semplificazione procedimentale introdotte dal d.l. n. 121/2021 consentirebbero strumenti indispensabili per consentire una effettiva pianificazione dei sistemi portuali: con le ultime modifiche dell'art. 5, l. n. 84/1994, in questa prospettiva, si porrebbero "le premesse affinché nel sistema portuale la pianificazione possa tornare ad essere uno strumento di governo e non un peso burocratico completamente sganciato dalla realtà gestionale del territorio". Analogamente F. Di Sarcina, *op. cit.*, 2 s., afferma

Non interessa qui formulare un giudizio sul merito di questa scelta (né chi scrive avrebbe le capacità di farlo).

Sotto un profilo esclusivamente giuridico, occorre piuttosto domandarsi se il bilanciamento di interessi operato dal legislatore del 2021 rientrasse nei margini della sua discrezionalità[85] e quale sia, sul piano sistematico, la portata innovativa dell'innesto delle nuove disposizioni nel disegno complessivo dell'ordinamento portuale emergente dalla più ampia riforma del 2016.

Sotto il primo aspetto, occorre osservare che il d.l. n. 121/2021 dà luogo a un'evidente "chiamata in sussidiarietà", riferibile (quanto meno) alle materie "governo del territorio" e "porti e aeroporti civili"[86]: tuttavia, esso non sembra tenere in alcun conto il principio di leale collaborazione, il quale avrebbe imposto di attribuire un ruolo 'forte' a regioni e comuni nel procedimento di approvazione del DPSS e dei PRP, mediante la previsione di intese[87].

che "[se] si vuol cambiare passo, rendiamocene conto, bisogna accettare che i PRP debbano essere, almeno nella sostanza, gestiti dalle AdSP e approvati/modificati in pochi mesi. Tutto il resto, lo ripeto con energia, non appartiene al mondo della efficienza".

[85] Con ricorso depositato il 12 gennaio 2022 (in G.U., 1a Serie Speciale – Corte Costituzionale, n. 6 del 9.2.2022), a oggi pendente innanzi alla Corte costituzionale, la Regione Toscana ha la chiesto la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4, cc. 1 *septies* (lettere *a)*, *b)* ed *e)*) e 1 *novies* d.l. n. 121/2021 (v. *supra*, nota 36), "per violazione dell'art. 77 secondo comma della Costituzione, degli articoli 9, 117 terzo e quarto comma, 118 primo e secondo comma della Costituzione, nonché per violazione del principio di leale collaborazione di cui agli articoli 5 e 120 della Costituzione".

[86] Non pare azzardato, tuttavia, sostenere che il provvedimento normativo coinvolga anche altre materie di legislazione concorrente, quali "commercio con l'estero" e "grandi reti di trasporto e di navigazione", e almeno la materia del turismo tra quelle di legislazione regionale residuale. È appena il caso di evidenziare che all'*iter* legislativo che ha condotto all'emanazione dei commi 1*sepries* – 1 *novies* dell'art. 4 d.l. n. 121/2021, contenute nel testo licenziato dalle Camere della legge n. 156/2021, non ha preso parte la Conferenza Unificata, la quale si è limitata a rendere parere sul disegno di legge di conversione del decreto, in cui tali disposizioni non erano presenti. La circostanza è dedotta tra i motivi a sostegno del ricorso proposto dalla Regione Toscana (*supra*, nota 85): il precedente invocato è Corte cost. 25 novembre 2016, n. 256. Sulla non configurabilità in via generale di un'autonoma lesione del principio di leale collaborazione, anche a seguito di C. cost. n. 256/2016 cit. v. G. Rivosecchi, *La leale collaborazione nelle procedure legislative. Note a margine dei recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale*, in *Forum di Quaderno costituzionali – Rassegna,* 11 dicembre 2017. Il *paper* è consultabile all'indirizzo *www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2017/11/rivosecchi.pdf*.

[87] Sulla inidoneità di forme partecipative più deboli dell'intesa ai fini del rispetto del principio di leale collaborazione la giurisprudenza costituzionale è vastissima; tra le più recenti pronunce v. in particolare Corte cost. 5 aprile 2019, n.72; 20 marzo 2019, n.

A ben vedere, stante l'indebolimento della funzione degli stessi enti territoriali operata, rispetto al passato, dalla disciplina della pianificazione portuale introdotta dal d.lgs. n. 169/2916 (e, ancor più, dalle successive modifiche dell'art. 5 l. n. 84/1994, anteriori al d.l. n. 121/2021), il margine di manovra di un ulteriore intervento in tale direzione era pressoché nullo: le intese 'sopravvissute', nel testo previgente della norma, erano già tutte affiancate dalla previsione di meccanismi di superamento del dissenso[88] ed impedivano pertanto un affievolimento del principio di collaborazione di maggiore intensità, se non al rischio di superare i limiti fissati in più occasioni dalla Corte costituzionale[89].

56; 26 aprile 2018, n. 87; 13 dicembre 2017 n. 261. Con specifico riferimento alla non surrogabilità di un'intesa forte nel procedimento di nomina dei presidenti delle soppresse Autorità portuali prevista dall'art. 8, c. 1, l. n. 84/1994, v. Corte cost. 7 ottobre 2005, n. 378: v. M. Calabrò, *Sussidiarietà e intese nel procedimento di nomina del Presidente dell'Autorità Portuale*, in *Nuove Autonomie*, 2008, 65 ss.

[88] Non può tacersi, del resto, come già a far data dalle modifiche dell'art. 5 l. n. 84/1994 introdotte dal d.lgs. n. 169/2016 potessero sorgere dubbi in merito al rispetto del principio di leale collaborazione, specie alla luce della giurisprudenza costituzionale più incline ad attribuire un'accezione "forte" alla nozione di intesa, secondo la quale l'eventuale dissenso degli enti territoriali minori non sarebbe superabile se non nella "ipotesi estrema, che si verifica allorché l'esperimento di ulteriori procedure bilaterali si sia rivelato inefficace" (così Corte cost. 21 gennaio 2016, n. 7). Infatti, già dal 2016, l'art. 5 cit. contemplava meccanismi di superamento del dissenso attivabili anche al di fuori di ipotesi qualificabili come "estreme". Tuttavia, anteriormente alla sua ultima formulazione, nel testo dell'art. 5 era comunque riscontrabile il tentativo di bilanciare le esigenze di celerità della decisione e quelle di un effettivo confronto. Così, ad esempio, l'art. 5, c. 3, nella formulazione introdotta dal d.lgs. n. 169/2016, il quale, attribuendo la competenza ad approvare il Piano regolatore di sistema portuale a un'intesa tra regione e Ministero, stabiliva che, in ipotesi di suo mancato raggiungimento, trovasse applicazione l'art. 14 *quater* l. n. 241/1990, ma non consentiva il ricorso alla medesima opzione con riguardo al mancato raggiungimento dell'intesa con i comuni interessati. Lo stesso può dirsi con riferimento alle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 232/2017: la possibilità di raggiungere l'intesa – tra regione e Ministero (per l'approvazione del DPSS) e tra AdSP e comuni interessati (per l'adozione dei PRP, limitatamente alle aree di interazione porto-città) – in sede di conferenza di servizi, con applicazione dell'art. 14 *quinquies* in ipotesi di dissenso, era sostanzialmente compensata dall'attribuzione in via esclusiva alla regione del potere di approvazione dei piani regolatori portuali.

[89] Basti, con riferimento al settore portuale, fare riferimento a Corte cost. n. 261/2015, cit., ove, in relazione all'introduzione del PSNPL per opera dell'art. 29, c. 1, d.l. n. 133/2014, si è precisato che, ai fini di una "chiamata in sussidiarietà", comportante una deroga all'ordinario assetto delle potestà legislative, "è necessario – stante la rilevanza dei valori in gioco – per un verso, che la valutazione dell›interesse unitario sottostante all›assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata e rispondente a ragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto; per altro verso, che siano previste adeguate forme di coinvolgimento delle Regioni interessate nello svolgimento delle

In realtà, più a monte, a suscitare dubbi di legittimità costituzionale è la stessa linea di confine tra legislazione (e potestà amministrativa) statale e regionale nelle materie di legislazione concorrente (e, in particolare, in quella relativa alla materia "porti e aeroporti civili") che la neo-introdotta disciplina presuppone.

È vero che, con una recente pronuncia, la Corte sembra avere reso più mobili (a vantaggio dello Stato) tali confini[90]: secondo tale recente (e ancora isolato) indirizzo, infatti, sarebbe in potere della legge dello Stato individuare unilateralmente i porti ricadenti all'interno dei sistemi portuali affidati alla gestione delle AdSP, senza dar luogo a un'invasione dello spazio riservato alle potestà regionali. È evidente, tuttavia, che i presupposti da cui muove tale orientamento non sussistono affatto nel caso del nuovo art. 5 della legge n. 84/1994.

Quest'ultimo, infatti, non ha a oggetto "profili organizzativi fondamentali" delle AdSP, quanto piuttosto "l'esercizio delle funzioni amministrative"[91] da parte delle stesse: ambito entro il quale, nelle materie di legislazione concorrente, l'avocazione a livello statale tanto delle competenze amministrative, quanto della potestà di normarle (oltre a esigere forme di leale collaborazione – *id est*: intese – per l'esercizio delle competenze chiamate in sussidiarietà) deve avvenire nel rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, adeguatezza e differenziazione[92].

Anche alla stregua del più recente (e più clemente) indirizzo del Giudice delle leggi, dunque, per quanto ampia possa ritenersi la discrezionalità del legislatore statale nell'individuazione degli scali marittimi appartenenti a un dato sistema portuale, l'art. 5 avrebbe dovuto almeno distinguere il riparto delle competenze pianificatorie su tali porti in base alla loro specifica classificazione: a oggi, soltanto i sedici[93] porti-sede di

funzioni allocate in capo agli organi centrali, in modo da contemperare le ragioni dell›esercizio unitario di date competenze e la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle Regioni stesse (*ex plurimis*, sentenze n. 179 e n. 163 del 2012, n. 232 del 2011). Più in particolare, la legislazione statale di questo tipo «può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovverosia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà» (sentenze n. 278 del 2010, n. 383 del 2005, n. 6 del 2004 e n. 303 del 2003)".

[90] Corte cost. 9 ottobre 2020, n. 208, in questa *Rivista*, 6/2021, con nota di M. RAGUSA, *Problemi di dialogo tra Stato e regione nell'epoca dei sistemi portuali*, 1512 ss.

[91] Questa la distinzione centrale nella motivazione di C. Cost. n. 208/2020 cit. (segn. punto 3.1.2.1).

[92] Cfr. in questi termini Corte cost., 4 marzo 2019, n. 33.

[93] Il d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2018, n. 136 ha aggiunto alle quindici AdSP istituite dal d.lgs. n. 169/2016, mediante

AdSP ne hanno una, essendo soltanto questi, *ex lege*, definiti di interesse nazionale o internazionale (art. 4, c. 1 *bis*, l. n. 84/1994: v. *supra*, § 3.3.).

Alla luce degli artt. 117 e 118 Cost., in altri termini, il legislatore non avrebbe potuto procedere a un riordino delle competenze in materia di pianificazione portuale senza *differenziare* (distinguendo tra scalo e scalo) l'ambito di applicazione della novella disciplina.

Se questa fosse stata la scelta del d.l. n. 121/2021, ovviamente, sarebbe divenuta ineludibile (a distanza di sei anni dal d.lgs. n. 169/2016 e di ventotto anni dall'entrata in vigore dalla legge n. 84/1994) l'emanazione del decreto di classificazione dimensionale e funzionale di cui all'art. 4, cc. 4 e 5, l. n. 84/1994, a tutt'oggi non emanato: che sia stata la paura di questo antico fantasma a turbare la ragionevolezza dell'ultima riforma e a orientarla verso la più sbrigativa soluzione adottata?

Di certo, non era in facoltà del legislatore ritenere che, in attesa del decreto ministeriale di classificazione *ex* art. 4, cc. 4 e 5 l. n. 84/1994, l'inclusione di un porto negli elenchi di cui al d.p.c.m. del 21 dicembre 1995 (*supra*, § 1, *sub i)*) fosse sufficiente ad attestarne la rilevanza economica nazionale o internazionale. A tale opzione interpretativa osta, infatti, la giurisprudenza costituzionale successiva all'emanazione dell'art. 105 del d.lgs. n. 112/1998 e della legge costituzionale n. 3/2001, secondo cui deve escludersi che "il riferimento al suddetto d.P.C.M. nell'art. 105 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 112 […] possa cristallizzare nel tempo l'appartenenza di aree portuali di interesse regionale o interregionale al novero di quelle escluse dal conferimento di funzioni alle regioni in vista del loro "preminente interesse nazionale", atteso che il nuovo sistema delle competenze recato dalla l. cost. n. 3 del 2001 impedisce che possa attribuirsi attuale valenza all'inserimento [di un dato] porto nel d.P.C.M. del 1995, ai fini del riparto delle funzioni amministrative in materia"[94].

D'altronde, affermare che, per il legislatore del 2021, il riconoscimento di potestà pianificatorie degli enti territoriali minori per tutti gli

una modifica dell'art. 6 (c. 1, lett. *q bis*) e dell'All. A l. n. 84/1994 (n. 15 *bis*), l'Autorità di Sistema portuale dello Stretto, con sede nel porto di Messina. La modifica è stata oggetto del ricorso della Regione Calabria respinto da Corte cost. n. 208/2020 cit.

[94] Corte Cost., 10 marzo 2006, n. 89 e n. 90, in *Il Foro Amministrativo – CDS*, 9/2006, 2423, con nota di M. Olivi, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali: titolarità del bene e titolarità delle funzioni*; Corte cost. 6 luglio 2007, n. 255, in *Diritto dei trasporti*, 1/2008, 119 ss., con nota di G. Prigigallo, *Il demanio marittimo tra Stato e autonomie territoriali: titolarità del bene e titolarità delle funzioni*. V. anche Corte cost. 19 ottobre 2007, n. 344, in *Il diritto marittimo*, 3/2008, 897 ss., con nota di L. Salamone, *Concessioni demaniali e Titolo V della Costituzione: la Corte Costituzionale demolisce il D.P.C.M. 21 dicembre 1995. Il nuovo vademecum delle funzioni amministrative*.

scali marittimi non classificati come di interesse nazionale o internazionale fosse *necessaria*, non equivale affatto a sostenere che essa sarebbe stata altresì *sufficiente* a scongiurare una violazione dell'assetto di attribuzioni definito dal titolo V della Costituzione.

Anche in relazione alla pianificazione dei porti-sede delle AdSP (di indubbio interesse nazionale e internazionale), infatti, sarebbe miope negare la concorrenza di interessi di rilievo puramente regionale e locale, destinatari di una autonoma protezione costituzionale.

Ciò, in primo luogo, perché i principi di ragionevolezza e proporzionalità imporrebbero di valutare in concreto se tutte le aree ricadenti nell'ambito del porto-sede di un'AdSP siano effettivamente destinate dal PRP a funzioni di interesse nazionale o internazionale: qualora così non fosse, ferma la classificazione attribuita *ex lege* allo scalo, sarebbero difficilmente giustificabili sia l'integrale pretermissione della pianificazione urbanistica e territoriale, sia l'assenza di momenti di cooperazione in sede di pianificazione portuale.

In secondo luogo, anche con riferimento alle aree adibite a funzioni che presentino una effettiva rilevanza nazionale o internazionale (come pure – e forse soprattutto – agli assi di attraversamento urbano), non v'è dubbio che le concrete scelte di pianificazione adottate dall'AdSP intersechino attribuzioni di enti infra-nazionali: non soltanto il paesaggio (di cui la pianificazione urbanistica del *waterfront* cittadino potrebbe e dovrebbe farsi carico: interesse pressoché ignorato dal nuovo art. 5, c. 1 *septies* l. n. 84/1994), ma una fitta trama di interessi di cui comuni e regioni rappresentano diretti enti esponenziali (e in funzione dei quali sono titolari di funzioni di "governo del territorio").

In particolare, la rinascita, al termine del Novecento, di quello che si è definito il 'porto moderno' (*supra*, 1) ha re-innescato la dialettica tra esigenze nazionali (e del commercio internazionale) ed esigenze locali, già emersa nella seconda metà del secolo precedente[95]: il diffuso protagonismo del traffico *container*, l'intermodalità e l'integrazione logistica delle *supply chains* sono fattori in grado di produrre l'effetto che alcuni

[95] Cfr. S. BOLOGNA, *op. cit.*, 28 ss., in relazione alla dialettica innescata dal piano di opere adottato per il porto di Trieste, nel 1861, dal governo austriaco, a seguito della realizzazione dell'asse ferroviario di collegamento tra Vienna e la città portuale e in vista dell'apertura del canale di Suez: "[si] delineano già nei primordi della portualità moderna quelli che saranno i problemi e i conflitti della portualità di fine Novecento, in primo luogo un conflitto tra gli interessi locali, del *cluster* marittimoportuale locale, che tende ad assorbire una quota consistente della catena del valore delle merci in transito, e gli interessi del mercato nazionale e internazionale, rappresentato dai caricatori".

economisti hanno chiamato "demarittimizzazione", cioè l'allentamento delle relazioni tra il sistema produttivo imperniato sul porto e il sistema socio-economico del territorio. Il tipo di funzione attribuita al porto o alle sue aree può, insomma, incrementare il livello dei traffici senza dar luogo a un ritorno economico per la collettività locale[96].

Ora, non v'è dubbio che l'esigenza di superare resistenze 'localistiche' all'allineamento della portualità nazionale con il nuovo scenario del commercio internazionale possa essere identificato come uno dei principali obiettivi a cui l'ampia riforma del 2016 mirava non meno del più limitato (ma più drastico) intervento del 2021; così com'è indubbio che, in astratto, tale obiettivo possa essere perseguito dal legislatore statale per legittime esigenze di "esercizio unitario". Ma altrettanto certo è che gli interessi locali (di cui il 'localismo' rappresenta l'aberrazione) avrebbero a tal fine imposto una verifica di adeguatezza, caso per caso, dell'intervento sussidiario e non invece un'aprioristica estromissione dei loro enti esponenziali dalle principali scelte pianificatorie.

Può, d'altronde, dubitarsi che la sede adeguata a valutare la sussistenza di un interesse nazionale o sovranazionale in singoli porti e aree portuali e a stabilire un equilibrio tra un siffatto interesse e altre esigenze costituzionalmente protette sia quella dell'intesa tra AdSP, regioni e comuni in sede di adozione degli strumenti di pianificazione portuale: per questo, fino alla versione immediatamente previgente dell'art. 5 l. n. 84/1994, la semplificazione dei procedimenti di pianificazione portuale era affidata, oltre che a (più cauti) meccanismi di superamento del dissenso, anche alla delimitazione dell'oggetto della negoziazione tra l'Autorità e gli enti territoriali derivante dalle prescrizioni della pianificazione generale dei trasporti, appena rinvigorita dal codice dei contratti pubblici (*supra*, § 3.3.).

Veniamo, così, al secondo profilo di analisi a cui si accennava, cioè quello della coerenza tra la riforma del 2021 e la *ratio* complessiva dell'intervento riformatore del 2016.

In questa prospettiva, quel che più colpisce l'interprete nel nuovo testo dell'art. 5 della legge Porti, è che la sottrazione a comuni e regioni delle proprie competenze pianificatorie non sia stata operata median-

[96] Cfr. H. Ghiara, *Introduzione*, in Ead. (ed.), *The New Economic Port Landscape. Economic Performance and Social Progress*, Milano, 2012,, 1 ss.; E. Musso, H. Ghiara, *Ridisegnare il panorama*, *ibid.*, 29 ss.; S. Soriani (a cura di), *Porti, città e territorio costiero. Le dinamiche della sostenibilità*, Bologna, 2002; E. Musso, M. Benacchio, *Il nuovo rapporto fra porto e territorio: conseguenze sull'organizzazione degli spazi portuali*, in *Economia e diritto del terziario*, 1/2000, 251 ss.

te l'esercizio di una forza centripeta, ma per mezzo del disegno di un modello autonomistico, differente da quello disegnato per gli enti territoriali dal titolo V della Costituzione, ma pur sempre potenzialmente in grado di produrre un effetto disgregatore sulle funzioni a necessario "esercizio unitario".

È stato, in merito, efficacemente osservato come la riforma del 2021 finisca con il dar luogo, benché figlia di un'impostazione "centralista", a "una pianificazione territoriale di livello statale operata però dal "basso""[97].

Il legislatore sembra insomma avere ritenuto che a una pianificazione generale dei trasporti centralizzata possa supplire il sinecismo pianificatorio delle Autorità di sistema portuale, il cui territorio è peraltro destinato oggi a ricevere una conformazione non tanto tramite il DPSS (diretto destinatario delle previsioni del PGTL), quanto piuttosto mediante i singoli PRP, ai quali sono ora rimesse le principali decisioni di carattere infrastrutturale (*supra*, § 3.1.).

Non è peregrino il sospetto che, imboccando questo percorso – sostanzialmente inverso a quello tracciato dalla riforma del 2016, sulla scorta della vocazione pianificatoria assunta dagli orientamenti TEN-T e della lettura porto-centrica datane dal PSNPL – il legislatore del 2021 abbia considerato troppo ottimistico il disegno degli artt. 200 ss. d.lgs. n. 50/2016 e, pur mantenendolo formalmente in vita, abbia preferito svincolare il rinnovamento dei porti italiani da quello della pianificazione del sistema dei trasporti nazionale.

Una diffidenza, questa, di certo comprensibile, se è vero che il nuovo

[97] F. Karrer, *op. cit.*, 3. Come è stato opportunamente rilevato (J. Riccardi, *op. cit.*, 5), a tale impostazione è sottesa la convinzione che le Autorità di sistema portuale siano qualificabili come enti pubblici non economici, titolari di funzioni di regolazione finalistica (l'incremento dei traffici negli scali gestiti) e condizionale (cioè quella della concorrenza tra le imprese operanti sui mercati delle operazioni e dei servizi portuali). Tale convinzione (confortata dal disposto dell'art. 6, c. 5, l. n. 84/1994, come modificato dal d.lgs. n. 169/2016), dominante nella dottrina e nella giurisprudenza italiana, è stata posta seriamente e reiteratamente disattesa dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia Ue: per una più approfondita analisi del problema e per ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali v. M. Ragusa, *Porto e poteri pubblici*, cit. 287 ss. e Id., *Una nuova fisionomia giuridica per i gestori dei porti italiani*, cit., *passim*. La questione è oggetto del ricorso presentato da tutte le AdSP italiane e da Assoporti, a oggi pendente innanzi al Tribunale dell'Unione europea, contro la decisione della Commissione (C(2020) 8498 final) con cui l'esenzione dall'imposta sul reddito delle società (IRES), prevista dalla legislazione italiana a favore delle stesse AdSP è stata ritenuta un regime di aiuti di Stato incompatibile con il mercato interno, sul presupposto della natura economica dell'attività di gestione portuale.

Piano generale dei trasporti e della logistica non è ancora stato adottato, così come non è stato emanato il primo DPP del Ministero delle Infrastrutture e della mobilità sostenibili: documento che, nelle more dell'adozione del primo PGTL, avrebbe dovuto dettare, entro un anno dall'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, "le linee strategiche e gli indirizzi per il settore dei trasporti e delle infrastrutture" (art. 201, c. 7, d.lgs. n. 50/2016)[98].

Tuttavia, pur tenendo conto delle ragioni di un legislatore pessimista – e senza esprimere alcun giudizio sulle opposte ragioni dei suoi più ottimisti predecessori – resta il fatto che l'effetto dell'ultimo intervento normativo sia quello di rinunciare ai più importanti obiettivi di coerenza (interna ed esterna) della pianificazione portuale perseguiti dalla riforma del 2016, riducendo a dismisura la portata di buona parte delle innovazioni da quest'ultima ideate.

Se le recenti modifiche supereranno indenni il vaglio della Corte costituzionale per le diverse (ma connesse) ragioni a cui sopra si è accennato, insomma, potrebbe dirsi conclusa (prima ancora di trovare concreta applicazione) l'ultima ambiziosa stagione della pianificazione portuale: la visione unitaria delle prospettive di sviluppo del sistema portuale nazionale, in particolare, resterebbe affidata a documenti qualificabili come 'non-piani' (il PSNPL, le Linee guida, il 'vecchio' PGTL), i quali, lungi dall'essere articolati in prescrizioni vincolanti e in disposizioni di dettaglio, contengono splendide analisi di contesto e generali (o talvolta generiche) illustrazioni di strategie, non invece "scelte precise né tantomeno previsioni di dotazioni", né, quindi, un concreto riparto delle funzioni e "delle risorse attribuibili ad ogni singolo scalo"[99].

Anche il nuovo art. 5 l. n. 84/1994, del resto, trae origine da un "piano" che tale non è (almeno con riferimento al settore in esame): è proprio ottemperando alle indicazioni del PNRR che il legislatore del 2021 ha affidato alla "semplificazione delle procedure" (di approvazione dei singoli DPSS e PRP) lo "sviluppo del sistema portuale", anziché puntare sulla pianificazione di quest'ultimo[100].

[98] L'unico strumento di (mera) programmazione centrale permane, a tutt'oggi, l'Allegato infrastrutture al DEF: tale funzione suppletiva attribuita *praeter legem* a tale documento è descritta in premessa e nella sez. 1.2. dell'ultimo Allegato infrastrutture (DEF 2021), "Dieci anni per trasformare l'Italia". Sulla materiale sopravvivenza del sistema "legge obiettivo" anche a seguito dell'abrogazione dei commi da 1 a 5 dell'art. 1 l. n. 442/2001 cfr. A. Donati, *op. cit.*, 41 ss.

[99] In questi termini F. Karrer, *loc. cit.*.

[100] *Supra*, nota 12.

Svincolata dal rispetto della pianificazione nazionale dei trasporti e sostanzialmente smarcata dalle funzioni di governo del territorio degli enti locali e della regione, la pianificazione portuale è così a pieno titolo divenuta uno degli "strumenti pianificatori di *settore* – nati con funzioni limitate – [che tendono] ad assumere il carattere totalizzante proprio della pianificazione urbanistica"[101].

[101] F. Salvia, *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2008, 227.

INCONTRO DI STUDIO DEL 30 NOVEMBRE 2021
QUALE PIANO PER IL FUTURO DELL'URBANISTICA?

di Salvatore Raimondi

Prendo le mosse dal V capitolo del manuale, intitolato "Introduzione allo studio della pianificazione urbanistica". Nel cui § 3 si legge: "Qualcuno ha parlato di depianificazione poiché l'assetto del territorio non sarebbe più cristallizzato in strumenti urbanistici sub specie aeternitatis ma frutto di processi decisionali ravvicinati nel tempo sollecitati peraltro da soggetti diversi da quelli abilitati istituzionalmente al governo del territorio".

Più avanti nella stessa pagina si legge che il "vero baricentro della politica urbanistica – tradizionalmente individuato nel momento della formazione del piano – si è spostato nei procedimenti quasi sempre atipici di variante ai piani regolatori onde inserire ex post in questi ultimi opere o interventi originariamente non previsti. L'aspetto patologico di tutto ciò consiste nella banalizzazione dei procedimenti di variante che in nome della logica del fare e della captazione dei finanziamenti, azzera molto spesso qualsiasi resistenza del potere urbanistico sino a consentire talvolta l'aggressione di quegli interessi sensibili, che dovrebbero viceversa costituire il nucleo duro del governo del territorio".

* * *

In concreto è lo stesso concetto di pianificazione che è in crisi da tempo. La legge urbanistica del 1942, n. 1150, chiaramente si ispirava al concetto di espansione dell'abitato. Basti al riguardo considerare l'art. 7 che disciplina il piano regolatore generale. Stabilisce al comma 2, n. 2, che il piano deve indicare "la divisione in zone del territorio comunale con la precisazione delle zone destinate all'espansione dell'aggregato urbano e la determinazione dei vincoli e dei caratteri da osservare in ciascuna zona".

Oggi lo scenario è completamente cambiato. Non sussiste più l'espansione delle dell'aggregato urbano. Il problema è quello del riutilizzo dell'esistente, sia nell'ambito dei centri storici sia, ed ancora di più, nell'ambito delle periferie degradate, talvolta con notevoli quantità di opifici e di edifici commerciali dismessi (il cui abbandono è stato favorito dallo sviluppo dei centri commerciali extraurbani), e comunque

con la presenza di edifici da convertire ad altre funzioni. Operazione invero non sempre possibile con la conseguenza che dobbiamo prevedere anche il progressivo degrado di immobili inutilizzati che si rivelano inutilizzabili.

* * *

Al riguardo è da tenere presente che a livello mondiale l'Europa è il continente con il maggiore tasso di urbanizzazione. Su oltre 500 milioni di abitanti l'80/90 percento della popolazione europea vive in aree urbane. Più di un terzo della popolazione complessiva del paese risiede nelle città ed in particolare in quelle che la legge Del Rio (n. 56 del 2014) ha individuato come città metropolitane.

È fortemente affermata la tendenza nella dottrina e nella legislazione all'azzeramento del consumo del suolo e correlativamente alle scelte urbanistiche che favoriscono la rigenerazione dell'esistente. La rigenerazione urbana acquisisce ormai un valore prioritario quale elemento principale in vista del raggiungimento dell'obiettivo costituito dal "consumo di suolo a saldo zero".

Riduzione del consumo del suolo e rigenerazione urbana costituiscono concetti correlati, due facce della stessa medaglia. Comportano tra l'altro la riqualificazione delle aree urbane degradate. In tale contesto si auspica la rigenerazione e la rivitalizzazione dei borghi[1].

* * *

Ad oggi non esiste una disciplina unitaria e organica della rigenerazione urbana nella normativa statale. Sono state introdotte, però – impropriamente ma significativamente – nella legislazione di emergenza,

[1]1 Sulla riduzione del consumo di suolo e sulla rigenerazione urbana, Di Pace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.,* 204, 237 ss.; P. Urbani, *A proposito delle riduzione del consumo di suolo, ivi,* 2016, 277 ss, 19, 23-30; F. Di LAscio, *Quali tendenze in corso nella rigenerazione delle città, ivi*, 2018, 135; C. Ventimiglia, *Territorio e comunità nel prisma della rigenerazione urbana: tendenze evolutive e nuovi modelli giuridici*, in *Federalismi*.it 2019, 19, 23-30; A. Giusti, *La rigenerazione urbana tra consolidamento dei paradigmi e nuove contingenze*, in *Dir. amm*, 2021, 439 ss.; W. Gasparri, *Suolo bene comune? Contenimento del consumo del suolo e funzione sociale della proprietà privata*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 71 ss.; G. Piperata, *Rigenerare i beni e gli spazi delle città: attori, regole, e azioni*, in E. Fontanari, G. Piperata (a cura di), *Agenda RE – Cycle,* Bologna 2017, 28. S. Amorosino, *Realizzare le rigenerazioni urbane: spunti di riflessione*, in A.I.D.U., *La nuova urbanistica regionale (Studi dal XXII convegno nazionale,),* Milano, 2021, 37 ss. Sulla rivitalizzazione dei borghi, B.G. Di Mauro, *Il diritto dei borghi nel PNRR: verso una (stagione di) rigenerazione urbanisticamente orientata alla conservazione e allo sviluppo dei valori locali*, in *Urb. App*. n. 4/2022. 458 ss.

disposizioni in materia. In particolare nel decreto c.d. salva cantieri del 2019 (n. 32 conv. nella L. n. 55 del 2019) sono presenti disposizione le quali, come si legge nelle premesse del decreto, hanno lo scopo di "semplificare e velocizzare i procedimenti sottesi alla realizzazione degli interventi edilizi di rigenerazione del tessuto edificatorio nelle aree urbane per consentire l'urgente ripresa dell'attività del settore, nevralgico e trainante per lo sviluppo del Paese".

All'art. 5, rubricato "Norme in materia di rigenerazione urbana", si introducono modifiche al testo unico in materia edilizia (D.P.R. n. 380 del 2001 e s.m.i.), aventi la finalità, come si legge nell'esordio dell'articolo, di "concorrere a indurre una drastica riduzione del consumo di suolo e a favorire la rigenerazione del patrimonio edilizio esistente, a incentivare la razionalizzazione di detto patrimonio edilizio, nonché a promuovere e agevolare la riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti, nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione, ovvero da rilocalizzare, tenuto conto anche della necessità di favorire lo sviluppo dell'efficienza energetica e delle fonti rinnovabili e di assicurare il miglioramento e l'adeguamento sismico del patrimonio edilizio esistente, anche con interventi di demolizione e ricostruzione".

All'uopo, a modifica ed integrazione dell'art. 2 bis del testo unico in materia edilizia, si stabilisce che le regioni introducono con proprie leggi e regolamenti deroghe al D.M. n. 1444 del 1968 in materia di distanze tra fabbricati, nonché disposizioni sugli spazi da destinare agli insediamenti residenziali, a quelli prodottivi, a quelli riservati alle attività collettive, al verde e ai parcheggi – si noti – "nell'ambito delle definizione o revisioni di strumenti urbanistici comunque funzionali a un assetto complessivo e unitario o di specifiche aree territoriali".

Quest'ultimo inciso solleva dubbi sulla effettiva possibilità di applicazione della rigenerazione urbana. In concreto, ad onta della semplificazione alla quale si ispirano le normative di emergenza degli ultimi anni, tra le quali, per quanto di interesse, il decreto salva cantieri del 2019, in concreto per attuare le deroghe introdotte nell'art. 2 bis del testo unico edilizia occorre approvare la variante al piano regolatore generale e ad eventuali strumenti di programmazione attuativa.

Ciò posto, mentre sembra facilmente raggiungibile la riduzione del consumo del suolo non altrettanto può dirsi della rigenerazione urbana.

E non solo perché si deve passare dalla variazione degli strumenti urbanistici ma anche – ed anzi soprattutto – perché la rigenerazione urbana, per essere effettuata, richiede strumenti consensuali che coinvol-

gono, oltre al Comune ed alla Regione, anche i privati proprietari degli immobili. Ed anzi è agevole prevedere che l'iniziativa dovrebbe provenire proprio dai privati. La qualcosa comporta che la rigenerazione urbana difficilmente potrà essere proposta nel contesto di proprietà frammentate (si pensi al condominio) ma sarà verosimilmente limitata ai casi di edifici appartenenti ad un unico proprietario (società immobiliari).

Il fenomeno è stato registrato dalla dottrina: "il recupero e la riqualificazione del costruito si impone come una delle direttrici fondamentali della futura attività di pianificazione urbanistica"[2]. Il concetto di rigenerazione urbana ha ormai assunto un valore giuridico rilevante ed una portata autonoma ed innovativa rispetto agli altri concetti di recupero e di riqualificazione.

Si osserva però che le procedure di rigenerazione urbana tradizionalmente impiegate dalle amministrazioni dei comuni dimostrano una incapacità di offrire con certezza la garanzia sopra richiamata. L'assetto urbanistico delle città italiane mostra infatti numerosi progetti incompiuti e altrettanti progetti inutilizzati o dismessi anche a distanza ravvicinata dal loro realizzazione.

* * *

Sono diverse le leggi regionali che hanno recepito questo indirizzo. Sono da rammentare la legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 24/2017, art. 5, la legge regionale della Puglia n. 21/2008, art. 1, la legge regionale del Piemonte, n. 20/2009, art. 14, comma 1, la legge regionale della Lombardia n. 31/2014, art. 2, c. 1 lett. e la legge regionale del Lazio n. 7//2017,

Nello stesso senso la legge regionale siciliana n. 19 del 2020, recante norme per il governo del territorio, la quale, all'art. 5, stabilisce che la regione assume l'obiettivo di consumo di suolo a saldo zero da raggiungere entro il 2050. A tale scopo, si aggiunge, gli strumenti di pianificazione territoriale ed urbanistica perseguono la riduzione del consumo di suolo, anche attraverso il riuso e la rigenerazione urbana.

La citata legge, all'art. 1, comma 4, stabilisce che "le aree oggetto degli interventi di rigenerazione urbana costituiscono ambiti prioritari per l'attribuzione dei fondi strutturali europei a sostegno delle attività economiche e sociali".

[2] R. Di Pace, *La rigenerazione urbana tra programma zio e e pianificazione*, *op. loco cit*. 237.

L'AUTONOMIA REGIONALE AL BIVIO: EVOLUZIONE O INVOLUZIONE? (NOTA MINIMA SU UNA SPINOSA QUESTIONE)

di Antonio Ruggeri

SOMMARIO: 1. Lo scarto vistoso tra modello ed esperienza e il sostanziale degrado in cui versa l'autonomia. – 2. Le principali cause cui si deve il vistoso svilimento dell'autonomia e la invenzione di inusuali tecniche decisorie da parte del giudice costituzionale a mezzo delle quali quest'esito è stato, in buona sostanza, avallato e incoraggiato a radicarsi sempre di più nell'esperienza. – 3. La necessità (e però temo… impossibilità) di far luogo al varo di organiche ed incisive riforme, bisognose di essere messe urgentemente in atto al fine di dar modo all'autonomia di potersi risollevare dalla condizione di grave sofferenza che ad oggi l'affligge. – 4. L'autonomia al bivio: colare a picco o tentare di risalire la china.

1. *Lo scarto vistoso tra modello ed esperienza e il sostanziale degrado in cui versa l'autonomia*

Forse, neppure un mago con la classica palla di vetro potrebbe rispondere al quesito che dà il titolo della riflessione che mi accingo ora a svolgere. Il tempo presente appare infatti segnato da non poca confusione ed improvvisazione, di cui si ha diffuso riscontro nella cerchia di coloro che hanno responsabilità di governo, ad ogni livello istituzionale (locale o centrale e persino sovranazionale), solo in parte per vero giustificate dalle plurime ed ingravescenti emergenze che hanno marchiato a fondo i più recenti sviluppi della vita sociale ed istituzionale, emergenze che peraltro – come si è fatto altrove notare – si ricaricano in modo perverso a vicenda in una spirale che parrebbe essere senza fine, ormai impazzita e incontrollabile, e che potrebbe portare ad esiti infausti, forse irrimediabili. Un quadro, insomma, a tinte fosche, che parrebbe mettere a dura prova le strutture portanti dell'ordinamento e della società. Ed è chiaro che risulta allora davvero problematico ragionare su come potrebbero evolvere i rapporti intercorrenti tra organi ed enti di cui si compone la Repubblica.

Pur con questa generale ed inquietante avvertenza, ogni discorso sull'autonomia non può non fare capo, per un verso, al modello costituzionale (e statutario, per ciò che specificamente concerne le Regioni speciali) e, per un altro verso, all'esperienza fin qui maturata, nelle sue più salienti e significative espressioni. La stessa esperienza può, peraltro,

essere variamente qualificata a seconda di come sia visto il modello, che dunque rimane pur sempre il primo, essenziale punto di riferimento.

Ora, qui si pone subito una difficoltà di fondo, dal momento che, per strano che possa sembrare a tre quarti di secolo dal varo della Carta, un modello di Regione e di autonomia regionale nitidamente visibile nei suoi lineamenti essenziali non si ha e – aggiungo – forse non si avrà mai, per la elementare ragione che il dettato costituzionale racchiude al proprio interno elementi eterogenei e – a dirla tutta – concettualmente ambigui, idonei perciò a caricarsi di plurime valenze, ora nel segno della promozione ed espansione dell'autonomia ed ora in quello della sua contrazione. Basti solo al riguardo pensare a come sono state (e sono) intese le etichette relative agli ambiti materiali di competenza delle Regioni (e, dopo la riscrittura del Titolo V, dello Stato), nonché le formule, concettualmente assai approssimative ed opache (per non dire, palesemente oscure), riguardanti i limiti dell'azione regionale (ed *ex adverso* dello Stato). Se ne ha che, a seconda di dove maggiormente si ponga l'accento, potranno aversi ricostruzioni anche significativamente diverse tra di loro. Insomma, un quadro alquanto appannato ed incerto, come tale disponibile a farsi riconformare senza sosta dagli operatori politici, in primo luogo, e, quindi, dagli stessi organi di garanzia, a partire dalla Corte costituzionale, per il credito universalmente riconosciuto alla sua giurisprudenza quale luogo elettivo di formazione ed incessante rinnovo del diritto costituzionale vivente.

Sta di fatto che, a giudizio di una nutrita schiera di studiosi, lo scarto tra il modello, seppur ricostruito con somma cautela, e l'esperienza appare essere vistoso, comunque penalizzante per l'autonomia che, dunque, risulta essere complessivamente sbiadita, forse addirittura spenta.

È chiaro che sarebbero al riguardo necessarie non poche precisazioni, facendosi oggetto di esame separato non soltanto ciascuna delle Regioni (e Province) dotate di speciale autonomia ma anche le stesse Regioni di diritto comune considerate una ad una, dal momento che ciascuna di esse si è avvalsa in modo peculiare dei poteri riconosciutile, con risultati dunque varî da un territorio all'altro. Di tutto ciò – com'è evidente – non è questa la sede, dovendosi qui la riflessione arrestare alla sola indicazione delle maggiori tendenze, quali hanno complessivamente segnato la vicenda regionale nel nostro Paese.

Credo, ad ogni buon conto, di poter dire che non v'è studioso, quali che ne siano la formazione culturale e l'orientamento, che, avendo a cuore le sorti dell'autonomia, si sia dichiarato e si dichiari soddisfatto di come sono andate (e seguitano ad andare) le cose. Ed allora occorre chiedersi quali siano state (e siano) le ragioni che hanno portato alla

situazione di vero e proprio degrado – non si teme di esagerare nel chiamarlo così – in cui essa versa e, quindi, una volta accertatane la natura e la consistenza, se si diano le condizioni oggettive di contesto per porvi almeno in parte rimedio. Al riguardo, tuttavia, come si passa subito a dire, non v'è francamente da essere molto ottimisti.

2. *Le principali cause cui si deve il vistoso svilimento dell'autonomia e la invenzione di inusuali tecniche decisorie da parte del giudice costituzionale a mezzo delle quali quest'esito è stato, in buona sostanza, avallato e incoraggiato a radicarsi sempre di più nell'esperienza*

La prima causa del degrado suddetto è, infatti, di natura culturale. E, invero, l'idea regionale, seppur coltivata *ab antiquo* da menti generose e raffinate, purtroppo non si è mai saldamente radicata e diffusa nel tessuto sociale. L'autonomia, insomma, per questo livello di governo non è stata avvertita in modo pressante, diversamente da ciò che si è avuto per il livello comunale, laddove si è assistito – come si sa – ad un lento processo di maturazione già a partire dal Medioevo.

Non esito ad affermare che sta proprio qui, a mio modo di vedere, la causa prima e di maggior rilievo del mancato decollo dell'istituto regionale. Non si trascuri, d'altronde, la circostanza per cui anche nelle Regioni, come la Sicilia e la Sardegna, nelle quali in occasione della seconda grande guerra si era affermato un pericoloso movimento separatista per far fronte al quale si è avuta la concessione di un'autonomia speciale (per la Sicilia, addirittura "specialissima"), ugualmente per ragioni varie, una volta affievolitasi e quindi venuta sostanzialmente meno la tendenza in parola, la pianta dell'autonomia non è riuscita ad attecchire e a crescere vigorosa e forte, come invece ci si attendeva.

D'altro canto, dalla consapevolezza della esistenza della causa in parola non dovrebbe conseguire la conclusione della opportunità di sopprimere l'autonomia per il livello regionale, a motivo del suo carattere *quodammodo* artificioso. All'inverso, proprio da questa consapevolezza dovrebbe venire una spinta vigorosa per la messa a punto di misure di ampio respiro ed incisive, adeguate a realizzare una sostanziale inversione di tendenza, una volta che si convenga a riguardo del fatto che dall'autonomia stessa possono attendersi non pochi benefici per la collettività, sempre che ovviamente sia messa in condizioni di poter valere secondo la sua originaria, genuina accezione, secondo quanto si tenterà di dire meglio a breve.

La seconda causa ha riguardo ai vincoli, fattisi col tempo viepiù stringenti, che discendono dalla Comunità internazionale e, soprattutto, dall'Unione europea e che hanno comportato ritagli consistenti in seno alle materie di spettanza regionale, in vista dell'ottimale adempimento degli impegni sovranazionali, o, per dir meglio, di quello che gli organi statali d'indirizzo hanno considerato essere il modo più adeguato per farvi fronte. Di contro, una nutrita schiera di studiosi ha da tempo fatto notare che l'adempimento in parola bene avrebbe potuto conciliarsi con la salvaguardia dell'autonomia. Purtroppo, però, non di rado restano inascoltate le pur argomentate notazioni fatte dalla più avvertita dottrina.

La terza causa è data dalle già accennate emergenze, specie da quella economica e, da ultimo, dalla sanitaria, oltre che da quella bellica che, pur non riguardandoci direttamente, si è tuttavia dimostrata foriera di effetti nocivi a largo raggio anche da noi: emergenze che, dunque, hanno dato il classico colpo di grazia ad un'autonomia afflitta da una grave crisi d'identità. Da esse si è infatti alimentata in copiosa misura la mai sopita vocazione al "riaccentramento" di funzioni dapprima devolute (*rectius*, promesse) alle Regioni, affermatosi per effetto dell'azione a tenaglia esercitata, per un verso, dagli organi centrali della direzione politica e, per un altro verso, da quelli di garanzia, segnatamente dalla Corte costituzionale.

Si deve, in particolare, a quest'ultima la invenzione di tecniche argomentative e decisorie viepiù raffinate ed incisive, che hanno fortemente segnato il sofferto andamento dell'autonomia, facendolo deviare in vistosa misura dal solco costituzionale. D'altronde, le "modifiche tacite" – come si suole chiamarle – della Carta operate presso la Consulta appaiono distese a tappeto per l'intera trama del tessuto costituzionale, non restandone indenne in buona sostanza alcuna sua parte.

Non è di qui far luogo ad un esame analitico delle tecniche in parola, fatte peraltro oggetto da tempo di studi numerosi ed approfonditi e costantemente monitorate in ragione dei complessivi sviluppi della giurisprudenza. Mi limito, dunque, ad elencare solo le principali di esse, senza aggiungervi alcun commento, non senza avvertire in premessa che la manovra di "riaccentramento" cui si è sopra accennato è stata in non secondaria misura agevolata dalla struttura aperta degli enunciati costituzionali che, a motivo della loro congenita (e, in più punti, eccessiva) duttilità, si sono prestati a facili manipolazioni semantiche tanto da parte dei decisori politici quanto, appunto, ad opera della Corte.

Si torni, ancora una volta, a pensare al carattere sibillino delle etichette relative alle materie ed ai limiti dell'autonomia, le une e gli altri

riconformati di continuo in ragione delle più pressanti esigenze dei casi e del contesto in cui essi s'inscrivono e manifestano.

Sia chiaro. Con ogni probabilità delle etichette in parola non potrà anche in futuro farsi a meno, laddove dovesse assistersi ad ulteriori innovazioni del dettato costituzionale. Ciononostante, per un verso, sarebbe consigliabile una minore vaghezza concettuale, almeno in relazione a taluni ambiti materiali; per un altro verso, poi, i rimedi vanno ricercati – come suol dirsi – "a monte": non tanto, cioè, promettendo o magari effettuando ulteriori devoluzioni di materie e funzioni dal centro alla periferia, quanto piuttosto portando la periferia al centro, a mezzo di una profonda riconformazione della struttura degli organi centrali di apparato e ridefinizione delle procedure che presiedono alla formazione degli atti (a partire dalle leggi) idonei ad esprimere vincoli a carico dell'autonomia, rendendovi partecipi i rappresentanti delle Regioni. Senonché il limite intrinseco e – temo – insuperabile di questa proposta, come si sa da tempo avanzata in sedi politiche e dottrinali, per ciò che specificamente riguarda l'innesto dei rappresentanti suddetti nella seconda Camera, è dato dall'annosa e ingravescente crisi della rappresentanza politica, alla quale francamente non si vede come si possa porre almeno in parte rimedio.

Che sia qui il *punctum crucis* della questione ora nuovamente discussa è avvalorato proprio dalle tecniche decisorie messe in atto dalla Consulta al fine di far tornare in capo allo Stato competenze secondo modello conferite alle Regioni.

Uno speciale rilievo va, al riguardo, assegnato al rifacimento delle sfere di competenze alla luce del criterio onnivoro dell'interesse nazionale, frutto di discrezionale apprezzamento da parte degli organi della direzione politica in prima battuta e, in ultima istanza, della Corte costituzionale, laddove chiamata (e lo è – è noto – di frequente) ad una complessa e faticosa opera di arbitraggio tra i contendenti in campo; ed è un criterio che, al tirar delle somme, ha fortemente segnato (e seguita a segnare) le tecniche suddette.

Così, ad es., è stato per il c.d. criterio della prevalenza, in nome del quale consistenti porzioni di materie sono state sottratte all'autonomia ed attratte alla disciplina statale. E, ancora, si pensi al modo con cui sono state (e sono) intese le c.d. materie "trasversali" (o, per riprendere una fortunata espressione coniata da A. D'Atena, le "materie-non materie"), portate ad una innaturale espansione della loro pur formidabile capacità di pervasione dei campi materiali di competenza regionale. Infine, per ciò che specificamente concerne le Regioni speciali, si consideri com'è

stata fatta valere la clausola di maggior favore, di cui all'art. 10 della legge di riforma del 2001, che ha comportato un forzoso (seppur oggettivamente necessario) livellamento della peculiare condizione di autonomia propria delle Regioni in parola a quella stabilita dalla Carta per le Regioni di diritto comune, ricostruita però nei termini complessivamente riduttivi di cui si è venuti dicendo. Laddove, poi, l'uniformità di regime non si è avuta, la specialità è rimasta comunque penalizzata per effetto delle letture ad essa non benigne cui è andata soggetta.

È poi chiaro – va detto di sfuggita – che una buona parte di responsabilità per questo stato di cose di certo non esaltante è da imputare alle stesse Regioni (e, perciò, in buona sostanza, al personale politico che le ha governate) che – salvo alcune lodevoli eccezioni (in ispecie nelle Regioni del centro-nord) – ha esibito ritardi vistosi e gravi carenze. Se ne ha riprova dal fatto che l'adeguamento degli statuti speciali al nuovo Titolo V, vagheggiato dallo stesso autore della riforma del 2001, è fin qui rimasto sulla carta ad oltre vent'anni dal rifacimento del dettato costituzionale, così come, per ragioni varie, non ha preso ancora piede la "specializzazione" dell'autonomia ordinaria, prefigurata dall'art. 116 della Carta e vigorosamente sollecitata specialmente dalle Regioni del Nord. Vicende, tutte queste (e molte altre ancora che potrebbero essere nel medesimo senso richiamate) che, a conti fatti, sono da riportare – quale più e quale meno direttamente – a quella crisi della rappresentanza politica che – come si vede – costituisce un *leit motiv* che torna di continuo a riaffacciarsi e ad incidere pesantemente anche (ma non solo) sui complessivi sviluppi della vicenda regionale nel nostro Paese.

3. *La necessità (e però temo… impossibilità) di far luogo al varo di organiche ed incisive riforme, bisognose di essere messe urgentemente in atto al fine di dar modo all'autonomia di potersi risollevare dalla condizione di grave sofferenza che ad oggi l'affligge*

Va, nondimeno, tenuto costantemente presente che non pochi guasti, pur avendo – come si diceva – nel sistema politico la radice da cui si tengono ed alimentano, sono stati incoraggiati o, come che sia, non ostacolati nella loro formazione e diffusione dallo stesso dettato costituzionale (e statutario).

Il vero è, infatti, che il modello immaginato dal Costituente – ammesso (e non concesso) che di un unitario ed univoco modello possa davvero parlarsi… – è inesorabilmente invecchiato, forse è nato vecchio,

sì da dimostrarsi inservibile al fine di dar modo all'autonomia di affermarsi secondo la sua genuina e qualificante espressione: quale servizio, cioè, nei riguardi dei più diffusi ed avvertiti bisogni delle comunità stanziate nei territori in cui si articola la Repubblica. Di più: è un modello che si è rivoltato contro l'autonomia stessa, traducendosi pertanto, per una innaturale ed inquietante eterogenesi del fine, in un pregiudizio per le comunità stesse, tant'è che – come si diceva – si è non a caso da più parti affacciata l'ipotesi che, se le Regioni hanno da essere ciò che sono, sarebbe forse preferibile la loro cancellazione dalla lavagna costituzionale. Soluzione, questa, che, a conti fatti, farebbe sì che il rimedio si riveli essere peggiore del male. Il vero è che – ferme le responsabilità gravanti sugli operatori politico-istituzionale, in sede centrale come pure presso le stesse Regioni – lo stesso dettato costituzionale non è esente da difetti originari di costruzione, non riparati al momento del varo della riforma del Titolo V, specie per ciò che concerne gli istituti della partecipazione regionale ad attività dell'apparato statale; ed è bene, dunque, che essi siano portati alla luce, senza alcun loro ingiustificato mascheramento discendente da una visione mitica e persino sacrale di Costituzione, quale atto perfetto in sé e per sé, compiuto e autosufficiente, come tale bisognoso unicamente di essere portato a lineare attuazione e di essere sempre e fino in fondo rispettato. Il rispetto, ovviamente, non si discute; ciò non toglie tuttavia che, laddove l'esperienza abbia inequivocabilmente acclarato la sussistenza dei difetti in parola, debba ad essi porsi urgentemente rimedio.

Ora, la prima e più pressante riforma che dovrebbe farsi concerne la ridefinizione dei confini dei territori regionali, sì da adeguare le dimensioni degli stessi alla natura degli interessi da soddisfare. Si pensi – per fare solo l'esempio a me più familiare – alla c.d. "area dello stretto", risultante dalle città di Messina e Reggio Calabria che, di tutta evidenza, presentano omogeneità di struttura, nel mentre restano innaturalmente separate ed appartenenti a Regioni complessivamente diverse per "tipi" di appartenenza, sfere e consistenza delle competenze. Senonché discorrere del rifacimento del numero delle Regioni e dei confini dei loro territori è cosa sterile, praticamente avulsa dalla realtà, tant'è che il tema non è all'agenda delle cose da fare, ostandovi il pervicace attaccamento ad una tradizione assai risalente e fortemente radicata nel corpo sociale.

In secondo luogo, sarebbe necessario ripensare *ab ovo* al regime duale prescelto dal Costituente, col fatto stesso di assicurare ad alcune Regioni (e Province) condizioni peculiari ("speciali") di autonomia e riservare a tutte le altre una piatta ed incolore uniformità di regime.

Ne ho già detto in altri luoghi di riflessione scientifica e non reputo pertanto di dovere qui tornare ad indugiare sul punto, pur se di cruciale rilievo, ripetendo notazioni al riguardo già rappresentate. Mi limito solo a rilevare la palese irragionevolezza di un sistema che riconosce identità di materie e funzioni in capo a Regioni assai diverse tra di loro per dimensioni e vocazione dei territori, vale a dire, in buona sostanza, per la natura degli interessi dagli stessi emergenti; e poiché questi ultimi fanno pur sempre capo a materie sulle quali poggia la sfera di competenze delle Regioni, se ne ha che gli ambiti materiali dovrebbero essere tipizzati, variare cioè da un luogo all'altro, in vista dell'ottimale appagamento dei più avvertiti bisogni delle comunità locali.

Di qui, dunque, la necessità di dar modo ad ogni Regione di "specializzarsi" attingendo ed attraendo a sé da un paniere situato al centro le materie congrue in relazione alla peculiare conformazione del proprio territorio, fatte ovviamente salve alcune materie che di necessità dovrebbero restare incardinate presso lo Stato, a motivo del carattere infrazionabile e non differenziabile della loro disciplina.

Quanto, poi, alle competenze, sarebbe opportuno che esse pure risultino tipizzate, in relazione alle materie, così come d'altronde è già al presente stabilito, prevedendosi per alcune di esse una disciplina di tipo c.d. "concorrente", per altre invece una "esclusiva", fermo restando che una competenza autenticamente "piena" delle Regioni non è immaginabile, correndosi altrimenti il rischio dell'impianto di spinte centrifughe tali da poter pregiudicare irrimediabilmente l'unità-indivisibilità dell'ordinamento.

Sappiamo, nondimeno, dall'esperienza fin qui maturata che la tipizzazione delle competenze non è riuscita davvero ad affermarsi, essendosi piuttosto assistito al sostanziale appiattimento (e, in qualche caso, allo svilimento) dell'autonomia, degradata ad un ruolo meramente ancillare nei riguardi degli atti espressivi di volontà sovrana dello Stato (si pensi solo all'innaturale qualificazione in termini di "principi fondamentali" o di "norme fondamentali delle riforme economico-sociali" di norme risultanti da leggi statali in realtà assai minute e dettagliate, dalle quali dunque sono venuti e seguitano senza sosta a venire vincoli penetranti e soffocanti per l'autonomia).

Cose note, ad ogni buon conto, di cui dunque non giova fare ora l'ennesimo racconto.

Ma, se le cose stanno davvero così come sono qui succintamente rappresentate, se ne ha che due sono le innovazioni di ordine istituzionale più urgenti da mettere in atto, in seno al dettato costituzionale in primo luogo e, quindi, alla disciplina sottostante.

La prima è data dalla introduzione di un regime – piace a me dire – di specialità diffusa che dia modo a ciascuna Regione di attivarsi per conformare la propria autonomia, differenziandosi dalle Regioni restanti, specificamente per ciò che concerne la definizione dei confini dei campi materiali da coltivare (riduttiva – come si vede – appare, per questo verso, essere la previsione di cui all'art. 116 Cost., nella parte in cui prefigura la "specializzazione" limitatamente ad alcuni ambiti materiali dell'autonomia delle Regioni di diritto comune). È ovvio che in capo allo Stato deve restare la titolarità di alcune materie nominativamente e oculatamente individuate; peraltro, lo Stato stesso dev'essere messo in grado di poter far luogo ad un costante e accurato monitoraggio delle iniziative regionali, controllandone le manifestazioni e, se del caso, sostituendosi alle Regioni nella disciplina di materie da esse lasciate scoperte (e, dunque, in buona sostanza, nella cura di certi pubblici interessi).

La seconda è data dall'incardinamento stabile dei rappresentanti delle Regioni negli organi centrali della direzione politica (e, segnatamente, nella seconda Camera per un verso, presso lo stesso Governo per un altro, facendo al riguardo leva sul sistema delle Conferenze opportunamente, profondamente revisionato), vale a dire nei procedimenti attraverso i quali vengono alla luce decisioni politiche idonee ad esprimere vincoli a volte stringenti per l'autonomia.

4. *L'autonomia al bivio: colare a picco o tentare di risalire la china*

L'autonomia è, dunque, al bivio: o seguitare lungo la china che porta al suo viepiù crescente degrado o tentare di rimettersi in sesto, perlomeno fintantoché le condizioni oggettive di contesto lo consentano. La qual cosa, però, come si è veduto, richiede incisive innovazioni strutturali, rispondenti ad un organico disegno di riforma messo in atto su un duplice fronte: su quello culturale, in primo luogo, avviando una capillare opera di sensibilizzazione sociale orientata alla valorizzazione dell'autonomia, alla comprensione cioè della sua attitudine a tradursi in un servizio quotidiano e prezioso nei riguardi di alcuni tra i più diffusi ed avvertiti bisogni facenti capo alle comunità stanziate nei territori in cui si articola la Repubblica. È poi ovvio, sì da non richiedersi che debba qui farsene parola alcuna, che occorre far luogo ad una generale opera di sensibilizzazione in funzione servente dei valori costituzionali in genere, non dunque del solo valore di cui all'art. 5 della Carta, in vista del loro ottimale inveramento nell'esperienza, L'autonomia – come si è altrove fatto

notare – è infatti, a un tempo un valore-fine ed un valore-mezzo, al servizio dei valori in genere nel loro fare "sistema". Per strano, infatti, che possa sembrare, la Costituzione a tutt'oggi ha bisogno di farsi conoscere ed apprezzare, al fine di potersi affermare al meglio di sé nell'esperienza.

In secondo luogo, vanno rivisti i canoni, frutto di autonormazione da parte dei partiti, riguardanti la selezione del personale chiamato a compiti di governo, in sede centrale come pure locale: una questione, questa, di cruciale rilievo che però ad oggi non si riesce ad avviare a soluzione, per la indisponibilità manifestata dagli stessi partiti ad assoggettarsi a vincoli di sorta, persino a quelli discendenti da regole dagli stessi forgiate.

In terzo luogo, occorre mettere in atto quelle innovazioni di ordine istituzionale alle quali si è qui fatto cenno. E non è inopportuno avvertire che nessun sostanziale giovamento può ragionevolmente attendersi dalle novità in parola laddove non siano accompagnate dalle altre sopra indicate. Tutto, infatti, come suol dirsi, fa sistema e si tiene; ed è, perciò, fatale l'esito di non centrare l'obiettivo del rilancio dell'autonomia laddove dovesse mancare anche uno solo dei tasselli di cui si compone il *puzzle* che ne delinea i lineamenti di fondo e la complessiva consistenza.

Come, però, dovrebbe essere ormai chiaro non c'è da nutrire fondate speranze di una possibile inversione del *trend* negativo (e, per più versi, sconfortante) che connota i più salienti svolgimenti dell'esperienza regionale, perlomeno fintantoché non si sarà avviata la complessiva opera riformatrice qui sommariamente delineata.

Ora, se la storia è davvero, com'è, *magistra vitae*, annose e consolidate esperienze non inducono, per vero, ad un pur cauto ottimismo circa il futuro. Ad ogni buon conto, si vedrà. La vicenda regionale, infatti, si può scrivere solo *ex post*, mai durante o, peggio, *ex ante*. Attendiamo, dunque, i suoi prossimi sviluppi, prima di formulare re melius perpensa il giudizio su ciò che le Regioni e la loro autonomia hanno rappresentato e che potranno ancora rappresentare nella storia istituzionale del nostro Paese.

PRESUNZIONE DI PIENA CONOSCENZA E TERMINE PER RICORRERE: *NIHIL SUB SOLE NOVUM*, LA PAROLA ALLA PLENARIA?

di Fabio Saitta

SOMMARIO: 1. Piena conoscenza e termine per ricorrere: ulteriori oscillazioni giurisprudenziali foriere di incertezza. – 2. Deposito di atti in giudizio e decorrenza del termine per impugnare: breve rassegna giurisprudenziale. – 3. Presunzione di piena conoscenza e discrezionalità del giudice amministrativo. – 4. Termine per ricorrere, garanzia del diritto di difesa e certezza del diritto: l'esigenza di un intervento della Plenaria.

1. *Piena conoscenza e termine per ricorrere: ulteriori oscillazioni giurisprudenziali foriere di incertezza*

Quando venne nominato membro laico del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione siciliana, il Maestro che qui onoriamo mi disse – con l'umiltà che l'ha sempre contraddistinto – che avrebbe fatto una bella ripassata di diritto processuale amministrativo, settore del quale si era occupato di rado nella sua carriera accademica. Dopo la ripassata e l'esperienza maturata come giudice amministrativo, mi perdonerà se, per onorarlo, ho scelto un tema di stretto diritto processuale.

Lo stimolo a tornare ancora una volta sulla nozione di «piena conoscenza» come *dies a quo* del termine decadenziale per proporre azione di annullamento di un provvedimento amministrativo (art. 41, comma 2, c.p.a.)[1] – tema assai risalente nel tempo[2], ma sempre attuale – deriva dalla constatazione che su alcuni aspetti problematici persistono oscil-

[1] Qualche anno fa, ci eravamo occupati del rapporto tra piena conoscenza e motivazione del provvedimento: cfr., *si vis*, *Piena conoscenza e motivazione del provvedimento amministrativo: per il diritto del cittadino di esperire consapevolmente l'eventuale azione di annullamento*, in *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica* (Atti del Convegno di Rapolano Terme/Siena, 8-9 giugno 2018), a cura di F. Francario e M.A. Sandulli, Napoli, 2018, 431 ss., e in www.judicium.it, n. 3/2018, 255 ss..

[2] Come ricorda S. RAIMONDI, *La "piena conoscenza" ai fini della decorrenza del termine per ricorrere* (Relazione al Convegno su: «Il cittadino e la pubblica amministrazione. Giornate di studio in onore di Guido Corso» – Palermo, 12-13 dicembre 2014), 1 del dattiloscritto, essa affonda le sue radici nella modifica apportata all'art. 36 del testo unico del Consiglio di Stato dalla legge n. 88 del 1925; sul tema anche A.G. PIETROSANTI, *Piena conoscenza, termine per impugnare ed effettività della tutela nel rito "super accelerato"* ex *art. 120, co. 2* bis*, c.p.a.*, in www.federalismi.it, n. 7/2017, 6-7.

lazioni giurisprudenziali che rendono incerta l'individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione, mettendo a rischio la certezza del diritto[3].

Si allude adesso alla questione dell'idoneità della produzione in giudizio di un provvedimento a comportare piena conoscenza ed a fare, quindi, decorrere il termine decadenziale per ricorrere, nei confronti della parte che nello stesso giudizio risulti assistita da un difensore; questione tuttora controversa, con riguardo alla quale è stata ravvisata una tendenza al cambiamento da parte della giurisprudenza, la quale in passato optava in prevalenza per la soluzione negativa, ritenendo necessaria la conoscenza personale della parte, mentre di recente sembra orientarsi in senso opposto[4].

2. *Deposito di atti in giudizio e decorrenza del termine per impugnare: breve rassegna giurisprudenziale*

Nel manuale sul quale ho per la prima volta studiato il diritto processuale amministrativo al quarto anno di giurisprudenza, Pietro Virga riferiva, con puntuale corredo giurisprudenziale, che, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnativa, «[r]ilevante è solo la cognizione del legittimato a ricorrere, mentre non ha alcun rilievo la cognizione di un soggetto diverso, anche se sia titolare di una posizione soggettiva analoga a quella dell'interessato o anche se legato a quest'ultimo da un rapporto di parentela, affinità, dipendenza, mandato di difesa»[5]. Con specifico riguardo alla conoscenza da parte del difensore, il Maestro palermitano aggiungeva però che la giurisprudenza, mentre riconosceva generalmente la piena conoscenza del provvedimento depositato nel fascicolo dello

[3] Certezza del diritto che – come ben evidenziato da M. Ramajoli, *Riflessioni critiche sulla ragionevolezza della disciplina dei termini per ricorrere nel processo amministrativo*, in www.federalismi.it, n. 17/2018, 20-21 – «non è soltanto garantita dalla previsione di un termine breve di decadenza, a vantaggio della stabilità delle decisioni pubbliche, ma deve essere anche assicurata, a vantaggio del diritto alla tutela giurisdizionale effettiva, da un sufficiente grado di conoscibilità della regola processuale applicabile al caso concreto, ovvero da precise modalità di applicazione dei termini di decadenza. Ciò richiede di utilizzare criteri sicuri e fermi e non oscillanti né vaghi per determinare il momento da cui decorre il termine di decadenza».

[4] Così N. Saitta, *Sistema di giustizia amministrativa*, 7ª ed., Napoli, 2021, 125-126, cui si rinvia per le prime indicazioni giurisprudenziali.

[5] *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, 2ª ed., Milano, 1982, 241.

stesso giudizio da una delle parti resistenti, era contrastante con riguardo alla conoscenza attraverso il deposito in altro giudizio, perché taluno riteneva che tale modalità conoscitiva si riferisca al difensore e non alla parte, tal'altro che, attraverso il difensore, l'interessato non possa non essere venuto a conoscenza del provvedimento[6].

Come vedremo, l'anzidetto contrasto giurisprudenziale – che, considerato che la giurisprudenza citata in quel manuale è dei primi anni '70 del secolo scorso, deve ritenersi risalente ad (almeno) mezzo secolo fa – non è stato ancora definitivamente risolto.

L'approccio molto – forse, fin troppo[7] – garantista della giurisprudenza di quell'epoca, sia di primo che di secondo grado, si è mantenuto costante praticamente fino ai giorni nostri[8], nel convincimento, palesato in numerose pronunce, che la piena conoscenza, «per essere rispondente al principio della effettività del diritto di difesa, deve essere della parte e non del suo difensore»[9]. Si è anche notato come non possa configurarsi

[6] *Op. cit.*, 242, nt. 26, con i relativi riferimenti giurisprudenziali.

[7] Si pensi, ad es., all'affermazione che «la conoscenza dell'atto lesivo […] non può essere presunta sulla base di un mero rapporto di coabitazione, o di abituale convivenza tra il soggetto che detta comunicazione abbia effettivamente ricevuta e quello cui l'atto comunicativo è diretto, anche se l'atto comunicato sia diretto ad incidere sul diritto di comproprietà di entrambi su fondi prediali comuni» (Cons. Stato, Sez. VI, 30 novembre 1979, n. 845, in *Giur. it.*, 1981, III, 1, 226).

[8] Senza pretese di completezza e partendo dalle pronunce meno recenti, T.A.R. Puglia-Bari, 4 dicembre 1980, n. 461, in *Riv. amm.*, 1981, 600; Cons. Stato, Sez. VI, 11 ottobre 1989, n. 1335, in *Cons. Stato*, 1989, I, 1239; T.S.A.P., 6 marzo 1991, n. 19, *ivi*, 1991, II, 643; Cons. Stato, Sez. IV, 20 ottobre 1997, n. 1211, in *Foro amm.*, 1997, 2693; T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Bolzano, 29 aprile 2002, n. 188, in *Foro amm. – TAR,* 2002, 1202; T.A.R. Lazio-Latina, 10 maggio 2004, n. 259 e 5 luglio 2005, n. 576, *ivi*, 2004, 1484, e 2005, 2466; T.A.R. Marche, 1 agosto 2005, n. 949, *ibidem*, 2420; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 10 gennaio 2007, n. 90 e 22 febbraio 2007, n. 1555, *ivi*, 2007, 175 e 556; Cons. Stato, Sez. IV, 10 aprile 2008, n. 1556, in *Foro amm. – CdS*, 2008, 1087; T.A.R. Lazio-Latina, Sez. I, 28 gennaio 2013, n. 97 e 8 aprile 2014, n. 294, in *Foro amm. – TAR*, 2013, 172, e in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 18 dicembre 2014, n. 1087, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2017, n. 2185, *ibidem*; T.A.R. Lazio-Roma, Sez. III, 2 ottobre 2019, n. 11485, *ibidem*; T.A.R. Abruzzo-Pescara, Sez. I, 3 ottobre 2019, n. 231, *ibidem*; Cons. Stato, Sez. II, 9 dicembre 2020, n. 7844, *ibidem*; T.A.R. Puglia-Bari, Sez. I, 26 ottobre 2020, n. 1329 e 21 gennaio 2022, n. 117, in *Foro amm.*, 2020, 1946, e 2022, 143.

[9] Così Cons. Stato, Sez. IV, 7 settembre 2000, n. 4725, in *Foro amm.*, 2000, 9; T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 8 luglio 2004, n. 1489, in *Foro amm. – TAR*, 2004, 2370; Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 14 settembre 2009, n. 797, in *Foro amm. – CdS*, 2009, 2185; Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2010, n. 7574, *ivi*, 2010, 2149; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 22 febbraio 2012, n. 885, in *Foro amm. – TAR*, 2012, 561; T.A.R. Basilicata, Sez. I, 6 luglio 2012, n. 330, *ibidem*, 2532; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VII, 11 ottobre 2012, n. 4069 e 15 settembre 2016, n. 4322, *ibidem*, 3263, e in www.giustizia-amministrativa.it.

«un onere di consultazione quotidiana degli atti del fascicolo d'ufficio da parte del difensore, che consenta, in quanto tale, di presumere la conoscenza (peraltro da parte del solo procuratore costituito, e non della parte personalmente) di ogni documento depositato in giudizio, sicchè il *dies a quo* del termine di decadenza per l'impugnazione deve essere identificato in quello in cui risulti provato che la parte abbia effettivamente e concretamente acquisito la sua conoscenza»[10]. Fanno eccezione i casi in cui del deposito del documento in giudizio debba darsi comunicazione al difensore da parte della segreteria, come ad es. nell'ipotesi di acquisizione di chiarimenti e/o documenti in esecuzione di un'istruttoria disposta dal giudice[11], *a fortiori* se seguita dal compimento di un atto processuale, come ad es. la richiesta di un rinvio per proporre motivi aggiunti, la quale presuppone la conoscenza dell'atto[12].

Nello stesso arco di tempo, tuttavia, non sono mancate pronunce di segno opposto, che hanno affermato che la conoscenza dell'atto lesivo depositato in giudizio da parte del difensore del ricorrente fa decorrere per quest'ultimo il termine per ricorrere[13]. A sostegno di quest'ultimo orientamento, si è osservato che, «nell'autonomia di cui il difensore dispone nel compimento e nella ricezione degli atti del processo, risiede la ragione per la quale deve trovare applicazione, anche per la rappresentanza tecnica, la disciplina dettata, in tema di stati soggettivi rilevanti, dall'art. 1391 c.c. secondo cui nei casi in cui rileva lo stato di scienza o di ignoranza di determinate circostanze si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato. Anche in ambito tecnico-giuridico, dunque, si ritiene corretto fare riferimento alla conoscenza del difensore, conoscenza che, in forza della procura conferita, diviene conoscenza della parte»[14]. All'orientamento più garantista si è

[10] T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 22 marzo 2017, n. 603, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Veneto, Sez. I, 23 agosto 2017, n. 797, in *Foro amm.*, 2017, 1664; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. VIII, 8 maggio 2018, n. 3065, in www.giustizia-amministrativa.it; Sez. VII, 11 maggio 2021, n. 3127, *ibidem*.

[11] T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. III, 18 marzo 2013, n. 809, in *Foro amm. – TAR*, 2013, 1044; Sez. II, 21 maggio 2015, n. 1390, in *Foro amm.*, 2015, 1595; *adde* la giurisprudenza più risalente citata da S. Agrifoglio, *Figura e poteri del difensore nel processo amministrativo*, Napoli, 1992, 47, nt. 40.

[12] T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. I, 21 febbraio 2020, n. 358, in www.giustizia-amministrativa.it.

[13] In tal senso, T.A.R. Veneto, Sez. I, 20 gennaio 2003, n. 528, in *Foro amm. – TAR*, 2003, 30; T.A.R. Umbria, Sez. I, 13 settembre 2011, n. 294, *ivi*, 2011, 2710.

[14] Così T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. III, 18 agosto 2008, n. 2394, in *Foro amm. – TAR*, 2008, 2205; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 24 aprile 2009, n. 1180, *ivi*, 2009, 956; più recentemente, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. I, 16 marzo 2021, n. 894, in www.giustizia-amministrativa.it.

pure obiettato che, «in base ai criteri dell'ordinaria diligenza, il ricorrente è comunque tenuto a verificare l'eventuale deposito di atti processuali. Infatti, se, in generale, i meccanismi di conoscenza legale presentano per lo più natura presuntiva e vivono in costante equilibrio tra un'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale del privato e un'opposta esigenza di stabilità e continuità dell'azione amministrativa, proprio il deposito giudiziale di documenti realizza un significativo tramite di conoscenza dell'atto amministrativo, che corrisponde adeguatamente alle due esigenze sopra menzionate; in tal senso depongono le particolari formalità del contesto nel quale la produzione documentale ha luogo; l'elevato livello di vigilanza sull'andamento delle vicende processuali che normalmente connota i soggetti costituiti in giudizio; l'obbligatoria assistenza legale loro fornita dai difensori legali, quale ulteriore ausilio nell'analisi e nella comprensione dei fatti processuali»[15].

Recentissimamente, una pronuncia del Consiglio di Stato ha ribadito quest'ultimo, più rigoroso, orientamento, rilevando che: a) le ripetute indicazioni contenute negli atti giudiziari integrano quelle presunzioni gravi, precise e concordanti che, ai sensi dell'art. 2729 c.c., consentono di provare il fatto ignoto attraverso fatti noti; b) non rileva al fine di escludere la conoscenza della parte la circostanza che gli atti giudiziari siano direttamente conosciuti dal solo difensore nel processo, dovendo presumersi che gli atti siano stati direttamente portati a conoscenza della parte, atteso che, secondo regole di comune esperienza, il difensore dialoga con la parte che rappresenta processualmente sulle questioni rilevanti per la controversia, essendo a ciò tenuto, per altro, in base agli obblighi scaturenti dal mandato (arg. dagli artt. 12 e 28, commi 6, 7 e 8, del codice deontologico)»[16].

3. *Presunzione di piena conoscenza e discrezionalità del giudice amministrativo*

La recentissima pronuncia da ultimo riportata ben si presta ad introdurre qualche riflessione sulla presunzione di piena conoscenza del diretto interessato che – secondo tale più rigoroso orientamento – deriverebbe dalla circostanza che il provvedimento sia noto al suo difensore.

[15] T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 4 maggio 2020, n. 4578, in *Foro amm.*, 2020, 1063; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, 19 aprile 2022, n. 669, *ivi*, 2022, 589.

[16] Sez. IV, 16 novembre 2022, n. 10092, in www.giustizia-amministrativa.it.

Che la prova della piena conoscenza possa essere fornita da chi la eccepisce «anche in base a considerazioni presuntive, purchè queste siano gravi, precise e concordanti», l'avevo appreso da Pietro Virga già da studente: trattasi, dunque, di un'acquisizione giurisprudenziale assai risalente[17]. Essa muove dal convincimento che la prova della piena conoscenza, «proprio perché ha ad oggetto un evento o, meglio, uno stato soggettivo (la conoscenza) che si verifica nella sfera di un terzo, rischia di essere (in tutti i casi in cui siano mancate forme ufficiali di comunicazione o notificazione) estremamente difficile, quasi una *probatio diabolica*»: è per questo che si ritiene «che la parte che eccepisce la tardività del ricorso possa utilizzare, per provare la piena conoscenza che il ricorrente abbia avuto in una certa data dell'atto impugnato, anche le presunzioni semplici, ai sensi dell'art. 2727 c.c., fondate su indizi gravi, precisi e concordanti», e che «[u]na volta che il resistente o il controinteressato abbiano fornito elementi idonei a fondare una presunzione semplice di conoscenza del provvedimento, graverà sul ricorrente l'onere di vincere tale presunzione, dimostrando che non aveva avuto piena conoscenza dell'atto, nonostante l'esistenza di indizi gravi, precisi e concordanti che deporrebbero in senso contrario»[18].

In epoca più recente, la giurisprudenza è tornata sull'argomento, ritenendo inverosimile che un soggetto non avesse avuto conoscenza di un provvedimento di revoca di un contributo, che aveva poi impugnato innanzi al t.a.r., dopo che si era tenuto un giudizio civile per il pagamento delle somme revocate con tale provvedimento e che era stato proposto appello, mentre al provvedimento medesimo era stato fatto ripetutamente riferimento negli atti del giudizio: da qui l'affermazione fatta propria dal Consiglio di Stato nella succitata recentissima pronuncia, contenuta in una sentenza risalente ad oltre un decennio addietro[19], che già in passato era stata richiamata a supporto di analoghe decisioni basate sull'utilizzo delle presunzioni gravi, precise e concordanti *ex* art. 2729 c.c.[20].

In sostanza, i giudici di Palazzo Spada sono al momento attestati sulla seguente posizione: da un lato, ribadiscono che la tardività del ricorso «non può essere stabilita per effetto di mere presunzioni né in via ipo-

[17] *Op. cit.*, 242, cui si rinvia per le relative indicazioni della giurisprudenza dell'epoca, definita dall'A. «costante».

[18] Cons. Stato, Sez. VI, 3 ottobre 2007, n. 5116, in www.giustizia-amministrativa.it.

[19] Cons. Stato, Sez. VI, 12 gennaio 2009, n. 38, in www.giustizia-amministrativa.it.

[20] Cfr., ad es., T.A.R. Basilicata, Sez. I, 21 giugno 2016, n. 639, in www.giustizia-amministrativa.it; da ultimo, T.A.R. Molise, Sez. I, 10 novembre 2022, n. 422, *ibidem*.

tetica; occorre invece che venga accertata con oggettività la conoscenza dell'atto e quanto del suo contenuto volto a rendere edotti coloro che intendono impugnarlo della sua possibile illegittimità, nonché della potenziale lesività delle loro posizioni giuridiche. La presunzione di piena conoscenza del provvedimento impugnato deve, pertanto, essere ancorata ad elementi univoci e sicuri, che dimostrino che in un determinato momento l'interessato abbia avuto piena conoscenza del provvedimento in questione»; dall'altro, ritengono che detta prova possa essere «fornita anche sulla base di elementi presuntivi purchè, come sopra chiarito, questi ultimi non abbiano carattere generico ed ipotetico, ma assurgano al rango di indizi gravi precisi e concordanti, ai sensi dell'art. 2729 c.c.»[21].

Di fatto, è rimesso al prudente apprezzamento del giudice valutare se il privato abbia acquisito piena conoscenza del provvedimento: un'amplissima discrezionalità, che è la conseguenza inevitabile dell'utilizzo, da parte del legislatore, di clausole generali e concetti giuridici indeterminati[22] come la «piena conoscenza», anziché di regole processuali precise[23], e che il giudice amministrativo prova talvolta ad autolimitare tipizzando in via giurisprudenziale gli indizi gravi, precisi e concordanti in una serie di fattispecie (come, ad es., l'apposizione del cartello di cantiere nel caso di impugnazione dei titoli edilizi[24]), finendo però «per perpetuare una discutibile giurisprudenza in tema di decorrenza del termine di impugnazione, a tutela dell'interesse pubblico alla certezza e stabilità dei rapporti giuridici»[25].

Si tratta della fisiologica conseguenza dell'utilizzo delle presunzioni semplici, che – com'è noto – consistono in strumenti probatori rappresentati da un ragionamento inferenziale che il giudice formula allo scopo di trarre conclusioni attinenti alla verità o alla falsità di un *factum probandum* e che presuppongono, quindi, che sia lo stesso giudice ad individuare, discrezionalmente, la fonte di presunzione: qualsiasi circostanza (nel caso qui in esame, l'apposizione del cartello di cantiere, come anche la convivenza con il coniuge cui è stato notificato l'atto e financo il lungo

[21] Sez. IV, 23 dicembre 2021, n. 8547, in www.giustizia-amministrativa.it.

[22] Per maggiori approfondimenti sul punto, sia consentito rinviare a F. Saitta, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, in corso di pubblicazione per i tipi di Editoriale Scientifica.

[23] M. Ramajoli, *op. cit.*, 27, la quale censura anche il «blando» orientamento giurisprudenziale nell'intendere questa piena conoscenza.

[24] *Ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 22 novembre 2019, n. 7966 e 23 maggio 2018, n. 3075, in www.giustizia-amministrativa.it.

[25] G. Tropea, *Le presunzioni nel processo amministrativo*, in *Dir. e proc. amm.*, 2019, 738.

tempo trascorso, che rende inverosimile la non conoscenza) può essere assunta come fonte di presunzione, purchè risulti idonea, mediante l'applicazione di idonei criteri di ragionamento, a determinare conclusioni conoscitive circa il fatto da provare[26]. A differenza delle presunzioni legali, si tratta, dunque, di presunzioni atipiche, che l'art. 2729 c.c. definisce soltanto in via generale e residuale e che, non essendo «stabilite dalla legge», sono «lasciate alla prudenza del giudice».

Ovviamente, il ragionamento presuntivo di quest'ultimo è assoggettato a controlli ed a tal fine trova applicazione il summenzionato art. 2729, comma 1, c.c., che ammette l'impiego delle presunzioni soltanto ove integrino i requisiti della gravità, della precisione e della concordanza, evitando che la discrezionalità del giudice possa trasmodare in arbitrio[27].

L'inciso sulla «prudenza del giudice» rimanda, poi, al «prudente apprezzamento» secondo cui lo stesso «deve valutare le prove» (art. 116, comma 1, c.p.c.), dovendo conseguentemente ritenersi che la mancanza di criteri normativi implichi necessariamente che il giudice eserciti la discrezionalità attribuitagli dal legislatore in modo razionale, non arbitrario e controllabile, come quando valuta le altre prove[28].

Inquadrata nel suddescritto contesto delle presunzioni semplici, l'ipotesi della piena conoscenza del provvedimento amministrativo depositato in giudizio, sulla quale ci stiamo soffermando, deve, però, far i conti con la regola espressa nel brocardo latino «*praesumptum de praesunto non admittitur*», in virtù della quale devono ritenersi escluse le cc.dd. «presunzioni di secondo grado»: in sostanza, la premessa del ragionamento inferenziale, il fatto noto, dev'essere provato sulla base di evidenze probatorie non costituite da presunzioni, cioè cadere direttamente sotto la percezione del giudice[29].

A ben guardare, infatti, l'anzidetta regola – chiaramente intesa ad «evitare che la prova del fatto ignorato si fondi su un cumulo di inferenze presuntive, ciò che renderebbe "a tenuta non sufficiente" la presunzione finale relativa al fatto ignorato, rendendola non idonea a dare fondamento probatorio di tale fatto»[30] – può talvolta risultare violata. Ciò accade,

[26] C. Gamba, *Presunzioni (dir. proc. civ.)*, in www.treccani.it (2016).

[27] C. Gamba, *ibidem*.

[28] M. Taruffo, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Roma-Bari, 2009, 135 e 205 ss.

[29] M. Scalamogna, *L'efficacia probatoria degli argomenti di prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1165 ss.; L.P. Comoglio, *Le prove civili*, Torino, 2010, 656 ss.

[30] C. Gamba, *ibidem*.

ad es., quando si dà per scontato non soltanto che il difensore comunichi al proprio assistito l'avvenuto deposito in giudizio di un provvedimento, ma, prim'ancora, che il difensore stesso sia venuto a conoscenza di tale deposito: si allude alla giurisprudenza, sopra menzionata, che ritiene che il difensore sia «comunque tenuto a verificare l'eventuale deposito di atti processuali»[31], *ergo* a prescindere dal fatto che il deposito gli sia stato comunicato dalla segreteria, e che – a nostro avviso – finisce per basare su una presunzione iniziale (la conoscenza del deposito del provvedimento da parte del difensore, che in realtà non era affatto tenuto a conoscere) la presunzione finale relativa al fatto ignorato (la piena conoscenza del provvedimento da parte del diretto interessato). Si consideri, peraltro, che in alcuni casi, si è in presenza di giudizi risalenti, non soggetti alla disciplina del processo telematico, *ergo* di depositi documentali in formato cartaceo, talvolta effettuati dopo la scadenza del termine di cui all'art. 46 c.p.a. per la costituzione delle parti intimate e non seguiti dalla comunicazione di segreteria al difensore del ricorrente.

4. *Termine per ricorrere, garanzia del diritto di difesa e certezza del diritto: l'esigenza di un intervento della Plenaria*

Qualche anno fa, occupandosi del concetto di «piena conoscenza», Salvatore Raimondi ricordava che la Commissione presso il Consiglio di Stato aveva ipotizzato di introdurre nel codice del processo amministrativo la seguente disposizione: «La piena conoscenza si intende acquisita quando l'interessato ha notizia certa dell'esistenza dell'atto e della sua lesività nei propri confronti. La successiva conoscenza di elementi ulteriori della motivazione dell'atto consente la proposizione dei motivi aggiunti»; a suo avviso, «[n]on c'è da rammaricarsi per il fatto che tale disposizione non sia stata introdotta nel testo, poiché essa in realtà non chiarisce affatto in che modo il problema debba essere risolto»[32].

Dal suo punto di vista, Raimondi ha probabilmente ragione, nel senso che una siffatta disposizione avrebbe semplicemente codificato la giurisprudenza del Consiglio di Stato sulla nozione di piena conoscenza senza nulla aggiungervi. Dal nostro punto di vista, invece, la locuzione

[31] T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, n. 4578/2020, cit.; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. I, n. 669/2022, cit.

[32] *Op. cit.*, 2 del dattiloscritto.

«quando l'interessato ha notizia certa dell'esistenza dell'atto» avrebbe potuto essere risolutiva, rendendo inutile l'utilizzo delle presunzioni e meno incerta l'individuazione della decorrenza del termine per l'impugnazione, ciò che – ripetesi – mette a rischio la certezza del diritto.

Sotto questo profilo, non possiamo che ribadire quanto detto quando il codice era ancora "in cantiere": almeno sui termini processuali, è necessario dare certezza agli operatori ed evitare oscillazioni giurisprudenziali[33].

Sarebbe, quindi, opportuno che della questione dibattuta in queste brevi note si occupi quantomeno l'Adunanza plenaria per porre qualche punto fermo.

[33] F. SAITTA, *Se codice dev'essere, che si occupi anche di… procedura amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2010, 111 ss.

IL PRIMO INSEGNAMENTO DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO IN ITALIA, IN PARTICOLARE NEL MEZZOGIORNO*

di Franco Gaetano Scoca

SOMMARIO: 1. La istituzione delle cattedre di diritto amministrativo in Italia. – 2. In particolare, a Napoli e in Sicilia. – 3. La nascita, a Napoli, e in Italia, della scienza del diritto amministrativo. – 4. L'opera di Giovanni Manna. – 5. Monarchia assoluta e Stato rappresentativo nel pensiero di Giovanni Manna. – 6. L'idea politica alla base della posizione scientifica di Manna. – 7. Sul divario temporale tra disciplina giuridica e scienza giuridica dell'amministrazione: le due diverse opinioni di Manna e quella di Rocco.

1. *La istituzione delle cattedre di diritto amministrativo in Italia*

La creazione delle cattedre universitarie di *diritto amministrativo*, alla pari di quelle di *diritto costituzionale*, in Italia, risale per lo più, salvo il caso del Regno di Sardegna, a dopo il 1860; la loro istituzione è il riflesso immediato dell'avvento del regime costituzionale, che fu esteso agli antichi Stati italiani a seguito della unificazione politica.

A Torino la cattedra esisteva già prima della unificazione, proprio per il fatto che la costituzione era in vigore dal 1848[1]; e, dal maggio 1848, era stata affidata al prof. Antonio Lione che la tenne, prima per incarico e poi, dall'ottobre 1850, come titolare effettivo, fino al 1858[2]. In prece-

* Lavoro dedicato al carissimo amico, prof. Filippo Salvia, vero gentiluomo palermitano, studioso serio e severo, dotato di amplissima cultura e vedute moderne, in una fase complicata della Sua vita.

[1] Una cattedra di *Diritto amministrativo* fu istituita a Torino nell'agosto 1846 per il corso "completivo", ossia specialistico, di giurisprudenza, nella Università subalpina (A. MATTONE, *Storia della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari (secoli XVI-XX)*, Bologna, 2016, p.166). Alla cattedra, attiva dall'anno accademico 1847-48 fu preposto Antonio Scialoja (Vittorio BRONDI, *Gli inizi dell'insegnamento di diritto amministrativo in Piemonte*, in *Scritti minori*, Torino, 1934, p. 61)

[2] A. LIONE scrisse un manuale, di dichiarata derivazione Romagnosiana, dal titolo *Elementi di diritto amministrativo esposti nella R. Università di Torino dall'avv. coll. prof. Lione deputato. Memorie delle lezioni ad uso degli studenti della Facoltà legale*, Torino, Eredi Botta, 1849. Sul prof. Lione si veda il giudizio di F. BENVENUTI, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano*, in *L'unificazione amministrativa e i suoi protagonisti*, a cura di Feliciano Benvenuti e Gianfranco Miglio, Vicenza, 1969, p. 108 ss., che si conclude come segue: la statura di Antonio Lione "si limita a quella di un giurista che faticosamente tenta nuove vie per la sistemazione e la comprensione di una nuova materia e (…) in lui non vi è la forza di un pensatore, non vi è il giureconsulto filosofo, sicché

denza, nel periodo napoleonico, era stato attivato un insegnamento di *economia e amministrazione pubblica*, affidato a Giuseppe Cridis[3].

A Genova la cattedra di *diritto amministrativo* fu istituita per l'anno accademico 1849-50 e fu attribuita, in un primo tempo come reggente, all'avvocato Fabio Accame[4]. Nelle due Università della Sardegna la cattedra di *diritto pubblico, costituzionale, amministrativo e internazionale* fu istituita con la legge (sarda) 11 maggio 1850, n. 1033. A Sassari fu affidata, a partire dal 25 novembre 1851, all'avvocato Francesco Sulis[5].

la possibilità della sua influenza si limita alla cerchia ristretta degli studenti cui in effetti dedicava il suo corso onde formarli «alla cognizione degli affari» pensandoli «chiamati a far parte dei Consigli amministrativi di Intendenza, Divisionali, Provinciali, Comunali, Delegati, ovvero a divenire giudici o giureconsulti»".

[3] Rammenta opportunamente A. Sandulli, *Costruire lo Stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, p. 3-4, che presso l'Università di Torino, nel periodo napoleonico, era stato attivato un insegnamento di *Economia e amministrazione pubblica*, affidato a Giuseppe Cridis (1766-1838). L'insegnamento cessò con la fine del periodo napoleonico (1814). Un ritratto del Cridis si deve a G. Buniva, che lo pubblicò sull'*Annotatore piemontese, ossia Giornale della lingua italiana per Michele Ponza*, del marzo 1839. Ivi, con riferimento alla cattedra del 1817, si legge che, "essendosi stabilita in questa nostra università la cattedra di *Diritto pubblico e d'Economia politica*, così importante ramo di sapere a niun altro si credette doversi affidare fuorché a colui il quale (…) era sommo in questo genere di dottrina. Tolta di mezzo il 23 luglio 1822 codesta cattedra, al Cridis venne assegnato l'insegnamento delle pandette" (p. 180). Nel 1824 G. Cridis pubblicò a Torino *Della politica militare libri quattro*. Scrive V. Brondi, *Gli inizi*, cit., p.57, che Cridis aveva avuto come scolaro il francese Louis-Antoine Macarel, che aveva seguito il corso di leggi a Torino e che sarebbe diventato il famoso amministrativista d'Oltralpe. Cridis aveva scritto, ma non pubblicato, un lavoro intitolato *De l'administration publique*. Alla fine del 1817, rammenta ancora Brondi (p. 60) fu istituita una cattedra di *Economia pubblica*, che comprendeva anche un corso di diritto pubblico, e fu affidata allo stesso Cridis.

[4] Nell'Annuario della Università di Genova si legge: "Accame Avv. Fabio Reggente la cattedra di Diritto Amministrativo premesse le nozioni generali del Diritto Amministrativo, della pubblica Amministrazione e de' suoi principi fondamentali, parlerà della divisione territoriale e della Gerarchia Amministrativa dello Stato. Quindi passando a svolgere le materie generali del Diritto Amministrativo, esporrà i trattati del patrimonio pubblico; della forza pubblica; delle restrizioni ai principii assoluti di libertà e di proprietà secondo le esigenze del consorzio civile, delle varie istituzioni colle quali il Governo promuove lo sviluppo della intelligenza delle popolazioni, l'agricoltura, l'industria e il commercio" (p. 27). Accame tenne la cattedra, come ordinario dal 1863, fino al 1870-71; gli successe, come professore incaricato di diritto costituzionale e amministrativo il comm. Giovanni Maurizio. Di F. Accame si ricordano un trattato *Del diritto comunale*, Genova. 1851 e una monografia *Della espropriazione in causa di pubblica utilità*, Genova, 1853. Scrisse anche di diritto tributario.

[5] Cfr. A. Mattone, *Storia*, cit., p. 196 ss., ove si trova anche una breve biografia del docente. Altre notizie in L. Bartolucci, *Memorie di Francesco Sulis e della Sardegna al suo tempo*, Cagliari, 1904; e in F. Soddu, *Francesco Sulis, giurista e parlamentare*, in *Tra*

A Cagliari venne affidata, il 5 giugno 1850, all'avvocato Giuseppe Siotto Pintor[6], che la tenne negli anni accademici dal 1850-51 al 1854-55. Alla sua morte, avvenuta prematuramente nel 1855, la cattedra fu assegnata a Giovanni De Gioannis Gianquinto, che dal 1850 al 1854 aveva insegnato *storia del diritto* e nell'anno accademico 1860-61, insegnò *filosofia del diritto*, prima di trasferirsi ad insegnare *diritto amministrativo* nella Università di Pavia.

A Bologna fu chiamato "all'onorifico ma grave officio di professare pel primo il Diritto Amministrativo" il trevigiano Domenico Mantovani Orsetti, che l'anno precedente aveva insegnato *diritto internazionale* a Pavia[7].

2. *In particolare, a Napoli e in Sicilia*

Napoli costituisce una eccezione alla prassi della creazione della cattedra di *diritto amministrativo* soltanto posteriormente alla entrata in vigore della Costituzione.

Infatti la cattedra universitaria di *diritto amministrativo* fu istituita immediatamente dopo l'ascesa al trono di Francesco II (ossia prima della pubblicazione dell'Atto sovrano con cui il nuovo re, il 25 giugno 1860, concesse "gli ordini costituzionali e rappresentativi"[8]); l'insegnamento

diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer, Soveria Mannelli, 2008, Tomo II, p. 1081 ss.

[6] Giuseppe Siotto Pintor (Cagliari 1807-1855), prima di insegnare *diritto amministrativo* (anzi *diritto pubblico, costituzionale, amministrativo, internazionale*: questa era la dizione della cattedra), aveva insegnato *eloquenza latina* (1834- 36), *istituzioni civili* (1839- 41), *pandette* (1841-50). Il 5 giugno 1850 gli venne attribuita la cattedra di *diritto pubblico*. Andò in congedo per malattia nell'ottobre 1854. Partecipò attivamente al dibattito politico e culturale relativo alla *fusione perfetta* (1847) delle province sarde con le province di terraferma del Regno di Sardegna. Liberale moderato, fu deputato al Parlamento subalpino per le prime quattro legislature.

[7] È lo stesso D. Mantovani Orsetti a dichiararlo nella sua *Prolusione al corso di diritto amministrativo letta il 26 novembre 1861 nella regia Università di Bologna*, Bologna, 1862, p.5. Su M. Orsetti (nato a Treviso nel 1831, morto a Roma nel 1915) cfr. la scheda relativa in A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., p. 285, nonché la scheda a firma di N. Sarti nel *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, (XII-XX secolo), vol. II, Bologna, 2013, p. 1262-63.

[8] La prima parte dell'Atto sovrano recita: "desiderando di dare a' Nostri amatissimi sudditi un attestato della Nostra Sovrana benevolenza, ci siamo determinati di concedere gli ordini costituzionali e rappresentativi nel Regno, in armonia co' principii italiani e nazionali in modo da garentire la sicurezza e prosperità in avvenire, e da stringere sempre più i legami che ci uniscono a' popoli che la Provvidenza ci ha chiamati a governare".

fu affidato dal Governo (borbonico, ma costituzionale) di Carlo Filangieri, principe di Satriano, a Salvatore Murena[9], che lo tenne dall'agosto 1859 al luglio 1860, allorché fu "discaricato"[10]. Salvatore Murena, pur nel breve periodo in cui resse la cattedra, ebbe modo di pubblicare un volume di *Lezioni di diritto amministrativo*[11].

Per quanto riguarda gli studi superiori, "una nova linfa sembrò penetrare, oltre che nei fiorentissimi studi privati, nell'antica e unica Università del Mezzogiorno. Nuove cattedre furono istituite nella Facoltà di Giurisprudenza", tra cui quella di Diritto amministrativo (Antonio V. Nazzaro, *F. De Sanctis riformatore dell'Università degli studi e della Società Reale di Napoli*, Napoli, 2016, p. 6.

[9] Salvatore Murena, nato a Napoli l'8 agosto 1805 fu magistrato, intendente in Sicilia e in Calabria, ebbe incarichi ministeriali nei governi di Giustino Fortunato (senior) e di Ferdinando Troya. Di osservanza borbonica, legato a Ferdinando II, fu allontanato dai pubblici uffici con l'avvento di Francesco II e dei borbonici costituzionalisti. Andò in esilio nell'agosto 1860; morì a Roma il 17 agosto 1867.

Inizialmente per la cattedra di *diritto amministrativo* fu fatto il nome di Francesco Vaselli, "consigliere della regia Intendenza di Napoli, emerito avvocato soprannumerario della Real Casa", autore del *Manuale del giureconsulto*, Napoli, 1836 (1° ediz.), 1939 (2° ediz.), annotatore, insieme a Vincenzio Moreno, Cesare Marini e Gaetano Arcieri del *Digesto del diritto civile nuovissimo*, Napoli, 1851-1857 (v. successiva nota 16).

[10] Cfr. Antonio V. Nazzaro, *F. De Sanctis riformatore*, cit., p. 6.

[11] Il titolo del volume è il seguente: *Lezioni di diritto amministrativo per Salvatore Murena regio professore del diritto medesimo nella Università degli studi di Napoli,* Napoli, Stamperia Reale, 1860. Nel frontespizio vengono rammentati i titoli dell'autore: "Cav. gran. croce del sacro militare Ordine Costantiniano e del Dannerrog di Danimarca, Commendatore con placca dell'ordine pontificio di S. Gregorio Magno, Ministro segretario di Stato, vice presidente della Consulta de' reali domini al di qua del faro, socio onorario delle rr. Accademie Ercolanense di archeologia, di belle arti, Pontaniana, Peloritana, del Regio Istituto d'incoraggiamento e di altre Accademie, socio corrispondente dell'Accademia scientifica letteraria pitiglianese di Arezzo, ecc.".

Secondo un pamphlet anonimo (ma attribuito a Vincenzo Flaùti, vecchio professore di matematica, intitolato *Rivista da un cittadino senza partito di ciò che si è operato per la pubblica istruzione del già Regno di Napoli nell'ultimo atto della sua convulsione politica e pronostico se non si accorre a ripararvi*, Bologna, febbraio 1861, p. 22, il Murena "seppe goderne il titolo [di professore], senza fare una sola lezione".

Caduto lo Stato borbonico, nel periodo della dittatura di Garibaldi, fu poi Francesco De Sanctis[12], con decreto del 29 ottobre 1860[13], ad indicare, nell'ambito di un profondo rinnovamento del corpo docente della Università partenopea, come professore di *diritto amministrativo* Giovanni Manna. Rinnovamento cui non fu applicata (e molto probabilmente non si poteva applicare[14]) la disciplina per la nomina dei docenti universitari contenuta nella legge Casati[15]; per cui l'opera di rinnovamento fu tacciata, forse non a torto (ove si considerino i nomi e i *curricula* dei nuovi professori), di essere stata fatta tenendo conto prevalentemente del "*colore*" politico dei nominandi[16].

Va sottolineato che Manna, dopo la pubblicazione del suo testo di diritto amministrativo nei primi anni Quaranta, si era dedicato prevalentemente alla economia politica, e non più al diritto, e in particolare al diritto amministrativo. Non poté, tuttavia, essere preposto alla cattedra

[12] Francesco De Sanctis rientra, provenendo da Zurigo, nel Regno delle Due Sicilie il 6 agosto 1860, profittando dell'amnistia concessa da Francesco II con l'Atto sovrano. Viene subito inserito come segretario nella Commissione che il governo neo-costituzionale borbonico aveva formato per riordinare l'istruzione pubblica. Caduto il governo borbonico, i membri della Commissione si dimettono, ma vengono tempestivamente reintegrati da Garibaldi il 10 settembre. Il dittatore, il 27 successivo, nomina De Sanctis Direttore dell'Istruzione pubblica; carica che il De Sanctis assume effettivamente solo il 24 ottobre, quando, a seguito dell'esito del plebiscito in Avellino (della cui Provincia era precedentemente stato nominato Governatore), ritorna a Napoli.

[13] Il decreto è immediatamente successivo ai referendum del 21 ottobre, quando ancora non aveva avuto inizio la fase del Governo luogotenenziale (6 novembre 1860). Con tale decreto furono nominati, per la Facoltà di Giurisprudenza, i seguenti professori: Paolo Emilio Imbriani (*storia del diritto*); Pasquale Stanislao Mancini (*diritto internazionale*); Giuseppe Pisanelli (*diritto costituzionale*); Carlo Cucca (*diritto ecclesiastico*); Giuseppe Testa (*leggi civili*); Antonio Scialoja (*economia politica*); Giovanni Manna (*diritto amministrativo*).

[14] La legge Casati fu formalmente estesa al Mezzogiorno con la legge 30 maggio 1875, n. 2513. Con essa fu prescritto l'obbligo (prima inesistente) di iscrizione ai corsi all'Università di Napoli e furono dettate alcune disposizioni relative agli esami e alle tasse universitarie.

[15] Legge 13 novembre 1859, n. 3725, in vigore nel regno di Sardegna, che agli artt. 57 e 58 prevedeva la nomina dei professori universitari con atto reale a seguito di concorso per titoli o per esami.

[16] Si fa obbligato riferimento alla già citata *Rivista* attribuita a V. Flaùti, che dedica acute ed arcigne considerazioni ad ognuna delle nuove nomine. Per il *diritto amministrativo* osserva: "la Commissione provvisionale vi nominava il Manna, che peraltro ebbe fatto, molti anni sono, un buon concorso in *Economia politica*; e che verrebbe a ben sostenerla, se un carico maggiore affidatogli non ne lo deviasse: nè si è affatto badato alla legge di Torino del 14 maggio 1851, per la cumulazione de' soldi. Il pubblico però vi designava altra volta il cav. *Vaselli*, e l'antico Consiglio di P.I. vi si uniformava; sebbene poi quel governo avesse stimato provvederne il *Murena*" (p. 22).

di *economia politica* per la prevalenza riconosciuta in quella materia ad Antonio Scialoja[17]. Manna, tuttavia, tenne la cattedra di *diritto amministrativo* per un solo anno accademico[18] e molto probabilmente non svolse il corso, perché impegnato in altri uffici[19]; nel 1862 fu nominato senatore e divenne ministro di Agricoltura, Industria e Commercio nel governo Farini, per cui dovette trasferirsi a Torino[20]. Ritornò a Napoli dopo la fine della sua esperienza governativa, fu di nuovo docente universitario, ma non di *diritto amministrativo*[21].

Nel frattempo era stato chiamato ad insegnare *diritto amministrativo*, nella Università di Napoli, Federico Persico, dapprima come professore straordinario, poi, dal 1868, come professore ordinario. Tenne la cattedra fino alla fine del secolo, allorché, nel 1899, fu collocato a riposo. Se non si tiene conto delle brevissime (e probabilmente non effettuate) esperienze didattiche di Salvatore Murena[22] e di Giovanni Manna, Persico può essere considerato il primo docente universitario effettivo di d*iritto amministrativo* nell'Ateneo napoletano; e per la lunghezza del

[17] Antonio Scialoja a Torino aveva insegnato *diritto amministrativo*, sia pure per poco tempo.

[18] L'anno accademico 1860-61 si aprì con ritardo, nel gennaio 1861: l'Università restò chiusa nei mesi di novembre e dicembre 1860. Risulta che G. Manna scrisse una *Prolusione per la cattedra di Amministrazione pubblica nell'Università di Napoli*, Napoli, 1861. Sulla figura e l'opera di Giovanni Manna si veda, in particolare, O. Abbamonte, *Potere pubblico e privata autonomia. Giovanni Manna e la scienza amministrativa nel Mezzogiorno*, Napoli, 1991.

[19] Antonio V. Nazzaro, *F. De Sanctis*, cit., p.31. Lo stesso fecero Giuseppe Pisanelli e Antonio Scialoja. Alla Facoltà di Giurisprudenza insegnarono nell'anno accademico 1860-61 solo quattro professori.

[20] Tutte queste vicende sono accuratamente ricostruite da Antonio V. Nazzaro, *F. De Sanctis,* cit., *passim*.

[21] Giovanni Manna, rientrato a Napoli, insegnò per breve tempo, nel 1865, *economia politica*. Non risulta che Manna, dopo aver dato alle stampe il suo trattato in tre volumi, si sia più occupato di diritto amministrativo. Nel 1848 scrisse un volume di raccolta delle costituzioni europee. Nel 1860 ripubblicò, evidentemente per offrirlo ai suoi studenti, il solo primo volume del suo trattato del 1840, con alcuni significativi aggiornamenti. Sembra che, dalla metà degli anni Quaranta alla fine degli anni Cinquanta, si sia dedicato ad approfondire, oltre discipline letterarie e artistiche, l'economia politica; ed è, infatti, come esperto in questa materia, che fu chiamato al Ministero delle Finanze nel Governo di Carlo Troya, e, dopo l'Unità, al Ministero dell'Agricoltura, Industria e Commercio. Giovanni Manna morì il 23 luglio 1865. Altre notizie alla nota 56.

[22] Nella *Introduzione dell'indole e delle vicende del diritto amministrativo*, premessa alle sue *Lezioni*, S. Murena sottolinea che la sua è una "novella cattedra" (p. 20); e, nella dedica a Francesco II, attribuisce al Re, "in su i cominciamenti del Suo Felice Regno", il merito di aver deciso "che si recasse ad atto lo insegnamento pubblico del Diritto Amministrativo nella Regia Università degli Studi".

suo insegnamento e la qualità dei suoi allievi può essere a buon titolo considerato il fondatore della scuola[23] amministrativistica napoletana, di cui determinò l'iniziale indirizzo scientifico.

A Palermo il primo ad insegnare *diritto amministrativo*, nel 1863, fu Giacomo Macrì[24]; al suo trasferimento a Messina nel 1865, subentrò Gaetano Sangiorgio, che l'anno precedente aveva insegnato *procedura civile e penale*. Questi resse la cattedra fino al 1883[25].

Occorre far presente in linea generale, che, essendo nuova la materia di insegnamento, la scelta, in tutta Italia, dei primi docenti di *diritto amministrativo* dovette essere fatta tra professori universitari di altre materie ovvero tra avvocati particolarmente qualificati[26].

Non era questa, tuttavia, la situazione esistente nel 1860 a Napoli, dove, come subito vedremo, docenti (non universitari) ed esperti di diritto amministrativo certamente non mancavano[27]. Se ad essi, autori anche di corsi e trattati, fu preferito un giovane studioso[28] privo allora di titoli specifici, formatosi alla scuola privata dell'avvocato Roberto Savarese, si deve pensare che il criterio di scelta non fu di ordine competenziale.

Il sistema degli studi superiori a Napoli era in tale epoca caratterizzato da un gran numero di scuole private, alcune molto apprezzate, tanto da essere preferite ai corsi universitari (che spesso non si tenevano affatto)[29]. Nella realtà l'Ateneo napoletano, per la frequenza del quale

[23] Non può essere, invece, considerato l'iniziatore della scienza amministrativistica napoletana, che risale alle opere di Giovanni Manna e dei suoi contemporanei, come subito vedremo.

[24] Giacomo Macrì (Messina 1831-1908), insegnò a Palermo *pandette* dal 1862, *diritto pubblico, costituzionale, amministrativo, internazionale* dal 1863 al 1865. Rientrato a Messina, insegnò *diritto amministrativo* (come ordinario dal 1883) fino al 1908, quando morì a causa del terremoto. Nel 1878 aveva pubblicato il *Corso di diritto amministrativo*. Su Giacomo Macrì v. C. Bersani, in *Dizionario biografico degli italiani*, Treccani, vol. 67, 2006, *ad vocem*.

[25] Abbondanti notizie sulla Facoltà di Giurisprudenza della Università di Palermo sono offerte da B. Pasciuta, *Itinerari di una cultura giuridica: la Facoltà di Giurisprudenza di Palermo dalla fondazione al fascismo (1805- 1940)*, in *Annali di storia delle Università italiane*, vol. 12, Bologna 2008, p. 387 ss. Vi si trova l'elenco dei docenti di *diritto amministrativo* nel periodo considerato.

[26] Notizie in merito in A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., p. 45.

[27] Si può far riferimento, per esempio, a G. Rocco; il quale, forse al fine di supportare una sua candidatura, nel 1860 pubblico le *Questioni di diritto amministrativo*.

[28] Federico Persico era nato a Napoli il 6 aprile 1829; nel 1860 aveva poco più di trenta anni.

[29] Cfr. A. Zazo, *Le scuole private universitarie a Napoli dal 1799 al 1860*, in Gennaro M. Monti, A. Zazo, *Da Roffredo di Benevento a Francesco De Sanctis: nuovi studi sulla storia dell'insegnamento superiore a Napoli*, Napoli, 1926. Un elenco delle scuole di dirit-

non era tradizionalmente necessario che gli studenti si iscrivessero (e pagassero le tasse), si era pian piano trasformato in una sorta di esamificio: i giovani studiavano in scuole private e poi, se del caso (ossia se intendevano valersi di un titolo formale di studio), sostenevano gli esami presso l'Università e vi prendevano la laurea. Tra queste scuole private eccelleva, per quanto riguarda le materie giuridiche, la scuola aperta nel 1838 da Roberto Savarese e Giuseppe Pisanelli. È probabile (ma non ne conosco prova) che, soprattutto negli anni successivi alla esperienza costituzionale del 1848, l'insegnamento impartito nella scuola si estendesse anche al diritto pubblico.

3. *La nascita, a Napoli, e in Italia, della scienza del diritto amministrativo*

Prima di prendere in considerazione[30] la figura e l'opera di Federico Persico, mi sembra interessante indagare su quando e perché il diritto amministrativo, a Napoli, abbia cominciato ad essere oggetto di studio.

Sembra esserci un apparentemente inspiegabile lasso di tempo tra la istituzione della cattedra universitaria, che risale (come si è visto) al 1859, e l'emergere di numerosi manuali e trattati di diritto amministrativo fin dalla metà degli anni Trenta del XIX secolo, compreso il famoso trattato in tre volumi del Manna, *Il diritto amministrativo del Regno delle Due Sicilie. Saggio teoretico, storico e positivo*[31].

Bisogna a tal proposito rammentare che fin dalla seconda metà del Settecento si avvertiva a Napoli l'esigenza di studiare (e fare oggetto di insegnamento) l'amministrazione pubblica sia sotto il profilo giuridico sia sotto quello economico[32]. Nel regno meridionale, come altrove, nel-

to si trova in Luciano MARTONE, *La scienza amministrativa*, cit., p.1066, nota 47.

[30] La figura e l'opera di Federico Persico sarà l'oggetto di un prossimo lavoro, nel quale si renderà conto, fra l'altro, della polemica antiromanistica e dello stato della scienza giuridica in Italia nel periodo della Restaurazione.

[31] La prima edizione, in tre volumi, ciascuno riguardante una delle tre parti, risale agli anni 1840-1842-1847. Il primo volume è stato ristampato, con alcune significative modifiche nel 1860. Le citazioni dal primo volume, che seguono, sono fatte sull'edizione del 1840; si sottolineeranno le modifiche introdotte nella edizione del 1860.

[32] Lo "stretto legame" tra le due discipline sarà ancora a metà dell'Ottocento sottolineato da G. ROCCO nel *Discorso pronunciato all'apertura delle cattedre di diritto amministrativo e di economia politica e statistica*, premesso al suo *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, Stamperia filantropica, 1850, p. 8: "l'economia politica e la statistica, e la ragione amministrativa, queste scienze, eminentemente dirette alla più grande prosperezza della civil comunanza, in altra età appena conosciute, sono ora divenute di uso universale. L'una, e l'altra si aiutano nello stesso scopo, perché se la scienza economica

la sensibilità culturale dell'epoca ebbe la prevalenza il secondo aspetto: nel 1754 fu creata presso l'Università di Napoli, mercé il finanziamento dell'imprenditore e agronomo Bartolomeo Intieri[33] (che mise a disposizione 7500 ducati), la cattedra di *commercio e meccanica* (che sarà poi denominata *economia politica*), e fu affidata all'Abate Antonio Genovesi[34].

Sia per difetto di un altrettanto determinante contributo economico privato, sia per il mutare nel corso dei decenni successivi del secolo XVIII dell'atmosfera politica, per le ripercussioni che le vicende francesi determinarono sui rapporti tra la Corte napoletana e l'ambiente degli illuministi, e più in generale della classe colta, l'altro profilo degli studi sull'amministrazione pubblica, quello giuridico, non approdò per lungo tempo alla creazione di alcuna cattedra universitaria[35]. Anzi la rivoluzio-

lavora su tutti gli elementi della ricchezza pubblica, e la statistica va poi ne' suoi annali registrando i risultamenti di cotali speculazioni, bene la scienza amministrativa facendo di tutto ciò buon uso attua nei fatti governativi le teoriche. Onde si pare con quanto accorgimento, volendosi provvedere alla migliore, e più laudabile istruzione di quella parte della gioventù che entra nella via degli uffici finanzieri, si sieno in questo Ministero istituite ad un tempo l'una e l'altra cattedra, quella cioè di economia politica, e di statistica, e l'altra di diritto amministrativo; tanto e sì stretto il ligame fra l'una facoltà e l'altra si è ravvisato". P. LIBERATORE, *Della amministrazione pubblica considerata nei suoi principi e nella loro applicazione per servire di prolegomeni alle istituzioni della legislazione amministrativa pel regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1856, p. 133, considera " la pubblica amministrazione come una diramazione dell'economia politica"; e ritiene che "essa collegasi intimamente colla scienza del governo, e congiungendo col principio di utilità un antecedente principio di naturale giustizia, fa che le sue disposizioni allora si trovino veramente utili, quando siano esattamente giuste".

[33] Bartolomeo Intieri, nato in Toscana intorno al 1667, si trasferì nel Regno di Napoli prima della fine del secolo. Studiò matematica, si distinse nell'agricoltura e nel commercio. Agente mediceo presso la Corte di Napoli nel 1734, raccolse nalla sua villa di Massa Equana un circolo di intellettuali, tra cui eccelleva Celestino Galiani, ed al quale presero parte i giovani economisti Antonio Genovesi e Ferdinando Galiani. Raggiunse la fama con i suoi lavori e le sue invenzioni in agricoltura. Morì a Napoli nel 1757.

[34] Antonio Genovesi, studioso di livello europeo, nacque a Castiglione, nel Salernitano, il 1° novembre 1713, fu allievo di Giambattista Vico. Conobbe l'arcivescovo Celestino Galiani, sostenitore della autonomia della scienza dalla teologia, Cappellano maggiore di Napoli, e per ciò stesso Prefetto dei Regi Studi. Per suo interessamento ottenne alla Università di Napoli dapprima l'insegnamento di *metafisica* e successivamente, dopo accuse di eresia, quello di *etica*. Nel 1754 ebbe la cattedra di *commercio e meccanica*, istituita espressamente per lui, la quale sembra che sia stata la prima cattedra di discipline economiche apparsa in Europa. Dedicò a Bartolomeo Intieri, per gratitudine, la sua opera sul *Discorso sopra il vero fine delle scienze e delle lettere*, pubblicato nel 1754. Morì nel 1769.

[35] Osserva O. ABBAMONTE, *Potere pubblico*, cit., p. 21, che "proprio attraverso gli studi di economia politica – cui fu specialmente disposto l'Illuminismo meridionale – il diritto pubblico si aprì a nuovi orizzonti, ampliando la sfera degli interessi statali".

ne in Francia, e la sua sfortunata e drammatica riproduzione nel Regno alla fine del secolo XVIII, fecero per lungo tempo apparire pericoloso agli ambienti di Corte, o quanto meno inopportuno, che si favorisse l'approfondimento della conoscenza dei metodi di governo, e, conseguentemente, della struttura e dell'azione della pubblica amministrazione.

Nel decennio francese (1806-1815) furono introdotte nel Napoletano riforme studiate (e in parte realizzate) Oltralpe, sicché l'amministrazione meridionale ne risultò fortemente ammodernata[36]. Il rientro dei Borboni non determinò il ritorno al precedente assetto amministrativo[37]: furono mantenute in vigore con pochi adattamenti le leggi che disciplinavano organicamente l'amministrazione, anche sotto il profilo del contenzioso amministrativo[38].

Soprattutto dopo la salita al trono, nel 1830, di Ferdinando II, che nei primi anni di regno assunse un atteggiamento politicamente piuttosto aperto[39], si avvertì l'esigenza che le persone che aspiravano ad entrare

[36] Non si ha notizia, tuttavia, di attivazione di insegnamenti universitari di *diritto pubblico* o di *diritto amministrativo*, contrariamente a quanto era avvenuto in Piemonte; il quale – lo si ricordi – era stato annesso (nel 1802) alla Francia, dove l'insegnamento del *diritto amministrativo* era già impartito.

[37] Come invece avvenne in Piemonte, ad opera di Vittorio Emanuele I.

[38] Mi riferisco in particolare alla legge 12 dicembre 1816, sull'amministrazione civile, e alla legge 21 marzo 1817 sul contenzioso amministrativo. "Le leggi che la Francia alla fine del XVIII secolo, e nel cominciamento del secolo XIX diede a' suoi popoli, debbono meritar sempre l'ammirazione del mondo, perché composte sopra un sistema generale di riforma", scriverà G. Rocco nel *Discorso*, cit., p. 21. Già G. Manna, nella sua prima opera, *Della giurisprudenza e del foro napoletano dalla sua origine fino alla pubblicazione delle nuove leggi*, Napoli, 1839, p. 236, illustrava l'importanza delle "leggi francesi" e dei commenti francesi che le accompagnavano. I trattati e i commenti francesi "giungevano (…) opportunissimi e desiderati a rischiarare le origini e le ragioni di quella nuova legislazione, che certamente da niuno poteva essere per allora meglio illustrata e dichiarata, come da quel popolo che l'aveva veduta nascere dal suo seno, e che aveva dinanzi agli occhi i fonti nazionali d'onde era stata quella ricavata. Quindi è troppo agevole intendere che una legislazione straniera venutaci d'improvviso, e corredata sovrabbondantemente di lunghe e splendide interpretazioni, doveva per qualche tempo impedire che nascesse alcuna cosa di originale nel nostro foro. (…) ma forse che non si sono poscia riscossi e non hanno poscia ricominciata una interpretazione originale e nazionale?".

[39] Si formò "in quegli anni, quella che sarebbe, poi, stata definita la «generazione del Trenta», non più illuministi che insistevano sulle condizioni di arretratezza del Regno, ma moderati. I quali, con posizioni più pragmatiche, sottolineavano e valorizzavano gli elementi di progresso raggiunti dal Paese, vera e propria leva per la spinta evolutiva dell'economia, della politica e della società" (R. Rossi, *Matteo De Augustinis e le radici storiche della scuola economica napoletana*, in *Storia economica*, VI, 2003, 3, p. 483-484; sulla scorta di R. Moscati, *Il Mezzogiorno d'Italia nel Risorgimento e altri scritti*, Messina-Firenze, 1953, p. 127).

nei ranghi dell'amministrazione pubblica conoscessero anticipatamente il modo in cui gli uffici erano organizzati e in che modo agivano. "È noto, – osserva Manna nel 1840 – e noi ci consoliamo di questa bella novità, che ormai nei nostri Ministeri, nella nostra G. Corte de' conti, e nella Reale Consulta quasi tutti gli esami dei candidati versano specialmente sulle leggi amministrative e sul diritto pubblico del regno"[40].

Questo spiega perché, ad iniziare dalla metà degli anni Trenta[41], ossia pochi anni dopo l'avvento al trono di Ferdinando II, siano cominciati ad apparire testi illustrativi della organizzazione e delle attività della amministrazione pubblica, con particolare attenzione per l'amministrazione finanziaria. Si tratta, in genere, di esposizioni (non prive, peraltro, di interesse scientifico) del quadro generale della legislazione riguardante l'amministrazione, sia civile, sia contenziosa, ordinate per argomenti, ma scarse di approfondimenti teorici; trattazioni destinate a fornire le (in) formazioni necessarie agli aspiranti all'impiego presso gli organi centrali dell'apparato amministrativo.

Anzi, alcuni Autori, per fornire un inquadramento di più ampio respiro, includono all'inizio della loro trattazione, limitata alla esposizione del diritto positivo dell'epoca (talvolta poco più di un elenco di leggi e altri testi normativi), considerazioni di ordine teorico (o comunque di valore generale ed organico) dovute ad altri (e più attrezzati) Autori. Così, ad esempio, Francesco Dias[42] fa precedere al suo *Corso completo di diritto amministrativo* i *Principi fondamentali* di Gian Domenico Ro-

[40] G. Manna, *Il diritto amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Parte prima (che poi sarà denominata *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo, ossia introduzione alla scienza e alle leggi dell'amministrazione pubblica*), Napoli, All'insegna di Dante, 1840, p.16, nt. (a).

[41] Ma anche prima, se si considerano opere più elementari o relative solo ad alcuni settori della materia.

[42] Sull'opera di Francesco Dias si veda, da ultimo, P. Catalfo, G. Barresi, C. Marisca, *Lo stato di avanzamento della contabilità pubblica nel Regno delle Due Sicilie nella prospettiva culturale di Francesco Dias "Uffiziale di carico nel Reale Ministero di Stato delle Finanze"*, in *Contabilità e cultura aziendale*, 2015. Secondo tali Autori, "emerge, attraverso la particolare e forse paradigmatica prospettiva di Francesco Dias la dimensione culturale nella quale si contestualizzavano gli studi di contabilità pubblica nel Regno delle Due Sicilie, alla ricerca di conferme sull'esistenza di una ibridazione culturale continua tra tradizione giuridico amministrativa e tradizione economico-contabile" (p. 9). Vi si trova anche un elenco, presumibilmente completo, dei lavori a stampa del prolifico Dias (p. 16).

magnosi[43]; Pasquale Maria Liberatore[44] premette alle sue *Instituzioni*, un

[43] *Principj fondamentali del diritto amministrativo del professore G. D. Romagnosi*, in F. Dias, *Corso completo di diritto amministrativo ovvero esposizione delle leggi relative all'amministrazione civile ed al contenzioso amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Tipografia dell'industriale, 1840, p. 1 ss.

[44] Pasquale Maria Liberatore nacque a Lanciano il 19 settembre 1763. Prima avvocato, poi giudice, ebbe qualche difficoltà con la reazione alla rivoluzione del 1799; tuttavia nel 1817 ascese alla Gran Corte civile di Napoli; fu esonerato dall'ufficio nel 1821, a ragione delle sue idee liberali. Riprese a fare l'avvocato ed aprì, nel 1831 (decreto 31 maggio 1831), una scuola privata di diritto, che funzionò fino al 1837. Per gli alunni della sua scuola scrisse la *Introduzione allo studio della legislazione del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1832. Fu un fecondissimo scrittore di diritto, occupandosi sia di diritto civile, sia di diritto penale, sia di diritto amministrativo. Per quest'ultimo scrisse *Della legislazione amministrativa vigente nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1837. Tradusse molte opere giuridiche francesi. La prima edizione delle *Instituzioni della legislazione amministrativa vigente nel Regno delle Due Sicilie, dettate nel suo privato studio di diritto*, risale al 1837. La copia consultata è del 1856.

denso contributo di Giuseppe Devincenzi[45] sulla scienza delle leggi[46], e nel suo volume *Della amministrazione pubblica* inserisce integralmente sia i *Principii* di Romagnosi, sia il *Programma* del barone De Gerando, compreso l'*Avvertimento* premesso alle sue *Istituzioni*[47].

[45] Giuseppe Devincenzi, nato a Notaresco (Teramo) il 4 marzo 1814, proprietario terriero, fu un esperto di agricoltura, ma si occupò anche di scienze amministrative. Deputato a Napoli in entrambe le sessioni del precario Parlamento partenopeo, fu molto presente e attivo nei brevi e convulsi lavori parlamentari. Dopo la chiusura delle Camere, nel 1849, andò in esilio, prima a Ginevra, poi a Parigi e Londra. Dopo l'unificazione fu deputato al Parlamento nazionale, ove si occupò in particolare del sistema ferroviario, non solo meridionale. Fu Ministro dei Lavori pubblici. Nel 1868 fu nominato Senatore. Morì a Napoli il 1° aprile 1903.

Nella sua Prefazione alle *Instituzioni* di Liberatore affronta vari argomenti: denuncia "la noncuranza, in che finora è giaciuta la scienza della pubblica Amministrazione" (p. VIII). Ritiene necessario "studiar l'uomo, la società civile e la proprietà quali sono realmente e non secondo le stravolte fantasie de' filosofi: quindi si vuol considerare l'uomo in società e non isolato; la società come stato di natura e non come guisa di un romanzo, e la proprietà come cose necessarie all'uomo e alle civili società. Le quali tre maniere di cognizioni sono tre diverse scienze, la Filosofia cioè, o vero lo studio dell'uomo, la Politica, o sia lo studio delle società civili, e la Economia Politica, che è quanto dire lo studio delle ricchezze delle nazioni" (p. X). Tali tre scienze, considerate "insiememente" costituiscono la Filosofia civile, che è "la scienza prime delle leggi, dove rinvenirai le leggi delle leggi, come le chiama Bacone" (p. XII). Rammenta "le due celebri scuole di legislazione (…), la scuola storica cioè e la filosofica: delle quali la prima fa ingiuria alla ragione dell'uomo, tenendo la verità quasi un mero risultamento della storia; e l'altra per lo contrario fa torto alla generazione umana tutta intiera, reputando per un bel nulla la sapienza di tutti gli uomini che sinora son vissuti" (p. XIII). Ammonisce a non trascurare le leggi sulla pubblica amministrazione, che sono strettamente congiunte con la politica, "chè in fatto la libertà, la religione, l'educazion pubblica, la milizia, le scienze, le arti, l'industria, il commercio, tutto ciò in fine, per cui un popolo si mantiene in vita e progredisce, tutto sta sotto la tutela della pubblica amministrazione, e secondo che questa è buona o malvagia, pro ne ritraggono o nocumento" (p. XIV). Denuncia la credenza comune, secondo cui le leggi sull'amministrazione "siano per loro natura quasiché arbitrarie. Ondeché da una parte coloro, i quali dovrebbero fare di molte utili riforme, non fanno se non quando vi sono tratti come per forza dagli avvenimenti: e dall'altra molti entrano in offici dell'amministrazione quasi affatto digiuni delle moltissime conoscenze, che loro sarebbero necessarie, siccome quelli che avvisano la pratica poter essere solo il lor maestro" (p. XVI). Eppure l'amministrazione è "la difficilissima tra le arti"; si chiede, pertanto, come un'amministrazione potrà operare senza le necessarie cognizioni, "nelle quali deve rinvenire le vere norme di ogni operazione" (p. XVII).

[46] Della scienza delle leggi e in particolare della scienza della pubblica amministrazione, discorso filosofico di Giuseppe Devincenzi da servire da prefazione alle instituzioni della legislazione amministrativa, in P. Liberatore, *Instituzioni della legislazione amministrativa vigente nel Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Stamperia della sirena, 1956, p. V ss. La prima edizione risale al 1836. Con il De Vincenzi, scrive O. Abbamonte, *Potere pubblico*, cit., p. 67-68. "si giunge (…) ad una stagione matura della scienza amministrativistica".

[47] P. Liberatore, *Della amministrazione pubblica*, cit., risp. p.5 ss., 71 ss. e 128 ss.

Venne anche istituita una cattedra di *diritto amministrativo*, insieme ad una di *economia politica e statistica* (non presso l'Università, ma) presso il Ministero delle Finanze, "per la più laudabile istruzione per la gioventù che entra nella via degli uffici finanzieri"[48]. La cattedra fu affidata a Giuseppe Rocco[49].

Ovunque in Italia l'insegnamento del diritto amministrativo, sia che avesse luogo nelle Università, come a Torino[50], sia che venisse svolto al di fuori di esse, come a Napoli (fino al 1859), nel Lombardo-Veneto o in Toscana, ebbe inizialmente valore semplicemente formativo dei giovani che intendevano avviarsi a carriere pubbliche. Non era ritenuto necessario per l'esercizio dell'avvocatura o della giurisdizione.

Per quanto riguarda il Lombardo-Veneto si fa riferimento al lungo trattato del dott. Antonio Lorenzoni[51], espressamente destinato a fornire "la distinta conoscenza delle leggi appartenenti al diritto pubblico interno del Regno [che] si rende indispensabile a tutti coloro che sostengono impieghi pubblici nei vari rami dell'amministrazione"[52].

[48] G. Rocco, *Corso*, cit., p. 8.

[49] Giuseppe Rocco (1815 – 1884), "razionale" della Gran Corte dei conti, fu docente di diritto amministrativo presso la Scuola del Ministero delle Finanze e nella Scuola di applicazione di ponti e strade. Nel suo lavoro più tardo (*La filosofia del diritto amministrativo e delle leggi che lo conservano*, Napoli, 1867) Giuseppe Rocco così intende il diritto amministrativo: "l'essere sociale (…) consta dei due elementi delle persone riunite e dell'autorità governativa, che le informa a società, si ha dalla natura il fine del bene morale comune, e però necessariamente debbe competerle il diritto di asseguirlo, detto acconciamente diritto amministrativo, il quale puossi definire di stare nella potestà inviolabile dell'essere sociale di fare il bene morale comune" (117-118). Il diritto amministrativo "è l'esplicazione della potestà governativa, o a meglio dire l'atto naturale e razionale di lei" (118).

[50] Si riveda, per Torino, il giudizio di Feliciano Benvenuti sulle finalità del corso tenuto da Antonio Lione (prec. nota 2).

[51] Antonio Lorenzoni viene inserito da A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, cit., p. 47, tra gli esperti di diritto amministrativo non accademici delle generazioni iniziali.

[52] A. Lorenzoni, *Instituzioni di diritto pubblico interno del Regno Lombardo-Veneto* (in tre volumi più uno di Appendice), Padova, 1835 (ma scritto in Vicenza nel 1831). La frase riportata è a p. 9 della Prefazione (nel primo volume). La trattazione è divisa in cinque parti, riguardanti rispettivamente i "diritti" della monarchia assoluta e i diritti dei cittadini, le "leggi che hanno per oggetto la tranquillità interna dello Stato", le "leggi che hanno per oggetto di promuovere l'affluenza delle cose che servono ai bisogni, ai comodi ed ai piaceri innocenti della vita", le "leggi che hanno per oggetto la sicurezza dello Stato dai nemici esterni", "delle entrate e del demanio nonché del debito pubblico". Il carattere è meramente espositivo della legislazione allora in vigore, cui viene conferito semplicemente un ordine sistematico. F. Benvenuti, *Mito e realtà*, cit., p. 109, ritiene che l'opera di Lorenzoni rimane "sul piano di una descrizione ordinata, inidonea perfino a costituirsi in sistema e priva non soltanto di richiami a principi, ma anche ad elementi di comparazione".

Per la Toscana si richiama il primo lavoro sistematico di diritto pubblico interno[53], dovuto ad Isacco Rignano[54].

Un'altra considerazione viene da fare: fino alla istituzione di cattedre (universitarie o meno) di *diritto amministrativo*, oggetto dei lavori a stampa, ovunque in Italia tranne che a Napoli[55], non era solo il diritto amministrativo ma l'insieme di tutte le discipline pubblicistiche: diritto costituzionale (o diritto della sovranità), diritto internazionale (o diritto pubblico universale, o naturale), diritto amministrativo propriamente detto e diritto finanziario. A Napoli il diritto amministrativo aveva già raggiunta la sua autonomia dalle altre discipline pubblicistiche.

4. *L'opera di Giovanni Manna*

Spicca nell'ambito di questa primigenia produzione letteraria di diritto amministrativo nel Mezzogiorno l'opera di Giovanni Manna[56], con particolare riferimento al primo volume del trattato, intitolato *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo*, a ragione soprattutto dell'interessante ed originale impostazione teorica con cui viene elaborata la materia e della profondità di alcune sue costruzioni[57].

[53] I. Rignano, *Saggio di un manuale del diritto pubblico interno della Toscana*, Firenze, 1857. A p. VIII-IX del *Ragionamento dell'opera e introduzione* si legge: "ci siamo (…) proposti (…) di pubblicare un lavoro che (…) possa servire di guida alla gioventù che si dedica alla professione forense ed agli impieghi, per la quale lo studio del pubblico diritto, è (…) assolutamente necessario". Sul valore dell'opera si rinvia a Feliciano Benvenuti, *Mito e realtà*, cit., p. 110.

[54] Il giurista I. Rignano, livornese, nacque nel 1826 e morì nel 1896. Nel 1861 pubblicò il volume *Della uguaglianza civile e della libertà dei culti secondo il diritto pubblico del Regno d'Italia*. Sul Rignano si veda Liana Elda Funaro, *Una duplice qualità: Isacco Rignano, israelita e avvocato*, in *Le carte e la storia*, 2012, n. 1, p. 82 ss.

[55] A Torino la pubblicazione del lavoro di Lione fu successiva alla istituzione della relativa cattedra di diritto amministrativo.

[56] Giovanni Manna nasce a Napoli in una famiglia benestante il 21 gennaio 1813. Si laurea in giurisprudenza nel 1833. Frequenta anche la scuola filologica privata del letterato Basilio Puoti. Entra nello studio legale di Giuseppe Poerio. La sua prima opera di ordine storico-giuridico si intitola *Della giurisprudenza e del foro napoletano dalla sua origine fino alla pubblicazione delle nuove leggi*, Napoli, 1939.

[57] Opportuno sembra riportare il giudizio, sull'opera di Giovanni Manna, di V.E. Orlando, *Introduzione al diritto amministrativo (I presupposti, il sistema, le fonti)*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I°, Milano s.d. (ma 1897), p. 50: in Manna "la concezione vasta del sistema, reso sicuro da una connessione obbiettiva con la natura della materia studiata; in lui una larga preparazione di una cultura storica, filosofica ed economica che sussidia ed illumina il concetto giuridico, senza sopraffarlo;

La prima parte delle *Partizioni teoretiche* attiene piuttosto al diritto pubblico generale che al diritto amministrativo, avendo ad oggetto lo Stato, la sovranità e la costituzione politica.

Manna espone una sua personale teoria dello Stato: "l'*oggetto* o per così dire la materia dello Stato è l'umanità nella sua natura progressiva e perfettibile: lo *scopo* è la conservazione di questa medesima natura progressiva e perfettibile: i *mezzi* sono quella forza di senno e di braccia che si può attingere dal fondo della stessa umanità"[58]. Impedire l'abuso delle libertà individuali "è la prima origine dello stato, ossia della conservazione del diritto". Lo Stato, "personalità astratta intelligente ed operante", agisce secondo un doppio movimento: "un concentramento, ed una diffusione di forza fisica e morale. La doppia forza si attinge dagli individui, e ritorna su di essi. (…). Il concentramento della forza può dirsi esser quello che propriamente costituisce lo stato, giacché per esso ha vita, intelligenza e potere quella personalità astratta che conserverà il diritto"[59].

La perfezione dello Stato deriva dall'osservanza di tre canoni: l'economia delle forze[60], la irrilevanza degli interessi individuali[61], l'economia del tempo[62].

in lui la chiarezza dell'esposizione non minore dell'acutezza del pensiero in lui la corretta tendenza metodica di considerare il diritto non già come campato in aria, ma in relazione ad una forma di ordinamento positivo vigente".

[58] G. Manna, *Partizioni*, cit., p. 28. Per chiarire il concetto è necessario riportare il ragionamento di Manna: "la vita ed il cammino dell'umanità è lo sviluppo della sua natura sociale: il termine a cui mira con la ragione e col desiderio è uno svolgimento così compiuto ed intero di sociabilità" (p. 25). "Se non che il suo cammino è lotta continua contro agli ostacoli nascenti e dalla propria libertà, e dalla forza della natura. E l'umanità è consapevole a se stessa dei germi mortiferi ed antisociali che porta in grembo. Per lo che ella si volge ansiosamente e si raccoglie per così dire in se medesima, sollecita di svellerli e rigettarli da se. Questo concentrarsi e raccogliersi in se medesima costituisce lo stato: perciocché con questo ella si affatica non ad altro se non a trovare a se stessa una posizione tale, nella quale possa sicuramente adagiarsi per compiere la sua via". Lo scopo cui mira lo Stato è "la conservazione del diritto, cioè la conservazione dei limiti fra le libertà individuali, in guisa che ciascuno rimanendo libero nello svolgimento molteplice delle sue facoltà fisiche e morali, non invada né turbi per niun modo la sfera della personalità altrui" (p. 26).

[59] G. Manna, *Partizioni*, cit., p. 31-32.

[60] "Tanta forza si raccolga nel centro quanta è strettamente necessaria allo scopo dello stato, e rispondente alla possibilità degl'individui onde si attinge" (p. 32).

[61] "Tutta quanta la forza raccolta piombi direttamente nel centro, e tutta altresì dal centro si riversi sulla società" (p. 33).

[62] "Il doppio cammino della forza che si raccoglie e si diffonde, sia per quanto possibile breve e spedito; in guisa che il minimo intervallo possibile interceda tra il concentramento e la destinazione della forza" (p. 33).

In questo doppio movimento, ascendente e discendente, mi sembra che si possa ravvisare un primo abbozzo dell'idea dell'amministrazione come servizio ai cittadini, caratterizzato dai tre canoni sopra accennati di economicità, buon andamento e tempestività dell'azione. Vi si può scorgere l'idea che lo Stato, nel moto ascendente, debba "prendere" dai cittadini solo quanto, nel moto discendente, ridistribuirà tra loro, senza nulla trattenere per sé, o, meglio, per il Sovrano e la sua Corte.

Lo scopo (di politica interna), nemmeno troppo nascosto, è di separare l'azione prettamente politica (esercitata dal re e da alcuni ministeri) dall'attività amministrativa (svolta da altri ministeri e dall'apparato propriamente amministrativo), in modo da far sì che (almeno) questa si svolga in modo corretto, efficiente ed imparziale[63].

La sovranità per Manna è "quella personalità astratta fornita d'intelligenza, di volontà e di potere, che si considera presedere al doppio movimento dello stato"; ed è "*una, indivisibile ed incomunicabile*". Nei suoi "tre momenti di azione" la sovranità è "*legislatrice, giudicatrice ed esecutrice*"; per cui gli "elementi" che la caratterizzano sono "il *potere legislativo*, il *potere giudiziario*, ed il *potere esecutivo*"[64].

Come si concilia la indivisibilità della sovranità con la divisione dei poteri, che Manna accoglie come "la principal garanzia dello stato"?

La risposta è che la divisione dei poteri riguarda soltanto la "gerarchia delle persone destinata a proclamare e compiere il diritto nello stato". Si tratta di una "divisione estrinseca" che, "lungi dal contrariare l'intrinseca indivisibilità del concetto, è anzi intesa a mantenerla nel modo più assoluto e perfetto"[65]. Ciò che preoccupa Manna è la "variabilità degli interessi individuali (…) che può turbare l'espressione sincera della pura intelligenza e volontà del diritto nelle persone componenti la gerarchia": la divisione dei poteri serve allo scopo di evitare questo pericolo, "perché mira a connettere e contrapporre in modo gli interessi individuali, che le loro ripugnanze accidentali o trovino uno sfogo innocuo allo stato, o nel loro urto si equilibrino e si rintuzzino a vicenda"[66].

[63] Osserva L. MARTONE, *La scienza amministrativa nel regno delle Due Sicilie (1815-1848). Diritto e politica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, p. 1063-64 che, dopo la rivoluzione del 1820 e le sue nefaste conseguenze, "lo studio dell'amministrazione diveniva fondamentale, in quanto rimaneva una delle poche vie aperte al mantenimento e allo sviluppo delle idee agitate dal costituzionalismo., La fortuna che con la svolta del 1830 conobbe la scienza dell'amministrazione a Napoli rispose pertanto ad una precisa: quella di imporre dei limiti all'attività dell'esecutivo o, quanto meno, in mancanza di una Costituzione che condizionasse il potere politico, di porre delle regole allo Stato".

[64] G. MANNA, *Partizioni*, cit., p. 36-38.

[65] G. MANNA, *Partizioni*, cit., p. 39.

[66] G. MANNA, *Partizioni*, cit., p. 39. In conclusione, "quando si è giunto ad allonta-

5. *Monarchia assoluta e Stato rappresentativo nel pensiero di Giovanni Manna*

Manna, che scriveva al tempo di Ferdinando II, ma in un clima politico abbastanza disteso[67], tenta di mettere d'accordo il principio, caro alla monarchia, dell'unità e indivisibilità della sovranità con la teoria della divisione dei poteri, carattere fondamentale dello (allora solo auspicabile) Stato di diritto.

Per costituzione politica s'intende, secondo Manna, il complesso delle regole che stabiliscono "il posto il luogo e le persone, dove risiede la rappresentanza della sovranità in un popolo"[68]. Due sono le forme di governo degli Stati europei dell'epoca che Manna prende in considerazione: Monarchia assoluta e Stato rappresentativo.

Nello Stato rappresentativo sono necessarie, quanto al potere legislativo, le tre forme, monarchica, aristocratica e democratica. La forma monarchica, secondo una convinzione condivisa, è necessaria perché "lo sguardo unico e complessivo di una persona messa al centro della nazione, laddove tutte le fila dell'amministrazione vanno a riunirsi e tutti gli interessi ripugnanti vanno a risolversi, " costituisce lo strumento migliore "per comprendere eminentemente la somma delle cose e l'unità dell'interesse nazionale"[69]. Ma è necessaria anche la forma aristocratica, almeno quella del "senno, della gloria, delle virtù, del valore e delle ricchezze, nascente dalla maggiore industria e dal maggior merito di alcuni per rispetto all'universale"; ed è infine necessaria anche la forma democratica, "perché dicono che se la massa della nazione non ha delle persone elette dal suo seno che facciano risuonare la loro voce, non po-

nare questo pericolo, si può esser certo che per se stessa e senza altra cura l'intelligenza e la volontà del diritto riuscirà fuori spontanea ed in tutta la sua purezza ed integrità" (*ivi*).

[67] Osserva O. Abbamonte, *Potere pubblico*, cit., p. 29, che "sin dai primi anni Trenta era mutato sensibilmente l'atteggiamento della monarchia nei confronti dell'intellettualità, alla quale si lasciò una libertà d'azione che ne consentì uno sviluppo impensabile per il periodo precedente". Tale atteggiamento si modificò profondamente con i moti che precedettero il 1848.

[68] "Onde – prosegue – la costituzione politica accenna le forme della sovranità nella sua triplice qualità di legislatrice di giudicatrice e di esecutrice, ed una nazione dicesi avere una costituzione politica diversa da un'altra, secondo che ciascuno dei tre poteri è in diverso modo esercitato e rappresentato, e secondo che tutti e tre i poteri sono riuniti o separati fra loro, e riuniti e separati in un modo piuttosto che in un altro" (G. Manna, *Partizioni*, cit., p. 40).

[69] G. Manna, *Partizioni,* cit., p. 47. Inoltre è convinzione condivisa anche che "la trasmissione ereditaria della regia qualità sia l'unico rimedio per assicurare la stabilità dello stato, e per infrenare le ambizioni e prevenire i tumulti" (*ivi*).

trebbonsi intendere le condizioni ed i mutamenti assidui della vita civile, e mancherebbe l'espressione legittima dell'interesse universale della nazione". La volontà legislativa deve risultare da "tre voci distinte, cioè quella del principe, quella della camera aristocratica e quella della camera popolare"[70].

Quanto al potere esecutivo, il suo esercizio è "tutto nelle mani del Principe", perché si è dovuto riconoscere che "l'unità del volere e del potere è condizione essenziale, senza di cui il doppio movimento governativo non può avere effetto"[71].

Il potere giudiziario "rimane, secondo i principi dello stato rappresentativo, essenzialmente distinto dagli altri poteri, sebbene la gerarchia che ne è investita rimanga sotto la suprema vigilanza del Principe, e sia da lui nominata"[72].

Più semplice e chiara è, secondo Manna, la forma di governo della Monarchia assoluta, dato che "l'unità ideale della sovranità è rigorosamente espressa e rappresentata dall'unità materiale della persona"[73]. Il Principe, tuttavia, mentre "ritiene tutto a se il potere legislativo"[74], ritiene solo una parte, sia pure la più importante, del potere esecutivo, e "delega il resto ad una gerarchia che l'esercita in suo nome e sotto la sua subordinazione"[75]; delega tutto il potere giudiziario "ad una gerarchia essenzialmente distinta e separata dalla gerarchia esecutiva"[76].

[70] G. MANNA, *Partizioni*, cit., p. 48.

[71] Essendo poi difficile "proclamare una immediata risponsabilità del capo del governo in faccia alle camere" i sostenitori di questa forma di governo "han creduto di potersi ovviare a ciò con l'ingegnoso stratagemma della risponsabilità ministeriale" (G. MANNA, *Partizioni*, cit., p. 48-49).

[72] Giovanni MANNA, *Partizioni*, cit., p. 49.

[73] "Quindi risulta l'assioma unico e fondamentale della monarchia assoluta, cioè che tutta quanta la sovranità con tutti e tre i suoi elementi sia eminentemente raccolta e concentrata nel Principe" (G. MANNA, *Partizioni*, cit., p. 50).

[74] Egli si fa assistere da alcuni collegi consultivi, "collocati presso di lui o sparsi qua e là sulla faccia del territorio" per ottenere "quella pienezza di lumi e d'istruzioni che negli stati rappresentativi si crede ottenere per via delle camere" (p. 50).

[75] "E questa gerarchia esecutrice non è risponsabile ad altro che al Sovrano del mandato ricevuto" (p. 51).

[76] "Il potere giudiziario siffattamente delegato è esercitato a nome del Principe, il quale ritenendo la censura suprema di esso, ritiene altresì il diritto della grazia, ossia il diritto di dispensare alle condanne penali pronunciate dai giudici" (p. 51).

6. *L'idea politica alla base della posizione scientifica di Manna*

L'impressione che si ha leggendo questa parte dell'opera di Manna è che egli si schiera decisamente a favore della monarchia assoluta, ed espone la nozione di Stato rappresentativo come se fosse la riproduzione di idee altrui, non condivise; ma è difficile stabilire se questo atteggiamento sia finalizzato allo scopo di superare la censura o sia viceversa determinato dalle convinzioni politiche che egli aveva all'inizio degli anni Quaranta. Si deve osservare che questa parte della trattazione risulta profondamente modificata nella edizione delle *Partizioni teoretiche* del 1860, dove il favore dell'autore vira decisamente, anche se non in modo eclatante, verso la monarchia rappresentativa[77].

Probabilmente, benestante di famiglia, avvocato nell'apprezzatissimo studio di Giuseppe Poerio, tra gli anni Trenta e Quaranta egli credeva che ci fossero le condizioni perché il regime borbonico potesse essere riformato dal suo interno in senso più liberale, in modo cioè da giungere nel tempo all'affermazione in fatto di una monarchia amministrativa o financo rappresentativa[78]. Questo intento era d'altronde comune a molti di coloro che in quel periodo si occuparono dell'amministrazione pubblica[79]: la conoscenza e la "cura" dell'amministrazione mirava a confe-

[77] Si confronti la trattazione della *Monarchia rappresentativa* nelle *Partizioni teoretiche del diritto amministrativo*, Napoli, Stabilimento tipografico del cav. Gaetano Nobile, 1860, p.36 ss. con la trattazione dello stesso argomento nelle *Partizioni* del 1840.

[78] "Il sistema amministrativo presenta i seguenti vantaggi: 1) rende unisona ed attiva l'azione del governo sulla società; 2) rende il governo conscio dei bisogni della società, ed in conseguenza illuminato sugli elementi primitivi e nella discussione ove sono riunite tutte le più distinte autorità governative; 3) facilita lo sviluppo delle libertà e delle iniziative locali, che rendono più facile l'azione del potere perché lo dispensano dal servirsi della forza materiale; 4) esercitato in senso illuminato supplisce ad un sistema amministrativo in un paese in cui non si vuole o non si può introdurlo, e prepara a riceverlo ove lo si abbia in vista in un più o meno lontano avvenire" (L. Blanch, *Luigi de'Medici come uomo di Stato ed amministratore*, in *Studi storici*, a cura di Benedetto Croce, vol. II, Bari, 1945, p. 68-69, ma risalente al 1830).

Luigi Blanch, nato a Lucera il 29 marzo 1784, fu militare prima, durante e dopo il decennio francese. Fu un attento osservatore della evoluzione (ed involuzione) del governo borbonico, e cercò di indirizzarlo verso una forma matura di Stato amministrativo, secondo l'orientamento dei numerosi intellettuali che si dichiaravano liberali moderati e che non consideravano né vicino né, forse, propriamente auspicabile, la fine del Regno borbonico: speravano di poterlo riformare con la loro opera assidua, in particolare agendo per promuovere la correttezza dell'azione amministrativa. Fu eletto nel Parlamento del 1848, ma si dimise quasi subito. Morì a Napoli il 7 agosto 1872.

[79] Osserva condivisibilmente L. Martone, *La scienza amministrativa*, cit., p.1067, che "nell'impossibilità di discutere la forma dello Stato si rivendicava l'autonomia del

rirle un ruolo separato dalla politica, in funzione della limitazione dei poteri assoluti del Sovrano[80]. La maggior parte degli studiosi dell'amministrazione pubblica appartenevano a quel gruppo di liberali moderati[81], molti dei quali classificabili come neoguelfi, che puntavano a far progredire la monarchia borbonica verso forme più morbide dell'assolutismo, nell'obiettivo di ottenere, nel tempo, attraverso una continua linea riformatrice, ciò che i radicali tentavano di conseguire attraverso la rivoluzione: la monarchia rappresentativa[82].

suo apparato amministrativo. La ricerca delle garanzie è infatti orientata attraverso le delimitazioni di competenza e le regole di procedimento".

[80] La distinzione tra il "diritto politico" e il diritto amministrativo è tratteggiata con maggiore chiarezza nelle *Partizioni* del 1860, ove si afferma che fu già "nel compiersi e nel costituirsi" del diritto amministrativo che esso "ebbe a segregarsi e distinguersi dal diritto politico", alla stessa guisa che il diritto politico si separava e distingueva dal diritto privato" (p. 17). La separazione dell'amministrativo dal politico è valutata "di supremo interesse", soprattutto nei tempi in cui "il travaglio degli spiriti intorno alle forme costitutive degli stati è grandissimo" (p. 18). Ancora: "quando il governo abbia veramente la volontà di bene amministrare, è bene che sappia che ci è una scienza dell'amministrazione pubblica, prodotto dell'esperienza e della meditazione dei secoli, la quale può essere studiata e messa in atto, senza che ciò costringa a versarsi nelle questioni politiche e costitutive degli stati" (p. 19).

[81] Agli studiosi e alle opere già citati, si possono aggiungere i seguenti: G. De Thomasis, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e privato del Regno di Napoli*, Napoli, Tipografia nella Pietà dei Turchini, 1831; N. Comerci, *Corso di diritto amministrativo per lo Regno delle Due Sicilie, compilato sulle opere di Romagnosi, de Gerando, Foucart, Gaudillot, Cremieux e Balson*, Napoli, 1836-1841; ancora N. Comerci, *Elementi di diritto pubblico e amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1837; R. Zerbi, *La polizia amministrativa municipale*, Napoli, Tipografia dell'Urania, 1846; C. Marini, *Sul diritto pubblico e privato del Regno delle Due Sicilie. Quale è stato fino al 1809, quale è al presente (1853) e quale potrà essere nel tempo avvenire*, Napoli, 1853; G. De Cesare, *Sommario di diritto pubblico e amministrativo secondo le leggi napolitane*, Napoli, Tipografia della sirena, 1856-1860. Per illustrare l'"amministrazione organica" dello Stato, Gennaro De Cesare ricorre ad una allegoria; richiama la nozione di universo: "l'amministrazione sociale non è che l'*universo civile*, laonde tutto quello che ci circonda intorno, è l'*universo fisico*" (vol. I, p. 6).

Prima degli anni Trenta si rammentano: M. De Simone, *Manuale ad uso dei Sindaci del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, Stamperia reale, 1819; G. Muscari, *Osservazioni sulle Leggi dell'"Amministrazione e del Contenzioso Amministrativo del Regno delle Due Sicilie*, Napoli, 1824. *Notizie degli Autori che ci han preceduti scrivendo su la scienza amministrativa*, sono contenute il P. Liberatore, *Della amministrazione pubblica*, cit., p.178 ss. Vi si trova anche un *Piano ragionato per un corso di legislazione amministrativa vigente nel Regno delle Due Sicilie.*

[82] Non mancarono, peraltro, studiosi di diritto pubblico nettamente conservatori e proni alle idee di Ferdinando II. Ad esempio, B. Cantalupo, magistrato autorevole e docente privato di diritto pubblico, che scrisse nel 1848 (e ripubblicò nel 1850 e nel 1855) il *Sistema governativo delle Due Sicilie dal 1830 al 1848*. Nel 1829 aveva pubblicato

Politicamente, infatti, lo stesso Manna era vicino ai neoguelfi facenti capo a Carlo Troya; e quest'ultimo, quando nel 1848 assunse la presidenza del Governo, lo chiamò al Ministero delle Finanze[83].

La drastica e miope reazione borbonica al moto del 15 maggio 1848, che sfiorò anche lui personalmente[84], e l'irrigidirsi del regime poliziesco, dovettero pesare pesantemente sulla speranza di Manna, e dei numerosi uomini di cultura che condividevano la sua posizione politica, nella concreta possibilità di ottenere riforme in senso liberale; sicché si può pensare che egli, come probabilmente gli altri, si sia vieppiù accostato alle posizioni unitarie, sia pure moderate (non più federaliste, ma fortemente autonomistiche)[85].

Salito al trono Francesco II, riprese animo la speranza di una evoluzione costituzionale del regno, che avrebbe, se fatta per tempo, portato ad una unificazione su base diplomatica e non militare. Manna, allora membro del Ministero Spinelli, fu, insieme al barone Antonio Winspeare, inviato a Torino per trattare un'alleanza con i Savoia, ma il tentativo, quanto meno tardivo, fallì miseramente: ormai il Piemonte aveva deciso

a Napoli un *Corso di diritto pubblico.* Allo stesso indirizzo attiene T. SACCHI, che nel 1849 pubblicò *Delle istituzioni di governo del Reame delle Due Sicilie. Ragionamenti*, Napoli, Tipografia all'insegna del Salvator Rosa. Indicativo è quanto si legge nella *prefazione* a proposito dei moti del 1848: "La rivoluzione politico-sociale, che sorgeva da' sediziosi concerti di una setta, la quale in sul cominciare del passato anno 1848 levava arditamente la sua voce in mezzo a' popoli ed innanzi a' governi della più parte di Europa, ha cercato sconvolgere, co' suoi prestigi e co' suoi attentati, non meno i principi onde sono costituiti i governi ed è con le rispettive istituzioni ordinata la loro azione, ma sì anche quelli co' quali è fermata la pace generale in Europa" (p. 3-4). A p. 12 si legge: "la sovranità dei popoli, proclamata per muoverli a combattere i loro governi, è un errore di principio e di fatto". Con palese riferimento a Carlo Alberto, parla di "passi inconsiderati di altro Principe italiano che, forse per soverchia fede posta in Gioberti, più si lasciò trascinare da' deliri della demagogia, o seppe meno infrenarne gli eccessi" (p. 21).

Tuttavia Terenzio SACCHI, alto funzionario ministeriale, afferma in altra breve opera che "il Governo, che nelle materie di ordine pubblico e di pubblica amministrazione esercita l'impero ed impone col precetto, nelle sue contrattazioni (…) si spoglia della sua eminente qualità, e discende per compierlo alla condizione dell'uomo privato" (*Osservazioni su la giustizia convenienza e possibilità della Conversione delle Rendite Pubbliche*, Napoli, Tipografia dello Stabilimento dell'Ateneo, 1836), enunciando in tal modo un concetto ancora valido.

[83] Fu in quelle circostanze che G. MANNA pubblicò un volume su *Il diritto costituzionale d'Europa, ossia raccolta delle principali costituzioni d'Europa dal 1791 fino ai nostri giorni comparate ed illustrate*, Napoli, 1848.

[84] Fu estromesso dalle cariche pubbliche.

[85] L'evoluzione in senso negativo della situazione politica può spiegare perché Manna si sia allontanato dagli studi giuridici e si sia dedicato a quelli economici.

di agire militarmente per estendere l'unificazione alle province meridionali, sotto l'usbergo giuridico del *diritto di nazionalità*.

Manna restò sempre convinto, come anche i numerosi neoguelfi napoletani, che l'unificazione delle due parti d'Italia avrebbe dovuto farsi per via diplomatica[86]; e che, comunque, realizzatasi l'unità in maniera violenta, non fosse auspicabile, e fosse invece tutt'affatto contraria alle effettive esigenze del Meridione, che l'unificazione giuridica si facesse in modo affrettato e caratterizzato da un deciso accentramento. In proposito espresse chiaramente il suo pensiero in un volume pubblicato nel 1862[87].

Tale convincimento era d'altronde diffuso in tutte le Province via via annesse al Piemonte: lo era in Lombardia[88] e in Toscana nel 1859 e negli anni seguenti; in seguito si manifestò, nel 1866, in Veneto[89]. In

[86] G. Manna, *Le Provincie meridionali*, Napoli, 1862, p. 16: "tutti sanno che vi è stato un momento in Italia in cui la soluzione delle difficoltà innanzi dette parve volesse compiersi appunto in questa maniera. Quando fu cessata finalmente la separazione e segregazione assoluta delle due parti d'Italia, mantenuta con tanta arte e tanto successo dalle vecchie dinastie; quando fu rotto finalmente l'argine che divideva la parte superiore d'Italia dalle provincie del sud, alcuni furono che credettero impossibile il ravvicinamento e fusione immediata, ma possibile e facile un ravvicinamento lento e graduale che nascesse da un sistema di vincoli e di accordi diplomatici, militari e finanziari per i quali senza confondere la responsabilità politica e governativa dei due paesi, l'Italia meridionale fosse messa come in cospetto dell'Italia superiore e ne nascesse un'aspirazione morale dell'una parte verso l'altra, sì che questa potesse apprezzare le sapienti istituzioni, le pratiche intelligenti e la feconda disciplina di lassù, e quella potesse intendere a valutare l'ingegno, i sentimenti, le virtù e le ricchezze di quaggiù". Ancora, p. 17: "un accordo avrebbe ravvicinati non materialmente ma moralmente i due popoli: non avrebbe fusi ed immedesimati i governi, ma avrebbe rotta ogni barriera tra l'uno e l'altro".

[87] G. Manna, *Le Province*, cit., p. 21: che cosa avrebbe dovuto essere fatto una volta ottenuta con le armi l'unificazione politica? "Era un bel dire: *siamo eguali*, *siamo un solo paese*, *un solo governo*. Di fatto, erano due cose per allora differenti, e bisognava accettando quella preziosa ma difficile eredità aiutare sulle prime il nuovo col vecchio, governare l'Italia meridionale col governo che già esisteva ed aspettare che il tempo e la calma permettessero davvero di creare un governo nuovo con elementi nuovi, e di stabilire una vera solidarietà tra le due parti del vastissimo territorio che si riuniva".

La necessità di non turbare ulteriormente il popolo meridionale, già profondamente ferito dalla rivoluzione e dalla guerra esigeva "il mutare il meno possibile gli ordini esistenti ed il fare il minor sbaraglio possibile nei gradi della gerarchia" (p. 28). La costituzione data da Francesco II aveva consentito di fare in breve tempo, "nei due primi mesi del nuovo regno costituzionale", (p. 30) "tali novità che rispondevano quasi a tutte le antiche ire e avversioni del popolo oppresso" (p. 29). "Appunto per questo bisognava come dicevamo testé che si toccasse poco agli ordini esistenti in quanto gli ordini esistenti non contraddicevano al nuovo principio politico" (p. 30).

[88] Lo era stato anche nel 1848.

[89] Cfr. U. Pototschnig, *L'unificazione amministrativa delle province venete*, Vicenza,

quelle Province, come nel regno delle Due Sicilie, vi erano discipline e istituti che venivano considerati migliori e più moderni rispetto a quelli di derivazione piemontese.

La scienza del diritto amministrativo, come si è visto, è decollata, nel Mezzogiorno, intorno agli anni Trenta del XIX secolo. Prima di quel tempo si rinvengono, in Lombardia, l'opera di Giandomenico Romagnosi, risalente al 1814[90], ossia al tramonto del regime napoleonico, e le trattazioni dei francesi, le prime delle quali si collocano intorno agli anni Venti del XIX secolo[91]. Non può far meraviglia, né se ne può far loro motivo di rimprovero, che i primi studiosi partenopei, alla pari di quelli delle altre regioni italiane, si siano ispirati, appunto, a Romagnosi e alla dottrina francese[92]. Sarebbe stato imperdonabile, se ben si riflette, trascurare la dottrina già esistente fuori dai confini del regno. D'altronde la dottrina francese era più facile da recepire, rispetto a quella contemporanea tedesca, non solo per comprensibili ragioni di lingua, ma anche e soprattutto per il carattere prevalentemente "pratico" della prima, che rispondeva alle esigen-

1967, ove vengono riportati brani del dibattito parlamentare sul punto, provocato dai parlamentari veneti (p. 55 ss.); e ove si osserva che "la riluttanza di molti e specialmente dei veneti per l'unificazione immediata si fondava, d'altronde, sulla consapevolezza di quegli anni che le leggi e le istituzioni dell'Italia unita avevano bisogno, a giudizio comune, di essere riformate al più presto e che pertanto era bene differire la loro estensione alle nuove province ad in momento successivo" (p. 76).

[90] G. Romagnosi (1761- 1835) pubblicò i *Principi fondamentali di diritto amministrativo* nel 1814, quando era professore nelle Scuole speciali di pubblica amministrazione a Milano. Lo pubblicò nuovamente, leggermente ampliato, nel 1832, a Firenze, con il titolo *Principi fondamentali di diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*. Su Romagnosi v. soprattutto L. Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, I. *Il progetto costituzionale*, Milano, 1984; II. *La scoperta del diritto amministrativo*, Milano, 1987.

[91] Basta rammentare L.A. Macarel, *Élemements de jurisprudence administrative, extraits des décisions rendues par le Conseil d'État en matière contenzieuse*, 1818; L.M. de la Haye de Cormenin, *Questions de droit administratif*, 1822; J.M. De Gérando, *Institutes de droit administratif français ou éléments du code administratif*, 1829-1830.

[92] Ne è prova, ad esempio, che fin dal 1824 A. De Crescenzi e M. Saffioti avevano tradotto i *Principes d'administration publique* di C.J.B. Bonnin. A Napoli circolavano anche le opere di Foucart, Gaudillot, Cremieux, Balson.

Avverte G. Rocco, *Corso*, cit., p. 9, che, avendo egli pochi "scrittori italiani a mettere sotto gli occhi della discente gioventù", ha necessità "di spesso far ricorso oltremonte", e contrappone "alla lunga schiera degli scrittori Francesi, ai Bonnin, ai Cormenin, ai Foucart, ai Macarel", l'"ingegno grande" del Romagnosi, "che al pari di tante altre discipline, ha eziandio illustrata, e ridotta alla esattezza de' principii matematici la scienza nella quale son io chiamato ad ammaestrarvi". Ma alla dipendenza dalla dottrina straniera si sottrae Giovanni Manna, il cui pensiero è tutt'affatto originale.

ze (espositive, esegetiche, sistematiche) delle prime trattazioni italiane (e napoletane), e del carattere spiccatamente "teorico" della seconda[93].

Per giunta, anche gli amministrativisti di altre parti d'Italia avevano le stesse fonti letterarie; anzi si ispiravano, oltre che ai francesi e a Romagnosi, anche ai trattatisti napoletani[94].

7. *Sul divario temporale tra disciplina giuridica e scienza giuridica dell'amministrazione: le due diverse opinioni di Manna e quella di Rocco*

Il problema che a questo punto emerge attiene alle ragioni per le quali la scienza del diritto amministrativo sia iniziata così tardi, mentre la disciplina giuridica della organizzazione delle diverse forme che hanno assunto nel tempo le società (e la figura dello Stato) sono, orali o scritte, precarie o stabili, razionali o irrazionali, necessariamente esistite fin da quando gli uomini si sono riuniti in società[95]. In particolare c'è da chiedersi: quali sono le ragioni per le quali tale scienza non si è avviata nemmeno subito dopo che si è affermato lo Stato moderno?[96].

[93] V.E. ORLANDO, *Introduzione*), p. 48, scrive, a proposito della dottrina amministrativistica tedesca della prima parte del secolo XIX: "nel [diritto amministrativo] tedesco la concezione sistematica è a danno della considerazione concreta del singolo rapporto; la ricostruzione logica dell'istituto ha maggior rilievo che non la considerazione dei rapporti di esso con la vita effettiva per via della giurisprudenza e della critica di essa; la profondità del pensiero trasmoda qualche volta in oscurità; il concetto alto d'autorità degenera qualche volta in una vera *statolatria*".

[94] Indicativo della autorevolezza della dottrina napoletana è quanto consiglia D. MANTOVANI ORSETTI nella sua *Prolusione*, cit., p.19, a coloro che vogliano approfondire lo studio del diritto amministrativo: i "sussidi scientifici" possono essi trovarli nei trattati dei francesi e in "quelli di Romagnosi, di Manna, di Rocco, di De Cesare fra gli italiani".

[95] Si tratta dello stesso problema di cui si è occupato M.S. GIANNINI, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, pubblicato originariamente, nel 1940, negli *Studi sassaresi*, ripreso nel 1973 nei *Quaderni fiorentini*, inserito nel secondo volume degli *Scritti*, Milano, 2002, p. 79 ss., ma con una profonda differenza: qui non si tratta di indagare su quando e come sia nata (nel mondo) la scienza del diritto amministrativo (sul che è utile consultare L. MANNORI e Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 277 ss.), ma quando è come essa è nata nella cultura giuridica del Meridione d'Italia.

[96] Coglie un dato determinante la frase di P. WEIL, che apparentemente sembra una *boutade*: "l'existence même d'un droit administratif relève en quelque sorte du miracle". Il riferimento è all'imporsi del principio di legalità, precisamente all'assoggettarsi dello Stato al diritto: il diritto dei privati è imposto "du dehors", e il rispetto dei diritti e delle obbligazioni è garantito dall'autorità e dalla sanzione di un potere esterno e superiore. "Mais que l'État lui-même accepte de se considérer comme lié par le droit(…), cela mérite l'étonnement" (*Le droit administratif*, con D. POUYAUD, Vendôme, 1997, p. 3).

Manna si è posto il problema e, nelle due edizioni delle sue *Partizioni teoretiche*, ne offre una duplice spiegazione. Il punto di partenza, esplicito nell'edizione più antica, implicito nella più recente, è che "la scienza della pubblica amministrazione è stata l'ultima a comparire in Europa, perché ultime a far parte della legislazione scritta sono state le leggi amministrative"[97].

Nel lavoro del 1840 si afferma che in realtà tali leggi esistevano ma erano tenute nascoste, dato che i governi rifuggivano da dar loro pubblicità a cagione della "coscienza della propria debolezza" e della "necessità di nasconderla ai propri nemici"[98]; debolezza che derivava dal fatto che la "sovranità centrale (…) non era veramente unica e semplice quale la diffinisce la ragione; ma veniva per così dire contraffatta in tutte le parti del territorio da altrettante minori immagini di sovranità"[99].

Soltanto "assai tardi"[100], quando la monarchia ebbe abbattuto "le preminenze aristocratiche figlie della forza" e ebbe creato "in mezzo ai popoli un centro potentissimo di governo, acquistò piena fiducia nella sua forza; e "la fiducia creò la pubblicità"[101]. La pubblicità della legislazione amministrativa determinò la nascita della scienza relativa[102].

[97] G. MANNA, *Partizioni* (1840), p. 7.

[98] G. MANNA, *Partizioni* (1840), p. 10. Ciò "induceva i governi, come avviene nelle guerre, a circondarsi di un velo, anzi dirà di più, a vestirsi di un apparente orgoglio e durezza per ingrandire al possibile negli avversari il concetto delle proprie forze".

[99] "Le quali, – prosegue il passo – sebbene fiacche in se stesse e dissipate e sconnesse, pure bastavano a rompere i nervi e le fila dell'amministrazione generale, e ad impedire che si costituisse in mezzo alla nazione quella rappresentanza unica indivisibile e potentissima che trasfonde tutti gli interessi individuali e repugnanti nell'interesse unico ed indivisibile della sociabilità nazionale" (*op. cit*., p. 9). Chiaro è il riferimento al sistema feudale

[100] "Assai tardi sono state dissipate le tenebre di una mal intesa politica, ed assai tardi i governi, dispregiando l'antico mistero, hanno messo alla piena luce del giorno tutto il sistema delle leggi onde si compone la gran macchina della pubblica amministrazione" (*op. cit*., p. 7).

[101] *Op. cit*., p. 10. Secondo Manna, "la pubblicità produrrà senza meno la perfezione dei governi centrali, perciocché la pubblicità ha chiamato all'opera due potenti ausiliari, quali sono la scienza e l'opinione pubblica" (p. 10-11).

[102] "Mentreché il mistero ed il segreto inviluppava tutto il movimento governativo dello stato, lo stato era in una posizione quasi ostile con la scienza e con l'opinione pubblica" (*op. cit*., p. 13). "Ma non sì tosto il mistero dello stato fu rotto, non sì tosto i reggitori hanno messo a nudo tutto il sistema dell'amministrazione, come quelli che sicuri di se stessi e vincitori dell'aristocrazia territoriale non avevano più bisogno di nascondersi; che incontanente l'ostilità è cessata tra i governi ed i popoli: l'identità assoluta dei loro interessi è stata proclamata, ed una pace irremovibile è stata segnata tra la filosofia e la politica, tra la scienza e lo stato. In questa felice posizione di cose il ricambio dei lumi e delle verità è diventato liberissimo ed efficacissimo; e lo stato e la scienza si sono messi

In definitiva la tesi di Manna, nel 1840, è che le leggi amministrative esistevano come tali, ossia come leggi disciplinanti la pubblica amministrazione, ma non venivano rese pubbliche dai governi a cagione della loro debolezza, derivante dal sistema feudale. Quando, con l'affermarsi della monarchia assoluta e il crollo del sistema feudale, lo Stato, anzi il potere centrale, ebbe acquistato forza, non ebbe più remore a far conoscere agli amministrati quelle leggi. Le quali, una volta note, sono divenute l'oggetto di una nuova scienza, appunto il diritto amministrativo.

Tra le due edizioni delle *Partizioni teoretiche*, vedeva la luce il *Corso* di Giuseppe Rocco, nel quale si esponeva una diversa ricostruzione dell'origine tardiva della scienza del diritto amministrativo. Sostanzialmente, partendo dall'idea che le leggi amministrative riguardano in modo particolare l'organizzazione dello Stato, inteso come società generale[103], viene esposto che soltanto a seguito dell'affermarsi di società generali e del modello moderno dello Stato potevano nascere, e sono nate, le leggi disciplinanti la pubblica amministrazione[104]. "E poiché le dottrine allora veramente cominciano quando cominciano le *materie*, così le leggi amministrative, e quelle sul contenzioso dell'amministrazione, concernendo direttamente la società, non poteano nascere, ed avere effettivo progresso, innanzi che le nazioni nella civiltà non si avanzassero"[105].

di accordo per una via, e si prestano vicendevolmente la mano ad un'opera santissima, la perfezione della società politica" (*op. cit*., p. 14-15).

[103] "Le leggi amministrative che in gran parte compongono il diritto pubblico di uno Stato regolano le relazioni fra il governo ed i governati ed uniscono gli amministrati l'un con l'altro, e tutti verso lo Stato; e loro fine ed obbietto è, determinare, e tener ferma l'armonia fra tutt'i membri della società, procacciando che tutti al pubblico vantaggio cooperassero" (G. Rocco, *Corso*, cit., p. 11).

[104] "Dopo un lungo corso di quindici secoli, (…) ecco come dal corso stesso delle cose, vien generata la pubblica amministrazione, per riunire, e governare gli svariati rapporti del cittadino con lo Stato, e dirigere le facoltà dell'uomo al pubblico vantaggio" (G. Rocco, *Corso*, cit., p. 20).

[105] G. Rocco, *Corso*, cit., p. 21.

Questi sono i passaggi essenziali della ricostruzione di Rocco: mentre la "scienza delle leggi private" risale a tempi antichi, perché richiede "idee più semplici (…) l'idea di vantaggio sociale, obbietto delle leggi amministrative, si forma astraendo l'interesse comune a tutto il corpo dall'interesse privato, e mirando queste leggi men direttamente i bisogni individuali dell'uomo, non potevano, innanzi che le facoltà dello spirito umano non avessero avuto aumento maggiore, prodursi e fiorire" (*op. cit*., p. 12-13). La vicenda è ricostruita in questo modo: Roma, che all'origine era un municipio, e che, pur avendo conquistato "tutto il mondo", non fondò altro che "città municipali"; per cui fu impossibile disciplinare "l'ordinamento di uno stato uniforme, ed unitario" Tutto restò alla fase del diritto municipale. Poi "le continue invasioni dei barbari, e ancor più (…) lo stato delle menti degli uomini di quei tempi, non permisero che si fermasse qual che siasi prin-

Rocco, pertanto, esprime l'idea che la scienza del diritto amministrativo non poteva svilupparsi nel passato perché non ne esisteva l'oggetto di studio, ossia la legislazione amministrativa.

Giovanni Manna, ritornando nel 1860 sul medesimo problema, modifica in parte la sua precedente tesi: le regole sull'amministrazione pubblica, nel passato, non erano regole (esistenti come regole amministrative, ma) non rese pubbliche; erano, viceversa, leggi in parte di diritto privato e in parte di diritto politico. E questo spiega il perché non ci fossero i presupposti per la nascita della scienza del diritto amministrativo[106].

Per dar conto dell'emergere del diritto amministrativo egli ripercorre, come già aveva fatto Rocco, la storia generale del diritto a partire dal diritto romano. Sostiene che tra il diritto privato e il diritto politico si siano prodotte nel tempo vicende diverse, con prevalenza dell'uno o dell'altro, in relazione all'indebolirsi e al rafforzarsi dello Stato. In epoca feudale il diritto politico, il privato e l'amministrativo erano "confusi e agglomerati grossamente in una formola mostruosa"[107], e "tutte le idee

cipio regolatore di sociale reggimento" (*op. cit*., p. 14-15). Con l'affermarsi del sistema feudale si generarono "relazioni pubbliche particolari tra il feudatario, e gli abitanti del feudo, e relazioni più universali col potere centrale, sia col Signore, sia coll'assemblea de' feudatari"; e ciò determinò "il primo passo (…) verso un ordine di cose civili". Tuttavia le istituzioni amministrative, "comechè già principiate anch'esse a farsi sentire nei tempi del maggior potere feudale, non ebbero effettivo progresso" (*op. cit*., p. 15). "Nei tempi che successero, (…) per contrastare l'eccessiva forza del feudalesimo, (…) le relazioni fra i cittadini e la nazione, costituenti l'idea vera della civiltà, ebbero effetto. (…) E per una forza naturale, ed istintiva si cercò di collegare insieme tutte le istituzioni di quei tempi per costituire una società generale, o sia per comporre degli uomini, e delle associazioni esistenti una società unica, e nazionale avente un Governo centrale" (*op. cit*., p. 17-18). In questo modo le istituzioni amministrative raggiungono "novella forma" e si danno diversi e "più grandi" obiettivi. Anche per l'apporto di uomini di cultura (Macchiavelli, Grozio, Bacone, Lock e "il gran Vico"; non viene citato Filangieri) ha avuto forte incremento la scienza delle leggi, "e precipuamente quella parte di esse, che riguarda l'amministrazione pubblica" (*op. cit*., p. 19-20). Finalmente "le società odierne, dopo un lungo corso di quindici secoli, sono giunte allo stadio di effettiva maturità" (*op. cit*., p. 20); le relazioni fra i cittadini e lo Stato si sono sviluppate, ampliate e variate, sicché la legislazione amministrativa ha acquisito maggiore importanza.

[106] G. Manna, *Partizioni* (1860), cit., p. 1 ss.: "fino a pochi anni passati in nessun catalogo analitico di scienze sarebbesi potuto rinvenire il titolo di *Diritto amministrativo*. (…) Non accadeva quasi mai che i pubblicisti o i giureconsulti si avvisassero di staccare e distinguere dalle leggi politiche e da quelle di diritto privato le leggi e i regolamenti propriamente appartenenti *all'amministrazione pubblica*, cioè che governano la *gerarchia* e la *ricchezza pubblica*. Le cose invece erano regolate in maniera che il diritto politico ed il diritto privato ripartissero per così dire fra loro il dominio del *Diritto amministrativo*".

[107] G. Manna, *Op. ult. cit*., p. 11.

e tutte le grandi nozioni giuridiche si mescolavano (…) e si agitavano in una estrema confusione"; ma in quella confusione c'era "il germe delle vere partizioni del diritto universale"[108].

Mano a mano che si affermavano le grandi monarchie, "e le giurisdizioni feudali si andavano a perdere nell'autorità superiore del principe"[109], il diritto feudale, secondo il quale il diritto politico e il diritto amministrativo erano racchiusi "in una formula di diritto privato", "si venne inaspettatamente a sfasciare e dissolvere"[110]. Si ottiene così un primo risultato: il diritto politico si separa definitivamente dal diritto privato.

Perché potesse realizzarsi la separazione del diritto amministrativo dal diritto politico occorreva, peraltro, che fossero "sviluppate ed apparecchiate" le teoriche della *gerarchia* e della *ricchezza pubblica*, che sono "i due fondamenti primi della teorica generale dell'amministrazione pubblica"[111]. Il che avvenne partendo dal diritto municipale, e considerando che "l'amministrazione dei comuni insieme connessi e successivamente e gradualmente coordinati ad associazioni superiori più estese e più comprensive fino a quella suprema dello stato"[112]. E questo "costituisce la materia e l'argomento del diritto amministrativo", insieme all'approfondimento della "tecnica della ricchezza collettiva"[113]. Si eresse, in questo modo, "l'edificio di una scienza più vasta, la quale di una maniera universale ed invariabile definiva i principi della gestione d'interessi comuni". Pe cui "il diritto amministrativo deve riguardarsi come una scienza nuova"[114].

Una considerazione finale sulla nascita della scienza del diritto amministrativo: in teoria essa può originarsi in dipendenza dell'instaurarsi

[108] G. MANNA, *Op. ult. cit*., p. 12. "Quell'alterno e successivo predominio or del diritto politico sul privato, or di questo su quello, aveva fatto venir successivamente a scrutinio tutte le funzioni fondamentali della famiglia, dello stato e delle associazioni minori".

[109] G. MANNA, *Op. ult. cit*., p. 13.

[110] "Allora – prosegue il passo – un nuovo ordine di cose apparve, o piuttosto le cose medesime presero un aspetto ed una faccia nuova, collocandosi in una più normale ed armonica posizione" (*Op. ult. cit*., p. 13)

[111] G. MANNA, *Op. ult. cit*., p. 14.

[112] G. MANNA, *Op. ult. cit*., p. 15.

[113] G. MANNA, *Op. ult. cit*., p. 17.

[114] G. MANNA, *Op. ult. cit*., p. 17. La distinzione del diritto amministrativo dal diritto politico viene ritenuta da Manna di estremo interesse, perché mentre "intorno alle forme costitutive degli stati" il "travaglio degli spiriti" è grandissimo, con riguardo all'amministrazione c'è "alcunché di certo ed invariabile", dato che "il bene amministrare gli interessi comuni" è un bisogno di tutte le "posizioni sociali" (p. 18).

dei fatti amministrativi (organizzazione, istituti, rapporti tra amministratori e amministrati), ovvero con l'affermarsi di regole amministrative proprie (il diritto dell'amministrazione), o infine dall'emergere di principi caratterizzanti tale branca del diritto (ad esempio, il principio di legalità, la sindacabilità degli atti amministrativi, ecc.). Secondo gli autori esaminati, la scienza, a Napoli, è nata con l'emergere del diritto dell'amministrazione e il suo emanciparsi dal diritto politico.

FRAMMENTAZIONE DELLE CONOSCENZE E UNITÀ DEL SAPERE

di Mario R. Spasiano

Intellettuale: Figura cicisbeica nata nei salotti dell'Illuminismo, con propensione alla "chiacchiera", protrattasi purtroppo sino ai nostri giorni. L'inconsistenza della figura è già implicita nel nome, il quale presuppone un dualismo degli uomini: intellettuali dotati cioè del ben dell'intelletto" e non intellettuali: persone che adoperano il braccio dissociato dalla mente. Autentica cazzata, perché le opere più significative prodotte dall'umanità (quelle che ancora oggi vale la pena conoscere, visitando i centri storici, i musei, i paesaggi rurali, ecc.), sono quelle prodotte da una cultura artigiano-contadina di estrema raffinatezza

(Filippo Salvia, *Dizionario, Lessico familiare e dintorni – A uso strettamente personale e di pochi parenti e amici,* inedito)

Dedico questo mio scritto al caro amico Filippo Salvia, profondo maestro del diritto e di umane cose

SOMMARIO: 1. Premessa metodologica: i singoli punti di vista sull'orso non fanno un orso. – 2. I fondamenti di un nuovo rapporto tra le conoscenze: il mito della iper-specializzazione e il pregiudizio dell'antiteticità. – 3. Il metodo interdisciplinare nel sistema universitario. – 4. Un necessario cambiamento culturale

1. *Premessa metodologica: i singoli punti di vista sull'orso non fanno un orso*

Il tema che mi prefiggo di trattare presenta almeno una duplice prospettiva: l'una, teorica, l'altra pratica. D'altronde, se così non fosse, un confronto sul rapporto tra frammentazione delle conoscenze e unità del sapere potrebbe apparire poco più che un vezzo culturale, di quelli che animano talora il dibattito di contesti e salotti autoreferenziali del mondo accademico e non solo[1].

Nella lingua greca antica il lemma *σοφία*, sapienza, ossia il possesso della perfezione spirituale, era distinto dal termine *φρόνησις*, saggezza,

[1] Qui il rinvio alla citazione di F. Salvia, di cui in epigrafe, è d'obbligo.

quella conoscenza, secondo Platone, che esprime la capacità di conciliare la pienezza del sapere teoretico con la vita pratica nell'ambito della convivenza civile (Repubblica, 518 c ss.).

La *φρόνησις*, che è quella che ci riguarda in questa sede, non solo concerne le cose umane, ma, nell'Etica Nicomachea aristotelica (VI, 5, VI, 8 e VI, 9), essa consiste nella capacità di guidarle al migliore dei beni realizzabili dall'uomo, capacità che pertanto non può prescindere dal sapere anche pratico, frutto del confronto tra scienza e realtà.

Come evidente, l'epoca contemporanea mostra la coesistenza di molteplici forme di conoscenza costituenti il frutto di diversificati percorsi metodologici di acquisizione. Accade tuttavia che alle conoscenze alle quali si perviene grazie allo studio di differenti fonti e metodi di ricerca corrisponda una pluralità di approdi conoscitivi che talora, ancorché concernenti il medesimo bene della vita, parrebbero non coincidere o persino essere inconciliabili. Questo risultato costituisce tuttavia una sensazione per lo più errata.

Un esempio anche banale potrà essere esplicativo di quanto si intende qui affermare: un orso sarà definito un animale plantigrado, da uno zoologo; un animale pericoloso per l'uomo, da un sociologo; un animale parte dell'ecosistema, da un ambientalista; persino una risorsa a valenza turistica, da un operatore del turismo; oppure potrà essere ritenuto una risorsa per la sopravvivenza da talune popolazioni artiche e così via. Si potrebbe aggiungere molti altri punti di vista.

Ad un'analisi non basata su pregiudizi di sorta, ciascuna di queste affermazioni risulterà vera, in quanto ognuna di esse esprime una parte della realtà di un unico soggetto in osservazione, l'orso, appunto. Quelle diverse realtà, separatamente considerate, hanno portata parziale, limitata- Ne deriva che l'assolutizzazione di solo una fra esse finirebbe inesorabilmente col condurre a conseguenze errate e, magari, anche a soluzioni aberranti. Immaginiamo infatti di considerare il nostro orso unicamente come un animale pericoloso per l'uomo (realtà vera, ma parziale, per di più dipendente da talune condizioni concomitanti quali la fame dell'animale e la scarsità di cibo): a quel punto, facendo prevalere il senso della paura, cercheremo l'eliminazione del pericolo mediante la cattura dell'animale o anche la sua eliminazione: una soluzione dalle gravi conseguenze per lo più di tipo negativo.

Se invece consideriamo l'orso, un animale che può costituire una vera e propria risorsa a valenza turistica, saremo propensi a consentirne la sua anche eccessiva diffusione, finendo col porre a rischio l'incolumità dei frequentatori di quel medesimo territorio. E così via.

Dal banale esempio scaturisce in modo evidente e persino incontrovertibile una verità: l'orso esprime tutte le realtà indicate, ma la percezione integrale di quel bell'animale è correttamente data solo dalla contestuale considerazione di tutte quelle realtà, condizione che pone in condizione di assumere le più convenienti soluzioni riguardanti l'orso.

Si può dunque ragionevolmente affermare che l'analisi di singole parti di una realtà non dà consapevolezza del tutto e, con ogni probabilità, la loro considerazione parcellizzata non sarà in grado di offrire strumenti utili ad una soluzione adeguata al problema che si affronti.

Le conoscenze, dunque, possono essere parziali, ma il sapere che conduce alla verità ha carattere necessariamente integrato. D'altronde, l'intero pianeta Terra e tutto ciò che in esso esiste, risponde alla medesima logica: nulla di quanto cade sotto l'esperienza sensibile (e non solo) è elemento avulso dal contesto in cui si trova.

Naturalmente anche gli esseri umani esprimono molteplici realtà disposte armonicamente tra loro, sì che per conoscere l'essenza integrale di bene bene occorre coglierlo in una dimensione multilaterale (multidisciplinare, multidimensionale, ecc.) e persino nella contestualizzazione della sua dimensione relazionale: per tornare al nostro orso, laddove egli viva in un ambiente ove non si registi presenza umana, la sua considerazione dovrà naturalmente essere diversa.

Questa l'inevitabile condizione imposta dalla multiforme ricchezza della realtà e delle esperienze conoscitive possibili.

Orbene, nonostante l'oggettivo fondamento della rilevata condizione, accade che l'uomo risulti poco propenso a contestualizzare le sue conoscenze e ciò a prescindere dal metodo della loro acquisizione (metodo induttivo o deduttivo, metodo esperienziale diretto, metodo scientifico, metodo basato sulla trasmissione orale o sulla tradizione, metodo conoscitivo fondato su strumenti digitali di cui i più non conosciamo né il sistema posto a base del suo funzionamento, né il relativo grado di attendibilità). Si tende per lo più ad accontentarsi di una parte di conoscenza, quella che appare più congeniale alle nostre attitudini e pregresse conoscenze, per assolutizzarla, compiacendosi della stessa e anche dei risultati cui essa ci consenta di pervenire, avviando contestualmente un processo di sottovalutazione o persino di sdegnato rifiuto di quanto non riesca a rientrare nello schema parziale che si è predisposto,

innestando una logica concorrenziale e prevaricatrice, premessa della negazione di qualsiasi forma di dialogo.

2. *I fondamenti di un nuovo rapporto tra le conoscenze: il mito della iper-specializzazione e il pregiudizio dell'antiteticità*

In una visione relazionale dell'umana convivenza, a nessuna scienza, a nessun sapere è dato utilmente permanere in una condizione di indifferenza rispetto al resto[2]. Si impone, piuttosto, una condizione di interlocuzione secondo un modello osmotico di reciproca integrazione, fondato sul rispetto e anche sulla disponibilità alla reciproca conformazione, nonché di adattamento funzionale alle mutevoli circostanze della realtà, alla ricerca (naturalmente nei limiti di quanto sia umanamente possibile) della composizione di quella integralità propria del sapere, premessa per fornire riposte esaustive alla complessità dei problemi[3].

Il confronto tra conoscenze complementari è sempre acquisizione di ricchezza, anche laddove la considerazione della loro diversità possa a prima battura determinare complicazioni. Nella prospettiva relazionale integrata, ciascuna conoscenza è in grado di acquisire contenuti ulteriori e consapevolezze che, arricchendola, la rendano capace di produrre contributi di utilità in molteplici e differenziati contesti, obiettivi altrimenti non conseguibili in una prospettiva solipsistica[4].

La visione multidisciplinare delle conoscenze, obbligando al confronto le discipline scientifiche, le dispone ad un dialogo non riservato alle scienze sperimentali, ma aperto alle scienze umane e persino alle esperienze creative e spirituali dell'uomo quali l'arte, la letteratura, la poesia, l'esperienza interiore, in un processo che in senso descrittivo potrebbe definirsi di "*umanizzazione della scienza e di razionalizzazione delle scienze umane*".

Come noto, la cultura della iper-specializzazione o, meglio, la sua mitizzazione, peraltro, è figlia dell'idealismo, della sua prospettiva razionalista che tutto pretende di ricondurre alla "dea Ragione": non si tratta, dunque, di fenomeno recente e il tempo trascorso dalla sua am-

[2] Sul tema, si rinvia alle pregnanti riflessioni di A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano 2010.

[3] Sul punto, J. D. Barrow, *Is the world simple or complex?*, in *Scienza e realtà* (a cura di E. Mariani), *I quaderni dell'I.P.E.*, Napoli 1997, 35 ss.

[4] M. Tallachini in *La costruzione giuridica dei rischi e la partecipazione del pubblico alle decisioni science-based*, in G. Comandè e G. Ponzanelli (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Torino 2004, 339 rileva: "*Le norme che regolano attività e prodotti della scienza, l'intervento giuridico che utilizza un background di conoscenze specialistiche, i concetti e le qualificazioni giuridiche la cui definizione dipende da nozioni scientifiche, sono ormai sparse in ogni branca dell'ordinamento*".

In riferimento al rapporto tra diritto e scienze biologiche, per tutti, S. Rodotà e P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Milano 2010-2012.

pia diffusione nel pensiero occidentale, rende difficilmente praticabile, quand'anche ricercato, il dialogo tra saperi per una ragione di intuitiva evidenza: ciascun percorso conoscitivo di tipo specialistico o mono-disciplinare ha ormai definito un proprio linguaggio esclusivo. E persino le strutture preposte all'organizzazione pratica di quelle conoscenze (si pensi a titolo meramente esemplificativo, agli uffici pubblici dell'Amministrazione italiana, ripartiti ancora, sul modello ottocentesco, secondo competenze rigide e separate) ricalcano sovente modelli compartimentali, inadeguati non solo al dialogo, ma anche alla collaborazione in barba a qualsiasi principio di leale cooperazione, tanto caro alla nostra Corte Costituzionale.

A fondamento di questa impostazione si colloca un latente pregiudizio, una convinzione piuttosto diffusa, che tuttavia non pare reggere all'urto di un'analisi critica. Il pregiudizio consiste nel ritenere che l'unità del sapere si opporrebbe alla specializzazione.

Pare debba ragionevolmente affermarsi che l'unità del sapere non si oppone affatto alla specializzazione, il cui valore è sotto gli occhi di tutti: come negare i rilevantissimi traguardi scientifici raggiunti proprio grazie alla capacità di approfondimento dell'approccio metodologico specialistico!

Piuttosto, l'unità del sapere si oppone alla conoscenza strumentale e riduzionista, cioè all'idea che un singolo metodo o una singola disciplina possano in qualsiasi caso offrire una visione esaustiva e veritiera della realtà[5].

Il Novecento, come rileva Giuseppe Tanzella-Nitti, è stato caratterizzato da una forte frammentazione del sapere spesso presentata come condizione necessaria del progresso conoscitivo, giustificata sulla base dei vantaggi pragmatici che la specializzazione possiederebbe nei confronti di una cultura generalista, poco approfondita. Quella impostazione ha comportato una netta frattura tra scienze sperimentali e scienze umane, così come fra applicazioni tecniche e contesto antropologico, contribuendo a generare evidenti elementi di disagio: la tecnica ha talora finito con lo straripare dai propri argini assumendo valore prevaricante su molte scienze sociali, a cominciare da quelle giuridiche; la scienza si è assunta compiti e funzioni non proprie persino cercando di sottrarsi al vaglio della politica (peraltro, per lo più qualitativamente inadeguata). È allora evidente che in una prospettiva frammentaria delle conoscenze

[5] G. Tanzella-Nitti, *Unità del sapere e transdisciplinarità*, in www.osservatoreromano.va/it/news/unita-del-sapere-e-transdisciplinarita.

e in contesti privi di (reale) confronto tra le stesse, le condizioni per trasformare il progresso scientifico in progresso umano integrale possono divenire oggetto di facile mistificazione, mentre invece si continuano ad alimentare elementi di conflittualità, esasperati peraltro dall'(ab)uso degli strumenti di comunicazione sociale nelle mani di attrezzati mega-potentati economici e adoperati da molti individui non consapevoli della loro strumentalizzazione, abbagliati dalla illusione di essere parte attiva (ed efficace) di un dibattito globale che invero permane nelle mani di pochi.

È da riconoscere che sin dagli anni '90 dello scorso secolo, i fenomeni della globalizzazione vanno suscitando taluni ripensamenti soprattutto nelle discipline sociali. Sono promossi metodi di ricerca innovativi sulla base di un più serrato confronto con studiosi di altre discipline, in tal modo "*disegnando traiettorie di analisi interdisciplinari*"[6]. La loro analisi dimostra che non si tratta di nuove forme espressive di curiosità intellettuale nei confronti di altre scienze: si tratta, piuttosto, di inediti meccanismi funzionali alla ricerca di una conoscenza più adeguata alla complessità della realtà che non pare possa prescindere dall'accettazione del pluralismo metodologico e dalla unità del sapere. Le diverse conoscenze possono così provare ad integrarsi tra loro, come direbbe Geoffrey Samuel[7], in una sorta di movimento circolatorio che da un lato rafforza le basi cognitive del singolo studioso e dall'altra consente una più efficace analisi e condivisione dei problemi generati dall'accrescersi della conoscenza scientifica[8].

3. *Il metodo interdisciplinare nel sistema universitario*

Si fa un gran parlare di opportunità se non di esigenza di un approccio metodologico multidisciplinare, ma l'evidenza del contesto accademico e della sua legislazione continua a muoversi in una prospettiva quanto mai contraddittoria. Da un lato, è facile notare come nella principale fonte di finanziamento della ricerca accademica, i PRIN, così come

[6] G. Guerra, *La complessità e lo strumentario del comparatista. Alcuni esempi dal diritto delle tecnologie*, in *Dir. Pubbl. compar. europeo*, 2020, 831.

[7] G. Samuel, *Mind, body and culture*, Cambridge Univ. Press, 1990.

[8] G. Guerra, *An interdisciplinary approach for comparative lawyers: insights from the Fast-moving Field of law and technology*, in 19 German L.J., 3, 2018, 579 ss. Secondo l'A., il dialogo tra le scienze rappresenta, nel mondo globalizzato, un presupposto necessario per affrontare sin dall'origine una ricerca comparativa su un oggetto complesso.

nelle norme di principio di molti statuti di ateneo o ancora nella disciplina di molti manifesti degli studi si auspichi o si richieda la compresenza di competenze interdisciplinari[9]: basterebbe qui solo considerare che la sola disciplina del diritto amministrativo, oltre che nei corsi di laurea in giurisprudenza, è insegnata, in corsi di architettura, ingegneria (nelle sue numerose declinazioni), economia e *management*, filosofia, biotecnologie, medicina, beni culturali, scienze formative e psicologiche, sviluppo sostenibile e transizione ecologica, turismo, scienze per la qualità della vita, scienze politiche, studi linguistici, storici e letterari, scienze umane e sociali, scienze motorie, scienza delle arti …. A fronte di questa condizione, è del pari noto che le carriere accademiche, la valutazione delle pubblicazioni scientifiche, la stessa afferenza degli studiosi continui ad esprimersi all'interno di singoli settori disciplinari[10]. Verrebbe allora da pensare che mentre nella didattica si sia ormai inclini a riconoscere l'esigenza di un approccio di tipo multidisciplinare, nella ricerca non accada altrettanto. Ma anche in questo caso saremmo in presenza di un evidente abbaglio: nel contesto internazionale, qualsiasi ricerca cui sia riconosciuto un elevato grado di affidabilità e prestigio è solitamente svolta da gruppi a carattere multidisciplinare, soprattutto nell'esperienza anglo-sassone, dalla quale, peraltro, proviene mediamente la parte più qualificante del progresso scientifico del nostro tempo (se non altro anche per ragioni di carattere finanziario[11]).

Va inoltre osservato che la compartecipazione di discipline differenziate alla ricerca non avviene sempre allo stesso modo e soprattutto con il medesimo tasso di incisività. Già nel 1972, Jean Piaget[12], noto epistemologo svizzero, distingueva tre distinti gradi di collaborazione, collocati tra loro in posizione gerarchica: il livello più basso è costituito

[9] Sul profilo, S. Monda, *Convergenze metodologiche e approccio interdisciplinare: una necessità irrinunciabile*, in *Politica.eu*, numero 1, 2016, 17 ss. ove, tra l'altro, l'Autore ritiene che spetti alla scuola, più che all'università avere un approccio multidisciplinare.

[10] R. Caso, *Rompete le righe ma senza sconfinare. La via italiana all'interdisciplinarità*, in *Roars*, 6 marzo 2014, in www.roars.it/online/.

[11] R. Scarciglia opportunamente osserva che "*la differenza tra ambiti disciplinari non implica necessariamente che e conoscenze e i risultati scientifici realizzati all'interno di un settore non possano essere messi a disposizione di studiosi appartenenti a una diversa disciplina scientifica non solo nell'area giuridica, ma anche nel rapporto fra scienze sociali e scienze c.d. dure, né tantomeno che discipline diverse possano trovare forme di collaborazione integrazione*". Cfr. anche G. Samuel, *An introduction to comparative law: theory and method*, Oxford and Portland. OR, 23014, 36.

[12] J. Piaget, *L'épistémologie des relations interdisciplinaires*, in *L'interdisciplinarité: problems d'enseignement ed de recherche dans les universités*, OCDE, Paris, 1972, 131 ss.

dalla *multidisciplinarità*, riconosciuta allorché la soluzione di un problema implichi la concorrenza di informazioni e conoscenze provenienti da due o più settori scientifici senza che però le discipline concorrenti possano restare dal confronto modificate (arricchite o impoverite). Il secondo livello è quello della *interdisciplinarità* nel quale la collaborazione fra discipline diverse o fra settori eterogenei di una medesima scienza conduce "*ad interazioni vere e proprie, a reciprocità di scambi tale da determinare mutui arricchimenti*". Terzo e ultimo livello è costituito dalla *transdisciplinarità* nella quale non ci si limita al raggiungimento di interazioni e reciprocità fra ricerche scientifiche, ma queste finiscono col collocarsi, definendo stretti legami, "*dentro a un sistema totale* (ndr: unico) *privo di frontiere stabili fra le discipline*".

Il *Dizionario Treccani*[13] definisce il lemma "*interdisciplinarità*" quella "*rete dei rapporti di complementarità, di integrazione e di interazione per cui discipline diverse convergono in principi comuni sia nel metodo della ricerca sia nell'ambito della costruzione teorica; anche l'insieme delle somiglianze, delle analogie e dei parallelismi tra discipline scientifiche, programmi di ricerca, tecnologie, che tende ad avvicinare e unificare le parti isolate e i momenti frammentari dell'odierno sapere specialistico*". La definizione prosegue andando a investire anche il profilo soggettivo del problema, delineato come "*L'atteggiamento intellettuale e la ricerca concettuale orientati verso la promozione e la definizione di ciò che collega le scienze tradizionali e le più recenti specializzazioni in un sapere unitario, che (…) accoglie e valorizza la molteplicità e varietà delle conoscenze acquisite nella storia delle culture e delle civiltà, e soprattutto nel progresso del sapere scientifico*".

Come osserva R. Scarciglia[14], tale definizione non si allontana molto da quella di Raymond C. Miller[15] per il quale l'interdisciplinarità è uno

[13] Il *Dizionario Treccani* è consultabile in https://www.treccani.it/vocabolario/interdisciplinarità.

[14] R. Scarciglia, *Brevi riflessioni su interdisciplinarità scienza giuridica e metodo comparativo*, in *Riv. Queste Istituzioni*, 2022, I, 91 ss.

[15] Secondo R.C Miller, in *Internernational Studies*, Int. Studies Assoc. and Oxford University Press, Oxford, 2010 (in web 2017), "*Interdisciplinary approaches in the social sciences began in the 1920s. At a minimum, they involve the application of insights and perspectives from more than one conventional discipline to the understanding of social phenomena. The formal concept of interdisciplinarity entered the literature in the early 1970s. The scholars responsible all shared the thought that the scientific enterprise had become less effective due to disciplinary fragmentation and that a countermovement for the unification of knowledge was the proper response. However, not all interdisciplinarians believe that the unification of existing knowledge is the answer. There are many ways of differentiat-*

studio analiticamente riflessivo delle implicazioni metodologiche, teoretiche e istituzionali volte ad incrementare gli approcci interdisciplinari all'insegnamento e alla ricerca.

4. *Un necessario cambiamento culturale*

Ci avviamo ormai a trarre le fila del complesso discorso. Sembra evidente che soprattutto la forte spinta trainante della scienza sperimentale e delle tecnologie impongano la rivisitazione del rapporto tra conoscenze: sia all'interno delle singole discipline, sempre più frammentarie (in Italia, specialmente a causa di un sistema accademico interessato più all'ampliamento di organici che ad una considerazione dei saperi e delle loro branche), sia tra quelle scientifiche e tecnologiche, da un lato, e quelle umanistiche e sociali.

In ogni caso, come si è rilevato, per innestare una qualsiasi forma di dialogo tra conoscenze occorre un linguaggio comune e, ancor prima, un minimo denominatore culturale comune; linguaggio e denominatore culturale che, presenti in epoche del lontano passato[16], continuano a latitare, dispersi da moti di diffidenza e sfiducia reciproca che permeano ancora il rapporto tra saperi, soprattutto tra quelli sperimentali e quelli umanistici e sociali.

Una esemplificazione può tornare utile al riguardo: qual è oggi la considerazione degli aspetti giuridico-amministrativi di un qualsiasi problema nel pensiero di un tecnologo[17]? Presto detto. L'aspetto giuridi-

ing between types of interdisciplinary approaches. One classification distinguishes between multidisciplinary, crossdisciplinary, and transdisciplinary approaches. Multidisciplinary approaches involve the simple act of juxtaposing parts of several conventional disciplines in an effort to get a broader understanding of some common theme or problem. Crossdisciplinary approaches involve real interaction across the conventional disciplines, though the extent of communication; thus, combination, synthesis, or integration of concepts and/or methods vary considerably. Transdisciplinary approaches, meanwhile, involve articulated conceptual frameworks that seek to transcend the more limited world views of the specialized conventional disciplines. Even though many believe that interdisciplinary efforts can create innovative knowledge, the power structure of the disciplinary academy resists interdisciplinary inroads on its authority and resources".

[16] G. Tanzella-Nitti, *Passione per la verità e responsabilità del sapere*, Alessandria 1998.

[17] Interessanti le emblematiche pagine di Giovanni Miele (*Umanesimo giuridico*, in *Scritti giuridici*, *op.cit.*, II, 446 s.) riguardo alla considerazione della scienza giuridica: "*L'uomo della strada ha provato sempre un senso d'insoddisfazione e talvolta di diffidenza di fronte alle costruzioni dei giuristi. Inoltre, chi per ufficio si è trovato a insegnare ai gio-*

co-amministrativo sarà da questi inteso secondo una duplice possibile prospettiva: o sarà considerato un'inutile superfetazione da sopportare nell'ambito di un ordinamento che, in nome di esigenze di ordine sociale, tende in realtà a nascondere un infernale sistema di maglie inestricabili attraverso le quali il potere burocratico prova a paralizzare qualsiasi processo al fine di non dover rinunziare alla propria primazia. Oppure, quel contesto giuridico-amministrativo sarà ritenuto un sistema di garanzie irrealizzabile in concreto in quanto connotato da un tale livello di incertezza e complicazione che per garantire il tutto, alla fine non è in grado di garantire nulla se non l'appesantimento dell'azione amministrativa. Da entrambe le letture solo apparentemente antitetiche deriva che la migliore soluzione possibile, nella prospettiva del tecnologo, sarà considerare l'impatto amministrativistico come un vero nemico di cui diffidare e possibilmente aggirare per non rimanere invischiati nei suoi defatiganti quanto inutili meccanismi.

Quale invece l'atteggiamento comune dell'esperto in scienze umanistiche o sociali nei confronti delle conoscenze di tipo tecnico-scientifico? Anche qui, un forte pregiudizio pervade il rapporto. Le competenze socio-umanistiche, infatti, tenderanno per lo più a temere quei profili tecnologici e le sue metodologie applicative, dietro i quali si riterranno celate condizioni e modalità operative del tutto illegittime, poco affidabili per la loro impenetrabilità. Poco conta la considerazione dell'efficacia della soluzione tecnica. In realtà accade che i due sistemi, il contesto tecnico e quello giuridico, non si conoscono né si comprendono. Semplicemente diffidano l'uno dell'altro. Al centro, il cittadino interessato a conseguire i beni della vita cui ambisce e che sovente si ritrova alla mercé di saperi e metodi inintellegibili, comunque a lui estranei.

Tra la scienza sperimentale (con le sue applicazioni) e le scienze umane e sociali non c'è linguaggio comune, soprattutto manca capacità elaborativa comune che non può essere ricercata, per così dire, a prodotto

vani gli elementi della teoria del diritto – di questo o di quel diritto – per poco che avesse una certa sensibilità, ha potuto notare nei più svegli e nei più generosi fra essi qualcosa che rasentava l'indifferenza o il fastidio, quando pur non fosse l'aperta insofferenza: la quale talvolta si traduceva in esplicita condanna del valore e dell'utilità di una scienza, rivelantesi ai loro occhi null'altro che una ripetizione, più diffusa, più elaborata, più architettata, di disposizioni promananti da una volontà estranea ed arcana. Una scienza siffatta appariva non tanto a servizio della società, quanto a servizio del legislatore, e quindi strumento di ogni e qualunque concezione che dai recessi di questo essere immateriale venisse a quando a quando espressa: strumento di bene o di male secondo che così fosse voluto dall'esigente padrone, e indifferente al bene e al male, perché essa non doveva parteggiare – quasicché il bene non sia la stessa vita, vita morale dell'uomo – ma mostrarsi obiettiva. (…)".

finito, ma dovrebbe nascere sin dalla fase di studio dei problemi per dar vita a risposte integrate, utili e condivise rispetto alla complessità delle vicende.

La complessità dei temi sociali, economici e giuridici dell'ordinamento dimostra come i rapporti tra conoscenze vadano improntati a comporre reti di complementarità, di integrazione e di interazione, con comuni sforzi di ordine metodologico e, ancor prima, strutturale. Il sapere specialistico di tipo scientifico o anche tecnologico nei diversi contesti ove si affermi in via esclusivistica, a discapito delle conoscenze di tipo socio-umanistico, mostra i propri limiti, rivelandosi oggettivamente superato o inaffidabile nelle applicazioni pratiche, tanto più in quanto chiamato, in numerosi contesti, a far fronte alla soddisfazione non di astratti e standardizzati bisogni, ma di esigenze sempre più differenziate, persino personalizzate. Gli ambiti a prevalente interesse socio-umanitario reclamano invece la presenza di applicazioni scientifiche che mettano in grado di acquisire capacità di risposta, efficacia, rapidità, interconnessione, tutto ciò che connota il più moderno sviluppo tecnico-scientifico.

La prospettiva riconduce all'esigenza di una ricerca orientata, sin dal piano concettuale del suo concepimento e della sua progettazione, alla individuazione di ciò che unisce o che almeno individui i punti di contatto tra le scienze, per tentare di dar vita *ab initio* ad un sapere unitario in grado di accogliere, valorizzare e sintetizzare la molteplicità degli apporti provenienti dalle varie conoscenze, da culture, civiltà, studi di settore, o anche solo da diversi punti diversi di vista, per essere in grado di rispondere alle esigenze dell'uomo. Questo processo, naturalmente, richiederebbe un prioritario ed efficace sforzo di formazione a livello scolastico e poi universitario che parta dall'elaborazione di comuni percorsi ove sia possibile acquisire piena consapevolezza della circostanza che l'integrazione delle competenze è una via obbligata, unica risposta possibile alla complessità dei moderni saperi. Ma qui il discorso porterebbe lontano.

RIFLESSIONI SPARSE IN TEMA DI APPALTI VERDI E CRITERI AMBIENTALI MINIMI

di Fabrizio Tigano

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La nozione di "appalti verdi" alla "ricerca" di una definizione unitaria: cenni. – 3. Gli appalti verdi nel diritto positivo. – 4. Il regime giuridico dei criteri ambientali minimi (c.a.m.) nella cornice "appalti verdi". – 4.1. Il rapporto tra c.a.m. e procedure ad evidenza pubblica: l'esempio della gestione e manutenzione del verde pubblico. – 5. Alcune riflessioni conclusive: il paradigma dei c.a.m. quale (ulteriore) strumento di accentramento delle regole dell'evidenza pubblica?

1. *Introduzione*

L'affermazione della primarietà costituzionale dell'ambiente, al pari di valori come la libertà personale, la salute, i beni culturali, "*produce implicazioni immediate anche sul diritto amministrativo, producendo forti ricadute sulla normativa di settore e sui relativi procedimenti*"[1].

La dilagante crisi ambientale stimola il recente dibattito politico-istituzionale, che si è sviluppato anche in Italia, sull'esigenza di rileggere il modello economico strettamente legato alla prospettiva favorevole alla più ampia espansione del mercato[2] e di ricercare nuovi possibili modelli di crescita fondati sulla logica dello sviluppo sostenibile[3].

La promozione di questo "cambio" di paradigma è avvalorata dal nuovo approccio giuridico alla lettura dello sviluppo sostenibile[4], fonda-

[1] F. SALVIA, *La parabola del diritto amministrativo negli ultimi anni sotto la spinta degli uomini del fare amici del macro e dei «guadagni rapidi»; nemici irriducibili dei beni comuni e di ogni forma di manutenzione dell'esistente*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 172.

[2] G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo*, in *Rivista Quadrimestrale di Diritto dell'Ambiente*, 2020, 1.

[3] F. SPAGNUOLO, G. PIZZANELLI, *L'ambiente e la tutela della salute come valori costituzionali di rilievo sovranazionale e globale*, in A. MASSERA (a cura di), *Diritto amministrativo e ambiente. Materiali per uno studio introduttivo dei rapporti tra Scienze, Istituzioni e Diritto*, Napoli, 2012, 13.

[4] G. ROSSI, *Diritto dell'ambiente,* Torino, Giappichelli, 2021, 21; F. FRACCHIA, *Lo sviluppo sostenibile. La voce flebile dell'altro tra protezione dell'ambiente e tutela della specie umana*, Napoli, 2010; M. RENNA, *I principi in materia di tutela dell'ambiente*, in *Riv. Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2; A. LALLI, *Diritto dello sviluppo sostenibile*, in F. CIOFFI, L. DE SANTOLI, A. LALLI, F. MANES, L. PERSIA, S. SERRANTI, *Scienze della sostenibilità*, Bologna, 2022, 177.

to sull'affermazione del necessario equilibrio tra la sostenibilità ambientale, la crescita economica e l'inclusione sociale[5].

In questo scenario, si assiste al progressivo riconoscimento[6], anzitut-

[5] L'Agenda 2030 e gli obiettivi di sviluppo sostenibile (Sdgs) si rifanno ad una nozione di sviluppo intesa non solo come sviluppo economico ma anche come sviluppo sociale e ambientale, nel rispetto dei diritti umani. *Cfr.* L. Chiussi Curzi, *The UN 2030 Agenda on Sustainable Development: Talking the Talk', Walking the Walk?*, in *La Comunità Internazionale*, 2016, 22-49.

[6] Al fine della definizione delle coordinate lungo le quali si sviluppa questo percorso, si rivelano particolarmente emblematici e ancora assai attuali i punti cardine enucleati della Commissione europea nel "*Libro Verde sugli appalti pubblici. Spunti di riflessione per il futuro*" del 1996. Dopo aver registrato che "gli Stati membri (ed il loro organi) prestano una sempre maggiore attenzione alle considerazioni di natura ambientale nell'ambito della stipulazione di appalti pubblici", nel paragrafo del Libro Verde che si occupa del tema "appalti pubblici e ambiente", la Commissione europea ha sottolineato che l'applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici lascia ai poteri pubblici un margine di manovra per promuovere la difesa dell'ambiente, cogliendo l'occasione per "*chiarire le possibilità offerte dalle disposizioni di carattere generale previste dall'attuale legislazione per tener conto delle esigenze ambientali e, nello stesso tempo, precisare i limiti di tali possibilità*". A tal proposito, viene affermato che: i) analogamente a quanto avviene per gli aspetti sociali, la salvaguardia dell'ambiente può essere assicurata mediante normative specifiche, la cui violazione comporta la condanna dell'imprenditore per un reato inerente alla sua moralità professionale o il riconoscimento di una sua colpa grave in campo professionale. In questi casi, le direttive consentono alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori di escludere dalle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici tutti gli imprenditori che hanno violato tali norme; ii) la tutela dei valori ambientali può avvenire nel quadro delle prescrizioni tecniche riguardanti le caratteristiche dei lavori, delle forniture o dei servizi oggetto degli appalti, vale a dire delle specifiche tecniche che gli organismi acquirenti devono indicare nei documenti generali degli appalti ed alle quali i partecipanti devono conformarsi, secondo quanto disposto dalle direttive. Un esempio offerto è quello di un "ecomarchio europeo" che sia conforme a livello eurocomunitario; iii) in terzo luogo, viene rilevato che le disposizioni delle direttive consentono, a determinate condizioni, l'integrazione dell'obiettivo della tutela dell'ambiente nei criteri di selezione dei candidati agli appalti e che tali criteri mirano ad accertare le capacità economiche, finanziarie e tecniche dei candidati e, di conseguenza, possono includere le esigenze ambientali in funzione della capacità richiesta in occasione di appalti particolari; iv) in quarto luogo, viene affermato che, nella fase di aggiudicazione degli appalti, gli elementi ambientali potrebbero svolgere un ruolo nell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma ciò "soltanto nel caso in cui il riferimento a tali elementi permetta di misurare un vantaggio economico, specifico alla prestazione oggetto dell'appalto, a beneficio diretto dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore". Per gli appalti inferiori alle soglie di applicazione delle direttive, viene messo in risalto che "gli elementi ambientali possono costituire un criterio di aggiudicazione a condizione che non siano discriminatori, bensì validi per tutti gli offerenti comunitari sulla base del principio del mutuo riconoscimento"; V) inoltre, viene rilevato che gli organismi acquirenti possono assicurare la protezione dell'ambiente tramite le condizioni di esecuzione imposte agli aggiudicatari degli appalti su base contrattuale.

to nell'ambito dell'ordinamento europeo[7], dei contratti pubblici quale strumento strategico di politica economica e di sviluppo sostenibile[8] ed in questo contesto nasce e si sviluppa la tematica del "Green public procurement" o "appalti verdi".

2. *La nozione di "appalti verdi" alla "ricerca" di una definizione unitaria: cenni*

Com'è noto, quello di "appalti verdi" è concetto ancora privo di una definizione unitaria[9].

Non si tratta di una tipologia autonoma di contratto, bensì di un "criterio generale"[10] cui si rifà un insieme di strumenti giuridici volti a promuovere la graduale integrazione degli interessi connessi alla tutela dell'ambiente nella contrattualistica pubblica e ai quali vengono ricondotti un elemento oggettivo ed uno teleologico. Il primo, rappresentato dall'inerenza alla materia contrattualistica pubblica; il secondo consistente nella strumentalità rispetto alla realizzazione di obiettivi di tutela ambientale[11].

Una possibile chiave di lettura risiede nella ricostruzione secondo la quale gli "appalti verdi" rispondono alla logica dell'integrazione delle politiche ambientali nel settore dei contratti pubblici[12]: la loro formulazione, infatti, determina trasversalmente l'emersione della tematica

[7] G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2019, 32.

[8] Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa*, Strasburgo, 3.10.2017 COM(2017) 572 final, in, in *www.europa.eu*.

[9] Commissione europea, *Appalti pubblici per un ambiente migliore*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, a Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Bruxelles, 16.7.2008 COM(2008) 400 definitivo, in *www.europa.eu*.

[10] G. Quinto, *Le variabili ambientali nella disciplina degli appalti pubblici. Storia di un difficile equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo economico*, in *www.ambientediritto.it*, 2020, 1.

[11] M. Giustiniani, *Art. 34*, in *Codice dei contratti pubblici*, diretto da F. Caringella, Milano, 2022, 332.

[12] In proposito, F. Fracchia, S. Vernile, *I contratti pubblici come strumento dello sviluppo ambientale*, 2020, 2. Gli Autori hanno efficacemente rilevato che il *green public procurement* "*si colloca al crocevia del diritto dell'ambiente e del diritto degli appalti pubblici, in quanto espressione di quel principio di integrazione di derivazione europea che promuove una tutela trasversale e appunto integrata dell'ambiente*".

ambientale sul piano dell'operatività di un compendio di istituti giuridici della procedura ad evidenza pubblica[13] produttivi di una pluralità di effetti che si declinano almeno su tre piani: le pubbliche amministrazioni sono tenute ad orientarsi verso scelte di acquisto di beni e servizi a minor impatto ambientale; gli operatori economici, che intendano accedere al mercato dei contratti pubblici, sono tenuti ad orientare il proprio modello organizzativo e di gestione dell'attività svolta in funzione della valorizzazione di strumenti compatibili con la garanzia di tutela ambientale; i privati sono destinatari dei benefici sull'ambiente che questo tipo di strumento si prefigge di produrre e, al contempo, potrebbero essere indirettamente stimolati ad orientare le proprie scelte verso prodotti c.d. "ecocompatibili"[14].

3. *Gli "appalti verdi" nel diritto positivo*

Nell'ambito dell'ordinamento interno, le "regole" del GPP sono contenute nel d.lgs. n. 50/2016.

Si tratta di un chiaro esempio di regole fortemente influenzate dal diritto dell'Unione europea[15].

In quest'ultima sede, si assiste al progressivo sviluppo di alcune fasi della disciplina degli appalti verdi che potrebbero essere così articolate: i) il punto di partenza è segnato dalla marcata distinzione tra assetto del mercato e tematiche ambientali: le direttive in materia di contratti pubblici 92/50/CEE, 93/36/CEE, n. 93/37/CEE non contenevano alcun riferimento alle variabili ambientali; ii) la progressiva emersione della tematica ambientale sulla base della spinta della giurisprudenza eurounitaria, che ha avvalorato in modo sempre più marcato la tesi favorevole alla possibilità, subordinata al rispetto di alcune condizioni, di inserire i criteri ambientali nei bandi di gara[16]; iii) la valorizzazione della tematica

[13] M. Renna, *I principi in materia di tutela dell'ambiente, in Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 2012, 1-2: "*Integrazione significa, in breve, carattere trasversale del diritto dell'ambiente: ogni intervento normativo, ogni azione amministrativa, in qualsiasi materia, in qualsiasi settore di attività, deve sempre farsi carico del problema della tutela ambientale*".

[14] J. Yeow E. Uyarra, S. Gee, *Closing the loop: examining the case of the procurement of a sustainable innovation, in Public Procurement for Innovation*, 2015, 9, 235-262.

[15] C. Franchini, *Il diritto amministrativo italiano e l'influenza comunitaria: l'organizzazione*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario,* 2004; G. Sciullo, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in *www.giustamm.it*, 2007, 3.

[16] GCUE C-513/99.

legata alla promozione dello sviluppo sostenibile nella legislazione europea sui contratti pubblici, ad opera di una incisiva spinta delle Istituzioni europee[17], con i primi risultati concreti nella sede della disciplina del settore dei contratti pubblici che emergono nella direttiva 2004/18/CE[18]; iv) rafforzamento della tematica ambientale nella legislazione europea sui contratti pubblici: le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE hanno riservato alle considerazioni di carattere ambientale uno spazio nel quadro degli acquisti delle amministrazioni pubbliche[19].

Dunque, il d.lgs. n. 50/2016, sulla scia di quanto definito a livello dell'ordinamento eurounitario, ha marcato con maggiore evidenza, rispetto al d.lgs. n. 163/2006, le questioni che attengono al versante della tutela ambientale.

Com'è noto, l'art. 30, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 dispone che il principio di economicità può essere subordinato ai criteri previsti nel bando di gara, ispirati, fra gli altri, alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico[20].

[17] Si ricorda, in particolare, il Sesto Programma di Azione per l'Ambiente dell'Unione Europea (COM(2001)31); il Libro Verde sulla politica integrata relativa ai prodotti (COM(2001)68); la Comunicazione della Commissione per il Consiglio europeo di Göteborg "*Sviluppo Sostenibile in Europa per un mondo migliore: strategia dell'Unione Europea per lo sviluppo sostenibile*" e successive revisioni e aggiornamenti (COM(2001)264); la Comunicazione della Commissione – Verso una strategia tematica di prevenzione e riciclo dei rifiuti e successive revisioni e aggiornamenti (COM(2003)301); la Comunicazione della Commissione – Verso una strategia tematica sull'ambiente urbano e successive revisioni e aggiornamenti (COM(2004)60); la Comunicazione della Commissione – Environmental Technologies Action Plan – ETAP Incentivare le tecnologie per lo sviluppo sostenibile: piano d'azione per le tecnologie ambientali nell'Unione europea (COM(2004)38); il Primo rapporto sullo stato d'attuazione ETAP (COM(2005)16); il Progetto di Dichiarazione sui Principi guida dello Sviluppo Sostenibile (COM(2005)218); la Comunicazione della Commissione Europea sulla "Politica di coerenza per lo sviluppo" (2005); la Strategia italiana d'azione ambientale per lo sviluppo sostenibile delibera CIPE n.57/2002.

[18] In particolare, si presti attenzione al Considerando 5: «Conformemente all'Articolo 6 del trattato, le esigenze connesse con la tutela dell'ambiente sono integrate nella definizione e nell'attuazione delle politiche e azioni comunitarie di cui all'Articolo 3 del trattato, in particolare nella prospettiva di promuovere lo sviluppo sostenibile. La presente direttiva chiarisce dunque in che modo le amministrazioni aggiudicatrici possono contribuire alla tutela dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile garantendo loro al tempo stesso di poter ottenere per i loro appalti il miglior rapporto qualità/prezzo».

[19] P. Clarizia, K. Peci, *Il mercato dei contratti pubblici*, in L. Torchia (a cura di), *La dinamica del diritto amministrativo*, Bologna, 2017, 190.

[20] Art. 30, comma 1, d. lgs. n. 50/2016: "*L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità*

In questa previsione risiede la "chiave" che determina "l'arretramento del principio di concorrenza" verso una incisiva valorizzazione di istanze di carattere sociale e ambientale[21] e sulla cui base si fondano i vari istituti[22] che, nel loro insieme, definiscono la cornice degli "appalti verdi" nell'ambito del codice dei contratti pubblici.

4. *Il regime giuridico dei criteri ambientali minimi (c.a.m.) nella cornice "appalti verdi"*

In questo scenario, un ruolo chiave, anzitutto per la portata innovatrice che ne caratterizza il regime giuridico, è svolto dai criteri ambientali minimi (c.a.m.), istituto disciplinato dall'art. 34, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, che ne ha reso obbligatoria l'applicazione da parte di tutte le stazioni appaltanti in relazione ai settori merceologici interessati.

In estrema sintesi, per quanto attiene al profilo strutturale, la norma dispone che le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi[23], i quali sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 95, comma 6[24], obblighi, questi, che si applicano "*per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambi-*

delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonchè alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico".

[21] M. Giustiniani, *Art. 30*, in *Codice dei contratti pubblici*, diretto da F. Caringella, Milano, 2022, 258.

[22] G. Giammarelli, E. Ciccarese, *Green e-procurement*, Milano, 2021, 13.

[23] Art. 34, comma 1, d.lgs. n. 50/2016.

[24] Art. 34, comma 2, primo periodo, d.lgs. n. 50/2016.

to del citato Piano d'azione"[25]. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, "*i criteri ambientali minimi sono tenuti in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare*"[26].

I c.a.m., la cui elaborazione passa attraverso la formulazione di una proposta del Comitato di Gestione per l'attuazione del Piano d'azione nazionale sul GPP e per lo sviluppo della Strategia Nazionale di Politica Integrata dei Prodotti[27], vengono adottati con decreto del Ministro della Transizione Ecologica (oggi del Ministro dell'ambiente e della sicurezza energetica) e pubblicati in G.U.[28].

[25] Art. 34, comma 3, d.lgs. n. 50/2016.

[26] Art. 34, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 50/2016.

[27] D.m. 247/2016, art. 1. Testo disponibile al sito *www.mite.gov.it*.

[28] I c.a.m. si riferiscono a specifiche "categorie" di forniture e affidamenti attualmente in fase di ampliamento. Dalle informazioni fornite dalla pagina istituzionale *www.gpp.mite.gov.it*, al 9.11.2021 si distinguono i c.a.m. i vigore, i c.a.m. in corso di adozione e i c.a.m. i corso di definizione. I c.a.m. in vigore sono: (arredi di per interni) Fornitura, servizio di noleggio e servizio di estensione della vita utile di arredi per interni (approvato con d.m. 23 Giugno 2022 n. 254, G.U. n. 184 del 8 agosto 2022 – in vigore dal 6 dicembre 2022); Fornitura e servizio di noleggio di arredi per interni (approvato con d.m. 11 gennaio 2017, in G.U. n. 23 del 28 gennaio 2017) v. anche Decreto correttivo (d.m. 3 luglio 2019, in G.U. n. 167 del 18 luglio 2019); (arredo urbano) Acquisto di articoli per l'arredo urbano (approvato con d.m. 5 febbraio 2015, in G.U. n. 50 del 2 marzo 2015); Ausili per l'incontinenza (Forniture di ausili per l'incontinenza (approvato con d.m. 24 dicembre 2015, in G.U. n. 16 del 21 gennaio 2016); Calzature da lavoro e accessori in pelle (Forniture di calzature da lavoro non DPI e DPI, articoli e accessori in pelle (approvato con d.m.17 maggio 2018, in G.U. n. 125 del 31 maggio 2018); Carta (Acquisto di carta per copia e carta grafica (approvato con d.m. 4 aprile 2013, in G.U. n. 102 del 3 maggio 2013); (Cartucce) Forniture di cartucce toner e cartucce a getto di inchiostro e per l'affidamento del servizio integrato di raccolta di cartucce esauste, preparazione per il riutilizzo e fornitura di cartucce di toner e a getto di inchiostro. (approvato con d.m. 17 ottobre 2019, in G.U. n. 261 del 7 novembre 2019); (Edilizia) Affidamento di servizi di progettazione e affidamento di lavori per interventi edilizi (approvato con d.m. 23 giugno 2022 n. 256, G.U. n. 183 del 6 agosto 2022 – in vigore dal 4 dicembre 2022); Affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici (approvato con d.m. 11 ottobre 2017, G.U. n. 259 del 6 novembre 2017); (Illuminazione pubblica (fornitura e progettazione) Acquisizione di sorgenti luminose per illuminazione pubblica, l'acquisizione di apparecchi per illuminazione pubblica, l'affidamento del servizio di progettazione di impianti per illuminazione pubblica (approvato con d, m. 27 settembre 2017, in G.U. n 244 del 18 ottobre 2017); Illuminazione pubblica (servizio) Servizio di illuminazione pubblica (approvato con d.m. 28 marzo 2018, in GU n. 98 del 28 aprile 2018); Illuminazione, riscaldamento/raffrescamento per edifici Affidamento servizi energetici per gli edifici, servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento (approvato con d.m. 7

L'istituto risponde, dunque, all'esigenza che la pubblica amministrazioni individui la soluzione progettuale, il prodotto o il servizio migliore sotto il profilo ambientale lungo il ciclo di vita, tenuto conto della disponibilità di mercato[29].

marzo 2012, in G.U. n.74 del 28 marzo 2012); Lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria, Affidamento del servizio di lavaggio industriale e noleggio di tessili e materasseria (approvato con d.m. 9 dicembre 2020 in G.U. n. 2 del 4/01/2021), Rifiuti urbani e spazzamento stradale Affidamento del servizio servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani, del servizio di pulizia e spazzamento stradale, della fornitura dei relativi veicoli e dei contenitori e sacchetti per la raccolta dei rifiuti urbani (approvato con d.m. 23 giugno 2022 n.255, G.U. n. 182 del 5 agosto 2022 – in vigore dal 3 dicembre 2022) Affidamento del servizio servizio di gestione dei rifiuti urbani (approvato con d.m. 13 febbraio 2014, G.U. n. 58 del 11 marzo 2014); Ristorazione collettiva, Servizio di ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari (approvato con d.m. n. 65 del 10 marzo 2020, in G.U. n.90 del 4 aprile 2020); Sanificazione: Affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti (approvato con d.m. 51 del 29 gennaio 2021, in G.U. n. 42 del 19 febbraio 2021); v. anche Decreto Correttivo n. 24 settembre 2021 del Ministero della Transizione ecologica, recante Modifica del decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare del 29 gennaio 2021, recante «Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di pulizia e sanificazione di edifici e ambienti ad uso civile, sanitario e per i prodotti detergenti». Pubblicato in G.U.R.I. n. n. 236 del 2 ottobre 2021; Affidamento del servizio di stampa gestita, affidamento del servizio di noleggio di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio e acquisto o il leasing di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio (approvato con d.m. 17 ottobre 2019, in G.U. n. 261 del 7 novembre 2019); Affidamento del servizio di stampa gestita, affidamento del servizio di noleggio di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio e acquisto o il leasing di stampanti e di apparecchiature multifunzione per ufficio (approvato con d.m. 17 ottobre 2019, in G.U. n. 261 del 7 novembre 2019); (Tessili) Forniture e noleggio di prodotti tessili, ivi inclusi mascherine filtranti, dispositivi medici e dispositivi di protezione individuale (approvato con d.m. 30 giugno 2021, in G.U.R.I. n. 167 del 14 luglio 2021); (Veicoli) Acquisto, leasing, locazione, noleggio di veicoli adibiti al trasporto su strada e per i servizi di trasporto pubblico terrestre, servizi speciali di trasporto passeggeri su strada (approvato con d.m. 17 giugno 2021, pubblicato in G.U.R.I. n. 157 del 2 luglio 2021); (Verde pubblico) Servizio di gestione del verde pubblico e fornitura prodotti per la cura del verde (approvato con d.m. n. 63 del 10 marzo 2020, in G.U. n.90 del 4 aprile 2020). C.a.m. in corso di adozione: Servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione e manutenzione di strade; Fornitura e noleggio di prodotti tessili (Revisione d.m.30 giugno 2021). C.a.m. in corso di definizione: Eventi culturali; Servizi di vendita bevande e alimenti (bar interni e distributori automatici) (nuovo); Arredo urbano (revisione d.m. 5 febbraio 2015); PC e server (revisione d.m. 13 dicembre 2013); Servizio trasporto pubblico (nuovo); Servizi energetici per gli edifici (revisione d.m. 7 marzo 2012).

[29] Il modello attuale di regolazione dei c.a.m. presenta almeno tre aspetti critici: la portata estremamente limitata del relativo campo oggettivo di applicazione; la complessità dell'*iter* procedurale prodromico all'adozione dei criteri in questione con Decreto del Ministero della Transizione ecologica; l'assenza di una definizione compiuta della fase del monitoraggio.

La *ratio* dell'obbligatorietà dei c.a.m. risiede, secondo una recente ricostruzione della giurisprudenza amministrativa, nell'esigenza di garantire «che la politica nazionale in materia di appalti pubblici verdi sia incisiva non solo nell'obiettivo di ridurre gli impatti ambientali, ma nell'obiettivo di promuovere modelli di produzione e consumo più sostenibili»[30].

4.1. *Il rapporto tra c.a.m. e procedure ad evidenza pubblica: l'esempio della gestione e manutenzione del verde pubblico*

Per quanto attiene al rapporto tra c.a.m. e procedura ad evidenza pubblica, alcuni interessanti spunti di riflessione sono offerti dal recente d.m. n. 63 del 10 marzo 2020 sui criteri ambientali minimi relativi al settore merceologico dei "servizi urbani e al territorio", per il "servizio di gestione e manutenzione del verde pubblico e la fornitura di prodotti per la cura del verde"[31].

La finalità dichiarata di tali c.a.m. è quella di "incrementare e valorizzare il patrimonio del verde pubblico, considerati i noti e importanti benefici sulla salute umana e sull'ambiente", mediante un approccio sistematico, integrato ed innovativo alla gestione del verde intesa sia come manutenzione dell'esistente e sua valorizzazione, sia come realizzazione del nuovo, applicando una logica di "sistema" promotrice di una visione che viene descritta come "olistica" e proiettata "sul lungo termine piuttosto che mirata all'immediato e alla gestione delle emergenze".

L'ambito oggettivo si estende oltre la definizione dei criteri per la scelta del contraente che possieda requisiti di carattere ambientale tali da poter accedere al mercato della gestione del verde sul territorio, poiché, in alcune sue parti, si occupa anche del metodo.

[30] Cons. Stato, Sez. V, 5 agosto 2022, n. 6934, in *www.giustizia-amministrativa.it*; v. anche *Cfr*. Cons. Stato, Sez. III, 14 ottobre 2022, n. 8773, in *www.giustizia-amministrativa.it*: "*La non conformità della legge di gara agli articoli 34 e 71 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, in tema di criteri ambientali minimi (c.a.m.) non è vizio tale da imporre un'immediata e tempestiva impugnazione del bando di gara, non ricadendosi nei casi eccezionali di clausole escludenti o impeditive che, sole, consentono l'immediata impugnazione della lex specialis di gara. (…) la partecipazione alla gara in un'ipotesi del genere non può considerarsi acquiescenza alle regole di gara, essendo l'impugnazione proponibile solo all'esito della procedura e avverso l'aggiudicazione, senza che ciò possa qualificarsi come un venire contra factum proprium*".

[31] Il servizio di manutenzione del verde pubblico è un servizio pubblico locale a rilevanza economica, così come sottolineato con deliberazione n. 6/2015 dal Comitato per lo Sviluppo del Verde Pubblico istituito presso il MATTM (Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare).

Ad esempio, laddove vengono fissati i contenuti per la progettazione di nuove aree verdi e di riqualificazione e gestione di aree esistenti, il d.m. afferma che: «è necessario disporre di analisi del terreno, possibilmente eseguite secondo i metodi e i parametri normalizzati di prelievo e di analisi pubblicati dalla Società italiana della scienza del suolo S.I.S.S. che stabiliscono le caratteristiche fisiche e chimiche e la qualità della sostanza organica presente nel suolo oggetto di progettazione».

Ancora, nell'affermare che «ogni opera di verde urbano rappresenta un frammento della complessa rete dell'«Infrastruttura verde della città», il d.m. specifica che «affinché tale struttura sia efficace sul piano della fornitura di servizi ecosistemici, è necessario che risponda ad un approccio "che copia" criteri e regole di natura (*Nature based solution*)».

La sensazione, alla luce degli esempi proposti, è che questo modo di concepire i c.a.m. non sia esclusivamente suscettibile di incidere, limitandola, sulla sfera della discrezionalità della stazione appaltante nella sede della scelta del contraente, ma, altresì, sulla "sfera" della scelta organizzativa dell'attività posta in essere dall'operatore economico sia nella qualità di partecipante alla gara, ponendo alcuni determinati requisiti quale *conditio sine qua non* per collocarsi in posizione utile per aspirare all'aggiudicazione, sia nella qualità di aggiudicataria, nella sede dell'esecuzione del contratto pubblico.

Alcuni recenti dati statistici[32] dimostrano che i modello c.a.m. inizia a ricevere alcune prime risposte positive nella sede della pratica attuativa, sebbene, ancora oggi, persista una sorta di difficoltà di adattamento delle pubbliche amministrazioni, con particolare attenzione alle amministrazioni locali, nella sede dell'applicazione della regola dell'obbligatorietà dei c.a.m.[33]. Alcune tra queste problematiche costituiscono oggetto di un contenzioso innanzi al giudice amministrativo[34].

[32] Osservatorio Appalti Verdi, Fondazione ecosistemi, Legambiente, *I numeri del green public procurement. Rapporto 2021*.

[33] O. H. Kassim, *Gli appalti verdi*, in G. Rossi (a cura di) *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021, 518.

[34] Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2019, n.2036, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cons. Stato, sez. V, 18 marzo 2019, n.1748, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

5. *Alcune riflessioni conclusive: il paradigma dei c.a.m. quale (ulteriore) strumento di accentramento delle regole dell'evidenza pubblica?*

Le brevi considerazioni finora svolte in merito al "paradigma" dei c.a.m. e, più in generale, alla cornice "appalti verdi" offrono lo spunto per riflettere sul tema dell'accentramento delle regole dell'evidenza pubblica[35].

Quando vengono svolte significative operazioni di riforma emerge puntualmente la necessità di ricentralizzare la procedura: questo parrebbe, da un lato, rappresentare una sconfitta del sistema multilivello che presuppone il contrario. D'altra parte, però, sul piano organizzativo è emerso che l'eccessiva frammentazione delle procedure non fornisce l'efficienza e non sempre è giustificata da una ragione specifica.

Del resto, questo fenomeno non è limitato al caso esaminato. Il *Covid* ha dimostrato che l'accentramento dei procedimenti da un lato ha bloccato i processi di autonomia, dall'altro ha raggiunto alcuni risultati tangibili.

In prospettiva futura, secondo le linee direttrici segnate dai Piani – segnatamente per la transizione ecologica e PNRR[36] – al settore dei contratti pubblici potrebbe essere attribuita una funzione ancor più marcata, rispetto a quella già attualmente esercitata, di strumento privilegiato di promozione delle politiche ambientali[37].

La ragione di questa circostanza potrebbe essere ricavata dalla contestuale analisi di almeno due fattori: la rilevanza del ruolo del settore dei contratti pubblici nelle economie degli Stati membri[38], e ciò se solo

[35] F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento,* in M. Cafagno, F. Manganaro (a cura di), *L'intervento pubblico nell'economia, in A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, a cura di L. Ferrara, D. Sorace, Firenze, 2016.

[36] Alcuni stimoli al superamento di tali criticità sono offerti dal *Piano per la Transizione ecologica*, laddove afferma l'esigenza di: i) rafforzare la capacità istituzionale degli Enti Locali e dei responsabili di acquisto e delle Stazioni Appaltanti per diffondere il *Green Public Procurement* e garantire l'adozione dei c.a.m.; ii) sviluppare, come previsto dalla normativa vigente, l'attività di monitoraggio sull'applicazione dei c.a.m.; iii) incentivare l'utilizzo dei c.a.m., prevedendo priorità nell'accesso agli investimenti previsti dal PNRR alle amministrazioni pubbliche che li applicano sempre nelle gare d'appalto. Anche il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ha sottolineato l'importanza del GPP e dell'applicazione dei Criteri Ambientali Minimi. Ciò coerentemente con il *Green Deal*, che ha posto al centro delle politiche europee relative alla transizione ecologica dell'economia proprio lo strumento del GPP.

[37] L. Fiorentino, A. La Chimia (a cura di), *Il procurement delle pubbliche amministrazioni: tra innovazione e sostenibilità*, Bologna, 2021.

[38] ANAC, *Relazione annuale 2021*, in *www.anticorruzione.it*. Secondo i dati forniti

si prende in considerazione che, secondo un recente dato diffuso dal Parlamento europeo, tale settore genera, oltre il 16 % del PIL dell'Unione europea[39]; la potenzialità dell'impatto positivo degli acquisti pubblici "verdi" nello scenario del processo di promozione dello sviluppo sostenibile, letto alla luce delle sue già richiamate "tre dimensioni"[40].

Tutto ciò potrebbe, forse, portare a una ulteriore fase di intensificazione del processo di ricentralizzazione delle regole sulle procedure ad evidenza pubblica.

Gli equilibri attuali potrebbero, peraltro, cambiare ulteriormente in ragione del possibile avvento di una riforma del codice dei contratti pubblici.

dall'ANAC, nel 2021 si è registrato un importo complessivo del valore dei contratti pubblici aggiudicati, sia nei settori ordinari, sia nei settori speciali, esclusi gli affidamenti per un importo pari o inferiore a 40.000 euro, di circa 199, 4 miliardi di euro con un aumento del 6, 6% rispetto al 2020 e del 15, 3% rispetto al 2019.

[39] Sul punto, si rinvia alla pagina istituzionale disponibile al sito *europarl.europa.eu*.

[40] M. Cozzio, *Il mercato dei contratti pubblici nel 2020. Osservazioni a margine della relazione annuale dell'ANAC*, in *Rivista Trimestrale degli appalti*, 3, 2021, 1227 e ss.

IL DELICATO EQUILIBRIO TRA LA TUTELA DELL'AMBIENTE E LA PROMOZIONE DELLE ATTIVITÀ ECONOMICHE NELLA PIANIFICAZIONE DELLO SPAZIO MARINO

di Giulia Torta

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La progressiva evoluzione della tutela dell'ambiente marino. – 2.1. Il panorama normativo internazionale. – 2.2. Il contesto normativo europeo. – 3. Il quadro giuridico nell'ordinamento italiano. – 3. La pianificazione dell'uso dello spazio marittimo – 4. Conclusioni: la difficile identificazione di un compromesso tra esigenze diverse.

1. *Premessa*

Nella produzione scientifica del Professor Filippo Salvia, lo studio delle discipline che regolano l'assetto del territorio, con particolare riferimento alle destinazioni ed alle modalità d'uso delle diverse parti del medesimo, ha senza dubbio rappresentato una delle linee di ricerca più prolifiche[1].

Salvia, infatti, si è a lungo dedicato all'approfondimento dell'urbanistica (intesa come quell'insieme di norme con incidenza territoriale finalizzate ad ottimizzare i diversi usi del territorio, rendendoli compatibili e sinergici tra loro[2]) e delle materie ad essa "limitrofe", regolate da norma-

[1] A testimonianza di ciò, si può richiamare il Manuale di diritto urbanistico da lui realizzato e giunto ormai alla quarta edizione (F. SALVIA, C. BEVILACQUA, N. GULLO, *Manuale di diritto urbanistico*, IV ed., Milano, 2022) e numerosi altri scritti dedicati al tema dell'urbanistica e della tutela dell'ambiente. Nell'ambito della vasta produzione scientifica di Salvia si vedano, in particolare: F. SALVIA, *Il Ministero dell'ambiente*, Roma, 1989; Id., *L'inquinamento: profili pubblicistici*, Padova, 1984; ID., *Disciplina sostanziale del potere di pianificazione,* in *Trattato di diritto del territorio* a cura di F. G. Scoca, P. Stella Richter, P. Urbani, vol. I, Torino, 2018, 529 ss.; F. TERESI, F. SALVIA, G. COTTONE (a cura di), *Codice commentato della normativa della Regione siciliana sull'inquinamento*, Palermo, 1985; F. TERESI, F. SALVIA (a cura di), *Codice della legislazione urbanistica (Leggi – decreti – circolari)*, Palermo, 1968; F. SALVIA, F. TERESI, *Diritto Urbanistico*, Padova, 1986; F. SALVIA, F. TERESI, *Lineamenti di diritto urbanistico*, Padova, 1973.

[2] Cfr. F. SALVIA, *Sulla nozione di urbanistica e su alcuni suoi corollari*, in *Nuove autonome*, n. 3/2012, 426 e 427, ove l'Autore, riprendendo la costruzione di Stella Richter, propone una definizione di urbanistica che si focalizza sull'elemento teleologico. Secondo Salvia, infatti, "*la finalità dell'urbanistica non è quella di soddisfare questo o quel determinato interesse che sul territorio trovi il suo momento materiale di incidenza,*

tive speciali[3] e preordinate alla cura di interessi considerati di particolare rilevanza sociale, cui l'ordinamento riserva una tutela rafforzata.

Sotto il profilo della salvaguardia dell'ambiente e del patrimonio naturale, peraltro, Salvia ha sempre evidenziato come la complessa trama degli strumenti giuridici apprestati dal legislatore italiano per regolare l'utilizzo del territorio sia storicamente finalizzata, più che alla tutela della natura incontaminata, alla garanzia del perdurare di certi "rapporti equilibrati" tra uomo ed ambiente[4]. Nella ricostruzione promossa da Salvia, infatti, emerge chiaramente come l'obiettivo della disciplina urbanistica, e delle discipline ad essa limitrofe, sia l'introduzione di sistemi multipli di controllo delle trasformazioni territoriali, nell'ottica di una pianificazione articolata del territorio contraddistinta dalla necessità di coinvolgere attivamente le popolazioni locali.

Ciò premesso, è essenziale mettere in evidenza come, tra i vari ambienti naturali bisognosi di tutela, l'ambiente marino, che risulta costantemente esposto a molteplici pressioni per effetto delle attività umane in mare e a terra[5], sia senza dubbio uno degli esempi più evidenti della complessità insita nella ricerca di un connubio equilibrato tra le istanze della tutela dell'ambiente e quelle della pianificazione territoriale. Per questa tipologia di patrimonio naturale, infatti, la tecnica della tutela attraverso l'imposizione di un divieto *tout court* si rivela, spesso, inefficace (ed anzi il più delle volte potenzialmente collidente con le necessità economiche delle popolazioni locali), mentre sembra più utile e profittevole convogliare gli sforzi regolatori nel tentativo di individuare un compromesso ragionevole tra le necessità economiche delle comunità locali,

essa ha invece ad oggetto, almeno potenzialmente, tutti gli interessi che sul territorio devono trovare soddisfacimento, poiché la sua finalità è quella di ottimizzazione dell'uso del territorio.…globalmente considerato, non azzerando le discipline esistenti, né trasformando in "urbanistica" tutto ciò che incontra." Seguendo questa ricostruzione, dunque, "*l'urbanistica potrebbe essere assimilata a una sorta di fascio luminoso capace di rendere visibili le diverse realtà presenti in un certo territorio e la trama viaria di uscita (in ciò si può far consistere essenzialmente la c.d. funzione ricognitiva dei piani urbanistici), per avviare un processo decisionale partecipato*".

[3] Si tratta di normative ispirate da scopi prevalentemente economici (come nel caso della legislazione in tema di miniere, linee ferrate, porti ed aeroporti), o dalla necessità di introdurre tutele mirate (come nel caso della legislazione in tema di beni culturali, al paesaggio, all'ambiente ed alle aree naturali protette).

[4] Cfr. F. Salvia, *Aree protette, proprietà e interessi ambientali*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3-4/2000, 637 ss.

[5] Queste attività hanno provocato inquinamento, danni ai fondali marini, sfruttamento eccessivo, perdita di biodiversità, diffusione di specie non autoctone, rifiuti marini, rumore sottomarino, riscaldamento e acidificazione degli oceani.

da un lato, e le necessità ecologiche di conservazione degli ecosistemi e della biodiversità, dall'altro.

2. *La progressiva evoluzione della tutela dell'ambiente marino*

La consapevolezza dell'importanza di tutelare l'ambiente marino con strumenti giuridici dedicati si è sviluppata gradualmente, di pari passo con l'evolversi della sensibilità collettiva sui temi ambientali, sia a livello internazionale sia a livello nazionale. Di conseguenza, il quadro normativo che ad oggi regola la tutela dell'ambiente marino si articola su più livelli e, per essere ricostruito correttamente, richiede all'interprete un'analisi pluriordinamentale.

2.1. *Il panorama normativo internazionale*

L'ambiente marino, in senso lato, è stato oggetto di attenzione sin dalle prime dichiarazioni internazionali in materia di ambiente[6]. Attualmente, tra gli strumenti internazionali che fanno esplicito riferimento alla necessita della sua protezione si annoverano: la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (CNUDM), firmata a Montego Bay nel 1982 (definita anche la "costituzione dei mari"[7]); la Carta Mondiale

[6] La dottrina ha ricostruito come i primi mutui riconoscimenti della necessità di conservare le risorse del mare risalgano già alla metà dell'800, (cfr. F. Florio, *Mare,* Enciclopedia Giuridica Treccani, vol. XIX, 1990, 4 ss.), sebbene l'impegno degli Stati a prevenire l'inquinamento dei mari sia stato poi introdotto per la prima volta solo con la Dichiarazione di Stoccolma del 1972 (*Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*, adottata il 16 giugno 1972 dalla *United Nations Conference on the Human Environment*: si vedano, in particolare, i principi 7 e 22) a sancire, per la prima volta non solo al fine di tutelare la salute umana, ma anche direttamente al fine di tutelare le risorse marine viventi e la vita marina. Per una ricostruzione organica dell'evoluzione storico-normativa della tutela internazionale del mare si veda G. Rak, *Profili di protezione ambientale del mare*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, vol. III, Padova, 2015, 609 ss. Per un approfondimento più ampio sull'evoluzione della tutela dell'ambiente a livello internazionale, invece, si rinvia a: A. Lanciotti, *La tutela del mare*, in *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo* a cura di R. Giuffrida, F. Amabili, Torino, 2018, 164 ss.; M. Montini, *Profili di diritto internazionale*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* a cura di P. Dell'anno, E. Picozza, vol. I, Padova, 2015, 9 ss.; D. Addis, *The protection and preservation of the marine environment*, in *Aspetti normative e gestionali delle aree marine protette* a cura di G. Tellarini, Bologna, 2012, 57 ss.

[7] G. Rak, *Profili di protezione ambientale del mare*, cit., 616. Per un approfondimento sulla CNUDM si rinvia a D. Freestone (a cura di), *The 1982 Law of the Sea Convention*

della Natura del 1982[8]; l'Agenda 21[9]; il documento finale della Conferenza di Johannesburg del 2002[10]; il documento "The future we want" del 2012[11]; il Piano "Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development by 2030" del 2015[12].

Per la protezione delle specie, degli *habitat* e della biodiversità marina, inoltre, sono stati adottati negli anni diversi accordi multilaterali ad applicazione sia globale sia regionale, che hanno attenzionato, di volta in volta, determinati aspetti degli ambienti marini. La Convenzione di Ramsar del 1971[13], ad esempio, ha introdotto una normativa per la tutela delle zone umide che costituiscono l'*habitat* degli uccelli acquatici e palustri ed è stata concepita per applicarsi alle acque del mare che sono inquadrabili, appunto, come zone umide, ovvero distese d'acqua marina la cui profondità, con la bassa marea, non eccede i sei metri[14]; la Con-

at 30: successess, challenges and new agendas, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, *Special Issue*, vol. XXVII, 2012; V. Starace, *La protezione dell'ambiente marino nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino* a cura di V. Starace, Milano, 1983, 804 ss.

[8] *World Charter of Nature*, approvata con la Risoluzione A/RES37/7 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 28 ottobre 1982. Questa Carta enuncia principi che si applicano a tutte le aree del pianeta, imponendo una gestione delle risorse che non arrechi danno all'integrità delle stesse e degli ecosistemi.

[9] L'Agenda 21 è un ampio ed articolato programma di azione scaturito dalla Conferenza sull'ambiente e lo sviluppo delle Nazioni Unite (UNCED), altrimenti noto come *Summit* della Terra, tenutosi a Rio de Janeiro nel giugno del 1992. Il capitolo 17, per l'appunto, è dedicato a mari, oceani ed aree costiere.

[10] La Conferenza di Johannesburg del 2002 A/CONF.199/20 (*World Summit on Sustainable Development* – WSSD, anche nota come "*Summit* mondiale sullo sviluppo sostenibile", o come "Rio+10"), convocata un trentennio dopo la conferenza di Stoccolma del 1972, afferma che oceani, mari, isole e aree costiere sono componenti essenziali e parte integrante dell'ecosistema della terra e la loro protezione richiede, dunque, una cooperazione effettiva tra molteplici organismi e azioni esistenti, nonché una gestione integrata e multidisciplinare anche a livello nazionale. Si veda, inoltre, la conseguente Risoluzione A/RES/57/253 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 21 febbraio 2003.

[11] Risoluzione A/RES/66/288 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite dell'11 settembre 2012.

[12] Si tratta di un Piano d'Azione (Risoluzione A/RES/70/1 dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite del 21 ottobre 2015) adottato dalle Nazioni Unite nel corso del *Summit* sullo sviluppo sostenibile tenutosi a settembre 2015 a New York ed il cui Goal 14 è, appunto, "*to conserve and sustainably use the oceans, seas and marine resources for sustainable development*".

[13] *Convention on wetlands of international importance especially as waterfowl habitat*, conclusa a Ramsar il 2 febbraio 1971.

[14] Articolo 1 della Convenzione di Ramsar.

venzione di Washington del 1973[15], invece, ha l'obbiettivo di limitare il commercio internazionale di specie minacciate o protette includendo, tra esse, anche numerose specie marine sia animali sia vegetali. Nel 2015, inoltre, anche l'Agenda 2030 promossa dalle Nazioni Unite[16] ha dato rilievo alle esigenze di tutela degli ambienti marini identificando come Obiettivo 14 la preservazione e l'utilizzo sostenibile degli oceani, dei mari e delle risorse marine[17].

In una prospettiva regionale, poi, alla tutela del mar Mediterraneo è stata dedicata un'attenzione particolare al fine di dare il giusto rilievo alle sue peculiarità storiche e naturali[18]. Il Mediterraneo, infatti, è un mare antico e ricco di ecosistemi locali fragili e pieni di fascino, la cui tutela deve essere pianificata sulla base delle caratteristiche proprie di un mare semichiuso[19], in cui l'uso che ciascuno Stato fa del proprio mare o territorio costiero incide inevitabilmente e direttamente sugli utilizzi degli altri Stati, oltre che sul patrimonio naturale in generale reso più vulnerabile dalla maggiore difficoltà di procedere ad un'autodepurazione[20].

[15] *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora*, conclusa a Washington D.C. il 3 marzo 1973.

[16] Risoluzione delle Nazioni Unite A/RES/70/1 approvata dall'Assemblea Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015.

[17] Per un approfondimento si rinvia alla ricostruzione offerta da G. Zamignan, A. C. Almeida, R. G. Pereira da Silva, L. H. B. Gaivizzo, D. N. Soaers, C. H. Saito, *Agenda 2030: inter-relações sistêmicas entre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*, in *Desenvolvimento e meio ambiente*, n. jul.-dez./2022, 543 ss.; D. Tremblay, F. Fortier, J.F. Boucher, O. Riffon, C. Villeneuve, *Sustainable development goal interactions: an analysis based on the five pillars of the 2030 agenda*, in *Sustainable Development*, n. 6/2020, 1584 ss; A. Andries, S. Morse, R. J. Murphy, J. Lynch, E. R. Woolliams, *Using data from earth observation to support Sustainable Development Indicators: an analysis of the literature and challenges for the future*, in *Sustainability*, n. 3/2022, 1191 ss.; M. Kostetckaia, M. Hametner, *How Sustainable Development Goals interlinkages influence European Union countries' progress towards the 2030 Agenda*, in *Sustainable Development*, n. 5/2022, 916 ss.

[18] Cfr. *SoED 2020. State of the Environment and Development in the Mediterranean*, United Nations Environment Programme, Mediterranean Action Plan (Barcellona Convention System) e Plan Bleu, Nairobi, 2020.

[19] La Convenzione di Londra sulla prevenzione dell'inquinamento causato da navi (anche nota come MARPOL 73/78, poiché in essa convergono due trattati internazionali del 1973 e del 1978) ha qualificato il Mediterraneo come "zona speciale", intendendosi come tale un'area marina che, per riconosciute ragioni tecniche relative alla delicatezza ecologica ed alla natura ed intensità del traffico marittimo, richiede l'adozione di speciali strumenti per la prevenzione dell'inquinamento marino.

[20] Il dovere di cooperazione tra gli Stati rivieraschi nei mari chiusi e semichiusi è affermato dalla Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (CNUDM), firmata a Montego Bay nel 1982 ed entrata in vigore internazionalmente il 16 novembre 1994 (ratificata e resa esecutiva dall'Italia con la legge 2 dicembre 1994 numero 689).

Nella consapevolezza di queste necessità, dunque, al Mar Mediterraneo sono stati specificatamente dedicati a livello internazionale alcuni strumenti giuridici *ad hoc*, che si inseriscono nella cornice normativa stabilita dal "Mediterranean Action Plan" (MAP) del 1975[21], dalla Convenzione di Barcellona del 1976[22] (poi modificata nel 1995[23]), dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Barcellona relativo alle Aree Specialmente Protette e la Biodiversità in Mediterraneo del 1995[24], e dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Barcellona relativo alla gestione integrata delle zone costiere del 2008[25].

[21] Il MAP è stato istituito nel 1975 come accordo ambientale multilaterale nel contesto del Programma Marittimo Regionale del Programma delle Nazioni Unite per l'Ambiente (*Regional Seas Programme of the United Nations Environment Programme* – UNEP).

[22] *The Barcelona Convention for the Protection of the Marine Environment and the Coastal Region of the Mediterranean*, adottata il 16 febbraio 1976 ed entrata in vigore il 15 aprile 1978. Le parti contraenti vincolate dal testo della Convenzione internazionale sono, ad oggi, 22 (21 Paesi che si affacciano sul Mar Mediterraneo – compresi 8 paesi dell'Unione: Croazia, Cipro, Francia, Grecia, Italia, Malta, Slovenia e Spagna – e l'Unione Europea). Gli obiettivi che la Convenzione mira a perseguire sono: garantire una gestione sostenibile delle risorse naturali marine e costiere; integrare l'ambiente nello sviluppo sociale ed economico; proteggere l'ambiente marino e le zone costiere attraverso la prevenzione e la riduzione dell'inquinamento e, per quanto possibile, l'eliminazione dell'inquinamento, sia terrestre sia marino; proteggere il patrimonio naturale e culturale; rafforzare la solidarietà tra gli Stati rivieraschi del Mediterraneo; contribuire al miglioramento della qualità della vita. Per un approfondimento sulla Convenzione di Barcellona e i suoi Protocolli, si rinvia a: I. Sisto, *La Convenzione di Barcellona sulla protezione del mare Mediterraneo contro l'inquinamento e i suoi tre protocolli*, in *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino* a cura di V. Starace, Milano, 1983, 282 ss.

[23] Le modifiche principali hanno riguardato, tra le altre cose: l'estensione del campo d'applicazione geografico della convenzione al litorale; l'applicazione dei principi di tutela ambientale che si sono nel frattempo affermati a livello internazionale in occasione della Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 (il principio di precauzione, il principio «chi inquina paga», la protezione e preservazione della diversità biologica), la promozione degli studi d'impatto; la lotta all'inquinamento dovuto a movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi; l'accesso all'informazione e la partecipazione del pubblico.

[24] *Protocole relatif aux Aires Spécialement Protégées et à la Diversité Biologique en Méditerranée*, adottato il 10 giugno 1995 a Barcellona, ma entrato in vigore il 12 dicembre 1999. GUCE L 322/3 del 14 dicembre 1999.

[25] *Protocol on Integrated Coastal Zone Management in the Mediterranean*, adottato il 21 gennaio 2008 a Madrid, ma entrato in vigore solo il 24 marzo 2011. GUUE L 034 del 4 febbraio 2009. Doveroso segnalare, in proposito, che, in occasione della COP 21 tenutasi a Napoli il 5 dicembre 2019, è stato adottato il documento "*Common Regional Framework for Integrated Coastal Zone*", che rappresenta uno strumento strategico per garantire la concreta implementazione del Protocollo entro il 2027.

È doveroso tuttavia rilevare che, ad oggi, sebbene le fonti internazionali di tipo consuetudinario e convenzionale siano numerose, la tutela offerta dal diritto internazionale si scontra con i limiti stessi dell'ordinamento di riferimento e, dunque, con i problemi legati all'effettività delle singole norme. È proprio per questo motivo, quindi, che l'Unione Europea gioca un ruolo centrale nella tutela dell'ambiente marino, giacché essa, pur muovendosi in un ambito sovranazionale, è invece in grado di attuare politiche supportate da strumenti giuridici capaci di avere un'efficacia anche diretta negli ordinamenti nazionali.

2.2. *Il contesto normativo europeo*

L'Unione Europea (UE) è parte contraente di molti accordi multilaterali in materia di ambiente e aderisce sia alla Convenzione di Barcellona sia alla CNUDM, ma ha anche elaborato una sua disciplina giuridica per la tutela dell'ambiente marino negli Stati membri. Sebbene l'ambiente marino non sia espressamente menzionato nei trattati istitutivi, infatti, sono diverse le materie di competenza dell'Unione con le quali è possibile stabilire una connessione, soprattutto se si prende spunto dagli elenchi presenti negli articoli tre, quattro e sei del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)[26].

L'inizio del nuovo millennio, peraltro, ha segnato un cambio di passo nella politica legislativa europea e la nuova prospettiva normativa ha trovato il suo compimento prima nell'adozione del Sesto Programma di azione in materia di ambiente (2002-2012)[27] e, successivamente, nell'adozione della Direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino del

[26] Agli esordi della politica ambientale della Comunità Europea, infatti, tali norme hanno offerto importanti occasioni per l'adozione di normative finalizzate, in tutto o in parte, alla tutela del mare e del suo ambiente, pur rimanendo, tuttavia, sempre inquadrate come interventi circoscritti. È questo il caso, ad esempio, della legislazione in materia di inquinamento idrico provocato da scarichi di sostanze pericolose (direttiva del Consiglio 76/464/CEE), nonché della c.d. direttiva *habitat* (direttiva 92/43/CEE, relativa alla conservazione degli *habitat* naturali e seminaturali e della flora e della fauna selvatiche) che ha rappresentato il primo strumento giuridico promotore di un approccio non più semplicemente rivolto alla conservazione delle singole specie o di singoli siti naturali minacciati, quanto piuttosto finalizzato alla tutela della biodiversità intesa come insieme complesso di specie animali, vegetali e di ecosistemi che non è possibile circoscrivere artificialmente: cfr. R. Rota, *Profili di diritto comunitario dell'ambiente*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, vol. I, Padova, 2015, 152 ss.

[27] Decisione 1600/2002/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente. GUUE L 242, del 10 settembre 2002.

2008 (Marine Strategy Framework Directive – MSFD[28]), la quale rappresenta, ancora oggi, il principale strumento giuridico dell'UE per proteggere l'ambiente marino europeo.

Il Sesto Programma di azione in materia di ambiente ha sancito le direttrici generali della politica ambientale comunitaria nel decennio 2002-2012, allo scopo di assicurare un livello elevato ed armonizzato di protezione dall'ambiente pur nel rispetto del principio di sussidiarietà, imprescindibile presupposto per adattare le politiche alla diversità di situazioni tra le varie regioni dell'UE. Tale programma, inoltre, in linea con le dichiarazioni internazionali sull'ambiente, è stato esplicitamente fondato sul principio "chi inquina paga", sul principio di precauzione, sull'azione preventiva e sul principio di riduzione dell'inquinamento alla fonte. Il Programma, tuttavia, si rivolgeva in senso lato alla tutela dell'ambiente e solo pochi incisi erano dedicati specificatamente alla tutela dell'ambiente marino, al cui riguardo esso si limitava ad affermare, in termini generici, che tra gli obiettivi e le aree di azione prioritarie per l'ambiente naturale e la diversità biologica era necessario annoverare anche la conservazione ed il ripristino in maniera appropriata, nonché l'utilizzo in modo sostenibile, delle zone umide, degli ecosistemi marini, ivi compresi i fondali marini, degli estuari e le zone costiere, con particolare attenzione ai siti aventi un alto valore di diversità biologica[29].

La MSFD, invece, rappresenta uno strumento giuridico dal contenuto molto più definito, che ha l'obiettivo di introdurre nell'ordinamento europeo alcune norme specificatamente finalizzate a tutelare gli ecosistemi marini, mantenendoli sani, produttivi e resilienti, preservando la biodiversità e garantendo un uso più sostenibile delle risorse marine, a beneficio delle generazioni attuali e future. Per raggiungere questi obiet-

[28] Direttiva 2008/56/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008, che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino. GUUE L 164/19, del 25 giugno 2008. Per un commento alla Direttiva si vedano: J. van Leeuwen, L. van Hof, J. van Tatenhove, *Institutional ambiguity in implementing the Europen Union Marine Strategy Framework Directive*, in *Marine Policy*, vol. 36, 2012, 636 ss.; X. I. Loizidou, M. Loizides, D. L. Orthodoxou, *Marine Strategy Framework Directive: innovative and participatory decision-making method for the identification of common measures in the Mediterranean*, in *Marine Policy*, vol. 84, 2017, 82 ss.; J. van Tatenhove, J. Raakjaer, J. van Leeuwen, L. van Hoof, *Regional cooperation for European seas: governance models in support of the implementation of the MSFD*, in *Marine Policy*, vol. 50, 2014, 364 ss.; J. Leeuwen, J. Raakjaer, L. van Hoof, J. van Tatenhove, R. Long, K. Ounanian, *Implementing the Marine Strategy Framework Directive: a policy perspective on regulatory, institutional and stakeholder impediments to effective implementation*, in *Marine Policy*, vol. 50, 2014, 325 ss.

[29] Articolo 6, commi 1 e 2, Decisione 1600/2002/CE.

tivi ambiziosi, dunque, la direttiva ha introdotto il concetto di "Buono Stato Ecologico" – BSE (*Good Environmental Status* – GES)[30] delle acque marine ed ha delineato un elenco di undici "descrittori qualitativi"[31] per valutare il BSE di ciascun ecosistema. Al momento della sua adozione, inoltre, l'aspetto più innovativo della Direttiva quadro risiedeva senz'altro nell'adozione di un approccio ecosistemico alla gestione delle attività umane in grado di avere impatto sull'ambiente marino e, di conseguenza, nella introduzione di una strategia normativa tesa a realizzare una compenetrazione tra i concetti di protezione ambientale ed uso sostenibile delle risorse naturali tipiche di ciascun ecosistema e le esigenze delle popolazioni locali.

Il percorso per raggiungere gli obiettivi individuati dalla Direttiva quadro del 2008 è stato sin da subito articolato in due cicli consequen-

[30] Come chiarito dall'articolo 3, paragrafo 5), della Direttiva quadro, per "Buono Stato Ecologico" (BSE) si deve intendere lo "*stato ecologico delle acque marine tale per cui queste preservano la diversità ecologica e la vitalità di mari ed oceani che siano puliti, sani e produttivi nelle proprie condizioni intrinseche e l'utilizzo dell'ambiente marino resta ad un livello sostenibile, salvaguardando in tal modo il potenziale per gli usi e le attività delle generazioni presenti e future, vale a dire: a) la struttura, le funzioni e i processi degli ecosistemi che compongono l'ambiente marino, assieme ai fattori fisiografici, geografici, geologici e climatici, consentono a detti ecosistemi di funzionare pienamente e di mantenere la loro resilienza ad un cambiamento ambientale dovuto all'attività umana. Le specie e gli habitat marini sono protetti, viene evitata la perdita di biodiversità dovuta all'attività umana e le diverse componenti biologiche funzionano in modo equilibrato; b) le proprietà idromorfologiche e fisico-chimiche degli ecosistemi, ivi comprese le proprietà derivanti dalle attività umane nella zona interessata, sostengono gli ecosistemi come sopra descritto. Gli apporti antropogenici di sostanze ed energia, compreso il rumore, nell'ambiente marino non causano effetti inquinanti*." Per chiarire ulteriormente il contenuto del concetto di "Buono Stato Ecologico", poi, il 17 maggio 2017 la Commissione Europea ha adottato una Decisione sul Buono Stato Ecologico delle acque marine (Commission Decision (EU) 2017/848 of 17 May 2017 *laying down criteria and methodological standards on good environmental status of marine waters and specifications and standardised methods for monitoring and assessment, and repealing* Decision 2010/477/EU. GUUE L 125/43 del 18 maggio 2017), contenente una serie di criteri e *standard* metodologici ulteriori per la determinazione del Buono Stato Ecologico e l'indicazione di metodi standardizzati per il monitoraggio e la valutazione delle acque marine. Questa Decisione della Commissione sostituisce un precedente strumento giuridico elaborato dalla Commissione nel 2010 (2010/477/EU: *Commission Decision of 1 September 2010 on criteria and methodological standards on good environmental status of marine waters*) che, tuttavia, non aveva prodotto i risultati sperati, come evidenziato dalla stessa Commissione nella sua relazione del 2014 (*Report from the Commission to the Council and the European Parliament. The first phase of implementation of the Marine Strategy Framework Directive 2008/56/EC. The European Commission's assessment and guidance* /* COM/2014/097 final */).

[31] L'elenco dei descrittori qualitativi è contenuto nell'allegato I della Direttiva quadro 2007/56/CE, a cui si rinvia.

ziali di implementazione[32] (*First implementation cycle* 2012-2017[33] e *Second implementation cycle* 2018-2023[34]) nell'ambito dei quali ciascuno Stato Membro è stato chiamato a predisporre ed attuare, in collaborazione con altri Stati membri che condividono la stessa regione geografica o sotto-regione marina, una strategia marina appropriatamente modulata sulle caratteristiche e sulle esigenze delle proprie acque marine, da rivedere ed aggiornare ogni 6 anni in base al principio della "gestione adattativa"[35].

[32] Ciascun ciclo di implementazione è costituito da cinque fasi successive basate sull'approccio ecosistemico. Secondo quanto previsto dalla Direttiva quadro, le cinque fasi sono: 1) Valutazione iniziale dello stato dell'ambiente marino, dell'impatto delle attività antropiche e degli aspetti socioeconomici dell'utilizzo dell'ambiente marino e dei costi del suo degrado, condotta sulla base degli "elenchi indicativi di elementi dell'ecosistema, pressioni antropogeniche e attività umane pertinenti per le acque marine", contenuti nell'allegato III della Direttiva (art. 8); 2) Determinazione del "Buono Stato Ecologico" (BSE) sulla base degli undici descrittori qualitativi di cui all'allegato I della Direttiva quadro (art. 9); 3) Definizione dei Traguardi Ambientali (Target) e degli indicatori ad essi associati (art. 10); 4) Elaborazione dei Programmi di Monitoraggio per la valutazione continua dello stato ambientale delle acque marine, in funzione dei traguardi ambientali adottati (art. 11); 5) Elaborazione di uno o più Programmi di Misure, finalizzati a conseguire o mantenere il BSE (art. 13).

[33] Cfr. Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. *Prima fase di attuazione della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino (2008/56/CE). Valutazione e orientamenti della Commissione europ*ea. COM(2014) 49 final, Bruxelles, 20 febbraio 2014; Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. *Valutazione dei programmi di monitoraggio condotti dagli Stati membri a norma della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino*. COM(2017) 3 final, Bruxelles, 16 gennaio 2017; Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. *Valutazione dei programmi di misure condotti dagli Stati membri a norma della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino*. COM(2018) 562 final, Bruxelles, 31 luglio 2018.

[34] Cfr. *Comunicazione della Commissione sulle raccomandazioni per Stato membro e per regione concernenti le relazioni aggiornate al 2018 di cui agli articoli 8, 9 e 10 della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino (2008/56/EC)*. GUUE C 118/01 del 14 marzo 2022; Commission staff working document. Accompanying the document. Communication from the Commission. *Commission Notice on recommendations per Member State and region on the 2018 updated reports for Articles 8, 9 and 10 of the Marine Strategy Framework Directive (2008/56/EC)*, SWD(2022) 55 final, Bruxelles, 11 marzo 2022.

[35] Secondo la ricostruzione offerta da Wilhere la gestione adattativa (*Adaptieve management*) può essere definita come un processo di acquisizione sistematica e successiva applicazione di informazioni affidabili, al fine di migliorare l'efficacia della gestione nel tempo. Si veda, sul punto, G. F. Wilhere, *Adaptive management in habitat conservation plans*, in *Conservation Biology*, n. 1/2002, 20 ss. Nell'ambito della tutela ambientale, la gestione adattativa consiste nella scelta di un approccio flessibile che, per massimizzare l'efficacia di una strategia, si mostra permeabile al cambiamento nelle

Nel giugno 2020 (anno in cui era inizialmente previsto dalla MSFD il raggiungimento del BSE), la Commissione, in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 20 della MSFD, ha adottato una Relazione sul primo ciclo di implementazione[36]; da questa Relazione è emerso che, sebbene il quadro dell'UE per la protezione dell'ambiente marino continui ad essere, ancora oggi, uno dei più completi ed ambiziosi al mondo, un rimodellamento della normativa sia ormai improcrastinabile. È risultato infatti evidente come, durante il primo ciclo di implementazione della Direttiva quadro, la perdita di biodiversità non si sia arrestata ed il "Buono Stato Ecologico" degli *habitat* e delle specie non sia ancora assicurato.

Per migliorare l'attuazione della Direttiva quadro, nelle more del rimodellamento normativo previsto dall'articolo 23 entro il 2023[37], dunque, la Commissione ha proposto vari suggerimenti, tra cui si annoverano, da un lato, una ridefinizione del concetto di BSE per garantire la coerenza nella valutazione delle attività attuate dai singoli Stati membri e, dall'altro lato, una maggiore integrazione delle politiche.

Nell'ottica della Commissione, in altri termini, le istituzioni europee devono puntare sempre più su politiche fondate su un approccio olistico, che tenga conto di tutti i possibili aspetti di ciascuna politica legislativa e, di conseguenza, sia in grado di ridurre i fattori di pressione sulla natura.

È proprio in quest'ottica, del resto, che si muovono le recenti politiche nell'ambito del *Green Deal europeo*[38] – che delinea l'ambizione a

condizioni locali o all'evolversi della ricerca scientifica apportando periodicamente le correzioni opportune per consentire di raggiungere, in concreto, l'obiettivo prestabilito.

[36] Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio. *Sull'attuazione della direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino (direttiva 2008/56/CE)*, (COM)2020 259 final, Bruxelles, 25 giugno 2020.

[37] A tal fine, la Commissione ha già provveduto a pubblicare, l'8 aprile 2021, una tabella di marcia ed il 22 luglio 2021 ha avviato la consultazione pubblica che è rimasta aperta al feedback fino al 21 ottobre 2021.

[38] *Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, the European Green Deal*, COM/2019/640 final, 11 dicembre 2019. Il *Green Deal europeo* è uno strumento poliedrico a largo spettro che individua le priorità dell'agenda politica e legislativa europea mettendo al centro dei futuri interventi normativi l'esigenza di intervenire per garantire la salute e la qualità della vita dei cittadini attraverso, tra l'altro, la protezione della biodiversità e degli ecosistemi, la riduzione dell'inquinamento dell'aria, dell'acqua e del suolo, la promozione dell'economia circolare, il miglioramento della gestione dei rifiuti, la sostenibilità dell'economia blu e dei settori della pesca. Per un approfondimento sul *Green Deal europeo*, si rinvia a: D. Bevilacqua, *La normativa*

lungo termine dell'Unione di diventare, entro il 2050, il primo continente con un'economia sostenibile ad impatto climatico zero – alcune delle quali potrebbero avere particolari implicazioni per l'ambiente marino, come nel caso del Piano d'Azione per l'inquinamento zero[39] e la nuova strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2030[40]. La cornice offerta dal

europea sul clima e il Green New Deal. Una regolazione strategica di indirizzo, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 2/2022, 297 ss.; M. Onida, *Il Green Deal Europeo*, in *Unione Europea 2020. I dodici mesi che hanno segnato l'integrazione europea* a cura di P. Manzini, M. Vellano, Padova, 2021, 257 ss.; M. L. Antonioli, *Lessons on sustainable development in EU law*, Roma, 2020, 105 ss.; L. Krämer, *Planning for Climate and the Environment: the EU Green Deal*, in *Journal for European Environmental & Planning Law*, n. 3/2020, p. 267 ss.; L. Lionello, *Il Green Deal europeo. Inquadramento giuridico e prospettive di attuazione*, in *Jus-Online*, n. 2/2020, 105 ss.; M. C. Carta, *Il Green Deal europeo. Considerazioni critiche sulla tutela dell'ambiente e le iniziative di diritto UE*, in *www.rivista.eurojus.it*, n. 4/2020, 54 ss.; P. Cuccumile, *Il "Green Deal" europeo*, in *Rivista giuridica ambientediritto.it*, n. 1/2021, 1 ss.

[39] *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Pathway to a Healthy Planet for All, EU Action Plan: 'Towards Zero Pollution for Air, Water and Soil'*, COM/2021/400 final, 12 maggio 2021. Questo *Action Plan* mira a ridurre, entro il 2050, l'inquinamento di aria, acqua e suolo a livelli considerati non più dannosi per la salute e gli ecosistemi naturali e ciò si traduce nella previsione di obiettivi chiave da raggiungere già entro il 2030. Questi obiettivi includono, tra l'altro, il miglioramento della qualità dell'acqua attraverso la riduzione del 50% dei rifiuti di plastica in mare e del 30% delle microplastiche rilasciate nell'ambiente. Doveroso rimarcare, inoltre, che il Piano d'Azione ha anche lo scopo di rafforzare la leadership verde, digitale ed economica dell'UE, nella consapevolezza della necessità di mantenere una diretta correlazione tra salubrità del pianeta ed equità sociale e, dunque, di integrare la prevenzione dell'inquinamento in tutte le pertinenti politiche dell'UE così da intensificare l'attuazione della pertinente legislazione dell'UE ed identificare possibili lacune da colmare.

[40] *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. EU Biodiversity Strategy for 2030. Bringing nature back into our lives*. COM(2020) 380 final, Bruxelles, 20 maggio 2020. L'Unione europea aveva adottato, già nel 2011, una prima strategia per la biodiversità (Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *La nostra assicurazione sulla vita, il nostro capitale naturale: strategia dell'UE sulla biodiversità fino al 2020*, COM(2011) 244 definitivo, Bruxelles, 3 maggio 2011), tesa a potenziare quanto già previsto dalla direttiva *habitat*. La nuova strategia dell'UE per la biodiversità per il 2030, adottata a maggio 2020, tuttavia, compie un ulteriore passo avanti ed è più attenta alle esigenze di tutela dell'ambiente marino. Essa, infatti, mira a rafforzare la protezione degli ecosistemi, ponendo in essere apposite strategie per ripristinarli, ove necessario, e per raggiungere il "Buono Stato Ecologico". La nuova strategia, peraltro, ambisce anche a promuovere l'ampliamento delle aree protette e l'istituzione di aree protette in modo più rigoroso per consentire la ricostituzione degli *habitat* degradati e degli *stock* ittici. Nell'ambito di questo piano la Commissione ha avanzato una proposta per l'adozione di una normativa dedicata specificatamente al ripristino dello

Green Deal europeo, quindi, rappresenta il contesto ottimale per immaginare anche una revisione della normativa che tutela l'ambiente marino europeo, attraverso l'introduzione di un quadro normativo più solido ed innovativo, che sia effettivamente in grado di mantenerlo pulito e sano, garantendone, al contempo, un uso sostenibile.

2.3. *Il quadro giuridico nell'ordinamento italiano*

L'Italia è membro dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO – International Maritime Organization) istituita a seguito dell'adozione della Convenzione internazionale marittima di Ginevra del 1948 e nel diritto italiano trovano applicazione gli accordi conclusi a livello internazionale – come la Convenzione di Barcellona del 1976 per la protezione del mare Mediterraneo contro l'inquinamento[41], i Protocolli addizionali alla Convenzione di Barcellona, e la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare (CNUDM) firmata a Montego Bay nel 1982 – e, in quanto Stato membro dell'UE nell'ordinamento italiano esplicano effetti, più o meno diretti, anche le Direttive, i Programmi, i Piani d'Azione, le Convenzioni e le politiche europee sopra richiamate. Ciò premesso, tuttavia, il quadro normativo si caratterizza, a livello nazionale, anche per la presenza di norme interne che completano il quadro giuridico ed istituiscono forme di tutela specifiche per l'ambiente marino italiano.

Lo stato attuale della normativa interna sulla tutela dell'ambiente marino è senza dubbio composito e richiede all'interprete uno sforzo ricostruttivo per comprendere la portata della tutela effettivamente garantita dall'Italia alle sue risorse naturali marine e costiere.

Per molto tempo, la presenza di una disciplina speciale del demanio marittimo, contenuta nella Parte Prima del Codice della navigazione[42], ha focalizzando l'attenzione sulla fascia costiera e le sue acque in quanto res inquadrabili nella categoria del demanio statale[43]. In questo contesto, dunque, la salvaguardia ambientale del mare era rimessa indirettamente

stato naturale fisiologico (cd. *Nature Restoration Law – Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on nature restoration*, COM(2022) 304 final, Bruxelles, 22 giugno 2022) e che è attualmente in fase di valutazione.

[41] Ratificata nell'ordinamento nazionale a mezzo della legge 25 gennaio 1979, numero 30.

[42] Approvato con Reggio Decreto del 30 marzo 1942, numero 327, e successivamente oggetto di plurime modifiche ed integrazioni.

[43] Cfr. N. Greco, B. Murroni, *Demanio marittimo, zone costiere, assetto del territorio*, Bologna, 1980.

all'amministrazione, che tentava di assicurarla attraverso uno scrupoloso e ponderato esercizio del proprio potere concessorio ed autorizzatorio[44].

La progressiva ed inarrestabile maturazione della prospettiva ambientale, tuttavia, ha inevitabilmente superato questa impostazione.

La legge 31 dicembre 1982 numero 979[45] che introduce nell'ordinamento "Disposizioni per la difesa del mare" ha dunque avuto il grande merito di qualificare espressamente, per la prima volta, la protezione dell'ambiente marino in senso lato come una finalità pubblica (e, di conseguenza, come una competenza amministrativa[46]) e di individuare obblighi e divieti puntuali, nonché procedimenti amministrativi veri e propri, finalizzati univocamente alla salvaguardia del mare. Peraltro, se è vero che tale disciplina è rimasta inattuata nella parte in cui si prevedeva l'introduzione di un quadro programmatico generale per la difesa delle coste dall'inquinamento e per la tutela dell'ambiente marino, il Titolo V della disciplina del 1982, dedicato all'istituzione delle "riserve marine", ha avuto invece successo ed è stato implementato nell'ordinamento italiano.

Le riserve naturali marine disciplinate dalla legge n. 979/1882, dunque, sono ad oggi definite dall'all'articolo 5 come ambienti marini perimetrabili, dati dalle acque, dai fondali e dai tratti di costa prospicenti, dalla dimensione identificabile, che presentano un rilevante interesse per le caratteristiche naturali, geomorfologiche, fisiche, biochimiche (con particolare riguardo alla flora e alla fauna marine e costiere) e per l'importanza scientifica, ecologica, culturale, educativa ed economica che rivestono (art. 25). Tali ambienti marini necessitano di essere tutelati attraverso la previsione di un regime giuridico di tutela speciale e differenziata[47], perciò le riserve naturali marine sono state considerate

[44] Cfr. F. Fracchia, A. Giannelli, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 2/2011, 154.

[45] GU Serie Generale n.16 del 18-01-1983 – Supplemento Ordinario.

[46] Cfr. G. Rak, *Profili di protezione ambientale del mare*, cit., 668 ss. La legge n. 979 del 1989, peraltro, è stata ampiamente discussa dalla dottrina dell'epoca come si evince dai contributi di D. Gaeta, *La difesa del mare nel diritto italiano*, in *Diritto marittimo*, 1984, 811 ss.; A. Xerri, *Tutela dell'ambiente marino*, in *Novissimo digesto*, vol. VII, Torino, 1987, 917 ss.

[47] Per un approfondimento sull'evoluzione normativa che ha caratterizzato le aree marine protette, si rinvia a: L. Petrelli, *Quale futuro per le aree marine protette italiane?*, in *Rivista giuridica ambientediritto.it*, n. 2/2021, 1 ss.; G. Grazia, *Le aree marine protette. Funzione amministrativa e nuovi strumenti per lo «sviluppo sostenibile»,* Milano, 2011; F. Caffio, *Glossario di diritto del mare. Diritto e geopolitica del Mediterraneo allargato*, V ed., in *Rivista marittima*, supplemento novembre 2020, 137 ss.

dalla giurisprudenza costituzionale, sin dalla loro introduzione, parte integrante a tutti gli effetti del sistema dei parchi e delle riserve naturali[48].

Qualche anno più tardi, poi, anche la legge 6 dicembre 1991 numero 394, "legge quadro sulle aree protette"[49], è intervenuta in tema di ambiente marino modificando parzialmente quanto disposto alla legge del 1982. Oltre alle variazioni terminologiche ed alla razionalizzazione della classificazione delle aree naturali protette[50], nonché alle modifiche introdotte relativamente al procedimento amministrativo di creazione e di gestione di tali aree[51], però, l'innovazione probabilmente più significativa introdotta della legge quadro del 1991 è stata rappresentata dall'accostamento tra l'obiettivo della salvaguardia del patrimonio naturalistico delle aree protette (incluse quelle marine) e la valorizzazione socioeconomica in una prospettiva di sviluppo sostenibile[52].

Nell'ottica promossa dalla legge quadro, infatti, si riconosce che le aree protette possono assumere un ruolo propulsivo dell'economia locale e lo sviluppo sostenibile diventa la chiave di lettura della disciplina delle aree marine protette, le quali, già nel decreto istitutivo, devono appunto individuare, tra le proprie finalità, la promozione di uno sviluppo socioeconomico compatibile con la rilevanza naturalistica dell'area, anche privilegiando le attività tradizionali locali già presenti.

Dopo il 1991, il legislatore ha apportato solo piccole modifiche procedimentali e finanziarie[53] all'impianto normativo cristallizzato dalle leg-

[48] Cfr. Corte costituzionale, sentenza del 15 novembre 1988 numero 1031.

[49] GU Serie Generale n.292 del 13 dicembre 1991 – Supplemento Ordinario n. 83.

[50] Dal punto di vista tipologico la legge quadro n. 394/1991 distingue le aree naturali protette in: parchi nazionali e regionali (art. 2, commi 1 e 2), costituiti da aree terrestri, fluviali, lacuali, o marine che contengono uno o più ecosistemi intatti o anche parzialmente alterati da interventi antropici; riserve naturali (art. 2, comma 3), costituite da aree terrestri , fluviali, lacuali o marine che contengono una o più specie naturalistiche rilevanti della flora o della fauna, ovvero presentino uno o più ecosistemi importanti per le diversità biologiche o per la conservazione delle risorse genetiche.

[51] Posto che, come disposto dall'articolo 20, alle riserve marine si applicano le disposizioni del Titolo V della legge n. 979/1982 in quanto compatibili con la nuova normativa nel 1991, gli articoli 18 e 19 introducono alcune novità concernenti il procedimento di istituzione, le modalità di gestione e le attività soggette a divieti e limitazioni. L'articolo 36, inoltre, istituisce una nuova serie di aree marine di reperimento che vanno a rinfoltire l'elenco già stilato dall'articolo 31 della legge n. 979/1982.

[52] L'articolo 1 della legge 6 dicembre 1991 numero 934, che stabilisce le finalità e l'ambito di applicazione della legge quadro, afferma infatti, al comma 4, che nei territori sottoposti al regime di tutela possono essere promosse la valorizzazione e la sperimentazione di attività produttive compatibili.

[53] Il riferimento è all'articolo 2 della legge 9 dicembre 1998 n. 426, all'articolo 8 della legge 23 marzo 2001 n. 83, e agli articoli 8 e 9 della legge 31 luglio 2002 n. 179.

gi n. 979/1982 e n. 394/1991 e, sebbene la legge delega[54] al governo per l'adozione del codice dell'ambiente[55] avesse maglie molto larghe, potenzialmente in grado di legittimare un intervento normativo di sistematizzazione della disciplina delle aree naturali protette, si è scelto di non inserire la materia in questione nell'impianto del testo unico ambientale.

Anche nel 2010, inoltre, quando il decreto legislativo n. 190[56] ha recepito nell'ordimento italiano la Direttiva quadro sulla strategia per l'ambiente marino 2008/56/CE, attribuendo al Ministero dell'Ambiente (n.d.r. oggi Ministero dell'Ambiente e della Sicurezza Energetica) la competenza sull'implementazione di tutte le misure necessarie per la tutela delle coste e del mare e per il conseguimento del "Buono Stato Ambientale" degli ecosistemi marini e costieri[57], non si è sfruttata l'occasione per introdurre una normativa più armonica e sistematizzare il panorama normativo che rimane, ad oggi, caratterizzato da contorni frastagliati[58].

[54] Legge 15 dicembre 2004 n. 308, Delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione. (GU Serie Generale n.302 del 27-12-2004 – Supplemento Ordinario n. 187).

[55] Decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152, Norme in materia ambientale. (GU Serie Generale n.88 del 14-04-2006 – Supplemento Ordinario n. 96).

[56] Decreto legislativo 13 ottobre 2010 n. 190, attuazione della direttiva 2008/56/CE che istituisce un quadro per l'azione comunitaria nel campo della politica per l'ambiente marino. (10G0212) (GU Serie Generale n.270 del 18-11-2010).

[57] Al fine di tutelare la rappresentanza è previsto che, per la definizione della strategia da porre in essere, il Ministero si avvalga di un Comitato Tecnico composto da Amministrazioni Centrali e Regionali, dall'Unione Province d'Italia e dall'Associazione Nazionale Comuni Italiani. Alla luce della complessità tecnico-scientifica degli adempimenti richiesti per l'attuazione della Direttiva quadro, inoltre, è stato sottoscritto uno specifico atto convenzionale che assicura al Ministero il supporto scientifico da parte dell'Istituto Superiore per la Protezione Ambientale (ISPRA). La sinergia tra il Ministero, il Comitato Tecnico e l'ISPRA ha prodotto, di recente, l'aggiornamento della determinazione del "Buono Stato Ambientale" delle acque marine e con la definizione dei traguardi ambientali (Decreto del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare del 15 febbraio 2019. GU n. 69 del 22 marzo 2019) e l'adozione del nuovo Programma di Monitoraggio per la valutazione continua dello stato ambientale delle acque marine per il secondo ciclo di implementazione della Strategia Marina (Decreto del Ministero della Transizione Ecologica del 2 febbraio 2021. GU del 23 febbraio 2021).

[58] Dall'esame della normativa vigente la dottrina ha formulato un quadro classificatorio che pare composto da quattro diverse tipologie di aree marine protette: le riserve naturali marine (ex art. 25 l. n. 979/1982), i parchi nazionali marini (ex art. 2, c. 1, l. n. 294/1991), le aree marine protette istituite sulla base di specifiche disposizioni di legge (ad esempio i Parchi sommersi di Baia e Gaiola istituiti dall'art. 114, c. 10, l. n. 388/2000), e le aree marine protette istituite sulla base di convenzioni o accordi internazionali (ad esempio le aree specialmente protette di importanza mediterranea –

Peraltro, come previsto dalla Direttiva quadro, anche per l'Italia il primo passaggio per procedere alla corretta implementazione della Direttiva (e dunque alla predisposizione di una valida strategia per la salvaguardia del mare) è stato rappresentato dall'effettuazione di una valutazione iniziale dello stato ambientale (che tenesse conto della stima dell'impatto e delle pressioni delle attività antropiche sull'ambiente marino). Tuttavia, come è stato opportunamente rilevato dalla dottrina che si è occupata del tema, la valutazione in questione non è stata imparziale nel ricostruire effettivamente lo stato ambientale del mare italiano poiché, oltre alla misurazione di elementi più prettamente scientifici (legati allo stato fisico dei luoghi) era inclusa nella valutazione anche la ponderazione dei risvolti sociali ed economici connessi alle prospettive di sfruttamento dell'ambiente marino e, dunque, evidentemente, la valutazione di quest'ultimo aspetto fosse ben più plasmabile rispetto alla prima.[59]

3. *La pianificazione dell'uso dello spazio marittimo*

Dalla ricostruzione appena elaborata emerge chiaramente come la tutela dell'ambiente marino richieda una gestione accurata dello spazio marittimo e costiero per garantire che l'utilizzo delle risorse disponibili sia compatibile con la preservazione degli ecosistemi e con le esigenze delle future generazioni.

A livello sovranazionale, il punto di riferimento normativo è senza dubbio rappresentato, per quanto specificatamente concerne il Mediterraneo, dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Barcellona sulla gestione integrata delle zone costiere del Mediterraneo (*Integrated Coastal Zone Management in the Mediterranean* – ICZM Protocol), sottoscritto a Madrid il 21 gennaio 2008[60], il cui obiettivo è quello di

ASPIM – istituite ai sensi del Protocollo della Convenzione di Barcellona o il Santuario dei mammiferi marini previsto dalla l. n. 391/2001 di ratifica ed esecuzione dell'accordo internazionale di Roma del 25 novembre 1999 tra Italia, Francia e Principato di Monaco): cfr. G. Grazia, *Le aree marine protette nell'ordinamento interno. Modelli, elementi costitutivi e vincoli di tutela e gestione*, in *Aspetti normativi e gestionali delle aree marine protette* a cura di G. Tellarini, Bologna, 2012, 153 ss.

[59] F. Fracchia, A. Giannelli, *La tutela dell'ambiente marino in Italia*, cit., 165.

[60] Per un commento si rinvia a T. Scovazzi, *Il Progetto di Protocollo mediterraneo sulla gestione integrata delle zone costiere*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, n. 2/2006, 355 ss.; E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 1/2011, 40 ss.

realizzare "a healthy Mediterranean with marine and coastal ecosystems that are productive and biologically diverse, contributing to sustainable development for the benefit of present and future generations"[61].

La Gestione Integrata delle Zone Costiere, secondo la definizione cristallizzata dall'articolo 2 del Protocollo ICZM, è un processo dinamico per la gestione e l'uso sostenibile delle zone costiere, che tiene conto allo stesso tempo della fragilità degli ecosistemi e dei paesaggi costieri, della diversità delle attività e degli usi, delle loro interazioni, della vocazione marittima degli stessi e del loro impatto su entrambe le componenti marine e terrestri.

La creazione di strategie di pianificazione della gestione integrata, dunque, va identificata come un'importante risorsa per: ridurre i danni diretti ed indiretti per l'ambiente, in conseguenza sia di processi naturali (quali erosione e inondazioni), sia di attività umane (come, ad esempio, il sovraffollamento turistico e l'eccessivo consumo del suolo); mitigare l'eccessivo sfruttamento delle risorse naturali costiere, preservando ecosistemi costieri unici insieme ai loro *habitat* e specie; migliorare i risultati dei settori economici delle zone costiere, sia attraverso la massimizzazione degli investimenti e del turismo, sia puntando sulla coesione sociale ed l'innalzamento della qualità della vita delle comunità costiere[62].

Conformemente all'articolo 18 del Protocollo ICZM, ciascuno Stato è tenuto a predisporre apposite strategie nazionali di gestione integrata delle zone costiere per promuovere uno sviluppo sostenibile, che si fondi su un approccio integrato teso a migliorare sia la qualità dell'ambiente, sia le prestazioni economiche e sociali[63]. Per poter modulare correttamente le rispettive strategie nazionali, peraltro, il Protocollo ICZM identifica, all'articolo 6, alcuni principi generali cui dovrà informarsi l'azione di revisione dello strumentario giuridico-amministrativo: l'obbligo di verifica preventiva della capacità di carico delle zone costiere; l'attivazione di un coordinamento istituzionale intersettoriale effettivo dei vari servizi amministrativi e autorità regionali e locali competenti per le zone costiere; il coinvolgimento delle popolazioni locali e degli *stakeholder*

[61] United Nations Environment Programme / Mediterranean Action Plan (UNEP/MAP), *Mid-Term Strategy 2016-2021*.

[62] Mediterranean Action Plan (MAP/UNEP) e Priority Actions Programme Regional Activity Centre (PAP/RAC), *Common regional framework for integrated coastal zone management*, Split, 2019. Documento adottato con la Decisione IG.24/5 in occasione del 21° Meeting COP21 svoltosi a Napoli dal 2 al 5 dicembre 2019.

[63] Cfr. Priority Actions Programme Regional Activity Centre (PAP/RAC) e Mediterranean Action Plan (MAP/UNEP), *National ICZM Strategy Guidelines. Guidelines for the preparation of National ICZM Strategies required by the Integrated Coastal Zone Management (ICZM) Protocol for the Mediterranean*, Split, 2015.

per rendere il procedimento che porta all'adozione dei vari atti amministrativi di pianificazione e programmazione inclusivo e trasparente.

La tendenza emersa sul piano internazionale con l'introduzione del Protocollo ICZM è stata condivisa anche a livello europeo ove è da tempo condivisa la necessità di attenzionare la complessità della pianificazione dell'uso dello spazio marittimo, caratterizzato dalla compresenza di molteplici interessi economici in concorrenza tra loro per l'utilizzo dei medesimi spazi e delle medesime risorse che, tuttavia, rappresentano al contempo anche parti dell'ambiente marino da tutelare.

Per armonizzare la pianificazione degli spazi marini degli Stati membri, dunque, pur senza intaccare il potere di ciascuno di essi di identificare le priorità d'uso del proprio mare, l'Unione nel 2002 ha adottato un'apposita Raccomandazione sulla gestione integrata delle zone costiere in Europa, *Integrated Coastal Zone Management* (ICZM[64]) – seguita ed integrata, diversi anni più tardi, da due Comunicazioni – e, nel 2014, ha adottato la Direttiva quadro sulla pianificazione dello spazio marittimo[65].

La prima Comunicazione[66], datata settembre 2012, ha identificato esplicitamente il mare e le coste come motori dell'economia ed ha introdotto il concetto di "crescita blu", ovvero "un'iniziativa tesa a valorizzare il potenziale inutilizzato degli oceani, dei mari e delle coste in termini di crescita e di occupazione [… che] può contribuire alla competitività internazionale dell'Unione, all'utilizzo efficace delle risorse, alla creazione di posti di lavoro e allo sviluppo di nuove fonti di crescita, tutelando la biodiversità, proteggendo l'ambiente marino e salvaguardando in tal modo i servizi offerti da ecosistemi marini e costieri sani e in grado di resistere alle crisi"[67]. Per realizzare la crescita blu, si sostiene nella Comunicazione, occorre investire in una "economia blu" basata su cinque "catene di valore" interdipendenti, individuate come possibili fonti di crescita sostenibile e occupazionale: l'energia blu; l'acquacoltura; il turismo marittimo, costiero e di crociera; le risorse minerali marine; la biotecnologia blu.

[64] Raccomandazione 2002/413/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 maggio 2002 relativa all'attuazione della gestione integrata delle zone costiere in Europa. GUUE L 148 del 6 giugno 2002.

[65] Direttiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 che istituisce un quadro per la pianificazione dello spazio marittimo. GUUE L 257, del 28 agosto 2014.

[66] Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Crescita blu. Opportunità per una crescita sostenibile dei settori marino e marittimo*, COM(2012) 494 final, Bruxelles, 13 settembre 2012.

[67] Cit. COM(2012) 494 final, 3.

Sulla scia della prima Comunicazione, poi, la Comunicazione del 2014[68] si è focalizzata sulle prospettive di sviluppo del turismo costiero e marittimo, individuato come la più grande attività marittima d'Europa, ed ha invocato la necessità di proporre una strategia europea capace di migliorare la sostenibilità e la competitività del settore. Tra i vari obiettivi di questa nuova strategia si promuoveva, tra l'altro, anche il rafforzamento della sostenibilità, nella consapevolezza che il turismo dipende dalla salute dell'ambiente e dall'uso sostenibile del capitale naturale.

Nella sua seconda Comunicazione, tuttavia, la Commissione Europea metteva anche in evidenza che lo sfruttamento economico del capitale naturale a scopo turistico ricreativo, se non correttamente regolamentato, rappresenta un potenziale (ma realistico) rischio per l'ambiente destinato a subire pressioni di vario tipo dannose, tra l'altro, per la tutela della biodiversità.

Nella Comunicazione del 2014, quindi, evidenziando la stretta connessione tra mantenimento di un "Buono Stato Ecologico" delle acque costiere e marine e la prosperità del turismo, la Commissione sottolineava la necessità di offrire prodotti attraenti e sostenibili che si traducano in un'esperienza turistica unica e personalizzata, anche grazie alla valorizzazione del patrimonio marino, costiero, subacqueo e culturale.

La Direttiva quadro sullo spazio marittimo del 2014, infine, ha imposto agli Stati membri di elaborare piani di gestione dello spazio marittimo con l'obiettivo di promuovere la coesistenza e la sostenibilità delle attività e degli usi pertinenti, ma non ha dato particolare rilievo agli aspetti di tutela dell'ambiente marino che rimane, dunque, ad oggi ancora regolata dalla disciplina introdotta dalla Direttiva quadro per la protezione dell'ambiente marino del 2008, che rappresenta il perno dell'intera politica comunitaria in materia.

In questo contesto, purtroppo, l'Italia, che ha recepito la Direttiva 2014/89/UE con il decreto legislativo 17 ottobre 2016 numero 201, non è stata in grado di mantenersi al passo con le tabelle di marcia previste dall'UE e non ha presentato il piano per la gestione nazionale del proprio spazio marittimo[69].

[68] Comunicazione della Commissione Europea al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. *Strategia europea per una maggiore crescita e occupazione nel turismo costiero e Marittimo*. COM(2014) 86 final, Bruxelles, 20 febbraio 2014.

[69] Cfr. WWF. *Realizzare la pianificazione dello spazio marittimo attraverso l'approccio ecosistemico*, Position paper, 2021. L'ONG, peraltro, segnala, oltre ai notevoli ritardi nell'adozione dei piani, anche un coinvolgimento ed una partecipazione degli *stakeholders* spesso carente. Per un approfondimento dottrinale, si rinvia a E. Boscolo, *La gestione integrata delle zone costiere in Italia: prospettive e prime esperienze*, in *Rivista quadrimestrale di diritto*

4. *Conclusioni: la difficile identificazione di un compromesso tra esigenze diverse*

Il rapporto tra l'uomo e il mare si è profondamente trasformato col tempo e i nuovi usi del mare, sia pubblici sia privati, sono tali da dar potenzialmente luogo a significativi problemi di conflittualità, sia nell'ottica della tutela delle risorse, sia nell'ottica della corretta gestione degli spazi.

Il legislatore, dunque, anche alla luce delle evoluzioni ambientali dettate dal progredire inesorabile del cambiamento climatico, ha l'arduo compito di individuare un equilibrio, invero assai delicato, tra contrapposte sollecitazioni, predisponendo tutti gli strumenti procedimentali e di pianificazione adatti a consentire all'amministrazione, di volta in volta competente, di operare un ponderato bilanciamento degli interessi coinvolti[70].

In questo conteso, emerge chiaramente come le aree marine protette rappresentino un caso paradigmatico della difficoltà concreta di individuare un equilibrio soddisfacente tra le aspirazioni imprenditoriali allo sfruttamento delle risorse naturali e le esigenze di salvaguardia e valorizzazione delle risorse medesime.

Nell'ordinamento italiano, infatti, le aree marine protette rappresentano, oggi, strumenti fondamentali di gestione territoriale, fungendo da rifugio per la biodiversità minacciata e sostenendo la resilienza degli ecosistemi. Allo stesso tempo, però, sono numerosi gli studi che evidenziano come le aree marine protette generino anche numerosi benefici socioeconomici poiché in grado di favorire, tra l'altro, le attività tradizionali già presenti sul territorio, la creazione di nuove attività compatibili con gli obiettivi di salvaguardia ambientale (come il turismo ecosostenibile) e la ricostituzione degli *stock* ittici[71].

Il compromesso individuato dal legislatore consiste nella suddivisione in zone dei relativi territori costieri e marini cui far corrispondere un diverso regime di tutela in ragione delle caratteristiche dell'ambiente e della

dell'ambiente, n. 1/2011, 40 ss.; F. Fracchia, *La gestione integrata delle coste*, in *Climate change: la risposta del diritto* a cura di F. Fracchia, M. Occhiena, Napoli, 2010, 345 ss.; M. Orlando, *Piani strategici e politiche di gestione integrata della fascia costiera in Sicilia*, in *Territori costieri* a cura di G. Abbate, A. Giampino, M. Orlando, V. Todaro, Milano, 2009, 309 ss.

[70] S. Amorosino, *La valorizzazione del paesaggio e del patrimonio naturale*, in *Il patrimonio naturale tra tutela, valorizzazione e fruizione. Il turismo sostenibile. Atti del Convegno – Ustica, 18-20 giugno 2009* a cura di W. Cortese, Palermo, 2010, 29 ss.

[71] M. di Venosa, M. Manigrasso (a cura di), *Coste in movimento. Infrastrutture ambientali per la rigenerazione dei territori*, Roma, 2022; M. Annesse, L. Chiapperino, *L'area protetta come dotazione territoriale per una rinnovata fruizione della costa*, in *Archivio di studi urbani e regionali*, n. 132/2021, 51 ss.

situazione socioeconomica di contesto. Di conseguenza, le aree marine protette sono divise al loro interno in almeno tre zone, denominate A, B e C, delimitate da coordinate geografiche e riportate nella cartografia allegata al decreto istitutivo di ciascuna area marina protetta pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale, cui rispettivamente corrispondono: aree di riserva integrale, interdette a tutte le attività che possano arrecare danno e/o disturbo all'ambiente marino; aree di riserva generale, dove sono consentite e regolamentate solo una serie di attività che, a parere dell'autorità di gestione dell'area marina protetta, permettono la fruizione dell'ambiente mantenendo l'impatto negativo sull'ecosistema più basso possibile; aree di riserva parziale, dove sono consentite le attività di fruizione e l'uso sostenibile del mare giudicate di modesto impatto ambientale dall'autorità di gestione.

L'analisi che precede, tuttavia, mette in evidenza come questa strategia normativa, posta in essere dal legislatore negli ultimi decenni, non sia servita, sinora, a migliorare nei fatti la situazione del delicatissimo ambiente costiero, che risulta anzi peggiorata per effetto delle logiche di sfruttamento economico[72].

A fronte di un'affermazione formale dell'esigenza di effettuare un bilanciamento ponderato delle contrapposte esigenze di sfruttamento e di protezione, e di un continuo richiamo al principio dello sviluppo sostenibile[73], infatti, la pratica appare evidentemente sbilanciata nel favorire prioritariamente le istanze economiche.

I tentativi di tutelare l'ambiente marino paiono, anzi, essere percepite quasi come un ostacolo[74] di fronte al dilagare di quella che Salvia identificava come la "Sindrome Sedara"[75].

[72] Cfr. AEA Segnali 2021. *La natura in Europa*, Copenhagen, 2021; AEA, *The European environment – state and outlook 2020. Knowledge for transition to a sustainable Europe*, Luxembourg, 2019; UN Environment/MAP, *Regional Action Plan on sustainable consumption and production in the Mediterranean*, Atene, 2017; *SoED 2020. State of the Environment and Development in the Mediterranean*, cit.

[73] Sul principio dello sviluppo sostenibile esiste una bibliografia quasi sterminata: valga qui richiamare, a titolo esemplificativo, i contributi di F. Fracchia, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in *Diritto dell'ambiente* a cura di G. Rossi, Torino, 2021, 181 ss.; F. Fracchia, *Principi di diritto ambientale e sviluppo sostenibile*, in *Trattato di diritto dell'ambiente* a cura di P. Dell'Anno, E. Picozza, , vol. I, Padova, 2012, 559 ss; G. Tellarini, *Lo sviluppo sostenibile nelle aree marine protette*, in *Aspetti normativi e gestionali delle aree marine protette* a cura di G. Tellarini, Bologna, 2012, 33 ss.; F. Salvia, *Ambiente e sviluppo sostenibile*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1998, 235 ss.

[74] F. Salvia, *La difficile coesistenza tra usi e tutela dell'ambiente costiero* in *Il diritto dell'economia*, n. 1/2015, 23 ss.

[75] Spiega Salvia che si tratta di una "patologia" "che comincia a manifestarsi nel secolo XIX con l'avvento della nuova borghesia e che si è andata diffondendo sempre

Del resto, proprio come don Calogero Sedara, il famoso personaggio del Gattopardo di Tomasi di Lampedusa, che trovandosi davanti a qualcosa di bello non riesce a limitarsi ad un giudizio estetico, ma si lascia pervadere immediatamente da tensioni manageriali, allo stesso modo, la continua insistenza delle fonti internazionali, europee e nazionali sulle enormi potenzialità del patrimonio naturale in termini di sviluppo economico per giustificarne la protezione promuove una retorica controproducente. Il risultato concreto, infatti, è sostanzialmente contrario rispetto a quello desiderabile poiché si genera una frammentazione della tutela che in line teorica si vorrebbe garantire all'ambiente naturale, che diventa effettiva solo in quelle frazioni delle aree protette che sono ricomprese nelle zone di riserva integrale tipo A.

In altri termini, tale retorica, da un lato, è potenzialmente in grado di sviare gli interpreti ed i legislatori dalla necessità di tutelare il patrimonio naturale per il suo valore intrinseco e non solo come fattore produttivo da utilizzare per la promozione del turismo e della crescita economica e, dall'altro lato, tende a focalizzare l'attenzione principalmente sulle potenzialità economiche del patrimonio naturale ingenerando una confusione tra mezzi e fini della normativa.

Fortunatamente nell'ultimo anno il quadro normativo italiano si è notevolmente arricchito grazie alla recente modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione operata con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1 (in GU 22 febbraio 2022, n.44). Sebbene, infatti, nella Costituzione fosse già presente un riferimento esplicito alla tutela dell'ambiente e degli ecosistemi[76], per effetto di questa modifica si è ampliata la tutela offerta dall'articolo 9 (fino a ricomprendere espressamente la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali anche

più sino ai nostri giorni, con effetti talvolta devastanti. il clinico che l'ha descritta più efficacemente è un mio illustre conterraneo; G. Tomasi di Lampedusa. Annota l'A.: quando don Calogero Sedara (borghese rappresentativo della nuova Italia) "mette piede" per la prima volta nel salone del Principe di Salina rimane abbagliato alla vista di quegli ori … Ma, dopo un attimo di smarrimento, si riprende; e da homo economicus (qual era), comincia subito a … far di conto, chiedendosi ad alta voce quanto quel salone era potuto costare in termini di … salme di frumento. Il Principe – annota ancora l'A. – si allontanò disgustato". F. Salvia, *Aree protette, proprietà e interessi ambientali*, in *Rivista giuridica di urbanistica*, n. 3-4/2000, 643.

[76] La legge di revisione costituzionale numero 3 del 18 ottobre 2001 recante modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione (GU n.248 del 24-10-2001), infatti, aveva modificato il testo dell'articolo 117, secondo comma, lettera s) della Costituzione individuando la tutela dell'ambiente e degli ecosistemi come materia affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato.

nell'interesse delle future generazioni) ed è stato ampliato anche il dettato dell'articolo 41 (ai sensi del quale la salute e l'ambiente assurgono oggi a paradigmi da tutelare al pari della sicurezza, della libertà e della dignità umana, fungendo così da limite all'iniziativa economica pubblica e privata)[77].

La nuova formulazione dei due articoli costituzionali, quindi, è indubbia testimonianza dell'importanza assunta dalla tematica ambientale nell'ordinamento italiano e si muove nell'ottica di colmare una lacuna valoriale e di ingrandire, proporzionatamente, il nucleo dei diritti fondamentali della persona e della comunità della Repubblica[78].

Sotto il profilo della libertà di iniziativa economica, inoltre, il legislatore costituzionale si allinea alla giurisprudenza della Corte costituzionale (la quale già da anni affermava la necessità di verificare la compatibilità della libertà in questione con la tutela dell'ambiente)[79], e pare accogliere, e finalmente cristallizzare, l'idea che l'ambiente costituisca un patrimonio da tutelare in via autonoma rispetto alla quantità ed all'importanza delle iniziative antropiche che eventualmente possono in esso esplicarsi.

Per ciò che concerne la tutela dell'ambiente marino, pertanto, questa riforma costituzionale può rappresentare finalmente l'occasione per riequilibrare effettivamente il rapporto tra i contrapposti interessi e fare in modo che, nella strategia di pianificazione e programmazione legislativa ed amministrativa, la tutela dell'ambiente abbia il giusto autonomo rilievo.

Per evitare che il monito di Salvia continui ad essere ancora triste-

[77] La ricerca di un nuovo equilibrio nel bilanciamento tra i valori è oggetto di numerosi recenti scritti, tra cui si segnalano, in particolare, R. Cabazzi, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 7/2022, 31 ss.; R. Montaldo, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?,* in *Federalismi.it*, n. 13/2022, 187 ss.; V. Onida, *Ambiente in Costituzione*, in *Corti supreme e salute*, n. 1/2022, 1 ss.; C. Sartoretti, *La riforma costituzionale "dell'ambiente": un profilo critico*, in *Rivista giuridica dell'Edilizia*, n. 2/2022, 119 ss.; R. Montaldo, *Il valore costituzionale dell'ambiente, tra doveri di solidarietà e prospettive di riforma*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 2/2021, 441 ss.; M. Cecchetti, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n.3/2021, 285 ss.; Y. Guerra, R. Mazza, *La proposta di modifica degli articoli 9 e 41 Cost.: una prima lettura*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, n. 4/2021, 109 ss.

[78] Camera dei Deputati. Discussioni sulle linee generali, resoconto stenografico dell'Assemblea Seduta n. 574 di lunedì 11 ottobre 2021.

[79] Cfr. Corte costituzionale 31 maggio 1996 numero 186; Id. 17 marzo 2006 numero 116; Id. 14 giugno 2011 numero 190.

mente ed incredibilmente attuale nonostante la novità costituzionale, tuttavia, è doveroso sottolineare che questo risultato può essere raggiunto unicamente se alle novità introdotte nel testo costituzionale si accompagna anche un'impostazione concettuale che rivisita il contenuto del principio dello sviluppo sostenibile, archiviando definitivamente la visione dell'ambiente come mera *res*.

Conseguentemente, sotto il profilo concreto, tale nuova impostazione deve anche prevedere un rimodellamento della tipica suddivisione in zone caratterizzate dalla previsione di un regime di protezione gradualmente sempre più affievolito.

Se, infatti, è certamente necessario ampliare l'estensione delle aree marine protette esistenti ed istituirne di nuove, è altrettanto essenziale che, nell'ambito di quelle già esistenti, si favorisca una maggiore estensione delle aree di riserva integrale rispetto alle aree di riserva generale e parziale, ristabilendo il delicato equilibrio tra tutela dell'ambiente e promozione delle attività economiche nella pianificazione dello spazio marino, garantendo l'effettività della tutela e potenziando l'efficacia della pianificazione.

COMBATER À CORRUPÇÃO E INFORMAR SOBRE A ADMINISTRAÇÃO

di Francesco Fabrizio Tuccari

SUMÁRIO: 1. Premissa. – 2. O fenômeno: perfis e problemas. – 3. Princípios e regras: a perspectiva do direito internacional. – 4. O quadro europeu. – 5. A experiência italiana. – 6. Para continuar.

1. *Premissa*

O tema da corrupção, considerado sob o aspecto jurídico[1], apresenta inúmeros nós a serem desatados e poucas certezas.

A prova disso são as reiteradas contendas baseadas em questões de fundo do fenômeno corruptivo, tal como as de matriz econômica ou sociocultural[2], de alcance global-internacional-supranacional ou nacional-

[1] Ver, R. CANTONE, E. CARLONI, *Che cosa è la corruzione?*, em IIDD., *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Feltrinelli, Milano, 2018, p. 13 ss., espec. p. 14 ss., os quais evidenciam a natureza polissêmica do vocábulo "corrupção", sublinhando sua relevância não apenas sobre o plano jurídico, mas também naturalístico e ético social (p. 14-15 e 22-24).

[2] Sobre a origem econômica da corrupção, conferir M. CENTORRINO, M. LISCIANDRA, *La teoria economica della corruzione*, em M. CENTORRINO, M. LISCIANDRA, N. PARISI, D. RINOLDI, *La corruzione fra teoria economica, normativa internazionale, modelli d'organizzazione d'impresa*, em *Quaderni europei*, 18, 2010, em *www.lexunict.it/cde/quadernoeuropei/giuridiche/18_2010.pdf*. Sobre a origem sócio cultural da corrupção, conferir M. VITALE, M. GERONZIO (coord.), *Corruzione. Malattia sociale che distrugge competitività, civiltà, Costituzione e carità*, ESD, Bologna, 2010; C.A. BRIOSCHI, *Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai giorni nostri*, TEA, Milano, 2004; ID., *Il malaffare. Breve storia della corruzione*, Longanesi, Milano, 2010; ID., *La corruzione. Una storia culturale*, Guanda, Milano, 2018. Por uma útil perspectiva de conjunto, N. PARISI, G.L. POTESTÀ, D. RINOLDI (coord.), *Prevenire la corruzione. Questioni e modelli emergenti tra diritto, etica ed economia*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

-local[3] e de consistência individual-subjetiva ou institucional objetiva[4]; questões que devem ser afrontadas com determinação e recíproca complementariedade entre as diversas perspectivas que emergem do debate em argumento.

A premissa da qual se parte permanece estática mesmo na presença de conceitos aparentemente compartilhados, como a noção de corrupção[5], em que há consenso em sua individualização por meio da aproximação entre a moderna abordagem preventiva[6] e o tradicional enfoque repressivo permitindo sua dedução a partir da combinação do originário significante penalista de microcosmo de delitos contra a Administração

[3] Ver E.U. Savona, L. Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, Carocci, Roma, 1998; L. Borlini, P. Magrini, *La lotta alla corruzione internazionale dall'ambito OCSE alla dimensione ONU*, em *Dir. comm. int.*, 2007, 1, p. 15 ss.; D. Rinoldi, *Corruzione pubblica e privata, unità del mondo e società liquida*, em *Quaderni dell'Associazione per lo sviluppo degli studi di banca e borsa-Università Cattolica del Sacro Cuore*, 32, 2009, em *www.aassbb.it/wp-content/uploads/2014/10/ED_32.pdf*; Id., *Corruzione pubblica e privata: adeguamento dell'ordinamento italiano alla disciplina internazionale ed europea di contrasto*, em *La corruzione fra teoria economica*, já ref.; V. Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, ESI, Napoli, 2012; A. Del Vecchio, P. Severino (coord.), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 2014; N. Parisi, *Alle origini della scelta del tema: la rilevanza dell'azione di contrasto alla corruzione nell'ambito della ricerca interdipartimentale 'Crisi dell'eurocentrismo e futuro dell'umanesimo europeo'*, em *Prevenire la corruzione*, já ref., p. 25 ss.; Id., *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, em *www.federalismi.it*, 2019, 9.

[4] Ver M. D'Alberti, R. Finocchi (coord.), *Corruzione e sistema istituzionale*, Il Mulino, Bologna, 1994; A. Vannucci, *Come combattere la corruzione in Italia?*, em *Quad. soc.*, 1997, 14, p. 121 ss.; F. Cazzola, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Il Mulino, Bologna, 1998; G. Melis (coord.), *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, CUEN, Napoli, 1999; A. Vannucci, *Un nuovo paradigma contro la corruzione*, em *Riv. bim. di cult. e pol.*, 2012, 3, p. 422 ss.; AA.VV., *La dimensione della corruzione. Una prospettiva filosofica*, em *Not. di Pol.*, 2018, 129, p. 3 ss.; I. Sales, S. Melorio, *Storia dell'Italia corrotta*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2019.

[5] Ver, nesses termos, a circular do Departamento de Função Pública de 25 de janeiro de 2013, n.1, que se refere, de fato, a um (novo) «conceito de corrupção».

[6] Ver N. Parisi, *Il contrasto alla corruzione e la lezione derivata dal diritto internazionale: non solo repressione, ma soprattutto prevenzione*, em *Dir. com. e sc. int.*, 2016, 1, p. 185 ss; G.M. Flick, *Riflessioni e perplessità sul sistema di prevenzione e di repressione della corruzione*, em *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2018, 3-4, p. 461 ss. Por uma visão global, cf. E. Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023.

Pública[7] e particulares[8] com mais abrangente nicho da má administra-

[7] Sobre a corrupção como "família de delitos" dos agentes públicos contra a Administração Pública (art. 318 e seguintes do Código Penal, verificam-se três reformas em pouco mais de seis anos (l. 6 de novembro de 2012, n. 190 «Disposições para a prevenção e a repressão da corrupção e da ilegalidade na Administração Pública», Lei n. 27 de maio de 2015, n. 69 «Disposições em matéria de delitos contra a Administração Pública, de associação de tipo mafioso e de falso balanço» e Lei n. 9 de janeiro de 2019, n. 3 «Medidas para combater os crimes contra a Administração Pública, bem como em matéria de prescrição de crimes e em matéria de transparência dos partidos e dos movimentos políticos», ver, sem a pretensão de completude, F. Cingari, *Repressione e prevenzione della corruzione pubblica. Verso un modello di contrasto integrato*, Giappichelli, Torino, 2012; D. Pulitanò, *La novella in materia di corruzione*, em *Cass. pen*., 2012, 11 (suppl.), p. 3 ss.; S. Seminara, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, em *Dir. pen. e proc.*, 2012, 10, p. 1235 ss.; S. Spadaro, A. Pastore, *Legge anticorruzione (l. 6 novembre 2012, n. 190),* Giuffrè, Milano, 2012; V. Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge-anticorruzione*, em *www.penalecontemporaneo.it*, 2012, 2; B.G. Mattarella, M. Pelissero (coord.) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013; D. Brunelli, *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà*, em *Arch. pen.*, 2013, 1, p. 67 ss.; E. Dolcini, *Appunti su corruzione e legge anti-corruzione*, em *Riv. it. dir. proc. pen*., 2013, 2, p. 529 ss.; R. Garofoli, *La nuova disciplina dei reati contro la p.a.*, em *www.penalecontemporaneo.it*, 2013, 1; Id., *Il contrasto alla corruzione: il percorso intrapreso con la l. 6 novembre 2012, n. 190, e le politiche ancora necessarie*, *ivi*, 2013, 2; P. Severino, *La nuova legge anticorruzione*, em *Dir. pen. e proc.* 2013, 1, p. 7 ss.; A. Sessa, *Prevenzione e 'selezione primaria' nella legge n. 190 del 2012: l'antiformalismo come metodo per una razionalizzazione del sistema penale*, em A. Jazzetti, A. Bove (coord.), *La legge anticorruzione. I. La riforma dei reati contro la P.A*., Giapeto, Napoli, 2014, p. 201 ss.; M. Pelissero, *I delitti di corruzione*, em C.F. Grosso, M. Pelissero (coord.), *Reati contro la Pubblica Amministrazione*, em C.F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro (coord.), *Trattato di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 245 ss.; A. Manna, *Considerazioni generali sulla legge anticorruzione e sul decreto legislativo delegato in tema di incandidabilità e decadenza dei parlamentari*, em A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (coord.), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, UTET, Torino, 2015, p. 168 ss.; F. Cingari, *Una prima lettura delle nuove norme penali a contrasto dei fenomeni corruttivi*, em *Dir. pen. e proc.*, 2015, 7, p. 805 ss.; V. Mongillo, *Le riforme in materia di contrasto alla corruzione introdotte dalla legge n. 69 del 2015. Voce per il "Libro dell'anno del diritto Treccani 2016"*, em *www.penalecontemporaneo.it*, 2015, 12; A. Spena, *Dalla punizione alla riparazione? Aspirazioni e limiti dell'ennesima riforma anticorruzione (l. 69/2015)*, em *Studium Iuris*, 2015, 10, p. 1115 ss.; A. Sessa, *Sistema penale e 'legalità reticolare': opzioni di valore nella più recente normativa anticorruzione*, em *Le Corti Salernitane*, 2017, 1-2, 265 ss.; G. Flora, A. Marandola (coord.), *La nuova disciplina dei delitti di corruzione. Profili penali e processuali (L. 9 gennaio 2019, n. 3 c.d. «spazzacorrotti»)*, Pacini, Pisa, 2019; M. Gambardella, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, em *Cass. pen.*, 2019, 1, p. 44 ss.; V. Mongillo, *La legge "spazzacorrotti": ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione*, em *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 5.

[8] Sobre a corrupção entre particulares (art. 2635 e seguintes do Código Civil), formalmente introduzida e disciplinada no ordenamento italiano pelo Decreto-legislativo (d.lgs.) 15 de maio de 2017, n. 38 «Atuação da decisão quadro 2003/568/GAI do Conselho, de 22 de julho de 2003 relativa à luta contra a corrupção do setor privado, v. A.L.

ção[9]; para, depois, evidenciar como a última, quando não acaba dando

Clerici, *La corruzione tra privati*, Key, Vicalvi, 2017; S. Seminara, *D. Lgs. 15 marzo 2017, n. 38. Il gioco infinito: la riforma del reato di corruzione fra privati*, *Dir. pen. e proc.*, 2017, 6, p. 712 ss.; A. Rugani, *Riforma della "corruzione fra privati" (d.lgs. n. 38/2017): l'ennesima occasione perduta*, em *Cass. pen.*, 2017, 12, p. 4312 ss.; A. Rossi, *La riforma del "sistema punitivo" della corruzione tra privati: nuove fattispecie e nuove sanzioni per le persone fisiche e per gli enti*, em *Le soc.*, 2017, 6, p. 751 ss.; E. La Rosa, *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Giappichelli, Torino, 2018. Na realidade, a redação anterior do art. 2635 do Código Civil (na versão correspondente ao art. 1 do Decreto-legislativo (d.lgs.) de 11 de abril de 2002, n. 61 «Disciplina dos ilícitos penais e administrativos referentes às sociedades comerciais, à norma do artigo 11 da Lei de 3 de outubro de 2001, n.366», apesar de se referir expressamente à «infidelidade após a dação ou promessa de utilidade», e, portanto, não mais evocando a corrupção, foi destinada a , com base no debate e nas instâncias internacionais e supranacionais da época (Convenção de Bruxelas de 26 de maio de 1997 sobre a luta contra a corrupção; Convenção OCSE de Paris de 17 de dezembro de 1997, que entrou em vigore m 15 de fevereiro de 1999, sobre a luta contra a corrupção; ação comum europeia de dezembro de 1998), introduzir um tipo penalmente relevante para a corrupção também no setor privado; "sem fazer referência" à corrupção, o que desde o início constituiu uma das principais críticas do texto da lei.

[9] A referida circular do Departamento da Função Pública n.1/2013, evoca um «conceito de corrupção […] que compreende várias situações em que, no curso da atividade administrativa, verifique-se o abuso por parte do agente a quem foi confiado determinado poder com o escopo de obter vantagens para si. As situações relevantes são, portanto, evidentemente mais amplas do que o tipo penal […] compreendendo não apenas a inteira variedade de crimes contra a administração pública […], mas também as situações em que – independentemente da relevância penal – seja evidenciado um mal funcionamento da Administração em razão do uso para fins privados das funções atribuídas»; ver, também, a determinação ANAC de 28 de outubro de 2015, n. 12, que se refere à corrupção como fenômeno não só mais amplo do que «o específico crime de corrupção e do complexo de crimes contra a Administração Pública, mas coincidente com a "*maladministration*", entendida como a tomada de decisões (de interesse à conclusão de procedimentos, de determinações de fases internas a procedimentos singulares, de gestão de recursos públicos) divergentes da cura do interesse geral em razão da influência imprópria de interesses particulares. Constata-se a prática de atos e comportamentos que, mesmo sem caracterizar crimes, se insurgem à necessária tutela do interesse público, prejudicando a confiança dos cidadãos na imparcialidade da Administração e dos sujeitos que desenvolvem atividades de interesse público». Na doutrina, ver também a K.C. Weare, *Maladministration and its remedies*, The Hamlyn Trust, London, 1973, S. Cassese, "Maladministration*" e rimedi*, em *Foro it.*, 1992, 9, V, col. 243 ss.; F. Merloni, R. Cavallo Perin (coord.), *Al servizio della Nazione*, Franco Angeli, Milano, 2009; F. Merloni, L. Vandelli (coord.), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010; F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, em *Riv. trim. dir. pub.*, 2012, 1, p. 177 ss.; B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, em *Giorn. dir. amm.*, 2013, 2, p. 123 ss.; M. De Benedetto, *Administrative corruption*, em J. Backhaus (coord.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on line, 2014; F. Fracchia, *L'impatto delle misure anticorruzione e della trasparenza sull'organizzazione*

origem à substancial duplicação das correspondentes disposições do crime[10], distinta e distante da corrupção, algumas vezes, constituindo sua causa ou efeito, porém, em outras, prescindindo totalmente[11].

Em contrapartida, a principal (e talvez única) certeza corresponde à dificuldade de trazer à tona o fenômeno corruptivo[12], que, como regra, surge e se prolifera em climas e contextos conspiratórios em decorrência de suas características intrínsecas[13], a partir das quais, de acordo com a função desempenhada pelos sujeitos envolvidos[14], emerge o interesse "positivo" de ocultação ou o interesse "negativo" de não exteriorização; características às quais se acrescenta o tácito "pacto de não beligerância", típico dos ambientes da vida e do trabalho, induzidos pelo temor

amministrativa, em *Dir. ec.*, 2015, 3, p. 483 ss.; F. Martines, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, em *www.federalismi.it*, 2015, 5; M. D'Alberti (coord.), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Jovene, Napoli, 2017; E. Carloni, *Fighting Corruption Trough Administrative Measures. The Italian Anti-Corruption Policies*, em *www.ijpl.eu*, 2017, 2, p. 261 ss.; Id., *Misurare la corruzione? Indicatori di corruzione e politiche di prevenzione*, em *Pol. dir.*, 2017, 3, p. 445 ss.; A. Lazzaro, *Trasparenza e prevenzione della cattiva amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2017; N. Gullo, *La prevenzione della corruzione nel sistema amministrativo: impulsi del diritto europeo e tendenze evolutive della legislazione italiana*, em *Dir. e proc. amm.*, 2017, 4, p. 939 ss.; M. Ramajoli, M. Delsignore, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, em *Riv. trim. dir. pub.*, 2019, 1, p. 61 ss.

[10] S. Amorosino, *Il Piano Nazionale Anticorruzione come atto di indirizzo e coordinamento amministrativo*, em *Nuove aut.*, 2014, 3, p. 543 ss., destaca que a «tentativa de ampliar comportamentos corruptivos além da esfera penalista» resulta «ineficaz porque a descrição ora relatada nada acrescenta à figura do crime descrita pelo art. 318 do Código Penal».

[11] F. Pinto, *Il mito della corruzione. La realtà della malamministrazione*, Aracne, Canterano, 2018, espec. p. 20 ss. e p. 75 ss.; V. Brigante, *Contributo allo studio della corruzione nei contratti pubblici: precisazioni terminologiche e valutative, tra esigenze di uniformità nazionale e opportunità di declinazione locale*, em *Ist. Fed.*, 2019, 2, p. 485 ss.

[12] Com particular referência à realidade italiana, ver, B.G. Mattarella, *Le regole dell'onestà: etica, politica, amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 2007; N. Fiorino, E. Galli, *La corruzione in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2013; F. Manganaro, *La corruption en Italie*, em *www.iuspublicum.it*, 2014, 2.

[13] P. Davigo, G. Mannozzi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Bari-Roma, 2007, p. 34, destacam como a corrupção representa, por um lado, «um típico crime-contrato […] bilateralmente ilícito (em relação ao qual ambos os *partners* são puníveis), caracterizando também a máxima privacidade da realização» e, por outro lado, «um crime de expansão lesiva retardada», o que lhe assegura «as notas de uma baixíssima propensão à denúncia».

[14] Autoria, coautoria, participação, envolvimento, *etc*.

de represálias e discriminações[15], que comporta uma tendência ao desinteresse em denunciar a conduta ilícita praticada por terceiros[16].

Não significa que se trata de um fenômeno silente: existem, na verdade, instrumentos e técnicas, como as estatísticas judiciárias e outros tipos de amostras[17] que permitem detectar e medir em termos quantitativos e qualitativos, nem que seja só a percepção[18], por meio de uma série de indicadores e dados que, mesmo com (por vezes muito) diferente grau de confiabilidade[19], são reputados úteis; ainda mais se considera-

[15] Fruto do "viver quieto", que compreende também a «aparente» amizade e «solidariedade entre colegas», que pode ser traduzida como «como uma espécie de discrição»: assim R. Cantone, E. Carloni, *Il "*whistleblowing*"*, em IIdd., *Corruzione e anticorruzione*, já ref., p. 133 ss., espec. p. 133-134.

[16] R. Cantone, *La tutela del* whistleblower*: l'art. 54-*bis *del d.lgs. n. 165/2001*, em *La legge anticorruzione*, já ref., p. 244 ss.

[17] Baseados na corrupção percebida ou diretamente conhecida ou vivida pelos entrevistados ou até mesmo no efetivo custo ou andamento anômalo dos contratos públicos: ver a relação da Comissão para o estudo e a elaboração de propostas sobre o tema da transparência e prevenção da corrupção na Administração pública, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*, Presidenza del Consiglio dei Ministri – Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, Roma, 2012, 1 ss., espec. p. 9 ss.; A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, em *La corruzione amministrativa*, já ref., p. 57 ss.; Id., *Atlante della corruzione*, EGA, Torino, 2012; Id., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, em *La legge anticorruzione*, já ref., p. 48 ss.; Id., *Costi di transazione e meccanismi di* governance *nel mercato della corruzione*, em *Riv. it. pol. pub.*, 2018, 1, p. 25 ss.; F. Monteduro, A. Buratti, S. Brunelli, *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Formez, Roma, 2013; L. Di Donato, *L'analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?*, em *www.federalismi.it*, 2015, 21; E. Carloni, *Misurare la corruzione?*, já ref.; M. Gnaldi, B. Ponti (coord.), *Misurare la corruzione oggi: obiettivi, metodo, esperienze*, Franco Angeli, Milano, 2018; R. Cantone, E. Carloni, *Quanta corruzione c'è e come misurarla*, em *Corruzione e anticorruzione*, já ref., p. 29 ss.; II.dd., *'Percezione' della corruzione e politiche anticorruzione*, em *www.penalecontemporaneo.it*, 2019, 2; J. Gagliardi, *La misurazione della corruzione: tra attualità e prospettive nell'esperienza italiana*, em *www.amministrazioneincammino.it*, 2020, 9.

[18] G. Cocco, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, em *Resp. civ. e Prev.*, 2018, 2, p. 374 ss., afirma que o «dado que deve ser considerado para delinear os instrumentos corretos de oposição à corrupção é a não mensurabilidade do fenômeno, sendo ofertada exclusivamente a medida da percepção da corrupção que, enquanto tal, não se refere à corrupção real e, principalmente, determinada da pontos de vistas específicos».

[19] O ponto fraco das estatísticas judiciárias pode ser individuado na discrepância verificada entre o número dos crimes cometidos e os crimes apurados devido às próprias características intrínsecas da corrupção, anteriormente apontadas (ver nota n. 13), bem como ao fato que as condenações são ligadas a uma série de circunstâncias variáveis. O "tendão de Aquiles" das amostragens fundadas na corrupção percebidas pode ser individuado, por um lado, no risco não abstrato que, tendo em conta a subjetividade-

dos como elementos cognitivos que interagem entre si à semelhança dos marcadores da corrupção[20] destinados a adquirir maior e melhor inteligência possível, no duplo sentido etimológico de *intus* e *inter legere*[21], como precondição para poder enfrentá-la de forma eficaz.

No âmbito de um «sistema em evolução»[22], como o objeto do presente estudo, torna-se imprescindível a participação da sociedade civil, por vezes, inclusive, com previsão normativa em nível internacional[23], que se traduz numa efetiva colaboração e numa sinérgica cooperação com os polos institucionais dando origem a formas de controle ulterior e difuso sobre a atuação dos poderes públicos.

Sob tal perspectiva, que se baseia nos princípios de solidariedade, igualdade, fidelidade e subsidiariedade, em sentido horizontal, a função, sem dúvida primária, pode ser exercida por um instrumento cuja cifra distintiva e cujo ponto de força, que o torna «insubstituível»[24], consiste

-não unicidade da percepção, não exista correspondência com a corrupção real e, por outro lado, em razão do fato que esses não remontam às causas do fenômeno corruptivo. Discurso semelhante vale para as amostras fundadas em corrupção conhecida ou vivenciada, no caso em que os entrevistados sejam relutantes ou respondam sem sinceridade; o custo das obras públicas é, regra geral, inversamente proporcional ao risco derivado do grau de desenvolvimento das investigações judiciais: contido, quando o risco é elevado porque as investigações estão no ponto alto; tendente a aumentar quando o risco é baixo porque não existem investigações, ou as mesmas ainda estão em fase inicial ou já foram substancialmente exauridas. Em relação à temática, podem ser citadas as obras referidas na nota anterior, e a seguinte: R. Razzante, G. Tartaglia Polcini, *Prevenzione e repressione della corruzione a livello internazionale. La relativa fallacia degli indicatori di* rating *e le moderne strategie di contrasto*, em *Dir. pen. glob.*, 2017, 1, p. 7 ss.

[20] R. Cantone, E. Carloni, *Quanta corruzione c'è*, já ref., p. 41.

[21] Ou seja: de capacidade de ler «dentro, em profundidade» uma dada realidade, para compreendê-la «não em maneira superficial, mas indo além, em profundidade, para apreender os aspectos escondidos e que não estão automaticamente evidentes»; e, respectivamente, de capacidade de ler «nas entrelinhas», "em filigrana", uma dada realidade, «para desvendar relações e interconexões entre seus várias aspectos […] a fim de compreender de forma mais ampla e completa»: nesse sentido, "Custodi di parole" 2018/2019, em *www.coopeduca.it*.

[22] A. Pertici, M. Trapani (coord.), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione* (Atti del Convegno, Pisa, 5 ottobre 2018), Giappichelli, Torino, 2019. P. Davigo, *Il sistema della corruzione*, Laterza, Bari-Roma, 2019.

[23] Ver, por exemplo, o art. 12 da Convenção da União africana sobre a prevenção e o contraste à corrupção (1° de julho de 2003) e o Preâmbulo da Convenção Arabe anticorrupção (21 de dezembro de 2010).

[24] R. Cantone, *Introduzione*, em R. Cantone, N. Parisi, L. Valli, A. Corrado-M.G. Greco (coord.), *Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico: l'Italia investe nel* WhistleBlowing*, importante strumento di prevenzione della corruzione*, in *www.anticorruzione.it* (22.6.2016), p. 3.

na origem das informações sobre o fenômeno corruptivo[25], provenientes do interior dos vários contextos de trabalho que são afetados e que, por isso, constituem um observatório altamente privilegiado[26].

Trata-se das denúncias dos ilícitos e irregularidades realizadas espontaneamente no interesse público pelos trabalhadores, para chamar a atenção de outrem a respeito da violação de regras de conduta em geral para que o mesmo seja corrigido.

2. *O fenômeno: perfis e problemas*

É fácil de intuir, desde o início, que o tema envolve os âmbitos cultural, ético e político, antes mesmo e muito além do jurídico[27], relacionando-se sobretudo ao conceito tido pelo denunciante e à consequência que a realização da denúncia possa ter em relação ao ambiente de trabalho e à opinião pública de modo geral; conexo, inclusive, à real vontade política de afrontar um tema tão escorregadio e espinhoso; bem como, à configuração e à aplicação do regime disciplinar correspondente, os quais podem incidir sensivelmente sobre o destino do instituto.

Proveniente dos sistemas de *common law*, particularmente do sistema norte-americano[28], e sucessivamente introduzido em numerosos outros

[25] A. Zuliani, *Informazioni per contrastare la corruzione*, em *Studi parl.*, 2013, 181-182, p. 75 ss.

[26] Ver D.U. Galetta, P. Provenzano, *La disciplina italiana del* whistleblowing *come strumento di prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione: luci e (soprattutto) ombre*, em *www.federalismi.it*, 2020, 18, p. 112 ss., espec. p. 112-113; de «vigilância coletiva» interna fala G. Fasano, *La vigilanza collettiva interna nella politica di prevenzione della corruzione: l'interesse all'integrità della pubblica amministrazione qualifica una posizione giuridica attiva azionabile dal singolo. Prospettive di riforma della disciplina verso un nuovo modello di pubblico impiego*, em *wwww.federalismi.it*, 2020, 14, p. 138 ss.

[27] G. Fraschini, N. Parisi, D.G. Rinoldi, *Il* whistleblowing. *Nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno, Acireale, 2011; D. Del Monte, G. Fraschini (coord.), *Un'alternativa al silenzio. Promozione delle segnalazioni nell'interesse pubblico*, Transparency International Italia, Milano, 2012, 19 ss.; G. Gargano, *La "cultura del* whistleblower*" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*, em *www.federalismi.it*, 2016, 1.

[28] Precedido pelo denominado caso Grannis *et al*. del 1777 relativo à denúncia de tratamentos bárbaros e desumanos lesando prisioneiros (v. S.M. Kohn, *The Whistle-Blowers of 1777*, em *The New York Times*, 12.6.2011), o primeiro ato normativo do ordenamento norte-americano sobre a matéria foi convencionamente individuado pelo *False Claims Act* de 1863, criado para afrontar a corrupção relacionada a fornecimentos militares, o qual, porém, ainda não utiliza as expressões *whistleblowing* e *whistleblower*

ordenamentos, quase sempre em atuação de obrigações internacionais e supranacionais[29], o fenômeno em questão foi, na verdade, por muito tempo, considerado com desconfiança, quando não em maneira negativa ou de forma reprovável, identificando o denunciante, também chamado assoprador do apito, cuja ascendência pode ser relacionada à figura do delator romano, do ostracismo e do sicofanta grego[30], como aquele que revela a notícia referente ao próprio ambiente de trabalho quebrando as obrigações basilares de fidelidade, lealdade e privacidade[31] em relação à organização à qual pertence, as quais incumbem a qualquer prestador de

(que, como esclarecido na nota n. 28, passou a fazer parte de um específico jargão adotado no início dosa nos Cinquenta do século passado) mas as locuções «*qui tam* action» e «relator» que sustentam uma verdadeira ação popular. A normativa introduzida dessa forma foi criada e implementada por *Lloyd-La Follette Act* del 1912; após disso, entendido em sentido claro seja no texto que referido nas notas anteriores, o *whistleblowing* encontrou acesso a princípio em setores específicos, como aqueles da responsabilidade por danos de produtos defeituosos [R. Nader, P.J. Petkas, K. Blackwell (coord.), *Whistle blowing. The Report of the Conference on Professional Responsibility*, Grossman, New York, 1972] e por vícios de projetização ou de execução de obras públicas (R. T. De George, *Ethical Responsibility of Engineers in Large Organizations: The Pinto Case*, em *Busin. & Prof. Eth. Journ.*, 1981, 1, 1 ss.), para depois assumir caráter geral com o *Whistleblower Protection Act* del 1989, seguido pelo *Fraud Enforcement and Recovery Act* de 2009 e pelo *Whistleblowing Enhancement Act* de 2012: atos normativos que determinaram a difusão também em matéria de combate à corrupção, da luta contra a infração fiscal e, mais genericamente, ao uso deturpado do poder (M.P. Miceli, J.P. Near, *Blowing the Whistle*, Lexington Books, New York, 1992; [illegible] vários [illegible] características [illegible] whistleblower, ainda referindo-se ao ordenamento britânico, em que desde 1998 vigora o *Public Disclosure Act*, integrado e modificado em 2013 pelo *Enterprise and Regulatory Reform Act*, ver [illegible] «whistleblowing» [whistleblower], primeiramente, para ulteriores informações sobre [illegible] em relação ao direito norte-americano, [illegible]

[29] Com referência ao *whistleblowing* em matéria de [illegible] *infra*, § 3 e 4.

[30] [illegible] *Corruption*, 2018, 4, p. 475 ss.; [illegible] Cambridge University Press, Cambridge, 2017 [illegible] sicofanta [illegible] M. Martone, [illegible] 2017, 179, em *Arg. dir. lav.*, 1998, 1, p. 61 ss., espec. p. 67. [illegible] N. Bowie, *Business Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1982, 140 ss.; [illegible] 22-29 [illegible] M. Signorelli, [illegible] G. Gulisano, *Il whistleblowing nella* [illegible] *riv.*, 2020, 10, p. 1937 ss.

serviço[32]; daí um florilégio de epítetos que variam daquele mais neutro de informante ao extremo do traidor e até mesmo do sabotador[33].

A sucessiva reavaliação do fenômeno, fruto da revisão de tais conceitos difundida nos primeiros anos da década de setenta do século passado, direcionou para que o denunciante fosse identificado como aquele sujeito que, antepondo o interesse geral ao interesse da organização à qual pertence, comunica as várias ilicitudes, ilegitimidades, irregularidades e, de forma geral, as disfunções que acontecem[34]; e enfatizando a função a ser realizada, em perspectiva supererrogatória[35], um bom samaritano[36], guerreiro[37], herói ou santo[38], que age sem se preocupar com os riscos pessoais e profissionais, expondo-se conscientemente e voluntariamente.

Entretanto, com frequência, associa-se o fenômeno em questão às consequências prejudiciais que dele podem derivar, seja em relação à vida laborativa do denunciante, seja no que tange à imagem e reputação do aparato organizativo de referimento[39], razão pela qual os denunciantes são normalmente considerados muito mais do que pessoas a quem

[32] Entendido como pessoa física ou ente, seja público que privado, independentemente da forma jurídica assumida.

[33] Para uma perspectiva resumida útil, ver T.D. Miethe, *Whistleblowing at Work. Tough Choices in Exposing Fraud, Waste, and Abuse on the Job*, Routledge, London, 2019, p. 11 ss., que se refere às várias expressões em voga, tais como, sem pretenção de completude: *informer* (informante), *sneak* o *tattletale* (espião), *snitch* (infiltrado), *squealer* o *stool pigeon* (espião), *rat* o *mole* (delator), *nark* (informador), *rumour-monger* (desbocado), *scandalmonger* (mexeriqueiro), *scaremonger* (alarmista), *gobber* (linguarudo), *fink* (dedo-duro), *grass* (informante), *supergrass* (arrependido), *big mouth* (boca grande), *blabbermouth* (fofoqueiro), *traitor* (traidor), *saboteur* (sabotador).

[34] A ativação do processo de reavaliação do *whistleblower* é convencionalmente atribuído à Ralph Nader, que classifica o *whistleblower* «as a man or a woman who, believing that the public interest overrides the interest of the organization that he/she serves, blow the whistle that the organization is involved in in corrupt, illegal, fraudulent, or harmful activity» [R. Nader, *Introduction*, in R. Nader, P.J. Petkas, K. Blackwell (coord.), *Whistle blowing*, já ref., VII]. Depois, a noção repercutiu oficialmente também na linguagem comum em 1986 (ver *Oxford English Dictionary*, já ref.).

[35] Destacando em sentido crítico, M. Bocchiola, *La specificità del* whisteblowing, em AA.VV., *La dimensione della corruzione*, já ref., p. 50 ss., espec. p. 54 ss.

[36] C. Fabre, *Good Samaritanism: A Matter of Justice*, em *Crit. Rev. of Int. Soc. and Pol. Phil.*, 2002, 5, p. 241 ss.

[37] R. Khan, *Whistleblower: Warrior, Saboteur or Snitch?*, em *www.forbes.com* (05.7.2018).

[38] B. Gabriele, *La testimonianza di un* whistleblower*: santo ed eroe del nostro tempo?*, em *Protezione delle "vedette civiche"*, já ref., p. 145 ss.

[39] Ver, E. Ceva, M. Bocchiola, *Is Whistleblowing a Duty?*, Polity Press, Cambridge-Medford, 2019, p. 3-4.

observar e tutelar[40], pois são vistos como figuras de quem não é possível se ter o controle, isto é, totalmente o oposto: em relação a quem é preciso tomar cuidado e até mesmo tutelar-se.

A partir de então, o entendimento predominante é o de que a consolidação do fenômeno deve necessariamente passar, em primeiro lugar, pelo incentivo e, depois, pela proteção[41], para que seja transformado, com o apoio «da "cultura do ente" marcada pela transparência e integridade»[42], num dos eixos fundamentais que, sob uma perspectiva dinâmica, torne-se uma tática, caracterizando-se como a maior estratégia de oposição ao fenômeno corruptivo; colocando imediatamente fim à alternativa entre entregar o incentivo do instituto a um sistema de recompensa específico e individuar outras e diversas possíveis soluções para estimular sua difusão.

Observando a realidade italiana, verifica-se que não foi dada continuidade à proposta de monetizar o fenômeno no setor público[43] nos moldes do ordenamento norte-americano[44] em razão da sua incompatibilidade com um sistema jurídico que, apesar de inscrever o fenô-

[40] G. Gargano, *La "cultura del whistleblower"*, já ref., p. 4.

[41] G. Gargano, *op. já ref.*, p. 4, qualifica o *whistleblower* como «recurso a ser incentivado»; F. Perrone, *Il* whistleblowing *da adempimento burocratico ad opportunità di promozione di una cultura etica nella p.a. in un necessario passaggio da sistema di regole a sistema di valori*, em *www.amministrativamente.it*, 2017, 1-2, p. 3 ss.; N. Parisi, *La prevenzione della corruzione*, já ref., p. 18, reforça que «*whistleblower* se trata de uma pessoa que não é portadora de um interesse próprio, que corresponde ao interesse pela integridade do funcionamento da Administração Pública ou de um ente privado, ao qual se encontra ligado em razão de uma relação de trabalho: em decorrência de sua função de caráter publicístico, ele deve ser valorizado e *eventualmente* tutelado, se for objeto de discriminação» (grifo nosso).

[42] R. Cantone, *Introduzione*, em *Segnalazione di illeciti e tutela del dipendente pubblico*, já ref., p. 3. Sobre a denuncia como expressão dos «mecanismos de transparência internos» extraídos da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção, ver E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione. "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più, possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec)*, em *Dir. amm.*, 2019, 3, p. 497 ss., espec. p. 506; Id., *Il paradigma trasparenza. Amministrazione, informazione, democrazia*, Feltrinelli, Milano, 2022.

[43] Formulada pela «Comissão para o estudo e a elaboração de proposta em tema de transparência e prevenção da corrupção na Administração Pública na Itália», istituíta com o Decreto Ministerial Função Pública de 23.12.2011 de apoio aos trabalhadores preparatórios da lei n. 190/2012, que será afrontada mais à frente (§5).

[44] O *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* del 2010 pode ser contemplado entre outros (§ 922 – *Whistleblower protection*), na hipótese em que a denúncia tenha comportado a aplicação de sanções pecuniárias superiores a 1 milhão de dólares, o reconhecimento de um prêmio em dinheiro em favor do denunciante, proporcional entre 10 e 30 por cento da sanção efetivamente cominada.

meno em uma dimensão de ética pública[45], parece implicitamente considerar como pressuposto a plena e exclusiva faculdade do dependente de denunciar ou não o ilícito, exceto se entender, implicitamente, que a denúncia foi feita no cumprimento de um dever geral (ou obrigação[46]) institucional, ínsito em princípios e regras sobretudo de nível constitucional[47], de cooperar com o ente ao qual pertence no «interesse da integridade da Administração Pública»[48]; fórmula que, dessa última síntese, demonstra a ausência de poder quanto (e talvez principalmente) de serviços aos cidadãos[49].

Tal perspectiva, que é preferível em relação àquelas que, ao individuar o fundamento da denuncia na «obediência hierárquica» ou na «colaboração com os colegas», parecem considerá-lo como um fato interno de maior relevância no plano disciplinar ou interdisciplinar[50],

[45] Da parte da X Comissão permanente da Câmara (atividade produtiva, comércio e turismo) no parecer de 19.11.2015 sobre a proposta de lei «Disposições para a tutela dos autores de denúncia de crimes e irregularidades que se tornaram conhecidas no âmbito das relações de trabalho público e privado» (A.C. n. 3365, XVII legislatura), da qual resultou a lei n. 179/2017, que será analisada mais à frente, seja por meio de nota e no desenvolvimento do texto. Sobre a relação entre o *whistleblowing* e a ética pública, ver F. Perrone, *Il* whistleblowing, já ref.; F. Coppola, *Il* whistleblowing*: la "scommessa etica" dell'anticorruzione*, já ref.; V. Papa, *Contrasto alla* maladministration *e segnalazione di irregolarità: il* whistleblowing *e la (ri)conversione etica dei dipendenti pubblici*, em WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" *Collective Volumes*, 2019, 8, em *www.csdle.lex.unict.it* (2019).

[46] D.U. Galetta, P. Provenzano, *La disciplina italiana del* whistleblowing, já ref., p. 115 ss., destacam como se trata «de um dever (senão uma obrigação) do dependente público de denunciar os episódios de má reputação aos quais assistiu ou dos quais suspeita». Sobre o tema, parece preferível manter-se dentro do perímetro da obrigatoriedade, seja porque – como foi sublinhado no § 1 – o *whistleblowing* pressupõe a ausência de uma disposição específica que imponha a comunicação/denúncia, seja porque – também em consequência disso – não é prevista qualquer consequência a cargo de quem, à margem das hipóteses taxativamente contempladas pela lei, não considere dever comunicar ou denunciar eventual ilicitude, ilegitimidade ou irregularidades.

[47] Ou seja, os princípios e regras da denominada Constituição administrativa (arts. 28, 54, 97 e 98 da Carta Fundamental).

[48] Ver art. 54-*bis* del d.lgs. n. 165/2001, conforme alterado pela lei n. 179/2017.

[49] Uma orientação nesse sentido, verifica-se em R. Cavallo Perin-B. Gagliardi, Status *dell'impiegato pubblico*, *responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, em *Dir. amm.*, 2009, 1, p. 53 ss., espec. p. 69, que evidenciam como a responsabilidade disciplinar», cujo controle se destina o *whistleblowing*, «seja colocado em primeiro lugar como fundamento do adequado desenvolvimento da relação de trabalho dos destinatários da ação administrativa além do «adimplemento dos deveres de ofício» e da «tutela da ordem do prestígio da administração».

[50] J. Bowers, M. Fodder, J. Lewis, J. Mitchell, *Whistleblowing, Law and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 2007, 380 ss. R. Cavallo Perin, B. Gagliardi, Status

confirma-se e desenvolve-se mediante estudos desprovidos de natureza jurídica que, reputando insatisfatória a concepção sobre-humana do fenômeno, consideram-no como objeto de um autônomo e específico dever que prescinde da existência de escoras ou apoios normativos de qualquer tipo.

Dever que, de acordo com a tese defendida, pode ser traduzido em atos individuais finalizados a prevenir ou a evitar um dano[51], ou a discordar ou dissociar-se de condutas consideradas ilícitas[52]; ou seja, que pode ser inserido ao interno de uma mais ampla dimensão organizativa e ser destinado, em razão de *accountability* do aparato, *a fortiori* se público, a corrigir ou a eliminar condutas que possam incidir negativamente, sobretudo (mas não apenas) com base no perfil da transparência, comprometendo seu bom funcionamento[53].

Essa última abordagem que, à parte as considerações críticas movidas em relação às outras duas[54], põe-se em linha de continuidade e de complementaridade com a abordagem jurídico nacional no que se refere ao problema da denuncia, permitindo enxergá-lo como um instrumento de "inteligência", conforme esclarecido em precedência, tanto do fenômeno corruptivo, quanto, regressando ainda mais, da mesma administração e do administrador, ou seja, dos aparatos administrativos e dos seus processos organizativos e «perfis decisórios»[55], também considerados além da específica perspectiva de combate à corrupção.

dell'impiegato pubblico, já ref., p. 75, constatam nessas reconstruções do fundamento do *whistleblowing* uma substancial contiguidade com as lógicas premiais que determinam que as denúncias «possam ser realizadas com base na ideia do ganho fácil e não com a intenção de salvaguardar os interesses dos administrados, em uma clara contradição com a perspectiva de promoção da ética pública».

[51] R.T. De George, *Business Ethics*, Macmillan, New York, 2010, p. 298 ss.

[52] J.P. Near, M.P. Miceli, *Organizational Dissidence: The Case of Whistle-Blowing*, em *Journ. of Bus. Eth.*, 1985, 4, p. 1 ss.; M. Davis, *Whistleblowing*, em H. La Follette (coord.), *Oxford Handbook of Practical Ethics*, Oxford University Press, New York, 2005, p. 539 ss.

[53] E. Ceva, M. Bocchiola, *Is whistlebowing*, já ref., p. 69 ss.

[54] À tese em relação à qual se relaciona o dever de denunciar à finalidade de prevenir ou impedir um dano excetua-se que, no caso em que a violação realizada não comporte danos de qualquer espécie ou que, de qualquer modo, comporte menor dano; à tese que propõe o dever de denunciar com o dissenso ou a dissociação das condutas ilícitas, pode-se argumentar que tal dever se reduziria às hipóteses em que são previstas «competências e conhecimentos de profissionais regulamentados por lei e normativas gerais»: para ulterior aprofundamento, M. Bocchiola, *La specificità del* whistleblowing, já ref., espec. p. 55-61; bem como E. Ceva, M. Bocchiola, *Is whistlebowing*, já ref., p. 53-68.

[55] Utilizando o título do trabalho de G. Gargano, que para tal fim será citado novamente por inteiro *La "cultura del* whistleblower*" quale strumento di emersione dei profili decisionali della pubblica amministrazione*.

Pois bem, no que tange especificamente à questão da gratificação, a doutrina divide-se entre àqueles que concordam com a atual configuração do sistema[56], que, contudo, sugere a operacionalização da clausula geral de invariância[57], e àqueles, com pluralidade de detalhes, que possuem opiniões diferentes: quem destaca o «idealismo» que permeia tal abordagem[58], quem verifica uma lacuna para corrigir[59], quem, nesta perspectiva, propõe a introdução de uma premiação em dinheiro ou uma recompensa de outra espécie por meio de um sistema de avaliação da prestação de serviço[60], sob pena do risco de dispersão ou de um utilizo distorcido das informações em posse do denunciante[61].

Ora, considerando que o ordenamento norte-americano tem sua própria história em relação aos sistemas de *common law*[62], a ideia da monetização direta da denuncia, por um lado, parece difícil de ser conciliada com a obrigatoriedade e com a previsão da cláusula de invariância; e, por outro lado, presta-se a uma instrumentalização suscetível de transformá-la numa espécie de recompensa pela denúncia ou até mesmo pela pessoa a denunciar[63].

[56] D.U. Galetta, P. Provenzano, *La disciplina italiana del* whistleblowing, já ref., p. 116.

[57] Ver art. 2 l. n. 190/2012.

[58] B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione*, já ref., p. 132-133.

[59] Ver F. Martines, *La Legge 190/2012*, já ref., p. 26; P. Novaro, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di* whistleblowing *alla luce della nuova direttiva europea: limitato campo di applicazione e scarsi incentivi*, em *Riv. it. dir. pub. com.*, 2019, 5, p. 737 ss., espec. p. 754-755; A.F. Masiero, *La disciplina del* whistleblowing *alla luce della direttiva 2019/1937/UE. Tra prevenzione dei fenomeni corruttivi e tutela del denunciante*, em *Arch. pen.*, 2020, 2, p. 1 ss., espec. p. 29-30.

[60] S. Villamena, *Il* whistleblowing *pubblico*, em *Dir. e proc. amm.*, 2019, 3-4, p. 841 ss., espec. p. 861-862, procede do art. 14, *comma* 4, letra *g)* d. lgs. n. 150/2009, norma da qual o organismo de avaliação da *performance* «promove e atesta o cumprimento das obrigações relativas à transparência e à integridade […]», para evidenciar que «o respeito da norma anticorrupção – e com esse o respeito ao *whistleblower* – será capaz de condicionar «positivamente» a *performance* administrativa», para depois «[…] questionar-se se resulta possível admitir como objetivo de *performance*» aquele de ter contribuído para fazer emergir ilícitos no próprio ofício», considerando-o «em linhas gerais, admissível no plano da *performance* […]».

[61] G. Fasano, *La vigilanza collettiva interna*, já ref., p. 160-161.

[62] P. Novaro, *Principali criticità della disciplina italiana*, já ref., p. 756, aponta como o instituto norte-americano constitui um «exemplo» que «permanece, todavia, um caso isolado também nos sistemas de *common law*», com referimento a eles ver G. Massari, *Il* whistleblowing *all'italiana: l'evoluzione del modello sino alla legge n. 179 del 2017*, em *Stud. Iur.*, 2018, 9, p. 981 ss., espec. p. 983 e 992.

[63] Na eventualidade em que o *whistleblower* devesse agir formalmente no interesse geral, mas substancialmente por razões pessoais, por exemplo, com o fim de ativação de

A relação do incontestável interesse entre a premiação e a *performance*, mesmo não desejando considerar a eventualidade de serem repropostas as mesmas críticas a partir de outras vestes, que seus próprios defensores reconhecem, trazem à luz problemas de ordem sistemática e aplicativa que não são de caráter secundário[64].

De qualquer forma, registrada a existência de abordagens alternativas que tendem a repercutir a questão no plano indenizatório[65], é fato que a Diretiva europeia 2019/1937[66], indica, desde o início, a estrada mestra para a promoção do instituto para a elaboração de adequadas formas de proteção de denunciante, incluindo também possíveis providências econômicas, as quais, todavia, não parecem ter caráter de recompensa, delineando-se, sobretudo, como medida de sustento de natureza indenizatória para o ônus financeiro que o denunciante tivesse que suportar em consequência da sua iniciativa[67].

Individuados como "promover protegendo" a linha diretora para os desenvolvimentos futuros e possível logo informador da denuncia, passa-se a sua distinção em relação a outros fenômenos, práticas e institutos similares.

um procedimento disciplinar em relação a um colega de trabalho antipático, impopular etc. (denominado *egoistic whistleblowing*). Sobre possível sobreposição de interesse individual ao interesse geral e sobre objetiva extrema dificuldade de discernir entre os dois interesses, S. Villamena, *Il* whistleblowing *pubblico*, já ref., p. 866 ss., que distingue entre comunicação civis («imparciais, ou seja, [que] prescindem do autor do fato denunciado, pois o que conta na verdade é o fato em si, constituindo ilícito potencial») e comunicações delatórias (que «são, em contrapartida, partidárias, interessadas, destinadas a atingir um objetivo pessoal, egoístico, que não é merecedor de tutela»), evidenciando «a complexidade na individualização em concreto, reconduzindo a denuncia à uma ou outra categoria» (p. 867).

[64] S. Villamena, *Il* whistleblowing *pubblico*, já ref., p. 862, evidencia como o eventual reconhecimento dos prêmios de resultado ensejará que se procedam com a aplicação de «critérios que assegurem privacidade» em relação à identidade do denunciante, sempre que isso não contraste «com os princípios de publicidade que dirigem plenamente o tema da *performance* administrativa (e sobretudo os incentivos liquidados)».

[65] F. Perrone, *Il* whistleblowing, já ref., p. 13, ao exprimir a complexidade em relação aos sistemas e mecanismos premiais *in subiecta materia*, aponta que em favor do *whistleblower* seriam mais «reconhecidas à título de ressarcimento (e não de incentivo) as despesas materiais suportadas em consequência da comunicação (despesas médicas e/o jurídicas)».

[66] Diretiva (UE) 2019/1937 do Parlamento europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2019 referente à proteção das pessoas que denunciam violações de direito da União, em Gazeta oficial da União de 26 de novembro de 2019, L 305/17 ss., sobre o qual retornaremos seja em nota sucessiva que, mais à frente, no próprio texto.

[67] V. *infra*, § 4.

Isso requer uma ação metafórica, por vezes um simples ajuste de termos, outras vezes um verdadeiro e próprio regulamento de limites, em razão da tendência difusa, que resulta também da multidisciplinariedade característica do tema[68], de relacioná-lo indiscriminadamente a qualquer denúncia, efetuada por quem quer que seja, relativa à potencial violação de qualquer natureza ou tipologia[69]; com o risco de que, sempre que essa tendência tenha que se radicar, a especificidade do fenômeno e as potencialidades que é capaz de exprimir sejam perdidas.

Na ausência de uma definição normativa de denuncia, tal distinção é obtida por meio da noção conceitual do instituto, convencionalmente extraível a partir da análise das características inerentes à figura do denunciante, bem como da denúncia e ao que lhe gira em torno.

Dessa forma, o traço característico do denunciante consiste em sua relação, entendida na máxima amplitude possível quanto à natureza, objeto e duração, com o aparato organizativo interessado na denúncia[70], o que já consente distinguir o denunciante da figura do alertador cívico[71], do jornalista de investigação[72] e da testemunha ou da pessoa informada sobre os fatos[73]; por outro lado, porém, requer-se que tal aparato organi-

[68] Jurídico, econômico, ético-filosófico, *etc.*: E. Ceva-M. Bocchiola, *Is Whistleblowing*, já ref., p. 17 ss.

[69] R. Scatturro, *Defining whistleblowing*, IACA, Laxenburg, Research Paper Series, 5, 2018 (May), espec. p. 9 ss.

[70] Incluem-se todas as possíveis tipologias de relação jurídica (trabalho subordinado, colaboração, *etc.*) referentes à inserção, embora sem estabilidade e atualização, no aparato organizativo do ente, público ou privado, interessado pela denúncia, ou seja, também o simples contato do denunciante com o aparato, entendido como aquele regulado por específicas normas de conduta válida para todos os funcionários e a quem tiver algum tipo de relação.

[71] Literalmente, quem toca o sino ou campainha; de forma figurada, quem toca o alarme, ou seja, o cidadão comum que denuncia ilícitos por dever ou por puro espírito cívico: M.P. Miceli, S. Dreyfus, J.P. Near, *Outsider 'Whistleblowers': Conceptualizing and Distinguishing 'Bell Ringing' Behavior*, in D. Lewis, A.J. Brown, R. Moberly, W. Vandekerckhove (coord.), *International Handbook on Whistleblowing Research*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton (MA), 2014, p. 71 ss.

[72] E. Ceva-M. Bocchiola, *Is Whistleblowing*, já ref., p. 44, com referência específica ao notável caso "Assange", que destacando como o fenômeno pode se originar também do *whistleblowing*.

[73] F. Gandini, *Il* whistleblowing *negli strumenti internazionali in materia di corruzione*, in *Protezione delle "vedette civiche*", já ref., p. 93 ss., espec. p. 95, evidencia como a distinção está fundada: *i)* sobre a iniciativa que, enquanto no caso do *whistleblowing*, como será esclarecido mais adiante, adotada voluntariamente do denunciante, em casos de testemunhos e informações judiciárias, é assumida por uma ou mais partes e/ou pelo juiz; *ii)* sobre bem/interesse/valor tutelado que, enquanto no caso de *whistleblowing* é constituída pela relação de trabalho, nos casos de testemunho e de informação judiciária consiste na integridade física

zativo seja destinado a perseguir finalidades lícitas[74], permitindo também distinguir o denunciante do informante e do colaborador de justiça[75].

Outro elemento de identificação do denunciante, desta vez não relacionado a distinções de qualquer natureza, verifica-se no acesso privilegiado que o mesmo possui, *ratione aut occasione muneris*, a informações ou notícias relativas a atos, procedimentos e comportamentos próprios do ente ou a ele referido[76].

Especificamente no que se refere à denúncia, entende-se que: seu objeto corresponde à divulgação de possíveis atos de corrupção e má administração[77], o que distingue o âmbito de operação da denuncia da genérica prática informativa[78]; e, sua finalidade é de interesse público, que se vislumbra no dever de trazer à luz as violações cometidas a fim de que sejam adotadas contramedidas para o caso[79], característica que constitui um divisor de águas em relação a atos de delação e espionagem[80], de iniciativas fundamentadas em razões e controvérsias de caráter pessoal ou em reivindicações «inerentes à relação de trabalho no tocando aos superiores» que como tal implicam em «conflitos […] disciplinados por outras normas e procedimentos»[81].

considerada para salvaguardar a autenticidade da prova. Isso, obviamente, não exclui que o o *whistleblower* possa se transformar em testemunha ou em pessoa informada sobre os fatos o que do *whistleblowing* não se origem testemunhos ou informações *de relato*.

[74] M. Davis, *Some Paradoxes of Whistleblowing*, em *Bus. and Prof. Eth. Journ*., 1996, 1, p. 3 ss.

[75] A. Rugani, *I profili penali del* whistleblowing *alla luce della L. 30 novembre 2017 n. 179*, em *www.lalegislazionepenale.eu*, 2018 (03.6), p. 6.

[76] P.B. Jubb, *Whistleblowing. A Restrictive Definition and Interpretation*, em *Journ. of Bus. Eth.*, 1999, 1, p. 77 ss., espec. p. 79.

[77] R.T De George, *Ethical Responsibility*, já ref., p. 8.

[78] P.B. Jubb, *Whistleblowing*, já ref., p. 80.

[79] A.O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1970, adotada por J.P. Near-M.P. Miceli, *Organizational Dissidence*, já ref., p. 7.

[80] E. Ceva, M. Bocchiola, *Is Whistleblowing*, já ref., p. 25.

[81] Cons. de Est., seç. VI, 2 de janeiro de 2020, n. 28, em *Giorn. dir. amm.*, 2020, 3, p. 357 ss., com comentário crítico de A. Renzi, *Quando la trasparenza non previene la corruzione:* whistleblowing *e riservatezza*. A sentença, reformada por "Tar Campania, Napoli, seç. VI, 20 de março de 2019" n. 1553 (em *www.giustizia-amministrativa.it*) e da qual foram retiradas as expressões entre parênteses, afirma que «todas as vezes que esteja em presença de uma denúncia […] não motivada "pelo interesse à integridade da administração pública" (como acontece quando confluem finalidades de caráter pessoal ou por contestações e reivindicações inerentes à relação e trabalho)», não podem fundamentalmente falar de *whistlebowing* com a consequente inaplicabilidade das tutelas previstas em favor do *whistleblower* (em particular a inacessibilidade da denúncia nos termos dos art. 22 e ss. l. n. 241/1990). Sobre o tema, Tar Campania, Napoli, seç. VI, 23 de maio de 2018, n. 3880, em *www.giustizia-amministrativa.it* (em relação ao qual n. 1553/2019, que foi reformada pelo Conselho de Estado, foi afastada).

No entanto, os motivos que levam o denunciante a assumir tal iniciativa são revestidos de total neutralidade[82].

Delineadas as coordenadas essenciais do fenômeno, será efetuada uma breve menção a respeito de algumas hipóteses por meio das quais se traz à discussão a concepção abstrata e, conjuntamente, a aplicação do relativo regime de proteção.

Em primeiro lugar, a denúncia anônima, que conceitualmente poderia suscitar a ideia oposta, podendo configurar sua negação[83], caracterizando como a mera divulgação de notícias confidenciais reservadas.[84]

Também, o recurso a canais de denúncia diversos daqueles previstos em normas específicas, indicador sintomático da atuação de outros mecanismos e instrumentos[85]. E, ainda, a utilização de canais de denúncia externas à organização interessada que, enquanto para alguns, seriam os únicos em que propriamente se fale de denuncia[86], para outros, porém, passando por uma série de posições intermediárias[87], representaria apenas a *extrema ratio* do sistema[88].

[82] Que possam incluir razões louváveis (finalidade ético-social), assim como razões reprováveis (rancor, vingança, *etc.*) ou prosaicas (recompensa e outras utilidades): E. Ceva, M. Bocchiola, *op. já ref.*, p. 33.

[83] Como se verifica em T. Fabi, Whistleblowing*: all'Anac due segnalazioni al giorno (ma molte sono anonime*), em *www.linkiesta.it* (17.7.2019, entrevista do então Presidente da Autordade Nacional Anticorrupção, Raffaele Cantone).

[84] Ver R. Sagar, *Secrets and Leak: The Dilemma of State Secrecy*, Princeton University Press, Princeton, 2013, p. 187 ss.

[85] Cons. St., seç. VI, n. 28/2020, já ref., com referência à comunicação que, além de não ser motivada no interesse da integridade da Administração Pública", resulta igualmente não destinada aos sujeitos […] indicados» pela normativa de referência – no caso, o art. 54-*bis* do d.lgs. n. 165/2001 – «(responsável pela prevenção da corrupção e da transparência»; Autoridade nacional anticorrupção; autoridade judiciária ordinária ou contábil).

[86] D. Farrell, J.C. Petersen, *Patterns of Political Behavior in Organizations*, em *Ac. of Man. Rev.*, 1982, 7, p. 402 ss.; G. King, *The Implications of Any Organization's Structure on Whistleblowing*, em *Journ. of Bus. Eth.*, 1999, 4, p. 315 ss.

[87] J.R. Boatright, *Ethics and the Conduct of Business*, Prentice Hall, Upper Saddler River, 2000, p. 105 ss., atribui relevância qualificada ao emprego de canais de comunicação externa; J.P. Near-M.T. Regh-J.R. Van Scotter, M.P. Miceli, *Does Type of Wrongdoing Affect the Whistle-Blowing Process?*, em *Bus. Eth. Quart.*, 2004, 2, p. 219 ss., entendem utilizáveis, indiferentemente, tanto os canais internos quanto os externos.

[88] E. Ceva, M. Bocchiola, *Is whistleblowing*, já ref., p. 32, consideram os canais externos como instrumento eventual e residual aos quais se socorrer somente no caso em que a comunicação interna permanece totalmente privada de resultado ou tenha resultado insatisfatória.

De todos esses elementos, surgem as mais diversas tipologias de denuncia[89], que podem variamente se combinar originando modelos teóricos diferenciados.

3. *Princípios e regras: a perspectiva do direito internacional*

A tradução em termos normativos da denuncia, declaradamente efetuada em nome da proteção do denunciante, traz à luz um articulado e complexo sistema de fontes que se caracteriza pela presença de múltiplos níveis, o qual aponta a tendência a enquadrar o instituto dentro de um cenário mais amplo do que aquele até então considerado e, também por isso, a tornar mais híbridos os modelos teóricos de origem.

O direito internacional, que «possibilita o confronto das soberanias nacionais» e se torna cada vez mais uma sede de orientação das escolhas internas[90], ocupa-se do fenômeno em questão em numerosos atos, diferentes entre si quanto à natureza, alcance e vinculação, como são as convenções de dimensão universal[91] ou de âmbito mais circunscrito[92], além

[89] Para um útil quadro sintético, F. GANDINI, *Il* whistleblowing, já ref., p. 93 ss., espec. p. 94-95, que evidencia como efetuar a distinção entre: *inside* e *outside whistleblowing*, em função do *whistleblower* pertencer ou não à organização interessada pela denúncia; *internal* ed *external whistleblowing*, em consequência do canal de denúncia utilizado; *authorized* e *unhautorized whistleblowing*, em função da necessidade de autorização da comunicação e/o da denúncia da parte da organização interessada; *anonymous* e *identified* (o *identifiable*) *whistleblowing*, com referência à possibilidade de identificar ou não o denunciante.

[90] N. PARISI, *Profili di diritto internazionale e sovranazionale*, já ref., p. 1; sobre o tema, ver também C. FLORIO, *Il* whistleblowing *nella letteratura internazionale*, em *Riv. Dott. Comm.*, 2007, 5, p. 927 ss.

[91] Ver, no sistema onusiano, os arts. 8, parágrafo 4, e 33 da Convenção das Nações Unidas contra a corrupção (Convenção de Mérida de 31 de outubro de 2003). Particularmente, essa segunda disposição prevê a obrigação de «qualquer Estado Parte» considerar a «possibilidade», e, portanto, em definitivo a simples faculdade para o mesmo «de incorporar no próprio sistema jurídico as medidas apropriadas para a proteção, no que tange a qualquer tratamento injustificado, de toda pessoa que realize uma denúncia de qualquer fato que configure crime às autoridades competentes, em boa fé e em base razoáveis suspeitas, em relação a qualquer tratamento injustificado» nele previsto.

[92] Ver art. III, parágrafo 8 da Convenção Interamericana contra a corrupção (29 de março de 1996), art. 5, parágrafos 5 ss. da Convenção da União africana sobre prevenção e contraste à corrupção (1° de julho de 2003) e art. 14 da Convenção Árabe anticorrupção (21 de dezembro de 2010), as quais, diferentemente da Convenção de Merida, contemplam uma específica obrigação para os Estados participantes de adotar um sistema de tutela dos denunciantes. No sistema da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico, a Convenção sobre a luta contra a corrupção dos oficiais públicos estrangeiros nas transações internacionais (7 de dezembro de 1997) não menciona o *whistleblowing* que, no

de uma série de outros vários documentos[93], considerado em dúplice perspectiva: uma de tradicional contraste à corrupção e outra de matriz europeia – afirmada num segundo momento seja para complementar a primeira que de forma autônoma –, de promoção e de preservação dos direitos fundamentais de expressão e de informação; sendo o último entendido tanto em sentido ativo como passivo.

A abertura a essa ulterior perspectiva, centrada no papel informativo assumido pela denuncia em relação à comunidade administrada no que tange ao mal funcionamento dos poderes públicos, que são posteriormente responsabilizados[94], traduz-se num remapeamento da extensão dos elementos que identificam a denuncia e numa revisitação dos aspectos que qualificam a instrumentação da tutela passível de fruição.

Dessa forma, o denunciante é colocado em uma ampla e heterogênea plateia de sujeitos que, a partir do dependente, ora somente público[95] ora

entanto, é contemplado pelos documentos relativos à praxe integrativa dos arts.2 (responsabilidade das pessoas jurídicas) e 5 (aplicações) da mesma; documentos que consistem em Normas Orientadoras (2000), Compilações de princípios (2004) e Recomendações (1998, sobre melhoramento da conduta ética no serviço público; 2009, sobre a luta contra a corrupção internacional nas transações internacionais; 2016, para o desenvolvimento da cooperação entre os atores para a gestão do risco à corrupção; 2017, sobre a integridade pública). No sistema da Organização Internacional do Trabalho, que constitui uma base jurídica para a tutelar o *whistleblower* verifica-se no art. 5, letra *c)* da Convenção sobre a cessação da relação de trabalho por iniciativa do empregador (C158 de 22 de junho de 1982).

[93] Sobre o tema, ver os denominados Princípios do G-20 de Osaka (*G20 High-Level Principles for the Effective Protection of Whistleblowers*, 28 e 29 de junho de 2019). Ulteriores indicações podem ser verificadas no denominado Princípio de Tshwane (*Global Principles on National Security and the Right to Information*, 12 de junho de 2013), bem como nas relação sobre a liberdade de opinião e de expressão (Relação ONU de 2015, as várias Relações, a partir de 1998, da Organização dos Estados americanos) ou elaborados por redes internacionais (*Whistleblowing International Network – WIN* de 2018): uma perspectiva resumida sobre tais relações, pode ser encontrada em: v. R. Scatturro, *Defining*, já ref., p. 10 ss.

[94] L. Valli, Whistleblowing*, verità e democrazia: una riflessione*, em *www.iusinitinere.it*, 2019, 1, pubblicato anche in *www.lavorodirittieuropa.it*, 2020, 2; N. Parisi, *La funzione del* whistleblowing *nel diritto internazionale ed europeo*, em *www.lavorodirittieuropa.it*, 2020, 2, espec. p. 12 ss.

[95] Ver O art. 8, §4 da Convenção de Mérida (que, todavia, como explicitado na nota, referente ao art. 33 considera também «todas as pessoas que denunciam às autoridades competentes, em boa-fé e com base em razoáveis suspeitas, qualquer fato relacionado a crimes» neles previstos), a Convenção Interamericana contra a corrupção (que, como será esclarecido na nota n. 107, ao interno do citado dispositivo contempla-se, ao lado dos dependentes públicos, também os cidadãos particulares), bem como as orientações para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico de 1998, sobre a melhora da conduta ética no serviço público e de 2016, para o desenvolvimento da cooperação entre os atores para a gestão do risco de corrupção.

também privado[96], inclui os informantes, as testemunhas e os espertos[97], aqueles que divulgam informações reservadas ou secretas[98], os cidadãos, só isto[99] ou privados[100], até a abranger qualquer pessoa[101]; sujeitos esses que sejam considerados merecedores de tutela desde que tenham efetuado a denúncia em boa-fé[102], ou sob uma perspectiva assumida pelo denunciante, mais rigorosa e aquiescente à função de informar a coletividade, baseada num lógico convencimento sobre a veracidade e a ilicitude do fato denunciado[103]. À tais pessoas, unem-se eventuais terceiros, como: as vítimas dos ilícitos denunciados, seus parentes e pessoas próximas, estendendo-se, portanto, a proteção prevista para o denunciante[104].

A aproximação de todos esses sujeitos, acompanhada da criação e posterior ampliação do possível objeto da denúncia[105], que pode ir muito além da

[96] Ver A Recomendação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico de 2009, sobre a luta contra a corrupção internacional nas transações internacionais.

[97] Ver A Convenção Árabe anticorrupção.

[98] Ver as Relações da Organização dos Estados americanos sobre a liberdade de expressão.

[99] Ver a Convenção da União africana sobre prevenção e contraste à corrupção, cujo chamado aos «cidadãos» apresenta ulterior problema se os destinatários da relativa disciplina sejam exclusivamente aqueles em sentido formal, ou seja, os que possuem nacionalidade relativa a um dos Estados participantes, vale dizer, se por extensão ou analogia possam ser também aqueles que habitam ou trabalham em um ou mais dos Estados participantes, como, por exemplo, os trabalhadores imigrantes: sobre o tema, ver R. SCATTURRO, *Defining*, já ref., p. 8.

[100] Ver A Convenção Interamericana contra a corrupção, que ao interno da mesma disposição contemplam, ao lado dos dependentes públicos, também os cidadãos particulares.

[101] Ver Novamente, remete-se ao art. 33 da Convenção de Mérida, que contém outras disposições (o art. 8, parágrafo 4) que faz referência específica aos dependentes públicos; ver, também, a Relação da ONU sobre a liberdade de expressão e a Relação do *Whistleblowing International Network*.

[102] Ver o art. 33 (mas também o art. 8, parágrafo 4) da Convenção de Mérida, a Convenção Interamericana contra a corrupção, bem como as Relações da Organização dos Estados americanos sobre a liberdade de expressão.

[103] Ver o art. 33 (mas também o art. 8, parágrafo 4) da Convenção de Mérida, as referidas Orientação da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico de 1998, sobre o melhoramento da conduta ética no serviço público, de 2009, sobre a luta à corrupção internacional nas transações internacionais, e de 2016, sobre o desenvolvimento da cooperação entre os atores em relação à gestão do risco da corrupção.

[104] Ver A Convenção árabe anticorrupção.

[105] O objeto da denúncia, na verdade, pode consistir em «atos» (Convenção Interamericana contra a corrupção) ou «casos» (Convenções da União africana sobre prevenção e combate à corrupção e à organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico de 2016, para o desenvolvimento e a cooperação entre os atores da gestão do risco de corrupção) de corrupção-crime, mas tudo indistintamente (Convenção Interamericana contra a corrupção e a Convenção da União africana sobre prevenção e o contraste à corrupção) ou somente aqueles contemplados pelo específico texto normativo de referência (Convenção de Mérida e a

finalidade anticorruptiva, não parece, todavia, idônea a neutralizar a diferenciação, que é atribuída aos ordenamentos nacionais[106], entre a denuncia e os outros fenômenos ou institutos semelhantes; o mesmo se aplica em relação aos terceiros, pois estender-lhes a proteção prevista para o denunciante assinala a finalidade da disciplina e conclusão do sistema, sem, porém, torná-los denunciantes no sentido próprio do termo mencionado anteriormente.

Discurso análogo pode ser efetuado relativamente ao sistema de tutelas que, do plexo atestado sobre o trinômio "denunciante-organização interessada pela denúncia-denunciado", acaba adquirindo, em consequência do ingresso no campo da coletividade de cidadãos que têm direito à informação, estrutura quaternária e consistência de rede de proteção inclusive em relação às finalidades e ao conteúdo da denúncia; o que, no plano da conformidade e da aplicação do regime jurídico, altera o equilíbrio dos interesses em jogo tendencialmente na direção do denunciante, o qual passa a ser considerado, não apenas em si e para si, sobretudo devido à peculiar função de interesse público por ele assumida ao exercitar os próprios direitos fundamentais por meio da denúncia[107].

Sobre o restante, as mais recentes fontes internacionais contêm um complexo de princípios e regras, na forma de um compendio com valor de manual, funcionais para o alcance de um elevado e efetivo nível de proteção aos denunciantes[108]; princípios e regras que, mesmo se ditados

Convenção árabe anticorrupção), ou seja, em qualquer hipótese de má administração idônea a causar prejuízo «atual» (Relatório de *Whistleblowing International Network*) ou também meramente «potencial» (Relatório da ONU e as Relatório da Organização dos Estados americanos sobre a liberdade de expressão) ao interesse público (Relatório de *Whistleblowing International Network*), *tout court* (Relatório de *Whistleblowing International Network*), ou seja, de referência a setores particulares (Relatório da ONU sobre a liberdade de expressão, que se refere, entre outro, às informações relacionadas a violações de direito nacional e internacional, violações em matéria de ambienta, de detritos, de saúde e segurança publica, bem como abusos de poder; ver, igualmente, os Relatórios da Organização dos Estados americano sobre a liberdade de expressão, que contempla mas informações referentes a violações do ordenamento em geral, disfunções dos entes públicos, saúde, ambiente, direitos humanos e respectivas normas de proteção), cujo elenco convencionalmente é considerado não taxativo.

[106] N. Parisi, *La funzione del* whistleblowing, já ref., p. 6.

[107] N. Parisi, *op. já ref.*, p. 14-15, aponta como, em tal perspectiva, a reputação do aparato organizacional interessado na denúncia deva ceder «diante da efetiva tutela do direito de informação»; e como discurso análogo referente ao «equilíbrio entre a tutela do denunciante e as exigências para salvaguarda da segurança nacional», que, além de operar em caráter de exceção, devem responder rigorosamente aos cânones de legalidade-tipicidade, proporcionalidade, taxatividade e determinação.

[108] Ver, por exemplo, os princípios do G20, em relação aos quais, a mero título exemplificativa, se faz referimento no texto.

a partir da declarada ótica da corrupção, parecem aplicados também sob a perspectiva do direito fundamental à informação.

Trata-se, particularmente, da adoção de leis e políticas claras e dedicadas especificamente e integralmente a denuncia; da instituição de canais de denúncia de fácil reconhecimento e acesso sem vinculação hierárquica entre um e outro; da proeminência a ser atribuída ao sigilo sobre a identidade do denunciante; da definição, inspirada na taxatividade e determinação, das medidas repressivas; da elaboração de um sistema inclusivo de proteção destes últimos e de medidas discriminatórias, inclusive por meio de um aparato sancionatório efetivo, proporcional e dissuasivo; da previsão de hipóteses de isenção da responsabilidade do denunciante em relação às denúncias merecedoras de tutela; da implementação de campanhas informativas e de iniciativas de formações e sensibilização dos trabalhadores e da opinião pública como instrumentos de promoção e de valorização do instituto; da ativação de procedimentos de monitoração sobre o estado de atuação da normativa e sobre a valorização de seu impacto e da sua eficácia; da assunção da função de guia em relação aos demais Estados que pretendam dotar-se de uma legislação em matéria ou implementar aquela já existente.

4. *O quadro europeu*

Igualmente, o direito europeu, ao se ocupar do fenômeno em diversos setores[109], implementou a função anticorrupção, impactando os direitos fundamentais de expressão e de informação, aqui são detectados *em si*.

Na realidade, este último aspecto do instituto, já vislumbrado pela

[109] Ver, entre os instrumentos acordados adotados no âmbito da integração regional europeia, o art. 9 da Convenção Civil do Conselho da Europa contra a corrupção (4 de novembro de 1999), que obriga os Estados membros à adoção de medidas de proteção apropriadas em relação aos trabalhadores, em boa-fé ou no caso de razoável suspeita, os quais denunciam episódios de corrupção às autoridades ou aos sujeitos competentes. Uma disposição análoga está contida no art.22 da Convenção penal contra a corrupção (27 de janeiro de 1999), porém que se refere aos colaboradores de justiça e às testemunhas que, como esclarecido no desenvolvimento do texto, à rigor, não podem ser qualificados como *whistleblowers*. No que se refere ao direito euro-unitário, ver, antes da Diretiva 2019/1837, é possível recordar, além da comunicação (2003) e a um documento da Estrutura de suporte ao Parlamento (2006), sobretudo a orientação da Comissão dos Ministros (2014)7, as resoluções do Conselho (2015)2060 e 2019(2300) e a comunicação da Comissão (2018) 214 final. Sobre tais atos e documentos, *adde* P. Stephenson-M. Levi, *Protection of Whistleblowers: a study on the feasibility of a legal instrument on the protection of employees who make disclosures in the public interest*, Council of Europe, CDCJ(2012)9 final.

doutrina[110], próprio no ordenamento europeu, teve origem oficial e completo desenvolvimento[111], para depois, como visto no paragrafo anterior, torna-se relevante também em outros e mais amplos contextos.

A Diretiva 2019/1937, que, com o escopo de harmonizar os vários ordenamentos nacionais, estabelece um padrão de proteção ao denunciante[112] prescrevendo aos Estados membros da UE o dever de cumprir o princípio do tratamento mais favorável e de observar a cláusula de não regressão[113], representa a última e mais avançada normativa que trata da matéria.

A exemplo das outras fontes europeias que a antecederam e à diferença das (outras) fontes internacionais, a referida Diretiva enxerga a denuncia com maior especificidade e autonomia, identificando o denunciante como o trabalhador público e privado que obteve informações ao interno dos «contextos de trabalho» dos quais faz parte a qualquer título, referindo-os na denúncia, mas também nos casos em que a relação de trabalho não tenha sido «ainda iniciada» ou «já tenha sido terminada», sendo protegido inclusive nessas duas últimas hipóteses em razão das informações adquiridas em fase de seleção ou de tratativas pré-contratuais ou durante a relação[114].

Isso, por um lado, comporta um alinhamento do setor privado ao setor público, o que por si só constitui o principal nó problemático do nosso sistema; e, por outro lado, a partir de um conceito marcadamente factual, aberto e fluido como aquele de «contextos de trabalho», em vez de adotar uma noção técnica, mais rígida e circunscrita como aquela dos entes, parece destinada a colher, de tais contextos, as diversas facetas e variantes capazes de se apresentar sob uma multiforme e mutável realidade concreta, apesar de manter solidamente o fenômeno em âmbito organizativo-laboral.

A partir daí, confirma-se também a extensão, «quando oportuno», da

[110] Ver N. Bowie, *Business*, já ref., p. 142-148, o qual nos primeiros anos da década de oitenta do século passado, verifica-se como a denúncia pudesse ser destinada também para "dar voz" aos direitos fundamentais.

[111] Trib. Eur. dos Dir. do Hom., Gr. Câm., 12 de fevereiro de 2008 (14277/04) e Seç. II, 27 de fevereiro de 2018 (1085/10), Guja c. Moldávia, que representam o caso mais conhecido e importante em relação à matéria; cfr., também, Seç. III, 22 de Novembro de 2007 (64752/01), Voskuil c. Neerlandesa; Seç. I, 26 de fevereiro 2009" (29492/05), Kudeshkina c. Rússia; Seç. V, 21de Julho de 2011 (28247/08) Heinisch c. Alemanha; Seç. III, 8 de Janeiro 2013" (40238/02) Bucur e Toma c. Roménia; Seç. II, 21 de Outubro 2014" (73571/10) Matúz c. Hungria; Seç. II, 19 de Janeiro de 2016" (49085/07) Görmüs c. Turquia, todas em *www.hudoc.echr.coe.int* e que façam referência ao art. 10, §1 da Convenção EDU.

[112] *Considerando* 104 e art. 1.

[113] *Considerando* 104 e art. 25.

[114] *Considerando* 36-41 e art. 4.

proteção prevista em favor do denunciante às várias categorias de sujeitos que lhe estão próximos, que são pessoas a risco de represália, tais como: colegas e parentes[115], dependentes, colaboradores e similares[116] e, novidade absoluta, os «facilitadores»[117]; sem incidir sobre a importância dada aos parentes do denunciante, tratando-se da única exceção que, aliás, assume, de forma clara, a finalidade de reforçar transversalmente a posição do mesmo denunciante, incentivando-o a efetuar a denúncia também por essa via.

Em consonância com a interpretação dos direitos fundamentais de expressão e de informação, perfila-se como potencialmente ilimitado, considerando a abrangência da noção de «informações sobre violações», que inclui os fundados suspeitos de violações ainda que somente potenciais[118], com a consequente consolidação da função preventiva da denúncia que, em tal modo, assume contornos quase precaucionais[119]; violações que, além do mais, variam daqueles do direito euro-comunitário praticadas em uma vasta pluralidade de setores de interesse geral[120] cujo número compete aos Estados membros aumentar[121], àqueles lesivos de interesses financeiros da União[122], bem como àqueles relativos às regras de funcionamento de mercado interno entendido em sentido lato[123].

Um impulso ulterior em tal direção pode acontecer com a mudan-

[115] Art. 4, § 4, letra *b)*.

[116] Art. 4, § 4, letra *c)*: «sujeitos jurídicos dos quais as pessoas denunciantes são proprietárias, para os quais trabalham ou aos quais estão ligadas em um contexto de trabalham».

[117] Art. 4, § 4, letra *a)*. Nos termos do sucessivo art. 5, n. 8), «facilitador» é «uma pessoa física que assiste o denunciante no processo de denúncia em um contexto de trabalho e cuja assistência deve permanecer reservada».

[118] *Considerando* 43 e art. 5, n. 2).

[119] S. Bok, *Whistleblowing and Professional Responsibility*, in *NYU Ed. Quart.*, 1980, 4, p. 2 ss.

[120] Quais licitações; serviços, produtos e mercados financeiros, prevenções de reciclagem e de financiamento de terrorismo; segurança e conformidade dos produtos; segurança de transportes; tutela do ambiente; radioproteção e segurança nuclear; segurança dos alimentos e rações e saúde e bem-estar animal; proteção do consumidor; tutela da vida privada e proteção dos dados pessoais e segurança das redes e dos sistemas de informação: *considerando* 3-14 e art. 2, §1, letra *a*).

[121] Poder que descende do caráter declaradamente minimalista da Diretiva (*considerando* 5 e art. 2, § 1 e 2).

[122] *Considerando* 15 e art. 2, § 1, letra *b)*.

[123] *Considerando* 16-18 e art. 2, § 1, letra *c)*. Trata-se de violação que compreende inclusive as «[…] normas da União em matéria de concorrência e ajuda de Estado, bem como violações que se referem ao mercado interno, relacionadas a atos que violam as normas em matéria de imposto sobre as sociedades ou mecanismos cuja finalidade é obter uma vantagem fiscal que anula o objeto e a finalidade da norma aplicável em matéria de imposto sobre as sociedades».

ça de paradigma em relação à condição psicológica do denunciante, visto que a legislação articulada não se limita à simples boa-fé, mas vai além ao requerer, por exemplo, que existam «fundados motivos para considerar» os fatos dispostos na base da denúncia como verdadeiros e abrangidos «no âmbito da aplicação da […] Diretiva»[124]; donde a maior responsabilização, ao lado daquela dos poderes públicos, é também do denunciante, não é por acaso qualificado como parresiasta[125], que se obriga a um mais rigoroso controle da aceitabilidade do que se pretende denunciar[126], a partir das fontes de informação.

A perspectiva dos direitos de expressão e de informação atinge também a disciplina das «condições para a proteção» do denunciante[127], em que internamente são afrontados os principais perfis programáticos que surgem a partir do debate dos doutrinadores sobre a consistência da denúncia.

E, assim, enquanto a denúncia anônima, formalmente prevista «em decorrência do direito da União», não impede eventuais e diferentes escolhas pelos ordenamentos nacionais[128], a proteção dada pela Diretiva determina a utilização tão somente dos canais de denúncia neles contemplados[129], ou seja, os internos[130], os externos[131] e a denominada divulgação pública[132]; que, quase reforçando a especificidade da denuncia, não inclui a comunicação «dirigida à imprensa» como forma de manifestação de «liberdade de expressão e de informação» autonomamente protegidas pelo direito interno[133].

A indicação aos Estados membros de encorajar em determinadas condições o recurso aos canais internos[134], certamente mais imediatos e diretos, mas também tendencialmente com maior exposição aos condicionamentos ambientais, não caracteriza uma hierarquia entre os canais internos e externos, visto que ambos são viáveis ou abertos, ou faculta que um seja

[124] *Considerando* 32 e art. 6, §1, letra *a)*.

[125] R. Weiskopf, I. Tobias-Miersch, *Whistleblowing, Parrhesia and the Contestation of Truth in the Workplace*, em *Org. Stud.*, 2016, 37, 11, p. 1621 ss.; M. Di Rienzo, A. Ferrarini, *La parresia del* whistleblower*. Il coraggio della verità e le convergenze pericolose*, em *Enti loc.*, 2021, 10, p. 1739 ss.

[126] L. Valli, Whistleblowing*, verità e democrazia*, já ref., p. 14.

[127] Adotando a rubrica do art. 6.

[128] *Considerando* 34 e art. 6, §2.

[129] Art. 6, §1, letra *b)*.

[130] *Considerando* 33, 51 ss. e art. 7-9.

[131] *Considerando* e art. 10-14.

[132] Art. 15.

[133] Art. 15, §2.

[134] *Considerando* 47 ss. e art. 7, §2, ou seja, «onde a violação possa ser afrontada de forma eficaz em nível interno e o denunciante entenda que não existe risco de represália».

melhor que outro e vice-versa; porém, é possível que seja estabelecido um canal prioritário em relação à divulgação pública, a qual, de acordo com as hipóteses, pode desempenhar um papel de caráter residual para o caso em que não haja continuidade[135], ou uma função preventiva nas hipóteses em que o denunciante tenha «fundados motivos para considerar que» a utilização de outros canais possa colocar em risco o interesse público, ou, em caso de denúncia externa, possa comportar o risco de represálias; ou que, de qualquer forma, reduza as perspectivas de idôneo continuidade[136].

Para assegurar a efetividade do sistema de denúncias internas e externas verifica-se a obrigatoriedade de instituição dos relativos canais[137] e a esquematização das denúncias[138], orientadas com base na obrigação do sigilo da identidade do denunciante[139] e sobre o acompanhamento «diligente» a ser dado à denuncia dentro de um prazo razoável[140]; a fim de que seja possível por meio de tais regras vislumbrar também as primeiras e mais imediatas formas de incentivo à denuncia.

O entendimento em tema de direitos fundamentais de expressão e de informação pode ser encontrado também nas disposições concernentes aos mecanismos de tutela.

Isso, a partir da obrigação de sigilo, que vem colocada entre as «disposições aplicáveis às denuncias»[141] e não entre as «medidas de proteção»[142], embora se trate da primeira garantia para o denunciante[143], que

[135] Art. 15, §1, letra *a)*, onde, efetuada a denúncia, por meio interno e/ou externo, não tenha sido dada continuidade à mesma ou não tenha tido continuidade apropriada em conformidade com o previsto na Diretiva (três meses na hipótese de denuncia por meio de canais internos e três meses ou, «em casos devidamente justificados», seis meses na hipótese de denúncia por meio de canais externos).

[136] Art. 15, §2, letra *b)*, em que o denunciante tenha «fundados motivos para considerar que: i) a violação possa constituir um perigo iminente ou flagrante pelo interesse público, como no caso em que subsiste uma situação de emergência ou de risco de dano irreversível; ou ii) no caso de denúncia externa, subsista o risco de retaliação ou as perspectivas que a violação seja afrontada de forma eficaz sejam escassos em razão das circunstâncias do caso em espécie, como aquelas em que possam ser ocultadas ou destruídas provas ou em que a autoridade possa estar em conluio com o autor da violação ou envolvida na mesma violação».

[137] Arts. 8 e 11.

[138] Arts. 9 e 12 e ss.

[139] *Considerando* 82 ss. e art. 16 ss.

[140] O término é em três meses, na hipótese de utilização de canais internos [art. 9, §1, letra *f)*]; de três meses, chegando até seis meses, «em casos devidamente justificados», na hipótese de utilização de canais externos [art. 15, §1, letra *a)*].

[141] Capo V.

[142] Capo VI.

[143] Na medida em que é adequada a evitar que o denunciante, considerando o coleguismo e o temor reverencial ou outro fator, finja não ver a ilegalidade ou uma simples irregularidade

não é absoluta, já que a divulgação da identidade deste último, possível somente com a condição de que seja dado expresso consenso[144] é admitida excepcionalmente, dando-lhe preventiva informação[145], apenas nos casos em que as disposições da União ou internas a imponham, em respeito aos princípios de necessidade e proporcionalidade, por particulares exigências instrutórias ou para tutelar o direito de defesa do denunciado[146].

Essa última hipótese apresenta um delicado problema, significativo sobre o plano normativo e aplicativo, em que o equilíbrio e a conciliação[147] entre a real indispensabilidade da divulgação e as exigências do sigilo, não sendo possível excluir o risco que a defesa da denúncia, garantida constitucionalmente, seja instrumentalmente transmutada em defesa do denunciante; o que reproduziria, ao contrário, a hipótese apontada de denuncia efetuada não no interesse público, mas somente com o único proposito de afetar o denunciado.

As «medidas de proteção»[148] incluem uma grande variedade de previsões não taxativas e referentes aos mais diversos campos, a primeira das quais corresponde à proibição de represália, que se refere também àquela interrompida na tentativa ou na ameaça, à semelhança de uma concepção do ato ou do comportamento retaliatório que envolve a relação de trabalho em sentido próprio, variando do extremo licenciamento às hipóteses que podem ser consideradas menores, mas não menos impactantes, até a anulação de uma licença ou de uma permissão; uma concepção que pode estar relacionada ainda mais diretamente à pessoa, chegando a atingi-la em sua esfera intima, como na hipótese de submissão e controles medico-psiquiátricos.

Esta noção de represália apresenta-se tendencialmente mais ampla do

que se verifique ao interno do ambiente de trabalho. Sobre o tema, verificar *considerando* 82.

[144] Art. 16, §1.

[145] Art. 16, §3.

[146] Art. 16, §2.

[147] Sobre o significado e a utilização dos dois vocábulos: G. Maniaci, *Razionalità e bilanciamento tra principi del diritto: un inventario, un'intuizione, una proposta*, em *Rag. prat.*, 2005, 2, p. 335 ss., que evidencia a «persistente ambiguidade» do termo "balanceamento", que evoca «atribuir um peso, um valor, ao um princípio em relação a outro, o que implica que o princípio ao qual é atribuído menor valor é sacrificado, deixado de lado, enquanto o outro prevalece, mas também no sentido de conciliação, que determina a individuação «de uma solução intermedia que considere ambos os princípios em conflito que […] os aplique ou sacrifique». Isso posto, o A. considera o "balanceamento" exclusivamente no primeiro sentido; sobre a diferença entre "conciliação" e "balanceamento", R. Guastini, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 230.

[148] *Considerando* 87 ss. e art. 19.

que aquela acolhida pelo ordenamento italiano[149], visto que engloba, entre outras, a relação de gênero e espécie, a medida intermediária de discriminação; a qual, de acordo com as orientações formadas no âmbito do debate nacional sobre o tema, abrange a retaliação ou, de qualquer forma, diferencia-se sob o sinal da recíproca autonomia das duas figuras[150].

Outros aspectos importantes do sistema de proteção, com função inclusive de proteção do instituto, são constituídos pela obrigação dos Estados membros de prever, em primeiro lugar «medidas de apoio» em favor do denunciante[151], as quais partem da simples atividade de informação sobre tutelas previstas sobre matéria até a assistência legal e o suporte psicológico; medidas que partem da doutrina considera dever implementar mediante a introdução de instrumentos de atenuação da responsabilidade previstos em outros setores do ordenamento[152].

A tais medidas acrescentam-se aquelas «de proteção à retaliação»[153], que partem da exoneração em relação às eventuais responsabilidades relacionadas à denúncia, desde que efetuada com base em «motivos fundados» como anteriormente analisado, até a presunção *juris tantum* do caráter repressivo do ato ou comportamento que tenha causado dano ao

[149] O conceito jurídico de retaliação de matriz pretória, pode ser aplicado sobretudo em tema de licenciamento, entendendo-o como tal o que é fruto de uma «injusta e arbitrária reação, como única razão de medida expulsiva, essencialmente de natureza vingativa» (Trib. de Cass., Seç. trab., 18 de Março de 2011, n. 6282, em *www.cortedicassazione.it*) em relação ao comportamento legítimo o trabalhador atingido ou de outra pessoa ligada a ele, portanto, acordado na reação» (Trib. de Cass., Seç. trab., 8 de Agosto 2011, n. 7087, em *www.cortedicassazione.it*). A retaliação, em razão do disposto nos arts. 1324 e 1345 cod. civ., é associada ao motivo ilícito; o relativo ônus da prova incumbe ao trabalhador que, se consegue também demonstrar que se trata da única razão determinante do ato do empregador, pode obter a anulação.

[150] Sobre o conceito jurídico de discriminação, de matriz normativa, existem duas correntes: uma que, em decorrência de interpretação extensiva (Trib. de Cass., Seç. Trab., n. 6282/2011) ou de assimilação (Trib. de Cass., Seç. Trab., n. 17087/2011), também inclui a retaliação; outro que distingue a retaliação e a discriminação, evidenciando como a ultima vai além da intenção de retaliação e comporte a nulidade do licenciamento pela «violação de específicas normas do direito interno e europeu» – entre as quais os artigos 3 e 37 Cost., 4 l. n. 604/1966, 15 l. n. 300/1970, 13 l. n. 903/1977, 3 l. n. 108/1990, a l. n. 125/1991, os d.lgs. n. 151/2006 e 198/2006, as Diretivas do Parlamento europeu e o do Conselho 200/43/CE (recebidas por meio do d.lgs. n. 215/2003), 2000/78/CE (recebidas por meio do d.lgs. n. 216/2003) e 2006/54 CE (recebidas por meio do d.lgs. n. 5/2010) – «sem intermédio do art. 1345 c.c.» (Trib. Cass., Seç. Trab., 5 de April 2016, n. 6575, em *www.cortedicassazione.it*).

[151] Art. 20.

[152] P. Novaro, *Principali criticità della disciplina italiana*, já ref., p. 754 ss., espec. p. 757-760, refere-se aos programas de clemência próprios do direito *antitrust*, para ser utilizado no caso de o *whistleblower* estar envolvido, em qualquer modo, nos denunciados.

[153] Art. 21.

denunciante, com a consequente inversão do ônus da prova a cargo do denunciado; bem como, as «medidas de proteção das pessoas envolvidas»[154], que correspondem aos principais direitos previstos em matéria de cidadania e de justiça da Carta de Nice e das mesmas Diretivas que impedem que as mesmas sejam renunciáveis e reduzidas[155].

Completa o quadro assim definido a obrigação estabelecida aos Estados membros de dotarem-se de um aparato sancionatório[156], fundamentado nos usuais cânones de efetividade, proporcionalidade e com caráter dissuasivo, tanto em relação a quem tenha adotado atos ou comportamentos voltados para a denúncia ou ao denunciante[157], quanto em relação ao último, se tiver conscientemente (e *a fortiori* intencionalmente) denunciado ou divulgado o falso; aparato sancionatório com natureza multifuncional, constituindo um importante instrumento indireto de atendimento aos interesses públicos[158].

Para a melhor atuação possível do conteúdo da Diretiva, há recomendação da Rede de autoridades europeias relativa à integridade e a denuncia[159] que, como organismo de coordenação das instituições estatais competentes, enfatizou, entre outros[160], a necessidade de que os sistemas nacionais sejam mantidos «mediante recursos suficientes»[161]; indicações para cuja categoria deveriam ser avaliadas as cláusulas de invariância, das quais, como em nosso caso, existe a legislação do setor além de ser condicionado o desenvolvimento do instituto.

[154] O art. 22 da Diretiva destaca o direito a um recurso efetivo e a um juiz imparcial (art. 48 da Carta), bem como a presunção de inocência e os direitos de defesa (art. 49 da Carta), incluso o direito de ser ouvido e acesso aos próprios registros (art. 41, §2 da Carta).

[155] Art. 24.

[156] Art. 23.

[157] Como ter impedido ou tentado impedir uma denúncia, ter colocado em prática atos de retaliação ou procedimentos vexatórios, ter violado a obrigação de sigilo.

[158] Ver, em termos gerais, A. Travi, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, CEDAM, Padova, 1983; G. Pagliari, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, CEDAM, Padova, 1988; S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche. Uno studio critico*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

[159] Network European Integrity Whistleblowing Authorities (NEIWA), fundada em Haia em 24 de maio de 2019, Declaração de Paris de 2 de dezembro de 2019.

[160] Como uma legislação nacional acessível a todos (no sentido de coerente, clara, atuante e compreensível e acompanhada por campanhas de informação e sensibilização da opinião pública e dos atores públicos e privados responsáveis pelos mecanismos de denúncia), altamente protetiva e capaz de garantir seguimento às denúncias.

[161] No âmbito desta orientação específica, recomenda-se «garantir a necessária independência e integridade das estruturas responsáveis» na matéria.

5. *A experiência italiana*

Se a visão dos vários ordenamentos nacionais se mostra um pouco irregular[162], os casos de denuncia*,* na Itália, recordam a sugestiva imagem do canteiro de obras de um trabalho em andamento, no qual, mais do que segundo os progressos realizados, procede-se com base em comparações, frequentemente acompanhadas de variações substanciais e, por vezes, quando não sempre, segundo pontos de vista não consensuais.

Uma disciplina específica sobre o fenômeno, cuja necessidade já foi apontada há tempos e a partir de variadas vertentes[163], finalmente encontrou acesso em 2012 como parte do desenho de reformas ativado com a lei n. 190[164], com base em uma ótica puramente anticorrupção, seguida registros de intervenções em outras sedes.

[162] Deixando de lado os Estados que ainda não legislaram sobre a matéria, a introdução do instituto nos ordenamentos nacionais pode ocorrer em vários modos e formas (através legislação *ad hoc*, por vezes de nível constitucional, ou mediante a elaboração de disposições contidas em uma ou mais leis setoriais, por exemplo, anticorrupção, concorrência, disciplina de relação de trabalho, etc.) e dar origem a entendimentos diversos em relação à disciplina: permitindo uma interessante análise comparatística. G. Thüsing, G. Forst (coord.), *Whistleblowing–A Comparative Study,* Springer Cham, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2016; C.R. Apaza, Y. Chang (coord.), *Whistleblowing in the World. Government Policy, Mass Media and the Law*, Palgrave Macmillan, London, 2017.

[163] Em âmbito internacional e supranacional, por diversas vezes pelo Grupo de trabalho contra a corrupção da OCSE em 2004 (*Italy: Phase 2. Report on the application of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*), nel 2007 (*Italy: Phase 2. Follow-up Report on the implementation of the Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions*) e nel 2008 (*Follow-up from Italy on the Implementation of Specific Phase 2 Recommendations*), bem como da parte do Grupo de Estados contra a corrupção em 2009 (*Joint First and Second Evaluation Round-Evaluation report on Italy*); em sede nacional, pela Alta Comissão de prevenção e contraste à corrupção e de outras formas de ilícito da administração pública em 2008 (Relação sobre a atividade desenvolvida com referência ao 2° semestre de 2007), bem como pelo garante da proteção dos dados pessoais em 2009 (Comunicação ao Parlamento e ao Governo sobre a individualização, mediante sistemas de comunicação de ilícitos praticados por sujeitos que operam sob vários títulos na organização da empresa).

[164] Art. 1, parágrafo 51, l. 6 de novembro 2012, n. 190 «Disposições para a prevenção e a repressão da corrupção e da ilegalidade na administração pública». Sobre o tema, os Autores já mencionados, cujos escritos estão incluídos entre 2012 e 2015 (antes da elaboração das diretrizes da Autoridade nacional anticorrupção, sobre a qual v. *infra*), *adde* V.A. Belsito, *Il* whistleblowing*: tutele e rischi per il soffiatore*, Cacucci, Bari, 2013; M.T. Carinci, *Whistleblowing in Italy: rights and protection for employees*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-106/2014, em *www.csdle.lex.unict/it* (2014); G. Amato, *Profili penalistici del "*whistleblowing*": una lettura comparatistica dei possibili strumenti di prevenzione della corruzione*, em *Riv. trim. pen. ec.*, 2014, 3-4, p. 597 ss.

Refazendo os aspectos mais importantes desse percurso, é possível destacar como a lei n. 190, que inseriu o art. 54-*bis* no d.lgs. n. 165/2001dando ênfase à matriz laboral-organizacional da denuncia, apresenta características típicas de uma "primeira intervenção", minimalista e carente em alguns aspectos[165].

Essa, de fato, não se ocupava do setor privado, mas se referia somente aos «dependentes públicos» das administrações públicas, consideradas, por assim dizer, em seu sentido tradicional[166], a quem foi dada a faculdade de fazer alusão ao superior hierárquico ou denúncia da ilicitude ao juiz ordinário ou contábil, na acepção ampla, apreendidas «em razão da relação de trabalho».

Em tal sentido, refere-se ao sistema de proteção aplicável ao denunciante e orienta-se ao sigilo da identidade da sua pessoa e à proibição de sanções, demissões e, em geral, de discriminações provenientes da denúncia; sistema cuja operação era (e ainda é) excluída no caso de condenação do denunciante por falso em sede penal ou civil[167].

Primeiramente, a obrigação de sigilo era formalmente prevista somente em relação ao procedimento disciplinar; além disso, na hipótese de contestação fundada no todo ou em parte sobre a denúncia, a revelação da identidade do denunciante era consentida exclusivamente no caso em que tal conhecimento tivesse sido absolutamente indispensável para a defesa do acusado[168], com as críticas já identificadas a propósito da recente Diretiva europeia sobre o tema[169]. Por outro lado, o ônus da prova de caráter discriminatório do ato ou do comportamento do de-

[165] B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, já ref., p. 132, qualifica a disciplina assim introduzida como «embrionária, se não simbólica».

[166] Segundo o art. 1, parágrafo 59, de fato, «as disposições de prevenção da corrupção», entre as quais aquela em matéria de *whistleblowing*, «[…] são aplicadas em todas as administrações públicas segundo o art. 1, parágrafo 2 do decreto legislativo 30 de março de 2001, n. 165 e sucessivas modificações».

[167] O art. 54-*bis*, parágrafo 1, na verdade, excluía da tutela o denunciante em relação ao qual tivesse sido verificada a «responsabilidade à título de calúnia ou difamação, ou seja, pelo mesmo título nos termos do artigo 2043 do código civil»; sobre a aplicação do princípio, Trib. de Cass., Seç. Trab., 24 janeiro de 2017, n. 1752, em *Foro it.*, 2017, 3, I, col. 884 ss. O art. 54-*bis*, parágrafo 9, que resulta de modificações introduzidas pela lei n. 179/2017, sobre o tema v. *infra*, que estabeleceu que tal cláusula de exclusão da tutela do denunciante opera com base somente na sentença de primeiro grau.

[168] Diversamente, na hipótese de contestação fundada na verificação posterior à denúncia, a revelação da identidade do denunciante, admitida quando o denunciante tivesse prestado consenso formal.

[169] Sem, por outro lado, que o conjunto de informações previsto pela Diretiva em garantia da posição do denunciante.

nunciado incumbia, como regra geral, ao denunciante, com implicações facilmente identificáveis também sobre a sua tendência a denunciar.

Na conclusão de tal sistema estava a obrigação, ao encargo do interessado ou de sindicatos maioritariamente representativos da administração, de comunicar ao Departamento da função pública a adoção de eventuais medidas discriminatórias; e estava (e ainda está) a subtração da denúncia ao acesso ordinário, o que será analisado adiante[170].

A posterior instituição da Autoridade Nacional Anticorrupção (ANAC), identificada *ratione materiae ac muneris* como ulterior destinatária das denúncias[171], apresentou seus primeiros frutos traduzindo-os como modelo de diretrizes específicas[172], emanadas em 2015 em razão de um poder geral de orientação relativo às medidas de prevenção da corrupção referente aos entes do setor público[173]; diretrizes que, ao enfrentar os diversos entroncamentos da matéria, acabaram melhor desenvolvendo e implementando o tema.

Em primeiro lugar, estendeu o âmbito subjetivo de aplicação aos dependentes dos entes privados em controle publico e dos entes públicos econômicos, bem como aos consulentes e colaboradores das empresas fornecedoras da Administração. Posteriormente, individuou como destinatário das denúncias internas, em lugar do superior hierárquico, o Responsável pela Prevenção da Corrupção e pela Transparência (RPCT), seja por competência funcional seja porque é mais facilmente individuado sobretudo ao interno dos aparatos que possuem organização complexa. Ou seja, construiu, para dar suporte ao sigilo da identidade do denunciante, um sistema para o encaminhamento e a gestão das denúncias. Por fim, abrangeu as denúncias anônimas, regra geral

[170] V. *infra*.

[171] Art. 19, parágrafo 5, letra *a)* do d.l. 24 de junho de 2014, n. 90 «Medidas urgentes para a simplificação e a transparência e para eficiência dos ofícios judiciários», convertido pela lei de 11 de agosto de 2014, n. 114.

[172] Determinação de 28 de abril de 2015, n. 6 «Diretrizes em matéria de tutela do dependente público que denuncia ilícitos (denominado *whistleblower*)». Para uma perspectiva conjunta do *whistleblowing*, como modelo de diretriz, A. Marcias, *La disciplina del* whistleblowing *tra prospettive di riforma e funzioni dell'Autorità nazionale anticorruzione*, em I.A. Nicotra (coord.), *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatoria*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 173 ss.; C. Silvestro, *L'istituto del* whistleblower *a tre anni dalla legge anticorruzione*, em *Il nuovo dir. amm.*, 2016, 3, p. 97 ss.; A. Riccio, *La tutela del* whistleblower *in Italia*, em *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2017, 1, p. 139 ss.; R. Cantone, N. Parisi-A. Corrado, M.G. Greco (coord.), *Prevenzione della corruzione, segnalazione d'illeciti e tutela del dipendente pubblico: presentazione del secondo monitoraggio nazionale sull'applicazione del* whistleblowing em *www.anticorruzione.it* (22.6.2017).

[173] *Ex* art. 19, parágrafo 15 do d.l. n. 90/2014.

consideradas inadmissíveis ou, de qualquer modo, destinadas ao esquecimento pelo arquivamento; porém, desde que «adequadamente fundamentada e efetuada de forma detalhada», de tal modo que «faça emergir fatos e situações que podem ser relacionadas a contextos determinados», evidenciando a necessidade de que seu tratamento seja efetuado separadamente em relação às demais.

Outra etapa fundamental do percurso em tal modo iniciado ocorre com a lei n. 179/2017[174] que, exclusivamente em relação a denuncia, conferiu ulterior ênfase a sua especificidade e autonomia em relação aos outros institutos e fenômenos semelhantes.

A referida lei, *motu proprio* e ao dar continuidade às principais indicações oferecidas pelas diretrizes da ANAC, revisitou de forma significativa o instituto, em primeiro lugar, reformulando as estruturas que disciplinam o setor público.

Os primeiros passos em tal direção consistiram em: acolher a noção estendida de «dependente público», construir um sistema de denúncias internas sobre a figura do RPCT (embora não em total coordenação com a normativa secundária[175]), bem como, e principalmente, introduzir o

[174] Lei de 30 de novembro de 2017, n. 179 «Disposições para a tutela dos autores de denúncia de crimes e irregularidades que se tornaram conhecidas no âmbito da relação de trabalho público e privado». Aos autores já citados acrescem-se, sem qualquer pretensão de completude, A. Avio, *La nuova tutela del dipendente che segnala reati o irregolarità*, em *Dir. lav. merc.*, 2017, 3, p. 655 ss.; N. Parisi, *Osservazioni a prima lettura sulla legge n° 179/2017 di tutela del* whistleblower, em *www.lavorodirittieuropa.it*, 2018, p. 1; G. D'Alessio, *La disciplina anticorruzione: l'impatto sui rapporti di lavoro*, em *Lav. pub. amm.*, 2018, 1 (num. un.), p. 99 ss.; C. Bova, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti fra indicazioni sovranazionali e disciplina interna*, in *www.democraziaesicurezza.it*, 2018, 1; D. Bolognino, *Spunti di riflessione sui chiaro-oscuri della formulazione della nuova normativa di tutela del dipendente che segnala l'illecito di cui alla l. n. 179 del 2017*, em *www.amministrazioneincammino.it*, 2018, 3; A. Riccio, *La tutela del lavoratore che segnala illeciti dopo la l. n. 179 del 2017. Una prima lettura giuslavoristica*, *ivi*, 2018, 3; *Terzo rapporto annuale sull'applicazione del* whistleblowing, em *www.anticorruzione.it* (28.6.2018); G. Cardinale, Whistleblowing*: tra disciplina di settore e interventi di riforma*, em *www.giurisprudenzapenale.it* (2018); A. Frignani, *Il* whistleblowing *in Italia: la nuova legge dimentica la concorrenza (e non solo)*, em *Giur. comm.*, 2019, 3, I, p. 393 ss.; A. Sitzia, *La protezione del "*whistleblower*" nel settore privato: la legge n. 179 del 2017 nella prospettiva europea*, em *www.lavorodirittieuropa.it*, 2019, 2; M. Manetti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata. Il perimetro della tutela del "*whistleblower*"*, em *Dir. rel. ind.*, 2019, 2, p. 492 ss.; *Quarto rapporto annuale sull'applicazione del* whistleblowing, em *www.anticorruzione.it* (16.7.2019); I.A. Savini, F. Vetrò, Whistleblowing *e meritevolezza: la tutela del segnalante e del segnalato nei settori pubblico e privato*, em *www.filodiritto.com* (Sistema 231), 2020, 1.

[175] Na verdade, o art. 8 do D.P.R. 16 de abril de 2013, n. 62 «Código de comportamento dos dependentes públicos» continua a prever a obrigação de denunciar eventuais ilícitos ao superior hierárquico. A opinião que prevalece é a de que a disposição foi implicitamente derrogada em razão da diferente prescrição da l. n. 179/2017, solução que

interesse à integridade pública como condição *sine qua non* implícita de admissibilidade da denúncia e explícita de fruição da tutela do denunciante; fórmula essa polissemântica que, enquanto sob a ótica da anticorrupção representa uma barreira em relação a denuncia para fins privados, quando analisada com base no direito de expressão e de informação, parece idônea a ancorar uma «posição subjetiva ativa» do denunciante (público), que pode ser acionada por meio da denúncia para proteção de direito geral dos cidadãos à boa administração[176], bem como ativar este mais amplo direito com o instituto em questão.

Acrescenta-se à isso a substancial releitura do sistema de tutela do denunciante a partir da obrigação de sigilo de sua identidade, cuja disciplina, que se destina excluir as denúncias anônimas[177], apresenta alguns aspectos sobre os quais parece oportuno refletir.

De fato, a norma que contempla tal obrigação, inicialmente, a impõe em termos absolutos, declinando-a, posteriormente, de acordo com os variados contextos passíveis de serem adotados como referência, ou seja: fundamentalmente, o procedimento penal e contábil, não considerado pela lei n. 190/2012, operando em relação ao primeiro as condições e os limites previstos pelo Código de rito[178], isto é, não além da conclusão das investigações preliminares, e em relação ao segundo, até a conclusão da fase instrutória.

Uma observação à parte deve ser efetuada no que tange ao procedimento disciplinar, que foi considerado pela lei n.190/2012, em que as previsões de obrigação de sigilo foram significativamente implementadas e remodeladas, readquirindo caráter absoluto, se a contestação não estiver diretamente fundamentada na denúncia, ou se fundamentadas no todo ou em parte, nos casos em que a defesa do acusado seja indispensável «o conhecimento da identidade do denunciante» e cuja identificação tenha sido consentida; do contrário, na hipótese em que o denunciante não tenha consentido sua identificação, a denúncia não será passível de realização.

Essa última regra, que dispõe implicitamente sobre a necessidade de um provimento motivado da autoridade procedente a respeito da

foi confirmada pela diretriz ANAC de 13 de janeiro de 2020 sobre o tratada no *sub* §6.4.

[176] G. Fasano, *La vigilanza collettiva interna*, já ref., p. 152 ss.

[177] Boletim dos Conselhos e das Comissões Parlamentares (Comissões reunidas, II Justiça, e XI Trabalho público e privado) 24 de outubro de 2017, n. 898, 13 ss., espec. p. 16.

[178] Ou seja, conforme previsto pelo artigo 329 do código de processo penal; sobre o tema, com aplicação variada do princípio Trib. de Cass., seç. VI pen., 31 de janeiro de 2018, n. 9041 e 9047, sendo a primeira em *Riv. pen.*, 2018, 5, 488 ss. e a segunda em *Foro it.*, 2018, 5, II, 285 ss.

indispensabilidade ou não de tal conscientização, remete o destino do provimento à mera vontade do denunciante, dando lugar, com isso, a uma espécie de heterogênese das finalidades, ou de qualquer modo, a um excesso dos meios em relação aos fins, suscitando mais de uma interrogação de ordem sistemática e sobre o plano aplicativo.

Ora, dado que não está especificado se a avaliação da indispensabilidade e o consenso devem ser um efetuado e outro adquirido antes do início do procedimento ou após da defesa do acusado, seria possível requerer se a vontade do denunciante pode incidir sobre a ativação ou a continuidade do procedimento; seria possível requerer, ainda, caso tenha sido negado o consenso, se existe espaço residual para uma fiscalização autônoma do fato que permita um eventual exercício do poder disciplinar e, ao mesmo tempo, salvaguardar o sigilo da identidade do denunciante; seria possível também requerer se o consenso, uma vez prestado, seja ou não passível de revogação para que a identidade do denunciante não seja revelada ao denunciado. E os questionamentos não terminam aqui.

De qualquer forma, parece que a regra em questão precisa ser revista à luz da diferente abordagem dada pela Diretiva UE 1937/2019, a qual – como já afirmado – admite a revelação da identidade do denunciante, sem prejuízo da regra que determina o consenso do último e com as garantias do caso, quando requeridas por particulares exigências instrutórias ou por direito de defesa do denunciado.

E, em tal sentido, a obrigação de sigilo sobre a identidade do denunciante que é, em primeiro lugar, remodelada no que se refere ao procedimento disciplinar, assumindo caráter absoluto se a contestação não se fundar diretamente na denúncia; ao passo que, não opera no caso de a contestação basear-se no todo ou em parte na denúncia, quando, para fins da defesa do acusado, for indispensável «o conhecimento da identidade do denunciante» e os mesmos tenham consentido tal revelação. Essa obrigação, ademais, é ora formalmente contemplada, embora em termos não absolutos, ainda no que tange aos procedimentos penais e contábeis: no primeiro, às condições e com os limites previstos no código de rito[179]; no segundo, até o fechamento da instrutória.

Quanto aos atos e medidas adotadas pelo denunciante em razão da denúncia, como ulteriormente individuadas[180], introduz-se o conceito de

[179] Cons. a nota acima.

[180] Em relação à versão original do art. 54-*bis* aparecem a dimensionamento e o transferimento.

represália[181], acompanhado pela sanção de nulidade dos atos que constituem sua expressão, ao qual se aproxima, no caso de dispensa, a obrigação de reintegração da posição de trabalho. Esse regime de proteção, que se caracteriza pela utilização fungível que vem da noção de discriminação e represália, consolida-se na transferência do ônus da prova do denunciante, a quem, segundo os princípios gerais, caberia a demonstração da finalidade discriminatória ou repressiva do ato, ao aparato organizacional que o adotou, ao qual se atribui a prova contrária, em relação à denúncia de ilegalidade; o que, na ausência de indicações normativas ulteriores, é possível discutir a respeito do cumprimento de tal ônus, podendo considera-lo um mero reenvio por referência de provas constituídas, tendo em vista eventual dificuldade, complexidade, quando não impossibilidade e impraticabilidade[182]. Este regime de proteção encontra parcial contrapartida no agravamento da disciplina da exclusão da tutela do denunciante, a qual surge em presença de sua condenação por um falso já em primeiro grau, e à semelhança do direito vivente, opera também no caso em que a aquisição das informações seja traduzida em «imprópria atividade investigativa, em violação aos limites postos pela lei»[183].

A comunicação dos atos e medidas repressivas (e, indo além do diploma legal, também aqueles discriminatórios) adotados em relação ao denunciante, deve ser dirigida ao Departamento de função pública ou aos «organismos de garantia ou de disciplina», aliás não mais diretamente, mas por meio da ANAC[184], a quem é atribuído também o específico

[181] Sobre a relação entre os dois conceitos, v. *supra*, notas 149 e 150.

[182] M. Magri, *Il* whistleblowing *nella prospettiva di una disciplina europea armonizzata: la legge n. 179 del 2017 sarà (a breve) da riscrivere?*, em *www.federalismi.it*, 2019, 18, p. 23, requer se o ônus da prova possa ser considerado satisfeito por «uma integração póstuma da motivação, idônea a indicar a legitimidade da medida» ou requeira «a demonstração, bem mais gravosa, da falta de nexo etiológico entre a denúncia e a medida a cargo do *whistleblower*», considerando que «na primeira hipótese a prova é muito mais simples […], na segunda, ao contrário, será quase "diabólica"»; sobre o tema, ver, também, M. Peruzzi, *La prova del licenziamento ritorsivo nella legge 179/17 sul* whistleblowing, em *Lav. e dir.*, 2020, 1, p. 33 ss.

[183] Trib. de Cass., Seç. VI pen., 21 de maio de 2018, n. 35792, em *Guida al dir.*, 2018, 34, p. 74 ss., que excluiu o argumento do cumprimento do dever em relação ao dependente público, a fim de demonstrar a vulnerabilidade do sistema informático adotado pelo ente de pertencimento, introduzido abusivamente criando um documento falso.

[184] Para quem «a adoção de medidas repressivas», e além da letra da lei também relacionadas àquelas discriminatórias, «é comunicada em qualquer caso […] pelo interessado e pelas organizações sindicais com maior representação na administração».

poder de emanar diretrizes em matéria de denuncia[185], e aplicar sanções pecuniárias no caso de violação da legislação de setor[186].

Como anteriormente mencionado, desde a primeira redação do art. 54-*bis,* foi prevista o desvio da denúncia pela l. n. 241/1990. Com base no sigilo da identidade do denunciante e na doutrina considerada válida, inclusive em relação ao acesso cívico[187], tal desvio dá lugar a uma situação de excesso do meio em relação ao fim, aliás comprimindo o direito de defesa do denunciado; daí a constatada necessidade de um ponto de reequilíbrio entre as exigências opostos, que foi recuperado ao consentir a acessibilidade da denúncia salvo no que se refere à identificação do denunciante[188]. E isso é cada vez mais considerando a diversa configuração da Diretiva 2019/1937, à qual a norma nacional que reconhece ao acusado o direito acesso ao próprio fascículo, cujo primeiro e fundamental ato é constituído pela própria constatação da denúncia[189], deve ser adequada.

É mérito da l. n. 179 ter introduzido e disciplinado também a denuncia no setor privado[190]. Apesar disso, o alcance dessa novidade, não absoluta[191] e, de qualquer forma, aplicável somente aos entes que voluntariamente adotaram o modelo de organização e de gestão previsto pelo d.lgs. n. 231/2001, acaba resultando menos incisiva de quando não possa parecer à primeira vista, visto que a operação da tutela do denunciante é recolocada, em definitivo, à mera discricionariedade empresarial de se dotar ou não de tal modelo[192], o que sublinha, em conjunto com

[185] Ouvido o Garante para a proteção dos dados pessoais; isso que reforça a interação da transparência e *privacy*.

[186] No caso de atos discriminatórios e, indo além das restrições da letra da lei, (art. 54-*bis*, parágrafo 6), represálias adotadas em relação ao denunciante, como no caso de violações relacionadas à procedimentos para o encaminhamento e a gestão das denúncias (ausência, deformação de modelos normativamente previstos), bem como no que se refere à falta de fiscalização e análise das informações aí contidas.

[187] D.U. Galetta, P. Provenzano, *La disciplina italiana del* whistleblowing, já ref., p. 122.

[188] D.U. Galetta, P. Provenzano, *op. já ref.*, p. 123.

[189] Art. 22, §1.

[190] Art. 2.

[191] Porque em qualquer medida antecipada pela jurisprudência que, interpretando de forma evolutiva o art. 21 da Cost. e o art. 1 da l. n. 300/1970 (Estatuto dos Trabalhadores), reconheceu ao trabalhador um direito de crítica com o fim de utilidade social: Trib. de Cass., Seç. trab., 25 de fevereiro de 1986, n. 1173; na doutrina, L. Inglese, *Il diritto di critica nei luoghi di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014.

[192] P. Novaro, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di* whistleblowing, já ref., p. 744 ss.

outros aspectos detalhados, mas não transcuráveis[193], a perdurante diferença com o setor público que pareceria destinada, se não a retornar, ao menos a reduzir consideravelmente sempre que a Diretiva 2019/1937 tenha sido transposta no ordenamento interno[194].

Outra peculiaridade da l. n. 179 é ter afetado o caráter absoluto da tutela do segredo em âmbito da relação de trabalho, prevendo que "palavras de ordem" do instituto – interesse à integridade da pública administração ou do ente privado e contraste «da malversação» – operem como justa causa de revelação do segredo; com exceção, não compartilhada por todos seja em absoluto seja à luz das diversas configurações do direito da união[195], de adquirido conhecimento da notícia por razões profissionais e, em todo caso, desde que seja mantida a justa proporção entre a revelação do segredo e a remoção do ilícito, também mediante a utilização somente dos canais de denúncia estabelecidos.

Em aplicação da l. n. 179 da ANAC, entre 2018 e 2021, foram emendados dois regulamentos sobre o exercício do poder sanciona-

[193] Trata-se: *i)* da previsão de mera faculdade, para o trabalhador e/o sindicato por ele indicado, de denunciar à inspeção de trabalho a adoção de medidas discriminatórias e de retaliação, mesmo sendo previsto a obrigação de denúncia, encaminhada ao Departamento da função publica ou aos outros organismos de garantia ou de disciplina; *ii)* da circunstância que, havendo previsão legal, o trabalhador privado pode denunciar somente as condutas que caracterizam crime (não as condutas de ilegitimidade, irregularidade ou disfuncionais) e pelos crimes previstos nos arts. 24 e ss. do d.lgs. n. 231/2001 (A.F. Masiero, *La disciplina del* whistleblowing *alla luce della direttiva 2019/1937/UE*, já ref., p. 16). Deve-se acrescentar, a falta de coordenação com as disciplinais setoriais, em particular com a disciplina da concorrência. (A. Frignani, *Il* whistleblowing *in Italia*, já ref., p. 408 ss.). Sobre tal aspecto: A. Sitzia, *La protezione del "*whistleblower*" nel settore privato*, já ref., p. 8; M. Manetti, *Il lavoratore "segnalante" nell'impresa privata*, já ref., p. 499 ss.; I.A. Savini, F. Vetrò, Whistleblowing *e meritevolezza*, já ref., p. 3-10.

[194] O art. 8, § 1 e 3 da Diretiva prescreve a obrigação aos «sujeitos de direito do setor privado […] com pelo menos 50 trabalhadores» de aplicar a tal setor as mesmas garantias previstas para o setor público.

[195] P. Novaro, *Principali criticità della disciplina italiana in materia di* whistleblowing, já ref., p. 747, estabelece que a exclusão da qual se trata, que se refere aos trabalhadores autonomia e aos profissionais, parecem dificilmente compreensíveis considerando-se que esses «também a pleno título são incluídas na definição de operador econômico, segundo o art. 45 do código de contratos públicos» e que «diferentemente da normativa de matriz europeia, […] não podem acessar» o sistema e os mecanismos de tutela legalmente previstos em relação à matéria.

tório na matéria em questão[196] e as diretrizes de tutela dos denunciantes[197].

Sem prejuízo do que já foi afirmado sobre a função dúplice do poder sancionatório, ou seja, aquela tradicional punitiva e aquela emergente de ulterior instrumento de assistência dos interesses públicos, ambos esses questionamentos destacam a particular atenção dedicada ao contraditório; especialmente o segundo que, conotado também da amplitude da noção de retaliação acolhida[198], o prevê desde a pré-instrutória, embora remetendo à instauração ao ofício competente[199], o que configura um importante passo em relação às atuais aquisições em tema de procedimentos sancionatórios das autoridades administrativas independentes[200].

[196] Trata-se do «Regulamento sobre o exercício do poder sancionatório em matéria de tutela dos autores da denúncia de crimes e irregularidades que se tornam conhecidos no âmbito do trabalho segundo disposto no art. 54-bis do d.lgs. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)» aprovado com deliberação de 30 de outubro de 2018, n. 1033 (em G.U de 19 de novembro de 2018, n. 269) e modificado com a deliberação de 10 de abril de 2019, n. 312 (em G.U de 26 de abril de 2019, n. 97); bem como do «Regulamento para a gestão de denúncias e para o exercício de poder sancionatório em matéria de tutela dos autores da denúncia de crimes ou irregularidades que se tornaram conhecidos no ambiente de trabalho, segundo dispõe o art. 54-bis del d.lgs. 165/2001», adotado com a deliberação de 1° de julho de 2020, n. 690 (em G.U de 18 de agosto de 2020, n. 205).

[197] «Diretrizes de tutela em matéria dos autores de denúncia de crimes ou irregularidades que se tornaram conhecidas em razão da relação de trabalho, nos termos do art. 54-bis, do d.lgs. n. 165/2001 (c.d. *whistleblowing*)», adotado com decisão do Conselho n. 469 de 9 de junho 2021.

[198] Em acordo com o previsto na Diretiva UE 1937/2019.

[199] Ofício para a vigilância sobre as denúncias apresentadas à Autoridade.

[200] No sentido da desnecessidade ou até mesmo da dúbia oportunidade do contraditório em uma "fase" meramente preliminar e informal como é a fase pré instrutória ver, na jurisprudência, Cons de Est., seç. VI, 12 de novembro de 2003, n. 7265; Id., 23 de julho de 2009, n. 4597; Tar Lazio, seç. I, 5 de outubro 2004, n. 10186; Id., 18 de janeiro 2011, n. 421; Id., 8 de novembro 2011, n. 8553, acessíveis em: *www.giustizia-amministrativa.it*. Na doutrina, M. Ramajoli, *Attività amministrativa e disciplina* antitrust, Giuffrè, Milano, 1998, p. 433 ss.; M. Antonioli, *Concorrenza*, em M.P. Chiti, G. Greco (coord.), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Giuffrè, Milano, 2007, I, p. 889 ss. Favorável à admissibilidade do contraditório na fase pré-instrutória: em termos gerais, L. De Lucia, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, em *Dir. amm.*, 2002, 4, p. 717 ss., espec. p. 730; referente aos procedimentos sancionatórios, S. Cimini, *Il potere sanzionatorio delle amministrazioni pubbliche*, já ref., p. 346-347; referente aos procedimentos sancionatórios das autoridades independentes, M. Monteduro, *I principi del procedimento nell'esercizio del potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti. Tessuto delle fonti e nodi sistematici*, em M. Allena-S. Cimini (coord.), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, em *Dir. ec.*, 2013, 3, p. 125 ss., espec. p. 142 ss.; M. Clarich, L. Zanettini, *Le garanzie del contraddittorio nei procedimenti sanzionatori davanti alle Autorità indipendenti*, em *Giur. comm.*, 2013, I, 2, p. 358 ss., espec. p. 364, evidenciando que, sendo a fase pré-instrutória destinada ao "alinhavo" dos débitos colocados na base da contestação, em alguns setores o contraditório é assegurado até mesmo na prática.

O esquema das diretrizes de tutela substitui as orientações do 2015 e, em certa medida, antecipa os principais novos elementos contidos na Diretiva europeia 2019/1937 á espera da sua transposição.

Contudo, em relação a este ultimo aspecto, a Itália apresenta um forte atraso, já que o procedimento correspondente, com base no princípio da máxima proteção e da tutela do denunciante, foi iniciado, por duas ocasiões[201], mais ainda não completado.

Agora, porém, a transposição da Diretiva parece estar em reta final[202].

6. *Para continuar*

Chega-se, portanto, ao fim deste artigo, mas não propriamente ao fim do percurso de investigação iniciado, o qual requer uma experimentação baseada na aplicação da Diretiva.

Por tal razão, as considerações a seguir apresentadas não são conclusivas, pois constituem apenas um ponto de partida para continuidade dos estudos sobre o tema.

Entende-se que há necessidade de salvaguardar o que a denuncia representa em si mesma, que o distingue e o diferencia de fenômenos e institutos similares, vale dizer: a relação, ainda que remota ou ocasional, porém nunca dissolúvel, com a organização e o ambiente de trabalho[203], que permite a plena expressão das potencialidades preliminarmente apontadas, em uma dúplice e integrada, ou paralela perspectiva de combate à corrupção e má administração; e, pela respectiva informação à coletividade, especificando a função assumida pelo denunciante, e apresentando-o como pessoa, cidadão e trabalhador que é colocado ao cen-

[201] Art. 23 da lei n. 53 do 22 de abril de 2021 «Delegação ao Governo para a transposição de Diretivas europeias e a aplicação de outros atos da União Europeia – Lei da Delegação Europeia 2019-2020» (em G.U. de 23 de abril 2021, n. 97) e art. 13 da lei n. 127 do 4 de agosto «Delegação ao Governo para a transposição de Diretivas europeias e a aplicação de outros atos da União Europeia – Lei da Delegação Europeia 2021» (em G.U. de 26 de agosto 2022, n. 199).

[202] Em 9 de dezembro de 2022, o Conselho de Ministros aprovou o projeto de decreto legislativo que implementa a Diretiva 2019/1937. O projeto foi submetido às comissões parlamentares competentes para sua consideração; no momento se manifestaram a favor a Comissão V – Orçamento e Tesouraria (18 de janeiro de 2023) e a Comissão XIV – Políticas da União Europeia (25 de janeiro de 2023).

[203] De maneira resumida: P. Pizzuti, Whistleblowing *e rapporti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019; S.M. Corso, *Segnalazione di illeciti e organizzazioni di lavoro. Pubblico e privato nella disciplina del* Whistleblowing, Giappichelli, Torino, 2020.

tro de um sistema capaz de assegurar a eficácia e a promoção, além de sua efetiva proteção.

E, se em nível internacional e europeu, no momento, o cenário parece suficientemente definido, o mesmo não se pode dizer do ordenamento nacional, em relação ao qual, não se afigura arriscado afirmar que a transposição da Diretiva europeia 2019/1937 poderia abrir novos cenários e, assim, gerar outras frentes de discussão.

ALLA RICERCA DELLA CITTÀ PUBBLICA

di Paolo Urbani

1. Quando proposi a Stefano Civitarese, a Pescara ove insegnavo il diritto urbanistico appena divenuto ordinario di diritto amministrativo, di scrivere un nuovo manuale della materia, se non ricordo male il panorama dei manuali di diritto era quello di Virgilio Testa, (1956, 1974) di Leopoldo Mazzarolli, (1966) di Federico Spantigati, (1971) di Giuseppe Morbidelli (1974) di Paolo Stella Richter, che però aveva scritto uno splendido libretto sui *profili funzionali dell'urbanistica* (1974), di Giovanni Torregrossa, (1987) di Valeria Mazzarelli (1996) e certamente quello di Salvia e Teresi (1986).

Erano da poco passati gli anni '90, e la passione per la materia portò a scrivere nel 1994 il *Diritto urbanistico organizzazione e rapporti*, titolo che mi suggerì Massimo Severo Giannini che, già prima nel 1990, mi propose di scrive la voce *Urbanistica* per L'enciclopedia del diritto, oggi riscritta da Antonio Bartolini. (2022).

Ma certamente la passione per la materia mi nacque per colpa (o per merito) di un seminario diretto da Spantigati – mentre ero ancora uno studente del quarto anno in preparazione dell'esame del Diritto Amministrativo che durò per un paio di mesi – ove scoprii un mondo sommerso perché il Diritto urbanistico alla Sapienza nessuno lo insegnava, e nemmeno ora a distanza di più di 40 anni, così come in molte facoltà di giurisprudenza viene ignorato, e solo in qualche facoltà di architettura, alcuni giuristi si peritano di educare il giovani architetti al governo del territorio!

Filippo Salvia, anche dopo la perdita di Teresi, ha continuato ad aggiornare il manuale fino ad oggi assieme ai suoi allievi. Nell'edizione del 2008, scritto di suo pugno, dedicava il manuale a Federico Spantigati, nell' edizione del 2017 scritta con C.Bevilacqua dedica il libro al compianto Franco Teresi.

Nella prefazione del 2008 esordiva dicendo che "*avventurarsi oggi nel diritto urbanistico è come entrare nello studio di un artista e curiosare nella miriade di disegni, di bozzetti, di studi sparsi nei diversi tavoli.*"

Nell'edizione del 2017 esordiva dicendo che "*dopo l'avvento del regionalismo non esiste più nel nostro paese un'unica disciplina valida per l'intero territorio nazionale ma tanti diritti quante sono le regioni*".

2. Se queste sono le premesse, le mie riflessioni in onore del grande Filippo Salvia, parafrasando il primo paragrafo del capitolo I del manuale del 2017 "*L'urbanistica come proiezione stratificata dell'assetto socioeconomico e degli ideali sociali del tempo*" "*Partire dalla struttura (dai problemi reali),* provano a partire proprio dai fatti della società odierna e non dalle regole del diritto urbanistico, poiché altrimenti non coglieremmo in alcun modo i profondi mutamenti dell'assetto della disciplina dei suoli che, lentamente, sta tracimando verso un liberalismo sfrenato.

Le riflessioni che vorrei esporre non riguardano però la crisi del piano, il suo contenuto conformativo, la fine della "profezia credibile", il lento prevalere del *software* (l'edilizia) sull'*hardware* (il piano) ma piuttosto allargare lo sguardo alla cosiddetta "rigenerazione urbana" che – senza che se sia data un definizione giuridica – irrompe da tempo nella pianificazione come un "proiettile"[1] spostando l'attenzione dal *piano* al *progetto urbano*, da questo *all'accordo urbanistico* sempre più in deroga al piano.

Il recupero delle aree dismesse, la possibilità della modificazione della destinazione d'uso di quelle volumetrie preesistenti, il "premio di volumetria" ormai entrato nella prassi come regola[2], il tutto a scapito della città pubblica, frutto di accordi di cui all'art.11 della l.241 del 1990 a lungo osteggiati come un ossimoro – l'urbanistica non si contratta – in variazione del piano vigente, pone al centro dell'attenzione, in molte grandi città, ma anche nelle medie aree urbane, il problema sollevato acutamente dai politologi e poi dagli urbanisti dello *scambio sleale*, o dello *scambio ineguale*[3] nel ridisegnare parti della città consolidata, che appaiono a conti fatti, corpi estranei rispetto al tessuto urbano preesistente nel quale irrompono.

Per comprendere tali processi, prima di valutarne gli esiti, non si può prescindere dagli attori che sono scesi in campo sul territorio che non è più l'imprenditoria del mattone ma l'immobiliarista finanziere[4] *i cui capitali sono il frutto dello spostamento del capitale industriale verso il capitalismo immobiliare, ove i primi hanno scoperto da tempo che i vantaggi immeritati delle plusvalenze immobiliari, costituiscono un modo più sem-*

[1] Da cui il termine "progetto" che indica sempre qualcosa di nuovo rispetto all'esistente.

[2] Inventato dal "piano casa" del 2009 dal governo Berlusconi, che ha contagiato la legislazione regionale e che da provvedimento di durata temporanea è diventato permanente.

[3] F. Curti (a cura di) *Lo scambio leale*, Officina ed. 2006.

[4] P. Bonora, *La città tradita*, il Mulino 2016.

plice di arricchirsi, senza dover fare i conti con l'organizzazione del ciclo produttivo.[5] Vicende che affondano le loro radici fin dal 1992, Torino e quando s'introdusse nella legislazione urbanistica il programma integrato d'intervento d'iniziativa dei privati anche in evidente contrasto con il piano, con contenuti a trecento sessanta gradi, frutto della convenienza del mercato e non della cittadinanza.

Irrompe quindi sul territorio urbano il *rièl istèit*[6], con cui si indica l'insieme degli operatori, dei prodotti e dei servizi riferiti al mercato immobiliare.

Basti pensare ai primi esperimenti di riconversione e di riuso come quelli del Lingotto a Torino e della Bicocca a Milano.

Ma la vicenda dei beni privati, da riconvertire, coinvolge anche i *beni pubblici* la cui lenta dismissione, favorita dalla legislazione vigente e diretta a mettere sul mercato beni non più funzionali alla cura dell'interesse pubblico di quegli enti, ripropone situazioni analoghe a quelle prima richiamate.

Si tratta dei beni ferroviari, [7] delle aree e delle caserme militari, degli edifici e delle aree pubbliche di enti statali, questi ultimi oggi nella disponibilità della Cassa depositi e prestiti la cui nuova regolamentazione mira alla loro valorizzazione immobiliare[8].

In tutti questi casi, assistiamo in molte città, alla messa sul mercato di questi beni, riconoscendone una edificabilità che ne permette, quindi, una valorizzazione finanziaria, tutta a beneficio dei fondi d'investimento creati ad hoc. Il riconoscimento dell'edificabilità comporta l'elaborazione di progetti urbani, il cui fine è quello del massimo ritorno economico a favore dei promotori, con conseguente variazione dello strumento urbanistico di quei comuni ove sono localizzate le ex aree "pubbliche". Si tratta in molti casi – come per le aree ferroviarie o quelle del demanio militare[9] – di centinaia di ettari la cui trasformazione spesso non ha nulla a che fare – come per i beni immobiliari privati prima richiamati – con il contesto urbano di riferimento.

[5] Ancora Bonora, ma anche W. Tocci *L'insostenibile ascesa della rendita urbana*, in Democrazia e Diritto 2009.

[6] Espressione inglese composta dall'aggettivo *real*('immobiliare') e dal sostantivo *estate* ('proprietà, patrimonio').

[7] Rinvio a P. Urbani *Ripensare la città contemporanea* in Riv. Diritto e processo amministrativo 4/2021.

[8] Vedi il bel volume di V. Manzetti *Cassa depositi e prestiti Paradigma italiano delle banche italiane di promozione* Editoriale scientifica 2021.

[9] Basta citare il caso di Piacenza su cui vedi L. Gaeta *l'urbanistica contrattuale esperienze e rimedi* 2021 Politecnico Milano.

Lo strumento amministrativo è certamente l'accordo, vuoi quello sostitutivo di provvedimento dell'art.11 della l.241/90, voi quello dell'accordo di programma dell'art. 34 del d.lgsl 267/2000 per "cristallizzare" la variazione del piano urbanistico.

Ma se il ricorso all'accordo "urbanistico" avallato solo nel 2010 dal Consiglio di Stato[10] a partire dalle numerose sentenze sul PRG di Roma, entra a pieno titolo come strumento di composizione degli interessi urbanistici, non di meno si pone il problema di entrare nel merito dell'accordo, poiché con esso si fissa il contenuto delle prescrizioni che, di norma, non incontrano limiti di contenuto poiché queste comportano la variazione dello strumento urbanistico. In altre parole, l'oggetto del contratto è il riconoscimento di una edificabilità del bene immobiliare a tutto vantaggio del proponente privato o pubblico che sia.

La mancanza di "invarianti "che costituiscano la cornice di riferimento dello "scambio edificatorio" ha posto da tempo all'attenzione, non tanto dei giuristi, ma degli urbanisti coinvolti *in primis* nel ridisegno di quelle realtà urbane, ma anche dei politologi, un problema centrale: quello cioè che non si tratti appunto di scambio leale ma di scambio ineguale.

Ovverosia, che nel processo di riconversione o di riqualificazione o di rigenerazione non sia garantito l'interesse pubblico, cui deve necessariamente conformarsi l'azione pubblica. Ma come garantire che l'interesse pubblico sia veramente soddisfatto? Ovvero che quell'atto di ripianificazione tenga conto degli interessi pubblici che devono essere garantiti alla collettività rappresentata?

Ma come si misura l'interesse pubblico? Ovvero come *misurare l'interesse pubblico in rapporto al vantaggio privato*?

In questo caso, proprio a proposito della rigenerazione dei luoghi costruiti non più consoni all'esigenza del mercato, stiamo lentamente passando *dall'amministrazione rappresentativa dell'interessi della collettività all'impresa interprete del mercato.*

A ciò deve aggiungersi che l'attore proponente è spesso un fondo

[10] Tra le altre CDS 4545/2010. In generale, la Sezione quarta reputa *che la "copertura" normativa alla previsione dei più volte richiamati strumenti consensuali per il perseguimento di finalità perequative (e ciò vale sia per la cessione di aree che per il contributo straordinario) vada individuata, come correttamente evidenziato dall'Amministrazione regionale nel proprio appello, nel combinato disposto degli artt. 1, comma 1 bis, e 11 della già citata legge nr. 241 del 1990. Ed invero, ad avviso della dottrina e della giurisprudenza maggioritarie, con la "novella" del 2005 il legislatore ha optato per una piena e assoluta fungibilità dello strumento consensuale rispetto a quello autoritativo, sul presupposto della maggiore idoneità del primo al perseguimento degli obiettivi di pubblico interesse.*

d'investimento o una banca d'affari a fronte dei quali l'amministrazione locale appare come un *contraente debole* incapace di perseguire adeguatamente l'interesse della *città pubblica* di fronte al prevalere degl'interessi del mercato.

Oggi i grandi corpi separati – Cassa Depositi e Prestiti, Agenzia delle entrate per i beni militari, Ferrovie dello Stato – impongono volumetrie, mutamenti di destinazione d'uso, premialità che non hanno nulla a che fare con lo sviluppo economico di quei territori. Spesso, anzi, sono attori estranei a quel territorio, investitori che usano il suolo come moneta finanziaria.

E se certamente è da condividere l'affermazione del compianto Francesco Pugliese che affermava che *il consenso del privato è legittimazione del potere* parafrasando l'autoritarietà del potere pubblico, negli accordi urbanistici assistiamo al contrario alla "degradazione" dell'interesse pubblico a favore dell'interesse privato.

E per chi fin dal 2000 sostenne la legittimazione dell'urbanistica consensuale[11] è una magra soddisfazione, visto il dilagare di un'amministrazione per accordi tutta protesa a favorire il solo interesse privato.

La percezione di un'amministrazione locale incapace di svolgere un'adeguata azione di ponderazione degl'interessi pubblici e privati ai fini del perseguimento dell'interesse pubblico, viene per la verità avvertita dal legislatore statale che nel 2014 introduce[12] *ex legge* il principio della *cattura di valore* degli interventi in variante o in deroga allo strumento urbanistico prevedendo quindi – al di fuori della contrattazione – *extraoneri* a carico dell'operatore privato a favore della collettività locale. Tuttavia, la norma prevede che *sono fatte salve le diverse disposizioni del-*

[11] P. Urbani, U*rbanistica consensuale* Bollati Boringhieri 2000

[12] Art.16 co.4 Tu edilizia: *L'incidenza degli oneri di urbanizzazione primaria e secondaria è stabilita con deliberazione del consiglio comunale in base alle tabelle parametriche che la regione definisce per classi di comuni in relazione: alla valutazione del maggior valore generato da interventi su aree o immobili in variante urbanistica o in deroga. Tale maggior valore, calcolato dall'amministrazione comunale, è suddiviso in misura non inferiore al 50 per cento tra il comune e la parte privata ed è erogato da quest'ultima al comune stesso sotto forma di contributo straordinario, che attesta l'interesse pubblico, in versamento finanziario, vincolato a specifico centro di costo per la realizzazione di opere pubbliche e servizi da realizzare nel contesto in cui ricade l'intervento, cessione di aree o immobili da destinare a servizi di pubblica utilità, edilizia residenziale sociale od opere pubbliche. (lettera aggiunta dall'art. 17, comma 1, lettera g), legge n. 164 del 2014, poi così modificata dall'art. 10, comma 1, lettera g), della legge n. 120 del 2020)*

le legislazioni regionali e degli strumenti urbanistici generali comunali.[13] In altre parole, l'applicazione del contributo straordinario è rimessa sia alla discrezionalità del comune, nel recepirla nella disciplina della regolamentazione degli oneri di urbanizzazione, sia alla legge regionale. Di fatto, la norma risulta sostanzialmente inattuata.

3. Le questioni ora descritte ripropongono il tema della partecipazione degli "interessi diffusi"[14] alle scelte di pianificazione non regolata dalla legislazione vigente, [15] cosicchè il conflitto si sposta davanti al giudice amministrativo. Se guardiamo, infatti, agli interventi in materia di rigenerazione urbana che sempre più sono oggetto di giudizi amministrativi, vediamo che gli attori sono diventati tre: i privati, il comune, gli interessi diffusi.

Entra in gioco il principio di proporzionalità indotto dalla Corte Cost. e dalla Corte di giustizia europea che non può più concentrarsi solo sull'idoneità della misura, sull'inesistenza delle misure alternative, sulla tollerabilità della scelta da parte del destinatario, ma sposta l'attenzione sul perseguimento effettivo dell'interesse pubblico.

È noto che il giudice amministrativo giudica della legittimità dell'azione amministrativa (del provvedimento) valutando se il perseguimento dell'interesse pubblico è proporzionato rispetto alla disciplina degli interessi privati, di talchè annulla il provvedimento se c'è sproporzione.

Ma negli accordi urbanistici siamo in una situazione diversa, ovvero quella per la quale il giudice dovrebbe giudicare della proporzionalità del vantaggio privato rispetto al perseguimento dell'interesse pubblico.

Questo implica che il giudice non può limitarsi a verificare nel merito se l'azione amministrativa sia proporzionata rispetto agli interessi privati tutelati ma deve valutare un *tertium datur* ovvero se le scelte amministrative perseguono l'interesse pubblico o siamo di fronte ad uno scambio sleale.

Dai casi giurisprudenziali di questi ultimi anni emerge infatti sempre più che le operazioni di riconversione urbana sia a Roma (caso della

[13] art 16 TU edilizia: *4-bis. Con riferimento a quanto previsto dal secondo periodo della lettera d-ter) del comma 4, sono fatte salve le diverse disposizioni delle legislazioni regionali e degli strumenti urbanistici generali comunali.*

[14] Vedi da ultimo CdS Adunanza Plenaria 6/2020 in materia di legittimazione degli interessi diffusi.

[15] Peraltro in alcuni casi la legislazione regionale ne prevede la disciplina come ad esempio la lr Emilia Romagna n.24 del 2017.

stazione Tiburtina) che a Milano (gli interventi di Porta Garibaldi etc.) tutti legati all'edificabilità delle aree ferroviarie non più necessarie all'esercizio della viabilità ferroviaria, poste nel pieno centro di quelle aree urbane, ma anche casi d'interventi di trasformazione in deroga ai vincoli ambientali e paesaggistici[16], che siamo di fronte ad una crisi della democrazia rappresentativa poiché i potere pubblici locale e regionali sono incapaci di perseguire adeguatamente l'interesse della *città pubblica* a fronte del prevalere degl'interessi d'impresa.

La disciplina – oggi inesistente – della partecipazione degli interessi collettivi, a monte delle scelte urbanistiche di rigenerazione – una sorta di applicazione del *debat publique* nelle aree urbane – ridurrebbe i conflitti, riportandoli nel procedimento, individuerebbe preliminarmente l'interesse pubblico in concreto, ridarebbe un volto condiviso alla città tra interessi privati e interessi delle collettività rappresentata.

Ce ne è abbastanza perché Filippo Salvia aggiorni il suo splendido manuale!

[16] Vedi la sentenza VI sezione del Consiglio di Stato n.8641/20121 che ha rigettato il ricorso di McDonald's sull'apertura di un McDrive alle Terme di Caracalla, a seguito dell'impugnazione da parte della Codacons, dell'autorizzazione paesaggistica rilasciata, in www.pausainia.it. Diversamente il Consiglio di Stato con sent. 8821/2022 ha rigettato il ricorso di alcune associazioni civiche sulla ristrutturazione di alcuni scali ferroviari nel comune di Milano, per la mancata garanzia degli standard urbanistici.

LA SICUREZZA PUBBLICA NEL SISTEMA DI GOVERNO MULTILIVELLO

di Riccardo Ursi

SOMMARIO: 1. Dal modello stato-centrico al concetto plurale di organizzazione della sicurezza. – 2. La prevalenza della dimensione urbana. – 3. La sicurezza integrata. – 4. La sicurezza sussidiaria.

1. *Dal modello stato-centrico al concetto plurale di organizzazione della sicurezza*

La dimensione organizzativa della funzione di sicurezza pubblica è stata tradizionalmente stato-centrica. Il baricentro dell'azione correlata all'interesse alla prevenzione e alla repressione dei reati, nonché, più in generale, alla tutela dell'ordine pubblico inteso come pacifica convivenza, è stato da sempre competenza dell'Amministrazione di pubblica sicurezza e, quindi, del Ministero dell'Interno. In tale prospettiva si colloca l'art. 117, comma II, lett. *h*) Cost. che riserva allo Stato la competenza esclusiva in materia di sicurezza e ordine pubblico. In particolare, le funzioni ed i compiti amministrativi relativi all'ordine pubblico e sicurezza pubblica, concernono le misure preventive e repressive dirette al mantenimento dell'ordine pubblico, inteso come il complesso dei beni giuridici fondamentali e degli interessi pubblici primari sui quali si regge l'ordinata e civile convivenza nella comunità nazionale, nonché alla sicurezza delle istituzioni, dei cittadini e dei loro beni (art. 159 D.lgs. n. 112/1998). Si tratta, in altri termini, della riserva allo Stato delle funzioni primariamente dirette a tutelare beni fondamentali, quali l'integrità fisica o psichica delle persone, la sicurezza dei possessi ed ogni altro bene che assume primaria importanza per l'esistenza stessa dell'ordinamento[1]. La locuzione "ordine pubblico e sicurezza" contenuta nell'art. 117, comma II, lett. *h*) Cost. deve essere interpretata "in senso stretto"

[1] Corte cost. 25 luglio 2001, n. 290. In questo senso, secondo la Corte, la locuzione "interessi pubblici primari" utilizzata nell'art. 159, comma 2, del D.lgs. n. 112/1998 non riguarda qualsiasi interesse pubblico alla cui cura siano preposte le pubbliche amministrazioni, ma soltanto quegli interessi essenziali al mantenimento di una ordinata convivenza civile. Secondo la Corte, tale precisazione risulta «necessaria ad impedire che una smisurata dilatazione della nozione di sicurezza e ordine pubblico si converta in una preminente competenza statale in relazione a tutte le attività che vanificherebbe ogni ripartizione di compiti tra autorità statali di polizia e autonomie locali».

e, cioè, riferita al concetto di sicurezza pubblica, intesa nel collegamento con la funzione di prevenzione dei reati e di mantenimento dell'ordine pubblico[2].

Tale modello, costituisce ancora l'architrave del sistema. Tuttavia, dopo la riforma del Titolo V della Costituzione del 2001 e la particolare focalizzazione dei problemi della sicurezza in ambito urbano, si è aperto uno spazio per un coinvolgimento organizzativo anche delle autonomie territoriali.

Il ruolo effettivo di tutti i livelli di governo nella cura dell'interesse alla sicurezza pubblica ha trovato la propria giustificazione in una diversa conformazione di tale interesse. La rinnovata distribuzione delle competenze amministrative ha rivelato una stretta interconnessione tra prevenzione e contesto socioeconomico di riferimento, e conseguentemente, la necessità di configurare una maggiore articolazione, sul piano territoriale, dell'azione amministrativa in questo settore.

Infatti, la sicurezza strettamente intesa, in termini di complesso di condizioni che garantiscono l'ordinato vivere civile, ha visto arricchire il proprio spettro di emissione sino a ricomprendere anche funzioni di promozione sociale o di soppressione del marginalismo sociale. In una logica plurale, si è assistito ad un completamento della nozione di sicurezza primaria con quella di sicurezza secondaria[3]. Ciò conduce all'esigenza di coniugare gli aspetti operativi e di controllo del territorio in senso stretto con le iniziative volte a migliorare complessivamente la qualità della vita nei centri urbani, anche attivando misure di prevenzione sociale, iniziative di riqualificazione del tessuto urbano, nonché strumenti di recupero del degrado sociale e urbano[4]. In altri termini, si tratta di tenere in equilibrio un sistema unitario per la sicurezza pubblica e sociale. Ciò, sulla base della considerazione che le criticità della seconda si traducono spesso nelle precondizioni dell'azione preventiva della prima.

In questo senso, secondo uno schema di integrazione organizzativa, i diversi livelli di governo sono tenuti a costruire forme di collaborazione per evitare che le scelte compiute da ciascuno di essi, in relazione alle proprie attribuzioni, non siano incompatibili ovvero producano pregiudizio alle politiche di sicurezza assunte dagli altri[5].

[2] P. Bonetti, *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 509.

[3] A. Pajno, *La sicurezza urbana tra poteri impliciti ed inflazione normativa*, in A. Pajno (a cura di), *La sicurezza urbana*, Maggioli Editore, Rimini, 2010, 9.

[4] T. F. Giupponi, *Sicurezza integrata e sicurezza urbana nel Decreto-legge n. 14/2017*, in *Le istituzioni del Federalismo*, 2010, n. 1, 10

[5] A. Sterpa, *La libertà dalla paura*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, 89.

Inoltre, la riforma del Titolo V del 2001, non solo ha rappresentato la precondizione per una configurazione della sicurezza quale compito verticalmente distribuito tra i vari livelli di governo, ma ha altresì stimolato l'adozione di forme di sussidiarietà orizzontale aperte al contributo dei privati in un settore monoliticamente da sempre esclusivo dell'organizzazione pubblica.

In sostanza, si prefigura un modello costituzionale secondo il quale la sicurezza è un risultato piuttosto che un'azione. Pertanto, come è stato attentamente rilevato, «lungi dall'essere imputabile ad un unico soggetto (Stato), richiede inevitabilmente la collaborazione di tutti i soggetti che si propongano la soddisfazione di esigenze coerenti (e non necessariamente contraddittorie) con la realizzazione di quell'obiettivo (regioni, province, comuni; ma anche cittadini, singoli o associati); ciò anche soltanto in quanto obiettivo passibile di interferire con attività o ambiti d'azione amministrativa del tutto diversi ma compresenti (le politiche dell'immigrazione; le politiche sanitarie e sociali; la pianificazione territoriale; la valorizzazione dei beni culturali; la disciplina concreta del commercio, ecc.)»[6].

Il novellato art. 118, comma III, Cost. promuove forme di coordinamento tra Stato e regioni in materia di ordine pubblico e sicurezza. Si tratta di una disposizione la quale, sebbene presidiata da una riserva di legge, sollecita inequivocabilmente l'assunzione di un ruolo attivo da parte delle regioni nella regolazione di aspetti volti a migliorare le condizioni di sicurezza dei cittadini e del territorio.

Il coordinamento previsto dalla disposizione costituzionale in esame è chiaramente un coordinamento di tipo amministrativo, e non certo normativo, poiché esso persegue lo scopo precipuo di attenuare il riparto di competenze amministrative, in alcune materie riservate alla competenza esclusiva dello Stato, nelle quali, però, l'interferenza con funzioni regionali si rivela significativa[7]. Si tratta di conferire compiti amministrativi correlati alla materia sicurezza ed ordine pubblico alle regioni ovvero ulteriori competenze alle autonomie locali, posto che queste già risultano coinvolte nella funzione in via delegata[8]. Il coordinamento sollecitato,

[6] F. Cortese, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?* in *Le Regioni*, 2010, 131-132.

[7] F. Merloni, *La leale collaborazione nella repubblica delle autonomie,* in *Diritto pubblico*, 2002, n. 3, 846.

[8] P. Bonetti, *Allocazione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell'ordine pubblico, della sicurezza e dell'immigrazione nel nuovo art. 118 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, n. 5, 1159.

pertanto, opererebbe sia nel coinvolgimento degli attori regionali e locali nella funzione di sicurezza pubblica mediante strumenti giuridici preordinati alla collaborazione fra diversi livelli di governo per la sicurezza delle città e del territorio, sia nella definizione delle relazioni tra polizia di sicurezza e polizia ammnistrativa di competenza regionale[9].

In altri termini, l'art. 118, comma III, Cost. presuppone interventi su ambiti in cui convergono competenze legislative statali e competenze regionali, sui quali la Corte costituzionale, nella prospettiva di una completa attuazione del principio di leale collaborazione, ha sottolineato la necessità della realizzazione di forme di coordinamento anche mediante accordi tra gli enti interessati[10].

La riserva di legge non limiterebbe la possibilità di conclusione di accordi, tuttavia, la norma costituzionale sembra evocare solo la necessità di una previsione legislativa che li preveda. Il legislatore statale, pertanto, si autolimiterebbe in relazione ad una sua competenza legislativa in un ambito materiale di sua pertinenza. Ciononostante, se da una parte la disciplina delle forme di coordinamento con le regioni può includere anche la previsione di una regolazione negoziale, dall'altra, non sembra che possa configurare, di converso, alcuna pretesa in tal senso da parte delle regioni[11]. La scelta di introdurre forme di coordinamento rimane nella disponibilità esclusiva dello Stato. Peraltro, sembra corretto ritenere che, allorquando si incidano compiti e attribuzioni di organi dello Stato, le forme di coordinamento non possano «essere disciplinate unilateralmente e autoritativamente dalle regioni, nemmeno nell'esercizio della loro potestà legislativa: esse debbono trovare il loro fondamento o il loro presupposto in leggi statali che le prevedano o le consentano, o in accordi tra gli enti interessati»[12].

Nonostante quanto previsto dall'art. 118, comma III, Cost., occorre segnalare come il percorso intrapreso verso la configurazione di un sistema multilivello di sicurezza sia stato complicato dalle criticità che hanno contrassegnato l'applicazione della riforma del Titolo V della Costituzione. La tradizionale vocazione centralista del governo della sicurezza pubblica ha certamente condizionato le tappe di un'evoluzione legislativa tesa a privilegiare un sistema di prevenzione di tipo reattivo. Ciò ha favorito la valorizzazione, nelle interrelazioni tra lo Stato e le Autonomie

[9] A. Pajno, *op. cit.*, 18.

[10] Corte cost., 17 marzo 2006, n. 105.

[11] V. Antonelli, *La sicurezza delle città tra diritti e amministrazione*, Wolters Kluver CEDAM, Padova, 2018, 99.

[12] Corte cost., 7 maggio 2004, n. 134.

territoriali, degli aspetti più strettamente connessi a poteri di coazione delegata rispetto a modelli di integrazione proattiva basati sui paradigmi della sussidiarietà verticale e del coordinamento delle funzioni amministrative tra i vari livelli di governo.

2. *La prevalenza della dimensione urbana*

Il contesto urbano, perciò, diventa il centro di gravità su cui si concentra la questione della sicurezza.

In proposito si può osservare come si assista ad un ribaltamento delle ragioni storiche del rapporto tra città e sicurezza. Se è vero che le città sono nate proprio per fornire un sistema di sicurezza per le persone e per gli scambi commerciali – laddove proprio fuori dalle mura urbane si annidava la paura e si aprivano spazi e territori insicuri – l'insicurezza si è trasferita oggi all'interno del tessuto urbano, poiché è proprio nella città che si verificano prevalentemente gli episodi criminali e si è esposti maggiormente a rischi e pericoli. In generale, la città è diventata il luogo in cui si rivelano la complessità e le endemiche contraddizioni proprie della società del rischio e, parimenti, il luogo in cui si manifesta il problema dell'insicurezza e si sperimentano i sistemi per risolverlo. Così, nonostante le loro caratteristiche soggettive, termini quali "vivibilità" e "decoro urbano" assumono a livello normativo il metro tramite il quale viene misurato il livello di pericolo: l'assenza di decoro è indice di insicurezza, da cui scaturisce una condizione straordinaria che implica, necessariamente, l'urgenza di operare una serie di interventi finalizzati alla prevenzione dei pericoli in quell'area urbana. In un'ottica eminentemente operativa, focalizzata sull'attività di vigilanza preventiva contro la commissione di reati, si potenzia la sfera di sicurezza mediante la predisposizione di una serie di restrizioni e divieti, volti a delimitare gli spazi per creare sacche di inaccessibilità da parte delle persone considerate più "a rischio"[13].

Poiché rappresenta un momento qualificante della costruzione di un rapporto corretto tra i cittadini e le istituzioni, la sicurezza urbana è il bene pubblico che afferisce alla vivibilità e al decoro delle città, da perseguire anche attraverso una serie di interventi. Tra questi si evidenziano quelli di riqualificazione urbanistica, sociale e culturale, e recupero delle

[13] F. Curi, *Il Daspo urbano: "l'eterno ritorno dell'uguale"*, in *Penale-diritto e procedura,* in www.penaledp.it, 2021.

aree o dei siti degradati, l'eliminazione dei fattori di esclusione sociale, la prevenzione della criminalità, in particolare di tipo predatorio, la promozione della cultura della legalità, cui concorrono prioritariamente, anche con interventi integrati, lo Stato e gli enti territoriali, nel rispetto delle rispettive competenze e funzioni. In quest'ottica si configura la sicurezza della città come il frutto del concorso di tutti i livelli di governo, andando così oltre il dettato costituzionale che si limita a Stato e regioni.

La sicurezza quale bene pubblico deve essere tutelata in maniera integrata e condivisa[14]. Inoltre, essa costituisce un "bene" autonomo e distinto da quello afferente al mantenimento dell'ordine e della sicurezza pubblica pur senza naturalmente escludere che tra i due ambiti possano sussistere momenti di contiguità.

La delimitazione dell'ambito urbano mira alla costruzione di un modello che postuli l'esistenza di uno spazio giuridico orizzontale nel quale interagiscono attori diversi, con strumenti e legittimazioni distinte, nella consapevolezza che la cooperazione tra diversi livelli di governo possa garantire – in un'ottica multifattoriale e poliedrica – maggiori e più adeguati livelli di sicurezza. Quest'ultima non è più soltanto da identificarsi con la sfera della prevenzione e della repressione dei reati (e, quindi, con la sfera della sicurezza "primaria"), ma è intesa anche come attività volta al perseguimento di fattori di equilibrio e di coesione sociale, di vivibilità e di prevenzione situazionale connessi ai processi di affievolimento della socialità nei territori delle aree metropolitane e di conurbazione.

Si tratta di una forma di prevenzione che comprende non solo una sorta di monitoraggio e vigilanza direttamente gestita dai cittadini, ma soprattutto un insieme di programmi rivolti a gruppi a rischio, a quartieri svantaggiati e alla violenza esercitata nelle case e nelle scuole[15]. Alla base di questa impostazione vi è la consapevolezza del fatto che la sicurezza è un fenomeno complesso, non riconducibile esclusivamente al sistema repressivo e sanzionatorio basato su dispositivi che implicano la persistenza della paura: essa va, invece, compresa nel più ampio contesto della qualità della vita nelle città. La delinquenza e la microcriminalità sono solo una parte del problema e spesso conseguenza di un ambiente caratterizzato da episodi di vandalismo, inciviltà, degrado, assenza di adeguati servizi alla persona e cattiva progettazione urbana.

In questo quadro, si impongono strategie di contesto i cui attori pro-

[14] V. Antonelli, *op. cit.*, 156.

[15] J. Curbet, *Insicurezza. Giustizia e ordine pubblico tra paure e pericoli*, Donzelli, Roma 2008, 45.

tagonisti non possono che essere direttamente i cittadini, i quali non devono essere soggetti passivi, meri fruitori della sicurezza, ma devono essere produttori della stessa mediante una gestione condivisa degli spazi di vivibilità pubblici e privati. Al riguardo, si è osservato come «nella prospettiva di questo modello a venire in primo piano siano, ancor prima che i diritti individuali, i doveri (non solo giuridici) che ciascuno deve compiere perché si possa dare una città più accogliente e più sicura (…) nel senso che il riconoscimento e l'effettività dei diritti individuali presuppongono un farsi carico generalizzato dei corrispondenti doveri, nella consapevolezza ulteriore che solo la priorità dei doveri faccia uscire gli individui da sé stessi e li renda protagonisti della vita sociale»[16]. Secondo il modello in questione la *governance* della sicurezza non può più essere solo il portato di interventi preventivi e repressivi "dall'alto", operati da una struttura amministrativa tradizionalmente centralizzata, quanto piuttosto il risultato sia di una collaborazione tra livelli di governo, sia di forme di valorizzazione del ruolo sussidiario di attori non istituzionali provenienti dal mondo delle associazioni e della rappresentanza degli interessi. Occorre prefigurare dunque un sistema orizzontale di relazioni tra diversi soggetti, di diversa natura, i quali sulla base di rapporti negoziati vengono formalmente responsabilizzati in ordine alla cura dell'interesse alla sicurezza. Così, si immagina una strategia basata su un approccio olistico, in cui si definiscono attività sociali coordinate e dotate di una certa continuità, promosse dai governi locali e attivate da gruppi di cittadini organizzati a vari livelli, finalizzate a migliorare le condizioni ambientali sulla base del disagio, del disordine e della criminalità di un'area geograficamente definita. Pertanto, si guarda all'adozione di politiche di sicurezza che si caratterizzano non più per interventi di tipo "reattivo", tesi a contrastare le criticità, a proibire, ad impedire, a punire, quanto piuttosto per interventi di tipo "proattivo", che anticipano le criticità con il cambiamento ed il miglioramento delle condizioni di vita dei cittadini[17]. Secondo questa visione, occorre anticipare le azioni correttive finalizzate alla trasformazione della realtà sociale, salvaguardando le condizioni di vivibilità e creando i presupposti per ridimensionare, qualitativamente e quantitativamente, i fenomeni criminosi[18].

[16] T. Greco, *Sicurezza/insicurezza: figure e paradigmi di un dibattito*, in T. Greco (a cura di), *Dimensioni della sicurezza*, Giappichelli, Torino, 2009, 37.

[17] M. Pavarini, *Sicurezza dalla criminalità e governo democratico della città*, in *Studio in onore Giorgio Marinucci*, Giuffré, Milano, 2006, I, 1045.

[18] G. Pighi, *Sicurezza urbana integrata e sistema punitivo*, Giappichelli, Torino, 2019, 21.

In altri termini, la sicurezza urbana si configura come l'insieme delle strategie tese a diminuire la frequenza di determinati comportamenti criminali attraverso il ricorso a strumenti preventivi di contesto che allargano l'area dei soggetti istituzionalmente responsabili anche alle amministrazioni locali.

Questa dimensione della sicurezza in senso ampio è valorizzata dalla c.d. sicurezza urbana introdotta dal legislatore con l'art. 6 del D.l. 23 maggio 2008, n. 92, e poi successivamente perfezionata con il D.l. n. 14/2017 (c.d. Riforma Minniti), in cui si allargano le azioni preventive ad altri ambiti che non sono strettamente quelli relativi all'ordine pubblico, ossia il contesto di vivibilità, di disagio sociale e, persino, di decoro urbano, in cui si alimenta la criminalità, diffusa o organizzata. Qui il concetto di sicurezza pubblica, inteso come complesso di condizioni che garantiscono l'ordinato vivere civile, ha visto allargare il suo spettro di emissione sino a ricomprendere anche funzioni di promozione sociale o di soppressione del marginalismo sociale. Ciò ha consentito il completamento della nozione di sicurezza primaria, attinente alla repressione dei crimini, con quella di sicurezza secondaria, relativa al benessere sociale, latamente indirizzato allo scopo di raggiungere l'obiettivo del «maggior grado di sicurezza possibile, diffusa ad ogni livello»[19] . Si fa strada, pertanto, un'idea di "nuova" prevenzione che, in un'ottica integrata e multilivello, si fonda su una gestione degli aspetti strutturali e socio-economici della sicurezza (intesa in senso lato) della collettività e dei rispettivi territori, attraverso l'insieme delle strategie orientate a diminuire la frequenza di certi comportamenti, siano essi considerati punibili o meno dalla legge penale, attraverso l'uso di strumenti diversi da quelli penali[20].

In questo senso, la locuzione "sicurezza urbana" non indica solo un ambito entro il quale deve essere garantita la sicurezza, ma soprattutto denota il valore di una città sicura ed accogliente, da preservare e promuovere: sicché essa evoca, da una parte, la difesa di interessi pubblici primari, come l'integrità delle persone e la protezione dei possessi, dall'altra, l'incremento della qualità della vita della città, che rimanda anche all'esercizio di compiti e funzioni locali[21].

Tuttavia, l'integrazione prefigurata dalla Riforma Minniti si limita

[19] M. Di Raimondo, *Ordine pubblico e sicurezza pubblica. Profili ricostruttivi e applicativi*, Giappichelli, Torino, 2010, 13.

[20] F. Famiglietti, *Approccio al riparto delle competenze tra Stato, autonomie territoriali e privati nello sviluppo delle politiche integrate della sicurezza*, in *Democrazia e Sicurezza*, 2011, n. 2, 16.

[21] A. Pajno, *op. cit.*, 19.

a regolare il coordinamento tra attori istituzionali diversi, ma trascura ogni riferimento alla combinazione delle diverse misure preventive di carattere proattivo[22]. Tale lacuna è stata colmata parzialmente dalle Linee generali delle politiche pubbliche per la sicurezza integrata, adottate, ai sensi dell'art. 2 del D.l. n. 14/2017, con delibera della Conferenza Unificata Stato, regioni, autonomie locali, del 24 gennaio 2018, nelle quali viene esplicitato il carattere dell'integrazione. In particolare, si mette in luce come l'innalzamento dei livelli di sicurezza non sia soltanto il frutto delle attività di prevenzione e repressione dei reati, demandata dalla Costituzione all'Amministrazione di pubblica sicurezza, poiché le manifestazioni criminali trovano le proprie cause nelle condizioni ambientali in cui le dinamiche sociali ed economiche rappresentano spesso le cause profonde di fenomeni di devianza e degrado.

Occorre, pertanto, promuovere un modello di prevenzione situazionale che coniughi strumenti indirizzati a ridurre le opportunità di commettere reati e misure volte al miglioramento complessivo delle condizioni sociali, abitative e dei servizi. Tale modello intende mettere a sistema le diverse politiche pubbliche capaci di incidere positivamente, in via diretta o indiretta, sulla qualità della vita e di far regredire i fattori ambientali criminogeni e i comportamenti capaci di suscitare allarme e disagio sociale.

In altre parole, non si tratta di trasferire funzioni da un livello all'altro di governo, bensì di operare scelte sinergiche che pongano le politiche pubbliche di pertinenza dei diversi attori istituzionali in una linea di continuità.

Come osservato dalla Corte costituzionale si configurano due livelli di sicurezza: la sicurezza primaria, ossia quella destinata a realizzare un'ordinata e pacifica convivenza civile e una sicurezza c.d. secondaria, ossia quell'area di intervento, regolativo e amministrativo, che include «azioni volte a migliorare le condizioni di vivibilità dei rispettivi territori, nell'ambito di competenze ad esse assegnate in via residuale o concorrente, come, ad esempio, le politiche (e i servizi) sociali, la polizia locale, l'assistenza sanitaria, il governo del territorio»[23].

Tuttavia, occorre notare come la crescente focalizzazione del concetto di sicurezza nella sua dimensione territoriale, e segnatamente urbana, abbia portato ad una tracimazione del concetto di "pacifica ed ordina-

[22] G.G. Nobili, *Le linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata e la sicurezza urbana tra Stato e Regioni*, in G.G. Nobili, T.F. Giupponi, E. Ricifari, N. Gallo, *La sicurezza delle città*, Franco Angeli, Milano, 2019, 66.

[23] Corte cost., 23 dicembre 2019, n. 285.

ta convivenza" sul terreno ambiguo del decoro urbano. Alla ricerca di un'"azione di contesto" il legislatore, soprattutto negli ultimi anni, ha voluto legare la funzione di prevenzione e repressione dei reati alla vivibilità ed al decoro delle città. Tale tendenza, però, porta con sé il rischio non solo di una perniciosa sovrapposizione tra compiti degli attori pubblici ben oltre la logica dell'integrazione funzionale, ma soprattutto di utilizzare l'ordine pubblico, con tutta la sua portata coercitiva, anche per giustificare interventi indirizzati al ripristino del decoro urbano. La pacifica convivenza, in questa prospettiva, sembra trasformarsi in un'idea di vivibilità imperniata sulla tranquillità dei residenti, da un lato, e sul decoro della città, dall'altro. L'estetica della sicurezza, in tal modo, si salderebbe alla serenità degli spazi urbani, quasi a voler allontanare dalla città ogni fattore di disturbo che possa infastidire o scuotere i "residenti", i quali diventano meritevoli di attenzione nella misura in cui rivendicano il proprio diritto alla tranquillità e al riposo. Al riguardo, si segnalano quelle norme che ipotizzano misure di prevenzione e strumenti coercitivi tesi a garantire questo modello di vivibilità sicura delle città, quali gli ordini di allontanamento, i divieti di accesso e stazionamento e le sanzioni amministrative in caso di occupazioni abusive di spazi in particolari aree della città. Così, le ordinanze, che costituiscono spesso la parte maggiormente visibile di strategie più ampie e complesse di esclusione di categorie di persone indesiderate, risultano essere strumenti ai quali ricorrono gli amministratori locali per tutelare la tranquillità urbana. In altri termini, le azioni proattive di sviluppo sono diventate recessive rispetto alle azioni di carattere preventivo-repressivo, le quali continuano a mantenere la loro tradizionale centralità.

3. *La sicurezza integrata*

Il modello disegnato dal D.l. n. 14/2017 è definito come l'insieme degli interventi assicurati dallo Stato, dalle regioni, e dagli enti locali, nonché da altri soggetti istituzionali, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze e responsabilità, al fine di concorrere alla promozione e all'attuazione di un sistema unitario ed integrato di sicurezza per il benessere delle comunità territoriali (art.1 D.l. n. 14/2017).

Sulla base del quadro normativo stabilito dalla Riforma Minniti, in applicazione della previsione dell'art. 118, comma III, Cost. si traccia un disegno di collaborazione che prevede nuove forme istituzionali di cooperazione basate su un rilancio dei moduli pattizi di coordinamento.

In proposito occorre segnalare come, seppur temperato dalla definizione di modelli consensuali di condivisione tra i soggetti istituzionali coinvolti, lo schema prefigurato risulti ancora connotato da un approccio di tipo verticale. Infatti, confermando le competenze esclusive dello Stato in materia di ordine pubblico e sicurezza, al Ministro dell'Interno viene attribuita la prerogativa di proporre le linee di indirizzo fondamentali e, dunque, i contenuti e i limiti della cooperazione istituzionale. Così, la perimetrazione dell'autonomia negoziale degli attori coinvolti spetta al Ministro dell'interno in ragione dell'esigenza di assicurare l'uniformità delle politiche di sicurezza sull'intero territorio nazionale. Tuttavia, il carattere innovativo del modello immaginato dal Decreto Minniti si coglie nell'individuazione della Conferenza Unificata come luogo in cui si realizza la collaborazione multilivello in materia. La funzione uniformante riconosciuta al Ministro si sviluppa nel suo ruolo di promotore e coordinatore degli interventi integrati adottati a livello centrale dalla Conferenza Unificata.

In questa prospettiva, la definizione e l'individuazione degli strumenti per la promozione della sicurezza integrata è demandata ad un sistema di pianificazione "a cascata"[24].

Un primo livello di programmazione e determinazione delle competenze concordato risulta costituito dalle "Linee generali delle politiche pubbliche per la promozione della sicurezza integrata", volte prioritariamente a coordinare l'esercizio delle funzioni dei soggetti istituzionali coinvolti, per lo svolgimento di attività di interesse comune, in riferimento alla collaborazione tra le Forze di polizia e la Polizia locale. Nella previsione normativa, le Linee generali sono destinate a regolare lo scambio di informazioni, l'interconnessione a livello territoriale delle sale operative della Polizia locale con quelle delle Forze di polizia, la regolamentazione per l'uso comune dei sistemi di sicurezza tecnologica per il controllo dei territori e delle aree a rischio, l'aggiornamento professionale integrato per gli operatori (art. 2 D.l. n. 14/2017).

Le Linee generali definiscono, inoltre, l'architrave del sistema che poi si declina su un secondo livello programmatorio che riguarda, da una parte la collaborazione Stato-regioni e, dall'altro, Stato – Autonomie locali con riferimento alla sicurezza urbana.

Ai sensi dell'art. 3 del Decreto, Stato e regioni possono concludere specifici accordi per la promozione della sicurezza integrata, anche diretti a disciplinare gli interventi a sostegno della formazione e dell'ag-

[24] V. Antonelli, *op. cit.*, 2018, 117-118.

giornamento professionale del personale della polizia locale. In questa prospettiva, da una parte le regioni possono sostenere, nell'ambito delle proprie competenze e funzioni, iniziative e progetti volti ad attuare interventi di promozione della sicurezza integrata nel territorio di riferimento, ivi compresa la previsione di misure di sostegno finanziario a favore dei comuni maggiormente interessati da fenomeni di criminalità diffusa; dall'altra, lo Stato, nelle attività di programmazione e predisposizione degli interventi di rimodulazione dei presìdi di sicurezza territoriale, anche finalizzati al loro rafforzamento nelle zone di disagio e di maggiore criticità, tiene conto di quanto concordato con le regioni.

Gli accordi, sottoscritti dai Prefetti dei Capoluoghi di Regione e dai Presidenti delle regioni o delle province autonome, devono prevedere strumenti e modalità per il monitoraggio congiunto della loro attuazione e, di conseguenza, anche dei risultati raggiunti (comma 4). In questo senso, gli accordi conterranno specifici impegni concernenti l'attivazione di tavoli tecnici co-presieduti da rappresentanti della Prefettura capoluogo di regione e della Regione, con il coinvolgimento di volta in volta dei Comuni capoluogo e degli altri Enti locali interessati o coinvolti nelle specifiche progettualità. I progetti, oltre ad un sostegno finanziario, devono essere indirizzati all'adozione di un supporto tecnico specialistico a favore prioritariamente di quei Comuni dove i fenomeni di criminalità diffusa hanno una maggiore incidenza (comma 2).

Gli esiti del monitoraggio devono essere divulgati anche attraverso l'elaborazione di specifici documenti e comunicati annualmente alla Conferenza Unificata. Infatti, le analisi sviluppate attraverso tale monitoraggio potranno offrire spunti ed indicazioni che devono essere tenuti in considerazione in ordine ad un'eventuale rimodulazione della rete dei presidi di sicurezza territoriale, allo scopo di rafforzarne la presenza nelle zone caratterizzate da un maggior degrado o da altre criticità (comma 3).

Con riferimento allo scambio di informazioni, in sede di accordo, si può stabilire la conoscenza da parte degli uffici regionali e comunali delle statistiche sull'andamento della delittuosità. Inoltre, si devono definire sistemi informativi capaci di fornire una visione geo-referenziata dell'andamento dei reati di criminalità predatoria su scale territoriali anche circoscritte alla dimensione del quartiere. Parallelamente, l'accordo può prevedere la possibilità per le Forze di polizia di consultare i *data base* gestiti dai Comuni della popolazione residente e trasferita all'estero, nonché di accedere alle banche dati comunali relative al rilascio delle autorizzazioni, delle segnalazioni certificate di inizio di attività afferenti al

settore del commercio, degli utenti dei servizi pubblici resi dalle società controllate dalle regioni e dalle autonomie locali e dalle altre aziende municipalizzate. A ciò si aggiunge anche la possibilità di conoscere i dati riguardanti la gestione dei sostegni sociali, conservati dai competenti uffici regionali e comunali.

Tale sistema di integrazione verticale concordata Stato-regioni si replica in maniera più dettagliata nella dimensione della sicurezza urbana, la quale si configura quale uno degli anelli della più ampia sicurezza integrata[25].

Secondo l'art. 5 del D.l. n. 14/2017, le linee attuative per la sicurezza urbana svolgono la funzione di definire, a livello nazionale, le modalità con le quali dovranno essere elaborati progetti da attuare sul territorio, le cui direttrici sono: la prevenzione e il contrasto dei fenomeni di criminalità diffusa e predatoria, in particolare a vantaggio delle zone maggiormente interessate dai fenomeni di degrado; la promozione e la tutela della legalità e la dissuasione di ogni condotta illecita, nonché la prevenzione dei fenomeni che comportano turbative del libero utilizzo degli spazi pubblici; la promozione del rispetto del decoro urbano; la promozione dell'inclusione della protezione e della solidarietà sociale; l'individuazione di specifici obiettivi per l'incremento dei servizi di controllo del territorio e per la sua valorizzazione.

Nel quadro tracciato dalle Linee guida approvate dalla Conferenza Stato-autonomie locali in materia di sicurezza urbana, possono essere siglati patti tra il Prefetto ed il Sindaco. Questi costituiscono, pertanto, il momento fondamentale per la declinazione territoriale dell'approccio integrato alla sicurezza.

I "Patti per la sicurezza urbana" hanno come obiettivi specifici la prevenzione della criminalità, in particolare nelle zone maggiormente degradate, e la promozione della legalità e del contrasto dei comportamenti che turbano il libero utilizzo degli spazi pubblici. Come è stato osservato, a differenza dei precedenti "Patti per la sicurezza", che nella prassi hanno finito per coinvolgere anche rappresentanti di Unioni di comuni, province e regioni, i "Patti per la sicurezza urbana" non hanno natura multilaterale, né possono essere sottoscritti da soggetti privati[26]. Infatti, si precisa che il contenuto di tali patti debba tener conto anche di eventuali indicazioni o osservazioni acquisite da associazioni di categoria comparativamente più rappresentative, ribadendo in tal modo che la

[25] T.F. Giupponi, *op. cit.*, 2017, 14.
[26] V. Antonelli, *op. cit.*, 119.

sottoscrizione del patto rimane riservata alle istituzioni pubbliche statali e locali (art. 5, comma 2-*bis*.).

Tuttavia, tali strumenti negoziali possono essere accompagnati da strumenti ulteriori per l'attuazione di iniziative congiunte con realtà presenti sul territorio, in particolare altri enti pubblici e privati allo scopo di incrementare i servizi di controllo del territorio (art. 7). Si tratta di convenzioni per la realizzazione di programmi straordinari di incremento dei servizi di polizia, di soccorso tecnico urgente e per la sicurezza dei cittadini, sottoscritte dal ministro dell'interno e, per sua delega, dai prefetti con le regioni e gli enti locali, e regolate dall'articolo 1, comma 439, della legge n. 296 del 2006. Inoltre, l'art. 7, comma 2, del Decreto Minniti ha stabilito che per tali convenzioni possa trovare applicazione anche l'art. 119 TUEL, secondo il quale gli enti locali possono stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, nonché convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi.

Le Linee guida di attuazione della Sicurezza Urbana, approvate il 26 luglio 2018, hanno previsto che i patti contemplino l'attivazione di meccanismi per il costante monitoraggio congiunto dei risultati conseguiti, al fine di verificare, attraverso indicatori oggettivi, i risultati raggiunti e le evoluzioni prodottesi per effetto delle azioni intraprese ovvero delle cause che possano aver determinato il mancato raggiungimento degli obiettivi mettendo in atto opportuni meccanismi di rimodulazione delle misure disposte. In altri termini, la pianificazione dovrà essere affiancata dalla previsione di un sistema di verifica periodica sullo stato di attuazione degli obiettivi prefissati nel patto al fine di riorientare o integrare gli interventi programmati, eventualmente attraverso la stipula di "atti aggiuntivi" ai medesimi patti.

La prospettiva verticale ed uniformante delle politiche di sicurezza comporta, però, che i Prefetti siano sottoposti, comunque, ad un controllo dell'Ufficio di Gabinetto del Ministro dell'Interno che mantiene un ruolo di regia complessiva, acquisendo, per gli aspetti considerati di interesse, i contributi dei competenti Dipartimenti degli Affari Interni e Territoriali e della Pubblica Sicurezza – Ufficio di Coordinamento e Pianificazione delle Forze di Polizia.

Accanto al modello dei patti per la sicurezza di carattere generale potranno essere definiti, ove occorra, anche "patti" o "intese" dedicati a finalità specifiche, come ad esempio in materia di installazione di impianti di video-sorveglianza o di prevenzione al fenomeno dell'abusivismo commerciale.

4. *La sicurezza sussidiaria*

L'idea è che la sicurezza non si risolva esclusivamente nello svolgimento dei c.d. compiti primari relativi alla prevenzione e repressione mediante l'esercizio di poteri autoritativi, poiché in un'ottica di azione contestuale assuma rilevanza anche la sicurezza secondaria in cui la dimensione preventiva si rivela, non solo nelle politiche pubbliche volte a migliorare complessivamente la qualità della vita, ma altresì nello svolgimento di attività strumentali, di ausilio, aggiuntive o integrative, che completano l'esercizio della funzione di polizia[27].

In tale ambito può trovare spazio l'apporto dei soggetti privati che, in un'ottica di sussidiarietà orizzontale, partecipano alla definizione del sistema organizzativo della sicurezza pubblica. Se l'art. 24 della legge n. 121/1981 espressamente richiama solo la collaborazione dei cittadini nell'esercizio della funzione di polizia, la previsione dell'art. 118, comma IV, Cost. ha aperto la strada ad una vera e propria partecipazione del privato ad attività considerate tradizionalmente monopolio del potere pubblico: la sicurezza non va intesa come un bene imposto dall'alto ai cittadini, ma come obiettivo che si costruisce coordinando in termini organizzativi risorse pubbliche e private. Al riguardo, risulta pienamente condivisibile l'opinione di chi ritiene che la norma costituzionale, da una parte, «rende dunque doveroso per i pubblici poteri la verifica della possibilità di affidare a soggetti privati legalmente abilitati e di provata affidabilità e competenza (…) lo svolgimento di limitati compiti di mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza in alcuni ben circoscritti settori della vita sociale», dall'altra «consente ai pubblici poteri di incentivare in ogni modo il sorgere di altre eventuali attività di utilità generale svolte da associazioni (prive di scopi politici anche se dotate di un'organizzazione quasi militare, ma semmai prive di lucro e finalizzate a scopi di solidarietà sociale), le quali si propongano di coadiuvare le forze di polizia nel mantenimento dell'ordine pubblico e della sicurezza in almeno due ben determinati alcuni ambiti locali o sociali»[28].

In altri termini, dalla assoluta prevalenza del paradigma weberiano del monopolio della forza si è passati ad un progressivo coinvolgimento della collettività nella tutela del bene sicurezza.

Dal punto di vista dell'inquadramento sistematico, però, gli apporti

[27] C. Mosca, *Polizia privata e sicurezza complementare*, in *Rivista di polizia*, 2009, n. 12, 776.

[28] P. Bonetti, *Allocazione delle funzioni amministrative e le forme di coordinamento per le materie dell'ordine pubblico* cit., 1143-1144.

dei privati possono assumere varie forme e attività, contrassegnate da finalità diverse e regolazioni giuridiche differenti[29] . Ciò posto, escludendo ogni forma di attribuzione di poteri autoritativi di esclusiva competenza pubblica, in termini generali, risulta agevole declinare la sicurezza sussidiaria in due categorie: la "sicurezza complementare", che denota un'attività imprenditoriale svolta da privati; la "sicurezza partecipata", che, invece, rimanda all'esercizio non professionale da parte di enti associativi di compiti – soprattutto di osservazione e monitoraggio del territorio – ausiliari rispetto a quelli esercitati dall'Amministrazione di pubblica sicurezza e indirizzati a rafforzarne l'efficacia preventiva.

Al riguardo, occorre precisare che l'art. 118, comma IV, Cost. non impone una forma giuridica, né un vincolo di scopo ai soggetti che in via sussidiaria concorrono, direttamente o indirettamente, allo svolgimento di funzione pubbliche. La norma costituzionale sembra solo prevedere un generale criterio di apertura rispetto allo svolgimento da parte dei cittadini di attività di interesse generale[30].

In questa prospettiva il contributo dei privati nel sistema di sicurezza sussidiario può essere di carattere professionale, ossia mediante le imprese di vigilanza privata, ovvero può avvenire su base volontaria. Il primo ha una tradizione consolidata e, tutto sommato, ha un impatto meno significativo nell'assetto organizzativo dei poteri pubblici e delle funzioni amministrative correlate alla sicurezza pubblica. Il secondo, invece, risulta essere particolarmente interessante nella definizione degli attori coinvolti. Infatti, il forte dimensionamento locale della prevenzione e la centralità nel dibattito pubblico delle questioni della sicurezza ha innescato un processo di valorizzazione degli interventi spontanei, provenienti della comunità, indirizzati a svolgere compiti ausiliari di controllo del territorio strumentali all'attività delle Forze di polizia.

Si tratta della c.d. "prevenzione comunitaria", i cui caratteri distintivi sono la dimensione localizzata, decentrata e partecipata delle azioni promosse dai cittadini, attraverso gruppi e organizzazioni, con un'assunzione di responsabilità diretta dei privati nella cura di un interesse generale, la tutela di un bene pubblico, quale è la sicurezza urbana, e di cui la previsione contenuta nell'art. 118, comma IV, Cost. dovrebbe rappresentare il titolo di legittimazione[31].

[29] S. Pajno, V. Antonelli, *La sicurezza urbana tra editti e ronde* in Pajno A. (a cura di), *La sicurezza urbana*, Maggioli Editore, Rimini, 2010, 204.

[30] C. Caruso, *I paradigmi della sicurezza partecipata*, in T. F. Giupponi, N. Gallo (a cura di), *L'ordinamento della sicurezza: soggetti e funzioni*, Franco Angeli, Milano, 2014, 138.

[31] G. Tropea, *Sussidiarietà e sicurezza*, E.S.I., Napoli, 2010, 363 ss.

Questo modello di sicurezza sussidiario ha suscitato un ampio dibattito in dottrina in ordine alla compatibilità con il divieto di organizzazioni politiche paramilitari di cui all'art. 18, comma II Cost. Tale forma di vigilanza volontaria, infatti, sarebbe caratterizzata spesso da uno stretto legame con organizzazioni politiche.

In proposito, si è osservato che le associazioni paramilitari a scopo politico sono proibite dalla Carta costituzionale in quanto fattori di inquinamento della dialettica democratica, suscettibili di ledere la sfera di libertà politica garantita a tutti i cittadini e, d'altra parte, per la loro sussistenza non è richiesto il possesso di armi, ma sono sufficienti un'organizzazione di tipo gerarchico analoga a quella militare e la dotazione di uniformi[32]. A ben vedere, l'art. 18 Cost. sancisce la libertà di associazione «per fini che non siano vietati ai singoli dalla legge penale». Ciò significa che quello che non è vietato fare individualmente dalla legge penale, deve ritenersi – per ciò stesso – consentito di essere fatto liberamente ("senza autorizzazione") da più persone, in forma associata. Da tale punto di vista, non pare allora possibile rinvenire alcun divieto di costituire associazioni che abbiano come scopo quello della vigilanza del territorio. Poiché la legge penale non vieta ai singoli di vigilare deve ritenersi consentita tale attività ai cittadini riuniti in libere associazioni, salva solo la necessità che tale attività resti confinata entro i limiti determinati dal monopolio dello Stato nell'uso della forza e dalle prerogative assegnate alle forze dell'ordine in materia di polizia giudiziaria, ordine e sicurezza pubblica[33].

Il coinvolgimento nelle politiche di sicurezza locale da parte di associazioni di volontari ha trovato nella legislazione regionale una prima disciplina. Il modello di intervento si concretizza in un'azione di sollecitazione verso il rispetto delle norme che regolano la serena fruizione degli spazi pubblici e nella segnalazione di presunti illeciti al Corpo di Polizia Municipale. Si è in presenza di una forma di partecipazione del volontariato alle funzioni di polizia amministrativa locale e allo sviluppo di azioni di prevenzione, ad attività di informazione rivolte ai cittadini, di educazione e sicurezza stradale[34]

[32] G. Brunelli, *L'inquietante vicenda delle ronde: quando la "sicurezza partecipata" mette a rischio la legalità costituzionale*, in *Ist. del Federalismo*, 2009, 13.

[33] M. Cecchetti, S. Pajno, (2009) *Quando una ronda non fa primavera. Usi ed abusi della funzione legislativa*, in *Federalismi.it*, 2009, 6.

[34] G.G. Nobili, op. cit., *La prevenzione comunitaria: dalla sorveglianza informale al vigilantismo*, in S. Benvenuti, M. Di Fonzo, N. Gallo, T.F. Giupponi (a cura di), *Sicurezza pubblica e sicurezza urbana*, Franco Angeli, Milano,2013, 187.Al riguardo, si

Tale esperienza è stata parzialmente valorizzata dal legislatore statale che all'art. 3, commi 40-44, della legge n. 94/2009, ha promosso una forma di sicurezza partecipata ausiliaria all'attività di prevenzione sul territorio svolta dalle Forze di polizia. Tale normativa disegna un circuito preferenziale di raccordo tra l'attività dei volontari e le istituzioni, le quali sono autorizzate a concordare interventi di monitoraggio del territorio con le sole associazioni iscritte negli appositi elenchi prefettizi. In particolare, si è stabilito che i sindaci, previa intesa con il Prefetto, possono stipulare apposite convenzioni con associazioni di cittadini non armati al fine di segnalare alle Forze di polizia dello Stato o locali eventi che possano arrecare pregiudizio alla sicurezza urbana. Le associazioni devono essere iscritte in un apposito elenco curato da Prefetto, il quale verifica della ricorrenza dei requisiti prescritti e provvede al loro periodico monitoraggio. Le convenzioni possono essere sottoscritte, in via prioritaria, dalle associazioni costituite tra gli appartenenti, in congedo, alle Forze dell'ordine, alle Forze armate e agli altri Corpi dello Stato. Con il D.m. 8 agosto 2009, emanato in attuazione di quanto previsto dal comma 43 dell'art. 3 della legge n. 94/2009 sono stati individuati i requisiti necessari per l'iscrizione nell'elenco e gli ambiti operativi di intervento degli osservatori volontari.

Il Sindaco che intende avvalersi della collaborazione di queste associazioni emana apposita ordinanza con la quale formalizza la propria volontà di ricorrere alle associazioni di osservatori volontari, identificando gli ambiti per i quali intenda utilizzarle (art. 3, D.m. 8 agosto 2009). Le convenzioni stipulate dai sindaci con le associazioni iscritte nell'elenco devono definire il piano di impiego, la formazione degli associati e le forme di controllo sull'attività svolta. Tali convenzioni possono essere parte di momenti di programmazione negoziata degli interventi contenuti nei "Patti per la sicurezza urbana".

L'attività di mera osservazione in specifiche aree del territorio comunale può essere svolta esclusivamente da nuclei tre persone, di cui almeno una di età pari o superiore a 25 anni, i quali devono indossare una casacca di colore giallo fluorescente. Sussiste, infatti, il divieto di utilizzare uniformi, emblemi, simboli, altri segni distintivi o denominazioni

rammenta come l'art. 8 della L.R. Emilia-Romagna n. 24/2003, sulla base di alcune esperienza civiche, stabilisca l'utilizzazione di forme di volontariato, volta a realizzare una presenza attiva sul territorio, aggiuntiva e non sostitutiva rispetto a quella ordinariamente garantita dalla polizia locale, con il fine di promuovere l'educazione alla convivenza e il rispetto della legalità, la mediazione dei conflitti e il dialogo tra le persone, l'integrazione e l'inclusione sociale.

riconducibili, anche indirettamente, ai corpi di polizia, anche locali, alle Forze armate, agli organi della protezione civile o ad altri corpi dello Stato, ovvero che contengano riferimenti a partiti o movimenti politici e sindacali, nonché sponsorizzazioni private (art. 2, D.m. 8 agosto 2009).

Per quanto riguarda la delimitazione dei compiti che possono essere assegnati ai volontari la normativa non appare precisa, anzi risulta per tanti aspetti caratterizzata da estrema vaghezza.

Le associazioni possono svolgere attività di osservazione e segnalazione nei confronti delle Forze di polizia di eventi che possano arrecare danno alla sicurezza urbana, ma non risulta chiaro se la collaborazione delle associazioni attenga alla sola segnalazione di eventi già accaduti ovvero anche all'attività di carattere preventivo dell'intercettazione degli eventi e situazioni indicati. Inoltre, non essendo riconosciuti poteri di coercizione, né di identificazione, né di accertamento, le previsioni della legge n. 94/2009 rendono le attività di queste associazioni, tutto sommato, non diverse rispetto a quelle che tutti i privati, singoli o associati, potrebbero realizzare indipendentemente da ogni forma di legame organizzativo con l'amministrazione. Al riguardo, si deve rammentare che il Codice di procedura penale, nelle ipotesi di flagranza di reati per i quali è previsto l'arresto obbligatorio e limitatamente ai casi in cui il delitto sia perseguibile d'ufficio, stabilisce che ogni persona è autorizzata a procedere all'arresto in flagranza, con l'obbligo consequenziale di consegnare senza ritardo l'arrestato e gli oggetti costituenti il corpo del reato alla polizia giudiziaria (art. 383 c.p.p.). Come è noto, il privato, quando agisce in presenza dei presupposti previsti dalla norma che gli consente l'arresto in flagranza, acquisisce la veste di organo di polizia, sia pure in via straordinaria e temporanea, e, di conseguenza viene a godere, nell'esercizio delle funzioni pubbliche assunte, della stessa speciale posizione giuridica conferita ai soggetti che esercitano poteri di polizia giudiziaria[35]. Ai fini della legittimità dell'arresto, risulta determinante la circostanza che la persona arrestata non venga trattenuta, dal privato intervenuto nell'operazione, oltre il tempo strettamente necessario per la consegna agli organi di polizia[36].

Ciò posto, la previsione di un rigido riscontro dei requisiti necessari all'iscrizione nell'elenco si giustifica, non tanto sulle caratteristiche specifiche dell'attività da svolgere, quanto piuttosto, da una parte, sulla circostanza che tale attività non è meramente occasionale, bensì organiz-

[35] Corte cost., 10 giugno1970, n. 89.

[36] Cass. pen., sez. IV, 14 giugno 1993, n. 1603.

zata e coordinata dai pubblici poteri, dall'altra, in ragione del potenziale uso della forza, anche solo per motivi di difesa, al quale gli osservatori volontari dovranno fare ricorso in contesti operativi di degrado e disagio sociale. In questo senso, si deve sottolineare il carattere lacunoso della regolazione della sicurezza partecipata, la quale è pressoché integralmente definita da fonte secondaria. Il riconoscimento di una partecipazione dei privati all'esercizio di funzioni di polizia, peraltro, senza l'esatta individuazione di garanzie legali, sia per gli osservatori sia per gli osservati, merita una copertura primaria maggiore di quella offerta dalla legge n. 94/2009.

LE DISPOSIZIONI DI ATTUAZIONE DEGLI STATUTI SPECIALI. QUALCHE CONSIDERAZIONE SU UNA *FONTE NASCOSTA*

di Giuseppe Verde

1. Filippo Salvia ha sempre avuto una particolare attenzione per l'attuazione del regionalismo. Nei sui scritti scientifici è ricorrente il tema dei rapporti fra legge statale e legge regionale. Nella sua esperienza di componente della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ha sperimentato che molte delle speranze di chi aveva visto nell'autonomia speciale della Sicilia un'occasione di sviluppo economico e sociale, devono fare i conti con un'esperienza non molto incoraggiante. Così, con il passare del tempo, le nostre quotidiane conversazioni svolte presso il Dipartimento di diritto pubblico dell'Università di Palermo (fortemente voluto dal nostro *Mimì* e che poi ne sarà Direttore) si concentravano sul destino riservato alle regioni che avevano finito per disattendere molte delle promesse che Pietro Virga aveva evidenziato nel suo volume (*La Regione*) edito nel 1948 per la casa editrice Giuffrè di Milano.

Ho pensato di dedicare al Prof. Salvia (per noi tutti Mimì) uno scritto che raffronta alcune questioni relative alle disposizioni di attuazione degli Statuti speciali che nel titolo del presente contributo vengono definite come "fonti nascoste" dell'ordinamento.

Se il lettore avrà la bontà di seguire le considerazioni che di seguito saranno svolte, spero comprenderà la ragione per la quale ho utilizzato l'espressione "fonti nascoste".

2. Sappiamo che il tema dell'adeguamento degli Statuti speciali non è presente nell'agenda della politica nazionale e regionale. Però, si deve registrare un interesse crescente nei confronti delle disposizioni di attuazione degli statuti speciali. È quasi come se al mancato adeguamento degli statuti si sopperisca confidando nell'approvazione di disposizioni di attuazione che, da fonte specifica e circoscritta ad un ambito materiale definito dalla disciplina statutaria, tendono a veicolare il senso della specialità riuscendo ad attualizzare l'originario contenuto degli statuti speciali[1].

[1] Queste caratteristiche sono ben evidenziate nei lavori monografici di Sias, *Le nor-*

La legislazione ha più volte richiamato la perdurante attualità dei decreti legislativi che recano le disposizioni di attuazione degli Statuti speciali. Si pensi per esempio alle disposizioni della c.d. «legge La Loggia» (art.11) o ancora ai rinvii contenuti nella legge n. 42 del 2009 attuativa del c.d. «federalismo fiscale» (art. 27). Su questo versante si è discusso dell'ambito entro il quale le disposizioni di attuazione possono legittimamente operare. Anche per questo specifico profilo resta da definire la materia statutaria in ragione del rapporto fra Statuti speciali e Titolo V della Costituzione che, come si è visto, è destinato a realizzarsi per il tramite dell'art. 10 della l.c. 3/2001. Se a ciò si aggiunge che gli Statuti speciali recano una disciplina che si rende materialmente percettibile attraverso espressioni bisognose di essere aggiornate, ecco che le disposizioni di attuazione diventano la fonte che reca un'attuazione dello Statuto in senso diverso da ciò che è avvenuto in tempi passati.

Per comprendere meglio le dinamiche che anche sul punto ci consegnano un disegno attuativo del regionalismo speciale in parte diverso sarà bene richiamare alcune delle caratteristiche salienti della disciplina applicabile alla fonte qui in discussione. Come si avrà modo di precisare meglio i punti problematici che in questa sede verranno richiamati attengono alle disposizioni di attuazione c.d. *praeter legem* capaci di integrare il contenuto delle originarie disposizioni statutarie, e alle disposizioni con le quali si realizza il trasferimento di funzioni dallo Stato alle autonomie differenziate.

3. Per quel che attiene alla natura e funzioni delle disposizioni di attuazione si ritiene opportuno ancorare il ragionamento di seguito esposto ad alcune indicazioni che provengono dalla giurisprudenza costituzionale.

In merito alle problematiche legate al trasferimento delle funzioni si è ritenuto di dover privilegiare il contenuto di alcuni decreti legislativi

me di attuazione degli Statuti speciali. Dall'autonomia differenziata all'autonomia speciale, Napoli, Jovene, 2012; COSULICH, *Il decreto legislativo di attuazione statutaria nelle regioni ad autonomia speciale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017; sul punto cfr. il contributo di DEMURO, *Atti normativi del Governo tra Stato e Regioni*, apparso nel volume a cura di CARTABIA, LAMARQUE, TANZARELLA, *Gli atti normativi del Governo tra Corte costituzionale e giudici*, Torino, Giappichelli, 2011, 533 ss. Le prassi dei c.d. accordi fra Stato e Autonomie differenziate in tema di finanza pubblica ha spinto la dottrina (S. PAJNO, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, in *Nuove Autonomie*, 3/2018, 377 ss.) a considerare la posizione costituzionale della fonte qui in discussione con argomenti e spunti del tutto condivisibili.

dai quali emergono indicazioni in merito al rapporto tra norme di attuazione e i rispettivi Statuti speciali. Per ragioni di sintesi l'attenzione si è concentrata su due esperienze diverse: la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige-Südtirol e la Regione Siciliana.

Giova rammentare che alla stesura delle disposizioni di attuazione degli Statuti speciali provvedono le Commissioni paritetiche[2]. Le suddette disposizioni assumono la forma di decreti legislativi adottati con una deliberazione del Consiglio dei Ministri, successivamente emanati dal Presidente della Repubblica e, infine, pubblicati nella Gazzetta ufficiale e inseriti nella raccolta ufficiale degli atti normativi della Repubblica italiana[3].

[2] In riferimento alla composizione delle Commissioni paritetiche si tenga conto di quanto previsto negli statuti speciali: l'art. 43 St. Sicilia: «1. Una Commissione paritetica di quattro membri nominati dall'Alto Commissario della Sicilia e dal Governo dello Stato, determinerà le norme transitorie relative al passaggio degli uffici e del personale dello Stato alla Regione, nonché le norme per l'attuazione del presente Statuto»; art. 56 St. Sardegna: «Una Commissione paritetica di quattro membri, nominati dal Governo della Repubblica e dall'Alto Commissario per la Sardegna sentita la Consulta regionale, proporrà le norme relative al passaggio degli uffici e del personale dallo Stato alla Regione, nonché le norme di attuazione del presente Statuto. Tali norme saranno sottoposte al parere della Consulta o del Consiglio regionale e saranno emanate con decreto legislativo»; art. 48-*bis*, comma 2, St. Valle D'Aosta: «Gli schemi dei decreti legislativi sono elaborati da una commissione paritetica composta da sei membri nominati, rispettivamente, tre dal Governo e tre dal consiglio regionale della Valle d'Aosta e sono sottoposti al parere del consiglio stesso»; art. 65 St. Friuli-Venezia Giulia: «Con decreti legislativi, sentita una Commissione paritetica di sei membri, nominati tre dal Governo della Repubblica e tre dal Consiglio regionale, saranno stabilite le norme di attuazione del presente Statuto e quelle relative al trasferimento all'Amministrazione regionale degli uffici statali che nel Friuli-Venezia Giulia adempiono a funzioni attribuite alla Regione»; art. 107 St. Trentino-Alto Adige: «Con decreti legislativi saranno emanate le norme di attuazione del presente Statuto, sentita una commissione paritetica composta di dodici membri di cui sei in rappresentanza dello Stato, due del Consiglio regionale, due del Consiglio provinciale di Trento e due di quello di Bolzano. Tre componenti devono appartenere al gruppo linguistico tedesco o ladino».

[3] L'intervento della Commissione paritetica non ha carattere vincolante in senso assoluto. È senz'altro obbligatorio, e in considerazione di ciò la giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che la Commissione deve sempre «essere posta in grado di esaminare ed esprimere il proprio avviso sugli schemi dei decreti legislativi che il Governo, a conclusione del lavoro preparatorio, si appresta definitivamente ad adottare ai fini dell'attuazione della disciplina statutaria». Il che se conduce ad affermare che, il Governo possa apportare, successivamente alla acquisizione del parere «varianti di carattere formale al testo dei decreti», non consente all'Esecutivo «di adottare modificazioni o aggiunte suscettibili di alterare il contenuto sostanziale della disciplina su cui la Commissione abbia già avuto modo di manifestare il proprio parere, tanto più ove tali modificazioni vengano a incidere […] sul piano della stessa distribuzione delle competenze tra lo Sta-

La delega che nasce dagli Statuti speciali caratterizza la fonte qui in esame. Infatti, gli statuti speciali attribuiscono in modo permanente al Governo nazionale la possibilità di adottare decreti legislativi di attuazione degli statuti speciali attraverso un particolare procedimento nel quale è coinvolta la Commissione paritetica. I presupposti del decreto legislativo di attuazione sono la Costituzione e lo Statuto speciale (non esiste alcuna legge delega), ed è a tali fonti che si farà riferimento soprattutto per individuare l'oggetto delle disposizioni di attuazione.

Il ruolo delle disposizioni di attuazione è ulteriormente precisato dalla Corte costituzionale la quale ha affermato che l'ordinamento pone «una riserva di competenza a favore delle norme di attuazione degli statuti speciali per la modifica della disciplina finanziaria degli enti ad autonomia differenziata, […] così da configurarsi quale presidio procedurale della specialità finanziaria di tali enti»[4].

Quanto alla collocazione delle norme di attuazione nel sistema delle fonti, esse sono da assimilare agli atti normativi primari solo per ciò che concerne la possibilità di sottoporli al sindacato di costituzionalità e l'idoneità a soddisfare le riserve di legge previste dalla Costituzione[5].

to e i soggetti di autonomia» (Così, Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 1989.). La mancata acquisizione del parere costituisce vizio formale del decreto di attuazione, e, dunque, ne causa l'illegittimità costituzionale (Così, Corte costituzionale, sentenza n. 37 del 1989.), con l'ulteriore precisazione secondo la quale – sul piano processuale – per la Regione o Provincia autonoma interessata «in caso di modifica di norme di attuazione, la lesione della competenza provinciale e l'interesse al ricorso non derivano tanto dal contenuto della norma modificatrice, quanto dal modo con cui la norma è stata approvata in violazione del procedimento posto a garanzia del ruolo e delle funzioni spettanti […] alla Commissione paritetica» (Corte costituzionale, sentenza n. 137 del 1998). In dottrina è stato altresì osservato che – ove tale adempimento procedurale venisse a mancare – l'illegittimità costituzionale delle norme di attuazione in questione potrebbe essere evitata solo mediante «l'assenso del Presidente della Regione interessata, che deve prender parte alle relative riunioni del Consiglio dei ministri» (PALADIN, *Le fonti del diritto italiano,* Bologna, il Mulino, 1996, 234.). In riferimento alle disposizioni di attuazione dello Statuto speciale, è utile ricordare che la Commissione paritetica «è titolare di una speciale funzione di partecipazione al procedimento legislativo […] detta Commissione rappresenta, dunque, un essenziale raccordo tra la Regione e il legislatore statale, funzionale al raggiungimento di tali specifici obiettivi» (Corte costituzionale, sentenza n. 201 del 2010).

[4] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 238 del 2015; negli stessi termini v., Corte costituzionale, sentenze nn. 71 e 241 del 2012.

[5] Così, Corte costituzionale, sentenza n. 316 del 2004 che, in riferimento alle disposizioni di attuazione relative all'art. 23 dello Statuto Speciale in virtù delle quali è stata adottata la disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, ebbe modo di precisare che «[…] d'altra parte i citati artt. 4 e 6 del d.lgs. n. 373 del 2003, nel dettare la speciale disciplina del Consiglio di giustizia amministrativa, non hanno

La disciplina costituzionale avvalora l'idea che le disposizioni di attuazione sono atti normativi dotati di una competenza "separata e riservata" che concettualmente comporta un'immediata valutazione di illegittimità costituzionale per le leggi statali e per gli altri atti normativi primari che volessero occuparsi delle materie riservate alle disposizioni di attuazione.

Particolarmente significativo è un ulteriore indirizzo che proviene sempre dalla giurisprudenza costituzionale, a detta della quale «deve, […] essere rilevato che le norme di attuazione dello statuto speciale si basano su un potere attribuito dalla norma costituzionale in via permanente e stabile […], la cui competenza ha 'carattere riservato e separato rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica' […] e pertanto prevalgono, nell'ambito della loro competenza, sulle stesse leggi ordinarie, con possibilità, quindi, di derogarvi, negli anzidetti limiti […]. Le norme di attuazione dello statuto regionale ad autonomia speciale sono destinate a contenere, tra l'altro, non solo disposizioni di vera e propria esecuzione o integrative *secundum legem*, non essendo escluso un contenuto *praeter legem* nel senso di integrare le norme statutarie, anche aggiungendo ad esse qualche cosa che le medesime non contenevano»[6].

Su tali premesse, la Corte costituzionale ha ancora una volta ribadito che le disposizioni di attuazione «possono anche, come fonti a competenza 'riservata e separata' rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica […], introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale»[7].

neppure violato, avendo rango primario in quanto norme di attuazione di statuti speciali […], la riserva di legge prevista in materia dall'art. 108 della Costituzione. E di conseguenza i predetti articoli possono anche, come fonti a competenza "riservata e separata" rispetto a quella esercitabile dalle ordinarie leggi della Repubblica […], introdurre una disciplina particolare ed innovativa, a condizione però di rispettare il "limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale» (al riguardo cfr., Corte costituzionale, sentenze n. 353 del 2001, 213 e 137 del 1998; 85 del 1990; 160 del 1985, 212 del 1984).

[6] Corte costituzionale, sentenza n. 353 del 2001; sul punto cfr., COSULICH, *op.cit.*, 133.

[7] Corte costituzionale, sentenza n. 316 del 2004. In dottrina si è sostenuto che «solo quando l'autonomia si "trasforma" in specialità si può spiegare il vero senso dell'intervento delle norme di attuazione. Questo intervento prescinde dal carattere generale o particolare della disposizione statutaria, dalla sua natura *self executing* o meno, dalla sua natura di disposizione a fattispecie più o meno aperta, dal fatto di essere collocata tra le

È altresì stato riconosciuto alle norme di attuazione un particolare ruolo "interpretativo" delle disposizioni degli statuti speciali, tale dunque da renderle idonee a giocare un ruolo nella conformazione del parametro di costituzionalità.

4. La giurisprudenza costituzionale nel precisare la natura delle disposizioni di attuazione degli Statuti apre alla possibilità che dette disposizioni anziché configurarsi come meramente attuative della disposizione statutaria in senso stretto, finiscano per interpretare o integrare lo Statuto. Per questa via si apre ad una possibilità: la disposizione di attuazione, approvata secondo un procedimento che marginalizza il Parlamento e le Assemblee legislative regionali interessate[8], può ridefinire gli ambiti dell'autonomia speciale secondo logiche sganciate dalla Costituzione e dagli Statuti speciali. Dallo studio dei decreti legislativi degli ultimi 10 anni relativi all'esperienza della Regione Siciliana e Regione Trentino – Alto Adige – Südtirol, emergono indicazioni che fanno intendere che i contenuti delle disposizioni di attuazione realizzano un rapporto con la Costituzione e con gli Statuti speciali molto particolare. Il problema non è dato dal carattere innovativo-integrativo delle disposizioni di attuazione[9], ma, in particolare, dalla difficoltà di rispettare – secondo quanto precisato dalla Corte costituzionale – il *limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*[10].

competenze legislative primarie, concorrenti, integrative […] dunque, in linea teorica, non è necessario che una singola e specifica disposizione statutaria costituisca il presupposto per l'attivazione della procedura funzionale all'adozione delle norme di attuazione», così, Sias, *op.cit.*, 111-112.

[8] In due casi, tuttavia, è previsto anche l'intervento del Consiglio regionale: nello Statuto sardo (art. 56) e nello Statuto valdostano (art. 48-bis). La legge "statutaria" della Regione Siciliana n. 26 /2020 all'art. 15, c. 1 dispone che le deliberazioni della Giunta regionale recanti norme di attuazione dello Statuto stesso, prima di essere trasmesse alla Commissione paritetica, siano sottoposte all'Assemblea regionale, chiamata a esprimere un parere; sul punto cfr., Armanno, *La nuova legge statutaria della Regione Siciliana. Much ado about nothing*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 3/2020, 1313 ss., spec., 1325.

[9] In dottrina (Cosulich, *op.cit*., 153-154) si afferma che «il decreto legislativo in discorso, lungi dal porsi come strumento per la sola prima attuazione dello Statuto, può essere dunque inteso come realizzazione permanente dell'*autonomia dinamica* della Regione speciale».

[10] Sulla possibilità di prospettare un dubbio di legittimità costituzionale delle disposizioni di attuazione dello Statuto speciale per mancato rispetto del *limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto, nel contesto del principio di autonomia regionale*, si v. Cons. giust. amm. Reg. Sic., ordinanza n. 566/2022.

Uno studio del contenuto dei decreti legislativi di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana emanati a far data dal 2012 ci consegna un dato formale: per i decreti esaminati, *la corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto* è assicurata dal richiamo a precedenti decreti di attuazione o dal riferimento alle disposizioni statutarie. In questo senso il rapporto fra Statuto speciale e Titolo V che, alla luce di quanto previsto dall'art. 10 della l.c. 3/2001, avrebbe potuto lasciare immaginare un riferimento a competenze regionali acquisite in ragione della clausola di maggior favore, non realizza nessuna ulteriore rivendicazione da parte della Regione Siciliana.

È ricorrente l'eventualità che il nuovo decreto legislativo promuova un aggiornamento della previgente normativa inserendo la novella nel contesto di un corpo normativo vigente. Questa situazione si è riscontrata nei casi dei decreti legislativi destinati ad aggiornare la disciplina dei rapporti finanziari fra lo Stato e la Regione Siciliana contenuta nel d.P.R. 1074 del 1965 (d.lgs. 251/2016; d.lgs.16/2018). Considerazioni analoghe possono svolgersi anche per il d.lgs. n. 205/2012 in materia di credito e risparmio (che modifica il d.P.R. 1133/1952) e il d.lgs. 70/2019 che interviene in tema di funzionamento del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana integrando la precedente normativa di attuazione contenuta nel d.lgs. 373/2003.

Diverso è il caso del d.lgs. 222/2015 e del decreto 158/2019 (poi modificato dal d.lgs. 8/2021). Il decreto del 2015 provvede al trasferimento di funzioni dallo Stato alla Regione in tema di sanità penitenziaria, ed è adottato in attuazione dell'art. 17 lett. b) e c) dello Statuto. L'art. 17 richiama le materie dell'*igiene e sanità pubblica* e dell'*assistenza sanitaria* che ben definiscono l'ambito entro il quale il d.lgs. 222/2015 è destinato ad operare entro *il limite della corrispondenza alle norme e alla finalità di attuazione dello statuto*.

Se però l'attenzione si rivolge al d.lgs. 158/2019 (il cui art. 7 è stato modificato dal d.lgs. 8/2021 e oggetto di ulteriori modifiche nel corso del 2022) emerge una specie di decreto che in un unico atto normativo reca *norme di attuazione dello statuto speciale della Regione siciliana in materia di armonizzazione dei sistemi contabili, dei conti giudiziali e dei controlli*.

Per quel che attiene al rapporto con la fonte statutaria, nelle premesse si fa cenno all'art. 14 lett. g) e all'art. 17 lettere h) e i) dello Statuto. Il raffronto però del contenuto del d.lgs. 158 con la fonte statutaria evidenzia che la disciplina introdotta per dare attuazione allo Statuto nella sostanza non reca un riferimento preciso a ciò che è disciplinato dai richiamati artt. 14 e 17[11].

[11] La materia statutaria che per la parte espressamente richiamata nel d.lgs. 158 at-

I richiami contenuti nel d.lgs. 158 a diversi atti normativi statali di livello primario – il cui comune denominatore è quello di aver promosso un adeguamento della stesura dei documenti contabili regionali ad esigenze di maggiore chiarezza e trasparenza (d.lgs. 118/2011; art. 14 d.lgs. 138/2011; art. 1 d.l. 174/2012; art. 32 l. 234/2012, art. 9 l. 243/2012) – lasciano intendere che la prospettiva dell'attuazione dello Statuto cede il passo alla necessità di apprestare una disciplina che consenta di approvare un bilancio regionale nel rispetto delle regole costituzionali di cui all'art. 81 della Costituzione. Le esigenze politiche del momento consentono così di rinviare a domani ciò che dovrebbe essere pagato oggi. Non si tratta certo di un trasferimento di risorse dallo Stato alla Regione ma di una tecnica un po' tortuosa che consente di superare il rischio di un controllo di costituzionalità sulla decisione legislativa in tema di bilancio regionale[12]. In questo senso il d.lgs. 158 più che dare attuazione allo Statuto speciale entra in rapporto con gli art. 81 e 97 di cui prova a darne una interpretazione benevolmente adeguata alle esigenze contabili della Regione Siciliana. È da dire che però questo tipo di accordo fra Stato e Regione che poi trova uno sbocco nel conseguente decreto legislativo pone più di un problema dal punto di vista della legittimità costituzionale. Le conclusioni che si traggono dalla giurisprudenza costituzionale sulla natura dei decreti di attuazione degli Statuti speciali muovono da un profilo sostanziale al quale la Corte al momento non ha inteso derogare. Cioè deve trattarsi di disposizioni di attuazione dello Statuto. Vero è che nel raffronto fra Autonomia speciale e Titolo V il catalogo delle funzioni da trasferire o delle competenze da attuare può ricercarsi fra Costituzione e Statuto, ma l'ambito della fonte non può estendersi fino al punto da riguardare deroghe alla disciplina di cui agli articoli 81

tiene ai *lavori pubblici, eccettuate le grandi opere pubbliche di interesse nazionale* (art. 14 lett. g), all'*assunzione di pubblici servizi* (art.17 lett. h) o a *tutte le materie che implicano servizi di prevalente interesse regionale* (art. 17 lett. i). Discorso diverso attiene al Capo VI, art. 6 del d.lgs. 158/2019 che reca un aggiornamento del d.lgs. 655/1948 in merito alle funzioni di controllo della Corte dei conti sugli atti regionali.

[12] Quanto a quest'ultimo aspetto, deve peraltro essere evidenziato come le disposizioni di attuazione degli statuti speciali siano sovente utilizzate quale parametro nei giudizi di legittimità costituzionale. Ciò è spiegato – anche nella giurisprudenza costituzionale – con il riferimento alla teoria dell'interposizione normativa. Al riguardo, si veda in particolare la sent. n. 260 del 1990, nella quale si afferma che «le norme di attuazione di uno Statuto speciale, ove adottate nei limiti di competenza costituzionalmente fissati al relativo potere, possano integrare il parametro statutario nella loro qualità di 'norme interposte'», sul punto PERTICI, *I decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali come parametro di costituzionalità* in *Il parametro nel giudizio di costituzionalità*, a cura di PITRUZZELLA, TERESI, VERDE, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 497-507.

e 97 della Costituzione. In fattispecie come quella qui affrontata si deve concludere che la materia trattata esula dall'ambito di operabilità riservato alla fonte decreto legislativo di attuazione dello Statuto speciale. La deroga alla disciplina primaria attuativa della disciplina costituzionale in tema di bilancio non può essere frutto dell'accordo tra Governo e Regione e escludere il concorso del Parlamento su una decisione di tal natura.

5. Uno sguardo ai decreti legislativi di attuazione dello Statuto speciale della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige-Südtirol sollecita spunti di riflessione diversi.

Rispetto allo stesso periodo di tempo (2012/2022) si contano 24 decreti legislativi di attuazione (per la Regione Siciliana ne risultano 7). Il numero consistente dei decreti legislativi esclude che in questa sede si possa pervenire anche ad una semplice esposizione delle discipline introdotte fra il 2021 e il 2022. Mi limito a sottolineare il confermarsi di una tendenza che si era già manifesta negli anni precedenti, e che richiama qui il rapporto fra funzioni trasferibili (individuate a partire dalla disciplina statutaria e da quella del Titolo V) e risorse ad esse destinate. Qui la prospettiva da cui muovere è del tutto diversa dall'esperienza siciliana sia per il numero di cittadini residenti nei due territori e, soprattutto, per le differenze economiche tra i due contesti.

Le due esperienze prese qui in esame sono molto diverse. Per la Sicilia le risorse economiche a disposizione della Regione risultano in larghissima parte assorbite da precedenti impegni. Il che significa che non residuano disponibilità che potrebbero accompagnare il trasferimento di funzioni. Qualsiasi potestà da assegnare alla regione deve essere accompagnata da una valutazione dei costi e dal contestuale trasferimento delle risorse economiche. In un contesto economicamente depresso è da escludere che il ciclo economico possa produrre un *surplus* di risorse tale da poter giustificare un trasferimento di funzioni non accompagnato da un provvedimento finanziario.

Nell'esperienza della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige-Südtirol il sistema dei rapporti finanziari con lo Stato produce una disponibilità tendenzialmente superiore ai costi da dover affrontare per garantire l'assolvimento delle funzioni già trasferite. Quest'ultimo effetto è determinato da un contesto economico florido con un reddito *pro capite* elevato. La partecipazione della Regione al gettito fiscale determina una disponibilità aggiuntiva che mal si concilia con le esigenze perequative

di cui all'art. 119 della Costituzione[13]. La tecnica utilizzata per riequilibrare il sistema dei rapporti finanziari tra lo Stato e la Regione Autonoma Trentino-Alto Adige-Südtirol consiste nell'incrementare le funzioni provinciali ai cui costi si farà fronte con le risorse che il sistema ha reso disponibili. Questa è l'opzione messa in campo dall'art. 1 comma 515 della legge di stabilità per il 2014 che affida alle disposizioni di attuazione degli Statuti della Regione Autonoma Trentino-Alto Adige-Südtirol e della Regione Valle d'Aosta di definire «gli ambiti per il trasferimento o la delega delle funzioni statali e dei relativi oneri finanziari riferiti, in particolare, ai servizi ferroviari di interesse locale per la Valle d'Aosta, alle Agenzie fiscali dello Stato e alle funzioni amministrative, organizzative e di supporto riguardanti la magistratura ordinaria, tributaria e amministrativa, con esclusione di quelle relative al personale di magistratura, nonché al Parco nazionale dello Stelvio»[14]. In questo modo si assicura il concorso delle Autonomie differenziate al riequilibrio della finanza pubblica. A quanto disposto in sede di legge di stabilità per il 2014 (per come modificato dal d.l. 16/2014 convertito dalla l. 68/2014) ha fatto seguito il decreto legislativo 16/2017 che, attraverso l'art. 1 commi 2, 15 e 16, conferma quanto detto in precedenza: la Regione non rinuncia al proprio sistema di finanziamento e consente il trasferimento di funzioni che alleggeriscono le spese del bilancio dello Stato.

Il contributo della Regione alla finanza pubblica dimostra che i rapporti finanziari con lo Stato sono regolati in modo irragionevole in quanto è evidente che essi assegnano ad un determinato territorio più risorse di quelle necessarie per far fronte alle funzioni trasferite. Il correttivo apprestato nelle leggi di stabilità per il 2014 e il 2015 tende a riequilibrare una situazione che – in linea teorica – non si sarebbe mai dovuta realizzare. Il che dimostra che i rapporti finanziari fra lo Stato e Autonomie differenziate sono definiti in modo approssimativo e necessiterebbero di un intervento strutturale di complessivo riequilibrio.

Fin qui si è discusso di funzioni e costi. Ma è da chiedersi quali funzioni sono trasferibili?

[13] La giurisprudenza costituzionale ha altresì evidenziato che l'avanzo "libero" «non può essere inteso come una sorta di utile di esercizio, il cui impiego sarebbe nell'assoluta discrezionalità dell'amministrazione. Anzi, l'avanzo di amministrazione "libero" delle autonomie territoriali è soggetto a un impiego tipizzato» (Corte costituzionale, sentenze nn. 138 e 167 del 2019).

[14] La legge di stabilità per il 2015 (l. 190/2014, art. 1, c. 410) definisce l'importo del contributo alla finanza pubblica in termini di saldo netto da finanziare della regione Trentino-Alto Adige e delle province autonome di Trento e di Bolzano per gli anni 2014-2017.

Sul punto il decreto legislativo 16/2017 non reca alcun riferimento al Titolo V della Costituzione e genericamente richiama lo Statuto speciale senza mai indicare a quale disposizione si intende dare attuazione. Su queste basi non resta che prendere atto che l'individuazione della funzione risponde solo ad un calcolo matematico che muove dalla definizione dell'ammontare del *quantum* del concorso regionale alla finanza pubblica, a cui segue la determinazione delle funzioni da trasferire[15].

Le indicazioni che provengono dalle prassi (in gran parte incoraggiate da una giurisprudenza costituzionale al momento assai permissiva) lasciano intendere che la definizione dell'oggetto delle disposizioni di attuazione è rimessa alla negoziazione fra esecutivo nazionale e governo regionale. In quanto tale la fonte in questione appare "nascosta" fra i tanti meccanismi che presiedono ai rapporti fra Stato e Regioni speciali. L'accordo definito con il concorso della Commissione paritetica tralascia del tutto il ruolo del Parlamento nazionale che conosce i contenuti dei conseguenti decreti legislativi di attuazione degli Statuti speciali solo dopo l'avvenuta emanazione e conseguente pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana. Il dato qui evidenziato non è meramente formale, in quanto l'attuazione dello Statuto sembra ispirarsi più alla logica delle deroghe che allo svolgimento ordinato dei rapporti fra il Centro e la Periferia.

Se la stagione del regionalismo differenziato prenderà corpo, sarà bene che la logica ispiratrice dell'attuazione dell'art. 116 comma 3 della Costituzione non spinga verso decisioni in cui ogni territorio mira ad ottenere un trattamento differenziato frutto della contingenza politica, svincolato da una complessiva prospettiva sistemica caratterizzata dal rispetto dell'uguaglianza fra territori a tutela della dignità dei rispettivi cittadini

[15] Sul punto in dottrina è stato affermato che le prassi recenti a cui anche questo scritto ha fatto riferimento può «generare squilibri sia sul versante della forma di Stato che su quello della forma di governo […] lo *status* costituzionale della fonte – per come è venuto formandosi nella giurisprudenza costituzionale e nei percorsi dottrinali – appare compatibile con i principi cardine del nostro sistema delle fonti solo a patto che la "delega" statutaria alla base delle norme di attuazione venga intesa come limitata o nel tempo, ovvero da un punto di vista materiale. La prima ipotesi è stata senz'altro scartata dalla storia. La seconda formalmente regge nelle affermazioni della giurisprudenza costituzionale maggioritaria, ma nella prassi mostra non pochi segni di cedimento. Come si è visto non si tratta di un fenomeno marginale, e non è certo un caso che le autonomie speciali ritengono particolarmente importante che il loro ordinamento sia presidiato il più possibile da questo strumento», in questi termini S. PAJNO, *Aspetti problematici delle norme di attuazione degli statuti speciali*, cit., spec., 406.

NOTE SUGLI AUTORI E SUI CURATORI

Sandro Amorosino
Professore emerito di diritto dell'economia nell'Università "La Sapienza" di Roma.

Gaetano Armao
Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo.

Antonio Bartolini
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Perugia.

Cristiano Bevilacqua
Professore a contratto di diritto pubblico e legislazione delle istituzioni educative nella Libera Università degli studi "Maria SS. Assunta".

Emanuele Boscolo
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi dell'Insubria.

Vinicio Brigante
Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Federico II" di Napoli.

Chiara Cacciavillani
Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Padova.

Sabino Cassese
Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università "La Sapienza" di Roma. Già Ministro della funzione pubblica e Giudice della Corte Costituzionale della Repubblica Italiana.

Maria Cristina Cavallaro
Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo.

Cristiano Celone
Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo.

Giovanna Colombini
Professoressa ordinaria di diritto pubblico nell'Università degli studi di Pisa e componente del collegio dei revisori dei conti dell'ANAC.

Alfredo Contieri
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Federico II" di Napoli.

Guido Corso
Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Roma Tre.

Alessandro Crosetti
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Torino.

Gabriella De Giorgi Cezzi
Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi del Salento.

Rosanna De Nictolis
Già Presidente del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Francesco Giacalone
Dottorando di ricerca in "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti" nell'Università degli studi di Palermo.

Loredana Giani
Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università europea di Roma.

Guido Greco
Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Milano.

Nicola Gullo
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo.

Giovanna Iacovone
Professoressa associata di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Basilicata.

Maria Immordino
Professoressa emerita di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo e componente della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Laura Lorello
Professoressa ordinaria di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo.

Francesco Manganaro
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

Vanessa Manzetti
Ricercatrice in istituzioni di diritto pubblico nell'Università degli studi di Pisa.

Daniele Marrama
Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi "Federico II" di Napoli.

Patrizia Marzaro
Professoressa ordinaria di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Padova.

Marco Mazzamuto
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo e componente della sezione giurisdizionale del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana.

Giuseppe Morbidelli
Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università "La Sapienza" di Roma.

Giorgio Pagliari
Professore Ordinario di Diritto Amministrativo nell'Università degli Studi di Parma.

Sergio Perongini
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Salerno.

Giuseppe Piperata
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università IUAV di Venezia.

Andrea Piraino
Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo.

Pier Luigi Portaluri
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi del Salento.

Marco Ragusa
Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo.

Salvatore Raimondi
Professore emerito di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo.

Antonio Ruggeri
Professore emerito di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Messina.

Fabio Saitta
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università "Magna Græcia" di Catanzaro".

Franco Gaetano Scoca
Professore emerito di diritto amministrativo nella Libera università internazionale degli studi sociali "Guido Carli" di Roma.

Mario R. Spasiano
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli".

Fabrizio Tigano
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Messina.

Giulia Torta
Assegnista di ricerca nell'Università degli studi di Palermo.

Francesco Fabrizio Tuccari
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi del Salento.

Paolo urbani
Professore emerito di diritto amministrativo nella Libera università internazionale degli studi sociali "Guido Carli" di Roma.

Riccardo Ursi
Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Palermo.

Giuseppe Verde
Professore ordinario di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo.

Finito di stampare nel mese di febbraio 2023
presso la *Arti Grafiche Licenziato* – Napoli