

NUOVE AUTONOMIE

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXVIII – Nuova serie
N.3/2019 (settembre-dicembre)

INDICE

DOTTRINA

- DOMENICO SICLARI
Riflessioni sulla tutela dell'identità culturale del "circo" alla luce dell'animal welfare 415
- MARCO TIBERII
L'uso degli strumenti elettronici specifici (building information modeling) nei contratti pubblici 429
- LUCIANA DE GRAZIA
Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica, spagnola e francese 455
- EDOARDO GIARDINO
Beni paesaggistici, interessi sensibili ed omologazione del regime giuridico 481
- ROBERTO LEONARDI
L'edilizia di culto tra libertà religiosa e tutela del territorio: il caso Lombardia 509

CARLA NEGRI	<i>L'abrogazione della protezione umanitaria nella legge n. 132 del 2018 e il diritto di asilo costituzionale</i>	537
FRANCESCO SICILIANO	<i>La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale dell'ente comunale ed il problema della 'coperta troppo corta': tra "costituzionalizzazione" della crisi da indebitamento ed inadeguatezza del nuovo modello di amministrazione "contabile"</i>	571
LUCA DI SALVATORE	<i>Un'introduzione allo studio delle reti di imprese come modello di sviluppo per le aree interne</i>	621
GIULIA TORTA	<i>L'iniziativa "Capitali Europee della Cultura": aspetti sostanziali e profili critici</i>	645

NOTE E COMMENTI

FULVIA PASSANANTI	<i>La Corte costituzionale torna sul riparto di competenze fra Stato e Regione in materia di vaccinazioni obbligatorie. Osservazioni a margine della sentenza n. 137 del 2019</i>	681
-------------------	---	-----

Dottrina

Riflessioni sulla tutela dell'identità culturale del circo alla luce dell'*animal welfare*

di Domenico Siclari

SOMMARIO: 1. Considerazioni preliminari. – 2. Gli apporti dell'ordinamento sovranazionale ed europeo. – 3. L'ordinamento italiano. – 3.1 I regolamenti comunali in tema di circhi e spettacoli viaggianti. – 4. Nuovi spunti di riflessione per la tutela dell'identità culturale del "circo" alla luce del benessere degli animali.

1. *Considerazioni preliminari*

La *vexata quaestio* inerente alla necessità di apprestare rimedi a tutela degli animali¹ trova un terreno fertile, sul quale operare un approfondimento, sul versante dell'utilizzo degli stessi nelle attività dello spettacolo ed in particolare in quelle circensi.

In proposito appare opportuno rimarcare, in via preliminare, come, valicata definitivamente la concezione meccanicistica di Cartesio, tanto la speculazione filosofica ed etica² – schiusa a partire dall'interrogativo "Possono *soffrire?*" di Bentham³ – quanto la rinnovata sensibilità sociale hanno spinto la scienza giuridica a porre in essere un dibattito sulla garanzia degli animali. A riprova, si rammenti l'apporto della legge 20 luglio 2004, n. 189⁴ che ha portato a ricorrere all'*extrema ratio* della sanzione penale, introducendo nel *corpus* codicistico di settore fattispecie atte a stigmatizzare i maltrattamenti sugli animali.

Difatti, se per gli utilitaristi ed i teorici dei diritti degli animali la riflessione

¹ In proposito, a titolo esemplificativo, si rammenti il d.lgs. 27 gennaio 1992, n. 116, in materia di protezione degli animali utilizzati a fini sperimentali o ad altri fini scientifici, interpretato dalla Cassazione nel senso che «deve escludersi che sia configurabile una categoria di "interventi didattici" (nella specie, consistenti in una operazione effettuata su di un animale, per dimostrare le modalità di una nuova tecnica chirurgica) sottratti alla regolamentazione stabilita dal decreto legislativo in esame, in quanto essi devono ritenersi assoggettati ad una disciplina specifica e restrittiva, in coerenza con le opportunità offerte dallo sviluppo della tecnologia, alla luce della finalità del decreto, di limitare l'utilizzazione degli animali ai soli casi nei quali risulti accertata l'impossibilità di seguire metodi alternativi, evitando inutili ripetizioni degli esperimenti, cosicché siffatti "interventi" devono ritenersi assoggettati alla più rigorosa disciplina stabilita dall'art. 8, 3° comma, D.Lgs. cit.» Cass. civ., sez. I, 10 luglio 2003, n. 10857.

² Il fautore di detto pensiero può essere considerato Peter Singer con il suo saggio di etica applicata *Liberazione animale*, Milano, 1991.

³ J. BENTHAM, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione* (1789), Torino, 1998, 422.

⁴ "Disposizioni concernenti il divieto di maltrattamento degli animali, nonché di impiego degli stessi in combattimenti clandestini o competizioni non autorizzate".

muove da un'imprescindibile esigenza di riconoscimento di pretese giuridiche soggettive attive in campo agli stessi, per altro verso, i sostenitori dell'*animal welfare* si soffermano sulla necessità di identificare l'esistenza di doveri che andrebbero a ricadere in capo agli esseri umani, chiamati a garantire agli animali uno *standard* di qualità di vita connotato dal *benessere*.

Pertanto, in siffatta contrapposizione tra antispecismo e specismo, sulla base di competenze multidisciplinari frutto dell'apporto di carattere tecnico-scientifico di studiosi di varia estrazione culturale, ha preso piede una concezione che, facendo leva sull'antropomorfismo critico⁵, mira a garantire uno stadio di omeostasi, intesa quale equo temperamento tra benessere e malessere.

Una concezione arricchita da ulteriori apporti, tra i quali è possibile rinvenire l'analisi condotta in etologia cognitiva da Bekoff e Allen. Questi hanno fatto ricorso alla biologia comparativa per coprire anche il versante cognitivo e psicologico⁶ a cui possono legarsi le cinque libertà definite nel *Brambell Report*⁷. Il riferimento va a: 1) libertà dalla fame, sete e cattiva nutrizione, 2) libertà dalle sofferenze, 3) libertà da dolore, lesioni e malattie, 4) libertà di esprimere il comportamento naturale e 5) libertà da paura e angoscia.

Quanto detto ha rappresentato l'*humus* in forza del quale l'Organizzazione mondiale per la salute animale (OIE) è giunta a suggellare il principio in forza del quale «un animale è in un buono stato di benessere se (...) è sano, gode di condizioni confortevoli, è ben nutrito, sicuro, capace di esprimere comportamenti innati e non soffre stati spiacevoli come dolore, paura e di stress».

2. *Gli apporti dell'ordinamento sovranazionale ed europeo*

In ragione di siffatte considerazioni si è palesata – e ancora oggi resta aperta – la necessità di contemperare le esigenze – apparentemente contrastanti – di accrescimento delle sfere di tutela degli animali rispetto alla conservazione della vocazione tradizionale dello spettacolo circense, incentrata sulla commistione di virtuosismi del corpo, clownerie ed esibizioni delle fiere⁸. Un ambito di riflessione i cui sviluppi si legano, inevitabilmente, con l'evoluzione del sistema

⁵ Cfr. D. M. BROOM and K. G. JOHNSON, *Stress and Animal Welfare*. Dordrecht (The Netherlands), 2000, 211.

⁶ C. ALLEN and M. BEKOFF, *Species of mind: The philosophy and biology of cognitive ethology*, Cambridge, 1997.

⁷ Rapporto sul benessere degli animali tenuti in sistemi intensivi d'allevamento, realizzato per conto del Governo inglese (1965).

⁸ L'impianto definitorio del concetto di circo è tratto dalle riflessioni dello storico italiano Alberini e trova riscontro a livello normativo nella circolare Mibact n. 125, del 14 novembre 2002 e succ. mod. nonché nel Regolamento (CE) N. 1739/2005 che definisce il «circo» come un'esibizione itinerante o una fiera che include uno o più animali.

multilivello di tutela dei diritti, che dalle sedi sovranazionali ha portato al recepimento dei principi di settore negli ordinamenti sottostanti, secondo una logica discendente.

Così il primo atto dal quale prendere le mosse per dare seguito alla presente riflessione può essere identificato nella Convenzione CITES, sottoscritta a Washington il 3 marzo 1973 ed entrata in vigore nel nostro Paese a mezzo di ratifica avvenuta con legge 19 dicembre 1975, n. 874⁹.

Tale provvedimento è intervenuto al fine precipuo di riconoscere che la fauna costituisce, per bellezza e varietà, un elemento insostituibile nell'ecosistema. Tuttavia, a causa degli elevati livelli di sfruttamento e commercializzazione di talune specie di animali selvatici – siano essi a rischio di estinzione o no –, si è affermata la necessità di apprestare un impianto di protezione, rivolto tanto alle generazioni presenti quanto a quelle future, basato su una cooperazione internazionale settoriale.

Gli archetipi elaborati in detta Convenzione sono entrati a far parte dell'attuale contesto europeo, così come appare dalla lettura dell'art. 13 TFUE, laddove prevede che l'Unione e gli Stati sono chiamati a tenere pienamente conto del benessere degli animali, in quanto esseri senzienti. Un'esigenza questa che deve avvenire nel rispetto delle disposizioni legislative, amministrative e delle consuetudini degli Stati membri sui riti religiosi, sulle tradizioni culturali e sul patrimonio regionale.

Un esempio paradigmatico è certamente rappresentato dalla tauromachia in Spagna. Una tradizione il cui esercizio richiede un bilanciamento tra le contrapposte esigenze del benessere animale, da un lato, e della tutela del patrimonio culturale nazionale, dall'altro. «Il passo della *Ley Taurina* che (...) rileva maggiormente ai fini del presente lavoro è il disposto dell'art. 4 sulle misure di protezione, ove si stabilisce che l'amministrazione dello Stato può adottare misure destinate a proteggere le attività cui si riferisce la legge stessa (ossia gli spettacoli taurini), con particolare attenzione alla tradizione e all'attualità culturale della festa dei tori, così attribuendole un ruolo di garante della loro tutela»¹⁰.

Il *trend* volto a consacrare una maggiore sensibilità su siffatto versante era stato avviato già a partire dagli anni '80, quando l'ordinamento europeo aveva recepito la CITES con tutta una serie di Regolamenti, la cui adozione è giunta sino ai giorni nostri e che sul versante dell'incisività ha portato, in talune circostanze, a prevedere criteri maggiormente restrittivi rispetto a quelli di origine straordinamentale.

Così, per ragioni di completezza espositiva, possono rammentarsi il Rego-

⁹ Al contempo, la Convenzione è stata recepita in ambito europeo grazie all'avvento del Regolamento CE 338/97.

¹⁰ F. LAUS, *La tauromachia nella recente legislazione spagnola: un bene immateriale del patrimonio culturale da valorizzare e tutelare*, in *Aedon*, 2015, 2.

lamento (CE) 338/1997 del Consiglio, per la protezione delle specie di flora e fauna selvatiche attraverso il controllo del loro commercio, il suo Regolamento applicativo (CE) 865/2006 della Commissione¹¹ ed il Regolamento di esecuzione (UE) 736/2015 della Commissione che vieta l'introduzione nella Comunità di esemplari di talune specie di fauna e flora selvatiche.

In relazione alla trattazione *de qua*, maggiore interesse però deve essere riservato al Regolamento (CE) n. 1739/2005 della Commissione del 21 ottobre 2005 che, con precipuo riferimento all'esigenza di garantire il benessere degli animali presenti nei circhi operanti negli e tra gli Stati membri, ha introdotto una profilassi sanitaria *ad hoc*.

Così, gli animali esibiti al pubblico con finalità d'intrattenimento o pedagogiche all'interno di un circo sono sottoposti, in conformità con la direttiva 92/65/CEE, ad un regime sanitario speciale, derogatorio delle norme generali sulla circolazione degli animali. Giova rilevare come all'art. 2 (rubricato: *definizioni*) il circo viene qualificato *expressis verbis* come un'esibizione itinerante ovvero una fiera che include uno o più animali. Una disposizione che muove proprio dalla presenza degli animali quale fattore identificativo e costitutivo del contenitore artistico *circo*¹².

L'art. 3 prevede, poi, che una attività circense possa spostarsi in altro Stato membro solo a condizione che sia registrata in ossequio all'articolo 4 e alle ulteriori prescrizioni di cui agli artt. 8, 9 e 10. Detto procedimento di registrazione deve essere avviato a cura dell'operatore interessato, almeno quaranta giorni lavorativi prima dello spostamento all'estero, previa presentazione della richiesta allo Stato di residenza. A seguito di ciò, per poter addivenire al rilascio della registrazione, l'amministrazione competente sarà chiamata alla messa a punto dei controlli sanitari previsti dal medesimo Regolamento.

In particolare, spetta al veterinario competente accertare che il luogo di partenza non sia soggetto a restrizioni ulteriori connesse con la salute animale; nei dieci giorni precedenti alla partenza, controllare clinicamente lo stato di buona salute di tutti gli esemplari presenti; verificare che il registro degli animali sia completo e aggiornato, nonché verificare che i passaporti siano aggiornati.

Laddove ve ne siano le condizioni l'amministrazione precedente rilascerà

¹¹ A questi si affiancano le norme modificative: Regolamento (CE) 100/2008 della Commissione (che modifica ed integra il Regolamento 865/2006); il Regolamento (UE) 791/2012 della Commissione che modifica il Regolamento (CE) 865/2006 relativo alle modalità di applicazione del Regolamento (CE) 338/97 del Consiglio; il Regolamento (UE) 870/2015 della Commissione che modifica il Regolamento (CE) 865/2006; il Regolamento di esecuzione (UE) 792/2012 della Commissione (che stabilisce norme sulla struttura di permessi, certificati e degli altri documenti previsti dal Regolamento 338/97 del Consiglio, e che modifica il Regolamento 865/2006); il Regolamento (UE) 57/2015 della Commissione (che modifica il Regolamento 792/2012); il Regolamento (UE) 1320/2014 della Commissione (che modifica gli allegati del Regolamento del Consiglio 338/97).

¹² Sul punto *cf.* D. SICLARI, *Prolegomeni per una nozione giuridica di circo*, in *Aedon*, 2015, 2.

un numero di registrazione unico per il circo (le cui prime cifre corrispondono al codice ISO dello Stato membro), un registro degli animali e uno delle località, con gli annessi passaporti¹³. Al contempo, il veterinario dichiarerà che il circo è autorizzato a spostarsi nei dieci giorni successivi, apponendo firma e timbro nell'ultima colonna del registro delle località.

Mentre, in capo all'operatore circense, prima di effettuare lo spostamento presso altro Stato membro, incomberà l'onere di aggiornare i registri, i passaporti, nonché di comunicarlo allo Stato di appartenenza, conservando altresì tutta la documentazione per almeno cinque anni. Al fine di evitare possibili ingerenze sulla salute degli esemplari, lo stesso esercente si impegnerà ad impedire contatti diretti e indiretti con eventuali specie non registrate in ossequio al Regolamento.

L'operatore, quarantotto ore prima dello spostamento, sarà oltremodo gravato dall'obbligo di comunicazione allo Stato di partenza, fornendo tutte le informazioni necessarie a redigere il certificato *Traces (TRAdE Control and Export System)*¹⁴. Un atto che costituisce il filtro di una piattaforma informatica veterinaria in cui vengono inseriti i dati relativi alla specie e al numero del passaporto degli animali presenti nel circo, al fine di fornire informazioni utili allo Stato di destinazione e agli eventuali Stati di transito¹⁵.

Siffatto interesse palesato dalle fonti del diritto europeo, tanto originarie quanto derivate, ha lasciato spazio altresì agli apporti del Parlamento europeo e del Mediatore, che hanno fornito ulteriori spunti per poter seguitare nell'analisi *de qua*.

Più precisamente, il panorama di settore si è arricchito grazie all'avvento della Risoluzione del Parlamento europeo sulle nuove sfide per il circo quale parte integrante della cultura europea¹⁶. Un provvedimento dal quale affiora l'esigenza di ascrivere il circo tradizionale, pertanto ivi comprese le *performance* con animali, nel novero del bagaglio culturale europeo, con un consequenziale effetto sulle pertinenti scelte da parte dei singoli Stati membri.

A questo momento di riflessione ha fatto seguito l'intervento da parte del

¹³ Quanto ai Passaporti degli animali, l'autorità competente rilascia per ogni animale presente nel circo un passaporto conforme al modello di cui all'allegato III. In deroga alla disciplina generale l'autorità competente rilascia per i volatili e i roditori presenti nel circo un passaporto collettivo (conforme al modello di cui all'allegato IV); quanto a cani, gatti e furetti sono soggetti alle norme sanitarie e in materia di passaporti di cui al regolamento (CE) n. 998/2003. Mentre gli equidi sono soggetti alle norme sanitarie e in materia di passaporti sancite dalla decisione 93/623/CEE.

¹⁴ *Traces* è una piattaforma informatica veterinaria per la segnalazione, la certificazione e il controllo delle importazioni, delle esportazioni e degli scambi di animali e prodotti di origine animale.

¹⁵ Il tutto in ossequio al modello di certificato per gli scambi intracomunitari fissato dal regolamento (CE) n. 599/2004 (punto I.31).

¹⁶ 2004/2266(INI), del 13 ottobre 2005.

Mediatore europeo nel caso 3307/2006/JMA. Si tratta di una vicenda nella quale un'associazione di categoria circense aveva adito la Commissione in relazione all'introduzione di un divieto generale, ad opera della legislazione austriaca, di utilizzo degli animali selvatici nei circhi. A seguito di ciò, la Commissione aveva avviato un procedimento d'infrazione nei confronti dello Stato austriaco, che tuttavia si era concluso con un'archiviazione motivata sulla scorta della sussistenza di un'ampia discrezionalità statale in materia¹⁷.

In ragione di dette risultanze e sulla scorta della carenza motivazionale e procedimentale ad opera della Commissione, che avrebbe nel *casus belli* abdicato al suo ruolo di custode dei Trattati in tutte le questioni concernenti il benessere degli animali (e non solo), il Mediatore ha richiesto il riesame della questione e al contempo ha rimarcato come la proibizione degli animali selvaggi danneggerebbe la libera prestazione di servizi all'interno dell'Unione (*ex artt. 49 e 50 TCE*¹⁸).

Pertanto, i singoli Stati appartenenti all'UE non potrebbero autonomamente intervenire in via generalizzata introducendo divieti ovvero limitazioni al libero utilizzo degli animali nelle attività spettacolari. Una prospettiva ermeneutica che si pone in linea con l'assunto in forza del quale «la Corte di Giustizia applica rigidamente l'ultimo paragrafo dell'articolo 36 TFUE secondo il quale i divieti e restrizioni nazionali non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al commercio degli Stati membri»¹⁹.

3. *L'ordinamento italiano*

Dinanzi a queste disposizioni sovranazionali, il dibattito giuridico interno sulla compatibilità delle tecniche di detenzione degli animali per finalità spettacolari e di *dressage* ha portato al dilagare di una cospicua normazione di settore e di pronunce giurisdizionali, accomunate dall'esigenza di fornire una risposta «interpretativa adeguata all'evoluzione dei costumi e delle istanze sociali in tema naturalistico – ed in cui l'attenzione anche degli operatori giuridici ruota attor-

¹⁷ Lo stesso Mediatore nel corpo della decisione rimarcava come «*the Commission noted that the object of the complaint was related to its decision whether or not to initiate infringement proceedings under Article 226 EC (at present, Article 258 TFEU). The Commission underlined that, as recognised by the Court of Justice, it enjoys a great degree of discretion in this area. The institution also took the view that, when acting as Guardian of the Treaty with respect to infringement proceedings pursuant to Article 226 EC (at present, Article 258 TFEU), its "assessment on the interpretation and scope of Community law is a matter which can only be decided by the Court of Justice and which is entirely outside the notion of maladministration"*».

¹⁸ Disposizioni oggi confluite nel Trattato di Lisbona.

¹⁹ E. PICOZZA, *La direttiva 2010/63/UE: I poteri della Unione Europea e discrezionalità degli Stati membri*, consultabile nel sito www.dirittoambiente.net, 2.

no – (a)gli animali (...) in quanto esseri viventi capaci di reagire agli stimoli del dolore»²⁰.

Così, a fronte del progressivo riconoscimento della soggettività degli animali, gli stessi sono stati identificati *in primis* quali destinatari di una tutela *ad hoc*²¹, sino a giungere in tempi più recenti ad un modello paradigmatico improntato sulla qualificazione degli animali quali centro di imputazione giuridica²².

Se già dai primi anni '90 la Cassazione era giunta a sostenere che gli animali avrebbero dovuto «essere tenuti nel rispetto delle leggi naturali e biologiche, assicurando che intorno ad essi sussistano condizioni che non superino determinati limiti o soglie di dolore»²³, con la legge 14 agosto 1991, n. 281, in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo, il legislatore è intervenuto per stigmatizzare le condotte connotate per crudeltà, maltrattamenti e abbandono di dette tipologie di esemplari.

Una disciplina che, nel tentativo di favorire la corretta convivenza tra uomo e animale nonché di tutelare la salute pubblica e l'ambiente, ha rappresentato l'*humus* che ha consentito l'emersione della successiva legge 7 febbraio 1992, n. 150, recante disciplina in merito ai reati relativi all'applicazione in Italia della CITES.

A ciò si aggiunga come, anche a fronte della modifica del Titolo V della Costituzione e alla luce del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, la competenza delle amministrazioni locali in materia, valicando le previsioni di settore sancite dalla legge 18 marzo 1968, n. 337, viene a radicarsi in relazione alla vigilanza sulle condizioni igieniche e di tutela delle specie animali²⁴, nonché al perseguimento degli eventuali maltrattamenti²⁵.

Quanto richiamato testimonia l'attenzione da parte del legislatore alla questione del benessere animale, che si è affermata anche grazie agli apporti della disciplina regolamentare sia statale che locale avente ricadute – anche indirette – sull'utilizzo degli animali nel settore circense.

A conforto di ciò, una parentesi deve essere aperta in merito alla disciplina sul *Fondo Unico per lo Spettacolo* dedicato al circo e allo spettacolo viaggiante. A tal riguardo, la disciplina previgente aveva stabilito quale requisito di accesso al finanziamento pubblico, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. f) del d. m. 27 novem-

²⁰ Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6317. Cfr. E. BELISARIO, *Regolamenti, aumentano le competenze*, in *D&G*, 2004, 34.

²¹ AA.VV., *Per un codice degli animali. Commentario critico della legislazione vigente*, a cura di A. MANNUCCI e M. TALLACCHINI, Milano, 2001.

²² Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6317.

²³ Cass. pen., sez. III, 22 ottobre 1992.

²⁴ A mezzo delle funzioni di polizia veterinaria e delle ulteriori competenze di spettanza da esercitarsi con gli altri uffici competenti dell'ASP.

²⁵ Si vedano in proposito le specifiche norme dettate in materia penalistica ai sensi dell'art. 727 c.p. Cfr. Tar Abruzzo, Pescara, 24 aprile 2009, n. 321.

bre 2007, che l'esercente non avesse riportato «condanne per i delitti di cui al titolo IX – bis del libro II del codice penale, e (...) non aver commesso ogni altra violazione di disposizioni normative statali e dell'Unione Europea in materia di protezione degli animali»²⁶.

Una disposizione che è stata oggetto di modifiche da parte del Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo che, con l'art. 33 co. 3, lett. e) del Decreto 1° luglio 2014²⁷, ha portato ad estendere il ventaglio delle cause di esclusione alle ipotesi in cui le violazioni riguardino la detenzione e l'utilizzo degli animali. Una dimostrazione lapalissiana del *trend* che, attraverso una più attenta selezione dei destinatari dei contributi pubblici, mira ad accrescere la tutela degli animali e a ritenere tale elemento imprescindibile nello svolgimento delle pertinenti attività, così come confortato dalla più recente disciplina del *F.u.s.* introdotta con il nuovo art. 30 co. 3, lett. d) del d. m. 27 luglio 2017.

3.1. *I regolamenti comunali in tema di circhi e spettacoli viaggianti*

Dette considerazioni possono poi essere vagliate con riferimento ai regolamenti comunali in tema di circhi equestri e di attività dello spettacolo viaggiante²⁸ che – oramai in numero crescente – consentono la presenza e la permanenza dei circhi a condizione che gli stessi non facciano ricorso agli animali. Una situazione questa che palesa notevoli profili di criticità rispetto all'apparato normativo di rango statale, contenuto nella legge 18 marzo 1968, n. 337, nonché rispetto alla pleora di norme e principi che, scaturenti dal sistema giuridico multilivello, definiscono la disciplina di settore.

In proposito, appare opportuno in via preliminare ripercorrere, seppur brevemente, gli orientamenti in tema di nessi intercorrenti tra fonti secondarie (degli enti locali) e legge ordinaria, all'indomani delle novelle introdotte dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3. Tale analisi, infatti, consente di poter riflettere sulla questione dei rapporti tra regolamenti comunali sull'utilizzo degli animali negli spettacoli e legge 18 marzo 1968, n. 337.

²⁶ In proposito, si veda Tar Lazio, sez. II Q, 7 luglio 2015, n. 9104.

²⁷ “Nuovi criteri per l'erogazione e modalità per la liquidazione e l'anticipazione di contributi allo spettacolo dal vivo, a valere sul Fondo unico per lo spettacolo, di cui alla legge 30 aprile 1985, n. 163”.

²⁸ *Cfr ex multis*, G. ZANOBINI, *Il fondamento giuridico della potestà regolamentare*, in *Arch. Giur.*, 1922, 17 ss.; G. GUARINO, *Legge e regolamento*, in *Foro it.*, 1953, I, 120 ss.; G. AMATO, *Rapporti fra norme primarie e secondarie*, Milano, 1962; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967; A. M. SANDULLI, *L'attività normativa della pubblica amministrazione*, Napoli, 1970; R. BALDUZZI e F. SORRENTINO, *Riserva di legge*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988, XL, 1214 ss.; M. S. GIANNINI, *Regolamento (in generale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, 601 ss.; A. PIZZORUSSO, *Le fonti secondarie*, in *Trattato di diritto civile*, (a cura di, R. SACCO), Torino, 1998, 151 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale: disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2005; R. ROLLI, *Regolamenti*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2009, XVII.

Secondo un primo orientamento interpretativo la riforma del Titolo V della Costituzione avrebbe ingenerato, con la ridefinizione degli artt. 114, co. 2, e 117, co. 6, nonché con l'abrogazione dell'art. 128 Cost., una revisione sostanziale del ruolo degli enti locali e della pertinente capacità normativa rispetto all'assetto delle fonti²⁹. In particolare, l'art. 114 Cost. avrebbe dato luogo al definitivo passaggio da un'unità-uniformità ad un'unità-differenziazione³⁰.

Uno scenario in cui «la società si amministra mediante strutture adatte ai vari livelli e ai vari gruppi sociali, le quali obbediscono a comuni regole di condotta»³¹ ed in cui il ruolo della legalità viene circoscritto a determinatore dei limiti necessari delle sfere oggettive e soggettive di attribuzione e gestione delle competenze. Al contempo, detta situazione avrebbe portato al superamento del criterio gerarchico in luogo di quello di competenza, dando vita ad una sostanziale equiordinazione tra le fonti statali e quelle promananti dalle autonomie locali³².

L'ordinamento è «basato su un forte pluralismo istituzionale tra soggetti dotati di eguale dignità costituzionale (...) la cui unità e indivisibilità postula dunque meccanismi di coordinamento non gerarchico, ma basati sulla leale cooperazione, sulle intese *peer to peer*, e anche sulla costruzione di istituzioni di garanzia e di controllo della Repubblica, atte a garantire gli ambiti della autonomia di tutti soggetti dell'ordinamento, senza interferire con l'esercizio legittimo della autonomia di ciascuno di essi, finché essa si svolge nell'ambito proprio e perciò senza esorbitare dai suoi limiti costituzionali»³³.

Non a caso il Consiglio di Stato è giunto a rilevare come, sebbene non risulti un'espressa potestà regolamentare, tale assenza non importi *ex se* alcun profilo di illegittimità dell'atto.

Tale conclusione è stata suffragata da una ben precisa copertura del potere degli enti locali che a parere dei giudici di Palazzo Spada trova fondamento, per un verso, nell'art. 7 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, ma ancor prima nella rinnovata formulazione dell'art. 117 Cost. Il supremo consesso, tenuto conto

²⁹ A. PIRAINO, *Introduzione*, in *Atti del convegno: La funzione normativa di comuni, province e città nel nuovo sistema delle autonomie*, a cura di A. PIRAINO, Palermo, 2002, 14 ss.; S. MANGIAMELI, *La funzione statutaria e regolamentare delle istituzioni locali*, in *Op. cit.*, 151 ss. Altra dottrina ha, invece, attribuito la valenza paritetica alla legge al solo Statuto, in proposito si rammentino: C. CALVIERI, *Gli statuti ed i regolamenti degli enti locali tra riforma del Titolo V e prossima revisione costituzionale*, in *Politica del diritto*, 2004, 4, 535; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, Bologna, 2005, 129.

³⁰ L. TORCHIA, *Intervento*, in *Atti del convegno: Le autonomie territoriali dalla riforma amministrativa alla riforma costituzionale*, a cura di G. BERTI e G. C. DE MARTIN, Milano, 2001, 195 ss.

³¹ G. BERTI, *Art. 5*, in *Commentario della costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna, 1975, 278.

³² E. C. RAFFIOTTA, *Problemi in tema di potestà normativa degli enti locali*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2007, 2, 246.

³³ F. BASSANINI, *La Repubblica della sussidiarietà. Riflessioni sugli articoli 114 e 118 della Costituzione*, in www.astrid-online.it.

che le autonomie locali sono enti a fini generali, della loro capacità di auto-organizzazione, nonché del carattere meramente esemplificativo delle materie di cui all'art. 7 TUEL, ha recepito la tesi secondo cui la loro potestà, purché esercitata nei limiti dettati dall'ordinamento, avrebbe potuto spaziare ben oltre le materie contemplate dalla *littera legis*³⁴.

Tutto ciò è stato sottoposto ad un processo di revisione critica diretto a consentire un'interpretazione sistematica che, se per un verso ha inteso rimarcare la valenza del criterio gerarchico nel sistema delle fonti, per altro ha posto in risalto la scelta operata dal legislatore di tutelare il circo, nonché tutte le forme spettacolari ad esso assimilate, nella loro dimensione tradizionale. Una visione in cui non si è inteso interferire in termini preventivi e generalizzati sull'uso della fauna in cattività.

I sostenitori di detta ermeneutica muovono dall'assunto che la riforma costituzionale del 2001 non ha intaccato il sistema delle fonti, lasciando inalterato il ruolo della normazione locale in relazione alla legge³⁵.

Sul versante dei regolamenti comunali di settore è opportuno rimarcare come la legge 18 marzo 1968, n. 337, ha riconosciuto la *funzione sociale* dei circhi equestri e dello spettacolo viaggiante e parimenti palesato un ruolo dello Stato (nonché delle articolazioni territoriali) diretto a sostenere il consolidamento e lo sviluppo di settore. Dunque, l'emanazione di atti secondari ad opera degli enti locali, che rinviene la propria copertura costituzionale nel novellato art. 117, comma 6, Cost., dovrà operare in una prospettiva sistematica e di rispetto della struttura gerarchica delle fonti³⁶.

Lo stesso art. 7 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 chiarisce oltremodo come siffatta potestà, riconosciuta in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni degli enti, vada esercitata «nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dallo statuto»³⁷.

Pertanto, l'adozione di regolamenti avviene in ossequio ai contenuti precettivi dell'art. 9 della legge 18 marzo 1968, n. 337, secondo cui i Comuni devono compilare, entro sei mesi dalla pubblicazione della legge, un elenco delle aree comunali disponibili per le installazioni dei circhi, delle attività dello spettacolo viaggiante e dei parchi di divertimento (co. 1). Sul versante delle modalità di concessione delle aree, spetta sempre alle medesime amministrazioni adottare uno specifico regolamento (co. 5).

³⁴ Cfr. Cons. St., sez. V, 27 settembre 2004, n. 6317.

³⁵ G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del Titolo V*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2001, 1129 ss.; A. BARBERA, *Un "tribaltone" nel sistema delle fonti?*, in *Quaderni costituzionali*, 2002, 803 ss.

³⁶ Cfr. F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1998, Agg. I, 567 ss.

³⁷ In questa sede è dato rilevare come il Tribunale avrebbe dovuto ulteriormente richiamare la c.d. legge La Loggia, del 5 giugno 2003, n. 131 che, nel disciplinare l'adeguamento alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, chiarisce oltremodo – in particolare all'articolo 4 – i paradigmi attuativi del richiamato articolo 117 Cost.

Dall'analisi della disposizione *de qua* appare chiaro il dato che la potestà locale in materia suole essere circoscritta alla sola individuazione delle aree destinate alle attività ed alla determinazione delle modalità di concessione di dette aree. Ferma restando la potestà delle amministrazioni di dare seguito alle ulteriori funzioni di propria spettanza, cioè ai già richiamati poteri di vigilanza sulle condizioni igieniche e di tutela delle specie animali³⁸, nonché alla potestà di perseguire eventuali maltrattamenti³⁹.

Tuttavia, siffatta prospettiva ermeneutica è stata più volte messa da parte dalle amministrazioni, dando luogo ad una fiorente casistica giurisprudenziale in tema di rapporti tra regolamenti locali in materia di spettacoli viaggianti e nessi di compatibilità con la legge statale di settore.

A tal proposito, un *leading case* è sicuramente rappresentato dalla sentenza del Tar Emilia Romagna, sezione staccata di Parma, sez. I, dell'11 maggio 2010, n. 157, che ha statuito in merito ad una vicenda in cui un imprenditore dello spettacolo viaggiante, la cui attività era incentrata sull'esposizione di animali esotici (e non), si era visto negare dal Comune l'autorizzazione per l'occupazione del suolo, poiché la deliberazione consiliare n. 224/44 del 16 novembre 2002, modificativa dell'art. 31 del "Regolamento comunale sulla concessione di aree per l'esercizio degli spettacoli viaggianti e circensi", aveva introdotto una limitazione all'esposizione di animali. In questo caso il Tribunale amministrativo annullava il diniego all'autorizzazione di occupazione del suolo, nonché procedeva a disapplicare la fonte regolamentare utilizzata a fondamento della predetta determinazione.

Una vicenda analoga è stata oggetto della sentenza del Tar Toscana⁴⁰, che ha ritenuto illegittimo un regolamento sui diritti degli animali approvato nel 2001 dal Comune di Prato, secondo il quale «è vietata su tutto il territorio comunale, qualsiasi forma di spettacolo o di intrattenimento pubblico o privato che contempli, in maniera totale oppure parziale, l'utilizzo di animali, sia appartenenti a specie domestiche che selvatiche». Una scelta, peraltro, in violazione palese del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost.

A questa può affiancarsi una pronuncia del Tar Puglia⁴¹ con la quale è stato annullato il provvedimento dirigenziale che, facendo leva su un'ordinanza sindacale, poneva quale limite all'esercizio dell'attività circense il preliminare deposito di una dichiarazione di non utilizzo di animali negli spettacoli. In essa veniva sottolineato come il potere dell'ente locale mira a disciplinare e vigilare attraverso i poteri di polizia veterinaria sulle condizioni di igiene e sicurezza pubblica, che

³⁸ A mezzo delle funzioni di polizia veterinaria e delle ulteriori competenze di loro spettanza.

³⁹ Si vedano, in proposito, le specificità dettate in materia penalistica ai sensi dell'art. 727 c.p. Cfr. Tar Abruzzo, Pescara, 24 aprile 2009, n. 321.

⁴⁰ Tar Toscana, sez. I, del 26 maggio 2008, n. 1536.

⁴¹ Tar Puglia, Lecce, sez. I, 7 febbraio 2014, n. 358.

riguarda l'attività circense e consequenzialmente eventuali maltrattamenti sugli animali.

Tuttavia, da siffatte considerazioni non può farsi derivare una spettanza, in capo ai Comuni, di fissare in via preventiva e generalizzata il divieto assoluto di uso degli animali in spettacoli. Infatti, non esiste disposizione alcuna di rango legislativo primario dalla quale fare discendere un potere di tal fatta. Esso, *a contrario*, risulta in palese contrasto con la legge 18 marzo 1968, n. 337 e con gli altri principi generali dell'ordinamento, così come descritti in precedenza.

4. *Nuovi spunti di riflessione per la tutela dell'identità culturale del "circo" alla luce del benessere degli animali*

La presente trattazione delinea un quadro positivo ben preciso, in ordine alle problematiche che maggiormente attanagliano quel settore dell'ordinamento che ha riguardo alla tutela degli animali *artisti* presenti ed operanti nel mondo del circo.

La prospettiva sottesa a siffatta riflessione, infatti, smitizzando le generalizzazioni utilizzate con finalità divulgative, intende riportare l'attenzione sull'esistenza di un valore culturale, insito nell'attività circense, che impone all'ordinamento di vagliare con molta attenzione gli eventuali interventi volti ad intaccare le modalità di svolgimento di siffatto fenomeno spettacolare.

Specie in ragione della funzione sociale che detto spettacolo esercita ed in ragione della quale lo Stato – con la legge 18 marzo 1968, n. 337 – si è impegnato a sostenerne il consolidamento e lo sviluppo.

A riprova di ciò, si pone l'attenzione rivolta sulla tutela del patrimonio culturale sotteso alla tradizione circense, nell'ambito dell'ordinamento multilivello⁴², nonché degli orientamenti della giurisprudenza che si sono affermati nel corso degli ultimi anni in connessione con l'avanzare della questione inerente al benessere degli animali.

Sicché, come ribadito dal giudice amministrativo, «nessuna attività che preveda l'impiego di animali è in sé “buona” o “cattiva”, la differenza essendo legata al rispetto che l'esercente l'attività ha per l'animale, per cui l'unica via per tutelare gli animali è imporre una serie di obblighi e divieti funzionali a tutelare la loro salute e il loro benessere e controllare il rispetto di tali prescrizioni»⁴³.

Così, venendo ad una recente proposta normativa in materia, che rischia di incidere – in maniera negativa – su detto settore dello spettacolo dal vivo, non può non considerarsi il testo della legge 22 novembre 2017, n. 175 recante “Disposizioni in materia di spettacolo e deleghe al Governo per il riordino della

⁴² In proposito, si rammenti la Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 ottobre 2005.

⁴³ Tar Marche, Ancona, sez. I, 5 aprile 2013, n. 283.

materia", che, nell'intento di concepire un "Codice dello spettacolo", si occupa di circo con pochi riferimenti, tra i quali appare quello relativo agli animali.

In particolare, il riferimento va alla lett. *h*) del comma 4 dell'art. 2, della prefata norma, che così recita: «Revisione delle disposizioni nei settori delle attività circensi e degli spettacoli viaggianti, specificamente finalizzata al graduale superamento dell'utilizzo degli animali nello svolgimento delle stesse».

Si tratta, di un intervento che, in ragione delle considerazioni esposte in precedenza, si profila irragionevole e si accompagna ad un atteggiamento silente in relazione alle reali problematiche di detto settore culturale e degli animali che in esso sono presenti.

Il legislatore, dunque, non solo ha relegato il circo in pochi richiami, nel quadro di un *corpus* generale sullo spettacolo, ma al contempo ha tracciato un *de profundis* in relazione ad un valore culturale che risulta pertanto snaturato. Nonostante non siano ancora stati adottati i decreti attuativi

In senso contrario rispetto alle tendenze palesate dal legislatore interno ed in applicazione del principio generale di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), appare opportuno segnalare l'apporto costruttivo dell'associazione di categoria (l'Ente Nazionale Circhi), che nel 2013 ha adottato e recepito per tutti gli iscritti un "Regolamento per l'educazione e l'esibizione di animali nei circhi".

Un atto che rappresenta il frutto del lavoro di un'équipe tecnica formata da veterinari, etologi ed esperti del benessere animale, attraverso il quale l'ente «ha inteso dotare i propri associati di uno strumento qualificante, che li distingue e responsabilizzi, che ne certifichi lo standard nel lavoro e nella presentazione degli animali – il cui benessere è obiettivo precipuo di tale regolamento – anche nei rapporti con la Pubblica Amministrazione»⁴⁴.

Pertanto, dinanzi alla necessità di evitare il dilagare di effetti distorsivi scaturenti da scelte legislative avventate, nonché il rischio di abbandonarsi a stereotipi privi di fondamento⁴⁵, a danno dei codici culturali propri dell'arte circense, appare auspicabile che gli interventi normativi di settore tengano in debita considerazione, sullo sfondo del benessere degli animali, altresì le istanze provenienti dalle sedi sovranazionali che tendono ad ascrivere in modo inequivocabile il circo tradizionale nel novero del bagaglio culturale europeo.

⁴⁴ Cfr. il Regolamento a p. 3.

⁴⁵ Si pensi alle vicende che hanno riguardato il complesso statunitense *Ringling Bros. and Barnum & Bailey Circus* che, a seguito di una controversia giudiziaria durata quasi dieci anni, ha visto riconoscersi dal Tribunale Federale di Washington l'assoluzione rispetto ad un processo per maltrattamento degli elefanti avviato da gruppi animalisti, in ragione dell'utilizzo di materiale probatorio risultato non veritiero.

Abstract

Reflections on protection of the cultural identity of the circus
in the light of the animal welfare

by Domenico Siclari

This paper analyzes the contribution of the multi-level system for the protection of animals. In realizing a condition of well-being for animals, one focuses, especially, on the contributions of European law, where it provides in the determination of this spectacular typology that belongs to the common cultural heritage. And in which the use of animals becomes an identifying element of the same and therefore to be protected.

Parole chiave: Tutela giuridica degli animali, benessere degli animali, profili europei

Keywords: Legal protection of animals, animal welfare, European profiles

L'uso degli strumenti elettronici specifici (*building information modeling*) nei contratti pubblici¹

di Marco Tiberii

SOMMARIO: 1. La modernizzazione degli appalti nel mercato unico europeo. – 1.1. Il mercato degli appalti in Italia. – 1.2. La disciplina comunitaria. – 1.3. Il rapporto tra tecnica e diritto. – 1.4. Le regole giuridiche che conformano gli strumenti elettronici. – 1.5. La disciplina interna e l'uso di strumenti elettronici specifici. – 1.6. Il quadro degli altri strumenti telematici negli appalti. – 2. I presupposti preliminari per l'uso degli strumenti elettronici specifici. – 2.1. L'uso obbligatorio. – 2.2. L'uso facoltativo. – 2.3. Le conseguenze giuridiche del mancato impiego. – 3. L'applicazione degli strumenti elettronici specifici nell'ambito dei contratti di opere pubbliche. – 3.1. L'inammissibilità dell'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione delle opere. – 3.2. Segue. Le eccezioni alla regola della separazione della progettazione esecutiva dall'esecuzione delle opere pubbliche. – 3.3. L'uso degli strumenti elettronici specifici nella fase della progettazione. – 3.4. L'uso disgiunto degli strumenti elettronici specifici e l'ipotesi dell'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione delle opere ad alto contenuto tecnologico. – 3.5. L'applicabilità degli strumenti elettronici specifici negli appalti pubblici di servizi. – 3.6. L'applicabilità degli strumenti elettronici specifici nelle concessioni. – 4. Conclusioni.

1. *La modernizzazione degli appalti nel mercato unico europeo*

Con le direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente nei settori ordinari ed in quelli esclusi dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali², si è dato nuovo impulso al processo, in corso già da tempo a livello comunitario, di modernizzazione degli appalti pubblici³.

¹ Quest'articolo sviluppa i contenuti della relazione tenuta al Convegno sulla "Progettazione Automatizzata e la semplificazione nei lavori pubblici", a Napoli il 25 febbraio 2019, presso la Regione Campania, Centro Direzionale Torre C3-Sala Auditorium.

² Sul tema si cfr. C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Torino, 2014; G. D. COMPORIT, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, *Federalismi.it*, n. 6, 2015; M. COZZIO, *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*, in M. CAFAGNO, A. BOITTO, G. FIDONE- G. BOTTINO (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, 119; C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015; C. CONTESSA, D. CROCCO, *Appalti e concessioni. Le nuove direttive europee*, Roma, 2015; *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce delle nuove Direttive europee del d.l. 90 del 2014*, a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, 2014.

³ Sull'esame della previgente disciplina comunitaria si cfr. L. FIORENTINO e C. LACAVA, *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Milano, 2004; GIURDANELLA e G. CAUDULLO, *La Direttiva unica Appalti, Guida alla Direttiva 2004/18 in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi*, Napoli, 2004; nonché sull'argomento cfr. anche D. SPINELLI, F. PETULLÀ, M.A. PORTALURI e F. COLAGIACOMI, *Guida alle nuove direttive appalti, Analisi e commento delle disposizioni comunitarie relative al coordinamento*

In tale direzione, infatti, si è considerato che l'uso della "tecnologia" negli appalti rappresenta uno strumento fondamentale per rilanciare lo sviluppo economico e per favorire la concorrenza⁴, soprattutto delle PMI, nel mercato unico europeo⁵.

Si tratta del resto di un ambito economico fondamentale, atteso che, secondo alcune stime⁶, il settore europeo delle costruzioni rappresenta il 9% del PIL dell'Unione Europea, coinvolgendo 3 milioni di imprese ed offrendo lavoro a circa 18 milioni di persone.

1.1. *Il mercato degli appalti in Italia*

Nel 2017 in Italia questo mercato ha raggiunto, nei contratti di importo superiore ai 40.000 euro nei settori ordinari e speciali, un valore complessivo pari a circa 139 miliardi di euro.

Si è registrato un *trend* positivo nel settore con un aumento percentuale rispetto all'anno precedente del 36,2%, frutto di un'espansione del 64% dei contratti di forniture (pari a circa 38,9 miliardi di euro), del 26,2% dei contratti di servizi (pari a circa 59,4 miliardi di euro), soltanto del 12,5% dei contratti di lavori pubblici (pari a circa 27,1 miliardi di euro), che risultano comunque in contrazione del 16,1% rispetto al massimo registratosi nel 2014⁷.

1.2. *La disciplina comunitaria*

Il legislatore comunitario considera la ricerca e l'innovazione: «uno dei principali motori della crescita futura», posti al «centro della strategia Europa 2020

delle procedure di aggiudicazione di lavori, di forniture e di servizi, Milano, 2004; F. DALLARI, *Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di servizi e di lavori COM (2000) 275 def. 2000/0115 (COD)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 5, 2003, 1335.

⁴ Sul tema si cfr. M. CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Concorrenza e mercato*, fasc.1-2015, p. 197.

⁵ Sulla risposta delle Istituzioni europee alla crisi economica, R. PEREZ, *La crisi del debito pubblico*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, fasc. 3, 2016, 669; come sottolineato da A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 5/2015, 1127: «lo stesso approccio dei giuristi è timidamente ma progressivamente cambiato, con l'abbandono di una prospettiva che tende a descrivere diritto ed economia come due mondi che non comunicano e non intendono comunicare»

⁶ Questi dati sono indicati in AA.VV., *Handbook for the introduction of BIM by European Public Sector Community*, La Commissione Europea ha richiesto la formazione dell'UE BIM Task Group, cui hanno partecipato ben 21 paesi tra quali anche l'Italia, ed il lavoro di questo gruppo di esperti ha consentito la redazione di un Manuale per l'introduzione del BIM da parte della domanda pubblica in Europa, www.eubim.eu, 2017, 57.

⁷ Si cfr. in merito il *Report Anac 2018*, Capitolo n. 7, *Il Mercato dei Contratti Pubblici*, www.anti-corruzione.it, 2018, 126.

per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione» (così nel considerando n. 49)⁸.

Tale idea si fonda sul convincimento che i “*mezzi elettronici di informazione e comunicazione*” incidano positivamente sulla semplificazione delle procedure di appalto, aumentandone l'efficacia e la trasparenza. Pertanto, favorendo la partecipazione alle gare di un maggior numero di concorrenti, tali mezzi dovrebbero in futuro diventare obbligatori «*in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte*»⁹.

1.3. Il rapporto tra tecnica e diritto

Il tema dell'evoluzione della tecnologia elettronica applicata al settore degli appalti pubblici riveste, dunque, agli occhi del giurista un grande interesse, perché rappresenta un'occasione per riconsiderare, nell'ambito di un dibattito di più ampio respiro, i rapporti che intercorrono tra le scienze tecniche e quelle giuridiche.

Questo, infatti, è uno di quei casi in cui il progresso anticipa di gran lunga il fenomeno della regolazione giuridica, imponendo le innovazioni tecnologiche, come il passaggio ad es. dai dati geometrico-dimensionali a quelli alfanumerici ed algoritmici nel settore delle opere pubbliche¹⁰, ossia il superamento della model-

⁸ Si tratta di un modello di crescita economica che deve essere “*intelligente, sostenibile e inclusiva*”, in conformità al modello previsto dall'art. 3 del Trattato che prevede un “*economia sociale di mercato*”, come richiesto dalla Commissione nella Comunicazione del 3 marzo 2010. Le scelte in materia di appalti possono, infatti, rivestire un ruolo fondamentale per le libertà di mercato e la giustizia sociale. Sul tema della rilevanza sociale degli appalti si cfr. S. MONTALDO, *La dimensione sociale degli appalti pubblici, nel diritto dell'UE*, *Polit. Soc.*, 2015, p. 347; nonché J. ARNOULD, *Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2004, 187; C. VIVIANI, *Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement*, *Urbanistica e appalti*, 2016, 993; F. SCHIZZEROTTO, *I principali provvedimenti europei ed italiani in materia di Green Public Procurement*, *Riv. giur. ambiente*, 2004, 967; R. CARANTA, *Trybus, The Law of Green and Social Procurement in Europe*, Copenhagen, 2010.

⁹ Così recita il considerando n. 52 della direttiva 2014/18/UE, che sul punto precisa che: «Gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici che lo desiderino dovrebbero mantenere la facoltà di introdurre misure più avanzate. Occorre altresì precisare che il ricorso obbligatorio a mezzi di comunicazione elettronici ai sensi della presente direttiva non dovrebbe tuttavia obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a effettuare il trattamento elettronico delle offerte, né a procedere alla valutazione elettronica o al trattamento automatizzato. Inoltre, ai sensi della presente direttiva, l'obbligo di ricorrere a mezzi di comunicazione elettronici non dovrebbe riguardare alcun elemento della procedura di appalto pubblico dopo l'aggiudicazione dell'appalto né la comunicazione interna nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice».

¹⁰ Come meglio s'illustrerà in seguito, infatti, la metodologia cd. BIM (*Bulding information modeling*) si basa proprio sul passaggio considerato epifanico dai dati geometrico-dimensionali a

lazione tridimensionale in favore di una modellazione tridimensionale parametrica¹¹, importanti sfide agli altri settori scientifici, sollevando nuovi e molteplici interrogativi ai quali il diritto è, suo malgrado, chiamato a dare una risposta.

Si tratta, dunque, di un settore privilegiato nel quale si ha la netta sensazione che nel rapporto tra diritto e tecnica: «il problema non sia più di successo, non più del prevalere storico dell'una o dell'altra forza, ma di un rovesciamento logico...Lo sviluppo della tecnica assurge da materia regolata a principio regolatore, si trasmuta da oggetto in soggetto di normazione. Non c'è più luogo a distinguere tra regola e regolato: abbiamo dinanzi l'onnipotente unità del dispiegamento tecnologico»¹².

1.4. *Le regole giuridiche che conformano gli strumenti elettronici*

La visione “*strategica*” degli appalti, come strumento cardine per rilanciare la crescita e la concorrenza del mercato europeo, impone, ai sensi dell'art. 22 comma 1, di usare mezzi di comunicazione elettronici che siano¹³:

quelli alfanumerici ed algoritmici, così in R. PICARO, *Il building information modeling. Referente di obblighi e responsabilità*, Napoli, 2019, 3.

¹¹ Si cfr. A. BERTELLA, M. CAPUTI, A. ROTA, A. VERSOLATO, *BIM (Building Information Modeling)*, Palermo, 2018, 32, dove si afferma che: «la vera evoluzione di questi strumenti è stata quella di aver adottato tecniche di modellazione per oggetti parametrici. Questi software si sono arricchiti di funzionalità che consentono di parametrizzare la realizzazione di oggetti base, appartenenti a categorie tipologiche precise, come ad esempio muri, aperture, pilastri, travi, impianti, ecc., e renderli mutuamente dipendenti attraverso la correlazione delle loro rispettive caratteristiche fisiche, matematiche e geometriche. Ancor di più, l'evoluzione della modellazione attraverso questi oggetti ha superato il paradigma della rappresentazione per approdare a quello della virtualizzazione di un organismo edilizio».

¹² Così N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica, Atto Secondo*, Bari, 2001, 51. L'Autore sul punto riporta la tesi già elaborata da E. SEVERINO, *Il Declino del capitalismo, 1993 e Il destino della tecnica, 1998*, laddove si afferma che la tecnica da strumento del capitalismo ne è diventata lo scopo «capitalismo solo in apparenza, mentre in realtà è tecnocrazia, e cioè l'agire che si propone come scopo l'incremento indefinito della capacità di realizzare scopi, oltrepassando così la volontà ideologica di realizzare un certo mondo invece di un altro». Tema ripreso da quest'ultimo autore in *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., 2001, 23. F. CINTOLI, *Tecnica e processo amministrativo, Dir. proc. amm.*, 4, 2004, 983 e ss., secondo cui «la pervasività della tecnica ha prodotto due effetti concorrenti: a) fa sì che i casi staticamente ascrivibili all'ambito della discrezionalità tecnica siano aumentati in modo impressionante rispetto a quelli ascrivibili alla discrezionalità pura; b) fa sì che la linea di discriminare tra opinabilità (prerogativa della discrezionalità tecnica) ed opportunità (prerogativa del merito) divenga sempre più impalpabile». L'autore sul punto aggiunge che: «il diritto e la tecnica appaiono sempre più avvinti in una dimensione unitaria sia in termini generali, sia con maggiore evidenza, quando viene in gioco l'attività amministrativa».

¹³ Si cfr. in merito il testo del Considerando n. 52 della Direttiva suindicata, che sul punto precisa che: «non è opportuno prevedere l'obbligo di ricorrere a strumenti elettronici in tutte le fasi della procedura d'appalto pubblico se esso richiede strumenti specializzati o formati di file non comunemente disponibili e se le comunicazioni in questione possono essere trattate solo ricorren-

- a) privi di carattere discriminatorio;
- b) comunemente disponibili¹⁴;
- c) compatibili con i prodotti ITC (*Information and Communications Technology*) generalmente in uso;
- d) non di ostacolo per la partecipazione delle imprese alla procedura di aggiudicazione¹⁵.

do ad attrezzature specializzate per ufficio. In determinati casi, che dovrebbero essere elencati in modo esaustivo, non è pertanto opportuno obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a richiedere l'uso di mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione. La presente direttiva prevede che in questi casi rientrino situazioni in cui è richiesto l'uso di attrezzature specializzate per ufficio non generalmente disponibili per le amministrazioni aggiudicatrici quali stampanti di grande formato. In determinate procedure d'appalto i documenti di gara potrebbero richiedere la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere presentato alle amministrazioni aggiudicatrici per mezzo di strumenti elettronici».

¹⁴ Si cfr. V. SESSA, *Riforma degli appalti e Building Information Modeling*, *Giustamm.it Riv. dir. amm.* n. 2-201, 40, secondo cui il concetto di “disponibilità” deve essere ricompreso «tra le Regole applicabili alle comunicazioni di cui all'art. 22, paragrafo 1, primo comma, secondo periodo, ove si afferma che “gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione”. Il legislatore comunitario sembra dunque essersi interrogato sull'eventualità che l'impiego di tecnologie altamente specialistiche determini una violazione di tre dei principi summenzionati, vale a dire i principi di parità, di non discriminazione e di concorrenza, che concernono tutti le possibilità di accesso delle imprese alle procedure di aggiudicazione. In teoria, infatti, quanto più la strumentazione impiegata diventa sofisticata, tanto più gli operatori economici potrebbero trovarsi in difficoltà nel farvi ricorso e potrebbe determinarsi una violazione dei principi summenzionati, i quali esigono che non siano creati ostacoli ingiustificati alla partecipazione degli operatori economici alle gare».

¹⁵ Si cfr. V. SESSA, *Riforma degli appalti*, cit., 40, la quale evidenzia che: «tale disposizione è collocata tra le Disposizioni generali delle due Direttive, rispettivamente ai Capi II e IV, i quali si aprono con gli artt. 18 e 36, dedicati ai Principi per l'aggiudicazione degli appalti, si trova conferma della valenza generale della previsione. Al contempo, detta collocazione aiuta anche a comprendere la *ratio* principale degli artt. 22 e 40, vale a dire la volontà del legislatore comunitario di dettare i criteri di applicazione della suddetta regola, consistenti nel necessario rispetto dei principi di parità, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e concorrenza... Il paragrafo 4 degli artt. 22 e 40 delle due Direttive deve dunque essere letto alla luce dei predetti principi. Ed infatti, con questa disposizione il legislatore comunitario si preoccupa di tracciare dei limiti per “l'uso di strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi”, in modo da assicurare che esso sia compatibile con i principi generali. Sotto tale profilo occorre considerare, in particolare, che nei casi in cui è previsto l'uso di strumenti elettronici specifici, e nei limiti in cui il loro impiego non sia diffuso, il secondo periodo della norma prevede che le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori “offrono modalità alternative di accesso, come previsto al paragrafo 5, fino al momento in cui tali strumenti divengono generalmente disponibili ai sensi del paragrafo 1, primo comma, secondo periodo”.

Tale necessità di compensare la possibilità di ricorso a strumentazione in genere non disponibile con modalità alternative di accesso cessa allorquando la diffusione degli strumenti o dei dispositivi sia diventata tale che il loro impiego non costituisca un'alterazione della libera concorrenza nel mercato».

Ne deriva, dunque, che il ricorso a tali strumenti può essere evitato quando per la natura specialistica dell'appalto occorre impiegare formati di file:

- a1) che «non sono disponibili»;
- b1) che «non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti»;
- c1) che «sono protetti da licenza di proprietà esclusiva»;
- d1) oppure laddove i «documenti di gara richiedono un modello fisico» ecc.

(art. 22 co. 1).

Inoltre, il *favor* per l'uso dei mezzi elettronici non può compromettere l'esigenza di salvaguardare la protezione delle informazioni considerate sensibili e la sicurezza dei dati, pertanto in questi casi è lecito autorizzare le stazioni appaltanti ad utilizzare i tradizionali strumenti alternativi¹⁶.

1.5. *La disciplina interna e l'uso di strumenti elettronici specifici*

Il recente codice degli appalti¹⁷ ha, pertanto, dato attuazione all'impulso proveniente dal diritto comunitario, prevedendo all'art. 23, comma 13, che le stazioni appaltanti possano richiedere per l'espletamento dell'attività di progettazione e delle connesse verifiche «l'uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture».

La disposizione suindicata recepisce con qualche lieve modifica l'indicazione ricevuta dalla normativa comunitaria, la quale prevedeva, infatti, che: «per gli appalti pubblici di lavori e i concorsi di progettazione, gli Stati membri possono richiedere l'uso di strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi»¹⁸.

Tutti gli operatori hanno concordato sul fatto che nella categoria degli «strumenti elettronici specifici» sono ricomprese le tecnologie del *Building Information Modeling (BIM)*¹⁹.

¹⁶ In merito il considerando n. 54 della direttiva in esame precisa che: «qualora l'uso di strumenti elettronici non comunemente disponibili potesse offrire il necessario livello di protezione, tali strumenti dovrebbero essere utilizzati. Tale caso potrebbe ad esempio verificarsi quando le amministrazioni aggiudicatrici richiedono l'uso di appositi mezzi di comunicazione sicuri ai quali esse offrono accesso».

¹⁷ Sul codice approvato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 si cfr. M. LASALVIA, *Commentario al nuovo codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*, Roma, 2016; L. FIORENTINO, *Il nuovo codice degli appalti pubblici un'occasione per modernizzare il sistema*, *Gior. dir. amm.*, n.4/2016, 425; nonché M. P. CHITTI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, *Gior. dir. amm.*, n. 4/2016, 436.

¹⁸ Così dispongono da una parte l'art. 22, paragrafo 4, della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e, dall'altra, l'art. 40, paragrafo 4 della Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.

¹⁹ C. EASTMAN, P. TEICHOLZ, R. SACKS AND K. LISTON, *Bim handbook: a guide to building information modeling for owners, managers, designers, engineers and contractors*, London, 2011, traduzione it. a cura di G. M. DI GIUDA e V. VILLA, *Il BIM. Guida completa al Building Information Modeling per committenti, architetti, ingegneri, gestori immobiliari e imprese*, Milano, 2016, 220.

Si tratta di una tecnologia digitale rivoluzionaria, la quale consente di modellare e gestire le informazioni relative agli edifici e le infrastrutture, al fine di ridurre notevolmente i margini di errore²⁰ nella progettazione e nell'esecuzione, nonché i rischi di dilatazione dei tempi e dei costi di realizzazione dei lavori²¹.

Tale possibilità viene concessa con riferimento non soltanto alla realizzazione di “nuove opere”, ma anche «per interventi di recupero, riqualificazione o varianti», con precedenza per i lavori cd. complessi²².

La norma citata rinvia ad un successivo decreto ministeriale il difficile compito di stabilire le forme ed i tempi entro i quali rendere “obbligatorio” il ricorso agli strumenti elettronici in relazione alla tipologia delle opere da affidare²³.

Si dovrà naturalmente comprendere quali problemi ponga l'applicazione di queste nuove tecnologie nell'ambito della disciplina giuridica degli appalti pubblici.

1.6. *Il quadro degli altri strumenti telematici negli appalti*

La scelta di rendere obbligatorio l'uso di tali tecnologie negli appalti appare in linea con le indicazioni provenienti dalla disciplina comunitaria ed è affiancata dall'introduzione nel codice dei contratti pubblici di numerosi altri strumenti di carattere telematico.

In tal senso, basti in questa sede ricordare:

²⁰ Si tratta di una metodologia ispirata al *Lean Thinking* (trad. Pensare Snello) ovvero una strategia operativa emersa nel mondo *automotive*, ma oggi sviluppata in tutti i settori e ambiti diversi per aumentare l'efficienza ed eliminare gli sprechi. È una strategia operativa perché coniuga le teorie organizzative con l'approccio pratico sul lavoro umano, sul tema si cfr. B. DAVE, L. KOSKELA, A. KEVINIEMI, P. TZORTZOPOULOS, R. OWEN, *Implementing Lean in construction. Lean construction and BIM*, London, 2013.

²¹ Sul tema si cfr. R. PICARO, *La modellazione informativa per l'edilizia e le infrastrutture*, *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 2018, 393, secondo il quale: «La pubblicazione in G.U. del decreto 1 dicembre 2017 n. 560, approvato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in attuazione dell'art. 23, co. 13, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (Codice dei contratti pubblici), rappresenta l'occasione per realizzare una prima analisi di uno strumento operativo, diretta derivazione del mondo digitale, che condizionerà lo sviluppo futuro del comparto dell'edilizia e delle infrastrutture, con l'obiettivo di recuperare in termini di produttività, di mitigazione del rischio di insuccesso dell'investimento ma anche, in una riflessione che con amarezza rivolge il proprio sguardo attonito a recenti tragedie che hanno lacerato destini di persone e famiglie, di salvaguardare la sicurezza e l'incolumità di vite umane».

²² L'art. 23, citato al comma 13, evidenzia anche che: «tali strumenti utilizzano piattaforme interoperabili a mezzo di formati aperti non proprietari, al fine di non limitare la concorrenza tra i fornitori di tecnologie e il coinvolgimento di specifiche progettualità tra i progettisti. L'uso dei metodi e strumenti elettronici può essere richiesto soltanto dalle stazioni appaltanti dotate di personale adeguatamente formato».

²³ La norma in commento dichiara che: «L'utilizzo di tali metodologie costituisce parametro di valutazione dei requisiti premianti di cui all'articolo 38».

a) l'obbligo delle comunicazioni elettroniche, dettato dall'art. 52 del c.c.p., secondo cui: «nei settori ordinari e speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronica»;

b) l'impiego facoltativo (è possibile dice la norma) per acquisti di “uso corrente” di “un sistema dinamico di acquisizione” ovvero di “un procedimento interamente elettronico” (previsto dall'art. 55 del c.c.p.)²⁴;

c) la possibilità di ricorrere ad un'aggiudicazione «preceduta da un'asta elettronica, quando il contenuto dei documenti di gara, in particolare le specifiche tecniche, può essere fissato in maniera precisa»²⁵, ai sensi dell'art. 56 del c.c.p.;

d) la facoltà per le stazioni appaltanti di richiedere che le offerte «siano presentate sotto forma di catalogo elettronico», ex art. 57 c.c.p.;

e) la discrezionalità di adottare procedimenti di gara «interamente gestiti con sistemi telematici»²⁶ ex art. 58 c.c.p. intitolato “Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione”.

Il quadro delle misure sopra ricostruito dimostra, ancora una volta, come la materia degli appalti pubblici rappresenti il luogo di elezione dove sperimentare ed attuare le più importanti trasformazioni ed innovazioni della pubblica amministrazione.

2. I presupposti preliminari per l'uso degli strumenti elettronici specifici

In via preliminare occorre domandarsi quali siano i presupposti per l'applicazione degli strumenti in esame, nonché delinearne successivamente l'ambito di applicazione.

Il decreto ministeriale 1 dicembre 2017 n. 560²⁷, approvato dal Ministero

²⁴ S. CRESTA, *Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, *Urb. e app.* 8-9/2016, p. 981; *Pubblicità delle procedure telematiche e sindacato sulle valutazioni della commissione di gara*, *Consiglio di Stato*, *Sez.* III, 25 novembre 2016, n. 4990, Commento di A. LONGO e E. CANZONIERI, *Urb. e app.*, n. 3/2017, 397.

²⁵ Sul tema si cfr. A. MASUCCI, *Le aste elettroniche e la modernizzazione delle procedure di aggiudicazione*, *Gior. dir. amm.*, 2013, 317; D. MARONGIU, *Le aste elettroniche nel sistema dell'e-procurement italiano: evoluzione della disciplina e problematiche aperte*, *Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado*, <http://revista.jacobe.edu.mx>, n. 2, junio 2012, 1-20; nonché C. LENOCI, *La simbiosi tra aste elettroniche e procedure telematiche*, *Consiglio di stato*, *Sez.* V, 5 dicembre 2014, n. 6017, in *Urb. e app.*, n. 3/2015, 298.

²⁶ Sul tema si cfr. E. ZIMEI, *La gara telematica e le anomalie del sistema informatico*, *For. Amm. Tar.* 2016, 377.

²⁷ Sul quadro della disciplina normativa con riferimento anche al D.M. n. 560 del 2017 si cfr. A. BERTELLA-M. CAPUTI-A. ROTA-A. VERSOLATO, *BIM Building Information Modeling*, cit., secondo i quali, 89: «l'art. 3 ha come destinatari le stazioni appaltanti e stabilisce le condizioni che devono sussistere affinché le stesse possano legittimamente utilizzare i metodi e gli strumenti di cui all'art. 23, comma 13, di cui al codice dei contratti pubblici». In particolare gli autori segnalano

delle Infrastrutture e dei Trasporti in attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, ha subordinato l'impiego dei metodi e degli strumenti elettronici specifici di cui all'art. 23, co. 1, del c.c.p. al rispetto da parte delle stazioni appaltanti di alcuni "Adempimenti preliminari", considerati di fondamentale importanza o meglio imprescindibili, che corrispondono ai seguenti tre aspetti:

- a) l'adozione di un piano di formazione del personale, al fine di garantire l'acquisizione delle competenze tecniche necessarie per l'impiego di tali mezzi, con particolare riferimento alla modellazione per l'edilizia e le infrastrutture;
- b) l'adozione di un piano di acquisizione e manutenzione degli strumenti hardware e software, idonei alla gestione digitale delle diverse fasi dell'opera;
- c) l'adozione di un atto organizzativo, che regolamenti le procedure di controllo e gestione, nonché il trattamento dei dati ed i potenziali conflitti (cfr. l'art. 3).

Naturalmente l'adempimento di tali presupposti non è demandato alla scelta discrezionale delle stazioni appaltanti, come si desume dall'aver il decreto ministeriale imposto a tali enti di adeguarsi «entro e non oltre» i termini previsti dal successivo art. 6.

Del resto, l'assenza di un termine avrebbe comportato l'effetto paradossale di escludere di fatto l'obbligo dell'introduzione degli strumenti elettronici specifici, lasciando agli enti la possibilità di fuggire dall'applicazione delle nuove tecnologie, semplicemente rifiutandosi di porre in essere gli adempimenti preliminari che risultano necessari.

2.1. L'uso obbligatorio

L'obbligo di impiego di questi strumenti è introdotto in maniera progressiva e per così dire a scalare. L'art. 6 prevede, infatti, la necessità di ricorrere a questi sistemi a partire dal 1 gennaio 2019 per i «lavori complessi relativi a opere di importo a base di gara pari o superiore a 100 milioni di euro», per l'anno 2020 l'obbligo riguarda «lavori complessi di importo pari o superiore ai 50 milioni di euro», per l'anno 2021 «lavori complessi di importo pari o superiore ai 15 milioni di euro».

Con decorrenza dall'anno 2022, invece, scomparirà il carattere della complessità dei lavori e risulterà sufficiente che le opere risultino «di importo pari o supe-

che ai sensi dell'art. 31, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016: «la stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una struttura stabile a supporto dei RUP, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture».

riore alla soglia di cui all'art. 35 del c.c.p.», mentre dal successivo anno 2023 l'importo della gara dovrà essere pari o superiore ad “un milione di euro”.

Infine, dall'anno 2025 lo strumento diventerà obbligatorio anche nei confronti delle gare di importo inferiore ad un milione di euro ovvero nei confronti di tutte le procedure.

In merito, se da un lato nessun dubbio interpretativo offre l'individuazione del tetto economico, dall'altro appare, invece, di difficile applicazione il presupposto del carattere “*complesso dei lavori*” con cui si dovranno confrontare tutti gli operatori nei primi anni di attuazione della disciplina, atteso che tale presupposto, come si è già evidenziato, scomparirà soltanto a partire dal 2022.

Invero, si tratta di una nozione già utilizzata nella disciplina degli appalti pubblici, l'art. 3 del c.c.p., comma 1 lett. oo), prevede infatti che rientrano in tale categoria: «*i lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali*».

Tuttavia, il quadro è stato complicato dall'art. 2 del d.m. n. 560 del 1/12/2017, che ha sovrapposto alla formulazione sopra riportata una nuova definizione, la quale ricomprende nella categoria suddetta i «*lavori caratterizzati da elevato contenuto tecnologico o da una significativa interconnessione degli aspetti architettonici, strutturali e tecnologici, ovvero da rilevanti difficoltà realizzative dal punto di vista impiantistico e tecnologico ed in ogni caso tutti quei lavori per i quali si richieda un elevato livello di conoscenza finalizzata principalmente a mitigare il rischio di allungamento dei tempi contrattuali o il superamento dei costi previsti, oltre che alla tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori coinvolti, rendendo disponibili informazioni attendibili ed utili anche per la fase di esercizio ed in generale per l'intero ciclo di vita dell'opera. Rientrano tra i lavori complessi, altresì, quelli determinati da esigenze particolarmente accentuate di coordinamento e di collaborazione tra discipline eterogenee, la cui integrazione in termini collaborativi è ritenuta fondamentale*».

Quest'ultima disposizione pone, dunque, al centro della nozione l'elevato carattere “*tecnologico*” della prestazione, nonché la forte “*interconnessione*” dei diversi aspetti “*architettonici, strutturali e tecnologici*”, con l'esigenza consequenziale di “*coordinamento e di collaborazione tra discipline eterogenee*”, al fine di scongiurare il dilatamento dei tempi e dei costi, nonché tutelare la salute e la sicurezza dei lavoratori.

2.2. L'uso facoltativo

In ogni caso, l'utilizzo di strumenti elettronici specifici al di fuori dei casi in cui l'impiego è obbligatorio non dovrebbe rappresentare un problema ove la decisione rientri nell'ambito della previsione di cui all'art. 5 del d.m. n. 560/2017, secondo cui le stazioni appaltanti, in regola con gli adempimenti preliminari,

possono richiedere l'uso degli strumenti di cui all'art. 23, comma 1, lett. h) del c.c.p.

Quest'ultima disposizione, infatti, sembra consentire l'impiego "facoltativo" degli strumenti in esame, senza circoscriverne l'applicazione nei confronti delle opere che superino determinate soglie economiche.

In questo caso però, trattandosi di una scelta discrezionale, occorre che la decisione risulti adeguatamente motivata rispetto all'uso degli strumenti tradizionali, con particolare riferimento alle ragioni d'interesse pubblico che rendano preferibile l'uso delle tecnologie in esame.

In tal senso, le stazioni appaltanti potrebbero ritenere opportuno richiedere l'uso di questi strumenti quando, ad es., in presenza dei caratteri dell'interconnessione degli aspetti architettonici, strutturali, tecnologici e della eterogeneità delle discipline richieste, si ravvisi l'esigenza del coordinamento e della collaborazione dei soggetti coinvolti, pur in assenza di lavori il cui valore raggiunga le soglie economiche per le quali si renda obbligatorio il ricorso ai mezzi elettronici.

In questo caso, tuttavia, si ritiene preferibile che gli enti aggiudicatori non introducano tale richiesta come requisito di partecipazione alla gara²⁸, quanto piuttosto come elemento di valutazione della qualità dell'offerta²⁹, atteso che altrimenti tale requisito renderebbe di fatto obbligatorio il rispetto delle modalità elettroniche, che diventerebbero un elemento necessario per essere ammessi nelle procedure selettive.

²⁸ Si cfr. sul tema in generale dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto A. BARLETTA, *Gare d'appalto e verifica dei requisiti di partecipazione: brevi note a margine di un'interessante sentenza del Tar del Lazio*, *Foro amm.* – TAR, 2002, fasc. 3, 976; nonché M. LOTTINI, *Appalti comunitari: sulla ammissibilità di criteri di aggiudicazione non prettamente economici*, *Foro amm.* – CdS, 2002, 9, 1950.

²⁹ In tal senso, ad es. si cfr. la gara indetta dal Comune di Milano aggiudicata con determina dirigenziale n. 171 del 27.9.2016, per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva, nonché dell'esecuzione delle opere di demolizione, bonifica e ricostruzione dell'edificio scolastico elementare ubicato in Milano Via Brocchi n. 5. In questo caso, infatti, il bando alla pag. 28 prevedeva che: «un punteggio da 0 a 8, precisando nella descrizione: "Sarà valutata la capacità e l'impegno del concorrente a gestire il Progetto tramite il *Building Information Modeling*: 0% per progettazione tradizionale (CAD, 2D, senza impiego del BIM); 90% per l'utilizzo del BIM per le discipline strutturale, edile-architettonico, meccanico (riscaldamento, ventilazione, condizionamento aria, prevenzione incendi, idrico/sanitario), elettrico (terra, forza motrice, luce, LPS), ove il concorrente abbia popolato il database informativo con il grado di dettaglio richiesto dal DPR 207/2010 per il progetto definitivo; 100% per l'utilizzo come sopra ed ove il concorrente predisponga il modello BIM per la gestione dell'intero ciclo di vita (manutenzione)», così letteralmente in Tar Lombardia Milano, sez. I, 29.5.2017, n. 1210, www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto si cfr. anche A. BERTELLA- M. CAPUTI- A. ROTA- A. VERSOLATO, *BIM Building Information Modeling*, cit.; nonché il *Rapporto sulle gare BIM 2017*, secondo cui oltre il 90% dei bandi BIM hanno considerato l'impiego di questa tecnologia come requisito premiante, www.oive.it, 2017.

In generale sul tema della qualità delle offerte si cfr. L. GILI, *La nuova offerta economicamente più vantaggiosa e la discrezionalità amministrativa a più fasi*, *Urb. e app.*, n. 1/2017, 24.

In tal senso, depone l'art. 7, comma 4, secondo cui: «fino all'introduzione obbligatoria dei metodi e degli strumenti di cui all'art. 23, comma 13, lett. h), del codice dei contratti pubblici, secondo quanto previsto dall'art. 6, la prevalenza contrattuale dei contenuti informativi è definita dalla loro esplicitazione su supporto cartaceo in stretta coerenza, per quanto possibile, con il modello informativo elettronico per quanto concerne i contenuti geometrico dimensionali e alfa numerici. La documentazione di gara può, altresì, essere resa disponibile anche su supporto informatico, fermo restando che a tutti gli effetti è considerata valida la documentazione cartacea, integrata, ove necessario dalla documentazione digitale».

Del resto, si è evidenziato che anche la disciplina comunitaria prevede che nell'ipotesi in cui l'uso della tecnologia non risulti ancora “*generalmente disponibile*” occorre lasciare «*aperta ai potenziali concorrenti la possibilità di accedere alla procedura di aggiudicazione anche attraverso vie alternative*»³⁰.

2.3. *Le conseguenze giuridiche del mancato impiego*

Inoltre, in dottrina si è evidenziato che la normativa non prevede alcuna sanzione come conseguenza del mancato rispetto dell'obbligo d'introduzione degli strumenti elettronici specifici, limitandosi l'art. 23, comma 13, del c.c.p. a stabilire che l'uso di tali metodi rappresenta uno dei parametri da valutare positivamente, ai sensi dell'art. 38 del c.c.p., per la qualificazione delle stazioni appaltanti³¹.

³⁰ V. SESSA, *Riforma degli appalti*, cit., p. 40, l'autrice richiama sul punto le previsioni contenute: «nelle due disposizioni “gemelle”, da una parte l'art. 22, paragrafo 4, della Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e, dall'altra, l'art. 40, paragrafo 4 della Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali: il primo prevede infatti che “per gli appalti pubblici di lavori e i concorsi di progettazione, gli Stati membri possono richiedere l'uso di strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi. In tali casi, le amministrazioni aggiudicatrici offrono modalità alternative di accesso, come previsto al paragrafo 5, fino al momento in cui tali strumenti divengono generalmente disponibili ai sensi del paragrafo 1, primo comma, secondo periodo”».

³¹ La norma citata inserisce tale aspetto tra i requisiti cd. premianti:

«1) valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità;
2) presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara, certificati da organismi accreditati per lo specifico scopo ai sensi del regolamento CE 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio;
3) disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara;
4) livello di soccombenza nel contenzioso;
5) applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento».

La mancanza di una sanzione nei confronti della stazione appaltante, tuttavia, non implica l'assenza di gravi conseguenze giuridiche.

Nel caso, infatti, in cui s'indica una gara richiedendo l'uso di mezzi ordinari per una tipologia di opere per le quali il ricorso agli strumenti elettronici risulti obbligatorio, nulla esclude che uno dei concorrenti possa impugnare la procedura, chiedendone l'annullamento per violazione della disciplina ministeriale, che in alcune ipotesi impone l'impiego della tecnologia più avanzata.

Similmente, all'inverso, è ben possibile che l'indizione di una gara con la richiesta (non motivata) dell'impiego dei mezzi elettronici, sul falso presupposto dell'obbligatorietà dell'uso di tali strumenti, possa spingere un soggetto a contestare il bando.

Non si può, dunque, escludere il rischio che alcune importanti procedure di gara possano essere compromesse per l'erronea qualificazione della natura semplice o complessa delle opere da aggiudicare, tale che probabilmente sarebbe stato preferibile individuare con maggiore precisione i presupposti delle diverse modalità applicative (obbligatorie e/o facoltative) della norma, per discernere quando è necessario il ricorso a tali metodologie e quando, invece, non appare indispensabile.

In tal senso, ad es., si segnala la diversa scelta adottata nella materia del "dibattito pubblico"³² nel quale il d.p.c.m. del 10.5.2018 n. 76³³ ha elencato espressamente sia le tipologie di opere, sia le relative soglie dimensionali:

- a) autostrade e strade extraurbane superiori ai 15 KM;
- b) tronchi ferroviari superiori ai 30 km;
- c) aeroporti con piste superiori ai 1500 mt. di lunghezza;
- d) porti marittimi ecc.

3. *L'applicazione degli strumenti elettronici specifici nell'ambito dei contratti di opere pubbliche*

L'accento posto sulla nozione di «nuove opere, nonché interventi di riqualificazione o varianti»³⁴, previsto dall'art. 23, co. 13, del c.c.p., nonché il presupposto dei

³² Sull'istituto in oggetto cfr. M. IMMORDINO, *Trasparenza nella partecipazione di portatori d'interesse e dibattito pubblico*, in *Codice dei Contratti pubblici*, a cura di G.M. ESPOSITO, Torino, 2017, 191; L. BOBBIO, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Il caso dell'autostrada di Genova*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2010, 119; nonché più di recente V. MANZETTI, *Il dibattito pubblico nel nuovo codice dei contratti*, *Federalismi.it*, n. 5/2018, 1-34.

³³ Si cfr. D. ANSELMINI, *Lo stato di attuazione del dibattito pubblico in Italia dopo il correttivo al codice degli appalti: riflessioni sullo schema del D.P.C.M. recentemente proposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti*, *www.sipotra.it*, 2017, 7.

³⁴ Sulla nozione di opera cfr. L.V. MOSCARINI, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, vol I., diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICCOLIS, R. GAROFOLI, Milano, 2008, 84, dove l'autore afferma che: «l'opera come si è detto consiste nel trasformazione

“*lavori complessi*”, richiesto dall’art. 6 del d.m. n. 560/2017, potrebbero indurre a ritenere che l’introduzione obbligatoria progressiva riguardi soltanto gli appalti di opere pubbliche³⁵, lasciando fuori invece gli appalti pubblici di servizi.

In tal senso, si potrebbe evidenziare che anche la disciplina comunitaria prevede che gli Stati membri «possono richiedere l’uso di strumenti elettronici specifici, quali gli strumenti di simulazione elettronica per le informazioni edilizie o strumenti analoghi» con riferimento agli «appalti pubblici di lavori e i concorsi di progettazione»³⁶.

Gli appalti pubblici di servizi, del resto, non risultano ricompresi neppure nella disposizione che consente alle stazioni appaltanti di richiedere in via facoltativa (ex art. 5 del d.m. n. 560/2017) l’uso dei mezzi elettronici di cui all’art. 23, nella quale si ribadisce che tale possibilità riguarda «*le nuove opere, nonché per interventi di recupero, riqualificazioni e varianti*».

3.1. *L’inammissibilità dell’affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell’esecuzione delle opere*

Come noto nella categoria degli appalti pubblici di lavori, secondo la definizione contenuta nel codice attualmente vigente, rientrerebbero i contratti stipulati per «*l’esecuzione oppure la progettazione esecutiva e l’esecuzione di un’opera*» (cfr. art. 3 co. 1, lett. II)³⁷.

Tuttavia, il raggio di applicazione dell’istituto in esame andrebbe ulteriormente ridotto ove si consideri che, per quanto attiene alla progettazione, l’art. 23, co. 12, dispone che: «*la progettazione definitiva ed esecutiva sono preferibilmente svolte dallo stesso soggetto, onde garantite omogeneità e coerenza al procedimento*»³⁸ ed il successivo art. 59, co. 1, ha richiesto di indire la gara sulla base del “*progetto esecutivo*”³⁹, affer-

di cose materiali preesistenti, che possono appartenere in proprietà al committente, o anche allo stesso appaltatore, o ad entrambi...La distinzione tra appalto di costruzione e appalto di modificazione non è sempre pacifica. È dubbio se ricorra l’una o l’altra figura allorché l’appalto concerne la sopraelevazione di un edificio esistente, o magari un semplice ampliamento...Ma la non facilità del distinguo ha scarsa rilevanza, posto che la disciplina applicabile è sempre la stessa».

³⁵ Sulla nozione in generale di appalto pubblico comunitario si cfr. P. SANTORO, *Gli appalti pubblici: nozione comunitaria e tipologie negoziali*, *Foro amm.*, 1998, fasc. 4, 1282; sull’argomento in genere degli appalti di lavori pubblici si cfr. A. CARULLO e A. CLARIZIA, *La legge quadro in materia di lavori pubblici*, Padova, Cedam, 2004; nonché F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Le novità sul governo del territorio e sui lavori pubblici*, Milano, 2004.

³⁶ Così l’art. 22, comma 4, della direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici.

³⁷ Sulla nozione di appalto pubblico comunitario si cfr. P. SANTORO, *Gli appalti pubblici: nozione comunitaria e tipologie negoziali*, cit., p. 1282.

³⁸ La norma prosegue sul punto, prevedendo che: «In caso di motivate ragioni di affidamento disgiunto, il nuovo progettista deve accettare l’attività progettuale svolta in precedenza».

³⁹ Sul tema delle progettazioni si cfr. C. LINDA, A. LINGUTTI, *La progettazione*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. III, p. 2331; F.

mando il principio secondo cui: «É vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori...»⁴⁰.

Pertanto, le stazioni appaltanti non potrebbero procedere all'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione delle opere pubbliche⁴¹, richiedendo per entrambe l'impiego degli strumenti elettronici specifici.

Per effetto di tale scelta, dunque, lo spazio demandato all'introduzione dei metodi e dei mezzi elettronici di modellazione per l'edilizia, vista anche la difficoltà delle amministrazioni di procedere direttamente alla progettazione con le nuove tecnologie, sembrerebbe confinato nell'ambito della sola esecuzione delle opere, con la conseguente esclusione della fase della progettazione.

L'alternativa potrebbe essere quella di indire due gare una prima per la progettazione ed una seconda per l'esecuzione dei lavori, ma si tratterebbe anche in questo caso di una soluzione poco soddisfacente, perché come noto l'uso della tecnologia in esame è ispirata dall'esigenza del coordinamento e dell'interconnessione tra le diverse discipline eterogenee.

3.2. *Segue. Le eccezioni alla regola della separazione della progettazione esecutiva dall'esecuzione delle opere pubbliche*

Il postulato secondo il quale è sempre necessario separare la fase della progettazione esecutiva dalla fase dell'esecuzione delle opere pubbliche ha sollevato, dunque, numerose critiche.

Anche il legislatore, con il correttivo del 2017⁴², è ritornato su tale aspetto con l'art. 38, comma 1, lett. b) del d.lgs. n. 56/2017⁴³ che, modificando la pre-

SAITTA, *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, 2008; R. GAROFOLI, M.A. SANDULLI, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Milano, 2005; P.L. PORTALURI, *Pianificazione, programmazione e progettazione*, in *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di R. GAROFOLI, G. FERRARI, Roma, 2016; sul punto si è rilevato che il codice ha introdotto «la regola della ordinaria separazione tra affidamento della progettazione e affidamento dell'esecuzione, il divieto di utilizzo del criterio del prezzo più basso per affidare servizi di progettazione; le specifiche regole per la progettazione negli appalti relativi a beni culturali», così R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli contratti pubblici, Urb. e app.*, 2016, 522; di recente si cfr. G. MASTRODONATO, *La progettazione delle opere pubbliche a seguito delle modifiche e integrazioni apportate dal correttivo al codice degli appalti*, *Riv. giur. edil.*, 2017, n. 4, 255.

⁴⁰ Sul tema in generale dell'appalto integrato si cfr. F. DE SIERVO-F. RAVETTA-P. RAVETTA, *L'appalto integrato*, Maggioli, 2003.

⁴¹ In generale sul tema del nuovo sistema introdotto dal codice dei contratti si cfr. M. P. CHITI, *Il sistema delle fonti*, cit., 436.

⁴² F. MASTRAGOSTINO, *Diritto dei contratti pubblici. Assetto e dinamiche evolutive alla luce del nuovo codice, del decreto correttivo 2017 e degli atti attuativi*, Torino, 2017; P. PATRITO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici e il primo decreto correttivo (in corso di approvazione): primi spunti di riflessione*, *Responsabilità Civile e Previdenza*, fasc. 1, 2017, 335; M. MESCHINO – A. LALLI, *Il partenariato pubblico provato e le concessioni. Guida alla normativa alla luce del decreto correttivo n. 56/2017*, Roma, 2017.

⁴³ Sulle modifiche introdotte dal primo correttivo si cfr. A. VESPIGNANI, *Il decreto correttivo al*

cedente versione dell'art. 59, ha escluso dal divieto di affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori tutti i casi di: «*affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità, locazione finanziaria, nonché delle opere di urbanizzazione a scomputo di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e). Si applica l'articolo 216, comma 4-bis*».

La modifica sembra, dunque, aver scardinato il dogma che imponeva la necessità di separare la fase della progettazione da quella dell'esecuzione, individuando delle ipotesi in cui è, invece, possibile l'affidamento congiunto.

In particolare, tale circostanza sembra potersi verificare nell'ambito di diversi strumenti che rientrano nella categoria del partenariato pubblico-privato⁴⁴.

Codice dei contratti e le prime correzioni al correttivo, I contratti dello stato e degli enti pubblici, n. 2/2017, 6. Tale correttivo ha cercato di rimediare all'impatto non positivo della prima versione del codice sul settore degli appalti pubblici. Il d. lgs. n. 50 del 2016 piuttosto che rappresentare un intervento di semplificazione, volto a rilanciare il mercato delle commesse pubbliche, si è di fatto trasformato, specie nel primo anno dalla sua entrata in vigore, in uno strumento che ha accresciuto l'incertezza degli operatori economici.

Al riguardo, occorre evidenziare che la nuova disciplina, recependo la normativa comunitaria, ha previsto il rinvio a circa cinquanta decreti ministeriali attuativi, ai quali aggiungere un numero indefinito di Linee Guida dell'Anac. Sul punto in dottrina si è evidenziato che la buona riuscita della disciplina introdotta dal nuovo codice sarebbe anche dipesa dall'adozione tempestiva e coordinata delle norme ministeriali attuative, così R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 544.

In questo modo, si è ottenuto l'effetto opposto a quello che s'intendeva raggiungere, rendendo di fatto ancora più caotica la disciplina di settore e bloccando numerose procedure, con le conseguenti ricadute negative sul rischio di perdita dei fondi comunitari.

In particolare, in tale situazione di difficoltà si sono ritrovate tutte quelle amministrazioni che avevano intenzione di procedere con il sistema dell'appalto integrato e si sono, invece, viste costrette a modificare i loro piani. Sul punto si cfr. ancora M. AGLIATA, *L'appalto integrato, il decreto correttivo e le nuove procedure per l'affidamento congiunto della progettazione e esecuzione dei lavori, Teoria e pratica professionale*, n. 7-8, 2017, 44, secondo cui: «la mancata o tardiva comprensione delle conseguenze che si sarebbero determinate con la cancellazione dell'appalto integrato ha determinato, salvo poche e rare eccezioni, una situazione di blocco di molti interventi che, alla data del 19 aprile 2016, erano stati programmati con questa procedura».

⁴⁴ Sul partenariato pubblico-privato, cfr. G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; ID., *I contratti alternativi all'appalto per la realizzazione di opere pubbliche*, *www.giustamm.it*, n. 10/2008; M. P. CHITI, *Partenariato pubblico-privato*, in M. CLARICH, G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, 2007; ID., *Il partenariato pubblico-privato (concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni)*, Napoli, 2009, 5; ID., *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2016, 6. Sul contratto di disponibilità si cfr. R. MANGANI, *Il contratto di disponibilità: una nuova forma di partenariato pubblico privato. Prime riflessioni a seguito del decreto «liberalizzazioni»*, *Giustamm.it Riv. dir. amm.*, fasc. n. 2, 2012.

3.3. *L'uso degli strumenti elettronici specifici nella fase della progettazione*

L'interpretazione volta a circoscrivere l'uso di tali strumenti elettronici specifici (BIM) soltanto all'attività di esecuzione delle opere pubbliche non risulta del resto condivisibile per numerose ragioni.

In tal senso, occorre rilevare che sin dalla legge delega n. 11 del 2016 il legislatore ha posto come obiettivo per il nuovo codice dei contratti: «*la valorizzazione della fase progettuale negli appalti pubblici... anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione e il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli della modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture limitando integralmente il ricorso all'appalto integrato*».

Nel codice dei contratti pubblici, pertanto, l'istituto in esame è stato collocato nel primo comma dell'art. 23, dove si disciplinano le diverse forme di progettazione dei lavori pubblici (fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo ed esecutivo⁴⁵) al fine di assicurare: «*la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture*» (così lett. h).

Appare, dunque, evidente che gli strumenti in esame rivestano un ruolo centrale non soltanto per l'esecuzione, ma anche per la progettazione dei lavori pubblici.

Tale conclusione, del resto, risulta in linea anche con la disciplina ministeriale, laddove si dichiara che il decreto definisce le forme ed i tempi dell'introdu-

⁴⁵ Sul tema si cfr. anche R. PICARO, *Il building information modeling, Referente di obblighi e responsabilità*, cit., 187, dove nei confronti dei servizi di progettazione si evidenzia che: «*la complessità al pari della specifica connotazione delle prestazioni da realizzare, assume caratteristiche tali da essere compatibili con lo sviluppo in termini di modellazione informativa*». Si cfr. inoltre G. MASTRODONATO, *La progettazione delle opere pubbliche*, cit., 255, secondo la quale «*da giurisprudenza sembra aver contribuito alla cristallizzazione di un siffatto disegno tripartito, ad esempio la Corte costituzionale, con la sentenza n. 401 del 2007, ha dichiarato che l'aspetto qualificante dell'attività di progettazione è dato dal fatto che essa deve svolgersi secondo una precisa articolazione... Secondo un orientamento consolidato, i tre stadi progettuali non possono essere confusi tra loro, essendo specificate per ciascuno di essi le caratteristiche ed i gradi di approfondimento dell'indagine progettuale. In questa prospettiva, infatti, il progetto preliminare è un'indagine operativa che necessita ancora di specifiche puntualizzazioni in ordine alle caratteristiche dell'opera, il progetto definitivo determina la precisa configurazione dell'opera che ne consente il finanziamento, mentre quello esecutivo è il progetto con le "specifiche", vale a dire con tutti i dettagli operativi, tanto che nella pratica è spesso denominato progetto "cantierabile", cioè consegnabile agli addetti al cantiere per la pedissequa esecuzione. Sicché, in un siffatto sistema, l'articolazione in sequenza procedimentale dei tre tipi successivi di progetto non può essere derogata o alterata perché essa risponde espressamente alla necessità di assicurare: la qualità dell'opera e la rispondenza alle finalità relative; la conformità alle norme urbanistiche ed ambientali; il soddisfacimento dei requisiti essenziali, definitivi nel quadro normativo, nazionale e comunitario*».

zione obbligatoria dei metodi e degli strumenti elettronici specifici, compresa la modellazione per l'edilizia e le infrastrutture, «nelle fasi di progettazione, costruzione e gestione delle opere e relative verifiche».

Non è, dunque, possibile escludere dalla normativa in esame tutte le fasi relative ai lavori pubblici compresa in particolare l'attività relativa ai servizi della progettazione⁴⁶, come chiarisce inequivocabilmente il successivo art. 7, dove si indicano i diversi contenuti che deve possedere «il capitolato allegato alla documentazione di gara per l'espletamento di servizi di progettazione o per l'esecuzione di lavori o della gestione delle opere».

3.4. *L'uso disgiunto degli strumenti elettronici specifici e l'ipotesi dell'affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione delle opere ad alto contenuto tecnologico*

È certamente possibile che le tecniche della modellazione siano utilizzate da soggetti diversi, da una parte dal progettista pubblico⁴⁷ e dall'altra dall'imprenditore privato cui spetta l'esecuzione dell'opera, ma ciò sfocerebbe in una palese contraddizione di termini, considerato che la filosofia che ispira tale tecnologia è la collaborazione e condivisione dei dati e delle competenze⁴⁸.

⁴⁶ Sulla disciplina dei servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria si cfr. anche le Linee Guida n. 1 di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, adottate dall'ANAC e contenenti indirizzi generali sull'affidamento. Sul punto si cfr. anche R. PICARO, *Il building information modeling. Referente di obblighi e responsabilità*, cit., 58, dove riportando e citando le Linee Guida dell'Anac si afferma che il capitolato informativo: «esplicita i contenuti finalizzati allo sviluppo delle fasi successive alla progettazione, ovvero l'esecuzione dei lavori, la manutenzione e, in generale, la gestione dell'opera nonché delle attività in esse ospitate».

⁴⁷ Si cfr. S. FRAZZINGARO, *I diversi livelli di progettazione di opere pubbliche alla luce delle novità introdotte dal d.lgs. del 19 aprile 2017, n. 56. I limiti posti dal legislatore all'appalto integrato, Appalti e Contratti*, nn. 1-2, 2018, 67, secondo cui: «tutti i livelli di progettazione descritti dal codice possono essere elaborati internamente dalle stazioni appaltanti, purchè munite di idonee professionalità, oppure oggetto di specifiche procedure di evidenza pubblica. L'affidamento dei servizi di progettazione segue la disciplina ordinaria contenuta nella Parte II, Titolo I,II, III e IV del Codice», mentre le modalità sono integrate da specifiche linee guida dell'Anac.

⁴⁸ Occorre, infatti, ribadire che rispetto alle tecniche tradizionali in CAD il *Building Information Modeling* (BIM) si fonda su una metodologia basata sull'integrazione di tutti gli elementi e le discipline diverse, al fine di realizzare un modello virtuale, caratterizzato da altissima precisione delle forme geometriche e degli altri dati, investendo la progettazione, l'esecuzione e la gestione dell'opera. Secondo il *National Institute of Building Sciences* (NIBS) presso il *National Building Information Modeling Standard* (NBIMS) il BIM consente di realizzare «un processo più efficiente di pianificazione, progettazione, costruzione, gestione e manutenzione che utilizzi un modello standardizzato di informazioni in formato digitale per ogni edificio, nuovo o esistente, contenente tutte le informazioni create o raccolte su tale edificio in un formato utilizzabile da tutti i soggetti interessati nell'intero ciclo di vita», *www.nibs.org*, 2008, 1.

Del resto, come evidenziato anche la giurisprudenza ha riconosciuto che talvolta è opportuno che i diversi livelli di progettazione debbano interagire senza interruzioni all'interno di uno

Come sottolineato dalla dottrina, il BIM rappresenta il passaggio «nel settore dell'automazione delle attività correlate ai progetti e ai processi basati su carta verso un flusso di lavoro integrato e interoperabile in cui tali attività sono riunite in un “*processo coordinato e collaborativo*”, che promuove al massimo l'aggregazione dei dati per l'acquisizione di informazioni e conoscenze, la capacità di calcolo e la comunicazione web»⁴⁹.

Del resto, l'uso delle nuove tecnologie, attraverso il coordinamento e l'integrazione delle diverse competenze, serve proprio per ridurre i rischi connessi agli errori che viziando i contratti di appalto, ne possono causare l'annullamento⁵⁰.

Ed è noto che la maggior parte di questi vizi riguardano il progetto e possono dipendere sia da errore del «committente che lo ha redatto o fatto redigere, o anche da errore dell'appaltatore, che ha sbagliato nell'interpretarlo»⁵¹.

Sarebbe, dunque, auspicabile non separare completamente la fase della progettazione dalla fase dell'esecuzione.

stesso percorso procedimentale, così G. MASTRODONATO, *La progettazione delle opere pubbliche*, cit., 255, che richiama in merito le seguenti pronunce: T.A.R. Puglia, Bari, sez. II, 17 febbraio 2005, n. 594; T.A.R., 16 giugno 2005, n. 2919; T.A.R. Lombardia, Brescia, 22 marzo 2004, n. 229, che consentono di derogare all'articolazione in tre livelli progettuali, prevedendo che le fasi progettuali siano elaborate in un unico contesto, come riconosciuto dal Consiglio di Stato, sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4307.

Come di recente osservato: «il principale elemento propulsore proprio nella redazione del Capitolato informativo, cui si accompagna la definizione – inedita per i contratti pubblici – di un ambiente di condivisione dati, ove il flusso informativo trasparente e tracciato, viene trattato in base a criteri non discriminatori, conformi alle previsioni in materia di proprietà intellettuale e tutelato da dispositivi di protezione della riservatezza» così R. PICARO, *Il building information modeling*, cit., 58.

⁴⁹ Così T.a.r. Lombardia Milano, sez. I, 29.5.2017, n. 1210, www.giustizia-amministrativa.it, secondo cui: «Mediante tale strumento si realizza, dunque, una perfetta ed ottimale collaborazione fra i diversi soggetti coinvolti nella progettazione edilizia, anche in considerazione della sempre più sentita esigenza di dati delle infrastrutture, critici, aperti e riutilizzabili... mediante questi strumenti è possibile, dunque, porre in essere simulazioni e manipolazioni di modelli fondati sulla realtà al fine di gestire l'ambiente di costruzione seguendo un processo decisionale ripetibile e verificabile, con conseguente riduzione dei rischi e miglioramento della qualità delle azioni e dei prodotti a livello industriale».

⁵⁰ In tal senso, è stato anche sottolineato che: «il capitolato informativo, allegato alla documentazione di gara, per l'espletamento di servizi di progettazione o per l'esecuzione di lavori e/o la gestione delle opere, è comunicato anche ai subappaltatori, sui quali grava l'obbligo di concorrere con l'aggiudicatario, mediante il piano di gestione informativa, nella proposizione delle modalità operative di produzione, gestione e trasmissione dei contenuti informativi», ciò consente «una diversa valutazione dell'apporto causale dei subappaltatori e dei subfornitori nell'accertamento delle responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione principale, anche in relazione alla questione delle sopravvenienze non imputabili ed all'incidenza del fortuito», così R. PICARO, *Il building information modeling*, cit., p. 60.

⁵¹ L.V. MOSCARINI, *L'appalto nel codice civile e nel codice dei contratti pubblici*, cit. Sul tema si cfr. R. PICARO, op. ult. cit., 235.

In tale direzione, pertanto, la possibilità che sia l'operatore economico privato ad occuparsi della progettazione e dell'esecuzione potrebbe essere ulteriormente confermata dall'inserimento del comma 1bis nell'art. 59 del d.lgs. n. 50 del 2016, per effetto dell'art. 38, comma 1, lettera c) del correttivo introdotto con il d.lgs. n. 56 del 2017, secondo il quale: «1-bis. *Le stazioni appaltanti possono ricorrere all'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione di lavori sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione aggiudicatrice nei casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori.*».

Si rammenta, in tal senso, che le opere complesse nelle quali è obbligatorio il ricorso al BIM sono secondo la definizione dettata dalla disciplina ministeriale caratterizzate da un'elevata componente tecnologica, tale che proprio in questi casi si potrebbe verificare l'affidamento contestuale della progettazione esecutiva e della connessa esecuzione dei lavori⁵².

3.5. *L'applicabilità degli strumenti elettronici specifici negli appalti pubblici di servizi*

Inoltre, a ben vedere l'applicazione della disciplina in esame non può essere circoscritta soltanto alla materia degli appalti pubblici ed ai servizi di progettazione.

⁵² Per un'ipotesi di un appalto integrato complesso, con affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione, si cfr. ancora T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 29.5.2017, n. 1210, www.giustizia-amministrativa.it, che riguarda una gara indetta dal Comune di Milano per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'incarico di progettazione definitiva ed esecutiva, nonché dell'esecuzione delle opere di demolizione, bonifica e ricostruzione dell'edificio scolastico elementare ubicato in Milano Via Brocchi n. In tale pronuncia si evidenzia che: «come dimostrato dalla letteratura nazionale ed internazionale, non esiste un "formato BIM" e che si parla, invece, di metodo di lavoro e di rappresentazione digitale. La base di tutto è certamente un modello tridimensionale, ma questo non significa che ogni oggetto debba essere obbligatoriamente tridimensionale. La cosa essenziale è che ogni oggetto includa delle proprietà che vanno oltre la semplice rappresentazione grafica e che siano funzionali alla sua descrizione, in relazione all'obiettivo per cui viene inserito nel modello...».

Tutto ciò premesso, per quanto concerne la verifica della conformità integrale del progetto presentato al modello BIM per la gestione dell'intero ciclo di vita dell'edificio, il verificatore ha ritenuto essenziale iniziare da quanto riportato nel bando di gara, dove viene dichiarato che: "Il comune non dispone di proprie "linee guida" (*bim guides*) né di proprie "specifiche informative" (*employer's information requirements*) e non prescrive come obbligatorio nel presente bando il *bim project execution plan*. Non sono pertanto definiti in maniera puntuale i *lod*, gli aspetti specifici di sostenibilità, *facility management*, etc.

In presenza di questi elementi di incertezza e poiché nella metodologia BIM l'attenzione deve essere posta sul concetto di informazione piuttosto che sul metodo di rappresentazione dei singoli oggetti, questo risulta particolarmente importante nel momento in cui devono essere definiti i contenuti affinché il modello soddisfi una fase di progettazione come ad esempio quella definitiva», in merito si cfr. il Commento di F. RUPERTO, *BIM, Primi Orientamenti Giurisprudenziali. Sentenza Tar Lombardia*, www.bimportale.com, 2017.

In questa ipotesi, infatti, poco spazio potrebbe essere destinato alla gestione delle opere. Anche quest'ultima attività, tuttavia, risulta più volte menzionata nella disciplina sopraindicata agli artt. 1 e 7 del d.m. n. 560 del 2017.

Sembra, dunque, corretto estendere l'applicazione della normativa in esame anche nei confronti degli appalti pubblici rivolti all'affidamento dei servizi di gestione e/o di manutenzione delle opere pubbliche, nonché all'uso di strumenti anche diversi dai contratti pubblici di appalto.

In tal senso, infatti, occorre evidenziare che gli appalti di opere pubbliche, in assenza di un contratto di servizio collegato, non prevedono anche l'attività di gestione dell'opera realizzata.

3.6. *L'applicabilità degli strumenti elettronici specifici nelle concessioni*

Occorre, dunque, a questo punto dell'indagine richiamare ancora una volta la legge delega n. 11 del 2016, con la quale il legislatore ha posto come obiettivo per il nuovo codice: «*la valorizzazione della fase progettuale*» non soltanto «*negli appalti pubblici*», ma anche «*nei contratti di concessione dei lavori, promuovendo la qualità architettonica e tecnico funzionale, anche attraverso lo strumento dei concorsi di progettazione e il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici, quali quelli della modellazione elettronica e informativa per l'edilizia e le infrastrutture limitando integralmente il ricorso all'appalto integrato*» (cfr. art. 1, comma 1, lett. oo della l. delega n. 11 del 2016).

Sembra, pertanto, che senza dubbio lo strumento delle concessioni possa essere considerato come il terreno più fertile nell'ambito del quale introdurre l'uso delle nuove tecnologie BIM.

Ed è proprio in tale settore che si realizza, in via fisiologica e naturale, l'affidamento congiunto delle attività di progettazione, alle volte non soltanto esecutiva ma anche di quella definitiva, nonché dell'attività di esecuzione e di gestione delle opere pubbliche⁵³.

Il codice oggi, infatti, definisce la concessione di lavori come un contratto oneroso in virtù del quale si affidano: «l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici ricono-

⁵³ Per un'analisi comparata sul recepimento della Direttiva 23/2014 negli Stati europei si rinvia al Rapporto IGI, *Il recepimento delle direttive appalti e concessioni negli Stati membri*, www.igitalia.it, 2016, nonché al Rapporto della Camera dei Deputati, *L'attuazione della "legge obiettivo" Nota di sintesi e focus tematici 9° Rapporto per l'VIII Commissione ambiente, territorio e lavori pubblici*, www.camera.it, 2015. Sul tema si cfr. F. GOISIS, *Concessioni di costruzione e gestione di lavori e concessioni di servizi*, dove si afferma che le concessioni di lavori pubblici sono contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto la progettazione e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità o ad essi collegati «nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo», in www.Lus-Publicum.com, 2011, p. 2.

scendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere» (così cfr. art. 3 lett. uu del D.Lgs. 56-2017).⁵⁴

Ne deriva, pertanto, che nell'ambito delle concessioni ordinarie non sarebbe vietato procedere alla gara sulla base soltanto del progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Conclusione questa coerente con la scelta del legislatore di consentire la medesima possibilità nelle ipotesi della finanza di progetto⁵⁵, nella locazione finanziaria e nelle opere di urbanizzazione a scomputo⁵⁶, circostanze tutte queste espressamente previste dagli artt. 183, 187, art. 1, comma 2, lett. e)⁵⁷.

⁵⁴ A. TONETTI – A. BRACALETTI, *La disciplina europea delle concessioni in funzione degli investimenti: questioni aperte e prospettive di recepimento*, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, Paper Astrid, www.astrid-online.it, 2015, p. 21; L. BERIONNI, *I contratti pubblici di rilevanza europea: il discrimen tra appalto e concessione, tra incertezze normative ed oscillazioni giurisprudenziali*, *Dir. Comm. Internaz.*, fasc. 3-2013, 731.

In dottrina, già prima dell'ultima direttiva n. 24 del 2014 si è rilevato che: «La Commissione distingue fra le due figure – appalti e concessioni – sulla base del concetto di rischio. Il concetto di rischio è il centro della ricostruzione del tratto distintivo fra appalti e concessioni, cioè la Commissione afferma: *attenzione, il contratto di appalto non si definisce per il risultato che si vuole raggiungere, cioè per lo scopo che le parti si prefiggono, nell'appalto di lavori o anche nell'appalto di servizi nell'appalto di servizi, scopo che è, rispettivamente, la realizzazione dell'opera o l'espletamento di un servizio quanto per il fatto che tutto avviene, finanziariamente, a carico dell'Amministrazione*. Si tratta quindi del rilievo di un concetto di rischio finanziario», così G. MONTEODORO, *La disciplina delle concessioni nella nuova direttiva – quadro in attesa della disciplina compiuta del partenariato pubblico privato*, in *Nuovo diritto degli appalti pubblici dopo la direttiva n. 18 del 2004*, a cura di M.A. SANDULLI, R. GAROFOLI, Milano, 2005, 134. Sul tema si cfr. anche C.P. SANTACROCE, *Osservazioni sul partenariato pubblico, tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, *Giustamm. Riv. dir. amm.* n. 6/2014; nonché sul tema M. Macchia, *I contratti di concessione*, *Gior. dir. amm.*, n. 4/2016, 476.

⁵⁵ Sul punto si cfr. M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato, la finanza di progetto e le concessioni amministrative: profili di rischio*, *Giustamm. Riv. dir. amm.*, n. 3/2018, 1-32, in <https://www.giustamm.it>, secondo cui nella finanza di progetto la norma consente di procedere mediante «una selezione indetta sulla base del “progetto di fattibilità”. Le imprese partecipanti devono presentare un “progetto definitivo”, un “piano economico finanziario assicurato da un istituto di credito”, una “bozza di convenzione”, nonché la descrizione delle caratteristiche del servizio e della gestione ecc.».

⁵⁶ Per un quadro generale su questo istituto si rinvia a R. GRACILI, *La direttiva comunitaria 93/37 sugli appalti pubblici e la realizzazione a scomputo delle opere di urbanizzazione*, *Riv. giur. ed.*, 2002, fasc. 3, 169.

⁵⁷ Mentre per il contratto di disponibilità l'art. 188, comma 3, prevede la possibilità di indire la gara sulla base soltanto del cd. capitolato prestazionale. Si è segnalato, tuttavia, una contraddizione: «tra l'art. 81, comma 2, del codice dei contratti pubblici, relativo alle procedure di affidamento dei contratti di partenariato, in virtù del quale l'affidamento avviene ponendo a base di gara il progetto definitivo, e le prescrizioni contenute nei singoli articoli relative alle singole disposizioni di partenariato – come puntualmente declinate all'art. 180, comma 8 – che riconoscono la possibilità di mettere a gara il progetto di fattibilità (cfr. art. 183, comma 1, e articolo 187 comma 6) o il capitolato prestazionale (cfr. art. 188, comma 3)».

La scelta del legislatore di consentire sia per le concessioni amministrative, sia per la finanza di progetto l'affidamento esterno anche della progettazione definitiva sembra corretta, considerato che questi ultimi strumenti non rappresentano una categoria contrapposta alle concessioni.

Ed invero, si è già evidenziato in un precedente studio⁵⁸ che ai sensi dell'art. 183, co. 1, del d.lgs. n. 50/2016, per la realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità, le amministrazioni possono utilizzare gli strumenti del partenariato «in alternativa all'affidamento mediante concessione ai sensi della parte III».

Tuttavia, la parte finale della disposizione citata precisa che il procedimento termina con l'«affidare una concessione ponendo a base di gara il progetto di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte».

L'accento va, dunque, posto sul fatto che anche nel caso del partenariato pubblico-privato il procedimento è finalizzato all'affidamento di un'opera con l'adozione di una “concessione amministrativa”.

Dalla lettura completa del testo di legge si evince, pertanto, che il *project financing* rappresenta una forma di affidamento di una concessione, alternativa a quella “generale” disciplinata dagli artt. 164 ss. del codice degli appalti.

Non si tratta, dunque, d'intendere l'alternatività come se il partenariato pubblico privato fosse espressione di un modello radicalmente diverso dallo strumento delle concessioni, ma di interpretare il rapporto come quello tra genere e specie.

4. Conclusioni

La disciplina recentemente introdotta con il d.l. 18 aprile 2019 n. 32, poi convertito in legge del 14 giugno 2019 n. 55, ha come noto apportato diverse modifiche alla disciplina del codice degli appalti.

In particolare, occorre evidenziare che tale intervento normativo ha in qualche modo recepito le critiche sollevate da più parti, con riferimento sia alla frammentazione della disciplina ovvero al continuo rinvio ai decreti ministeriali attuativi ed alle molteplici linee guida dell'Anac⁵⁹, sia al divieto del ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori.

Infatti, sotto il primo aspetto il ruolo dell'Anac è stato ridimensionato in favore di un ampio ricorso ad un successivo potere regolamentare, si veda in tal

⁵⁸ La tesi che considera la finanza di progetto una specie del genere amministrativo delle concessioni è stata già sostenuta in questi termini da M. TIBERII, *Il partenariato pubblico-privato*, cit.

⁵⁹ La dottrina aveva, infatti, evidenziato che la buona riuscita della disciplina introdotta dal codice sarebbe stata minata dalla difficoltà di coordinamento delle norme ministeriali attuative e delle linee guida dell'Anac, così R. DE NICCOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., 544.

senso ad es. l'art. 216, co. 14, del nuovo testo del c.c.p., secondo il quale: «*le linee guida indicate dall'art. 83, co. 2, sono sostituite dal regolamento di cui all'art. 216, comma 27 octies*»⁶⁰.

Sotto, invece, il secondo profilo occorre evidenziare che si è previsto “*in via sperimentale*” che “*fino al 31 dicembre 2020*” diverse norme non trovino applicazione, tra le quali in particolare occorre menzionare: «*l'art. 59, co. 1, quarto periodo, nella parte in cui resta vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori*».

In tal senso, sono state accolte le istanze rivolte a consentire il ricorso all'appalto integrato, inizialmente escluso in seguito al divieto introdotto dalla versione originaria del codice, in via generalizzata almeno fino al 2020.

L'indagine ha, dunque, consentito di rilevare che l'uso dei nuovi strumenti elettronici (BIM) favorendo, come si è già evidenziato nei precedenti paragrafi, l'interconnessione delle varie fasi della progettazione, esecuzione e gestione delle opere pubbliche, ha contribuito ad indurre il legislatore ad intervenire con il primo ed il secondo correttivo per individuare delle ipotesi di utilizzo dell'appalto integrato e, successivamente, per posticiparne il divieto.

In conclusione, anche in questo caso il progresso tecnologico ha sollecitato un continuo intervento del legislatore, confermando che il rapporto tra le scienze tecniche e quelle giuridiche dev'essere improntato non tanto a logiche di prevalenza delle prime sulle seconde, quanto piuttosto ad un dialogo costante, atteso che, come è stato osservato, la tecnica pur svolgendo una funzione fondamentale per lo sviluppo sociale ed economico della comunità, in un sistema democratico, non può rappresentare una realtà autosufficiente, ma deve sottoporsi ai canali delle procedure normative ovvero: «accettare le regole del gioco: di quel gioco politico (democratico o autocratico che sia), da cui si generano le norme politiche. La politica si combatte soltanto con altra e diversa politica»⁶¹.

⁶⁰ Sul punto si cfr. l'art. 216, co. 27 *octies*, secondo cui: «nelle more dell'adozione entro 180 gg. dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'art. 17, co. 1, lett. a) e b), della l. 23 agosto 1988, n. 400 su proposta del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e di Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione ed integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli artt. 24. Co. 2, 31, co. 5, 36, co. 7, 89, co. 11, 111, co. 1 e 2, 146, co. 4, 147, co. 1 e 2, e 150, co. 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure d'infrazione...».

⁶¹ Così N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, cit., 56, che in merito più diffusamente ha osservato: «il giusttecnicismo, ancorchè avanzi la pretesa di valere come fondamento, sempre si riduce a ipotesi politico-giuridica in conflitto con altre ipotesi: pronta e agguerrita a disputare il campo, e a percorrere i canali delle procedure normative.

La pretesa della tecnica non sta sopra, ma dentro il conflitto con altre ipotesi con avverse pretese di totalità. Essa non può trarsene fuori; e, se vuole dominare e reprimere gli altri scopi, deve,

Abstract

The use of specific electronic tools (building information modeling)
in public contracts

by Marco Tiberii

The aim of the study is to analyse the influence of new electronic means and the possibilities arising from their use in the context of public contracts.

In particular, the paper focuses on building information modeling, a new technology at the service of the construction sector.

Through the analysis of the Italian legislation, we understand the spaces of compulsory and optional use of the same, as well as the problems that arise in the context of public contracts, from the design phase to the executive phase.

Parole chiave: Building Information Modeling (BIM), strumenti elettronici specifici, contratti pubblici, codice degli appalti

Keywords: Building Information Modeling (BIM), specific electronic instruments, public contracts, Public Procurement Code

per così dire, accettare le regole del giuoco: di quel giuoco politico (democratico o autocratico che sia), da cui si generano le norme politiche. La politica si combatte soltanto con altra e diversa politica». Spetta, dunque, alle scienze giuridiche trovare le forme più adeguate per rendere l'uso di tali strumenti compatibile con la tutela di tutte le altre istanze giuridiche, tra le quali come si è detto occorre annoverare il rispetto delle regole della concorrenza, della sicurezza e della protezione dei dati sensibili, nonché dei diritti di proprietà intellettuale.

Oltre la democrazia rappresentativa? Sovranità popolare e referendum nell'esperienza britannica, spagnola e francese

di Luciana De Grazia

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il referendum nell'ordinamento britannico. – 3. Democrazia diretta e rappresentativa nell'esperienza del referendum sulla Brexit. – 4. Il referendum consultivo spagnolo. – 5. Le leggi referendarie in Francia. – 6. Riflessioni conclusive.

1. *Introduzione*

La crisi della democrazia rappresentativa ha prodotto negli ultimi anni un approfondito dibattito sull'utilizzo degli strumenti di democrazia diretta e su come coinvolgere direttamente il popolo nelle scelte politiche, sia rivalutando il suo ruolo decisionale, sia accentuandone la funzionalità riformatrice.

In tal senso, anche la proposta di legge costituzionale presentata nel nostro ordinamento, volta a rinforzare l'iniziativa legislativa popolare¹, si inserisce all'interno di una tendenza comune a diversi ordinamenti di approfondimento del diretto coinvolgimento del popolo.

In particolare, lo studio degli strumenti di democrazia diretta e dei loro differenti effetti giuridici assume una particolare rilevanza laddove, consci del loro valore solo strettamente complementare rispetto alla struttura rappresentativa delle nostre democrazie, il loro uso possa contribuire a rilanciare il ruolo dei Parlamenti e a valorizzare le modalità dell'interazione tra democrazia diretta e rappresentativa.

In quest'ottica si può osservare che l'uscita del Regno Unito dall'Unione europea ha preso avvio dal referendum indetto nel giugno del 2016 con cui, come è a tutti noto, il popolo britannico ha espresso la volontà di lasciare l'Unione. Il lungo processo che si è intrapreso per avviare la procedura ai sensi dell'art. 50 del TUE e la difficoltà di raggiungere accordi condivisi all'interno del Parlamento britannico e, frequentemente, dentro lo stesso partito di maggioranza, hanno evidenziato non solo la difficoltà di giungere a delle decisioni condivise, ma anche l'incertezza rispetto alle diverse soluzioni prospettate. Il fatto che questo percorso abbia avuto inizio con l'esito referendario ha messo in dubbio l'opportunità che scelte così significative siano raggiunte attraverso il diretto coinvolgimento del popolo: le diverse manifestazioni popolari, che sono state organizzate nelle piazze delle città britanniche negli scorsi mesi, hanno finito anche per rafforzare l'idea che sia mancata una reale consapevolezza sulle conseguenze che sarebbero derivate dalla consultazione referendaria.

¹ Proposta di revisione costituzionale A.C. n. 1173 della XVIII Legislatura.

Scopo del presente lavoro vuole essere quello di approfondire il ruolo del referendum nel sistema britannico, notoriamente espressione di una democrazia rappresentativa, individuando i diversi motivi che possono aver spinto le forze governative a promuovere la consultazione referendaria, al fine di cogliere l'evoluzione di questo istituto all'interno dell'ordinamento britannico.

Si procederà, inoltre, in un'ottica comparata, ad esaminare quali sono gli effetti del referendum consultivo nell'ordinamento spagnolo, per poi analizzare le caratteristiche e gli effetti giuridici del referendum legislativo nell'ordinamento francese, in modo da potere individuare analogie o differenze rispetto le esperienze oggetto di indagine.

Alla luce di tale analisi, tenuto conto dei diversi effetti giuridici conseguenti ai referendum, sarà possibile operare una riflessione sulle caratteristiche di queste tre democrazie, su quale ruolo possa essere riconosciuto ai referendum, espressione diretta della sovranità popolare.

In via preliminare, poichè nel proseguo si utilizzeranno diverse espressioni definitorie, sembra opportuno osservare come l'istituto referendario sia suscettibile di essere oggetto di diverse classificazioni. Come è noto, il referendum può essere obbligatorio o facoltativo a seconda se l'indizione della consultazione si configuri come atto dovuto o meno. Il carattere facoltativo subordina, infatti, la consultazione all'esercizio del diritto di iniziativa, che può essere attribuito ad un organo dello Stato (referendum passivo) o ad una frazione del corpo elettorale o ancora ad enti autonomi territoriali (referendum attivo). Il carattere attivo rende il popolo protagonista, in quanto promotore della consultazione referendaria; a sua volta il carattere passivo può aiutare a delineare il ruolo del referendum all'interno dell'ordinamento o come istituto capace di fungere da contrappeso, cioè come strumento a disposizione delle minoranze, o come mezzo per legittimare e accrescere il ruolo dei governanti. La manifestazione di volontà del popolo può innovare l'ordinamento (referendum deliberativo), abrogare una legge o una sua parte (referendum abrogativo), obbligare il Parlamento a prendere in esame una proposta legislativa (referendum propositivo)² o vincolare politicamente in ordine alla scelta espressa (referendum consultivo).

Un'ulteriore distinzione è quella tra il referendum preventivo o successivo,

² L'ipotesi del referendum propositivo è collegata ad una iniziativa legislativa popolare, nel caso in cui il legislatore sia rimasto inerte rispetto alla proposta popolare stessa. In proposito, il referendum previsto nel progetto di revisione costituzionale, presentato nel nostro ordinamento e precedentemente citato – vd. nt. 1 - , è classificabile come referendum propositivo o approvativo delle proposte di legge d'iniziativa popolare; è, inoltre, di carattere eventuale, poichè condizionato alla mancata approvazione parlamentare nel rispetto dei termini previsti, o all'approvazione di un testo sostanzialmente diverso rispetto a quello originariamente proposto, se i promotori non rinunciano alla consultazione. L'esito positivo della consultazione permetterebbe, pertanto, l'entrata in vigore del testo legislativo. Cfr. I.A. NICOTRA, *Referendum propositivo e democrazia rappresentativa: alla ricerca di una sintesi*, in *Federalismi.it*, 2019, 10.

a seconda se il voto popolare intervenga prima o dopo l'entrata in vigore di un atto. La prima ipotesi ricorre nei referendum costituzionali, nei referendum consultivi e, frequentemente, nei referendum legislativi³.

L'istituto referendario trova normalmente riconoscimento in disposizioni di rango costituzionale volte ad attuare il principio di sovranità popolare, che si concretizza non solo tramite l'elezione dei rappresentanti in seno alle assemblee legislative, ma anche attraverso l'esercizio degli strumenti di democrazia diretta.

In tal senso l'ordinamento britannico presenta delle peculiarità non riconducibili solo all'assenza di una Costituzione formale scritta, ma ascrivibili al riconosciuto principio della sovranità parlamentare e al carattere rappresentativo che contraddistingue tale ordinamento.

2. *Il referendum nell'ordinamento britannico*

Il tema dell'armonizzazione e della compatibilità del referendum con il sistema parlamentare di democrazia rappresentativa del Regno Unito è stato ampiamente dibattuto⁴. Anche lo stesso Dicey ne asseriva la conciliabilità, pur sul presupposto della superiore potestà del legislativo, riconducendo il referendum, con soli effetti consultivi, all'interno del costituzionalismo parlamentare, in modo da essere qualificato come istituto complementare alla sovranità del Parlamento⁵. Nel pensiero di Dicey, peraltro, sia al referendum consultivo sia alle elezioni generali si attribuiva la medesima funzione di collegamento del corpo elettorale all'istituzione parlamentare⁶.

In particolare, nei primi decenni del XX secolo, si sottolineava come il referendum potesse svolgere una funzione di limite non solo nei confronti del Parlamento, quanto della maggioranza parlamentare e della sua volontà politica idonea ad incidere sul sistema costituzionale⁷. In tale concezione il referendum assumeva una valenza garantistica finalizzata alla preservazione degli equilibri

³ Cfr. M. VOLPI, *Il Popolo*, in G. MORBIDELLI, L. PEGORARO, A. RINELLA, M. VOLPI (a cura di), *Diritto pubblico comparato*, Torino, 2016, 478 ss.

⁴ Cfr. A. TORRE, *Il referendum nel Regno Unito. Radici sparse, pianta rigogliosa*, in A. TORRE, J.O. FROSINI (a cura di), *Democrazia rappresentativa e referendum nel Regno Unito*, Santarcangelo di Romagna, 2012, 22; M. QVORTRUP, *A Comparative Studies of Referendums. Government by the People*, Manchester, 2002, 51 ss.

⁵ Cfr. A. TORRE, *Il referendum cit.*, 33.

⁶ Cfr. A. TORRE, *Albert Venn Dicey: un constitutional lawyer al tramonto dell'età vittoriana*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2007, 18. L'Autore sottolinea come nella concezione di Dicey vi fosse una diretta analogia tra il referendum consultivo e le elezioni generali, entrambi considerati come "uno strumento per restituire armonia a quell'*idem sentire et velle* che dovrebbe legare intimamente il Parlamento al corpo elettorale".

⁷ Cfr. A. TORRE, *Il referendum cit.*, 35; Id., *Albert Venn Dicey cit.*, 18.

istituzionali⁸, come strumento capace di limitare il dominio partitico sull'istituzione parlamentare. Nel pensiero di Dicey, soprattutto, l'istituto referendario acquisiva rilevanza con la perdita di legittimazione della House of Lords e della sua funzione di contrappeso nei confronti della Camera dei Comuni⁹, per controbilanciare l'emersione del potere incontrastato di una singola camera parlamentare¹⁰.

Dagli anni Settanta vi è stato un incremento nell'uso dell'istituto referendario che, da strumento di risoluzione di conflitti anche interni alla Camera dei Comuni, ha assunto sempre più la funzione di regolare scelte su materie di rango costituzionale¹¹. L'uso sempre più frequente del referendum, al pari di quanto è avvenuto in altri ordinamenti, ha mantenuto però sempre un carattere integrativo e di continuità rispetto alla democrazia rappresentativa.

È possibile, in base all'oggetto, individuare innanzitutto i referendum che vertono su materie di rango costituzionale, per le quali si richiede l'espressione congiunta della volontà del popolo e di quella dei suoi rappresentanti. In tal modo si crea un rafforzamento costituzionale della disciplina della materia oggetto del referendum, che necessita, per le successive modifiche, del duplice intervento della democrazia diretta e rappresentativa. In un ordinamento caratterizzato dall'assenza di una Costituzione formale, scritta e rigida, i *constitutional entrenched* costituiscono espressione di una necessità di razionalizzazione idonea a garantire una maggiore stabilità e certezza attraverso l'intervento del popolo¹². Rientrano in tale categoria i referendum sull'appartenenza alla CEE del 1975, così come i referendum devolutivi del 1998. Le materie oggetto di questi referendum necessitano, pertanto, ai fini della loro modifica, del supporto del popolo e del Parlamento¹³.

⁸ Cfr. A.TORRE, *Il referendum* cit., 36.

⁹ Cfr. A.V. DICEY, *Ought the Referendum To Be Introduced into England?*, in *Contemporary Review*, 1890, 489 ss. e ID, *A Symposium on the Referendum*, in *National Review*, 1894, 65 ss.; ID, *The Referendum and Its Critics*, in *Quarterly Review*, 1910, 538 ss. Cfr. M. QVORTRUP, *A Comparative* cit., 54, sull'effetto educativo della democrazia diretta nel pensiero di Dicey cfr. D. BUTLER, U. KITZINGER, *The 1975 Referendum*, London, 1976, 9: gli Autori definiscono il referendum come «*the only check on the predominance of party which is as the same time democratic and conservative*».

¹⁰ Cfr. A.TORRE, *Il referendum* cit., 12-17, L'Autore sottolinea come, dall'esame della storia costituzionale britannica, sia possibile desumere che l'istituto referendario sia stato usato per risolvere delle condizioni di *impasse* costituzionale.

¹¹ Cfr. A.TORRE, *Albert Venn Dicey* cit., 50.

¹² Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent Commission on Referendums*, 2018, 41, consultabile in <https://www.ucl.ac.uk/constitution-unit/>.

¹³ Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., 35-40. Si sottolinea come la scelta di indire i referendum devolutivi fu giustificata al fine di ottenere un rafforzamento costituzionale, attraverso il diretto coinvolgimento del popolo. Anche il referendum del 1998 sul *Good Friday Agreement* fu proposto per legittimare il processo di pace nell'isola irlandese, al fine di ottenere un maggiore e duratura stabilità e per ottenere un rafforzamento costituzionale. L'ac-

A volte, diversamente, i referendum sono stati organizzati per superare conflitti all'interno del Governo o tra il Governo nazionale e quelli locali. Sono esemplificazioni della prima ipotesi i referendum sull'appartenenza alla CEE del 1975¹⁴, i primi referendum devolutivi del 1979, il referendum sul sistema elettorale del 2011¹⁵ e quello sull'uscita dall'UE del 2016¹⁶. Nel caso, invece, del referendum del 2014 sull'indipendenza della Scozia, il contrasto era tra il Governo scozzese e quello britannico¹⁷.

Un altro criterio di classificazione dei referendum nel sistema britannico è in base al loro carattere preventivo o successivo alla legge che disciplina la materia oggetto del referendum.

In particolare, i *pre-legislative* referendum necessitano di una successiva legge che consenta l'attuazione delle modifiche approvate, come è accaduto, infatti, per i referendum devolutivi del 1998¹⁸, per il referendum sull'indipendenza della

cordo venne, quindi, sottoposto ad un contestuale referendum sottoposto all'elettorato inglese e irlandese, con esito positivo. Allo stesso modo avvenne per il referendum del 1998 per legittimare l'assemblea e il sindaco elettivo a Londra e il referendum del 2004 per il North East per legittimare l'introduzione di un'assemblea legislativa, in questo caso l'esito del referendum fu, però, negativo.

¹⁴ Il referendum del 1975 ha consentito la permanenza del Regno Unito nella Comunità europea. Già nel manifesto laburista del 1974 si era espressa la volontà di rinegoziare i termini dell'appartenenza alla Comunità europea e di volere sottoporre i termini della rinegoziazione al popolo, attraverso un'elezione o un referendum. Fu così che, dopo le elezioni politiche, si scelse di indire il referendum. La dottrina sottolinea come la scelta referendaria sembrava dovesse risolvere i conflitti all'interno del partito. La situazione conflittuale è resa evidente dall'autorizzazione del Governo rivolta ai ministri di potere dissentire dalla linea politica governativa, cfr. D. BUTLER, U. KITZINGER, *The 1975 Referendum* cit., 52.

¹⁵ Il referendum del 2011 ha riguardato la modifica del sistema elettorale per l'elezione dei rappresentanti in seno alla Camera dei Comuni: nel manifesto dei Lib Dems si era fatto esplicito riferimento all'introduzione del sistema del voto singolo trasferibile, mentre nel manifesto dei conservatori non c'era nulla al riguardo. Il compromesso fu l'indizione del referendum sul voto alternativo, ma, come è noto, l'esito fu negativo.

¹⁶ La coalizione governativa, nel 2011, aveva introdotto una legislazione che richiedeva un referendum su ogni nuovo trattato che trasferiva poteri all'UE. Nel 2012, i deputati conservatori votarono una mozione per un referendum sull'appartenenza all'UE: la mozione fallì, ma non fece venir meno la pressione sul referendum. Il referendum sull'appartenenza dell'UE venne poi inserito nel manifesto dei conservatori del 2015 e il progetto referendario venne presentato nel 2017, nonostante il Premier non concordasse sulla consultazione. Come nel 1975, espressa la posizione ufficiale del Governo, si diede ai ministri la possibilità di dissentire. Cfr. Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., 23 ss.

¹⁷ Il referendum sull'indipendenza della Scozia del 2014 era rivolto alla sola popolazione scozzese. Nell'ottobre del 2012 era stato firmato dal Governo centrale e da quello scozzese l'*Edinburgh Agreement*, in cui si erano stabiliti i termini con cui si sarebbe convocato il referendum e la validità dello stesso. L'accordo venne, poi, confermato con un *Order in Council*, sotto la sezione 30 del *Scotland Act* 1998.

¹⁸ Tutti gli altri precedenti referendum erano stati post-legislativi: nei referendum sulla devolution del 1979 agli elettori scozzesi e gallesi si era chiesto se volevano che la legislazione entrasse

Scozia del 2014 e per l'ultimo referendum sulla Brexit del 2016. In tutte queste esperienze era necessaria una legge successiva al referendum che rendesse effettivo il risultato: svolgono questa funzione lo *Scotland Act* e il *Government of Wales Act* del 1998. Dopo il voto del giugno del 2016, finalizzato alla fuoriuscita dall'PUE, il Parlamento ha votato per la notifica che attivasse la procedura di cui all'art. 50 TUE e il Governo ha cominciato le negoziazioni. Allo stesso modo si osserva che se il referendum sull'indipendenza scozzese fosse andato a buon fine sarebbe cominciato un processo di negoziazione tra il Governo scozzese e quello britannico.

La critica che si pone nei confronti del referendum pre-legislativo è duplice: da un lato si sottolinea come il popolo voti senza avere certezza sul contenuto della proposta che, non essendo stata oggetto di deliberazione parlamentare, potrebbe non avere i requisiti della chiarezza. Inoltre, non si avrebbe la certezza del tipo di implementazione che si realizzerebbe, *ex post*, in sede parlamentare. Da un altro punto di vista, si evidenzia la difficoltà di delineare i margini deliberativi di un Parlamento che, pur non essendo giuridicamente vincolato dal referendum a prendere una determinata decisione, si trova comunque a dovere tenere in considerazione la manifestazione di volontà espressa dal popolo¹⁹.

Si evidenzia come un referendum pre-legislativo abbia, infatti, delle conseguenze sul processo legislativo successivo all'esito referendario. Resta, infatti, latente la contraddittorietà tra la non vincolatività del referendum per il Parlamento e l'impossibilità per le forze governative di agire politicamente senza tenere conto dei risultati referendari²⁰.

La dottrina è solerte nel richiedere che il referendum pre-legislativo debba essere accompagnato da un insieme di garanzie, poiché la consultazione antecedente all'elaborazione di un disegno di legge potrebbe risultare inadeguata sia nel caso in cui gli elettori non fossero messi nelle condizioni di avere adeguate informazioni, sia nel caso in cui non venisse garantito tempo sufficiente per un dibattito. In tal senso, in caso di un referendum pre-legislativo, si sottolinea l'opportunità di redigere un *white paper* che individui nel dettaglio le proposte governative e le sue implicazioni.

in vigore; nel referendum sull'appartenenza alla CE del 1975 si chiedeva di preservare uno *status quo*; nel referendum dell'Irlanda del Nord del 1973, con cui si è risolta la questione dell'appartenenza dell'Irlanda del Nord al Regno Unito, l'opportunità della consultazione popolare fu ricondotta alla necessità di definire una linea guida da seguire per le negoziazioni, dando conferma alla politica governativa che si era impegnata a garantire che l'Irlanda del Nord non avrebbe cessato di far parte del Regno senza il consenso della maggioranza del popolo; cfr. D. BALSOM, *The United Kingdom: Constitutional Pragmatism and the Adoption of the Referendum*, in M. GALLAGHER, P.V. ULERI (a cura di), *The Referendum Experience in Europe*, Basingstoke, 1996, 211.

¹⁹ Cfr. B.K. WINETROBE, *The Referendums (Scotland and Wales) Bill*, 1997, in *Research Paper 97/61*, London, *House of Commons Library*, 24.

²⁰ Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., 39.

Il referendum del 2016 sulla Brexit presenta simili peculiarità. Ha messo, infatti, il popolo davanti ad una scelta che non era condivisa né dal Parlamento né dal Governo: il referendum è stata la sola decisione. Vi è da sottolineare come un cambiamento così importante, senza l'approvazione del Parlamento, sarebbe impossibile negli ordinamenti con una Costituzione scritta²¹. Peraltro, tutti i precedenti casi di referendum *pre-legislative* sono stati caratterizzati da un dibattito in seno alla comunità per un periodo considerevolmente lungo: si pensi alle *conventions* e ai *white papers* in materia di *devolution*²². Nell'ultimo referendum, invece, si è criticata la mancanza di un ampio dibattito, considerando che, a supporto delle ragioni dei *Leave*, c'erano i numerosi anni di crisi economica e di austerità che hanno rafforzato il desiderio di un cambiamento. Sarebbe stato, pertanto, opportuno sottolineare come, anche nel caso della vittoria dei *Remain*, l'integrazione europea sarebbe stata comunque rinegoziata, partendo dall'accordo già siglato tra il Premier Cameron e il Presidente del Consiglio europeo.

I referendum del 1979 sulla *devolution* e i referendum del 2011 sul voto alternativo e sui poteri dell'Assemblea del Galles²³ sono, invece, classificabili come *post-legislative*: le leggi che hanno indetto le consultazioni per questi referendum hanno anche disciplinato le disposizioni che sarebbero entrate in vigore nel caso di esito positivo. I *post-legislative* referendum hanno, pertanto, un effetto più limitante per il Parlamento di quelli pre-legislativi: il cambiamento su cui gli elettori hanno votato può immediatamente essere sottoposto allo scrutinio del Parlamento. Questo non garantisce che il Parlamento condivida l'esito referendario²⁴, che resta comunque sempre consultivo, capace di vincolare solo politicamente, impegnando a dare seguito alla decisione popolare.

I referendum, nel Regno Unito, necessitano sempre di una legge *ad hoc* che convochi la consultazione popolare. Tutti i referendum, tranne quello sul sistema elettorale e quello sull'indipendenza della Scozia, sono stati indetti dal Parlamento di Westminster²⁵.

²¹ Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., 43.

²² La *Scottish Constitutional Convention* si è riunita ad intermittenza per nove anni e alla fine dei suoi lavori ha presentato il *report*: 1995: *Scotland's Parliament, Scotland's Right*.

²³ Nel 2011 si svolse il referendum sui poteri dell'assemblea gallese. Il referendum fu un compromesso tra chi desiderava un ampliamento dei poteri conferiti all'assemblea e chi ne era contrario: originariamente il referendum doveva avere come oggetto il riconoscimento di una potestà legislativa primaria. Dopo che furono conferiti all'assemblea dei limitati poteri legislativi, senza necessità di consultazione popolare, i pieni poteri furono introdotti solo dopo il referendum. Cfr. Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent*, 38.

²⁴ Si pensi al referendum sul cambiamento del sistema elettorale che non era condiviso dalla maggioranza parlamentare.

²⁵ Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., 71.

3. *Democrazia diretta e rappresentativa nell'esperienza del referendum sulla Brexit*

I rapporti tra il Regno Unito e l'UE, prima CEE, è sempre stato caratterizzato da specificità che hanno costituito il tratto saliente della relazione tra i due ordinamenti. Già nel 1975 si era svolto un referendum sull'appartenenza alla CEE, con cui si era confermata la scelta di mantenere lo *status quo*, senza determinare la fuoriuscita dell'ordinamento britannico dall'organizzazione sovranazionale. Entrambi i referendum quello del 1975 e quello del 2016, sono stati indetti in un clima politico disomogeneo, caratterizzato dalla mancanza di condivisione, da parte delle stesse forze governative, delle opzioni prospettate nei referendum²⁶. La scelta di indire la consultazione referendaria agevola la classificazione dell'uso del referendum in senso plebiscitario, come strumento cioè per rafforzare la politica governativa esplicitata nel manifesto elettorale. In tal senso si può asserire che, nel Regno Unito, il referendum è un istituto che opera attraverso i partiti e non un espediente per emarginarli dalla scena politica.

Dall'analisi del referendum sulla Brexit è possibile cogliere la tensione tra la democrazia diretta e rappresentativa ed è possibile osservare come, in una democrazia costituzionale, si riconosca alla manifestazione diretta della sovranità popolare uno spazio soggetto a dei precisi limiti. Inoltre, è anche interessante notare il ruolo assunto nella vicenda dalle corti, che hanno delineato e sottolineato la separazione dei poteri tra gli organi costituzionali e la separazione verticale dei poteri tra i diversi livelli di governo, con ciò concretizzando lo spazio di azione dell'istituto referendario.

Il referendum del 2016 dava agli elettori la possibilità di decidere sull'appartenenza all'Unione, ma nulla determinava rispetto alle modalità e all'implementazione delle conseguenze giuridiche del referendum, che sarebbero dovute essere il frutto di un successivo dibattito governativo e parlamentare. La legislazione generale in materia di referendum, il *Political Parties, Elections and Referendums Act*, 2000, nulla infatti disponeva in merito alle conseguenze giuridico-costituzionali del referendum, confermandone in tal senso la natura consultiva²⁷; l'*European Union Referendum Act* 2015 stabiliva la normativa di dettaglio, quale il quesito da sottoporre agli elettori²⁸ e le due opzioni possibili: “*Remain a member of the Euro-*

²⁶ All'interno dello stesso partito conservatore non vi è un'unica linea di pensiero e, come nel 1975, i ministri vengono lasciati liberi di prendere una posizione autonoma rispetto al Governo. Nonostante il Premier Cameron appoggi la scelta del *Remain*, l'esito del referendum sarà, come è noto, di segno opposto.

²⁷ Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., 50.

²⁸ Il *Political Parties, Elections and Referendums Act*, 2000, che istituisce la disciplina generale in materia di procedura referendaria, lascia salva la facoltà per il Parlamento di Westminster o per i Parlamenti devoluti di approvare una normativa derogatoria e di dettaglio con cui determinare la data della consultazione, il quesito e le risposte; cfr. Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., 50.

pean Union” or “Leave the European Union”, ma lasciava indeterminati i passaggi con cui si sarebbe dovuti addivenire alla fuoriuscita dall’Unione e, soprattutto, lasciava aperto il contenuto della negoziazione²⁹.

La fraseologia scelta per il referendum ha una funzione fondamentale in tema di chiarezza, al fine di fare emergere una volontà popolare chiara e manifesta, che sia, quindi, idonea a porre vincoli stringenti alle forze politiche. Ma la chiarezza va accompagnata alla possibilità di conoscere le conseguenze giuridiche sottese alla scelta. Il carattere pre-legislativo del referendum non ha agevolato la possibilità di mettere gli elettori in grado di cogliere tutte le conseguenze giuridiche dell’esito referendario, lasciate a successive scelte governative e parlamentari. Il referendum sulla Brexit ha, infatti, lasciato ampi margini interpretativi sulla sua portata. In tal senso, per esempio, il Governo ha dedotto dal referendum un significato decisivo, idoneo a permettere l’attivazione della procedura ex art. 50 TUE³⁰, senza il coinvolgimento del Parlamento³¹.

In senso contrario, come è noto, la Corte suprema britannica, ha affermato il carattere rappresentativo della democrazia britannica, senza per questo mettere in discussione l’esito politico del referendum. La Corte ha ribadito come gli effetti del referendum dipendano dalle condizioni stabilite dalla legge che lo ha autorizzato³²: come tale al referendum sulla Brexit non può che essere riconosciuto un effetto consultivo. È, quindi, necessaria una legge del Parlamento per conferire valore giuridico all’esito referendario, al fine di dare concretezza alle modifiche del sistema costituzionale. Si esclude, pertanto, che dal referendum possano discendere effetti giuridici diretti: è compito del Parlamento, nel rispetto del principio della sovranità parlamentare, adottare tutte le misure legislative necessarie per abrogare o modificare la precedente legislazione, non potendo essere vincolato né da precedenti leggi, né dalla volontà popolare³³. Nel caso specifico, solo il Parlamento può approvare la legge per abrogare l’ECA 1972 e disciplinare il periodo di transizione giuridica fino alla cessazione della qualifica di Stato membro dell’Unione.

²⁹ Al riguardo la Corte suprema, nel caso Miller, ha sottolineato che qualunque opinione espressa da ministri sul valore consultivo o decisivo del referendum ha solo valore di una *opinion*: non si tratta di legge. Cfr. Corte Suprema Regno Unito (UKSC), R (*Miller*) v *Secretary of State for Exiting the European Union*, 5, 2017, par. 118.

³⁰ Art. 50 TUE che legittima gli Stati a recedere dall’UE «conformemente alle proprie norme costituzionali».

³¹ In aggiunta al problema della vincolatività politica del referendum, pertanto, si è immediatamente prospettata la questione – di esclusivo rilievo costituzionalistico – dell’effettiva legittimazione del Governo a decidere di avviare – sia pure sulla spinta dell’esito referendario – la procedura di recesso dall’UE ex art. 50 TUE, in virtù delle c.d. prerogative della Corona (*Royal Prerogative Powers*) il cui esercizio è tradizionalmente delegato all’Esecutivo, che quindi è legittimato ad agire in modo autonomo sul piano internazionale.

³² UKSC, R (*Miller*) v *Secretary of State for Exiting the European Union*, 5, 2017, par. 118.

³³ *Ivi*, par. 119.

La Corte suprema, in definitiva, attribuisce al referendum del 2016 un ruolo importante di indirizzo politico, ponendo una netta distinzione tra la questione politica e quella giuridica. Nel confermare il principio della sovranità parlamentare, la Corte indica la strada da seguire per dare attuazione alla volontà del popolo, riconoscendo, nel rispetto del principio della sovranità parlamentare, un ruolo ben preciso al Parlamento ed escludendo sia che il Governo, da solo, sulle basi delle prerogative regie, possa avviare la procedura per uscire dall'UE, sia che possa esservi un coinvolgimento diretto dei Parlamenti regionali accanto al Parlamento di Westminster. Il carattere *complementare* del referendum rispetto al principio di rappresentatività parlamentare resta pertanto confermato dal giudizio delle corti.

Dalle considerazioni svolte discende come la sovranità popolare che si manifesta nel referendum debba essere concretizzata in una legge che giuridicizzi la scelta politica del popolo. La concretizzazione sul piano giuridico resta di competenza del Parlamento, che è politicamente vincolato dall'esito referendario, pur conservando piena discrezionalità su come darvi attuazione. Resta ovviamente il fatto che i membri della Camera dei comuni rappresentano specifici collegi e sono politicamente tenuti a rispettare la manifestazione di volontà degli elettori, pena la sanzione politica della non rielezione. Il referendum consultivo ha quindi avuto l'effetto di vincolare politicamente i pubblici poteri, lasciando al Parlamento il compito di dare forma giuridica alla manifestazione di volontà popolare³⁴.

4. *Il referendum consultivo nell'ordinamento spagnolo*

Se il referendum deliberativo è idoneo a modificare il diritto positivo³⁵, la dottrina tende a definire il referendum consultivo *a contrario*, sottolineandone, almeno teoricamente, la natura non decisionale. In realtà, il dibattito sugli effetti derivanti dal referendum consultivo denota, all'interno della dottrina spagnola, una varietà di soluzioni.

Vi è da aggiungere, in via preliminare, che, oltre al referendum consultivo, la Costituzione spagnola disciplina altre diverse modalità di consultazione referendaria, che rispondono a diverse funzioni: due referendum costituzionali, disciplinati nel Titolo X all'interno delle procedure di riforma e di revisione totale della Costituzione³⁶ e i referendum territoriali disciplinati nel Titolo VIII e nelle

³⁴ La sentenza non si occupa di definire i rapporti tra il voto referendario e il voto parlamentare, scegliendo di considerare il referendum come un atto dal significato eminentemente politico; cfr. G. CARBONI, *A proposito della Brexit: gli effetti del referendum sul Regno Unito e l'Unione europea*, in *DPCE Online*, 2017, <http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/120>.

³⁵ Cfr. J.M. DENQUIN, *Référendums Consultatifs*, in *Pouvoir*, 1977, 81 ss.

³⁶ Cfr. E. GARCIA, *La Spagna*, in E. GARCIA, E. PALICI DI SUNI, M. ROGOFF (a cura di), *Gli*

Disposizioni Transitorie della Costituzione, che si riferiscono all'attuazione, alla modificazione o alla definizione delle competenze delle Comunità autonome³⁷.

La Costituzione spagnola disciplina il referendum consultivo nazionale all'art. 92 cost³⁸. I costituenti hanno optato per un sistema di democrazia parlamentare, riconoscendo all'istituto referendario una funzione limitata³⁹. Il carattere consultivo del referendum ha permesso storicamente di risolvere il dibattito sulla sua compatibilità con il sistema rappresentativo, facilitandone l'integrazione in una concezione puramente parlamentare della democrazia.

La scelta di una democrazia rappresentativa ha trovato giustificazione non solo in ragioni di carattere pratico, ma anche di natura teorica: il carattere plurale della società ha, infatti, imposto una rilevanza decisiva al bilanciamento degli interessi contrapposti che solo la sede parlamentare sarebbe riuscita a contemperare, in una continua ricerca di integrazione del pluralismo presente nella comunità⁴⁰. La previsione del referendum è considerata, pertanto, complementare alla democrazia rappresentativa, esplicitante una funzione di contrappeso all'interno della forma di governo, attraverso la possibilità di mettere in discussione il programma governativo⁴¹.

In senso contrario, parte della dottrina evidenzia come l'istituto referendario non debba essere considerato come uno strumento per rimandare al popolo la

istituti di democrazia diretta nel diritto comparato, Milano, 159. L'Autore sottolinea come il referendum costituzionale si configura come uno strumento che serve per rendere più complessa la procedura di revisione, al fine di garantire una maggiore stabilità dell'ordinamento. La Costituzione spagnola disciplina due diversi procedimenti di revisione costituzionale, uno più semplice all'art. 167 e uno più aggravato all'art.168, in base alle norme costituzionali che si intendono riformare.

³⁷ Si tratta del referendum di iniziativa delle autonomie, previsto ai sensi dell'art. 151, c.1 Cost., finalizzato alla costituzione delle Comunità Autonome; del referendum di approvazione degli statuti ai sensi dell'art. 151, co. 2, nn. 1 e 2 Cost.; del referendum di approvazione degli statuti che sono stati approvati dal Parlamento nazionale in forma di legge organica ai sensi dell'art 152, co.2, n.5 Cost.; del referendum ai sensi dell'art. 152 Cost. per la revisione degli statuti approvati ai sensi dell'art. 151 Cost. e, infine, del referendum previsto della IV Disposizione transitoria della Costituzione per l'incorporazione della Navarra nella CA del Paese Basco; cfr. E. GARCIA, *La Spagna* cit., 160 ss.

³⁸ La legge organica n. 2/1980 del 18 gennaio 1980 disciplina quattro diverse modalità di referendum, cfr. E. GARCIA, *La Spagna* cit., 151.

³⁹ Cfr. J.L.LÓPEZ GONZÁLEZ, *El referéndum consultivo sobre decisiones políticas de especial trascendencia: reflexiones desde el principio democrático en relación al referéndum sobre la Constitución europea*, in *Revista de derecho político*, 2006, 233.

⁴⁰ Cfr. M. ARAGÓN REYES, *La democracia constitucional*, in F. TRUJILLO FERNÁNDEZ, G. LÓPEZ GUERRA, L.Y. GONZÁLEZ, P.J. TREVIANO SÁNCHEZ (a cura di), *La experiencia constitucional (1978-2000)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, 34; M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *La participación directa de los ciudadanos en la Constitución española y la consultas populares en el ámbito estatutario*, in *Revista de derecho político*, 2016, n. 96,121-148.

⁴¹ Cfr. P.VEGA GARCÍA, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid, 1985, 122 ss.

decisione che i pubblici poteri non sono in grado di adottare⁴², ma come uno strumento utile per rafforzare la legittimità della politica del Governo⁴³. Secondo questa accezione si valorizza la valenza plebiscitaria del referendum, idonea ad esprimere la conformità o meno dell'orientamento del popolo rispetto a quello governativo. Il referendum acquisisce, pertanto, valore come strumento di controllo del Capo dell'esecutivo sui partiti politici⁴⁴. Avvalora questa idea il carattere facoltativo⁴⁵ del referendum, la cui iniziativa è attribuita al Capo del Governo su cui solo ricade la responsabilità politica della convocazione⁴⁶. Si richiede, poi, la necessaria approvazione, inappellabile, della maggioranza assoluta dei membri del Congresso dei deputati. Alla luce delle difficoltà nella formazione dei governi negli ultimi anni, sarebbe, oggi, necessario uno sforzo compromissorio tale da coinvolgere le forze politiche di minoranza, al fine di ottenere la maggioranza necessaria per l'approvazione. Il quorum qualificato è previsto nella *Ley Orgánica sobre Modalidades de Referéndum*, a cui la stessa Costituzione rinvia per la normativa di attuazione della disposizione costituzionale⁴⁷. L'autorizzazione del Congresso deve necessariamente essere preventiva alla celebrazione del referendum⁴⁸. Il procedimento di convocazione si conclude, infine, con il decreto regio, previa delibera del Consiglio dei ministri, controfirmato dal suo Presidente.

Il referendum consultivo può vertere solo su una decisione politica di rilevanza nazionale; si esclude possa essere su un testo di legge⁴⁹.

Parte della dottrina riconosce al referendum consultivo limitati effetti, non vincolanti, sottolineandone la funzione di orientamento⁵⁰. Alcuni Autori definiscono la consultazione popolare alla stregua di un sondaggio di opinione, da usare quando, davanti a situazioni straordinarie, Parlamento e Governo si trova-

⁴² Cfr. J.L.LÓPEZ GONZÁLEZ, *El referéndum* cit., 244.

⁴³ *Idem*, 252.

⁴⁴ Cfr. E. GARCIA, *La Spagna* cit., 155.

⁴⁵ Mentre i referendum costituzionali rispondono ad un imperativo costituzionale, sono cioè obbligatori, quelli locali e quello consultivo nazionale necessitano di una manifestazione di volontà da parte degli organi pubblici, cfr. P. LADISA, *Le référendum national consultatif en Espagne*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2000. vol. 52, n. 3, 610.

⁴⁶ Sui diversi orientamenti dottrinari in merito all'attribuzione dell'iniziativa referendaria al solo Governo o al solo Parlamento o da considerarsi come iniziativa complessa, cfr. P.R. RODRÍGUEZ, *El referéndum consultivo en España: reflexiones críticas y algunas propuestas de futuro*, in *Estudios de Deusto*, 2014, 265.

⁴⁷ Sul dibattito in merito alla possibile incostituzionalità del quorum previsto per l'autorizzazione all'indizione del referendum, cfr. J.O. ARAUJO, *El referéndum en el sistema constitucional español*, in *Revista de derecho político*, n. 29, 1989, 124 ss.

⁴⁸ Il Congresso può impedire l'indizione del referendum, ma non può obbligare il Governo a convocarlo, cfr. J.O. ARAUJO, *El referéndum*, cit., 126.

⁴⁹ Cfr. P. LADISA, *Le référendum* cit., 618.

⁵⁰ Cfr. E. GARCIA, *La Spagna* cit., 155; vd. C.R. AGUILERA DE PRAT, *El Uso Del Referendum En La España Democrática (1976-1986)*, in *Revista de Estudios Políticos*, 1992, 162.

no in difficoltà e sia importante conoscere l'opinione del popolo⁵¹. Questo orientamento viene temperato valutando la portata partecipativa della consultazione referendaria e la maggioranza espressa, sottolineando la vincolatività politica per i pubblici poteri dell'indirizzo espresso⁵². Una diversa corrente, invece, afferma che dal referendum discenderebbero effetti giuridicamente vincolanti⁵³: il popolo, come soggetto detentore della sovranità popolare, avrebbe l'ultima parola rispetto gli organi dello stato, esercitando il potere di decidere. Secondo questa linea di pensiero, si esclude che, in una democrazia costituzionale⁵⁴, possa dedursi dal carattere consultivo del referendum la facoltà del Governo di disattendere l'esito del referendum⁵⁵. Il Governo sarebbe, pertanto, obbligato, a dare seguito all'esito referendario nel rispetto dell'opinione generale. Il fondamento normativo si riscontrerebbe nell'art. 1 cost. in cui si prescrive che la sovranità nazionale risiede nel popolo e nell'art. 23 cost. che riconosce il diritto dei cittadini di partecipare alla gestione pubblica direttamente o per mezzo dei rappresentanti.

Nel caso in cui la maggioranza popolare si pronunci in senso contrario all'orientamento governativo e la questione politica sia fondamentale per il programma del Governo, si afferma la necessità che siano indette le elezioni generali anticipate, in modo che il popolo possa confermare una maggioranza consona alle sue opinioni; se, invece, l'opzione del popolo contraria a quella governativa verta su una questione del programma partitico ritenuta non fondamentale, il Governo, invece di chiedere di sciogliere il Parlamento, potrà revocare la sua precedente proposta e conformarsi a quanto espresso dal popolo⁵⁶.

La vincolatività del referendum consultivo troverebbe il suo fondamento nel principio di sovranità popolare: il carattere consultivo non equivarrebbe, pertanto, alla negazione della sua vincolatività. Si ritiene, infatti, che se è indiscutibile il carattere vincolante della manifestazione di volontà popolare nella elezione dei rappresentanti, in modo analogo si deve considerare per le altre manifestazioni di volontà, quali quelle referendarie.

In particolare, la vincolatività del referendum si esprimerebbe in due modi, uno immediato e uno mediato. L'effetto immediato si concretizzerebbe nell'obbligo, per gli organi dello Stato che hanno convocato il referendum, di formalizzare l'esito referendario. L'effetto mediato determinerebbe, nel caso in cui la manifestazione di volontà popolare non dovesse coincidere con quella dei

⁵¹ Cfr. J.O. ARAUJO, *El referendun* cit., 132.

⁵² *Idem*, 133.

⁵³ *Idem*, 134.

⁵⁴ Cfr. J. DE ESTEBAN, *El régimen. cit.*, p.97. J.O. Araujo, *El referendun* cit., 135.

⁵⁵ Cfr. J. DE ESTEBAN, L. LÓPEZ GUERRA, *Referéndun consultivo y decisión política*, in *El Diario El País*, 30 gennaio 1986, 11-12: «*la fuerza vinculante de un pronunciamiento popular, en un Estado definido constitucionalmente como democrático, no puede ser objeto de discusión, salvo que se cuestione el mismo contenido de la democracia*», vd. J.O. ARAUJO, *El referendun* cit., 134-147.

⁵⁶ Cfr. J.O. ARAUJO, *El referendun* cit., 135.

rappresentati, la necessità di indire le elezioni generali⁵⁷. Si riconosce, inoltre, che il risultato referendario sia concretizzato in un progetto di legge conforme alla volontà popolare⁵⁸.

Il riconoscimento del carattere vincolante del referendum consultivo rende meno agevole la definizione delle differenze con il referendum decisionale. Come affermato dalla Corte suprema canadese⁵⁹, chiamata ad esprimere un parere consultivo in merito alla presunta esistenza di un diritto alla secessione unilaterale del Quebec, l'ordine costituzionale non può rimanere indifferente rispetto all'esistenza di una chiara volontà popolare democraticamente espressa su un chiaro quesito. Si propone, pertanto, di usare come criterio distintivo tra le due tipologie di referendum la capacità di produrre effetti diretti o indiretti. Nel primo caso il referendum è decisionale e l'esito referendario è idoneo a innovare l'ordinamento; nella seconda ipotesi il popolo non adotta una norma, ma ordina ad un altro organo di farlo⁶⁰: il popolo si pronuncia su una scelta che dovrà essere ripresa dal Parlamento al fine di produrre effetti giuridici. I rappresentanti restano di fatto vincolati al risultato referendario, ma liberi di scegliere i mezzi più adeguati: non si tratterebbe quindi, di escludere la produzione di effetti giuridici dalla decisione referendaria, ma di riconoscere degli effetti di natura indiretta, non *self-executive*⁶¹.

Se esiste un ampio dibattito sugli effetti del referendum consultivo, non si può non considerare lo scarso uso che se ne è fatto. La consultazione referendaria ai sensi dell'art 92 cost. è stata indetta solo due volte: la prima nel 1986, in merito alla scelta sull'appartenenza della Spagna alla Nato, promosso dal Premier Gonzales e concluso con esito positivo (52% dei sì), ma che ha determinato forti contrasti all'interno della sinistra spagnola: il PSOE rappresentava un partito di tradizione storica neutrale che dovette, però, impegnarsi in prima linea a sostegno del blocco militare. Nonostante il risultato, la dottrina è stata concorde nel suggerire di ponderare bene per il futuro l'uso referendario⁶².

La seconda consultazione si è svolta per approvare il progetto del Trattato sulla Costituzione europea, nel 2005, il cui esito positivo ha visto il formarsi di una chiara maggioranza (76,06 % dei sì, contro il 17,10% dei no), ma il cui seguito non è apprezzabile, poiché il risultato negativo delle consultazioni francesi e olandesi, come è noto, ha interrotto il processo di definitiva approvazione.

⁵⁷ Cfr. J.L. LÓPEZ GONZÁLEZ, *El referéndum* cit., 243 ss.

⁵⁸ Cfr. J.O. ARAUJO, *El referéndum* cit., 131.

⁵⁹ Corte suprema canadese, 20 agosto 1998, *Reference re Secession of Québec*, 1998, 2 S.C.R. 217.

⁶⁰ Cfr. P. TAILLON, *Pour une redéfinition du référendum consultatif*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2007, vol. 59, n.1, 152. L'Autore propone un *referendum d'orientation*, capace di vincolare i parlamentari, pur lasciando discrezionalità sulle modalità di attuazione della scelta manifestata dal popolo, 54.

⁶¹ Cfr. P. TAILLON, *Pour une redéfinition* cit., 56 ss.

⁶² Cfr. C.R. AGUILERA DE PRAT, *El Uso Del Referendum En La España Democrática (1976-1986)*, in *Revista de Estudios Políticos*, 1992, n.75,131 ss.

È oggi attuale il dibattito in merito all'attribuzione alle Comunità autonome del potere di indire il referendum consultivo di cui all'art. 92 Cost. In seguito alle riforme degli statuti regionali, a partire dal 2006, in molti statuti si è previsto il potere di indire consultazioni popolari, nel rispetto di alcuni requisiti quali l'autorizzazione del Governo nazionale, l'oggetto limitato a materie di competenza delle Comunità Autonome e il coinvolgimento del solo elettorato regionale⁶³.

In particolare, parte della dottrina sulla base della formulazione dell'art. 149, c.1, n. 32 cost, che attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato "l'autorizzazione alla convocazione di consultazioni popolari per via referendaria", ha distinto l'istituto referendario da altre tipologie di consultazioni popolari, considerate come strumenti di democrazia diretta posti nella disponibilità degli enti decentrati⁶⁴. Il Tribunale costituzionale, in diverse sentenze⁶⁵, ha definito il referendum come una *species* all'interno della categoria delle consultazioni popolari. In particolare, nella sentenza n.103 del 2008, ha specificato gli elementi che qualificano l'istituto referendario e che lo differenzerebbero da altre forme di consultazioni popolari. Essi sono riconducibili ad un elemento di carattere soggettivo, che si concretizza nel necessario coinvolgimento dell'intero corpo elettorale; all'oggetto della consultazione, che deve vertere su una questione di interesse pubblico ed, infine, si richiede il rispetto di un procedimento gestito dall'Amministrazione elettorale e assistito da garanzie giurisdizionali⁶⁶. In occasione delle spinte secessionistiche catalane, il Tribunale costituzionale è ritornato sull'argomento e, nel dichiarare l'incompetenza del Parlamento catalano a disciplinare legislativamente l'indizione del referendum, ne ha ribadito la riserva statale⁶⁷.

Le consultazioni popolari sono, pertanto, considerate quali strumenti di democrazia partecipativa, ma non espressione del diritto fondamentale di partecipazione politica di cui all'art. 23 cost.⁶⁸. Referendum e consultazioni popolari differenzerebbero, inoltre, per le finalità: con il referendum si ratificherebbero scelte dei pubblici poteri, con le consultazioni popolari si contribuirebbe a formare la volontà politica⁶⁹.

⁶³ Cfr. M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *Cataluña, las consultas populares y el referendum: comentario a la STC 51/2017, de 10 de Mayo de 2017*, in *Teoría y Realidad Constitucional*, 2018, n.41, 441.

⁶⁴ Cfr. A. BUENO ARMÍJO, «Consultas populares» y «Referendum consultivo». *Una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial*, in *Revista de Administración Pública*, 2008, n.177, 195-228; vd. E. GARCIA, *La Spagna* cit., 161.

⁶⁵ Tribunale costituzionale spagnolo n.76 del 14 marzo 1994; n. 119 del 17 luglio 1995; n.103 dell'11 settembre 2008; n.31 del 28 giugno 2010; n.31 del 25 febbraio 2015; n.51 del 10 maggio 2017; n.114 del 17 ottobre 2017.

⁶⁶ Tribunale costituzionale spagnolo n.103 del 2008.

⁶⁷ Tribunale costituzionale spagnolo n.51 del 2017; n.114 del 2017.

⁶⁸ Tribunale costituzionale spagnolo n.31 del 2015; cfr. P.R. RODRÍGUEZ, *El referéndum* cit., 270.

⁶⁹ Cfr. M.I. ÁLVAREZ VÉLEZ, *Cataluña*, cit., 436.

5. *Le leggi referendarie francesi*

L'esperienza britannica e spagnola evidenziano entrambe il primato della democrazia rappresentativa e ammettono il ricorso allo strumento referendario, sottolineandone l'ineditezza a produrre effetti giuridici immediati sulle fonti del diritto. La manifestazione di volontà popolare si incardina all'interno dei limiti sanciti nella Costituzione materiale britannica e nel testo costituzionale spagnolo, escludendo una immediata produttività di effetti giuridici senza l'intercessione del Parlamento e del Governo.

Nell'ordinamento francese si disciplina all'art. 11 della Costituzione il referendum legislativo. Si tratta di un referendum deliberativo, capace, invece, di innovare direttamente l'ordinamento.

La Costituzione francese non disciplina solo il referendum legislativo: l'art. 89 cost. disciplina il referendum costituzionale; l'art. 72-1, co.3 cost. i referendum consultivi per l'istituzione di una collettività locale a statuto speciale o per modificare i confini; l'art.72-4 cost. disciplina il referendum sull'organizzazione, le competenze e il regime legislativo delle collettività territoriali d'oltremare; l'art. 88-5 cost. prevede il referendum sui progetti di autorizzazione alla ratifica dei trattati sull'adesione all'UE di nuovi stati membri. Si definisce, infine, come referendum cd. locale la disciplina dell'art. 72-1 cost. sulle consultazioni su base territoriale.

Queste disposizioni costituzionali concretizzano l'affermazione prevista nell'art. 3 cost, secondo cui "la sovranità popolare appartiene al popolo che la esercita per mezzo dei suoi rappresentanti e mediante il referendum", con ciò ribadendo quanto affermato nell'art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 secondo cui "La legge è l'espressione della volontà generale. Tutti i cittadini possono concorrere alla sua formazione sia direttamente, sia attraverso l'intermediazione dei suoi rappresentanti". Deriva da qui la considerazione che la rivoluzione francese aveva lasciato irrisolta la relazione tra la democrazia diretta e quella rappresentativa, senza riuscire a dirimere la tensione tra la volontà diretta del popolo, che avrebbe sempre potuto modificare la Costituzione, e la rappresentatività espressa in seno all'Assemblea. La conciliabilità tra la sovranità diretta del popolo, di influenza rousseiana, e la rappresentanza parlamentare è rimasta una questione sempre aperta nel dibattito della dottrina francese. Raymond Carré de Malberg aveva affermato, con riferimento alla III Repubblica francese, come il parlamentarismo assoluto avesse preso origine dalla concezione del regime rappresentativo e che il Parlamento, nel suo ruolo di "*pouvoir de représentation*", non avrebbe potuto esercitare le sue funzioni che "*sous réserve des droits du peuple*"⁷⁰. Nella IV Repubblica René Capitant definiva

⁷⁰ Cfr. R. CARRE' DE MALBERG, *Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme*, in, RDP, 1931, 225. in J.C. MENARD, *Referendum législatif: une hydre institutionnelle française*, RJT, 2010, 44, 232.

il referendum come uno strumento di partecipazione popolare nel processo di formazione della decisione politica; Michel Debrè, diversamente, considerava il referendum come un mezzo per garantire l'indipendenza del potere esecutivo al fine di diminuire gli abusi del regime ultra-rappresentativo. Con la Costituzione del 1958 il referendum diventa mezzo di arbitraggio dei conflitti tra parlamento ed esecutivo, configurandosi come uno dei diversi strumenti che i costituenti mettono a disposizione dell'esecutivo per controllare il legislativo⁷¹.

Mentre nell'Assemblea costituente spagnola si discuteva su come si dovesse fondare una democrazia, preoccupandosi di dare alle consultazioni popolari un significato diverso rispetto a quanto non fosse stato fatto durante la dittatura di Franco⁷², in Francia il referendum legislativo è concepito come un rimedio alla sovranità parlamentare, considerata come una usurpazione della sovranità nazionale.

Nonostante, però, il referendum legislativo abbia la capacità di innovare direttamente l'ordinamento, esso va comunque ricondotto all'interno di una democrazia rappresentativa, che pone precisi limiti all'esercizio dell'istituto referendario, attraverso la previsione di un referendum passivo, per il quale solo dal 2008 si è previsto un'iniziativa popolare ma congiunta all'iniziativa di una minoranza parlamentare⁷³.

Sia la revisione costituzionale del 1995, che ha ampliato il campo materiale su cui è possibile convocare un referendum legislativo cercando di ridurre la distanza tra i cittadini e i rappresentanti⁷⁴, sia la revisione del 2008, che ha introdotto la proposta di iniziativa referendaria popolare, hanno cercato di rivitalizzare un istituto che non ha avuto nella storia costituzionale francese un grande successo, essendo configurato in via principale come uno strumento dell'esecutivo⁷⁵.

Superati i primi anni, dal 1961 al 1969, in cui si è avuto un uso plebiscitario del referendum⁷⁶, le consultazioni successive non hanno avuto grande partecipazione popolare e l'esito frequentemente è stato in senso opposto alla linea presidenziale. Se si escludono i primi referendum legislativi con cui si è introdotta

⁷¹ Cfr. J.C. MENARD, *Referendum législatif* cit., 233.

⁷² Cfr. P. LADISA, *Le référendum* cit., 612 ss.

⁷³ Cfr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le rôle du peuple est-il renforcé?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2008, 135.

⁷⁴ Cfr. J.C. MENARD, *Referendum législatif* cit., 235. La dottrina critica la genericità delle materie che possono essere oggetto di referendum legislativo per la vaghezza e l'imprecisione. Inoltre, si critica che il dibattito parlamentare previsto, nel caso in cui sia il Governo a presentare il progetto, non sia in grado di bloccare il referendum.

⁷⁵ Cfr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le rôle du peuple* cit., 133-148.

⁷⁶ Sostiene che il referendum venga usato su iniziativa del Capo dello Stato per approvare la propria politica, J. CADART, *Les inconvénients et les dangers plébiscitaires du référendum d'initiative présidentielle et gouvernementale en France depuis 1958 et les remèdes désirables*, in *Revue internationale de droit comparé*. vol. 28, n.2, 1976, 288.

l'elezione diretta del Capo dello Stato e i referendum sull'autodeterminazione dell'Algeria, a partire dal 1969 i referendum non sono riusciti nell'intento di accrescere la legittimazione popolare del Presidente. Nel 1969 De Gaulle fu battuto sul referendum sulla riforma del Senato e fu costretto a dimettersi; nel 1972 il referendum voluto da Pompidou sull'allargamento della CEE al Regno Unito, Irlanda e Danimarca ebbe risultati mediocri; nel 1998 si raggiunse il 60% di astensionismo per il referendum sugli accordi di Matignon e sull'autonomia della Nuova Caledonia; nel 1992 fu indetto il referendum sul progetto di ratifica del trattato di Maastricht che ebbe esito positivo, anche se nelle successive elezioni parlamentari del 1993 i socialisti non ottennero un forte sostegno popolare; infine nel 2005 il popolo non ha appoggiato il progetto di ratifica del trattato sulla Costituzione europea, provocando una paralisi nel percorso di costituzionalizzazione dell'Europa⁷⁷. Peraltro, al riguardo, va considerato che, dopo la firma sul trattato di Lisbona e la revisione del titolo XV della Costituzione francese, il Parlamento ha autorizzato la ratifica di quest'ultimo Trattato⁷⁸. Si può osservare, pertanto, come la votazione parlamentare abbia, di fatto, superato quella popolare. La dottrina ha considerato che, sebbene formalmente i trattati oggetto del referendum legislativo e dell'approvazione parlamentare fossero diversi, sostanzialmente si equivalevano, tenuto conto delle finalità perseguite, cioè costituire un accordo istituzionale per il governo europeo. La successiva approvazione parlamentare ha così raggiunto lo scopo di proseguire il percorso di integrazione europea, nonostante il precedente esito negativo della consultazione referendaria.

L'art. 11 cost., in particolare, attribuisce al Presidente della Repubblica, su proposta del Governo o su proposta congiunta delle Camere, il potere di convocare un referendum su un disegno di legge, necessariamente limitato, in quanto all'oggetto, alla disciplina dell'organizzazione dei pubblici poteri, alle riforme relative alla politica economica, sociale o ambientale ed ai servizi pubblici ad essi connessi, alla autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali che potrebbero incidere sul funzionamento delle istituzioni, salva la loro conformità alla Costituzione.

Come già accennato, con la revisione del 2008 si è introdotta la proposta referendaria formulata da un quinto dei membri del Parlamento con il sostegno di un decimo dei cittadini iscritti nelle liste elettorali, così permettendo anche all'opposizione parlamentare la possibilità di esercitare lo strumento dell'iniziativa referendaria⁷⁹. Per il Parlamento nasce il solo obbligo di prendere in esame

⁷⁷ Cfr. E. GROSSO, *Una Quinta Repubblica più democratica? La riforma del referendum legislativo e il mito (infranto) della democrazia partecipativa*, in M. CAVINO, A. DI GIOVINE, E. GROSSO (a cura di), *La Quinta Repubblica francese dopo la riforma costituzionale del 2008*, Torino, 2010, 196.

⁷⁸ Cfr. N. NIVERT, *Le statute de la loi référendaire e à l'épreuve du contrôle e de constitutionnalité: contradictions et perspectives*, in *Revue Juridique de l'Océan Indien*, n. 10, 2010, 119.

⁷⁹ Cfr. M. CAVINO, *Conseil constitutionnel*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, *Aggiornamento*, con la collaborazione di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Torino, 2015, 28 ss.

questa proposta, in mancanza del quale il Presidente della Repubblica dovrà indire il referendum.

Il Consiglio costituzionale ha attribuito alle leggi referendarie uno statuto particolare, escludendo che possano essere oggetto del sindacato di legittimità costituzionale. Nel 1962⁸⁰, in occasione del sindacato sulla legge referendaria che introduceva l'elezione diretta del Capo dello Stato, il Consiglio ha escluso che, come organo regolatore dell'attività dei pubblici poteri, potesse controllare le leggi referendarie, espressione diretta della sovranità nazionale⁸¹. Nel 1992⁸², chiamato a giudicare sulla conformità della legge referendaria di autorizzazione alla ratifica del trattato di Maastricht, ha ribadito che l'equilibrio tra i poteri, così come disciplinato dalla Costituzione, impedisce che le leggi referendarie siano oggetto di sindacato di costituzionalità, in quanto espressione diretta della sovranità popolare⁸³. Successivamente, nel 2014, il Consiglio ha confermato il suo orientamento, affermando che le leggi referendarie non possono essere oggetto neanche di una QPC⁸⁴, stabilendo che nessuna disposizione costituzionale e nessuna legge organica gli attribuisce il potere di valutare una QPC relativa ad una legge adottata dal Popolo francese con referendum⁸⁵.

La Corte distingue, pertanto, tra leggi parlamentari e leggi referendarie: il riconoscimento del popolo come il detentore ultimo della sovranità determinerebbe l'esclusione dal sindacato delle leggi referendarie, espressione senza intermediari della volontà popolare. Questo conferma quanto sia ancora fortemente presente, nella cultura giuridica francese, l'idea della immanenza del potere costituente⁸⁶. Da un punto di vista teorico, al popolo sovrano è riconosciuto un ruolo

⁸⁰ Consiglio costituzionale, decisione 61-20 DC del 6 novembre 1962.

⁸¹ Si richiamano infatti gli articoli 17 e 23 dell'*ordonnance portant loi organique du 7 novembre 1958 sur le Conseil constitutionnel*, i quali prevedono espressamente solo il sindacato sulle «*lois votées par le Parlement*». L'art. 61, co.2, Cost. si riferisce, infatti, genericamente alle "leggi" senza distinguere tra quelle approvate in via ordinaria dal Parlamento e quelle approvate con lo strumento referendario di cui all'art. 11 della Costituzione. Ciò avrebbe, pertanto, potuto condurre il *Conseil constitutionnel* a pronunciarsi sulla conformità costituzionale delle une come delle altre. Non è stata però questa la scelta del giudice costituzionale: nel silenzio dell'art. 61 Cost., che disciplina gli atti oggetto del sindacato della corte, il Consiglio ha affermato la propria incompetenza nel rispetto dello "spirito" della Costituzione.

⁸² Consiglio costituzionale, decisione 92-313 DC del 23-9-1992.

⁸³ Sui diversi criteri interpretativi usati dal Consiglio costituzionale per escludere il proprio sindacato cfr. M. CAVINO, *Conseil constitutionnel* cit., 29 ss.

⁸⁴ Consiglio costituzionale, 2014-392 QPC del 25 aprile 2014.

⁸⁵ Sono altresì escluse dal sindacato del Consiglio le leggi costituzionali, anche esse espressione del potere costituente, cfr. A. LE DIVELLEC, A. LEVADE, C. M. PIMENTEL, *Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles, avant-propos*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n.27, (dossier: *Le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles*), janvier 2010; K. GÖZLE, *Le problème du contrôle de la constitutionnalité des lois constitutionnelles*, in *Le pouvoir de révision constitutionnelle*, Villeneuve d'Ascq, 1997, <https://www.anayasa.gen.tr/these.htm/>, 451 ss.

⁸⁶ Cfr. M. CAVINO, *Conseil constitutionnel* cit., 22 ss.

costituente, che si esplica con l'approvazione delle leggi referendarie e costituzionali, anche esse sottratte al giudizio del Consiglio costituzionale: il referendum legislativo troverebbe la sua ragione nel riconoscimento del diritto dei cittadini di manifestare un sentimento contrario a chi esprime la volontà nazionale in suo nome⁸⁷. Queste considerazioni non trovano però riscontro nell'utilizzo fatto dell'istituto referendario, che, nonostante le revisioni che hanno cercato di rafforzare gli istituti di democrazia diretta in un momento di crisi della democrazia rappresentativa, difficilmente potrà essere usato con più frequenza, rimanendo sottoposto al rispetto di procedure complesse e con esiti poco incisivi.

La dottrina è, peraltro, fortemente critica in merito al particolare statuto che il Consiglio ha riconosciuto alle leggi referendarie. In particolare, si sottolinea come l'art. 3 cost. ponga sullo stesso piano l'esercizio della sovranità da parte del popolo e per mezzo dei suoi rappresentanti, conseguentemente, *loi référendaire* e *loi parlementaire* dovrebbero essere considerate entrambe, allo stesso titolo, strumenti espressivi della sovranità nazionale e sottoponibili, pertanto, al medesimo sindacato da parte dei giudici costituzionali⁸⁸. Peraltro, suscita molte perplessità l'orientamento del Consiglio costituzionale che ammette che una legge parlamentare possa modificare, completare o abrogare una legge anteriore, indipendentemente dalla sua origine parlamentare o referendaria⁸⁹. Se alle leggi referendarie viene riconosciuto, infatti, uno statuto diverso rispetto dalle leggi parlamentari, non si spiega, nell'ambito del sistema delle fonti, il mancato riconoscimento alle stesse di una forza passiva rinforzata.

Come si è visto, nel Regno Unito, in caso di referendum su materie di rango costituzionale, come i referendum sulla *devolution*, si sottolinea come ogni modifica successiva dovrà ottenere una riconferma popolare, non essendo sufficiente il solo intervento del Parlamento di Westminster⁹⁰. Questo orientamento non trova un fondamento normativo, la vincolatività nei confronti del Parlamento di Westminster è solo politica, anche se lo *Scotland Act 2016* e il *Wales Act 2017* hanno sancito normativamente che lo *Scottish Parliament* e il *Welsh Assembly* non possono essere aboliti senza un referendum.

In Francia, nonostante il referendum legislativo sia deliberativo e il Consiglio riconosca alle leggi referendarie uno statuto particolare, si ammette, invece, che una successiva legge parlamentare possa emendare o abrogare una legge approvata col referendum.

⁸⁷ Cfr. M. FATIN-ROUGE STÉFANINI, *Le rôle du peuple* cit., 139 ss.

⁸⁸ Cfr. N. NIVERT, *Le statute de la loi référendaire* cit., 126.

⁸⁹ Consiglio costituzionale, decisione 89-256 DC, 9 gennaio 1990.

⁹⁰ Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., p. 41: «*If a referendum has already been held on some issue, future legislation on the same issue will remain politically difficult without a further referendum. It is not easy to imagine that any government could reverse a constitutional change which had been originally endorsed by referendum without the support of a second referendum.*».

La revisione del 2008 ha introdotto un controllo obbligatorio per le proposte di legge referendarie, disciplinato sulla base della legge organica di attuazione⁹¹. Secondo una lettura meramente testuale delle disposizioni normative sembra doversi escludere che tale controllo possa estendersi anche sui progetti di legge referendaria di iniziativa governativa o di iniziativa congiunta delle due Camere. La legge organica sul Consiglio costituzionale, così come successivamente novellata, dispone che il giudice costituzionale debba verificare, entro un mese dalla trasmissione della proposta di legge, il rispetto delle norme procedurali di cui all'art. 11 cost. e la conformità alla Costituzione. Il ruolo del Consiglio non si esaurisce, però, in questa fase, poiché gli è attribuita anche una funzione consultiva e giurisdizionale sulla consultazione referendaria. È nel suo ruolo consultivo, quindi, che potrebbe esercitare il controllo di conformità alla Costituzione anche dei progetti governativi⁹².

L'ordinamento francese disciplina un referendum consultivo all'art. 72-1 cost. Un referendum di questo tipo fu indetto il 6 luglio del 1993 per chiedere agli elettori della Corsica di approvare una riforma istituzionale che avrebbe determinato l'eliminazione dei due Dipartimenti esistenti, conservando due consigli territoriali, e la formazione di una collettività territoriale unica, a cui sarebbero state devolute le competenze dei dipartimenti e della regione. Il referendum ebbe esito negativo (51% voti contrari, 49% voti a favore), comportando la conservazione dell'assetto istituzionale e il blocco della procedura che avrebbe potuto portare all'approvazione di un nuovo statuto per la Corsica⁹³. Il referendum, preventivo e facoltativo, non ha avuto pertanto effetti giuridici diretti, ma ha consentito la scelta di opzioni giuridiche diverse, consoni alla manifestazione di volontà espressa dal popolo.

6. *Riflessioni conclusive*

Le tre esperienze costituzionali esaminate si collocano nella tipologia delle democrazie rappresentative, riconoscendo, con effetti e istituti diversi, la possi-

⁹¹ Legge organica, n. 2013-1114 del 6-12-2013.

⁹² Sul controllo e anche sulla chiarezza e sull'omogeneità del quesito referendario, cfr. M. CAVINO, *Conseil constitutionnel* cit., 21. Il Consiglio costituzionale si è già pronunciato sul punto con la decisione n. 87-226 DC del 2-6-1987 (relativa alla legge di organizzazione della consultazione delle popolazioni della Nuova Caledonia prevista dal 1° co. dell'art. 1 della l. n. 86-844 del 17-7-1986) stabilendo (cons. 3) che non possono essere oggetto di uno stesso quesito disposizioni dal contenuto eterogeneo perché fondate su distinte norme costituzionali. Nel dibattito per la riforma dell'art. 11 Cost. si era discusso in merito al sindacato del Consiglio costituzionale, sottolineando i possibili conflitti tra il giudice costituzionale e il Capo dello Stato, cfr. J.C. MENARD, *Referendum legislatif* cit., 240.

⁹³ Cfr. P. COSTANZO, *La "nuova" Costituzione* cit., 91.

bilità che la sovranità popolare sia esercitata anche attraverso strumenti di democrazia diretta. La scelta dei referendum consultivi ha storicamente permesso una più facile conciliabilità dell'istituto referendario con il sistema rappresentativo, anche se le ragioni per cui nel Regno Unito e in Spagna è stata fatta questa scelta sono strettamente legate alla storia costituzionale che contraddistingue questi due ordinamenti. Nel primo, il principio di sovranità parlamentare e l'impossibilità di porre limiti alle leggi del Parlamento, nel secondo l'uso plebiscitario del referendum nel precedente regime franchista.

In Francia, diversamente, la tensione tra la democrazia diretta e rappresentativa è rimasta sempre presente: al referendum legislativo si attribuiscono effetti giuridici decisivi e alle leggi referendarie uno statuto particolare. Ciononostante, l'uso di tale istituto non è stato frequente e, spesso, con risultati diversi da quelli immaginati. Vi è da dire che le revisioni costituzionali che hanno modificato l'art. 11 cost. hanno perseguito lo scopo di rendere questo referendum più vicino al popolo, cercando di smussare la funzione dell'istituto come strumento per accrescere la legittimazione del Presidente della Repubblica. Allo stesso modo, nel sistema spagnolo, l'attribuzione del potere di indire il referendum, facoltativo, al solo Capo del Governo contribuisce a delineare un istituto volto più a legittimare la politica governativa, che a permettere una funzione di contrappeso del corpo elettorale rispetto ad essa. Anche nel Regno Unito, il referendum è stato spesso usato al fine di attuare gli obiettivi del partito di maggioranza indicati nel manifesto elettorale, come nel caso del referendum sulla devolution o nell'ultimo sulla Brexit. La decisione di indire la consultazione popolare ha trovato giustificazione anche nella necessità di superare divisioni interne allo stesso partito di maggioranza, si pensi al referendum del 1975, o tra partiti, come nel caso del referendum sul sistema elettorale. Le divisioni interne al partito hanno giocato un ruolo importante anche nel caso dell'ultimo referendum del 2016⁹⁴.

Si può osservare come nel tempo vi sia stata una tendenza a razionalizzare la disciplina referendaria; in tal senso l'approvazione del PPERA ha determinato l'entrata in vigore di una disciplina generale in merito alle consultazioni referendarie, che nel tempo sono divenute sempre più numerose. L'uso recente dello strumento referendario è da ricollegarsi all'attuale crisi dei partiti politici e della democrazia maggioritaria, fondata su un sistema bipolare: il referendum sembra essere diventato un mezzo per trasferire direttamente al popolo la scelta su questioni politiche, piuttosto che legittimare le scelte della maggioranza, con esiti però dirompenti per il sistema politico.

Dall'esame svolto, tenuto conto dei concreti effetti derivanti dal referendum consultivo, si può affermare che, sebbene privo di effetti giuridici immediati, questo tipo di referendum ha una idoneità vincolante rilevante. L'esito referen-

⁹⁴ Independent Commission on Referendums, *Report of the Independent* cit., p.41

dario, in Spagna e nel Regno Unito, necessita di un intervento legislativo che formalizzi il risultato. Sebbene non idoneo ad innovare direttamente l'ordinamento, il referendum consultivo determina una *incapacità* per i pubblici poteri di disattendere il risultato elettorale che si concretizza in atti normativi e scelte conformi alla manifestazione di volontà popolare. Alla stregua delle convenzioni costituzionali, idonee a vincolare politicamente gli organi costituzionali sulla base della reciproca legittima aspettativa del comportamento altrui, il referendum consultivo genera vincoli politici capaci di condizionare le scelte degli organi pubblici, pur senza determinare una vincolatività giuridica.

L'uso del referendum consultivo potrebbe essere un modo per rilanciare la democrazia rappresentativa, dato che l'implementazione dell'esito referendario necessita del coinvolgimento parlamentare che attui le scelte popolari. Inevitabilmente diventa fondamentale la scelta sulle questioni su cui indire il referendum: in tal senso il Regno Unito, in mancanza di una Costituzione formale, più si presta a rischi di consultazioni su materie costituzionali, riservate negli altri ordinamenti a procedimenti complessi, che vedono la consultazione popolare sempre necessariamente complementare all'intervento parlamentare. Alla luce della più recenti esperienze referendarie, sembra, infatti, potersi asserire come l'uso del referendum consultivo debba essere supportato da una serie di garanzie e di adeguate valutazioni, inerenti all'oggetto della consultazione.

L'indizione del referendum consultivo potrebbe assumere una maggiore utilità se inserito in un processo di *decision – making*, costruito in modo che il popolo abbia sempre effettivamente due alternative concrete su cui potere scegliere e solo se, prima della richiesta della manifestazione del consenso, al fine riuscire a manifestare la propria volontà in modo consapevole, sia effettivamente assicurato, in via preventiva, un effettivo dialogo che consenta una mediazione tra le forze sociali e politiche.

Non solo, infatti, è importante il carattere puntuale e la chiarezza del quesito referendario, normalmente oggetto di attente valutazioni, ma determinerebbe realmente un'effettiva legittimazione del processo democratico di assunzione della decisione, la garanzia di un'adeguata attività deliberativa che consenta una partecipazione attiva dei cittadini nella determinazione delle proprie opinioni. Come asserisce il sociologo Charles Tilly, la democrazia potrebbe essere definita come una particolare relazione tra lo stato e i cittadini caratterizzata da "*broad, equal, protected and mutually binding consultation*". In particolare, con quest'ultima espressione si intende sottolineare un sistema politico in cui "*state agents have clear, enforceable obligations to deliver benefits*"⁹⁵. Affinchè questo avvenga è necessario che lo stato abbia una *institutionalized capacity* senza la quale non potrebbe essere assicurata la tutela dei diritti o il raggiungimento degli obiettivi socio-economici.

⁹⁵ Cfr. C. TILLY, *Democracy*, Cambridge, 2007, 13 ss.

È altrettanto indispensabile una *civic capacity*, ovvero l'abilità dei cittadini di mobilitarsi e di fare specifiche richieste politiche o di contestare l'azione dello stato. Il sistema democratico è formato da istituzioni democratiche e da una società civile che condivide interessi e politiche pubbliche. La relazione tra lo stato e la società civile dipende dal dialogo esistente tra i due, normalmente caratterizzato dalle elezioni, ma il dialogo può avvenire anche per altre strade, forme e spazi. È necessaria una sfera pubblica, un contesto libero di informazione attraverso cui formare opinioni e scambiare idee ⁹⁶.

In un'epoca caratterizzata dalla crisi dei partiti politici tradizionali e dalla crisi della democrazia rappresentativa, le consultazioni popolari potrebbero essere un valido strumento per incentivare la cittadinanza attiva, la partecipazione e il coinvolgimento della popolazione. Soprattutto al livello di governo più vicino al cittadino, le consultazioni possono servire per dare voce ad esigenze della popolazione con ciò agevolando il crescere della consapevolezza del ruolo politico che ciascuno è chiamato a svolgere. La complementarietà dell'istituto con le assemblee delle comunità, con i sondaggi, ne valorizzerebbe la funzione, incentivando quella necessaria partecipazione che oggi spesso è assente, sempre affiancando i necessari meccanismi di democrazia rappresentativa, che consentono una mediazione inevitabile in una società plurale.

⁹⁶ Cfr. K. SABEEL RAHMAN, *(Re)Constructing Democracy in Crisis*, in *UCLA Law Review*, 2018, 1552-1558.

Abstract

Beyond Representative Democracy? Popular Sovereignty and Referendum in the United Kingdom, in Spain, and in France

by Luciana De Grazia

In this paper the author elaborates on reflections about the role of the referendum in the British legal system, well-known to be characterized by a representative democracy, with the intent to examine the evolution of this institute. It is also a comparative study which examines the effects of the consultative referendum in the Spanish legal system and the characteristics and the effects of the legislative referendum in the French legal system in order to identify the analogies and the differences among these referendum.

Parole chiave: referendum consultivo, referendum legislativo, sovranità popolare, democrazia rappresentativa

Keywords: consultative referendum, legislative referendum, popular sovereignty, representative democracy

Beni paesaggistici, interessi sensibili ed omologazione del regime giuridico*

di Edoardo Giardino

SOMMARIO: 1. I beni paesaggistici tra vincoli di tutela ed esigenze di sviluppo: dalla relazione gerarchica alla ponderazione comparativa degli interessi. – 2. La pluralità degli interessi pubblici e l'ontologia del conflitto nella tutela paesaggistica. – 3. La tutela paesaggistica e l'interesse sensibile postulato: l'(in)attualità di una tutela differenziata. Dall'antitesi dei fini alla sintesi dei valori. – 4. L'interesse sensibile e l'agire *per silentium* nella fase co-decisoria pluristrutturata del procedimento. L'omologazione del regime giuridico e la semplificazione del procedimento. – 5. La tutela dei beni paesaggistici tra disciplina generale e previsioni settoriali: gli effetti abrogativi dello *ius superveniens*. – 6. La tutela del bene paesaggistico tra accelerazione decisionale e composizione dei plurimi interessi pubblici. L'esigenza di tutelare e il bisogno di semplificare: alla ricerca del dovuto equilibrio.

1. *I beni paesaggistici tra vincoli di tutela ed esigenze di sviluppo: dalla relazione gerarchica alla ponderazione comparativa degli interessi*

La tutela paesaggistica, quale riflesso dell'ambiente naturale, ha costituito, sin dalla fine del secondo conflitto mondiale¹, argomento di riflessione, divenendo nel tempo, altresì, finalità da perseguire, *a fortiori*, a fronte dei radicali mutamenti che hanno progressivamente interessato la società, oltremodo segnata da processi di trasformazione istituzionale ed economica.

E così, detta esigenza di tutela matura e si consolida attraverso una lunga fase di elaborazione teorica e di evoluzione normativa, che separa la nozione di paesaggio dapprima da quella di natura² e di ambiente³ e, successivamente,

* Il presente scritto costituisce una versione riveduta del *paper* presentato nell'ambito del Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo (AIPDA) svoltosi presso l'Università degli Studi "Mediterranea" di Reggio Calabria, 4-5-6 ottobre 2018.

¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Protezione dell'ambiente naturale*, in *Enciclopedia del Novecento*, vol. IV, Roma, 1979, 489.

² In argomento cfr. G. PIPERATA, *Paesaggio*, in *Diritto del patrimonio culturale* (di C. BARBAIT – M. CAMMELLI – L. CASINI – G. PIPERATA – G. SCIULLO), Bologna, 2017, 243, per il quale "non si può immaginare un'esatta corrispondenza tra (...) (la natura) e il paesaggio". V., inoltre, H. KUSTER, *Piccola storia del paesaggio*, Roma, 2010, 99 e 103, secondo cui: "la natura non si può creare, ma il paesaggio sì (...), la natura è assoluta il paesaggio invece può essere influenzato", sicché "i paesaggi si formano attraverso le evoluzioni naturali, l'opera dell'uomo e le metafore". Per molto tempo "il paesaggio è stato inteso all'ombra del binomio *arte-cultura*. Tale è stato, del resto, il significato con cui fu adottata già la prima legge in materia, costituita dalla l. 16 luglio 1905, n. 411, riguardante la conservazione della pineta di Ravenna. E tale significato è stato mantenuto dalle l. 11 giugno 1922, n. 778, e l. 29 giugno 1939, n. 1497 sulla tutela delle bellezze naturali. In tutti i casi il fondamento della disciplina era costituito dall'interesse estetico, condiviso con le coeve leggi di tutela del patrimonio storico-artistico" (così G.F. CARTEI, *Paesaggio*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. V, Milano, 2006, 4063).

³ Secondo M. IMMORDINO (*Paesaggio (tutela del)*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 576)

da quella finanche di bene paesaggistico, che in tal guisa si rivela *species* di una dimensione concettuale e giuridica più ampia.

Il paesaggio, infatti, quale *genus* valoriale, postula un alveo di afferenza più esteso di quello assunto dai singoli beni, potendo esso lambire ulteriori aree, del pari, tutelate in virtù dei valori paesaggistici espressi⁴.

Detto distinguo trova piena riprova nell'ordinamento, il quale, infatti, separa le rispettive nozioni, da un lato, delimitando il perimetro tipologico dei beni paesaggistici, ivi altresì esplicitandone il portato ontologico e finalistico⁵, dall'altro,

“è emerso all'attenzione il concetto di ambiente come quadro complessivo di una serie di interventi protettivi di beni aventi rilevanza nel contesto fisico in cui l'uomo vive, si è considerato il paesaggio una delle categorie dei beni ambientali e precisamente quella connotata dal riferimento estetico-culturale connesso alla forma del territorio. La nozione di paesaggio, in altri termini, se presenta un collegamento effettivo con quella di ambiente non sembra coincidere con quest'ultima (...) Dell'ambiente, il quale può essere colto dall'ordinamento in una pluralità di manifestazioni, ciascuna delle quali può costituire oggetto di cura e di tutela specifica, il paesaggio costituisce la componente estetico-culturale riferita alla forma del territorio e segnatamente a quella parte di esse che secondo la valutazione del legislatore esprime «valore», esprime, cioè, una qualità strutturale che è appunto la qualità estetico-culturale”. Sul rapporto tra ambiente e paesaggio, cfr. inoltre M.S. GIANNINI, «Ambiente»: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici, in *Rin. trim. dir. pubbl.*, 1973, 23 e in Id., *Scritti*, vol. VI, Milano, 2005, 455, laddove l'Autore, nell'esaminare i significati giuridici della nozione di ambiente, formula la seguente elencazione: “1) l'ambiente a cui fanno riferimento 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 studi dell'urbanistica”. Sulla “plurisignificanza del termine «ambiente» cfr. sempre M.S. GIANNINI, *Primi rilievi sulle nozioni di gestione dell'ambiente e di gestione del territorio*, in Id., *Scritti*, cit., 870. Sempre sulla relazione tra paesaggio e ambiente, cfr. A. PREDIERI, *Paesaggio*, in *Enc. dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, 507, per il quale la “nozione di paesaggio accolta ha punti di coincidenza strutturali, a diverse profondità, con quella di ambiente, o almeno con alcune nozioni di esso e l'attività di tutela del paesaggio è funzionalmente connessa a quella di tutela dell'ambiente”. Sulla ampiezza del significato di ambiente, cfr. G. PERICU, *Ambiente (tutela dell') nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. I, Torino, 1987, 189, per il quale: “Il termine ambiente è comunemente considerato espressione meta-giuridica e, come tale, descrittiva di una pluralità di fenomeni giuridici diversi tra loro sia per struttura, sia per funzione”. Sulla nozione di ambiente, v. inoltre F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), *Diritto amministrativo speciale*, tomo secondo, Milano, 2003, 2017 ss.; Id., *Ambiente (Dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da S. CASSESE), vol. I, Milano, 2006, 204; E. CAPACCIOLI e A. DAL PAZ, *Ambiente*, in *Nov.mo Dig. It.*, App., I, Torino, 1980, 257. Per un'analisi della tutela dell'ambiente in ambito globale, cfr. L. CASINI, *Potere globale*, Bologna, 2018, 40 ss.

⁴ Cfr. G. PIPERATA, *Paesaggio*, cit., 259.

⁵ Infatti, ex art. 2, commi 1-3-4, del d.lgs. n. 42 del 2004: “1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. (...) 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all'articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge. 4. I beni del patrimonio culturale di appartenenza pubblica sono destinati alla fruizione della collettività, compatibilmente con le esigenze di uso istituzionale e sempre che non vi ostino ragioni di tutela”.

Ed ancora, ai sensi dell'art. 134 del cit. dlgs. n. 42: “1. Sono beni paesaggistici: a) gli immo-

offrendo una nozione di paesaggio non più condizionata dal solo valore estetico, quindi, dalla sola idea astratta di bellezza.

Si afferma, pertanto, una concezione identitaria del paesaggio – invero più aderente al precetto dell’art. 9⁶ della Costituzione – alla cui stregua intendere lo stesso come “il territorio espressivo di identità, il cui carattere deriva dall’azione di fattori naturali, umani e dalle loro interrelazioni”⁷, da tutelare “relativamente a quegli aspetti e caratteri che costituiscono rappresentazione materiale e visibile dell’identità nazionale, in quanto espressione di valori culturali”⁸. La tutela del paesaggio è, pertanto, volta “a riconoscere, salvaguardare e, ove necessario, recu-

bili e le aree di cui all’articolo 136, individuati ai sensi degli articoli da 138 a 141; b) le aree di cui all’articolo 142; c) gli ulteriori immobili ed aree specificamente individuati a termini dell’articolo 136 e sottoposti a tutela dai piani paesaggistici previsti dagli articoli 143 e 156”.

⁶Ex art. 9 Cost.: “La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione”. Sull’art. 9 della Costituzione, cfr. A.M. SANDULLI, *Il paesaggio nella Costituzione*, in *Riv. giur. ed.*, 1967, II, 72 ss.; F. MERUSI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di G. BRANCA), vol. I, Bologna, 1975, 441 ss.; G. SEVERINI, *La tutela costituzionale del paesaggio (art. 9 Cost.)*, in *Codice di edilizia e urbanistica* (a cura di S. BATTINI, L. CASINI, G. VESPERINI e C. VITALE), Torino, 2013, 3 ss.; M. CECCHETTI, *Art. 9*, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI), Torino, 2006, 217 ss.; G. REPETTO, *Art. 9*, in *La Costituzione italiana* (a cura di F. CLEMENTI – L. CUOCOLO – F. ROSA – G. E. VIGEVANI), Bologna, 2018, 65 ss. Sia consentito richiamare, altresì, E. GIARDINO, *La nozione giuridica di ambiente e la sua configurazione nella disciplina costituzionale*, in *Arch. giur. Filippo Serafini*, n. 2/2005, 199 ss.

⁷ Art. 131, comma 1, d.lgs. n. 42/2004. È stato osservato che tale definizione di paesaggio si rivela “molto distante dalla nozione che era stata accolta nella l. 1497/1939 e che sottoponeva a salvaguardia solo quelle bellezze naturali di cui si dichiarava l’interesse in base al loro valore estetico. In altri termini, il precedente sistema legislativo individuava i beni e ne assicurava la tutela solo a condizione che si potessero identificare come «bellezze», dotate cioè di qualità estetiche tali da giustificare un interesse pubblico alla loro conservazione. Il paesaggio veniva definito attraverso l’uso del c.d. criterio della pietrificazione, che permetteva di cogliere il valore paesistico solo in quei beni che rappresentavano «quadri naturali» (...) Il Codice (soprattutto in seguito alla novella della 2008) supera definitivamente il concetto di paesaggio ancorato all’idea astratta di bellezza e determinabile soltanto attraverso criteri estetici con i quali valutare singoli beni, spazi e contesti più ampi e le loro specifiche caratteristiche. Ma il processo di abbandono della concezione estetica di paesaggio era iniziato ben prima dell’innovazione codicistica. Un significativo cambio di rotta al riguardo era stato anticipato già in sede di commissione Franceschini, istituita con la l. 26 aprile 1964, n. 310, la quale – al termine dei suoi lavori – aveva proposto la configurazione del patrimonio culturale della Nazione con quei beni che avrebbero potuto essere individuati non per il loro valore estetico, ma perché costituiscono testimonianze materiali aventi valore di civiltà. L’accezione di paesaggio proposta dalla commissione Franceschini influenzò anche la dottrina successiva (...)” (G. PIPERATA, *Paesaggio*, cit., 246-247). Al riguardo, cfr. A. PREDIERI, *Significato della norma costituzionale sulla tutela del paesaggio*, in *Id.*, *Urbanistica, tutela del paesaggio, espropriazione*, Milano, 1969, 11 ss.. Sulla concezione identitaria del paesaggio, v. anche E. BOSCOLO, *La nozione giuridica di paesaggio identitario ed il paesaggio «a strati»*, in *Riv. giur. urb.*, 2009, 57 ss.; R. FATTIBENE, *L’evoluzione del concetto di paesaggio tra norme e giurisprudenza costituzionale: dalla cristallizzazione all’identità*, in *federalismi.it*, n.10/2016.

⁸ Art. 131, comma 2, d.lgs. n. 42/2004.

perare i valori culturali che esso esprime”, sicché l’intervento sul paesaggio deve assicurare “la conservazione dei suoi aspetti e caratteri peculiari”⁹.

La visione pietrificata o cristallizzata del paesaggio, giacché “riduttiva ed estetizzante”¹⁰, viene superata da una idea di appartenenza, quindi, identitaria, che di certo ne amplia l’ambito di tutela, rendendo il paesaggio stesso espressione della morfologia del territorio, come tale, inerente l’ambiente nel suo tratto visivo¹¹. Si tratta, a ben vedere, di una concezione legata ad una idea di bene ambientale altrettanto morfologica e, più segnatamente, ad una “morfologia complessa” volta – come ribadito dalla Corte costituzionale – a ricomprendere “non solo la tutela di interessi fisico-naturalistici, ma anche i beni culturali e del paesaggio, idonei a contraddistinguere in modo originale, peculiare e irripetibile un certo ambito geografico e territoriale”¹².

E ciò in linea con quanto disposto dall’art. 9 della Costituzione, il quale, sancendo il principio fondamentale della tutela del paesaggio, null’altro specifica, giacché è lo stesso aspetto del territorio, per i contenuti ambientali e culturali recati, che già, di per sé, costituisce un valore costituzionale¹³.

Tutela, questa, che, proprio in virtù della sua sussunzione tra i principi fondamentali della Costituzione, viene altresì intesa come “forma di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e sanità, con riferimento anche alle generazioni future”¹⁴, donde il suo valore primario ed assoluto, la cui salvaguardia precede e costituisce un limite alla cura di altri coesistenti interessi pubblici¹⁵.

La rilevanza assunta dal paesaggio e, quindi, dalla sua tutela quale insopprimibile valore costituzionale, ha reso il bene da preservare una realtà finanche etico-culturale, riflesso di quelle culture del luogo, cui “si connettono altri beni culturali, anche immateriali, come i fenomeni etnografici, la memoria orale, il patrimonio linguistico dialettale, proponendosi”¹⁶ in tal guisa “come realtà etica, secondo il significato originario di *ethos*, appunto, luogo, dimora e perciò, anche, espressione del *genius loci* (...)”¹⁷.

⁹ Art. 131, comma 4, d.lgs. n. 42/2004.

¹⁰ Cfr. G. PIPERATA, *Paesaggio*, cit., 252.

¹¹ Cfr. Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, in www.cortecostituzionale.it. Al riguardo, cfr. M. IMMORDINO, *La dimensione «forte» della esclusività della potestà legislativa statale sulla tutela del paesaggio nella sentenza della Corte costituzionale n. 367 del 2007*, in *Aedon*, n. 1/2008.

¹² Corte cost., 30 marzo 2018, n. 66, in www.cortecostituzionale.it.

¹³ Cfr. Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, cit..

¹⁴ Corte cost., ord., 6 marzo 2001, n. 46, in *Corr. giur.*, n. 4/2001, 553.

¹⁵ Corte cost., 7 novembre 2007, n. 367, cit. V., inoltre, Corte cost., 1 aprile 1985, n. 94, in *Giur. Cost.*, 1985, I, 604; Id., 21 dicembre 1985, n. 359, in *Foro It.*, 1986, I, 1789 con nota di M. IMMORDINO; Id., 27 giugno 1986, n. 151, in *Riv. giur. edil.*, 1986, I, 701; Id., 22 maggio 1987, n. 183, in *CED Cass.*, 1987; Id., 28 maggio 1987, n. 210, in *Cons. Stato*, 1987, II, 920; Id., 10 marzo 1988, n. 302, in *Foro It.*, 1988, I, 1017; Id., 30 maggio 2008, n. 180, in www.cortecostituzionali.it; Id., 22 luglio 2009, n. 226, in *Urb. app.*, n. 9/2009, 1073; Id., 23 novembre 2011, n. 309, in www.cortecostituzionale.it.

¹⁶ C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, in *Aedon*, n. 2/2007, 2.

¹⁷ *Ibidem*. Secondo l’Autrice, al riguardo, è dato «andare molto indietro nel tempo, sino alle

Si invero, così, una lettura del paesaggio che postula una costante interazione tra l'uomo e la natura, la quale rende lo stesso non solo un ambito fisico quanto soprattutto “un processo creativo continuo, incapace di essere configurato come realtà o dato immobile”¹⁸, ove il visibile coesiste con il non visibile, ivi cumulandosi la realtà materiale con quella di “senso o di valori”¹⁹.

La natura polisemica²⁰ e valoriale del paesaggio, pertanto, altro non è che l'esito di un lungo percorso evolutivo, ove il diritto “trovando dinanzi a sé (...) una natura osservabile e spiegabile solo in forme di regolarità causale (...) si volge altrove: non più al mondo fisico, ma al mondo immateriale dei valori”²¹.

Tutto questo giustifica la scelta del legislatore, da un lato, di annoverare i beni paesaggistici nella categoria del patrimonio culturale, unitamente ai beni culturali²², dall'altro, di non ricomprendervi anche ‘il paesaggio’, ritenendo così quest'ultimo “una categoria concettuale più ampia che comprende ma non si risolve nei beni paesaggistici”²³.

origini del sapere occidentale, ricordando la cultura greca classica, per la quale, come testimonia Senofonte nell'*Economico*, il gentiluomo di campagna, colui che si dedicava all'agricoltura era, anche per Socrate, il *kalos kagathos*, ossia l'uomo bello e buono, in quanto agiva sullo spazio in cui sviluppa la vita umana, uno spazio che è totalità etica ed estetica; Cicerone che, nel *De natura deorum*, ricorda tra le arti necessarie quelle che vedono l'uomo creare nella natura quasi un'altra natura; Ovidio, per il quale, nelle *Metamorfosi*, la trasformazione del caos in cosmo si deve all'intervento delle Muse che conducono l'uomo a porre ordine nella natura». L'Autrice rimarca «la ragione che ha spinto la filosofia moderna a riconoscere nel paesaggio una “realtà etica”, nel senso appunto kantiano, in quanto opera dell'uomo sulla natura, dunque espressione dell'azione libera dell'uomo che, come tale, ne richiama la responsabilità, la scelta, appunto l'etica. Premessa di quello che sarebbe, poi, diventato l'esito cui è giunta la filosofia contemporanea, secondo la quale il paesaggio è una realtà non solo estetica, ma anche etica, perché risultante dell'incontro fra uomo e natura. Di più, in quanto frutto della creazione non di un solo uomo, ma di un intero popolo, il quale crea il proprio paesaggio, incidendovi l'impronta di sé, è anche realtà etico-culturale. Tesi che trovano evidenti corrispondenze anche in quelle letture, proprie dell'analisi giuridica, volte ad individuare nel paesaggio la “forma del paese” oppure, ed anche, la “proiezione culturale del territorio”, espressione della sua identità ambientale». A tal fine, cfr. A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., 506 ss.; P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2/2004, 407. Più in generale, cfr. S. SETTIS, *Il paesaggio come bene comune*, Napoli, 2013, 18.

¹⁸ A. PREDIERI, *Paesaggio*, cit., 507.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cfr. P. CARPENTIERI, *La nozione giuridica di paesaggio*, cit., 363 ss.

²¹ N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, 30. Per l'Autore “(l)a filosofia dei valori prende il luogo del vecchio giusnaturalismo, è un surrogato di ciò che la natura non è più in grado di offrire” (*Ibidem*).

²² Cfr. art. 2, comma 1, d.lgs. n. 42/2004. Per M.S. GIANNINI (*I beni culturali tra principi generali e società*, in *Id. Scritti*, vol. VII; 2005, 893), considerando la definizione più accolta e diffusa, il bene culturale deve essere inteso “come testimonianza materiale avente valore di civiltà. Nozione comprensiva anche dei beni paesistici ed ambientali, tenendo conto che essi in tanto sono beni culturali in quanto l'opera dell'uomo tali li renda, direttamente o indirettamente”.

²³ Cfr. C. BARBATI, *Il paesaggio come realtà etico-culturale*, cit., 3.

Il paesaggio assurge, così, a “valore etico-culturale”²⁴, che postula una coesistenza di azioni svolte da più soggetti, i quali operano “in un vincolo reciproco di cooperazione leale”²⁵ e dove la gerarchizzazione che governa gli interessi²⁶, pur necessaria, nel tempo, non può non evolversi in senso ponderativo, in ragione della necessità, sempre più ineluttabile, di comparare onde conformare, laddove possibile, la tutela del paesaggio e dei suoi beni alle insopprimibili esigenze sociali di sviluppo e modernizzazione, espressione, a loro volta, di principi e valori costituzionali parimenti fondamentali.

Si consideri, al riguardo, quanto infatti disposto dagli articoli 2 e 3 della Costituzione in ordine alla priorità che l’ordinamento costituzionale ascrive, rispettivamente, alla intangibilità dei diritti inviolabili dell’uomo nonché al vincolo per la Repubblica di 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.

Le continue trasformazioni, infatti, che permeano la società e i suoi bisogni, nel quadro di una infinita metamorfosi di sistema, rendono vieppiù marcato il conflitto “fra l’attività di produzione e l’attività di protezione”²⁷, *a fortiori* a fron-

²⁴ Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 341, in *Cons. Stato*, 1996, II, 1657. Sul valore estetico-culturale del paesaggio, cfr. G.F. CARTEI, *Il paesaggio*, in *Trattato di diritto amministrativo* (diretto da S. CASSESE) *Diritto amministrativo speciale*, tomo secondo, Milano, 2003, 2127, per il quale: “È interpretazione diffusa che l’individuazione nella nozione di un valore estetico-culturale mira a privilegiare determinati bisogni umani e spirituali in contrasto con tradizionali equilibri di interessi ed accentua i profili emotivi e conoscitivi legati ad una particolare relazione che si instaura tra le caratteristiche morfologiche dell’ambiente ed il sentire comune, individuale e collettivo, in un particolare momento storico”. V., altresì, M. IMMORDINO, *Vincolo paesaggistico e regime dei beni*, Padova, 1991, 42.

²⁵ Corte cost., 18 ottobre 1996, n. 341, cit. V., inoltre, Corte cost., 7 novembre 1994, n. 379, in *Cons. Stato*, 1994, II, 1622; Id., 10 marzo 1988, n. 302, in *Foro It.*, 1988, I, 1017; Id., 29 dicembre 1982, n. 239, in *CED Cassazione*, 1982.; Id., 24 luglio 1972, n. 141, *ivi*.

²⁶ Sul vincolo di operare, in tal caso, “non (...) (già) una ponderazione comparativa tra un interesse primario ed un interesse secondario, ma unicamente (...) un giudizio in concreto circa il rispetto da parte dell’intervento progettato delle esigenze connesse alla tutela del paesaggio stesso” cfr. *Cons. Stato*, Sez. VI, 9 maggio 2018, n. 2768, in www.giustizia-amministrativa.it. Cfr., inoltre, TAR Toscana, Sez. I, 27 novembre 2006, n. 6045, *ivi*, secondo cui: “La tutela del paesaggio costituisce valore costituzionale primario, ai sensi dell’art. 9 Cost., come tale non suscettibile di essere subordinato a qualsiasi altro (...) Ne discende che la primarietà di tali principi se non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, origina tuttavia la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dalle pubbliche amministrazioni nell’esercizio della funzione di pianificazione del territorio e, quindi, implica l’esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all’interno dei quali si esprime la discrezionalità amministrativa, escludendo, al contempo, che il bene in questione possa essere meramente pretermesso a vantaggio di altri interessi, pure se assistiti da adeguata tutela”.

²⁷ L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, in *I nodi della Pubblica Amministrazione* (a cura di L. TORCHIA), Napoli, 2016, 17.

te di un'accezione identitaria di paesaggio, che tende a preservare e, quindi, ad escludere dall'intervento e dai mutamenti vasti ambiti territoriali.

Si avverte così – e non da oggi – il bisogno di valutare in concreto così da poter ponderare, attraverso un vaglio reso *ex post*, che, quindi, non risenta di verità precostituite, le quali, all'atto della scelta, sovente permangono solo in apparenza, svanendo invece sul piano reale.

Occorre, in altri termini, che si consolidi un'idea evolutiva di tutela, che – come, già peraltro da tempo, rilevato dalla Corte costituzionale – “non può venire realisticamente concepita in termini statici, di assoluta immodificabilità dei valori paesaggistici registrati in un momento dato, ma deve, invece, attuarsi dinamicamente e cioè tenendo conto delle esigenze poste dallo sviluppo socio-economico del paese per quanto la soddisfazione di esse può incidere sul territorio e sull'ambiente. Si vuol dire con ciò che (...) la tutela del paesaggio presuppone, normalmente, la comparazione ed il bilanciamento di interessi diversi, in particolare degli interessi pubblici rappresentati da una pluralità di soggetti, la cui intesa è perciò necessario perseguire di volta in volta, se comune a tutti è il fine costituzionalmente imposto, appunto, della tutela del paesaggio”²⁸.

E tutto questo risulta, oltre che attuale, viepiù impellente nel corpo di un diritto amministrativo che è ormai mutato, trasformandosi “da diritto del potere pubblico in diritto della società (...) da diritto normativo e giurisprudenziale in diritto di principi”²⁹ e nel quale – come rimarcato dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – “alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino”³⁰.

Quanto detto, a ben vedere, riflette quel processo di metamorfosi, che, ormai da tempo, segna il diritto amministrativo e l'equilibrio su cui lo stesso si fonda in seno ad una società complessa, qual è quella attuale, ove, pur dequotandosi la diade autorità-libertà, tuttavia permane intatto il conflitto tra ciò che è e ciò che deve essere, quindi, tra il diritto delle possibilità, che “corre verso pluralità crescenti delle scelte”³¹ e quello della necessità, ancorato, invece, alla sfera del vincolo “che si eleva al di sopra delle diversità e che non ammette deroghe o alternative”³².

²⁸ Corte cost., 1 aprile 1985, n. 94, cit..

²⁹ L. TORCHIA, *Diritto ed economia fra Stati e mercati*, Napoli, 2016, 38.

³⁰ Cons. Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2018, n. 5, in *Foro It.*, 2018, 3, 1, 711. In senso analogo, cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, in www.giustizia-amministrativa.it.

³¹ M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006, 78.

³² *Ibidem*.

2. *La pluralità degli interessi pubblici e l'ontologia del conflitto nella tutela paesaggistica*

Il permanente conflitto tra ciò che è possibile e ciò che, invece, è necessario in ambito paesaggistico ha inciso sullo storico legame che, per molto tempo, ha unito il diritto alla natura, il primo infatti recando “sempre dentro di sé un’immagine della natura, un suo proprio modo di riferirsi e determinarsi nei confronti di essa”³³.

Tuttavia, l’antico rapporto fra diritto e natura è stato progressivamente sostituito dal nesso che da anni ormai accosta il diritto alla tecnica³⁴, a fronte di un processo di erosione di regole e valori volti ad “asservire la natura” e quindi a “conformarla ai bisogni dell’uomo”³⁵.

E così, proprio l’insorgere di nuovi bisogni ha favorito la pretesa di nuove regole capaci di scongiurare inutili quanto ingiusti sacrifici, nel quadro di un agire amministrativo sempre più dimora di interessi pubblici coesistenti, che operano, sovente, in conflittuale interazione.

Invero, è con l’avvento dello Stato pluriclasse e, successivamente, con l’affermarsi di una società sempre più globalizzata, che i rapporti giuridici e, quindi, le fattispecie in essi invernati, risultano segnati da complessità relazionali, riflesso di nuovi beni da tutelare, quindi, di nuovi interessi da salvaguardare.

Del resto, la “eterogeneità degli interessi pubblici” – teorizzata da M.S. Giannini³⁶ – ha da sempre postulato l’esistenza, nel corpo dell’azione amministrativa, di una pluralità di interessi pubblici, sebbene differenziati per funzione, titolarità e rilevanza.

L’interesse pubblico – com’è noto – potrà, quindi, rivelarsi globale o puntuale, generale o settoriale ovvero ancora primario o secondario, diversità, queste, che in alcun modo alterano o dequotano la rispettiva titolarità pubblica.

Di qui, il diffuso contrasto, nell’amministrare, tra amministrazioni, nel corso di un agire quindi segnato dalla coesistenza e, sovente, dal conflitto tra più interessi pubblici, giacché – rievocando N. Bobbio – “(t)utta la storia del concetto di interesse (...) è in realtà la storia del contrasto fra un certo tipo di interessi e un altro, della preferenza data (...), del vario modo di superare il contrasto, identificando l’uno nell’altro”³⁷.

Gli interessi in conflitto altro non sono, quindi, che l’esito di una relazione nella quale “si fronteggiano in perenne vicenda interessi divergenti e contrastanti affermando l’esigenza di realizzare o proteggere beni o valori, che non possono avere attuazione pari e congiunta, ma solo attuazione differenziata secondo un rango di subordinazione”³⁸.

³³ N. IRTI, *L’uso giuridico della natura*, cit., 29.

³⁴ N. IRTI, *L’uso giuridico della natura*, cit., 33.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 1988, 109 ss.

³⁷ N. BOBBIO, *Teoria generale della politica*, Torino, 2009, 416.

³⁸ E. BETTI, *Interesse (Teoria generale)*, in *Nov.mo Dig. It.*, vol. VIII, Torino, 1962, 839.

In altri termini, è il conflitto la diretta implicazione anche dell'interesse pubblico, donde non v'è interesse di tal fatta che non possa generare contrasto, oltre che con il privato correlato, finanche tra amministrazioni titolari di beni differenti, tanto da dover ritenere che proprio nella pluralità degli interessi, pubblici e privati, da ponderare v'è l'indefettibile ragione del procedimento e della sua tutela.

Sarà necessario, quindi, regolare gli interessi in conflitto attraverso vincoli non più volti ad ordinare in chiave gerarchica, bensì a contemperare ciò che sembra doversi anteporre con ciò che appare doversi posporre, pur tutelando quell'interesse che, a fronte di una ponderazione comparativa, si rivela primario.

Tutto questo riguarda, altresì, la tutela paesaggistica dove gli interessi pubblici a volte coesistono a volte si contrappongono, poiché riflesso di bisogni collettivi non sempre coincidenti, sicché proprio la ponderazione risulta essere quel giusto mezzo che rende ragionevole la scelta, scongiurando che gli interessi secondari prevarichino quello primario, così da “collegare sempre (...) ciò che il diritto permette con ciò che l'interesse prescrive, in modo che la giustizia e l'utilità non si trovino separate”³⁹.

È, del resto, tramontata l'idea di un interesse pubblico totalitario, come tale assoluto ed assorbente, essendo connaturato all'idea stessa di democrazia la vocazione a conformare, quindi, a ponderare ciò che in un dato momento storico appare funzionale alla collettività. È stato infatti rilevato che «(l)a Costituzione italiana, come le altre Costituzioni democratiche e pluraliste contemporanee, richiede un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi. La qualificazione come “primari” dei valori dell'ambiente e della salute significa pertanto che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi siano posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto. Il punto di equilibrio, proprio perché dinamico e non prefissato in anticipo, deve essere valutato – dal legislatore nella statuizione delle norme e dal giudice delle leggi in sede di controllo – secondo criteri di proporzionalità e di ragionevolezza, tali da non consentire un sacrificio del loro nucleo essenziale»⁴⁰.

Di tal che, la primarietà della tutela paesaggistica «che la stessa giurisprudenza

³⁹ Cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Milano, 2013, 55.

⁴⁰ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, 441. V., inoltre, Corte cost., 30 aprile 2015, n. 71, in www.cortecostituzionale.it; Id., 10 giugno 2014, n. 62, *ivi*. Secondo G. SCIULLO (*Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, in www.giustamm.it, n. 5/2016, 14), più in generale, dalla giurisprudenza costituzionale emerge «un dato che (...) connota in forma rigida la “primarietà”. Gli esiti della ponderazione non possono mai comportare il completo sacrificio dei “valori primari”. Il loro “nucleo essenziale” richiede di essere in ogni caso salvaguardato. In questo senso “la primarietà” si atteggia come ‘clausola di salvaguardia’ di tali valori nel confronto dialettico con altri interessi, pubblici o privati, configgenti”. In argomento, cfr. altresì M. BONI, *Le politiche pubbliche dell'emergenza tra bilanciamento e «ragionevole» compressione dei diritti: brevi riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale sul caso ILVA (n. 85 del 2013)*, in federalismi.it, n. 3/2014; E. VERDOLINI, *Il caso ILVA Taranto e il fil rouge degli interessi costituzionali: commento alla sentenza 182 del 2017 della Corte Costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2018.

costituzionale ha esplicitamente definito come “insuscettibilità di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato, ivi compresi quelli economici” (...) non legittima un primato assoluto in una ipotetica scala gerarchica dei valori costituzionali, ma origina la necessità che essi debbano sempre essere presi in considerazione nei concreti bilanciamenti operati dal legislatore ordinario e dalle pubbliche amministrazioni; in altri termini, la “primarietà” degli interessi che assurgono alla qualifica di “valori costituzionali” non può che implicare l’esigenza di una compiuta ed esplicita rappresentazione di tali interessi nei processi decisionali all’interno dei quali si esprime la discrezionalità delle scelte politiche o amministrative»⁴¹.

Se così, da un lato, l’interesse pubblico non è più l’interesse dello Stato apparato ma della *societas civium*⁴², dall’altro, non è dato tacere che nell’ampio novero degli interessi secondari “(t)aluni di essi hanno un ruolo di attenuazione dell’interesse primario; altri di rafforzamento; taluni sono così forti da impedire la realizzazione dell’interesse primario; altri portano a soluzioni di compromesso”⁴³.

Anche la tutela paesaggistica, pertanto, si espone ad una rivisitazione teleologica, dovendo la stessa perseguire un fine dai tratti compositi, giacché riflesso del conflitto che oppone il diritto delle possibilità a quello della necessità⁴⁴ ovvero – rievocando L.L. Fuller – la morale dell’intenzionalità a quella del dovere⁴⁵.

La pluralità degli interessi pubblici postulerà, pertanto, non già una diversità ontologica bensì una varietà finalistica, che trova sintesi nella sequela procedimentale, ove la contrapposizione deve essere attenuata con la comparazione.

Del resto, proprio la pluralità degli interessi oggetto di vaglio, già di per sé, ridimensiona l’acritica prevalenza di un interesse sugli altri, posto che, proprio attraverso la dialettica comparativa, gli interessi secondari concorrono con l’interesse primario e, sovente, allo stesso accedono⁴⁶, rendendone compiuta la cura⁴⁷.

⁴¹ Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, in *Foro It.*, 2004, 1, 327. V. anche Id., 27 giugno 1986, n. 151, in *Riv. giur. edil.*, 1986, I, 701.

⁴² Cfr. M. TIPO, *L’interesse pubblico: un mito sfatato?*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. III, Milano, 1988, 924.

⁴³ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit., 480.

⁴⁴ Cfr. M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, cit., 78 ss., per la quale “il diritto della necessità (...) riguarda anche (...) il rispetto della natura e la conservazione dell’ambiente: un altro valore assoluto, che si pone al di là dei confini statale e configura un «patrimonio» per l’umanità e per l’intero globo, con significativi risvolti anche di giustizia intergenerazionale”.

⁴⁵ Secondo L.L. FULLER (*La moralità del diritto*, Milano, 1986, 11-12) infatti “(l)a morale dell’intenzionalità è con la massima chiarezza esemplificata nella filosofia greca. Essa è la morale della vita virtuosa, dell’eccellere, della più completa realizzazione delle possibilità umane (...) la morale del dovere (...) stabilisce le norme basilari senza le quali è impossibile una società ordinata, o senza le quali una società ordinata, diretta verso certe mete specifiche, può fallire il suo scopo”.

⁴⁶ Cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 77.

⁴⁷ Sulla rilevanza che assume la razionalità valutativa nel contrasto tra la “particolarità sogget-

Tali interessi, *a fortiori* se pubblici, determineranno infatti una “efficacia modificativa o impeditiva dell’interesse essenziale”⁴⁸, segnando così un interesse primario sempre più “atteggiato in concreto dagli interessi secondari”⁴⁹.

Gli interessi pubblici secondari, pertanto, anche in materia paesaggistica, dovranno rapportarsi all’interesse primario, con esso interagendo e, ove possibile, permeandolo e completandolo, in tal guisa provando a scongiurare il conflitto in ragione di una solidarietà di relazione, nella consapevolezza che “la probabilità della soddisfazione di un bisogno escluda, anziché implicare, la probabilità di soddisfarne un altro”⁵⁰.

3. *La tutela paesaggistica e l’interesse sensibile postulato: l’(in)attualità di una tutela differenziata. Dall’antitesi dei fini alla sintesi dei valori*

Il valore giuridico del paesaggio riflette la rilevanza assunta dall’interesse tutelato, la cui consistenza, ontologica e finalistica, risulta evidentemente complessa, giacché costituita da una componente naturalistica e da una dimensione soggettiva, tale, quest’ultima, perché inclusiva delle forme “di tutela della persona umana nella sua vita, sicurezza e salute”⁵¹.

E, sebbene variegata siano le forme di protezione che l’ordinamento possa riservare all’interesse da tutelare⁵², di certo, la più diffusa è proprio quella di ascrivere al medesimo una diversità previsionale che lo renda quindi differenziato, ossia destinatario di un regime giuridico diverso ovvero “*in melius* rispetto a quello riservato alla generalità degli interessi pubblici”⁵³.

tiva” e “l’universalità”, cfr. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2012, 159, per il quale: “La particolarità in primo luogo come ciò che è determinato di fronte all’universale della volontà in genere è bisogno soggettivo (...) Giacché il fine di tale bisogno è l’appagamento della *particolarità* soggettiva, ma nella relazione con i bisogni e il libero arbitrio di altri si fa valere l’*universalità*, ne segue che questo parer della razionalità in questa sfera della finalità è l’*intelletto*, il lato che importa nella considerazione e che costituisce esso medesimo l’elemento conciliatore all’interno di questa fase”.

⁴⁸Così M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione. Concetto e problemi*, cit., 78.

⁴⁹ M.S. GIANNINI, *op. ult. cit.*, 79. Sulla differenza tra il contrasto tra interessi che riguarda l’Amministrazione-funzione (conflitto *nell’amministrazione*) e quello che riguarda l’amministrazione-soggetto (conflitto *dell’amministrazione*), sia consentito rinviare a E. GIARDINO, *Conflitto di interessi e azione amministrativa: aporie interpretative e limiti applicativi*, in *Il procedimento amministrativo ed i recenti interventi normativi: opportunità o limiti per il sistema paese?* (a cura di F.G. SCOCA e A.F. DI SCIASCIO), Napoli, 2015, 192.

⁵⁰ F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Camerino, 1998, 11.

⁵¹ Corte cost., ord., 6 marzo 2001, n. 46, in *Corr. Giur.*, n. 4/2001, 553.

⁵² Sulla molteplicità delle forme di protezione degli interessi pubblici e privati, cfr. E. CANNADA-BARTOLI, *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXII, Milano, 1972, 9.

⁵³ G. SCIULLO, *Interessi differenziati e procedimento amministrativo*, cit., 1. In argomento, cfr. V.

Nel novero di siffatta categoria, com'è noto, rientra altresì l'interesse alla tutela paesaggistico-territoriale (oltre che la tutela dal rischio idrogeologico, ambientale, del patrimonio culturale e paesaggistico, della difesa nazionale, della pubblica sicurezza e dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza, della salute e della pubblica incolumità), a fronte di una primarietà costituzionale, che ha indotto il legislatore a rafforzarne la salvaguardia, attraverso percorsi procedurali differenziati tanto nel tempo quanto nell'attività.

Si è assistito, quindi, ad un allungamento temporale e ad un aggravamento per lo più istruttorio del procedimento, onde favorire processi di acquisizione e di scelta, rispettivamente, più compiuti e, per molti versi, più cauti e prudenti, nella convinzione che, procrastinando ed implementando la funzione, si potesse assicurare una tutela effettiva all'interesse tutelato.

Tuttavia, la gestione dei procedimenti e le relative risultanze, unitamente a fattori di crisi sistemica, hanno svelato la fragilità del regime differenziato, sovente occasione di atteggiamenti dilatori, i quali, pur deresponsabilizzando l'agire dell'amministrazione, non hanno trovato censura alcuna. Di qui, procedimenti interminabili e farraginosi⁵⁴ dagli esiti pretestuosamente preclusivi, che – rievocando M.S. Giannini ed il Suo noto “*Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*” – hanno reso l'amministrazione stessa agli occhi del privato “non (...) un amico sicuro e autorevole, ma una creatura ambigua, irragionevole, lontana, ogni contatto con la quale fa solo ripetere: «*je ne sais de tout temps quelle injuste puissance, laisse le crime en paix et poursuit l'innocence*»⁵⁵.

E così, le difficoltà determinate da regimi giuridici differenziati, al di là della loro legittimità costituzionale⁵⁶, sono state oltremodo accentuate da quei mutamenti sistemici, invero economici⁵⁷, alla cui stregua la celerità amministrativa è

PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *Dir. e proc. amm.*, 2014, 839 ss.

⁵⁴ Secondo G. VESPERINI (*Le norme generali sulla semplificazione*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 5/2015, 631) «queste norme non hanno risolto il problema della lunghezza e della farraginosità dei procedimenti ai quali partecipano le amministrazioni preposte alla cura di quegli stessi interessi. Per esempio, nella consultazione promossa, nell'aprile 2014, dal dipartimento della funzione pubblica sulle “100 procedure più complicate da semplificare” è emerso che i cittadini considerano tra le procedure più complicate quelle in materia edilizia, specialmente nelle zone soggette a vincoli paesaggistici, naturalistici, ecc., in ragione della necessità di acquisire i pareri di una pluralità di differenti uffici e della imprevedibilità dei tempi rispettivamente occorrenti».

⁵⁵ M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi della Amministrazione dello Stato*, in *Foro It.*, 1979, V, 314 e in *Id.*, *Scritti*, Vol. Settimo, Milano, 2005, 331.

⁵⁶ Cfr., G. VESPERINI, *Le norme generali sulla semplificazione*, cit., 631; G. CORSO – F. TERESI, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti. Commento alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, Rimini, 1991, 108.

⁵⁷ Secondo E. FOLLIERI (*Interessi cosiddetti sensibili e interessi allo sviluppo economico*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2016, 2) «(q)uesta iperprotezione degli interessi sensibili ha cominciato a mostrare delle crepe con dare spazio ad altri interessi e, in particolare, a quello dello sviluppo economico, pure costituzionalmente tutelato dall'art. 41: “l'iniziativa economica privata è libera” e dai trattati e dalla

divenuta parte costitutiva di un processo di semplificazione, che ha reso il tempo dell'azione amministrativa un «valore ordinamentale fondamentale»⁵⁸, quindi, un «fattore (...) centrale nel diritto amministrativo moderno» che «si connette a principi fondamentali di rango costituzionale (quali l'efficienza e il buon andamento della pubblica amministrazione ex art. 97 Cost., che vanno declinati 'in concreto' con una efficace scadenza temporale), ma anche sovranazionale (cfr. in particolare l'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che riconosce al cittadino un diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate dall'amministrazione pubblica, oltre che con imparzialità ed equità, anche "entro un termine ragionevole")»⁵⁹.

In altri termini, il tempo della funzione costituisce ormai una "componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex art. 41 Cost."⁶⁰

normativa comunitaria. È la conseguenza della legalità, per così dire "debole" dei principi rispetto a quella "forte" delle regole, dal momento che i principi possono essere in contrasto tra di loro e a volte in maniera tale da portare al necessario integrale sacrificio dell'uno o dell'altro, anche se pare ormai acquisita l'idea di fondo che si debba procedere ad un bilanciamento dei principi nel concreto della fattispecie ad opera dell'amministrazione e del giudice o attraverso la preventiva selezione ipotetica e generale del legislatore che fissa, a seconda delle stagioni socio-economico-politiche, il giusto punto di equilibrio. È la continua tensione dialettica tra gli interessi sensibili o, comunque, per una parte importante di essi (tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, della salute dei cittadini) e gli interessi allo sviluppo economico che vedono prevalere ora gli uni ora gli altri in un moto pendolare continuo. In questo momento storico pare assumere maggiore consistenza l'interesse allo sviluppo economico che è foriero di vantaggi non solo per il singolo operatore, ma anche per la società in funzione dell'occupazione e del lavoro e della diffusione della ricchezza e del benessere».

⁵⁸ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., 15 aprile 2016, n. 929, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁹ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., 15 aprile 2016, n. 929, cit. Per un'analisi dell'applicazione del paradigma della celerità amministrativa, cfr. L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, cit., 26, laddove l'Autrice osserva che: "L'applicazione generalizzata del paradigma della celerità, con la riduzione dei tempi e di svolgimento dell'istruttoria a volte produce una eccessiva compressione di questioni complesse, che non spariscono, ma riemergono in forma di contenzioso o di successivi ripensamenti, o di pura e semplice opposizione da parte dei soggetti ai quali è stato negato lo spazio di espressione e di partecipazione. È più utile, allora disegnare attentamente questo spazio, consentendo e strutturando la partecipazione prima che questa si trasformi in opposizione. In altri casi, invece, i tempi di decisione sono effettivamente dilatati, anche per la confusione fra valutazioni tecniche e ponderazioni d'interesse e il frequente ricorso da parte di alcune amministrazioni a fasi aggiuntive, pareri facoltativi, richieste istruttorie reiterate: qui una attenta considerazione dei tempi strettamente necessari e degli obblighi di comportamento delle amministrazioni sarebbe invece necessaria". Sulla rilevanza del tempo nel perseguimento dell'interesse pubblico, sia consentito, altresì, rinviare a E. GIARDINO, *Silenzi inadempiuto ed efficienza amministrativa*, in *Scritti per i 150 anni della Corte dei conti - 1862-2012* (a cura di S. SFRECOLA), Roma, 2013, 157 ss..

⁶⁰ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., 15 aprile 2016, n. 929, cit..

La semplificazione amministrativa diviene, quindi, un bene in sé da tutelare, donde l'«attenuazione della valenza forte ed assolutizzante dell'attributo di “primarietà” associato agli interessi sensibili»⁶¹ dequota la relazione gerarchizzata degli interessi a favore, invece, di una ponderazione comparativa evidentemente più funzionale ad un agire teleologicamente orientato, qual è quello della tutela dell'interesse pubblico.

La primarietà, così, postula non già l'aprioristica sovraordinazione di un interesse sull'altro, bensì la necessità di assicurarne un bilanciamento comparativo, così da rendere effettivamente compiuto l'esercizio della funzione⁶².

Si può, pertanto, ritenere che la differente declinazione della semplificazione amministrativa (“intesa non più come valore strumentale (...) ma come bene o valore di natura finale”⁶³) e l'evoluzione concettuale della ‘primarietà’ (riflesso

⁶¹ Così G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi*, in www.diritto-amministrativo.org, 3. Secondo l'Autrice il superamento della differenziazione del regime giuridico degli interessi sensibili «è la conseguenza del combinato operare di due fattori: 1) la trasformazione del ruolo della semplificazione, intesa non più come valore strumentale (ossia come principio generale da collegare all'esigenza di migliorare l'efficienza amministrativa nel valutare tutti gli interessi che si confrontano nel procedimento e di aumentare l'efficacia nella cura degli interessi pubblici al contempo garantendo una più agevole tutela delle pretese del cittadino), ma come bene o valore di natura finale, autonomo rispetto agli interessi curati dalle amministrazioni competenti al rilascio di assensi comunque denominati; 2) l'attenuazione della valenza forte ed assolutizzante dell'attributo di “primarietà” associato agli interessi sensibili, nella misura in cui viene ammesso un loro bilanciamento in concreto con altri valori e principi. La combinazione dei due fattori ha condotto il legislatore a scelte che sottendono la considerazione della semplificazione come interesse da valorizzare cercando un nuovo equilibrio nel bilanciamento con gli interessi sensibili» (Id., *op. ult. cit.*, 2-3). Per una interpretazione della semplificazione come mezzo e non già come fine da perseguire, cfr. M.R. SPASIANO, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. – T.A.R.*, 2010, 3041. Sul rapporto che intercorre tra il processo di semplificazione amministrativa e la tutela degli interessi sensibili, cfr. A. MOLITERNI, *Semplificazione amministrativa e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *Dir. amm.*, n. 4/2017, 750 ss., il quale rimarca “la necessità di favorire uno stemperamento della stessa contrapposizione dicotomica che ha talvolta caratterizzato il dibattito sul rapporto tra tutela degli interessi sensibili ed esigenze di semplificazione e, più in generale, tra esigenze di legalità e obiettivi di efficienza. D'altra parte, una strategia mirata e intelligente di semplificazione può assicurare – anche in ossequio a una lettura integrata dei principi di imparzialità e buon andamento – una maggiore certezza delle relazioni giuridiche e, quindi, una più efficace tutela proprio degli interessi pubblici sensibili che vengono di volta in volta in considerazione. Il che rende evidente il fatto che, in fondo, l'obiettivo di assicurare un'adeguata semplificazione nella tutela di tali interessi coincide con la sfida stessa cui è chiamato il diritto amministrativo nell'età contemporanea, a cui sempre più si richiede la capacità di garantire un migliore equilibrio tra interessi di protezione e interessi di produzione”.

⁶² Cfr. Corte cost., 28 giugno 2004, n. 196, cit. V., in argomento, G. SCIULLO, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *Aedon*, n. 3/2015, 3.

⁶³ Cfr. G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi*, cit., 2.

non già di gerarchia ma di comparazione⁶⁴) abbiano, da un lato, delegittimato il metodo del trattamento giuridico differenziato, dall'altro, agevolato l'inverso processo di omologazione della tutela, ritenuto, questo, più idoneo a fronteggiare mutamenti e criticità di sistema, difficilmente governabili attraverso dinamiche dilatorie, previsioni aggravanti ed esiti preclusivi.

Con la scelta di uniformare si mira, pertanto, ad ovviare al conflitto che emerge “fra l'attività di produzione e l'attività di protezione”⁶⁵, quindi, fra il bisogno di sostenere lo sviluppo economico nonché le regole di mercato e la necessità di preservare la tutela paesaggistica, nella consapevolezza che l'antitesi dei fini possa trasformarsi in sintesi dei valori. E tutto questo viene perseguito non già differenziando bensì uniformando la regola, in ragione di un regime che, omologando e, quindi, semplificando, intende responsabilizzare l'amministrazione “rispetto ai tempi della modernità”⁶⁶.

4. *L'interesse sensibile e l'agire per silentium nella fase co-decisoria pluristrutturata del procedimento. L'omologazione del regime giuridico e la semplificazione del procedimento*

Il processo di rivisitazione finalistica che ha investito la primarietà dell'interesse sensibile trae, altresì, origine dal “nuovo paradigma”⁶⁷ che pervade i rapporti interni tra amministrazioni e, quindi, dal ritenere l'inerzia un disvalore della funzione giacché riflesso patologico dell'agire amministrativo.

Di qui, l'inverarsi di un processo di formalizzazione del silenzio, che investe tanto il rapporto verticale (amministrazione/privato), quanto quello orizzontale (concernente le relazioni tra amministrazioni) e il cui significato legalmente tipizzato è volto a responsabilizzare il potere attraverso la previsione di termini decadenziali “non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interes-

⁶⁴ Cfr. G. MARI, *op. ult. cit.*, 3.

⁶⁵ Così L. TORCHIA, *Il sistema amministrativo e le attività produttive: le barriere, gli ostacoli, i nodi. Studi di caso per uscire dal labirinto*, cit., 17. Secondo l'Autrice «(g)li interessi sottesi alle politiche di sviluppo economico e gli interessi sottesi alle politiche di tutela dell'ambiente sono stati a lungo allineati, perché proprio lo sviluppo e la crescita economica creavano le risorse senza le quali le altre politiche restavano prive di possibilità di realizzazione. Le politiche di protezione si sono sviluppate, inoltre, in un tempo successivo alle politiche di produzione e si sono valse, paradossalmente, proprio del successo di queste ultime. L'elevato tasso di crescita dell'Italia nel secondo dopoguerra ha creato, da un certo punto di vista in poi, le condizioni perché lo sviluppo economico non fosse più la sola o la prevalente priorità e ha richiesto, per altro verso, una riflessione – apertasi in tutti i paesi sviluppati – sui costi dello sviluppo e sulla sua “sostenibilità” in termini di consumo o depauperamento delle risorse naturali» (*Ibidem*).

⁶⁶ L. TORCHIA, *op. ult. cit.*, 14.

⁶⁷ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Cfr., al riguardo, G. SCIULLO, *Gli 'interessi sensibili' nel parere n. 1640/2016 del Consiglio di Stato*, in *www.giustamm.it*, n. 6/2018.

se dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati⁶⁸.

Si intende, così, stigmatizzare l'inerzia, ossia «da più grave delle “sanzioni” o il più efficace dei “rimedi”»⁶⁹, laddove, infatti, proprio equiparando il silenzio all'assenso, si determina, in capo all'amministrazione, la perdita del potere di dissentire ovvero di scongiurare la conclusione del procedimento⁷⁰.

Tuttavia, l'operatività dell'inerzia, così tipizzata, varia al mutare della relazione intersoggettiva coinvolta, in quanto: se il rapporto è verticale, l'art. 20 della l. n. 241 del 1990 ne esclude l'applicabilità in relazione agli interessi sensibili ivi contemplati⁷¹; viceversa, se il rapporto è orizzontale, l'art. 17 *bis* della medesima legge ne prevede l'applicazione “anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche”⁷². Tuttavia “(i)n tali casi, ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente.

Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito⁷³. Ed è sempre la medesima disposizione ad autolimitarsi “nei casi in cui disposizioni del diritto dell'Unione europea richiedano l'adozione di provvedimenti espressi”⁷⁴.

⁶⁸ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

⁶⁹ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

⁷⁰ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

⁷¹ Infatti, *ex art.* 20, co. 4, della l. n. 241/1990: “Le disposizioni del presente articolo non si applicano agli atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, l'immigrazione, l'asilo e la cittadinanza, la salute e la pubblica incolumità, ai casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, ai casi in cui la legge qualifica il silenzio dell'amministrazione come rigetto dell'istanza, nonché agli atti e procedimenti individuati con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con i Ministri competenti”.

⁷² Art. 17 *bis*, co. 3, della l. n. 241/1990. Sulla differenza tra il silenzio assenso di cui al cit. art. 20 e quello disciplinato dal predetto art. 17 *bis*, cfr. TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 20 settembre 2018, n. 5547, secondo cui l'art. 17 *bis* contempla “un silenzio-assenso endoprocedimentale, perché ha valenza all'interno di un procedimento. Esso, pertanto, si differenzia da quello previsto dall'art. 20 della legge n. 241/1990 nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, che è invece qualificabile come silenzio provvedimentale, consistendo in un fatto legalmente tipizzato dagli effetti equipollenti all'accoglimento dell'istanza avanzata da un privato e perciò di definizione dell'assetto degli interessi coinvolti”.

⁷³ Art. 17 *bis*, co. 3, della l. n. 241/1990.

⁷⁴ Art. 17 *bis*, co. 4, della l. n. 241/1990. Sull'art. 17 *bis* della legge n. 241/1990, cfr. M.A.

Il ridimensionamento procedimentale della rilevanza degli interessi sensibili – inclusi quindi quelli paesaggistico-ambientali – incide pertanto sulla netta diversità che, più in generale e per molto tempo, ha distinto tali interessi da quelli ordinari tanto da indurre a ritenere che la vigenza dell'art. 17 *bis* abbia determinato «una vera e propria fuga in avanti in quella che si potrebbe definire “la guerra di logoramento” degli interessi sensibili che vengono sempre più parificati a quelli ordinari»⁷⁵.

Si assiste, invero, ad una estensione del modulo *per silentium* in ambiti generalmente e storicamente preservati da siffatte modalità di azione, nel corpo di un'attività amministrativa intesa, e da tempo, come una “prestazione” volta a soddisfare quei diritti civili e sociali⁷⁶, il cui livello essenziale viene, in via unitaria, predeterminato dallo Stato attraverso la previsione di meccanismi di semplificazione⁷⁷.

E così, proprio nell'ottica del «primato dei diritti», tali processi di semplificazione amministrativa «non vanno visti come una forma di sacrificio dell'inte-

SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015; M. BOMBARDELLI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e il rischio di eccesso di velocità nelle accelerazioni procedimentali*, in *Urb. app.*, 2016, 758 ss.; G. MARI, *Il silenzio assenso tra amministrazioni e tra amministrazioni e gestori di beni o servizi pubblici*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 853 ss.; Id., *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla relativa violazione (artt. 2, 17 bis e 20 l. n. 241 del 1990 s.m.i.)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), Milano, 2017, 182 ss.; E. SCOTTI, *Il silenzio tra amministrazioni*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO), Torino, 2016, 566 ss.; A. BERTI SUMAN, *Il nuovo silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni (art. 17-bis, legge n. 241/90): dovere di istruttoria e potere di autotutela*, in *Il Foro amministrativo*, n. 6/2016, 1657; P. MARZARO, *Silenzio assenso tra Amministrazioni: dimensioni e contenuti di una nuova figura di coordinamento 'orizzontale' all'interno della 'nuova amministrazione' disegnata dal Consiglio di Stato*, in *federalismi.it*, 5 ottobre 2016; G. SCIULLO, *Legge Madia e amministrazione del patrimonio culturale: una prima lettura*, in *Aedon*, n. 3/2015; L.B. MOLINARO, *Condoni edilizio e accertamento di compatibilità paesaggistica: dubbi e certezze in ordine alla primazia dell'art. 146 del D.Lgs. n. 42 del 2004 sulla disciplina previgente e alla applicabilità, in materia, del silenzio assenso di nuovo conio (art. 17-bis della Legge n. 241 del 1990)*, in *Lexitalia.it*, 16.3.2018; L. DI GIOVANNI, *Il nuovo silenzio assenso interamministrativo fra esigenze di semplificazione e risvolti applicativi di complessità*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2018, 645 ss.; F. MARTINES, *La “non decisione” sugli interessi pubblici sensibili: il silenzio assenso fra amministrazioni pubbliche introdotto dall'art 17 bis della L. 241/1990*, in *Dir. amm.*, n. 3/2018, 747 ss. Sia, altresì, consentito rimandare a F. ALBISINNI – E. GIARDINO, *Il procedimento amministrativo, in La dinamica del diritto amministrativo* (a cura di L. TORCHIA), Bologna, 2017, 53 ss..

⁷⁵ Cfr. F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17 bis introdotto dalla c.d. riforma Madia*, in *federalismi.it*, 21.10.20015, 3. Per F. SCALIA (*Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, in *Urb. app.*, n. 1/2016, 12), invece, il cit. art. 17 *bis* “non introduce nulla di nuovo quanto al profilo dell'intensità della tutela degli interessi sensibili ed anzi, letta insieme alla norma di delega legislativa in materia di silenzio assenso, contenuta nella stessa L. n. 124/2015 (art. 5), può rappresentare l'occasione per ricondurre in un ambito di coerenza costituzionale la normativa già vigente in materia di silenzio in materie sensibili”.

⁷⁶ Cfr., al riguardo, art. 117, co. 2 lett. m), della Costituzione.

⁷⁷ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

resse pubblico, ma al contrario come strumenti funzionali ad assicurare una cura efficace, tempestiva e pronta dello stesso, con il minore onere possibile per la collettività e per i singoli privati»⁷⁸.

L'applicazione dell'agire *per silentium* in tali ambiti qualificati 'sensibili' non determina, in realtà, un indebolimento di tutela, se si considera il dato ontologico e strutturale che caratterizza la fattispecie in esame.

Infatti, quanto previsto dall'art. 17 *bis* trova applicazione solo nei procedimenti caratterizzati da una fase decisoria pluristrutturata, quindi – al di là del *nomen iuris* adoperato – solo nelle ipotesi che implicano l'acquisizione di un atto avente valenza co-decisoria⁷⁹. Tutto questo postula che le due amministrazioni

⁷⁸ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit. Accanto al fondamento costituzionale, da rinvenirsi nel principio di buon andamento di cui all'art. 97 Cost., il silenzio assenso di cui all'art. 17 *bis* postula altresì un fondamento «di natura rispettivamente eurounitaria (...) e sistemica. (...) Sotto il profilo del diritto eurounitario, fermo restando quanto sarà detto più avanti, con riguardo ai limiti oggettivi del silenzio assenso previsti dall'ultimo comma dell'art. 17-*bis*, il riferimento è alla direttiva 2006/123/CE sui “*Servizi nel mercato interno*” (c.d. direttiva Bolkestein) che, al fine di prevenire gli effetti negativi sul mercato derivanti dall'incertezza giuridica, anche sotto il profilo dell'incertezza temporale, delle procedure amministrative, opera nella duplice direzione di limitare il regime della previa autorizzazione amministrativa ai casi in cui essa è indispensabile e di introdurre il “*principio della tacita autorizzazione*” (ovvero la regola del silenzio-assenso) “*da parte delle autorità competenti allo scadere di un termine determinato*” (considerando 43; art. 13, par. 4, della direttiva). Pur tenendo conto della peculiarità del micro-sistema della direttiva Bolkestein 2006/123, condizionata dalla esigenza politica di favorire determinati settori della concorrenza, e pur nella consapevolezza che per gli interessi “sensibili” il diritto della UE sembra sporcò confermare il principio della necessaria determinazione espressa (cfr. sul punto l'ultimo comma dell'articolo 17-*bis*), si tratta, tuttavia, di un riferimento normativo significativo, perché dimostra come anche in ambito europeo sia sempre più avvertita l'esigenza di introdurre rimedi semplificanti per neutralizzare gli effetti negativi dell'inerzia dell'Amministrazione. (...) Sotto il profilo sistematico, infine, il riferimento è al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che, specie dopo l'entrata in vigore del decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97, ormai informa come principio generale l'intera attività amministrativa. L'Amministrazione trasparente è un'Amministrazione che, ancor prima di rendere ostensibili ai cittadini dati e documenti, evita qualsiasi forma di opacità o di ambiguità, assumendo decisioni espresse. Il silenzio è, invece, antinomico alla trasparenza, perché rappresenta un comportamento “opaco” e non ostensibile. (...)» (così Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.).

⁷⁹ Cfr. Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit. V., inoltre, T.A.R. Campania, Salerno Sez. II, 5 marzo 2019, n. 370, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Abruzzo Pescara, Sez. I, 10 maggio 2018, n. 153, *in*, per il quale l'art. 17 *bis* si applica “anche alle autorizzazioni paesaggistiche, in quanto esito di un procedimento caratterizzato da una fase decisoria pluristrutturata, subordinata a un parere vincolante (...)”. Secondo G. MARI (*Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra P.P.A.A. e nella conferenza di servizi*”, cit., 8) “l'art. 17-*bis* troverebbe applicazione (...) nei soli casi di cogestione o di potere decisionale complesso affidato a due diversi apparati pubblici entrambi competenti a curare il *medesimo* specifico interesse. Tramite l'interpretazione fornita trova giustificazione il diverso trattamento degli interessi sensibili previsto dagli artt. 20 e 17-*bis* l. n. 24/1990, in termini, rispettivamente, di esclusione e di inclusione, risultando altrimenti incomprensibile il motivo per cui il meccanismo del silenzio assenso nei confronti

(ossia la titolare del procedimento e quella interpellata) vantino una funzione decisoria, quindi, che entrambe siano titolari di un potere decisorio sostanziale.

Ove, invece, un'amministrazione svolgesse solo un ruolo meramente formale (ad es. acquisire e trasmettere l'istanza al decidente), trattandosi in tal caso di decisione monostrutturata ed in assenza, quindi, di un'amministrazione co-decidente, il beneficiario del silenzio assenso non sarebbe un'amministrazione bensì un privato, donde l'applicazione del comma 4 dell'art. 20.

Quanto previsto per la decisione pluristrutturata, pertanto, scongiura un indebolimento della tutela dell'interesse sensibile, in quanto lo stesso risulterà pienamente preservato nella fase istruttoria, cosicché la scelta finale postulerà la compiuta acquisizione dei conferenti interessi, attraverso l'altrettanta acquisizione dei dovuti pareri e delle prescritte valutazioni tecniche.

Non a caso, la stessa legge n. 124 del 2015 mai interviene sul comma 3 dell'art. 16 della legge n. 241 del 1990, il quale, a tutt'oggi, prevede che: "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 non si applicano in caso di pareri che debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini".

Una tutela, questa, che permane altresì nella fase decisoria, laddove, in ogni caso, nonostante l'operatività del silenzio assenso contemplato, lo stesso "interesse sensibile dovrà comunque essere oggetto di valutazione, comparazione e bilanciamento da parte dell'amministrazione procedente"⁸⁰.

delle amministrazioni sensibili, mentre non può operare nei procedimenti su istanza di parte, è invece applicabile in caso di inerzia endoprocedimentale (in tale secondo caso vi è comunque un'amministrazione legalmente competente alla cura dell'interesse sensibile che prende in considerazione tale interesse, coerentemente con la giurisprudenza costituzionale in tema di interessi primari (...)). In argomento, cfr. L. BISOFFI, *Semplificazione del procedimento amministrativo e tutela degli interessi sensibili: alla ricerca di un equilibrio*, in *federalismi.it*, n. 1/2019, 9 ss.

⁸⁰ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit. Giova, altresì, osservare che, l'Ufficio legislativo del Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, con atto del 10 novembre 2015 (prot. 27158), al riguardo, ha così precisato: "Permane, dunque, la necessità – anche nei casi di possibile operatività del silenzio-assenso – di avviare e completare il procedimento, sia nella fase istruttoria, sia nella fase di acquisizione degli interessi, pubblici e privati, in esso coinvolti sia (infine) nella fase di ponderazione e valutazione in funzione della decisione (fase decisoria). La legge, nell'introdurre il silenzio-assenso, autorizza esclusivamente la deroga all'obbligo di adozione di un atto conclusivo formale, espresso e motivato, ma non esonera in alcun modo l'amministrazione dall'obbligo e dalla responsabilità di procedere e istruire i singoli affari di sua competenza (...) deve sottolinearsi che la nuova disciplina del silenzio-assenso tra amministrazioni non esime l'amministrazione dall'obbligo istruttorio, da considerarsi in tali casi addirittura rafforzato, dovendo l'amministrazione – a maggior ragione mancando l'adozione espressa dell'atto espresso e motivato – porre in essere comunque tutti gli atti preparatori e documentare tutte le proprie attività istruttorie e valutative così da poter dar conto, anche nella sede gerarchica ed eventualmente ispettiva, di avere comunque esaminato la pratica e di aver comunque debitamente svolto le proprie valutazioni in ordine all'attività o all'intervento oggetto di domanda, in funzione dell'assenso tacitamente manifestato mediante il meccanismo del silenzio-assenso. La natura di atto tacito favore-

In tal guisa, si tenta di preservare la disposizione da dubbi di legittimità costituzionale, considerato quanto in passato rilevato dalla Corte costituzionale in ordine all'incompatibilità tra il silenzio assenso e la tutela degli interessi sensibili, non potendo il primo inverarsi nei casi di procedimenti complessi connotati da un'accentuata discrezionalità e dalla necessità di esperire valutazioni ambientali, che quindi, come tali, richiedono una decisione espressa⁸¹.

In assenza, tuttavia, di una univoca interpretazione, giova osservare – evocando il Consiglio di Stato – che “la giurisprudenza costituzionale (...) non ha sancito un principio di insuperabile incompatibilità tra silenzio assenso e interessi pubblici sensibili, limitandosi ad esaminare la questione con riferimento ai rapporti tra legislazione regionale e legislazione statale. La Corte costituzionale

vole, propria di tale istituto, occorre rimarcare, rende tale atto (ancorché fittizio) in tutto e per tutto ascrivibile e imputabile alla responsabilità (amministrativa, disciplinare, civile e penale) dell'organo che avrebbe dovuto/potuto adottare l'atto conclusivo espresso e motivato (...)”.

⁸¹ Cfr. Corte cost., 10 marzo 1988, n. 302, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, 611; Id., 13 novembre 1992, n. 437, in *Foro It.*, 1993, I, 331; Id., 27 aprile 1993, n. 194, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, 486; Id., 12 febbraio 1996, n. 26, in www.cortecostituzionale.it. Sulla incompatibilità tra il silenzio assenso e la tutela ambientale, cfr. Corte di Giustizia CE, 28 febbraio 1991, C-360/87). Sulla compatibilità, invece, fra discrezionalità amministrativa e silenzio assenso, cfr. G. SCIULLO (*‘Interessi differenziati’ e procedimento amministrativo*, cit., 11), per il quale “non sembra ravvisabile un'incompatibilità logica – oltretutto di diritto positivo – fra discrezionalità e silenzio assenso, e quindi un contrasto tra l'istituto e il principio del buon andamento. (...) quando introduce il silenzio assenso il legislatore dispone che l'interesse pubblico alla cui tutela è preordinato il provvedimento risulti potenzialmente soccombente rispetto all'interesse (in genere del privato) rivolto ad una sollecita conclusione del procedimento, a prescindere dal tipo di attività (vincolata o discrezionale di carattere tecnico o amministrativo) che l'Amministrazione è chiamata a dispiegare. Sicché, da questo punto di vista, la distinzione fra attività vincolata e attività discrezionale appare irrilevante. Insomma la elisione dell'istruttoria procedimentale comportata dal silenzio assenso – e che sarebbe la ragione della sua incostituzionalità – dovrebbe tradursi nell'esclusione in radice dell'istituto, esito questo (...) che comunque non si giustificerebbe né sul piano logico (il legislatore nei limiti della ragionevolezza è libero di conformare gli assetti dei procedimenti amministrativi) né sul piano costituzionale (...)”. Per una interpretazione costituzionalmente orientata del cit. art. 17 *bis*, cfr. F. SCALIA, *Il silenzio assenso nella c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, cit., 19-20, per il quale proprio in ordine al rapporto tra il silenzio assenso e le materie attinenti interessi sensibili, osserva che: “Il silenzio-assenso in tali materie è ammissibile solo in quanto sostitutivo di provvedimenti vincolati o a basso tasso di discrezionalità e comunque non conformativi o in presenza di atti conformativi in via generale. Si tratta di ipotesi – in linea di principio – del tutto eccezionali nelle materie sensibili ed in particolare in quella ambientale. Una materia connotata di complessità intrinseca, per il contemporaneo coinvolgimento di una molteplicità di amministrazioni spesso aventi competenze tecniche non altrimenti surrogabili nonché per la necessaria ampia partecipazione istruttoria da riconoscere ai soggetti titolari di interessi (individuali, collettivi, diffusi) coinvolti nei procedimenti ambientali. Su questi presupposti, si può concludere che un'interpretazione costituzionalmente orientata del nuovo art. 17 *bis* L. n. 241/1990 ne limita l'operatività, quando siano in gioco interessi sensibili, ai casi in cui l'atto di assenso richiesto abbia un basso tasso di discrezionalità e comunque un carattere non conformativo, limitandosi ad una adesione o ad un diniego di adesione allo schema di provvedimento proposto dall'amministrazione precedente”.

ha, in altri termini, ritenuto preclusa alla legislazione regionale la possibilità di introdurre ipotesi di silenzio assenso (ulteriori rispetto a quelle previste dalla legislazione statale) in procedimenti diretti alla tutela di interessi sensibili⁸². Anzi, proprio dalle pronunce della Consulta “non sembrano” emergere preclusioni tese “ad impedire alla potestà legislativa statale la previsione di casi di silenzio assenso anche in materie sensibili”⁸³.

E senza tacere, la volontà del legislatore di preservare la *primauté* del diritto dell’Unione europea, attraverso il comma 4 del cit. art. 17 *bis*, previsione, questa, invero, pleonastica giacché già vigente a prescindere da una esplicita previsione interna⁸⁴.

Trattasi, più in generale, di norma che deve essere osservata nel suo portato letterale e finalistico, onde preservarla da interpretazioni e riformulazioni che possano discostarla dai veri fini perseguiti dal legislatore, il quale, infatti, ha inteso estendere l’ambito applicativo del silenzio assenso, al solo fine di responsabilizzare l’amministrazione così da migliorare l’esercizio della funzione⁸⁵.

5. *La tutela dei beni paesaggistici tra disciplina generale e previsioni settoriali: gli effetti abrogativi dello ius superveniens*

L’applicazione del silenzio assenso disciplinato dall’art. 17 *bis* agli interessi sensibili pone il problema della sua incidenza sulla disciplina di settore preesistente.

Si è, così, posta la questione del rapporto che intercorre, in particolare, tra quanto previsto dal suddetta norma e quanto, invece, contemplato dall’art. 146 del d.lgs. n. 42 del 2004⁸⁶, che, disciplinando il regime giuridico

⁸² Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

⁸³ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit. Cfr., a tal fine, Corte cost., 1 luglio 1992, n. 307, in *Giur. It.*, 1993, I,1, 505; Id., 17 dicembre 1997, n. 404, in *Urb. app.*, 1998, 2, 148; Id., 31 maggio 2012, n. 133, in *www.cortecostituzionale.it*; Id., 18 luglio 2014, n. 209, *ivi*.

⁸⁴ Si è, al riguardo, osservato che “la clausola di salvaguardia posta dall’ultimo comma dell’articolo citato va intesa (...) come rinvio ai principi comunitari in materia, espressi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e fatti propri dalla Corte costituzionale” (F. SCALIA, *Il silenzio assenso nelle c.d. materie sensibili alla luce della riforma Madia*, cit., 20).

⁸⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 13 luglio 2016, n. 1640, cit.

⁸⁶ Ai sensi dell’art. 146, commi 5-8-9-10, del d.lgs n. 42/2004: “5. Sull’istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere vincolante del soprintendente in relazione agli interventi da eseguirsi su immobili ed aree sottoposti a tutela dalla legge o in base alla legge, ai sensi del comma 1, salvo quanto disposto all’articolo 143, commi 4 e 5. Il parere del Soprintendente, all’esito dell’approvazione delle prescrizioni d’uso dei beni paesaggistici tutelati, predisposte ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata, dell’avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante ed

dell'autorizzazione paesaggistica, contempla la differente ipotesi del silenzio devolutivo.

A tal fine, è utile rievocare quanto disposto dal comma 3 del cit. art. 17 *bis*, nella parte in cui il legislatore precisa che “(...) ove disposizioni di legge o i provvedimenti di cui all'articolo 2 non prevedano un termine diverso, il termine entro il quale le amministrazioni competenti comunicano il proprio assenso, concerto o nulla osta è di novanta giorni dal ricevimento della richiesta da parte dell'amministrazione procedente. Decorsi i suddetti termini senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta, lo stesso si intende acquisito”.

Pertanto, proprio il riferimento al “termine diverso” induce a ritenere che resta in vigore la norma speciale nella parte in cui preveda o termini più lunghi (rispetto alla previsione generale dei novanta giorni) o termini più brevi (ad es. il termine di 45 giorni previsto dall'art. 146).

Per quanto, invece, concerne la tipologia di silenzio, invero, è lo stesso art. 17 *bis* ad incidere, in via abrogativa, sulle disposizioni speciali e, quindi, anche sul cit. art. 146, laddove esplicitamente afferisce a “disposizioni di legge o (...) (a) provvedimenti di cui all'art. 2”.

Di qui, secondo una prima lettura, si sarebbe inverata un'abrogazione implicita⁸⁷ della norma settoriale, a fronte di una novella che ha dettato una nuova regolazione della fattispecie. Tuttavia, pur consapevoli della opinabilità che segna

è reso nel rispetto delle previsioni e delle prescrizioni del piano paesaggistico, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti, decorsi i quali l'amministrazione competente provvede sulla domanda di autorizzazione. (...) 8. Il soprintendente rende il parere di cui al comma 5, limitatamente alla compatibilità paesaggistica del progettato intervento nel suo complesso ed alla conformità dello stesso alle disposizioni contenute nel piano paesaggistico ovvero alla specifica disciplina di cui all'articolo 140, comma 2, entro il termine di quarantacinque giorni dalla ricezione degli atti. Il soprintendente, in caso di parere negativo, comunica agli interessati il preavviso di provvedimento negativo ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241. Entro venti giorni dalla ricezione del parere, l'amministrazione provvede in conformità. 9. Decorsi inutilmente sessanta giorni dalla ricezione degli atti da parte del soprintendente senza che questi abbia reso il prescritto parere, l'amministrazione competente provvede comunque sulla domanda di autorizzazione. Con regolamento da emanarsi ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, entro il 31 dicembre 2008, su proposta del Ministro d'intesa con la Conferenza unificata, salvo quanto previsto dall'articolo 3 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, sono stabilite procedure semplificate per il rilascio dell'autorizzazione in relazione ad interventi di lieve entità in base a criteri di snellimento e concentrazione dei procedimenti, ferme, comunque, le esclusioni di cui agli articoli 19, comma 1 e 20, comma 4 della legge 7 agosto 1990, n. 241 e successive modificazioni. 10. Decorso inutilmente il termine indicato all'ultimo periodo del comma 8 senza che l'amministrazione si sia pronunciata, l'interessato può richiedere l'autorizzazione in via sostitutiva alla regione, che vi provvede, anche mediante un commissario ad acta, entro sessanta giorni dal ricevimento della richiesta. Qualora la regione non abbia delegato gli enti indicati al comma 6 al rilascio dell'autorizzazione paesaggistica, e sia essa stessa inadempiente, la richiesta del rilascio in via sostitutiva è presentata al soprintendente”.

⁸⁷ Cfr. Ministero dei beni e delle attività culturali e del turismo, Ufficio legislativo, atto del 10 novembre 2015 (prot. 27158).

ogni tentativo di elaborazione teorica, proprio l'incompatibilità previsionale che si è determinata tra la previgente e la vigente disciplina indurrebbe a qualificare come taciti i suddetti effetti abrogativi⁸⁸.

Sul piano applicativo, l'art. 17 *bis* esige che la richiesta provenga da un'amministrazione e non già dal privato destinatario dell'atto (direttamente o per il tramite dello Sportello unico), quindi nel quadro di un rapporto orizzontale e nel corpo di un procedimento recante una fase co-decisoria pluristrutturata⁸⁹, sebbene non sia mancato il tentativo di estendere l'applicazione anche alle relazioni verticali. E ciò è avvenuto invocando «la lettera del comma dell'art. 3 della legge n. 124 del 2015, dove il silenzio-assenso è previsto “per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche” e dove la locuzione “provvedimenti amministrativi” lascia ipotizzare l'applicabilità anche al caso in cui, ad esempio, il Comune “abbia bisogno” dell'autorizzazione del soprintendente per il rilascio di un permesso di costruire (provvedimento di sua competenza) al privato»⁹⁰.

⁸⁸ Rispetto, invece, al rapporto tra l'art. 13 della l. n. 349/1991 (che contempla un nulla osta che può maturare *per silentium*) e l'art. 20 della l. n. 241/1990, per la sopravvivenza del suddetto art. 13, cfr. TAR Lazio, Sez. II quater, 26 luglio 2013, n. 7663, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. VI, n. 6591 del 29 dicembre 2008, n. 6591, *ivi*. In senso contrario, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 2013, n. 5188, *ivi*. Al riguardo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (27 luglio 2016, n. 17, in www.giustizia-amministrativa.it) ha così deciso: “il silenzio assenso previsto dall'art. 13, commi 1 e 4, della legge n. 394 del 1991 non è stato implicitamente abrogato a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 80 del 2005, che, nell'innovare l'art. 20 della legge n. 241 del 1990, ha escluso che l'istituto generale del silenzio-assenso possa trovare applicazione in materia di tutela ambientale e paesaggistica”.

⁸⁹ Tale ricostruzione formulata dal Consiglio di Stato (con il cit. parere n. 1640 del 2016) è stata condivisa dal Ministero per i beni e le attività culturali (cfr. atto dell'Ufficio legislativo del 20.7.2016 prot. 21892), sebbene, precedentemente quest'ultimo (con il cit. atto del 10.11.2015 prot. 27158) avesse tentato di estendere l'applicazione dell'art. 17 *bis*, altresì, alle relazioni verticale, ritenendo che: «Trova (...) applicazione il nuovo art. 17-*bis* in tutti i casi in cui la domanda provenga da una pubblica amministrazione, anche ove il destinatario finale dell'atto titolare della posizione soggettiva condizionata al previo atto di assenso sia un privato e la sua domanda sia intermediata e veicolata dallo sportello unico comunale. Benché appaia in astratto possibile ipotizzare che la nuova norma speciale recata dall'art. 17-*bis* riguardi esclusivamente la concertazione interistituzionale tra pubbliche amministrazioni, con esclusione dei casi in cui la parte in senso sostanziale del rapporto amministrativo sia un soggetto privato (reale beneficiario dell'atto) e non una pubblica amministrazione (che interviene a mo' di “agente” del privato tramite il SUAP o il SUE), non appare tuttavia possibile sostenere allo stato una siffatta soluzione interpretativa restrittiva e occorre accogliere la tesi che assicura la più ampia latitudine applicativa alla misura di semplificazione. In tale più ampio senso milita del resto la lettera del comma dell'art. 3 della legge n. 124 del 2015, dove il silenzio-assenso è previsto “per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di altre amministrazioni pubbliche” e dove la locuzione “provvedimenti amministrativi” lascia ipotizzare l'applicabilità anche al caso in cui, ad esempio, il Comune “abbia bisogno dell'autorizzazione del soprintendente per il rilascio di un permesso di costruire (provvedimento di sua competenza) al privato».

⁹⁰ Cfr. Ministero per i beni e le attività culturali, Ufficio legislativo, atto del 10.11.2015 prot. 27158.

Permane, tuttavia, l'idea di limitare alle sole relazioni orizzontali l'ambito di applicazione della norma, sicché il silenzio tra amministrazioni postulerà pareri vincolanti ed atti di assenso comunque denominati, quindi, atti che riflettono l'esercizio di autonomi poteri autorizzativi in senso ad una fase co-decisoria pluristrutturata⁹¹. Di qui, pertanto, la conseguenza di circoscrivere l'applicazione dell'art. 17 *bis* alla sola prima parte del comma 5 dell'art. 146 (“Sull’istanza di autorizzazione paesaggistica si pronuncia la regione, dopo avere acquisito il parere *vincolante* del soprintendente (...)”) e non già alla seconda che, invece, contempla l'adozione di un parere avente “natura obbligatoria *non vincolante*”.

6. *La tutela del bene paesaggistico tra accelerazione decisionale e composizione degli interessi. L'esigenza di tutelare e il bisogno di semplificare: alla ricerca del dovuto equilibrio*

Il processo di ridimensionamento della rilevanza degli interessi sensibili ha interessato, altresì, quelle modalità di semplificazione, come la conferenza di servizi, volte ad accelerare la decisione e, del pari, ad assicurare una valutazione contestuale dei vari interessi coinvolti nel procedimento.

La necessità, infatti, di operare nel segno di una «visione nuova' della pubblica amministrazione (...) che consideri l'impatto 'concreto' degli interventi sul comportamento dei cittadini, sulle imprese, sull'economia»⁹², ha indotto a valorizzare il profilo dinamico della funzione, da preferirsi quindi all'idea di un procedimento nel quale ciascuna amministrazione tende «ad 'assolutizzare'» ciò per cui «è preposta, ponendo se stessa al centro del problema»⁹³.

Del resto, è ormai da tempo tramontato l'assunto dell'«assoluta prevalenza», giacché si è consapevoli che tutti i diritti fondamentali sanciti e tutelati dalla Costituzione vivono «un rapporto di integrazione reciproca», donde «non è possibile (...) individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri»⁹⁴.

⁹¹ Sempre ai fini applicativi, sulla necessità che ricorra lo “schema di provvedimento” a sua volta recante una proposta di provvedimento ‘favorevole’, cfr. TAR Sardegna, Sez. II, 8 giugno 2017, n. 394, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Campania, Napoli, Sez. VII; decr. 2 agosto 2018, n. 1119, *ivi*. Si ascrive, così, natura costitutiva o, per meglio dire, di limite applicativo, allo “schema di provvedimento” recante una proposta di provvedimento ‘favorevole’, la cui assenza infatti precluderebbe l'inverarsi del silenzio e dei suoi effetti. In altri termini, si vincola così la sussistenza dell'assenso, sebbene *per silentium*, alla preesistenza di una volontà amministrativa favorevole. Pertanto, al fine di “evitare equivoci interpretativi (...) l'operatività dell'istituto del “silenzio assenso”, di cui all'art. 17-bis della l. n. 241 del 1990, all'interno dell'autorizzazione paesaggistica di cui all'art. 146 del codice di settore, è limitata alla sola ipotesi di proposta positiva da parte dell'amministrazione procedente» (Ministero per i beni e le attività culturali, Ufficio legislativo, atto del 27.9.2018 n. 23231).

⁹² Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 7 aprile 2016, n. 890, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹³ Cons. Stato, Ad. Comm. Sp., parere 7 aprile 2016, n. 890, cit.

⁹⁴ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro It.*, 2014, 2, 1, 441.

Di qui, la necessità di una tutela che sia sempre «sistemica e non frazionata»⁹⁵, giacché, in caso contrario «si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diventerebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona»⁹⁶.

E così, proprio a tal fine, il legislatore è intervenuto novellando altresì l'istituto della conferenza di servizi⁹⁷, ivi semplificandone lo svolgimento ed accelerandone il momento decisionale, attraverso un regime giuridico che ha riguardato tutti gli interessi, senza distinzione alcuna. Anche in tal contesto, pertanto, gli interessi sensibili hanno subito un processo di ridimensionamento, risultando, per molti versi, omologati, per altri, invece, timidamente differenziati.

La dequotazione della rilevanza o, per meglio dire, della tipicità o diversità dell'interesse sensibile si è così manifestata, in particolare, nella disciplina della conferenza semplificata, del silenzio assenso endoprocedimentale, del dissenso imperfetto, del rappresentante unico nella conferenza simultanea.

E senza tacere il rafforzamento delle prerogative dell'amministrazione precedente, la disciplina del dissenso qualificato nonché il rimedio della opposizione avverso la determinazione motivata di conclusione della conferenza a fronte di previi dissensi qualificati⁹⁸.

⁹⁵ Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *www.cortecostituzionale.it*. V. anche Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit.

⁹⁶ Corte cost., 9 maggio 2013, n. 85, cit.

⁹⁷ In argomento, cfr. S. BATTINI, *La trasformazione della conferenza di servizi e il sogno di Chuang-Zu*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi* (a cura di S. BATTINI), Roma, 2016, 10 ss.; G. VESPERINI, *Superare la frammentazione: la conferenza simultanea e il ruolo del rappresentante unico*, *ivi*, 54 ss.; Id., *La nuova conferenza di servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 580; I. CACCIAVILLANI, *La conferenza di servizi nella c.d. “legge Madia”: riforma o atrofizzazione?*, in *lexitalia.it*, n. 3/2016; M. CONTICELLI, *Superare i dissensi espressi: la decisione “a prevalenza” e il meccanismo di opposizione successiva*, in *La nuova disciplina della conferenza di servizi* (a cura di S. BATTINI), cit., 76; L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel d.lgs. 30 giugno 2016*, n. 127, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 28; D. D'ORSOGNA, *Semplificazione e conferenza di servizi*, Relazione al Convegno AIPDA *Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme*, Roma, 7/8 ottobre 2016; E. SCOTTI, *La conferenza di servizi*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. ROMANO), cit., 457 ss.; Id., *La nuova disciplina della conferenza di servizi tra semplificazione e pluralismi*, in *federalismi.it*, n. 16/1016; G. PAGLIARI, *La conferenza di servizi*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), cit. 705 ss.; G.B. CONTE e S. DE PAOLIS, *La conferenza di servizi*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI), cit., 377 ss.. Sia consentito rimandare a F. ALBISINNI – E. GIARDINO, *Il procedimento amministrativo*, in *La dinamica del diritto amministrativo* (a cura di L. TORCHIA), cit., 37 ss.

⁹⁸ Secondo G. MARI (*Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi*”, cit., 9) tale «cambiamento della funzione tradizionale dell'istituto è portato a compimento mediante varie previsioni, quali: a) la conferenza semplificata; b) la conferma del silenzio assenso endoprocedimentale accompagnata dalla inequivoca previsione per cui l'assenso si intende acquisito anche quando sia espresso un dissenso “imperfetto” (...); c) i rappresentanti unici di ciascun livello di governo nella conferenza simultanea; d) il potenziamento del ruolo dell'amministrazione precedente anche relativamente alla ponderazione degli interessi

Il processo di riforma inverte, uniformando la regola, ha inteso quindi semplificare l'azione, non solo superando (o affievolendo) l'intangibilità della volontà di chi (amministrazione) è posto a tutela del dato interesse sensibile, quanto favorendo un vaglio comparativo, riflesso, a sua volta, di una discrezionalità sempre più amministrativa e sempre meno tecnico-accertativa⁹⁹.

Si rivela, così, necessario coniugare l'esigenza di tutela con il bisogno di semplificazione, declinando in un'accezione moderna il principio di buon andamento, in modo da salvaguardare, correttamente, la primarietà dei valori paesaggistici.

Tutto questo implicherà non già aprioristiche sovraordinazioni, bensì un'adeguata e compiuta ponderazione comparativa, nel segno di una disciplina chiara e, tendenzialmente, uniforme, onde evitare che “la perpetua conflittualità fra regole tutte parziali, ora carenti ora ridondanti”¹⁰⁰ abbandoni l'amministrazione negli opachi “interstizi dell'interpretazione”¹⁰¹.

sensibili con gli altri interessi coinvolti nei procedimenti complessi; e) l'opposizione successiva in caso di dissensi qualificati. Si tratta di previsioni in ordine alle quali gli interessi sensibili o non sono oggetto di un trattamento differenziato (*a, b, d*, se non relativamente ai tempi per rendere gli atti di assenso) o lo sono, ma in forma meno garantistica rispetto alla previgente disciplina (*e*). Quanto alla previsione *sub c*, l'interpretazione della relativa disciplina che si fornisce (...) è idonea a fornire una tutela maggiore agli interessi sensibili rispetto agli interessi che tali non sono”. In argomento, cfr., altresì, R. DIPACE, *La resistenza degli interessi sensibili nella nuova disciplina della conferenza di servizi*, in *federalismi.it*, n. 16/2016, 4 ss.

⁹⁹ P. CARPENTIERI, *La tutela dei beni culturali, paesaggistici e ambientali nelle riforme Madia*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 41 ss.; G. MARI, *Primarietà degli interessi sensibili e relativa garanzia nel silenzio assenso tra PP.AA. e nella conferenza di servizi*, cit., 15.

¹⁰⁰ S. SETTIS, *Paesaggio costituzione cemento. La battaglia per l'ambiente contro il degrado civile*, Torino, 2010, 221.

¹⁰¹ *Ibidem*.

Abstract

Landscaped assets, sensitive interests and omologation of the legal regime

by Edoardo Giardino

The protection of landscaping has been the subject of legislative reforms in the light of social changes.

This protection must be ensured through a proper weighting of the many interests that are opposed.

The legislature considered it necessary to approve the discipline of sensitive interests, including the environment and the landscape, in order to empower and simplify administrative action.

In particular, the legislature changed the discipline of the services conference and provided for art. 17 *encore* of Act 241 of 1990 (Silence between public administrations and between public administrations and operators of public goods or services), which, in contrast to the assent silence governed by art. 20 of Act 241 of 1990, applies “even to cases where the acquisition of absentees, concerts or anything but named of administrations responsible for environmental, landscape-territorial protection, cultural heritage and the health of the citizens, for the adoption of regulatory and administrative measures that are the responsibility of public administrations.

The application of silence also to ‘sensitive’ interests does not, in fact, lead to a weakening of their safeguards, but improves the way they are protected.

Parole chiave: Beni paesaggistici; tutela; interessi sensibili; omologazione; regime giuridico

Keywords: Landscape assets; protection; sensitive interests; approval; legal regime

L'edilizia di culto tra libertà religiosa e tutela del territorio: il caso Lombardia

di Roberto Leonardi

SOMMARIO: 1. La disciplina della L.R. Lombardia n. 12/2005 sulla localizzazione degli edifici di culto. – 2. La sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016: il quadro dei principi costituzionali sulla libertà religiosa. – 3. La decisione della Corte costituzionale alla luce dei principi costituzionali. – 4. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 2227/2018: profili di incostituzionalità dell'art. 72, c. 5, L.R. Lombardia n. 12/2005. – 4.1. Violazione degli artt. 97 e 117, c. 2, lett. *m*) Cost.. – 4.2. Violazione degli artt. 5, 114, c. 2, 117, c. 6, terzo periodo, e 118, c. 1, Cost.. – 5. Rilievi critici: la discrezionalità comunale nell'*an*, nel *quando* e nel *quomodo* e la ponderazione degli interessi. La sentenza della Corte costituzionale n. 254/2019. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *La disciplina della L.R. Lombardia n. 12/2005 sulla localizzazione degli edifici di culto*

Il tema della localizzazione degli edifici di culto¹ ha acquisito nel tempo una crescente rilevanza anche dal punto di vista giuridico, accompagnata da una complessità della sua disciplina, come dimostrato dalla copiosa giurisprudenza costituzionale e amministrativa che si è formata sulla questione. Di certo la tematica, e anche da qui la sua complessità, incide sostanzialmente sui diritti di uguaglianza, sulla tutela delle differenti identità ideologiche, culturali e religiose dei singoli e dei gruppi, garantiti dalla Costituzione, la quale con l'art. 8 ha introdotto nel nostro ordinamento l'idea di pluralismo², destinato a garantire le diverse identità religiose, mentre, allo stesso tempo, l'art. 19 Cost. ha sancito il diritto di professare liberamente la propria fede e di esercitarne, in pubblico o in privato, il culto³.

¹ Sull'edilizia di culto, in generale, v. F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, voce *Edifici di culto*, in *Enc. Giur.*, XII, Roma, 1990; V. TOZZI, voce *Edifici di culto e legislazione urbanistica*, in *Digesto IV – Disc. Pubbl.*, V, Torino, 1990, 285 ss.; G. CASUSCELLI, *Edifici ed edilizia di culto. Problemi generali*, I, Milano, 1979; ID., *Fonti di produzione e competenze legislative in tema di edilizia di culto: annotazioni problematiche, in Nuove prospettive per la legislazione ecclesiastica*, Milano, 1981, 1187 ss.; M. MIELE, *Edilizia di culto tra discrezionalità 'politica' e 'amministrativa'*, in *Dir. eccl.*, 1995, II, 363 ss..

Da ultimo, sul tema, v. A. TRAVI, *Libertà di culto e pubblici poteri: l'edilizia di culto oggi*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 1, 12 ss.; A. ROCCELLA, *Problemi attuali dell'edilizia di culto*, *ivi*, 22 ss.; A. AMBROSI, *Edilizia di culto e potestà legislativa regionale*, *ivi*, 35 ss..

² V. Corte cost. 12 aprile 1989, n. 203, in *Dir. eccl.*, 1989, II, 293, in cui si è affermato che compete allo Stato garantire “la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale”.

³ V. Corte cost. 24 novembre 1958, n. 59, in www.cortecostituzionale.it, in cui si è osservato che “la formula di tale articolo non potrebbe, in tutti i suoi termini, essere più ampia, nel senso di comprendere tutte le manifestazioni del culto, ivi indubbiamente incluse, in quanto forma e condizione essenziale del suo pubblico esercizio, l'apertura di templi e oratori e la nomina dei relativi ministri”.

La disponibilità di edifici e di luoghi di culto da adibire alla celebrazione dei riti è, quindi, un elemento necessario per assicurare effettivamente non solo al singolo, ma anche alle comunità di praticanti il libero esercizio del loro credo. Allo stesso tempo, la disciplina per la costruzione di questi edifici, nell'esercizio delle competenze sul governo del territorio, è un compito al quale l'amministrazione non può sottrarsi con le criticità, soprattutto in riferimento all'ampia discrezionalità di cui è dotata e che cercheremo di evidenziare facendo riferimento, per l'economicità della ricerca, alla sola disciplina regionale lombarda.

In base alle leggi 29 settembre 1967, n. 847 e 28 gennaio 1977, n. 10 e al d.m. 2 aprile 1968, n. 1444, sugli standard urbanistici, le aree per le *attrezzature di interesse comune religiose* devono obbligatoriamente essere previste in sede di pianificazione urbanistica, mentre per l'art. 16 del d.p.r. n. 380/2001 gli edifici di culto costituiscono opere di urbanizzazione secondaria.

In questo quadro generale si inseriscono gli artt. 70-73 della L.R. Lombardia n. 12/2005⁴. Nell'ambito del Capo III di tale legge, rubricato *Norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi* (artt. 70-73), la norma cardine della disciplina sulla localizzazione delle attrezzature religiose⁵ è costituita dall'art.

Cfr. TAR Lazio, Roma, 9 agosto 2016, n. 9267, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si afferma che “la costruzione dell'edificio di culto risponde ad una esigenza costituzionalmente tutelata che trova copertura anche a livello della normativa di origine concordataria e in particolare dell'art. 5, c. 3, dell'Accordo del 1984 tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede (la cui ratifica ed esecuzione è stata disposta con la l. n. 121/1985)”.

⁴ Sull'ambito di applicazione di tali articoli, v. TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 26 gennaio 2019, n. 84, in *Foro amm.*, 2019, 1, 107, in cui si afferma che “la particolare disciplina di cui agli artt. 70 e ss., L.R. Lombardia n. 12/2005 trova applicazione con riferimento a tutte le ‘attrezzature di interesse comune per servizi religiosi’, tra cui rientrano sia gli immobili destinati al culto, nonché gli immobili adibiti ad attività educative, culturali, sociali, ricreative e di ristoro compresi gli immobili e le attrezzature fisse destinate alle attività di oratorio e similari che non abbiano fini di lucro e gli immobili destinati a sedi di associazioni, società o comunità di persone in qualsiasi forma costituite, le cui finalità statutarie o aggregative siano da ricondurre alla religione, all'esercizio del culto o alla professione religiosa quali sale di preghiera, scuole di religione o centri culturali. La conseguenza concreta è che, a prescindere dal fatto che l'immobile locato dall'associazione ricorrente sia destinato prevalentemente all'attività culturale e/o a quella di culto, ai locali è stata indubbiamente impressa una destinazione urbanistica (quella propria dei locali adibiti all'attività di promozione culturale e di culto) diversa da quella per cui ne è stata acquisita la disponibilità e cioè la costituzione della sede dell'associazione e l'insediamento dei relativi uffici della stessa. Appare, dunque, del tutto irrilevante lo stabilire quando sia stata impressa, negli anni, una destinazione diversa, ovvero, se dall'inizio, nei locali commerciali occupati, sia stata esercitata un'attività di culto incompatibile, dal momento che essa non è mai stata né palesata né tanto meno autorizzata e, dunque, non può trovare applicazione la clausola di salvaguardia, contenuta nella norma transitoria dell'art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005”.

⁵ L'ambito di applicazione è definito dal primo comma dell'art. 71, L.R. Lombardia n. 12/2005. Il secondo comma specifica, inoltre, che le attrezzature di cui al primo comma costituiscono opere di urbanizzazione secondaria ad ogni effetto, a norma dell'art. 44, c. 4, L.R. Lombardia n. 12/2005.

Sulla normativa italiana in tema di edilizia di culto, v. D. PERSANO, a cura di, *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, Milano, 2008. Sulla nozione di attrezzature religiose, cfr. S. TROILO, *Le nuove frontiere*

72 della legge citata, il quale, attraverso le novità introdotte dalla L.R. Lombardia n. 2/2015, ha ulteriormente rafforzato lo strumento della leva urbanistica ai fini della gestione della pianificazione sul territorio dell'edilizia di culto⁶. Tale previsione, come si vedrà, è oggetto di un intenso dibattito giurisprudenziale di cui si vuole dare conto, fino alla recente pronuncia della Corte cost. n. 254/2019, e attraverso il quale sarà possibile effettuare una riflessione su una tematica che inevitabilmente richiede una ponderazione e un bilanciamento tra due diversi interessi a rilevanza costituzionale, la libertà di culto e la tutela del territorio.

Con la L.R. Lombardia n. 12/2005 il legislatore ha scelto di introdurre uno

della libertà religiosa tra pluralismo sociale e pluralismo istituzionale. Il ruolo delle regioni, cit., 187, il quale rammenta che l'espressione "attrezzature religiose" sia stata adottata per la prima volta dal d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 il quale, all'art. 3, contempla espressamente tali "attrezzature" tra quelle di c.d. interesse comune.

V., inoltre, I. BOLGIANI, *Attrezzature religiose e pianificazione urbanistica: luci ed ombre*, in *Stato*, cit., 12; A.L. COLOMBO, *Le attrezzature di culto e di religione e la loro collocazione nel diritto urbanistico italiano*, in AA.VV., *Gli enti istituzionalmente competenti del servizio religioso di fronte al diritto urbanistico italiano*, Milano, 1982, 107 ss.

Per un quadro del tema dal punto di vista storico pre-costituzionale e nel dibattito Costituente, cfr. M. CROCE, *La libertà religiosa nell'ordinamento costituzionale italiano*, Pisa, 2012, 38 ss.

⁶ La scelta di attribuire alla leva urbanistica la gestione del fenomeno dell'edilizia di culto era già radicata nel disegno della L.R. Lombardia n. 12/2005, ma è stata gradualmente concretizzata dapprima con le modifiche delle LL.RR. Lombardia 14 marzo 2008, n. 4, 21 febbraio 2011, n. 3 per poi raggiungere il consolidamento con la L.R. Lombardia, 3 febbraio 2015, n. 2.

Cfr. L. SPALLINO, *Edifici di culto: la disciplina urbanistica lombarda dopo l'intervento della Corte costituzionale*, in *Urb. app.* 2016, 7, 769 ss.

Per prevenire il sorgere di questioni a seguito della destinazione di un fabbricato a luogo di culto, utilizzando lo strumento della denuncia di inizio attività, la Regione Lombardia ha novellato la propria legge sul governo territorio specificando che ogni mutamento di destinazione d'uso di immobili, anche senza opere edilizie, ma comunque finalizzato alla creazione di luoghi di culto e di luoghi destinati a centri sociali, è sempre assoggettato a permesso di costruire. Con questa prescrizione si è voluto evitare che attraverso la liberalizzazione dei cambi di destinazione d'uso, siano realizzate innovazioni impattanti sul territorio urbano senza un preventivo esame da parte dell'Amministrazione. L'obiettivo è stato ritenuto dal giudice amministrativo "ragionevole e non discriminatorio proprio per l'indubbia rilevanza sociale di questo tipo di edifici che rende preferibile il controllo preventivo all'eventuale remissione in pristino" (TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 14 settembre 2010, n. 3522, in *Foro amm. TAR*, 2010, 9, 2766).

Negli stessi termini, v. TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 26 gennaio 2019, n. 84, in *Foro amm.*, 2019, 1, 107 ss.; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 27 agosto 2018, n. 2018, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 5, I, 1329 ss.; Id., Sez. II, 3 agosto 2018, n. 1939, in *ivi*, 1279 ss.; Id., Sez. II, 25 maggio 2016, *ivi*, 2016, 4, I, 557 ss.

Sullo stesso punto, il giudice d'appello ha confermato che la prescrizione "è palesemente volta al controllo di mutamenti di destinazione d'uso suscettibili, per l'afflusso di persone o di utenti, di creare centri di aggregazione (chiese, moschee, centri sociale ecc.) aventi come destinazione principale o esclusiva l'esercizio del culto religioso o altre attività con riflessi di rilevante impatto urbanistico, le quali richiedono la verifica delle dotazioni di attrezzature pubbliche rapportate a dette destinazioni. Se non altro gli effetti dell'altrettanto necessario e conseguente rilascio del certificato di agibilità dell'immobile destinato al nuovo uso, nonché della parimenti necessaria e conseguente pratica di prevenzione incendi di competenza dei vigili del fuoco" (Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5778, in *Foro amm. CdS*, 2011, 10, 3128).

specifico strumento⁷, denominato Piano delle attrezzature religiose (PAR)⁸, ove devono essere individuate le aree che accolgono attrezzature religiose o che sono destinate alle attrezzature stesse. In tale atto separato, facente parte del piano dei servizi e costituente presupposto necessario, art. 72, c. 2, L.R. Lombardia n. 12/2005, le installazioni di attrezzature religiose vengono dimensionate e disciplinate sulla base delle esigenze locali, una volta valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'art. 70, L.R. Lombardia n. 12/2005⁹.

La novella del 2015 ha apportato consistenti, e assai criticate¹⁰, modifiche nell'individuazione dei soggetti deputati a realizzare attrezzature religiose¹¹, riferendosi non solo agli enti della Chiesa cattolica, ma estendendo anche agli enti di altre confessioni religiose con le quali lo Stato abbia già approvato con legge la relativa intesa ai sensi dell'art. 8, c. 3, Cost. e agli enti delle ulteriori confessioni religiose, non firmatarie di intesa¹², in presenza di determinati requisiti specifici¹³, l'applicazione della disciplina contenuta nel capo. Per gli enti diversi da quelli della Chiesa cattolica, invece, la riforma ha stabilito che l'applicazione della disci-

⁷ La precedente normativa prevedeva, invece, all'art. 71, c. 1, che fosse il Piano dei servizi a dover specificamente individuare, dimensionare e disciplinare tali aree, sulla base di esigenze locali, valutate le istanze avanzate dagli enti delle confessioni religiose di cui all'originario art. 70.

⁸ Sul Piano delle attrezzature religiose (PAR), v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 5 novembre 2018, n. 2480, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁹ Così l'art. 72, c. 1, L.R. Lombardia n. 12/2005, come modificato dall'art. 1, lett. e), L.R. Lombardia n. 2/2015.

¹⁰ Cfr. G. TUCCI, *Moschee e diritti inviolabili – La Corte costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, in *Giur. it.*, 2016, 5, 1070.

¹¹ I soggetti individuati dalla normativa previgente (art. 7, c. 1 e 2) erano gli enti istituzionalmente competenti in materia di culto della Chiesa Cattolica e gli enti delle altre confessioni religiose come tali qualificate in base a criteri desumibili dall'ordinamento ed aventi una presenza diffusa, organizzata e stabile nell'ambito del comune ove sarebbero stati effettuati gli interventi di installazioni delle attrezzature religiose ed i cui statuti avessero espresso il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e previa stipulazione di convenzione tra il comune e le confessioni interessate.

Sul punto erano sorti forti dubbi, soprattutto in merito all'ampio potere discrezionale conferito all'Amministrazione nel decidere l'an ed il *quomodo* della stipula, A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, 2015, in www.forumcostituzionale.it.

Sugli sviluppi della giurisprudenza amministrativa e sul dibattito in merito, v. N. MARCHEL, *La legge della Regione Lombardia sull'edilizia di culto alla prova della giurisprudenza amministrativa*, cit..

¹² Attualmente le intese approvate con legge, ai sensi dell'art. 8 Cost., risultano dodici e, tra le confessioni religiose firmatarie, la religione islamica non è compresa. L'elenco delle intese è disponibile in www.presidentza.governo.it.

¹³ Ai sensi dell'art. 70, c. 2 *bis*, L.R. Lombardia n. 12/2005 i requisiti richiesti sono: a) la presenza diffusa, organizzata e consistente a livello territoriale e un significativo insediamento nell'ambito del comune nel quale vengono effettuati gli interventi disciplinati dal presente capo; b) i relativi statuti esprimono il carattere religioso delle loro finalità istituzionali e il rispetto dei principi e dei valori della Costituzione. Si vedrà come tale previsione, insieme ad altre del Capo III, passerà al vaglio del Giudice delle Leggi e verrà ritenuta affetta da illegittimità costituzionale (Corte cost., 26 febbraio 2016, n. 63 in www.giurcost.org).

plina sulla localizzazione dei luoghi di culto sia subordinata alla stipulazione di una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato¹⁴.

Per ottenere l'accreditamento presso i Comuni degli enti di confessioni religiose che non abbiano stipulato intese con lo Stato, ai fini della realizzazione di attrezzature religiose, la L.R. Lombardia n. 2/2015 ha, inoltre, istituito una Consulta regionale, nominata con provvedimento della Giunta regionale, deputata al rilascio del parere preventivo e obbligatorio sulla sussistenza dei requisiti¹⁵.

Un'altra importante novità apportata al corpo normativo si rinviene nell'assoggettamento a Valutazione Ambientale Strategica (VAS)¹⁶ del Piano per le attrezzature religiose, il quale è sottoposto alla medesima procedura di approvazione dei piani componenti il PGT di cui all'art. 13¹⁷ della L.R. Lombardia n. 12/2005, nonché nella previsione di uno specifico contenuto¹⁸, consistente in prescrizioni di dotazioni di servizi – lett. a), b), e d), c. 7, art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005 -, caratteristiche costruttive delle attrezzature religiose – lett. e), f) e g) c. 7, art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005 – e apposite distanze tra le strutture da destinare alle diverse confessioni religiose, sulla base delle distanze minime stabilite dalla Giunta regionale – lett. e), c. 7, art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005.

¹⁴ Così l'art. 70, c. 2 *bis* della L.R. Lombardia n. 12/2005, come modificato dall'art. 1, lett. b), della L.R. Lombardia n. 2/2015.

¹⁵ Così l'art. 70, c. 2 *quater*, L.R. Lombardia n. 12/2005, come modificato dall'art. 1, lett. b), della L.R. Lombardia n. 2/2015.

¹⁶ La Valutazione Ambientale Strategica (VAS) è un processo volto ad integrare considerazioni di natura ambientale, prima della loro approvazione, durante e al termine del loro periodo di validità, nei piani e nei programmi di sviluppo di qualsiasi livello, per migliorare la qualità decisionale complessiva. La disciplina della V.A.S. è contenuta negli artt. 5 ss., d.lgs. n. 152/2006, il cd. Codice dell'ambiente.

Per un approfondimento sulla VAS, cfr. M. CAFAGNO, D. D'ORSOGNA, F. FRACCHIA, *Nozione giuridica di ambiente e visione sistemica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2018, 3, 713 ss., e bibliografia e giurisprudenza *ivi* indicata; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Introduzione al diritto dell'ambiente*, Bari, 2018; G. ROSSI, a cura di, *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2018; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2018, 1505 ss.; P. DELL'ANNO, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2016; ID., *Ambiente (diritto amministrativo)*, in P. Dell'Anno, R. Ferrara, a cura di, *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, I, 2012, 299 ss.; C.E. GALLO, *L'ambiente e le situazioni giuridiche soggettive*, in R. Ferrara, M.A. Sandulli, diretto da, *Trattato di diritto dell'ambiente*, I, 2014, 399 ss.; M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007; M. CECCHETTI, *Ambiente, paesaggio e beni culturali*, in G. Corso, V. Lopilato, a cura di, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Milano, 2006, 310 ss.; F. FONDERICO, *La tutela dell'ambiente*, in S. Cassese, a cura di, *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, II, Milano, 2003, 1521 ss.; E. BLASIZZA, a cura di, *Ambiente 2018, Manuale normo-tecnico*, 2018, 117 ss.; F. BRUNO, *Le autorizzazioni ambientali*, in A. Germanò, E. Basile, F. Bruno, M. Benozzo, a cura di, *Commentario al Codice dell'ambiente*, Torino, 2013, 93 ss.; A. CIMELLARO, A. SCIALÒ, *Valutazione ambientale strategica*, Roma, 2011.

¹⁷ L.R. Lombardia n. 4/2008, art. 1, c. 1, lett. b).

¹⁸ Così l'art. 72, c. 7, L.R. Lombardia n. 12/2005, come modificato dall'art. 1, lett. e), L.R. Lombardia n. 2/2015.

Ulteriore elemento di novità si riscontra nell'introduzione, nel corso del procedimento di predisposizione del Piano delle attrezzature religiose, di un processo di acquisizione di pareri di organizzazioni, comitati di cittadini, esponenti e rappresentanti delle forze dell'ordine, oltre agli uffici provinciali di questura e prefettura, al fine di valutare possibili profili di sicurezza pubblica, fatta salva l'autonomia degli organi statali. Resta ferma la facoltà per i comuni di indire *referendum* nel rispetto delle previsioni statutarie e dell'ordinamento statale¹⁹. Infine, l'innovazione che assume maggior rilievo ai fini di qualche considerazione che verrà fatta in riferimento agli sviluppi recenti della giurisprudenza amministrativa e costituzionale sul tema *de quo* è quella contemplata dall'art. 72, c. 5, L.R. Lombardia n. 12/2005 che subordina la previsione di attrezzature religiose all'approvazione di uno strumento urbanistico *ad hoc* già citato, il Piano delle attrezzature religiose.

2. *La sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016: il quadro dei principi costituzionali sulla libertà religiosa*

Le incisive modifiche introdotte dalla legge regionale lombarda del 2015 hanno suscitato forti perplessità e sono state da molti percepite come estrinsecazione di una surrettizia xenofobia²⁰ del tutto inconciliabile con l'impianto dei diritti inviolabili di cui la Costituzione si fa portavoce. La decisione della Corte costituzionale²¹ non si è fatta attendere in esito al giudizio in via d'azione promosso dal Presidente del Consiglio dei Ministri avverso la L.R. Lombardia n. 12/2005, come modificata dalla legge regionale predetta.

Il Giudice delle Leggi, con la sentenza n. 63/2016, prima di soffermarsi sulle singole censure proposte dalla Presidenza del Consiglio, ha ricostruito il quadro dei principi costituzionali in materia di libertà religiosa e di *status* delle confessioni religiose, con e senza intesa con lo Stato.

La Corte, in primo luogo, ha evidenziato che il nostro ordinamento è caratterizzato dal principio di laicità²², da intendersi alla stregua dell'accezione fornita dalla

¹⁹ Così l'art. 72, c. 4, L.R. Lombardia n. 12/2005, come modificato dall'art. 1, lett. d), L.R. Lombardia n. 2/2015.

²⁰ G. TUCCI, *Moschee e diritti inviolabili – La Corte costituzionale e le leggi regionali anti-moschee*, cit., 1070.

²¹ Corte cost. 23 febbraio – 24 marzo 2016, n. 63, depositata il 24 marzo 2016 e pubblicata in G.U. n. 13 del 30 marzo 2016, in www.cortecostituzionale.it, su cui v. G. MONACO, *Confessioni religiose: uguaglianza e governo del territorio (brevi osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale n. 63/2016)*, in www.forumcostituzionale.it.

²² Il principio di laicità non è definito né direttamente chiarito in alcuna norma, ma è stato enunciato dalla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 203/1989, cit., la quale afferma che “*il principio di laicità, quale emerge dagli artt. 2, 3, 7, 8, 19 e 20 della Costituzione, implica non indifferenza dello Stato dinanzi alle religioni, ma garanzia dello Stato per la salvaguardia della libertà di religione, in regime di pluralismo confessionale e culturale?*”.

giurisprudenza costituzionale come salvaguardia della libertà di religione in regime di pluralismo confessionale e culturale. Compito della Repubblica è “*garantire le condizioni che favoriscono l’espansione della libertà di tutti e, in questo ambito, della libertà di religione*”, la quale “*rappresenta un aspetto della dignità della persona umana, riconosciuta e dichiarata inviolabile dell’art. 2 Cost.*”²³. La Corte ha, inoltre, sottolineato che aspetto essenziale della libertà di religione riconosciuta dall’art. 19 Cost. è il libero esercizio del culto riconosciuto in maniera eguale a tutti e a tutte le confessioni religiose (art. 8, c. 1 e 2, Cost.), indipendentemente dalla stipulazione di un’intesa con lo Stato; ha richiamato, altresì, la costante giurisprudenza che ha chiarito la distinzione tra libertà religiosa, garantita indistintamente a tutti, e regime pattizio (artt. 7 e 8, c. 3, Cost.), con cui il Governo, in virtù dell’ampia discrezionalità politica di cui dispone in materia, può soddisfare esigenze specifiche di ciascuna delle confessioni religiose, ovvero concedere loro particolari vantaggi o eventualmente imporre particolari limitazioni, ovvero ancora dare rilevanza, nell’ordinamento, a specifici atti propri della confessione religiosa. Per questo motivo la giurisprudenza della Corte è costante nell’affermare il divieto, per il legislatore, di operare discriminazioni tra confessioni religiose sulla base di accordi o intese stipulate (o meno) con lo Stato²⁴. L’apertura di luoghi di culto, in quanto forma e condizione essenziale per il pubblico esercizio dello stesso, rientra nella tutela garantita dall’art. 19 Cost., il quale riconosce a tutti il diritto di professare la propria fede religiosa, in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitare in privato o in pubblico il culto, con l’unico limite del rispetto del buon costume²⁵. La Corte conclude la ricostruzione dei principi sul tema chiarendo, tuttavia, che tale diritto non si traduce, sul piano pratico, nella prerogativa che a tutte le confessioni debba assicurarsi un’eguale porzione dei contributi o degli spazi disponibili, essendo questi ultimi limitati. Dovrà, pertanto, essere effettuata una ponderazione di tutti gli interessi pubblici in gioco, attribuendo il corretto rilievo all’entità della presenza

²³ La Corte richiama la sentenza 8 ottobre 1996, n. 334, in *Foro it.*, 1997, I, 25, con nota di G. VERDE, *Il giuramento della parte e la Consulta (motivazione o pseudomotivazione?)*, e di S. MANGIAMELLI, *Il giuramento decisorio fra riduzione assiologica e ideologizzazione dell’ordinamento*, in *Giur. cost.*, 1996, 2919.

²⁴ Come già confermato dalla Corte cost. 10 marzo 2016, n. 52, in *Foro it.*, 2016, I, 1940 (con nota di G. AMOROSO, *Le pronunce della Corte di cassazione oggetto di conflitto di attribuzione innanzi alla Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 2016, I, 1951), la quale riprende le precedenti sentenze 16 luglio 2002, n. 346 e 27 aprile 1993, n. 195 (entrambe in www.giurcost.org) e afferma che *«il legislatore non può operare discriminazioni tra confessioni religiose in base alla sola circostanza che esse abbiano o non abbiano regolato i loro rapporti con lo Stato tramite accordi o intese»*. V., inoltre, A. ROCCELLA, *L’edilizia di culto islamica: contro la tirannia della maggioranza*, in *Urb. app.*, 2014, 3, 345.

Per un commento sulle pronunce, v. L. D’ANDREA, *Eguale libertà ed interesse alle intese delle confessioni religiose: brevi note a margine della sentenza costituzionale n. 346/2002*, in *Quad. dir. pol. Ecl.*, 2003, 3, 667 ss.; G.P. PAROLIN, *Edilizia di culto e legislazione regionale nella giurisprudenza costituzionale: dalla sentenza 195/1993 alla sentenza 346/2002*, in *Giur. it.*, 2003, 351 ss..

²⁵ Cfr. P. CAVANNA, *Lo spazio fisico della vita religiosa (luoghi di culto)*, in V. Tozzi, G. Macri, M. Parisi, a cura di, *Proposta di riflessione per l’emanazione di una legge generale sulla libertà religiosa*, Torino, 2010, 210 ss..

sul territorio dell'una o dell'altra confessione, alla rispettiva consistenza e incidenza sociale e alle esigenze di culto riscontrate nella popolazione²⁶.

3. *La decisione della Corte costituzionale alla luce dei principi costituzionali*

Alla stregua di tali principi, il Giudice delle Leggi ha ritenuto fondati due degli otto motivi di ricorso formulati dal Presidente del Consiglio dei Ministri, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 70, c. 2 *bis* e 2 *quater* e dell'art. 72, c. 4 e 7, lett. e) della L.R. Lombardia n. 12/2005.

Rispetto all'art. 70, c. 2 *bis*, è stata riscontrata la violazione sia del principio di eguaglianza nella libertà di religione e di culto, garantita dagli artt. 8 e 19 Cost., laddove erano previste condizioni restrittive per le confessioni prive di intesa, sia delle competenze regionali in materia di governo del territorio²⁷, che non possono certo esorbitare nel merito dei rapporti tra Repubblica e singole confessioni.

Di conseguenza è risultato illegittimo anche il c. 4 *quater*, il quale prevedeva un vaglio preventivo obbligatorio, ma non vincolante, di una consulta regionale per la verifica dei requisiti di cui al c. 2 *bis*, la quale, benché fosse trascorso un anno dall'entrata in vigore della L.R. Lombardia n. 2/2015, ancora non era stata nominata.

Infine, le disposizioni di cui all'art. 72, c. 4 e c. 7, lett. e), le quali richiedevano che, nel corso del procedimento teso all'approvazione del Piano per le attrezzature religiose, fosse eseguita, una sorta di previa istruttoria sugli eventuali problemi di ordine pubblico, coinvolgendo comitati di cittadini e forze dell'ordine e che il piano prevedesse la realizzazione, per ogni nuovo luogo di culto, dei sistemi di videosorveglianza degli accessi, collegati con le forze di polizia locale, perseguendo evidenti finalità di ordine pubblico e sicurezza, sono state ricondotte dalla Corte nell'alveo della legislazione esclusiva dello Stato, alla stregua dell'art. 117, c. 2, lett. b)²⁸. Le Regioni, infatti, nelle materie di sicurezza e di ordine pubblico,

²⁶ Sull'evenienza che l'obbligo di garantire alla popolazione la possibilità di esercitare le pratiche del culto mediante le attrezzature specifiche non si traduca in automatico accoglimento di tutte le richieste formulate v. TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 9 marzo 2018, n. 686; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 16 aprile 2015, n. 943; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 146; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 8 novembre 2013, n. 2485, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁷ Sul tema della competenza legislativa in materia di edilizia di culto, cfr. A. ROCCELLA, *La legislazione regionale*, in AA.VV., *Gli edifici di culto tra stato e confessioni religiose*, cit., 87, e v. TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 15 ottobre 2018, n. 977; TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 5 settembre 2017, n. 1783, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

²⁸ La pianificazione urbanistica degli edifici di culto rientra nella legislazione concorrente come affermato dalla Corte cost. 7 aprile 2017, n. 67, in *www.cortecostituzionale.it*, in cui si osserva che “è dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione degli artt. 2, 3 e 117, c. 3, Cost., l'art. 2 della L.R. Veneto n. 12/2016, nella parte in cui, nell'introdurre nella L.R. Veneto n. 11/2004 l'art. 31 *ter*, al suo c. 3, secondo periodo, dispone che “nella convenzione può, altresì, essere previsto l'impegno ad utilizzare la lingua italiana per tutte le attività svolte nelle attrezzature di interesse comune per servizi

possono solamente apportare un contributo a livello di cooperazione, attraverso misure rientranti nelle proprie attribuzioni²⁹. Manifestamente inammissibile è stata invece dichiarata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, c. 5, così come novellato nel 2015, promossa in riferimento all'art. 117, c. 2, lett. l), Cost.. La difesa statale censurava una violazione del predetto comma con l'art. 117, c. 2, lettera l), Cost., nella parte in cui attribuisce ai Comuni la mera facoltà di prevedere la realizzazione di nuove attrezzature religiose attraverso l'apposito piano. In tal modo, la disposizione si porrebbe in contrasto con il d.m. 2 aprile 1968, n. 1444 e, in particolare, con il suo art. 3, a norma del quale negli insediamenti residenziali deve essere assicurata, per ogni abitante, una dotazione minima di 18 metri quadrati per spazi pubblici o riservati alle attività collettive, a verde pubblico o a parcheggio, da ripartire normalmente in modo tale che 2 metri quadrati siano destinati ad attrezzature di interesse comune, anche «religiose», oltre che «culturali, sociali, assistenziali, sanitarie, amministrative, per pubblici servizi» e altre. Il ricorrente ricorda che la giurisprudenza della Corte costituzionale ha già ricollegato alla competenza di cui all'art. 117, c. 2, lett. l), Cost., alcune previsioni del d.m. n. 1444/1968³⁰.

La Corte ha dichiarato la manifesta inammissibilità sulla base dell'inconferenza del parametro, ritenendo che il ricorrente non avesse illustrato in alcun

religiosi, che non siano strettamente connesse alle pratiche rituali di culto". La disposizione impugnata dal Governo – avendo ad oggetto la pianificazione urbanistica degli edifici adibiti a luogo di culto – afferisce alla materia del 'governo del territorio', di competenza legislativa concorrente. La Regione è titolata, nel regolare la coesistenza dei diversi interessi che insistono sul proprio territorio, a dedicare specifiche disposizioni per la programmazione e la realizzazione dei luoghi di culto e, nell'esercizio di tali competenze, può imporre quelle condizioni e quelle limitazioni che siano strettamente necessarie a garantire le finalità di governo del territorio affidate alle sue cure. Eccede da un ragionevole esercizio di dette competenze l'introduzione di un obbligo, quale l'impiego della lingua italiana, del tutto eccentrico rispetto ai menzionati interessi e palesemente incongruo rispetto sia alla finalità della normativa regionale in generale, sia a quella della disposizione censurata in particolare. A fronte dell'importanza della lingua quale elemento di identità individuale e collettiva, veicolo di trasmissione di cultura ed espressione della dimensione relazionale della personalità umana, la disposizione impugnata si presta a determinare ampie limitazioni di diritti fondamentali della persona di rilievo costituzionale, in difetto di un rapporto chiaro di stretta strumentalità e proporzionalità rispetto ad altri interessi costituzionalmente rilevanti, ricompresi nel perimetro delle attribuzioni regionali. La legislazione regionale in materia di edilizia di culto trova la sua ragione e giustificazione – propria della materia urbanistica – nell'esigenza di assicurare uno sviluppo equilibrato ed armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico nella loro più ampia accezione, che comprende perciò anche i servizi religiosi".

²⁹ Corte cost. 13 luglio 2017, n. 172, in *www.giurcost.org*; Corte cost. 23 febbraio 2012, n. 35, *ivi*, con commento di F. BENELLI, *Recenti tendenze della giurisprudenza costituzionale sul riparto per materie tra Stato e Regioni e sul declino del principio di leale collaborazione*, in *Le Regioni*, 2012, 3, 623; Corte cost. 6 maggio 2009, n. 129 in *www.giurcost.org*; Corte cost. 7 giugno 2006, n. 237, *ivi*.

³⁰ Sono citate le sentenze Corte cost. 16 giugno del 2005, n. 232 in *www.giurcost.org*, con commento di A. ROCCELLA, *Governo del territorio: rapporti con la tutela dei beni culturali e l'ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2006, 6, 1255, e Corte cost. 18 aprile 1996, n. 120, in *www.giurcost.org*.

modo l'attinenza tra la disciplina delle dotazioni urbanistiche di cui all'art. 3 del d.m. n. 1444/1968 con l'art. 117, c. 2, lett. *h*), Cost., né avesse sufficientemente ed adeguatamente motivato il ricorso sul punto. Ogni considerazione circa la correttezza dell'interpretazione fornita dalla Presidenza del Consiglio è stata perciò assorbita dalla dichiarazione di inammissibilità.

4. *TAR Lombardia, Milano, Sez. II, n. 2227/2018: profili di incostituzionalità dell'art. 72, c. 5, L.R. Lombardia n. 12/2005*

Successivamente alla sentenza citata della Corte costituzionale, il TAR Lombardia, Milano, Sez. II, con la sentenza 8 ottobre 2018, n. 2227, si è occupato nuovamente della localizzazione dei luoghi di culto e dopo aver ricostruito l'assetto normativo in materia di attrezzature religiose, ha ritenuto di completare il quadro confermando l'orientamento già espresso dalla Sezione³¹ circa l'avvenuta abrogazione della L.R. Lombardia n. 2/2015 a mezzo della L.R. Lombardia n. 5/2018, a mente della quale la L.R. Lombardia n. 12/2005 è da ritenersi vigente tutt'oggi come risultante dalle modifiche apportate dalla L.R. Lombardia n. 2/2015, alla stregua di quanto disposto espressamente dall'art. 1 della L.R. Lombardia n. 5/2018³².

La *ratio* seguita dal legislatore regionale è stata infatti quella di eliminare le leggi enumerate intese esclusivamente come atti fonte, ossia come veicoli delle modificazioni apportate ad altre leggi, veicoli che hanno esaurito i loro effetti con

³¹ TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 3 agosto 2018, n. 1939, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 5, rimette alla Corte costituzionale le questioni di legittimità relative all'art. 72, c. 1 e 2, della L.R. Lombardia n. 12/2005, nel testo risultante dalle modifiche apportate dall'art. 1, c. 1, lett. *e*), L.R. Lombardia n. 2/2015, per contrasto con gli artt. 2, 3 e 19 Cost.. I giudici di primo grado avevano già affermato che «quanto previsto dall'art. 72, c. 1, L.R. n. 2/2015, ai sensi del quale la realizzazione di ogni e qualsivoglia attrezzatura religiosa deve trovare necessariamente previsione in un apposito Piano comunale, costituente un atto separato facente parte del Piano dei Servizi, è di dubbia legittimità costituzionale in quanto preordina una completa e assoluta programmazione pubblica della realizzazione di attrezzature religiose in funzione delle esigenze locali rimesse all'apprezzamento discrezionale del comune, a prescindere dalle caratteristiche in concreto di tali opere e persino della loro destinazione alla fruizione da parte di un pubblico più o meno esteso, introducendo così un controllo pubblico totale, esorbitante rispetto alle esigenze proprie della disciplina urbanistica, in ordine all'apertura di qualsivoglia spazio destinato all'esercizio del culto o anche di semplici attività culturali a connotazione religiosa».

³² L'art. 1 della L.R. Lombardia n. 5/2018 afferma che «la presente legge opera interventi di manutenzione e razionalizzazione tecnica dell'ordinamento regionale attraverso interventi abrogativi di leggi o di disposizioni di legge. Per tutte le disposizioni oggetto di abrogazione sono fatti salvi gli effetti secondo quanto previsto dall'articolo 4». Il richiamato art. 4 stabilisce, a sua volta, che «sono fatti salvi gli effetti prodotti o comunque derivanti dalle leggi e dalle disposizioni abrogate dalla presente legge, comprese le modifiche apportate ad altre leggi. Restano pertanto confermate, in particolare, le autorizzazioni, le variazioni, i rifinanziamenti e ogni altro effetto giuridico, economico o finanziario prodotto o comunque derivante dalle disposizioni in materia di bilancio, nonché le variazioni testuali apportate alla legislazione vigente dalle leggi abrogate dalla presente legge, ove non superate da integrazioni, modificazioni o abrogazioni disposte da leggi intervenute successivamente. Trova inoltre applicazione, per le leggi di cui all'articolo 3, anche quanto previsto dall'articolo 24, comma 2, della L.R. 29/2006».

L'introduzione stessa delle novelle. L'intervento di riordino, che non ha perciò inteso apportare modifiche sostanziali alla normativa regionale, non ha inglobato le leggi modificate, sicché il Collegio ha ritenuto opportuno esprimersi sulla questione di costituzionalità inerente all'art. 72, c. 5, L.R. Lombardia n. 12/2005. Sulla base della ricostruzione normativa, il TAR Lombardia Milano ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, c. 5, poiché in contrasto con gli artt. 2, 3 e 19 della Cost.. Osserva il Tribunale che, in ossequio alla lettera della norma contenuta dal c. 5 dell'art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005, i fedeli di una confessione che intendono trovare una sede per l'esercizio del proprio culto devono attendere per un tempo indeterminato la decisione del Comune circa la localizzazione (o meno) di un'area da destinare ad attrezzatura religiosa. Infatti, decorso inutilmente il termine di 18 mesi, in capo all'amministrazione non vige alcun obbligo di avviare il procedimento di revisione del PGT per individuare le aree destinate né il sistema prevede una risposta sanzionatoria in caso di inerzia, quale la sostituzione commissariale per l'adozione del piano *de quo*. Ciò che viene contestato non è l'indiscusso potere del Comune di accogliere o respingere, a seguito di adeguata istruttoria³³, la domanda di individuazione di un'area da destinare a luogo di culto, ma lo stato di incertezza in cui versano i fedeli, ai quali non è garantito un tempo certo e ragionevole per ricevere contezza della sorte dell'istanza. Tale perdurante e incerta condizione di attesa si pone come ostacolo all'esercizio del diritto di libertà religiosa, comportamento vietato al legislatore regionale alla stregua di quanto già affermato dalla richiamata sentenza della Corte cost. n. 63/2016³⁴. Ne deriva una compressione dei diritti di cui all'art. 19 Cost., e, più in generale, un ostacolo non giustificato all'esplicazione dei diritti inviolabili della persona, sia come singolo sia nelle formazioni sociali, in violazione dell'art. 2 Cost.. L'ingiustificata limitazione della posizione soggettiva degli interessati pare altresì contrastare con il criterio della ragionevolezza del quale è espressione l'art. 3 Cost..

In sintesi, la norma contrasta con i principi costituzionali richiamati, laddove prevede un termine di 18 mesi per l'adozione del Piano delle attrezzature religiose (PAR), decorso il quale non viene previsto alcun intervento sostitutivo, ma viene demandato al Comune la facoltà di introdurre il piano in sede di revisione o adozione del P.G.T., senza alcun ulteriore termine.

³³ Consolidato è infatti l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'Ente locale gode di ampia discrezionalità nell'esercizio della funzione di pianificazione urbanistica, salvo che le scelte non siano inficiate da errori di fatto, abnorme illogicità, irragionevolezza o arbitrarietà.

Sull'ampiezza della discrezionalità cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 26 ottobre 2018, n. 6094; TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 29 ottobre 2018, n. 2424; TAR Friuli-Venezia Giulia, Sez. I, 3 agosto 2018, n. 27; Cons. Stato, Sez. IV, 1 agosto 2018, n. 4734; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018, n. 2164, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁴ La quale afferma che “non è, invece, consentito al legislatore regionale, all'interno di una legge sul governo del territorio, introdurre disposizioni che ostacolano o compromettano la libertà di religione?”.

4.1. *Violazione degli artt. 97 e 117, c. 2, lett. m) della Costituzione*

Seguendo le argomentazioni dei giudici del TAR Lombardia citato, la norma, rinviando a tempo indeterminato la risposta ad un'esigenza inerente all'esercizio di un diritto fondamentale della persona, sembrerebbe porsi in contrasto anche con l'art. 97 e con l'art. 117, c. 2, lett. m), i quali consacrano il principio di imparzialità³⁵ e il principio di buon andamento³⁶ che connotano l'azione amministrativa.

³⁵ Sul diritto alla buona amministrazione e le sue declinazioni, v. C. CELONE, *Il diritto alla buona amministrazione tra ordinamento europeo e italiano*, in *Il diritto dell'economia*, 2016, 3, 669 ss., e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; A. POLICE, *Principi e azione amministrativa*, in F.G. Scoca, a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 214-215; F. MANGANARO, *Trasparenza e obblighi di pubblicazione*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, 561; F. MERLONI, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti, a cura di, *La trasparenza amministrativa dopo il d.lgs. 14 marzo 2013*, n. 33, Rimini, 2013, 17-18; M. IMMORDINO, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e brasiliano. Relazione introduttiva*, in *Nuove Autonomie*, n. 3/2014, 395 ss., in part. 401 ss., e A. CONTIERI, *Trasparenza e accesso civico*, *ivi*, 569, 576; A. ZITO, *Il «diritto ad una buona amministrazione» nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2002, 431.

Cfr., inoltre, M.R. SPASIANO, *Riflessioni in tema di trasparenza anche alla luce del diritto di accesso civico*, in *Nuove Autonomie*, n. 1/2015, 65 ss., il quale osserva come la trasparenza amministrativa imponga scelte precise a livello organizzativo e funzionale, ma ancora prima a carattere culturale, che presuppongono, tra l'altro, la loro comprensibilità, la predisposizione di forme di partecipazione a monte delle stesse, la chiarezza, la qualità e la semplicità dell'informazione, la certezza dei tempi, l'effettivo esercizio delle funzioni amministrative con l'abbandono delle diverse forme di silenzio (73-74). La valorizzazione del modello partecipativo differenzia, tra l'altro, secondo l'Autore, l'accezione di trasparenza che emerge dall'art. 1 del d.lgs. n. 33/2013, prima citato, da quella che si ricava dall'art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), poiché la norma europea prospetta un principio fondato più sulla partecipazione che sull'accessibilità, in quanto imperniato sul dialogo e sulla consultazione preventiva, da parte degli organi dell'Unione, delle associazioni rappresentative e della società civile (64). L'esigenza di sviluppare la dimensione partecipativa della trasparenza viene tuttavia avvertita anche dal legislatore italiano, che, nel 2016, con la modifica all'art. 1, comma 1, del predetto decreto, ha voluto precisare come la trasparenza serva anche a promuovere la partecipazione dei soggetti interessati all'attività amministrativa.

Il principio di imparzialità è uno dei principi che presidono l'attività amministrativa, art. 1, l. n. 241/1990. Il principio in parola trova fondamento costituzionale nell'art. 97, c. 2, Cost. ed è richiamato dall'art. 4 della Carta dei diritti fondamentali Ue e consiste nel divieto, rivolto alle amministrazioni di operare discriminazioni e favoritismi durante l'esercizio della loro attività. Il principio di imparzialità è pertanto posto a garanzia della parità di trattamento e dell'eguaglianza dei cittadini di fronte all'amministrazione, in ossequio al generale principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 Cost..

Per un approfondimento, per tutti si rinvia a M.R. SPASIANO, *Principi generali dell'attività amministrativa*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2018, 117 ss., e dottrina e giurisprudenza *ivi* indicata.

³⁶ Il buon andamento è principio costituzionale “cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale” (Corte. cost. 9 dicembre 1968, n. 123, in www.giurcost.org) consacrato dall'art. 97, c. 2, Cost., che “coincide con l'esigenza dell'ottimale funzionamento della pubblica amministrazione, tanto sul piano dell'organizzazione quanto su

La mancanza di una previsione che garantisca tempi certi³⁷ per ottenere

quello della sua attività” (V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2018, 163). Il buon andamento si traduce nell'esigenza di un'amministrazione che sia efficace, efficiente ed economica, criteri enunciati dall'art. 1 della l. n. 241/1990 e che costituiscono parametri giuridici dell'attività e dell'organizzazione amministrativa (E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 56 s.; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 158; M.R. SPASIANO, *I principi di pubblicità, trasparenza e imparzialità*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 117 ss.). L'efficacia esprime il rapporto tra obiettivi programmati e obiettivi/risultati raggiunti; l'efficienza indica il rapporto tra risultati/obiettivi raggiunti e risorse impiegate per raggiungerli; infine, l'economicità implica l'ottimale impiego di risorse (di persone e mezzi) da acquisire per il perseguimento dell'interesse pubblico.

Per una disamina sul tema cfr. A. ANDREANI, *Il principio costituzionale di buon andamento della pubblica amministrazione*, Padova, 1979; A. POLICE, *Principi generali dell'azione amministrativa*, in M.R. Spasiano, D. Corletto, M. Gola, D.U. Galetta, A. Police, C. Cacciavillani, a cura di, *La pubblica amministrazione e il suo diritto*, Milano, 2012, 73 ss.; R. CARIDÀ, *Principi costituzionali e pubblica amministrazione*, 2014, in www.gjurcost.org; M.R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 47 ss..

³⁷ Cfr. M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nella decisione amministrativa*, in A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito, a cura di, *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, 71 ss.; A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di concludere tempestivamente*, Torino, 2013, *passim*.

Il principio di certezza del tempo dell'agire amministrativo e di celerità trova espressione nell'art. 2 della l. n. 241/1990, il quale delinea una disciplina volta ad individuare un termine massimo, per ciascun procedimento, entro il quale l'autorità amministrativa deve emanare un provvedimento conclusivo. Tale principio è di derivazione europea, ed è sancito dall'art. 41, c. 1, della Carta europea dei diritti fondamentali, ai sensi del quale ogni individuo ha il diritto che le questioni che lo riguardano siano trattate entro un termine ragionevole. Il rispetto di termini massimi per la conclusione del procedimento, nonché la previsione di una ragionevole durata dello stesso, sono teleologicamente orientati, da un lato, a tutelare gli interessi dei soggetti coinvolti, e dall'altro, a fungere da indicatore della performance organizzativa (art. 8, lett. f), d.lgs. n. 150/2009) e dell'operato dei responsabili degli uffici, in linea con il concetto di amministrazione di risultato. In questo modo si cerca di contemperare legalità, efficienza, efficacia dell'azione amministrativa e garanzia delle pretese dei terzi, affinché l'interesse pubblico sia garantito con il minor sacrificio del privato. In questo senso M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 163 ss..

Sicché dal principio in parola si è sviluppata la concezione del tempo, all'interno del procedimento amministrativo, quale bene della vita, che assume una valenza del tutto autonoma. L'art. 2, l. n. 241/1990, infatti, “*tutela in sé il bene della vita inerente alla certezza, quanto al fattore tempo, dei rapporti giuridici che vedono come parte la pubblica amministrazione, stante la ricaduta che il ritardo a provvedere può avere sullo svolgimento di attività ed iniziative economiche condizionate alla valutazione positiva della pubblica amministrazione, ovvero alla rimozione di limiti di rilievo pubblico al loro espletamento*” (Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 468 in *Foro amm.*, 2014, 1, 40). Onde deriva la risarcibilità del danno ingiusto cagionato dall'inosservanza dolosa o colposa del termine di conclusione del procedimento amministrativo, art. 2 bis, l. n. 241/1990, ricollegato all'accertamento giudiziale di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie risarcitoria, ricondotta all'alveo della responsabilità extracontrattuale, art. 2043 c.c. (in questo senso Cons. Stato, Sez. V, 18 giugno 2018, n. 3730, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2018, 5, 1649; TAR Puglia, Bari, Sez. I, 23 novembre 2017, n. 1994, in *Foro amm.*, 2017, 11, 2342; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 3 luglio 2015, n. 3580, in *Foro amm.*, 2015, 7-8, 2090; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 4, 930; Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 1058, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1058).

un riscontro da parte dell'amministrazione pare inoltre manifestare un atteggiamento ostativo della stessa nei confronti del fenomeno religioso, in evidente contrasto con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa di cui al menzionato art. 97, c. 2, Cost.. Nell'ottica dell'art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost., invece, si ritiene violato il livello minimo delle prestazioni riguardanti i diritti civili che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale. Il TAR Milano osserva, infatti, che, ai sensi dell'art. 29 della l. n. 241/1990³⁸, la predeterminazione della durata massima dei procedimenti amministrativi attiene ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, c. 2, lett. *m*) della Cost..

In sintesi, il quadro normativo che, una volta decorso il primo termine di 18 mesi dall'entrata in vigore della L.R. Lombardia n. 12/2005, non ha individuato termini certi per imporre l'adozione del Piano delle attrezzature religiose contrasta con la disciplina in materia di procedimento amministrativo e di certezza dei termini di conclusione del procedimento, e per l'effetto con i principi costituzionali consacrati dall'art. 97, c. 2, Cost. e dall'art. 117, c. 2, lett. *m*), Cost..

4.2. *Violazione degli artt. 5, 114, c. 2, 117, c. 6, terzo periodo, e 118, c. 1, Cost.*

Infine, il TAR Lombardia, Milano, citato ha rilevato un contrasto tra l'art. 72, c. 5, della L.R. Lombardia n. 12/2005 e gli artt. 5, 114 c. 2, 117 c. 6, terzo periodo, e 118, c. 1, Cost.. A parere dei giudici di primo grado, la norma regionale condizionerebbe l'adozione del Piano delle attrezzature religiose alla revisione complessiva del Piano del Governo del Territorio, ponendo il divieto ai Comuni di adottare il piano delle attrezzature religiose in un momento distinto rispetto alla revisione generale del Piano del Governo del territorio. Solo nei primi diciotto mesi dall'entrata in vigore della stessa le Amministrazioni avrebbero potuto predisporre il piano delle attrezzature religiose senza intervenire sull'intera disciplina del governo del territorio. Il risultato di tale previsione è una compressione del tutto priva di giustificazione dell'autonomia dei Comuni lombardi da parte della Regione, in netto contrasto con l'art. 5 Cost..

Secondo il Tribunale appaiono violati anche l'art. 114, c. 2, e l'art. 117, c. 6, terzo periodo della Costituzione. In particolare, per quanto attiene all'art. 114,

Sull'art. 2, l. n. 241/1990, v. A. POLICE, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempiuto*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 273, e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata.

Sul danno da ritardo, in dottrina, *ex multis*, G. MARI, *L'azione di condanna al risarcimento del danno derivante dal mancato o ritardo esercizio dell'attività amministrativa*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Il nuovo processo amministrativo. Studi e contributi*, Milano, 2013, I, 292, nonché *La responsabilità della P.A. per danno da ritardo*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 333 ss.; D. VAIANO, *Il principio di tempestività dell'azione amministrativa*, in M. Renna, F. Saitta, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 477 ss.

³⁸ Per un approfondimento sull'art. 29 della l. n. 241/1990, cfr. E. LAMARQUE, *Commento all'articolo 29*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 1479 ss..

c. 2, Cost., l'art. 72, c. 5, della L.R. Lombardia n. 12/2005 pregiudicherebbe in maniera ingiustificata l'autonomia riservata ai Comuni in relazione all'esercizio dei poteri e delle funzioni di loro competenza, contrastando così anche con il principio di sussidiarietà verticale sancito dall'art. 118, c. 1, Cost.. Nella prospettiva dell'art. 117, c. 6, terzo periodo, Cost., appare violata l'autonomia degli Enti Locali dal punto di vista della potestà regolamentare in ordine alle funzioni attribuite ai Comuni. Pertanto, la disposizione regionale, laddove impone ai Comuni di adottare il Piano delle attrezzature religiose unitamente alla revisione del Piano del Governo del Territorio una volta spirato il termine dei 18 mesi dalla data dell'entrata in vigore della L.R. Lombardia n. 12/2005, viola il principio di autonomia riservata ai Comuni in relazione all'esercizio dei poteri e delle funzioni di loro competenza.

5. *Rilievi critici: la discrezionalità comunale nell'an, nel quando e nel quomodo; la ponderazione degli interessi. La sentenza della Corte costituzionale n. 254/2019*

La sentenza n. 2227/2018 del TAR Lombardia Milano, sollevando dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 72, c. 5, L.R. Lombardia n. 12/2005³⁹, ha evi-

³⁹ La Seconda Sezione del TAR Milano ha avuto modo di soffermarsi sulla disciplina urbanistica lombarda inerente alla realizzazione degli edifici di culto e di attrezzature religiose, da sempre caratterizzata da forti punti di criticità in quanto sbilanciata verso il profilo della normativa urbanistica piuttosto che verso la tutela della libertà religiosa.

La vicenda trae origine dall'emanazione del provvedimento con il quale, un Comune in provincia di Varese, rigettava l'istanza di una comunità islamica volta all'individuazione di un luogo di culto islamico nel PGT.

Il Comune riteneva, infatti, che l'associazione islamica non costituisse ente di confessione religiosa e che non avesse i poteri di rappresentanza propri degli enti delle altre confessioni religiose.

L'associazione islamica impugnava il diniego di fronte al TAR Lombardia, Milano, ritenendolo illegittimo, tra le varie censure, per eccesso di potere, violazione dell'art. 70, L.R. Lombardia n. 12/2005, violazione della l. n. 1159/1929 e violazione degli artt. 2, 3, 8 e 19 Cost.. Secondo la prospettazione della ricorrente, infatti, con il provvedimento gravato l'Amministrazione aveva erroneamente applicato la l. n. 1159/1929, non invocabile nel caso in esame, e aveva illegittimamente richiesto la necessità della sottoscrizione di una convenzione con il Comune, in contrasto con i principi costituzionali che vietano discriminazioni fondate sulla confessione religiosa.

L'associazione ricorrente, inoltre, eccepiva, con il terzo motivo di ricorso, l'illegittimità costituzionale dell'art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005, nella parte in cui condiziona l'esercizio di culto alla discrezionalità serbata al Comune nell'individuazione (o meno) nel P.G.T. di luoghi destinati a servizi religiosi.

Con ordinanza cautelare n. 117/2017 il TAR Lombardia, Milano, accoglieva la domanda di sospensione del diniego impugnato e disponeva il riesame del merito della causa, avendo rilevato profili di fondatezza del ricorso.

Sicché, nelle more del giudizio, il Comune resistente adottava un secondo provvedimento, con cui veniva respinta nuovamente la domanda di localizzazione di un luogo di culto islamico

denziato alcuni tra i profili più problematici che segnano la disciplina urbanistica della realizzazione di edifici di culto e attrezzature destinate a servizi religiosi, così come riformata nel 2015. Tuttavia, i dubbi circa la compatibilità della normativa regionale con il dettato costituzionale non sono limitati alla norma di cui al quinto comma dell'art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005, ma si estendono ben oltre. La previsione stessa di un atto pianificatorio ulteriore, quale il Piano delle attrezzature religiose – la cui necessità è alquanto opinabile⁴⁰ – comporta,

nel PGT della ricorrente. Il Comune riteneva, infatti, che l'associazione islamica non integrasse i requisiti richiesti dalla L.R. Lombardia n. 12/2005 in merito alle caratteristiche di consistenza ed incidenza sociale per consentire l'individuazione dei luoghi di culto. Il Comune sosteneva, inoltre, che le aree in questione non fossero dotate di parcheggi e che, in ogni caso, non vi sarebbero stati immobili comunali idonei a tale scopo, e che l'Associazione avesse trasferito la sede in un altro Comune.

Con motivi aggiunti, l'associazione ricorrente impugnava tale provvedimento, formulando una serie di censure, tra le quali assumono particolare rilevanza la violazione dell'art. 19 Cost. e dell'art. 70 della L.R. Lombardia n. 12/2005, in quanto l'Amministrazione non avrebbe potuto, in presenza di una comunità religiosa, differire ogni determinazione in ordine all'individuazione di un'area di culto, poiché la presenza di una comunità islamica è di per sé ragione sufficiente per accogliere la richiesta.

La ricorrente lamentava, inoltre, violazione dell'art. 70, c. 2, della L.R. Lombardia n. 12/2005 per carenza di istruttoria e difetto di motivazione, dal momento che gli aderenti all'associazione in realtà risultavano più numerosi di quelli considerati ed, in ogni caso, la disciplina sui luoghi di culto non deve essere applicata alla stregua di una percentuale di fedeli rispetto alla totalità della popolazione, ma sulla base del riscontro della presenza di un gruppo di fedeli e l'esigenza di disporre di un culto.

Il Comune costituendosi eccepiva che non vi sarebbe stato alcun obbligo di individuare l'area, ma solo di valutare l'idoneità dell'area, e sollevava altresì eccezione di inammissibilità del ricorso, in quanto generico.

Il Collegio ha dichiarato improcedibile il ricorso principale, ritenendo che il secondo provvedimento emanato dal Comune privasse di efficacia quello precedente, ma ha reputato estesa anche al provvedimento impugnato con motivi aggiunti l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 72, c. 1 e 2, per violazione degli artt. 2 e 19 Cost. formulata con il terzo motivo del ricorso principale.

La seconda Sezione del TAR Lombardia, Milano, che condivide i dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 72, della L.R. Lombardia n. 12/2005, ha rimesso, per quanto attiene ai motivi aggiunti, la questione di legittimità alla Corte costituzionale dell'art. 72, c. 5, L.R. Lombardia n. 12/2005, nella parte in cui condiziona l'esercizio del culto alla discrezionalità riservata al Comune nell'individuare o meno nello strumento urbanistico luoghi destinati a servizi religiosi, ritenendolo in contrasto con gli artt. 2, 3, 5, 19, 114, 117, c. 2, lett. *m*) e c. 6, terzo periodo, 118 Cost..

Il Collegio ha disposto pertanto la sospensione del giudizio, ai sensi dell'art. 79 c.p.a., in attesa della decisione della Corte costituzionale, sia sulla questione di legittimità rimessa con la sentenza non definitiva di cui in commento, sia sulla questione inerente all'art. 71, c. 1 e 2, rimessa con sentenza non definitiva n. 1939/2018, riservando alla sentenza definitiva la pronuncia sui motivi aggiunti.

⁴⁰ Come osserva A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, cit., 8, dal momento che tale tipologia di edilizia risultava già

infatti, un sovraccarico del procedimento, in chiaro contrasto con l'art. 1, c. 2, l. n. 241/1990, che consacra il principio di non aggravamento del procedimento amministrativo⁴¹, se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria, e quindi, con il principio di buon andamento di cui all'art. 97, c. 2, Cost.. L'aggravio procedimentale si traduce in un *iter* più complesso che si riflette in termini gravosi anche per i richiedenti. Basti pensare alle infrastrutture (strade di collegamento adeguatamente dimensionate, adeguate opere di urbanizzazione primaria) che devono essere previste nel piano delle attrezzature religiose e che, se assenti o inadeguate, sono poste ad onere degli istanti⁴². Né appare convincente la previsione di cui all'art. 72, c. 7, lett. g), L.R. Lombardia n. 12/2005, il quale stabilisce che nel Piano delle attrezzature religiose venga prevista «la congruità architettonica e dimensionale degli edifici di culto previsti con le caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, così come individuate nel PTR». Si tratta, infatti, di una disposizione di difficile interpretazione, stante la disomogeneità morfologica del territorio lombardo, e, in aggiunta, inconferente rispetto alla fase di individuazione dei luoghi di culto, posto che tali elementi subentrerebbero in un momento successivo rispetto alla localizzazione nel PGT⁴³.

Ma vi è di più. La lettera dell'art. 72, c. 1 e 2, L.R. Lombardia n. 12/2005, non lascia margine di interpretazione. In assenza del suddetto piano, è preclusa la realizzazione di qualsivoglia attrezzatura religiosa, così come, a seguito dell'approvazione dello stesso, nessun'altra attrezzatura potrà essere realizzata al di fuori dello spazio deputato nello strumento di pianificazione. Tale preclusione opera a priori per tutte le attrezzature religiose, sia quelle di interesse comune contemplate dall'art. 71, c. 1, L.R. Lombardia n. 12/2005⁴⁴, che costituiscono opere di urbanizzazione secondaria, art. 71, c. 2, L.R. Lombardia n. 12/2005, sia

regolamentata dalla disciplina urbanistica generale. Infatti, già la legge urbanistica del 1942 imponeva l'individuazione, all'interno dei piani regolatori comunali, di aree riservate a chiese, e ancora, la successiva l. n. 865/1971 annoverava tra le aree opere di urbanizzazione secondaria «chiese ed altri edifici religiosi», come osserva S. TROILO, *Le nuove frontiere della libertà religiosa tra pluralismo sociale e pluralismo istituzionale. Il ruolo delle regioni*, cit., 187.

⁴¹ Cfr. A. MASSERA, *I criteri economicità, efficacia ed efficienza*, in *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 40 ss.; M. CAFAGNO, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in M. Renna, F. Saitta, a cura di, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, cit., 504; v. F. DE LEONARDIS, *I principi generali dell'azione amministrativa*, in A. Romano, a cura di, *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 109; F. SAITTA, *Del divieto di aggravamento ventitré anni dopo (ovvero dell'intramontabile discrezionalità istruttoria dell'amministrazione procedente)*, in *Dir. e Soc.*, 2013, 465 ss., il quale evidenzia che l'Amministrazione dovrebbe evitare l'aggravamento ingiustificato.

⁴² Art. 72, c. 7, lett. a) e b).

⁴³ A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, cit., 9.

⁴⁴ Include pertanto, edifici di culto, abitazioni di ministri di culto, attività di formazione religiosa, sedi di associazioni culturali con finalità religiose.

quelle di cui all'art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005, limitandosi ad inglobare tutti gli edifici di una determinata nozione urbanistica, senza tenere in considerazione le caratteristiche che in concreto presentano tali opere e della loro specifica preordinazione al fine di assicurare la dotazione di opere di urbanizzazione secondaria in una determinata area, su richiesta degli interessati.

La disciplina regionale lombarda, in altre parole, individua una “corrispondenza biunivoca”⁴⁵ tra le “*attrezzature religiose di interesse comune*” di cui all'art. 71, c. 1, L.R. Lombardia n. 12/2005, classificate come opere di urbanizzazione secondaria, e le “*attrezzature religiose*” di cui all'art. 72, trattando queste ultime come opere di urbanizzazione secondaria e, come tali, necessariamente soggette ad una preventiva programmazione comunale al fine di assicurarne la proporzionata dotazione a servizio di insediamenti residenziali. L'errore in cui incorre il legislatore regionale, pertanto, consiste nel riservare a queste ultime il medesimo trattamento delle prime, senza considerare che le richieste avanzate potrebbero provenire da libere iniziative di enti religiosi, gruppi di cittadini e comunità di fedeli che intendano praticare collettivamente il proprio culto in un luogo idoneo. Il libero esercizio del culto risulta, quindi, in concreto ostacolato *a fortiori* se si considera che il c. 5, art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005, lascia del tutto in balia delle programmazioni comunali – che fisiologicamente avvengono con cadenze pluriennali – l'adozione e l'approvazione del Piano delle attrezzature religiose posteriori ai diciotto mesi dalla data di entrata in vigore della L.R. Lombardia n. 2/2015. Tale previsione sembra, di fatto, disconoscere il principio di certezza del tempo dell'agire amministrativo, da cui dottrina e giurisprudenza hanno ricavato la nozione del tempo come bene della vita, ed ignorare l'orientamento giurisprudenziale, sempre più consolidato, che riconosce il risarcimento del danno da ritardo per il solo fatto che l'amministrazione abbia agito oltre il termine stabilito dalla legge, a prescindere dalla spettanza del bene della vita e, pertanto, anche in caso di accertata legittimità del provvedimento sfavorevole⁴⁶.

⁴⁵ Tale è l'espressione utilizzata dal TAR Milano, con la già citata sentenza n. 1939/2018. A giudizio del TAR Lombardia, Milano, infatti, l'equivoco di fondo su cui si sviluppa la normativa regionale si ravvisa nella qualificazione delle attrezzature religiose (rispetto alle quali gli edifici di culto sono una *species*) come opere di urbanizzazione secondaria (art. 71, c. 2, L.R. Lombardia n. 12/2005), da inserire nel tessuto urbano mediante un Piano *ad hoc* che ne stabilisce sia la localizzazione che il dimensionamento. Tali disposizioni presuppongono una completa e assoluta programmazione pubblica della realizzazione di attrezzature religiose, sulla base delle esigenze locali demandate alla discrezionalità del Comune, indipendentemente dalle caratteristiche in concreto di tali opere, dalla circostanza che esse siano o meno strettamente necessarie ad assicurare la dotazione di standard urbanistici funzionale ad un inserimento residenziale, ma, soprattutto, a prescindere dall'obiettivo di fruizione da parte di un pubblico più o meno esteso.

⁴⁶ In senso conforme, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 23 novembre 2017, n. 1994, in *Foro amm.*, 2017, 11, 2342; TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 11 maggio 2015, n. 1477, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. V, 10 febbraio 2015, n. 675, in *Dir. & Giust.*, 2015; Cons. Stato, Sez. III, 30 aprile 2014, n. 2279, in *Foro amm.*, 2014, 4, 1058; Cons. Stato, Sez. III, 31 gennaio 2014, n. 2279, *ivi*, 2014,

Tale riconoscimento trova ragion d'essere sul presupposto che il ritardo nella conclusione del procedimento costituisce un costo, “dal momento che il fattore tempo costituisce una essenziale variabile nella predisposizione e nell’attuazione di piani finanziari relativi a progetti imprenditoriali, condizionandone la relativa convenienza economica”⁴⁷. Inoltre, la previsione in esame si pone in contrasto con il già citato principio di non aggravamento del procedimento amministrativo, laddove l’adozione del Piano delle attrezzature religiose è subordinata alla revisione complessiva del PGT, essendo preclusa ai Comuni la possibilità di adottare il Piano delle attrezzature religiose in un momento distinto rispetto alla revisione generale del PGT. Sussiste, infine, un ulteriore profilo di dubbia compatibilità costituzionale, e nello specifico, rispetto all’assetto delle competenze Stato-Regione di cui all’art 117 Cost., che si riscontra nella mera facoltà, per i Comuni, di adottare ed approvare il Piano delle attrezzature religiose⁴⁸. I Comuni, infatti, stando al tenore letterale dell’art. 72, c. 5, L.R. Lombardia n. 12/2005 sono tenuti ad adottare il suddetto piano solo se “intendono prevedere nuove attrezzature religiose”.

Il legislatore regionale avrebbe dovuto tenere in considerazione che la previsione dell’edilizia di culto nella pianificazione urbanistica costituisce un dovere e non una mera facoltà dell’ente comunale, tenuto conto dell’effettiva e concreta esigenza⁴⁹. Dall’impostazione che si ricava dalla normativa regionale lombarda discende, pertanto, un margine di discrezionalità demandata all’amministrazione pubblica che esorbita le esigenze proprie della disciplina urbanistica⁵⁰, e che si traduce in un controllo pubblico totale a maglie strette, a partire dal decidere, se operare una pianificazione e, in caso positivo, fino a predeterminare i tempi, i luoghi la distribuzione tra le varie confessioni religiose dei luoghi di culto, al di fuori della quale non rimane spazio neppure per la realizzazione di modeste sale di preghiera, in aree urbanisticamente idonee, ad iniziativa privata. L’esercizio di tale potere, i cui confini risultano troppo estesi, genera una compressione dell’e-

1, 40; Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2011, n. 1271, in *Guida al dir.*, 2011, 12, 77.

Sulla risarcibilità del danno da ritardo solo in caso di accertata spettanza del bene della vita, v. TAR Emilia Romagna, Sez. II, 29 novembre 2017, n. 781, in www.giustizia-amministrativa.it; TAR Abruzzo, L’Aquila, Sez. I, 14 maggio 2015, n. 388, *ivi*; Cons. Stato, Ad. Plen., 1 settembre 2005, n. 7, in *Giur. it.*, 2006, 5, 1056; Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2014, n. 63, in *Foro amm.*, 2014, 1, 69; Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4452, in *Foro amm. CdS*, 2013, 9, 2439; Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 2899, *ivi*, 2013, 5, 1332.

⁴⁷ TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 11 maggio 2015, n. 1477, in www.giustizia-amministrativa.it, nel riprendere la sentenza del Cons. Stato n. 675/2015, cit.

⁴⁸ Come rileva A. LORENZETTI, *La nuova legislazione lombarda sugli edifici di culto fra regole urbanistiche e tutela della libertà religiosa*, cit., 6.

⁴⁹ A. ROCCELLA, *Esigenze religiose e piani urbanistici*, in *Riv. giur. urb.*, 3-4, 1994, 529-550.

⁵⁰ La disciplina urbanistica trova infatti la sua essenza nella necessità di assicurare uno sviluppo equilibrato e armonico dei centri abitativi e nella realizzazione dei servizi di interesse pubblico. In questo senso le già citate sentenze della Corte cost., n. 195/1993, n. 63/2016, e la sentenza Corte cost. 7 aprile 2017, n. 67, in www.giurcost.org.

esercizio al libero culto non giustificata da esigenze di ordine pubblico e buon costume, le sole a poter consentire un sacrificio del diritto alla libertà religiosa di cui all'art. 19 Cost., ponendosi in chiaro contrasto con quest'ultimo e con gli artt. 2 e 3 Cost.. Anche la previsione di cui all'art. 70, c. 2 *ter*, L.R. Lombardia n. 12/2005, che stabilisce che – ai fini dell'applicazione delle disposizioni in *subiecta materia* – sia stipulata una convenzione a fini urbanistici con il comune interessato, con espressa possibilità di risoluzione o della revoca, in caso di accertamento da parte del comune di attività non previste nella convenzione, suscita numerosi dubbi interpretativi, stante il tenore generale della norma. A tal proposito, la Corte costituzionale è intervenuta fornendo una lettura costituzionalmente orientata della disposizione, riservando la risoluzione o la revoca come *extrema ratio*, da attivarsi «in assenza di alternative meno severe» e da subordinare all'accertamento di svolgimento di «comportamenti abnormi»⁵¹.

Diverse considerazioni debbono essere fatte, invece, in merito all'esercizio della discrezionalità in sede di valutazione delle istanze.

Come già precisato dalla Corte costituzionale⁵², la proposizione di una domanda di individuazione di luoghi da destinare a culto non si traduce nell'obbligo di assicurare una uguale porzione degli spazi disponibili, dal momento che si distribuiscono delle utilità limitate, quali le sovvenzioni pubbliche e la facoltà di consumare suolo. I Comuni, pertanto, nell'esercizio della discrezionalità, sono tenuti a valutare l'entità della presenza sul territorio dell'una e dell'altra confessione, la consistenza e l'incidenza sociale, nonché le esigenze di culto riscontrate nella popolazione. Questi elementi dovranno poi essere ponderati sulla base delle utilità limitate, quali l'utilizzazione del territorio e l'eventuale consumo di suolo⁵³. Inoltre, in sede di elaborazione del contenuto del Piano delle attrezzature religiose, l'amministrazione dovrà tenere conto delle prescrizioni vincolati di cui al c. 7 dell'art. 72, L.R. Lombardia n. 12/2005, ossia il rispetto delle distanze adeguate tra le aree da destinare alle diverse confessioni religiose – distanze minime che devono essere definite con deliberazione della giunta regionale⁵⁴ -, prevedere

⁵¹ V. punto 6 del *Considerando in diritto* della sentenza n. 63/2017. Tuttavia, permane un afflato stigmatizzante, laddove la norma dell'art. 70, c. 2 *ter*, prevede implicitamente un'attività di vigilanza dell'amministrazione per accertare comportamenti non conformi alla convenzione, come osserva A. LORENZETTI, *La Corte Costituzionale e l'edilizia di culto: alla ricerca di un difficile equilibrio, fra riparto di competenze, libertà religiosa, e il "convitato di pietra" dell'emergenza terrorismo*, in *www.forumcostituzionale.it*, 2017, 9.

⁵² Così la sentenza della Corte cost. n. 63/2016.

⁵³ TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 20 gennaio 2017, n. 117/o, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁴ Previsione, anche questa, che suscita forti dubbi di legittimità costituzionale, posto che i limiti circa gli spazi pubblici o riservati ad attività collettive sono stati definiti dalla Corte costituzionale (sentenza 16 giugno 2005, n. 232 in *www.giurcost.org* con commento di A. ROCCELLA, *Governo del territorio: rapporti con la tutela dei beni culturali e l'ordinamento civile*, in *Le Regioni*, 2005) a contenuto inderogabile, siccome concernenti l'ordinamento civile e rispondenti ad esigenze pubblicistiche

la conservazione di uno spazio da destinare a parcheggio pubblico, in misura non inferiore al 200 per cento della superficie lorda di pavimento dell'edificio da destinare al culto, nonché la necessaria congruità architettonica dimensionale degli edifici di culto previsti, quali caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo, come individuate nel P.T.R.⁵⁵.

La Corte costituzionale, con la recente sentenza del 5 dicembre 2019, n. 254, ha dichiarato l'illegittimità delle due disposizioni in materia di localizzazione dei luoghi di culto introdotte nella disciplina urbanistica lombarda, dalla LR. Lombardia, n. 12/2005, e dalla L.R. Lombardia n. 2/2015, affermando che «la prima, contenuta nell'art. 72, c. 2, L.R. Lombardia n. 12/2005, pone come condizione per l'apertura di qualsiasi nuovo luogo di culto l'esistenza del Piano per le attrezzature religiose (PAR). Il fatto che il legislatore regionale subordini solo le attrezzature religiose al vincolo di una specifica e preventiva pianificazione indica che la finalità perseguita è solo apparentemente di tipo urbanistico-edilizio, e che l'obiettivo della disciplina è invece in realtà quello di limitare e controllare l'insediamento di nuovi luoghi di culto. E ciò qualsiasi sia la loro consistenza, dalla semplice sala di preghiera per pochi fedeli al grande tempio, chiesa, sinagoga o moschea che sia. La seconda disposizione, contenuta nell'art. 72, c. 5, secondo periodo, L.R. Lombardia n. 12/2005, in forza del quale il PAR può essere adottato solo unitamente al piano di governo del territorio (PGT). Questa necessaria contestualità e il carattere del tutto discrezionale del potere del Comune di procedere alla formazione del PGT rendono assolutamente incerta e aleatoria la possibilità di realizzare nuovi luoghi di culto. Le norme censurate costituiscono una forte compressione della libertà religiosa senza che a ciò corrisponda alcun reale interesse di buon governo del territorio»⁵⁶.

sovrastanti gli interessi dei singoli.

⁵⁵ Con la citata sentenza n. 63/2017, la Corte costituzionale ha precisato che l'amministrazione non si deve riferire tanto alle «caratteristiche generali e peculiari del paesaggio lombardo», quanto piuttosto, a come esse emergono dal Piano regionale, come accade per qualsiasi altro edificio.

⁵⁶ A seguito di tale pronuncia, v. Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2019, n. 8454, in *www.giustizia-amministrativa.it*, in cui si osserva che «sul piano specifico del rapporto tra edilizia ed attività religiosa, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che la legislazione, statale e regionale, nella disciplina dell'assetto del territorio, non deve prevedere misure che siano in grado di incidere sul principio di laicità dello Stato, mediante prescrizioni che non assicurino il pluralismo confessionale e culturale. In particolare, la Corte costituzionale si è occupata delle questioni di legittimità costituzionali di leggi regionali che imponevano, per la costruzione di edifici di culto, il rispetto di requisiti ulteriori per le confessioni religiose che non avessero stipulato, ai sensi dell'art. 8, c. 3, Cost., un'intesa con lo Stato sulla base di una legge (Corte cost. 24 marzo 2016, n. 63). La Corte, con la sentenza n. 254/2019, ha chiarito, inoltre, che è legittimo un piano dedicato alle attrezzature religiose, riconducibile al modello della pianificazione urbanistica di settore, «alla duplice condizione che essa persegua lo scopo del corretto insediamento nel territorio comunale delle attrezzature religiose aventi impatto urbanistico, e che, in questo orizzonte, tenga adeguatamente conto della necessità di favorire l'apertura di luoghi di culto destinati alle diverse comunità religiose (corrispon-

6. *Considerazioni conclusive*

Ricostruito il quadro normativo e giurisprudenziale, fino alla recente pronuncia della Corte costituzionale in tema di localizzazione di edifici di culto nella Regione Lombardia, è possibile fare alcune considerazioni conclusive.

L'edilizia di culto costituisce da tempo oggetto di studio da parte dei giuristi non solo per i profili di diritto ecclesiastico, ma anche per quelli di diritto urbanistico e di diritto regionale e, allo stesso tempo, non può essere ignorato che la realizzazione di edifici di culto sia da considerare un aspetto della libertà individuale di religione come si è argomentato fin qui. Da qui segue che ogni attività che comporti l'utilizzazione edificatoria dei suoli pone problemi di compatibilità urbanistica e, pur nel rispetto della libertà di culto, non si può rivendicare una esenzione dai poteri di governo del territorio⁵⁷. Questi poteri, tuttavia, devono essere configurati dalle leggi in rapporto ai valori costituzionali coinvolti dall'edilizia di culto, la quale costituisce un aspetto della libertà di religione. Questa qualificazione ha pieno fondamento non solo nel diritto italiano. Si ricorda, innanzi tutto, la dichiarazione del Concilio Vaticano II su *La libertà religiosa*, la quale ha collegato strettamente la libertà religiosa alla dignità dell'uomo e ha affermato che "tutelare e promuovere gli inviolabili diritti dell'uomo è dovere essenziale di ogni potestà civile. Deve quindi la potestà civile assicurare a tutti i cittadini, con leggi giuste e altri mezzi idonei, l'efficace tutela della libertà religiosa, e creare condizioni propizie per favorire la vita religiosa cosicché i cittadini siano realmente in grado di esercitare i loro diritti attinenti la religione e adempiere i rispettivi doveri". Gli edifici di culto, e il tema della loro localizzazione, pur non espressamente menzionati sono di certo da ricomprendere in questo brano della dichiarazione conciliare, proprio in quanto strumentali all'adempimento dei doveri religiosi.

Sul piano internazionale, già nel 1981, l'Assemblea generale delle Nazioni Unite approvava una *Dichiarazione sull'eliminazione di tutte le forme di intolleranza e discriminazione fondate sulla religione o sulla convinzione*, secondo cui il diritto alla libertà di pensiero, coscienza, religione e credenza include, fra le altre libertà, anche quella di esercitare il culto o riunirsi in connessione con la religione e credenza e di realizzare e mantenere posti per questi scopi. In seguito il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite, in un commento generale sul diritto di libertà di pensiero, coscienza e religione, ha affermato che la libertà di culto include la costruzione di luoghi di culto.

Analoga posizione si trova anche nel documento conclusivo dell'incontro di Vienna 1986 della Conferenza sulla sicurezza e la cooperazione in Europa

dendo così anche agli standard urbanistici, cioè alla dotazione minima di spazi pubblici)".

⁵⁷ Sul tema, v. P. LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione*, Milano, 2012, *passim*, e dottrina e giurisprudenza *ivi* indicata.

(CSCE), secondo la quale gli Stati erano impegnati ad assicurare la libertà religiosa rispettando anche il diritto delle comunità religiose a costituire e a mantenere i luoghi di culto liberamente accessibili. Nello stesso senso si era orientata l'assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. La raccomandazione 6 ottobre 1988 n. 1086 sulla situazione della chiesa e della libertà di religione nell'Europa orientale aveva raccomandato che il Comitato dei Ministri invitasse i Governi degli Stati membri del Consiglio d'Europa ad assicurare il diritto di erigere, acquistare, affittare chiese e centri di preghiera senza necessità di approvazione ufficiale.

Sempre sul piano della tutela internazionale della libertà di religione, si possono citare diversi casi in cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato la disponibilità di luoghi di culto come un aspetto della libertà individuale di religione, contemplata dall'art. 9 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Nell'ordinamento interno la disponibilità di luoghi di culto come contenuto della libertà individuale di religione è stata affermata dalla Corte costituzionale fin dalla sentenza n. 59/1958, mentre, in seguito, la stessa Corte, con la sentenza n. 195/1993 ha affermato che "rispetto all'esigenza di assicurare edifici aperti al culto pubblico mediante l'assegnazione delle aree necessarie e delle relative agevolazioni, la posizione delle confessioni religiose va presa in considerazione in quanto preordinata alla soddisfazione dei bisogni religiosi dei cittadini, e cioè in funzione di un effettivo godimento del diritto di libertà religiosa, che comprende l'esercizio pubblico del culto professato come esplicitamente sancito dall'art. 19 Cost."

In questo quadro generale si inseriscono le vicende locali, tra cui quella della Lombardia, le quali stanno facendo emergere in modo sempre più forte la problematica tensione tra il bisogno materiale, da parte di molteplici confessioni religiose, di luoghi da destinare al culto (da realizzare o da utilizzare) e le esigenze di controllo del territorio comunale. Su questo crinale vive il difficile bilanciamento tra il diritto costituzionale ad un edificio di culto, quale dimensione autonoma della libertà religiosa, e il potere pubblico di pianificazione urbanistica⁵⁸.

⁵⁸ Per G. PASTORI, *Statuto dell'amministrazione e disciplina legislativa*, cit., 19-21, i principi generali della funzione amministrativa vengono qualificati e tradotti dalla stessa Costituzione in altrettante garanzie costituzionali dei cittadini nei confronti dell'agire amministrativo, e ciò in virtù del carattere aperto della nostra Costituzione capace di recepire gli esiti della più recente evoluzione legislativa e di tradurli in regole che presidono ai rapporti fra amministrazione e destinatari o beneficiari della stessa. L'Autore dà rilievo, in particolare, al fatto che la legge sul procedimento n. 241/1990 richiami il sistema costituzionale in cui l'amministrazione è calata e stabilisca come scopi dell'amministrazione altrettanti diritti e pretese dei singoli cittadini e interessati; il che comporta che sia lo statuto costituzionale del cittadino a rappresentare quello dell'amministrazione. Id., *L'amministrazione da potere a servizio*, in M.R. Spasiano, a cura di, *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Napoli, 2012, 48, 54, l'Autore afferma che il testo costituzionale nel porre al centro una visione obiettivo-funzionale dell'amministrazione lascia intendere, pur senza esplicitarlo (si veda peraltro il 1° comma dell'art. 98: il servizio alla nazione), che vi dovesse essere

La libertà religiosa ha, infatti, un'incomprimibile doppia anima: non solo quella meta-fisica, di contatto con la dimensione divina, ma anche quella fisica, urbanistico-edilizia, in cui un certo bene immobile (una chiesa, una moschea, uno scantinato o un giardino), costituisce esso stesso il ponte tra le due anime. Proprio la dimensione fisica della libertà religiosa la pone in contatto con le scelte delle Amministrazioni locali e genera un autonomo diritto e contestuale problematica

un vero e proprio rapporto di servizio (anche) nei riguardi dei cittadini singoli e associati. Il che doveva tradursi in particolare nella previsione e nel riconoscimento di posizioni di diritto e di pretesa in condizione non più di soggezione, ma di parità in capo a questi. È quanto è stato colto dai primi e più lungimiranti interpreti (Esposito), ma che però non ha avuto immediato seguito. La visione costituzionale dell'amministrazione trova infatti attuazione – sottolinea l'Autore – con la l. n. 241/1990, che rappresenta oggi una legge di principi e insieme di diritti (di principi che si sono fatti rispettivamente diritti e obblighi) che presiedono in generale allo svolgimento dell'attività amministrativa secondo la visione costituzionale paritaria dei rapporti amministrazione e cittadini.

Nella stessa direzione, A. PUBUSA, *Diritti dei cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 1996, 66, il quale osserva che l'amministrazione pubblica è un soggetto particolare, giacché la sua organizzazione e la sua attività non sono autoreferenti, ma sono funzionali ad altri soggetti, ai cittadini. Lo stesso interesse pubblico, prima inteso come interesse dell'amministrazione, quasi in contrapposizione all'interesse degli altri soggetti dell'ordinamento, oggi mantiene il suo originario carattere di socialità; pertanto l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione sono *al servizio* della comunità; non si autogiustificano, ma trovano la ragione della loro esistenza nell'aderenza agli interessi reali, nell'essere rivolte a soddisfare interessi dei cittadini. Contro la separatezza dell'amministrazione depone inoltre il principio generale della partecipazione dei cittadini alla gestione pubblica (art. 3 cpv. Cost.). È, dunque, nella fedeltà ai bisogni sociali e nella partecipazione che si rinviene una delle basi di legittimazione dell'amministrazione, colmandosi in questo modo quel *deficit* di democraticità conseguente all'allentarsi nei confronti di essa degli influssi del *continuum* democratico, che trova il proprio fondamento nel corpo elettorale e si trasfonde nell'amministrazione per il tramite della legge e degli altri atti d'indirizzo politico promananti dal parlamento.

Anche F. BENVENUTI, *L'ordinamento repubblicano*, edizione rivista e aggiornata da L. Benvenuti, Padova, 1996, 42, osserva come non sia senza significato che nei vari titoli in cui è divisa la prima parte della Costituzione, dedicata ai diritti e doveri dei cittadini, si parli di rapporti civili, etico-sociali, economici, politici, in quanto ciò sta a significare che i diritti e i doveri dei cittadini vigono nei confronti dello Stato con il quale quindi essi sono in un diretto rapporto. ID., *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, 1975, 807, ora in *Feliciano Benvenuti. Scritti giuridici*, vol. IV, *Articoli e altri scritti* (1970-1983), Milano, 2006, 3223 ss., nelle norme della Costituzione, in cui si afferma che il cittadino avanza in primo piano con la sua posizione di sostanziale diritto soggettivo nei confronti dell'amministrazione e per ciò non solo ha diritto alla tutela giurisdizionale, ma ha diritto di averla più efficace e più piena; l'art. 2 della Costituzione vuole che la Repubblica riconosca e garantisca i diritti inviolabili dell'uomo, non solo come singolo, ma anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Sicché, a prescindere da ogni discussione sull'utilità di una distinzione tra diritti ed interessi legittimi, da ogni diatriba sulla qualificazione di queste due posizioni, resta che nell'ambito della nostra Costituzione non si può immaginare l'esistenza di un interesse che abbia minor valore di un diritto e cioè l'esistenza di rapporti nei quali il cittadino si trovi rispetto all'amministrazione in posizione di vantaggio a tutela piena e nell'altro in una posizione di vantaggio a tutela semipiena.

costituzionale. Tuttavia, come sottolineato in modo condivisibile in dottrina⁵⁹, non si tratta certamente di un diritto costituzionale pieno, che si risolverebbe in un obbligo per le Amministrazioni comunali di soddisfare qualsiasi pretesa di spazio, ma di un interesse legittimo costituzionale a veder acquisiti, valutati e selezionati dall'Amministrazione comunale i bisogni materiali delle persone (cittadini o stranieri), che vogliono praticare il proprio culto, qualunque esso sia. Ciò che conta sono proprio le persone prima che i gruppi confessionali organizzati. Nel contenuto minimo essenziale del diritto costituzionale ad un edificio di culto, infatti, deve stare una deistituzionalizzazione della rappresentanza degli interessi. In modo più semplice, ciò che l'Amministrazione comunale deve acquisire sono gli interessi omogenei delle persone. In questa logica il momento fondamentale in cui si misura l'effettività di questo diritto costituzionale non è il *momento pianificatorio* altamente discrezionale, ma quello *prepianificatorio* e ancor prima quello della disciplina da parte dei legislatori regionali degli istituti di emersione degli interessi religiosi omogenei⁶⁰. Soltanto la regolazione di ciò che sta prima dell'atto di pianificazione urbanistica, espressione di ampia discrezionalità politica, può operare come limitazione del potere e dell'arbitrio discriminatorio⁶¹. La previsione di istituti partecipativi prepianificatori, a mio parere, è certamente lo strumento per l'acquisizione dei bisogni sociali ad un luogo di culto, di trasparenza sulla selezione dei bisogni da soddisfare e di quelli da sacrificare nonché il presupposto per il perfezionamento di accordi pubblici tra i Comuni e le formazioni sociali a connotazione religiosa⁶², sia quando queste abbiano la proprietà

⁵⁹ In questi termini, v. N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, in www.federalismi.it, 2015.

⁶⁰ Si veda, sul tema, anche M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, 4, 787 ss..

⁶¹ Per una riflessione sul rapporto tra potere discrezionale della p.a. e diritti inviolabili, v. L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.; D. FLORENZANO, D. BORGONOVO RE, F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza*, Torino, II ed., 2015; C. CELONE, *Il valore dell'equità nell'amministrazione pubblica*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, 651 ss..

⁶² In riferimento al diritto di libertà religiosa, lo strumento dell'intesa è stato analizzato dalla Corte costituzionale laddove ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle leggi delle Regioni Abruzzo e Lombardia che prevedevano l'erogazione di contributi finanziari per l'edilizia di culto esclusivamente alla chiesa Cattolica e alle confessioni i cui rapporti con lo Stato erano regolati sulla base di intesa. La Corte ha precisato che l'ente pubblico può differenziare il trattamento economico delle diverse confessioni religiose, a seconda della loro presenza organizzata sul territorio del comune, ma non può costituire motivo di discriminazione il fatto che una confessione religiosa non abbia concluso con lo Stato un'intesa. Tale differenziazione violerebbe il principio della parità di trattamento e della *eguale libertà di culto*, art. 8 Cost., e recherebbe pregiudizio all'esercizio in concreto del *diritto fondamentale e inviolabile a professare la propria fede religiosa*, stabilito dall'art. 19 Cost.. Pertanto, la stipulazione di un'intesa costituisce una mera facoltà e non un obbligo, mentre per tutte le confessioni religiose, senza distinzioni, vale il principio di eguale libertà di fronte alla legge". Corte cost. 16 luglio 2002, n. 346, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, 1197.

o la disponibilità del terreno su cui realizzare l'edificio di culto, sia quando non vi sia neppure la disponibilità e si prospetti verso il Comune una pretesa ancora più intensa⁶³.

Proprio la penuria di territorio occupabile, soprattutto nei centri storici, e i flussi migratori, sempre più massicci, rendono costituzionalmente necessaria quindi la previsione non tanto di inchieste pubbliche o l'attivazione di referendum locali consultivi, ma la regolazione di istituti caratterizzati dai profili propri del *giusto procedimento amministrativo*⁶⁴, attivati a seguito di avvisi pubblici di manifestazione di interesse, scanditi nei termini e fondati su criteri selettivi trasparenti e non formalistici. Pertanto, la matrice de-istituzionalizzata del diritto costituzionale ad un edificio di culto impone, a monte, al legislatore regionale di non fondare le proprie scelte sul criterio quantitativo, ossia sul criterio maggiormente legittimante il perpetuarsi di esclusioni sociali delle minoranze confessionali.

In dottrina, sul punto, è favorevole con l'orientamento della Corte costituzionale, v. S. LARICIA, *Nuove tecniche dei pubblici poteri per ostacolare l'esercizio dei diritti di libertà delle minoranze religiose in Italia*, in *La questione della tolleranza e le confessioni religiose*, Napoli, 1999, 97 ss..

⁶³ In questi termini si era già espresso Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8298, in *Riv. giur. edil.*, 2011, 1, 226, in cui, dopo aver evidenziato che le cause in materia di edificazione degli edifici di culto sono rimaste per molto tempo confinate nell'ambito della corretta applicazione della normativa urbanistica, si afferma che “è compito degli enti territoriali provvedere a che sia consentito a tutte le confessioni religiose di poter liberamente esplicare la loro attività, anche individuando aree idonee ad accogliere i fedeli”. Aggiungendo, poi, che i comuni “non possono sottrarsi dal dare ascolto alle eventuali richieste in questo senso che mirino a dare un contenuto sostanziale effettivo al loro diritto del libero esercizio, garantito a livello costituzionale, e non solo nel momento attuativo, ma anche nella precedente fase di pianificazione delle modalità di utilizzo del territorio”.

⁶⁴ Per un inquadramento generale dell'istituto, *ex multis*, v. R. PROIETTI, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 566 ss. e dottrina e giurisprudenza *ivi* citata; P. CHIRULLI, *La partecipazione al procedimento*, in M.A. Sandulli, a cura di, *Principi*, cit., 187 ss.; P.M. VIPIANA PERPETUA, *Il procedimento amministrativo. Nella legge n. 241 del 1990 riformata dalla legge n. 69 del 2009*, Padova, 2010, *passim*; S. CASSESE, *Passato, presente e futuro della legge sul procedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, 2000, 20, afferma che “la legge sul procedimento non è altro che una parte della Costituzione”.

Sul principio del *giusto procedimento* non si può non citare una delle prime sentenze della Corte cost., n. 13/1962, commentata da V. CRISAFULLI, *Principio di legalità e 'giusto procedimento'*, in *Giur. cost.*, 1962, 135 ss., in cui si afferma che “quando il legislatore dispone che si apportino limitazioni a diritti dei cittadini, la regola che normalmente segue è quella di enunciare delle ipotesi astratte, predisponendo un procedimento amministrativo attraverso il quale gli organi competenti provvedano ad imporre concretamente tali limiti, dopo aver fatto gli opportuni accertamenti, con la collaborazione, ove occorra, di altri organi pubblici e dopo aver messo i privati interessati in condizione di esporre le proprie ragioni sia a tutela del proprio interesse, sia a titolo di collaborazione nell'interesse pubblico”.

Cfr., inoltre, G. MANFREDI, *Giusto procedimento e interpretazioni della Costituzione*, in *Procedura, procedimento e processo*, Atti del Convegno di Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Milano, 2007, 95 ss..

Ampia ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale, in particolare in riferimento alla Corte costituzionale la troviamo in D. VAIANO, *La riserva di funzione amministrativa*, Milano, 1996, *passim*.

Se si ammette tale criterio, sono di dubbia legittimità molte leggi regionali vigenti, tese a privilegiare, in una logica quantitativa e istituzionalista, i bisogni religiosi di spazi urbani della maggioranza o di confessioni già fortemente radicate e diffuse. Sono necessarie, di contro, nuove discipline di procedimenti di valutazione e di selezione delle istanze sociali, tese alla formazione degli accordi a monte dell'atto di pianificazione, nella logica della urbanistica consensuale, fondata sulla buona pratica dell'ascolto, quindi di un modello in cui un accordo possa predeterminare la localizzazione degli edifici di culto e la ripartizione dello spazio urbano. Questa auspicabile nuova legislazione, tesa a generare trasparenza sulla edilizia di culto, diventerebbe l'unico strumento effettivo e preventivo, in questo ambito, per il controllo del territorio e per la sicurezza urbana. I legislatori regionali dovrebbero occuparsi della legislazione sull'edilizia di culto in un modo diverso da quello lombardo, già sanzionato più volte dalla Corte costituzionale, ponendo un problema di governo del territorio in cui i Comuni non possono essere lasciati nella solitudine delle loro competenze, da cui spesso segue la mancata attuazione e garanzia del diritto di libertà religiosa per una ineffettività strutturale di esso e una irreparabile tutela per via giudiziaria⁶⁵.

⁶⁵ In questi termini, v. L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001, *passim*; N. PIGNATELLI, *La dimensione fisica della libertà religiosa: il diritto costituzionale ad un edificio di culto*, cit..

Abstract

The building of worship between religious freedom and protection of the territory:
the Lombardy case

by Roberto Leonardi

The theme of the localization of places of worship has acquired over time a growing relevance also from the legal point of view, accompanied by a complexity of its discipline, as demonstrated by the copious administrative and constitutional jurisprudence that has formed on the subject. Certainly the theme, and also from this its complexity, substantially affects the rights of equality, the protection of the different ideological, cultural and religious identities of individuals and groups, guaranteed by the Constitution that with art. 8 introduced in our legal system the idea of pluralism, intended to guarantee the different religious identities, while, at the same time, the art. 19 of the Constitution has sanctioned the right to profess one's faith freely and to exercise the cult in public or in private. The availability of buildings and places of worship to be used for the celebration of rites is, therefore, a necessary element to effectively ensure not only the individual, but also the communities of practitioners the free exercise of their creed. At the same time, the discipline for the construction of these buildings, in the exercise of the competences on the government of the territory, is a task to which the administration cannot escape with the criticalities that we will try to highlight by referring, for the cheapness of the research, only to the Lombard regional discipline.

Parole chiave: edilizia di culto; libertà religiosa; tutela del territorio

Keywords: worship building; religious freedom; protection the territory

L'abrogazione della protezione umanitaria nella legge n. 132 del 2018 e il diritto di asilo costituzionale

di Carla Negri

SOMMARIO: 1. L'abrogazione della protezione umanitaria e i suoi effetti temporali. – 2. La restrizione della protezione umanitaria a casi tassativi e la sua correlazione con il diritto di asilo previsto dalla Costituzione. – 3. *Segue*: La tipizzazione legislativa dei nuovi casi di protezione umanitaria e la violazione del diritto di asilo costituzionale. – 4. L'interpretazione costituzionalmente orientata dei nuovi casi di protezione umanitaria e l'applicazione diretta del diritto di asilo costituzionale. – 5. La conformità dei nuovi casi di protezione umanitaria al principio di ragionevolezza della legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2019. – 6. A mo' di conclusione.

1. *L'abrogazione della protezione umanitaria e i suoi effetti temporali*

Il decreto legge del 4 ottobre 2018, n. 113, cd. “decreto (in)sicurezza”, convertito in legge del 1 dicembre 2018, n. 132¹, con particolare riguardo alle rilevanti novità introdotte in materia d'immigrazione, solleva diversi dubbi di legittimità costituzionale, sia di natura formale che sostanziale².

Le riflessioni che seguono intendono soffermarsi sulla nuova disciplina in tema di protezione umanitaria³, introdotta dal citato provvedimento di urgenza,

¹ Decreto legge del 4.10.2018 n. 113, contenente “*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*”, convertito in legge del 1.12.2018 n. 132, pubblicata in Gazzetta ufficiale del 3.12.2018 n. 281.

² I vizi di natura formale risultano, in particolare, evidenti per la mancanza di omogeneità del testo e dei presupposti di necessità e di urgenza di cui all'art. 77 della Costituzione che legittimano il ricorso alla decretazione d'urgenza. Sui vizi formali e sostanziali del *decreto sicurezza*, si vedano, fra gli altri, G. AZZARITI, *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni: le incostituzionalità non discusse*, in www.questionegiustizia.it, rubrica “*Diritti senza confini?*”, 2019; E. CAVASINO, *Ridisegnare il confine fra “noi” e “loro”. Interrogativi sulla revoca della cittadinanza*, in www.dirittoimmigrazioneincittadinanza.it, n. 1/2019; S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge n. 113/2018 (cd. ‘decreto sicurezza’)*, in www.federalismi.it, n. 22/2018; M. RUOTOLO, *Brevi note sui possibili vizi formali e sostanziali del d.l. n. 113 del 2018 (cd. decreto ‘sicurezza e immigrazione’)*, in www.osservatoriodicostituzionalisti.it, Osservatorio costituzionale, n. 3/2018.

³ Questa forma di protezione fu introdotta per la prima volta dall'art. 14, comma 3, della legge del 30 settembre 1993, n. 388, recante la ratifica ed esecuzione dell'accordo di Schengen e delle sue successive applicazioni, poi confluito nell'art. 5, comma 6, della legge del 6 marzo 1998, n. 40, recante la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, cd. legge Turco-Napolitano, poi trasfuso nell'art. 5.6 del Testo unico dell'immigrazione di cui al decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286: “*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* del 18 agosto 1998 n. 191.

il cui incerto inquadramento giuridico, per i problemi interpretativi che la novella legislativa pone, sia per il passato che per il futuro, produce delle conseguenze sui beneficiari di tale forma di protezione.

Il primo comma dell'art. 1, da un lato, modifica parzialmente la precedente disciplina, contenuta nel sesto comma dell'art. 5 del decreto legislativo del 25 luglio 1998 n. 286, (d'ora in poi T.U. sull'immigrazione)⁴, eliminando il riferimento ai *'seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano'* che consentivano il rilascio di un permesso di soggiorno, e dall'altro, introduce alcune ipotesi nominate di titoli di soggiorno in presenza delle quali è possibile rilasciare un permesso di soggiorno temporaneo per esigenze di carattere umanitario e per motivi premiali.

Il decreto in esame ha, in particolare, introdotto nel Testo unico sull'immigrazione altri quattro casi di permessi di soggiorno: quello per *'cure mediche'*, relativo agli stranieri che versano in condizioni di salute di particolare gravità, da accertarsi previa documentazione medica rilasciata dalle competenti autorità (art. 19, comma 2, lett. d-bis), quello *'per calamità'* (art. 20-bis)⁵, quello *'per atti di particolare valore civile'* (art. 42-bis)⁶ e il permesso di soggiorno per *'protezione speciale'*⁷,

⁴ L'art. 5.6 del d.lgs. n. 286/1998 prevedeva, prima della novella del 2018, che: "Il rifiuto o la revoca del permesso di soggiorno possono essere altresì adottati sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfa le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, salvo che ricorrano seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano", corsivo eliminato dall'art. 1, comma 1, lett. b), n. 2, del d.l. n. 113/2018.

⁵ Nel caso di calamità ex art. 20-bis del T.U. sull'immigrazione, la protezione ha carattere individuale e la competenza spetta al Questore. Differisce da tale istituto la protezione temporanea di cui all'art. 20 del T.U. sull'immigrazione che ha carattere collettivo e comprende conflitti, disastri naturali o altri eventi di particolare gravità, il cui riconoscimento spetta al Presidente del Consiglio dei ministri d'intesa con il Ministro dell'interno, degli esteri e della solidarietà sociale; su tale forma di protezione umanitaria si v. P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, in *Diritto degli stranieri*, a cura di B. NASCIBENE, Padova, 2004, 1163 ss.; M. BENVENUTI, *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in *www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it*, n. 1/2019, 27 ss., il quale ritiene che la differenza fra le due citate forme di protezione umanitaria sia solo procedurale e non sostanziale.

⁶ L'articolo 42-bis rinvia, in particolare, all'art. 3 della legge del 2.1.1958 n. 13, recante "*Norme per la concessione di ricompense al valore civile*", che per atti di particolare valore civile intende quelli compiuti esponendo scientemente la propria vita a manifesto pericolo, per salvare persone esposte ad imminente e grave pericolo; per impedire o diminuire il danno di un grave disastro pubblico o privato; per ristabilire l'ordine pubblico, ove fosse gravemente turbato, e per mantenere forza alla legge; per arrestare o partecipare all'arresto di malfattori; per promuovere il progresso della scienza o in genere per il bene dell'umanità; per tenere alti il nome ed il prestigio della Patria.

⁷ Il d.l. n. 113/2018 con l'art. 2, comma 1 lett. a) ha, in particolare, riformulato l'art. 32, comma 3, del decreto legislativo del 28.1.2008 n. 25, attuativo della direttiva 2005/85/CE (su cui v. *infra*), regolando il permesso per "protezione speciale", si v. sul punto, M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 26.

contro i rischi di tortura o di persecuzione per motivi di razza, di sesso, di lingua, di cittadinanza, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali o sociali *ex art. 19*, commi 1 e 1.1, del T.U. sull'immigrazione.

La protezione umanitaria accordata per i citati casi consente il rilascio da parte del Questore di un permesso di soggiorno di diversa durata temporanea (6, 12, 24 mesi), a seconda del caso di specie, rinnovabile per alcuni di essi, e soprattutto di differente portata, essendo solo uno di questi permessi convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro⁸ e, quindi, diretto ad un'integrazione sociale dello straniero.

La previsione di permessi di soggiorno che si caratterizzano nel complesso per la loro precarietà evidenzia, in particolare, l'intento perseguito dal legislatore, che sembra essere quello di una minore inclusione sociale degli stranieri⁹.

I nuovi permessi di soggiorno introdotti si aggiungono ai 'casi speciali' di protezione umanitaria, previsti dal T.U. sull'immigrazione, 'per motivi di protezione sociale' (art. 18), 'per le vittime di violenza domestica' (art. 18-*bis*) e per 'ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo' (art. 22, comma 12-*quater*)¹⁰.

Attraverso la riscrittura dell'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, con l'eliminazione di una parte del medesimo, la novella del 2018 ha abrogato espressamente l'inciso relativo ai '*seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano*', non lasciando al giudice margini di interpretazione sul punto.

Diversa si presenta la questione dell'interpretazione dei profili di diritto intertemporale della citata abrogazione, per la presenza di alcune lacune normative nella riforma del 2018, in relazione alle domande di protezione umanitaria presentate prima dell'entrata in vigore del decreto in esame.

Al riguardo, vengono in rilievo le norme transitorie contenute nell'art. 1, commi 8 e 9, del d.l. che, in relazione alla condizione giuridica dello straniero ammesso o in attesa di essere ammesso alla protezione umanitaria, in epoca anteriore alla novella del 2018, presentano due scenari possibili conseguenti all'entrata in vigore del citato provvedimento di urgenza.

Più precisamente, gli stranieri titolari di un permesso di soggiorno per motivi umanitari in corso di validità al momento dell'entrata in vigore del decreto, alla scadenza, potranno ottenere il permesso di soggiorno per 'protezione speciale',

⁸ Si tratta del permesso di soggiorno degli stranieri per meriti civili, che si aggiunge a quelli già esistenti per gli stranieri vittime di violenza domestica e di grave sfruttamento lavorativo e per motivi di protezione sociale, anch'essi convertibili in permesso di soggiorno per motivi di lavoro.

⁹ Si veda sul punto, N. ZORZELLA, *Il disordine sociale del decreto sicurezza*, Editoriale, in *www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it*, n. 1/2019.

¹⁰ Per una disamina dei nuovi permessi di soggiorno e dei 'casi speciali' di protezione umanitaria, in relazione, in particolare, ai loro presupposti e ai loro effetti, si v. M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 22 ss.

in precedenza citato, solo in presenza dei presupposti di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1, del T.U. sull'immigrazione, salva la possibilità della sua conversione, prima della scadenza, in permesso di soggiorno per motivi di lavoro (art. 1, comma 8, del d.l. n. 113/18).

Coloro, invece, che hanno presentato la domanda di protezione umanitaria in epoca anteriore all'entrata in vigore della riforma del 2018, su cui la Commissione territoriale non ha ritenuto sussistenti i requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale, ma i seri motivi umanitari, secondo la previgente normativa *ex art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione*, potranno ottenere un permesso di soggiorno recante la dicitura 'casi speciali', di durata biennale e convertibile in permesso di soggiorno per motivi di lavoro autonomo o subordinato, alla scadenza del quale si applicherà la disciplina prevista nel precedente comma 8 (art. 1, comma 9, del d.l. n. 113/18).

Le citate norme transitorie non regolano le ipotesi in cui lo straniero ha presentato la domanda di protezione umanitaria prima dell'entrata in vigore del *decreto sicurezza*, ma la Commissione non si è ancora pronunciata o si è espressa in senso sfavorevole, in relazione alle quali si pone il problema di quale debba essere la norma applicabile, da parte dell'autorità amministrativa o del giudice in caso di ricorso, se quella precedente o quella successiva introdotta dalla riforma del 2018.

Al riguardo, due recenti orientamenti del giudice di legittimità hanno fornito una diversa lettura della normativa applicabile alla tutela umanitaria ante riforma, che ha comportato il deferimento della questione alle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale maggioritario, i giudici di legittimità hanno stabilito che a tali domande è applicabile la precedente disciplina contenuta nell'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, sia nel caso in cui l'autorità amministrativa si sia espressa, o meno, nel merito della richiesta, sia nei giudizi in corso per l'accertamento positivo della tutela o avverso il provvedimento di diniego della stessa da parte dell'organo amministrativo¹¹.

In altri termini, la Corte di Cassazione si è espressa nel senso dell'irretroattività dell'abrogazione della protezione umanitaria¹², accogliendo la tesi, seppur minoritaria, nella giurisprudenza amministrativa in base alla quale, nel caso di successione delle leggi nel tempo, la norma applicabile è quella vigente al momento della presentazione della domanda (*tempus regit actionem*).

¹¹ Sentenze Cass. civ. n. 4890/2019; 9090/2019; 9650/2019; Ordinanza Cass. civ., sez. I, n. 7831/2019.

¹² Si v. V. MARCENÒ, *Qualche riflessione sui pretesi effetti retroattivi di alcune disposizioni del "decreto sicurezza"*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, n. 3/2018, 6 ss.; G. SERRA, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del d.l. 113/2018: tra una decisione annunciata e spunti interpretativi futuri sul permesso di soggiorno per motivi umanitari*, in *www.questionegiustizia.it*, rubrica 'Diritti senza confini', 2019, par. n. 2.

Successivamente è intervenuta un'ordinanza della Corte di Cassazione che ha, invece, accolto l'orientamento dominante nella giurisprudenza amministrativa, in base al quale la nuova norma produce effetti con riferimento ai provvedimenti non ancora adottati, anche se la domanda è stata presentata prima dell'entrata in vigore della novella legislativa (*tempus regit actum*).

Sulla base di tale orientamento giurisprudenziale alle domande di protezione umanitaria presentate prima dell'entrata in vigore del decreto in esame, su cui la Commissione ancora non si è espressa o nei giudizi in corso, non è applicabile la previgente normativa di cui all'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, ma quella vigente introdotta dal decreto legge¹³.

La controversa questione degli effetti temporali dell'abrogazione della protezione umanitaria è stata, recentemente, risolta dalle Sezioni unite della Corte di cassazione che hanno accolto l'orientamento maggioritario, in quanto la situazione giuridica soggettiva dello straniero richiedente la protezione umanitaria, qualificata come diritto soggettivo e non come interesse legittimo pretensivo, sorge al momento dell'ingresso nel territorio italiano e, quindi, la normativa applicabile è quella vigente al momento della presentazione della domanda di protezione¹⁴.

In altri termini, le domande di protezione umanitaria presentate prima dell'entrata in vigore del decreto in esame saranno scrutinate sulla base della precedente disciplina contenuta nell'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione e, in caso di esito positivo, verrà rilasciato il permesso di soggiorno per 'casi speciali' di cui all'art. 1, comma 9, del d.l. n. 113/18, in precedenza citato.

2. *La restrizione della protezione umanitaria a casi tassativi e la sua correlazione con il diritto di asilo previsto dalla Costituzione*

Anche le domande di protezione umanitaria presentate successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 113/2018 potrebbero dar luogo, nella prassi applicativa, a diversi e difformi orientamenti giurisprudenziali, oltre che amministrativi¹⁵.

¹³ Ordinanza Cass. civ., sez. I, n. 11749/2019, che ha trasmesso gli atti al Primo Presidente, al fine dell'eventuale sottoposizione della questione degli effetti temporali dell'abrogazione della protezione umanitaria alle Sezioni unite della Corte di Cassazione.

¹⁴ Sentenze Corte di Cassazione Sezioni Unite nn.: 29459, 29460, 29461 del 24 settembre 2019, depositate il 13 novembre 2019; in dottrina, si v. F. V. PALEOLOGO, *L'abolizione della protezione umanitaria non ha effetto retroattivo, ma quanto rileva ancora l'integrazione sociale (e la Costituzione)? A proposito di Cass. S.U. nn. 29459, 29460 e 29461/2019*, in www.giustiziaciinsieme.it.

¹⁵ Dopo la novella del 2018, l'autorità amministrativa competente ad accertare i casi di protezione umanitaria introdotti dal decreto sicurezza, e, in caso di esito positivo, a rilasciare il relativo permesso di soggiorno è, in particolare, il Questore, con il rischio di decisioni difformi in sede locale, si v. sul punto, E. XHANARI, T. SPANDRIO, *Brevi considerazioni sui profili problematici delle*

Riguardo ai casi futuri, è possibile, in particolare, fornire due diverse e alternative interpretazioni della novella del 2018 in tema di protezione umanitaria, con conseguenze giuridiche ed effetti sul piano applicativo differenti, nell'uno e nell'altro caso¹⁶.

Secondo una prima interpretazione, il legislatore del 2018 ha abrogato la generica formula contenuta nell'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, che consentiva il rilascio di un permesso di soggiorno giustificato da ragioni umanitarie o fondato su obblighi costituzionali e internazionali dello Stato¹⁷, in entrambi i casi, indefiniti e indefinibili¹⁸, sostituendola con la previsione di specifici permessi di soggiorno per motivi umanitari.

Il *decreto sicurezza* sembra, in particolare, restringere la protezione umanitaria ad alcune tipologie espressamente e tassativamente previste dallo stesso¹⁹.

La scelta del legislatore di predeterminare e tipizzare i casi di protezione umanitaria trova dei puntuali riscontri letterali nella relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 113/18 e nella relazione tecnica normativa allegata allo stesso, oltre a desumersi dall'ulteriore intenzione del legislatore di volere razionalizzare i casi di protezione umanitaria attraverso la loro riduzione dal punto di vista quantitativo²⁰.

nuove disposizioni normative di cui al D. L. 113/2018, in *www.dirittifondamentali.it*, n. 2/2018, 2. Soltanto nel caso di permesso di soggiorno per 'protezione speciale', l'autorità amministrativa competente all'accertamento dei presupposti residuali, rispetto allo *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria, di cui all'art. 19, commi 1 e 1.1, del T.U. sull'immigrazione, in precedenza citati, è la Commissione territoriale *ex art.* 32, comma 3, del d.lgs. n. 25 del 2008, che, in caso di esito positivo, trasmetterà gli atti al Questore per il rilascio del relativo permesso di soggiorno. In caso di diniego del permesso di soggiorno da parte del Questore lo straniero potrà rivolgersi all'autorità giudiziaria.

¹⁶ C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario dopo il d.l. 113/2018?*, in *www.questionegiustizia.it*, rubrica 'Diritti senza confini', 2019, par. n. 3; G. SERRA, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del d.l. 113/2018...*, cit., par. n. 4.

¹⁷ La particella "o" può essere intesa, come noto, dal punto di vista linguistico, in senso alternativo o esplicativo. Il carattere indeterminato e indeterminabile dei citati presupposti, che rende incerta una loro differenziazione, e le difformità di decisioni verificatesi nella prassi applicativa sembrano, tuttavia, suffragare un'interpretazione unificante degli stessi, fondata sulla tutela dei diritti umani, si v. sul punto, E. CASTRONOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari dopo la sentenza della Corte di cassazione n. 4455/2018*, in *www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it*, n. 3/2018, 4.

¹⁸ Sul carattere atipico della protezione umanitaria ai sensi dell'art. 5.6 del d.lgs. n. 286/1998, ante riforma, si v., fra le altre, le sentenze Cass. civ. n. 3347/2015; Cass. civ. n. 4890/2019. In dottrina si v., fra gli altri, N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria nel sistema giuridico italiano*, in *www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it*, n. 1/2018, 8; G. SERRA, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del d.l. 113/2018...*, cit., par. n. 3.

¹⁹ G. AZZARITI, *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni...*, cit., punto b); G. SERRA, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del d.l. 113/2018...*, cit., par. n. 4; C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 3.

²⁰ Si veda la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 113/18, in cui si afferma che le nuove disposizioni «introducono nel sistema ordinamentale spe-

La citata scelta legislativa trova, peraltro, conferma, seppur incidentalmente, in due recenti pronunce del giudice di legittimità, successive all'entrata in vigore del *decreto sicurezza*, in cui la Corte di Cassazione parla espressamente di tipizzazione e predeterminazione legislativa dei casi di protezione umanitaria²¹.

Che il legislatore abbia voluto tipizzare i casi di protezione umanitaria si potrebbe desumere, anche, da una lettura congiunta e sistematica dei commi 5 e 6, dell'art. 5 del T.U. sull'immigrazione, attualmente vigenti, con gli speciali permessi di soggiorno temporanei per esigenze di carattere umanitario introdotti dallo stesso.

Più precisamente, il citato art. 5 prevede, per quello che qui interessa, che il permesso di soggiorno può essere rifiutato sia quando mancano i requisiti richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato (*comma 5*), sia sulla base di convenzioni o accordi internazionali, resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfa le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti (*comma 6*).

Rispetto alla disciplina prevista dall'art. 5.5 che potremmo considerare generale²², in quanto diretta alla totalità degli stranieri, la protezione umanitaria sembra porsi come un'eccezione, una norma speciale, derogatoria della prima.

La natura di norma speciale della protezione umanitaria non consentirebbe, in particolare, un'interpretazione analogica delle fattispecie concrete individuate dal legislatore del 2018, attraverso i casi specifici di protezione umanitaria, precludendo la loro applicazione a casi simili o analoghi²³.

Un discorso a parte va fatto per il permesso di soggiorno per 'meriti civili' di cui all'art. 42-*bis*, la cui specialità per la sua natura premiale è *in re ipsa*²⁴.

In relazione alla natura derogatoria della protezione umanitaria, questa

cifiche ipotesi di permesso di soggiorno per esigenze di carattere umanitario, tipizzando quindi le forme di tutela complementare» e che la percentuale maggiore di permessi di soggiorno concessi agli stranieri si basa su ragioni umanitarie (p. 3), nello stesso senso si v. la relazione tecnica normativa, entrambi consultabili in www.senato.it.

²¹ Sentenza Cass. civ. n. 4890/2019, in tema di irretroattività dell'abrogazione del permesso di soggiorno per motivi umanitari, punto 8.4; Ordinanza Cass. civ., sez. I, n. 11749/2019, sempre sullo stesso tema. Si vedano nello stesso senso, la requisitoria della Procura generale della Corte di cassazione del 15.1.2019 (p. 1), e il parere del Consiglio superiore della magistratura, reso ai sensi dell'art. 10 della legge del 24.3.1958 n. 195, sul d.l. n. 113/2018, del 21.11.2018 (p. 5-6).

²² Sul carattere generale dell'art. 5, comma 5, del d.lgs. n. 286/1998, che stabilisce le condizioni per il rilascio, il rinnovo o la revoca del permesso di soggiorno, si v. la sentenza della Corte costituzionale n. 202 del 2013, punto 3 del considerato in diritto, consultabile in www.giurcost.it.

²³ Si v. l'art. 14 delle preleggi che dispone: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati». In dottrina, si v. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, 2016, 350.

²⁴ Il permesso di soggiorno per 'meriti civili' di cui all'art. 42-*bis* può essere, in particolare, rifiutato nel caso di pericolosità dello straniero per l'ordine pubblico e la sicurezza dello Stato ai sensi dell'art. 5, comma 5-*bis*, del T.U. sull'immigrazione.

consente il rilascio di un permesso di soggiorno in presenza, oggi, di specifiche esigenze di carattere umanitario, che sembrano prescindere, ora come allora, dal possesso dei requisiti, *complementari*, richiesti per l'ingresso e il soggiorno nel territorio dello Stato, rispettivamente, ai sensi degli artt. 4 e 5 del T.U. sull'immigrazione²⁵.

La citata deroga alle condizioni generali di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato sembra trovare conferma nella stretta connessione, come vedremo, della protezione umanitaria al diritto d'asilo *ex art. 10.3 Cost.*, per il quale tale deroga sembra sussistere²⁶.

²⁵ I requisiti richiesti per l'ingresso nel territorio italiano, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 286 del 1998, sono fra gli altri, il possesso di un passaporto valido o documento equipollente e del visto di ingresso (comma 1);...la disponibilità di mezzi di sussistenza sufficienti per la durata del soggiorno in Italia e per il rientro nel Paese di provenienza, che sono definiti con apposita direttiva emanata dal Ministro dell'interno. Non è ammesso in Italia lo straniero che non soddisfi tali requisiti o che sia considerato una minaccia per l'ordine pubblico o la sicurezza dello Stato o di uno dei Paesi con i quali l'Italia abbia sottoscritto accordi per la soppressione dei controlli alle frontiere interne e la libera circolazione delle persone o che risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella adottata a seguito di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per reati previsti dall'articolo 380, commi 1 e 2, del codice di procedura penale ovvero per reati inerenti gli stupefacenti, la libertà sessuale, il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite (comma 3). L'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 286 del 1998, prevede, che possono soggiornare nel territorio dello Stato gli stranieri entrati regolarmente ai sensi dell'articolo 4, che siano muniti di carta di soggiorno o di permesso di soggiorno rilasciati e in corso di validità, a norma del presente testo unico. Il carattere derogatorio della protezione umanitaria, rispetto al possesso dei citati requisiti di ingresso e soggiorno nel territorio italiano, sussisteva con riferimento alla protezione umanitaria generale prevista dall'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, ante riforma, e sembra sussistere, anche oggi, con i nuovi permessi di soggiorno introdotti per motivi umanitari, in quanto la *ratio* dei due istituti è identica e consiste nella tutela dei diritti umani. Sulla deroga al rifiuto o alla revoca del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ai sensi dell'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, ante riforma, si v. in dottrina, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano. Un'introduzione*, Padova, 2007, 171, nota n. 46; in giurisprudenza, si v. la recente sentenza della Corte costituzionale del 24 luglio 2019 n. 194, punto 7.3. del considerato in diritto, consultabile in www.giurcost.it.

²⁶ Sulla deroga dei requisiti generali previsti per l'ingresso e il soggiorno nel caso del richiedente asilo, si v.: P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1150-1151; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento italiano*, Padova, 1988, 93 ss., spec. 118 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 174 ss. Sulla rilevanza della pericolosità sociale del richiedente asilo, al fine dell'accertamento del diritto, si v.: P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 124 ss.; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 93 ss.; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1142-1145, il quale rileva che l'asilo non può essere negato agli stranieri processati e condannati per un delitto di diritto comune, quando nel processo penale siano stati violati i principi costituzionali di legalità, di difesa, di irretroattività della legge penale e del giudice naturale precostituito per legge oppure quando sia prevista per il condannato la pena di morte o pene degradanti e disumane, 1143; nel caso di commissione, da parte dello straniero richiedente asilo, di reati di particolare gravità, successivamente all'entrata dello stesso nel territorio italiano, si potrebbe disporre la revoca del diritto di asilo, si v. sul punto, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 153. Le argomentazioni relative al diritto d'asilo sembrano,

Un'ulteriore giustificazione della natura derogatoria della protezione umanitaria potrebbe rintracciarsi nel principio sancito dall'art. 2, comma 1, del T.U. sull'immigrazione, in base al quale allo straniero *comunque presente* alla frontiera o nel territorio nazionale sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, internazionale pattizio e consuetudinario²⁷.

La protezione umanitaria ha, in particolare, la natura di un diritto soggettivo perfetto di soggiorno nel territorio italiano²⁸.

Le autorità amministrative competenti all'accertamento della domanda di protezione umanitaria dello straniero, nell'esercizio di una discrezionalità tecnica, dovranno, infatti, limitarsi ad accertare i *solii* presupposti di fatto che la legittimano, con conseguente obbligo di rilascio del permesso di soggiorno in caso di esito positivo²⁹.

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari presuppone, tuttavia, la presenza dello straniero nel territorio italiano³⁰ e sembra prescindere dal suo ingresso regolare³¹.

verosimilmente, sovrapponibili al richiedente la protezione umanitaria, considerato che tali stranieri sono, nella maggioranza dei casi, vittime di violenza e non artefici. Sulla stretta connessione fra la protezione umanitaria e il diritto d'asilo costituzionale si rinvia a quanto sarà detto più avanti nel testo.

²⁷ Si v. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 9.

²⁸ In dottrina, si v. C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 2 e la giurisprudenza ivi citata; M. BENVENUTI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge di conversione in legge del d.l. n. 113/2018*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Osservatorio costituzionale, n. 3/2018, 166; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 22; in giurisprudenza, si v.: Cass., Sezioni Unite, n. 19393/2009; Cass., Sezioni Unite, n. 5059/2017; Cass., Sezioni Unite n. 29459/2019; Cass. n. 30658/2018; Cass. n. 30105/2018; Cass. n. 32045/2018; Cass. n. 32177/2018; Cass. n. 4890/2019.

²⁹ In dottrina, si v. G. SERRA, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del d.l. 113/2018...*, cit., par. n. 3; P. MAROZZO DELLA ROCCA, *Protezione umanitaria una e trina*, in www.questionegiustizia.it, n. 2/2018, par. n. 2; C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 2 e la giurisprudenza ivi citata; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 10; in giurisprudenza, si v. le ordinanze: Cass., Sez. Un., n. 19393/2009; Cass., Sez. Un., n. 5059/2017 e n. 30658/2018; la sentenza Cass., Sezioni Unite n. 29459/2019; sentenza Cass. civile n. 4455/2018; sentenza Tar Lazio Sez. I- Ter. n. 3504/2019. In caso di diniego del permesso di soggiorno da parte del Questore, lo straniero potrà rivolgersi al giudice ordinario, vista la situazione giuridica soggettiva lesa, in particolare alle sezioni specializzate in materia di immigrazione, che accertato il diritto, decideranno con una sentenza dichiarativa e non costitutiva, in quanto di mero accertamento, sul punto, si v., seppur incidentalmente, la sentenza Cass., Sezioni Unite n. 29459/2019; la sentenza Cass. civile n. 4890/2019; contra ordinanza Cass. civ., sez. I, n. 11749/2019, successive all'entrata in vigore del *decreto sicurezza*.

³⁰ Sulla necessaria presenza dello straniero richiedente la protezione umanitaria nel territorio italiano, si v. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 31. La presenza dello straniero nel territorio di uno Stato membro dell'Unione europea è richiesta anche al fine della presentazione della domanda di protezione internazionale dello straniero: *status* di rifugiato e protezione sussidiaria, si v. F. L. GATTA, *La "saga" dei visti umanitari tra le Corti di Lussemburgo e Strasburgo, passando per il legislatore dell'Unione europea e le prassi degli Stati membri*, in www.dirittifondamentali.it, n. 1/2019, 4 ss.

³¹ Sulla natura derogatoria della protezione umanitaria che si traduce nel diritto al rilascio

Gli stranieri aventi diritto al permesso di soggiorno per motivi umanitari sono, in particolare, migranti che fuggono dal loro Paese d'origine o di provenienza, talvolta mettendo a repentaglio la loro vita, il cui ingresso e soggiorno nel territorio italiano, nella maggioranza dei casi, è irregolare.

Non esistono, infatti, a livello internazionale ed europeo, canali di ingresso regolare degli stranieri extra-comunitari nel territorio degli Stati membri per motivi umanitari, restando nella discrezionalità degli Stati il rilascio di un visto umanitario³².

L'irrelevanza della regolarità dell'ingresso nel territorio italiano del richiedente la protezione umanitaria si potrebbe desumere dal sesto comma dell'art. 10 *bis* del T.U. sull'immigrazione che, in presenza dei casi di protezione umanitaria, in precedenza citati, e di protezione internazionale dello straniero (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria)³³, non considera reato l'ingresso irregolare degli stranieri richiedenti le citate forme di protezione politico-umanitaria³⁴.

Peraltro, nelle ipotesi di permesso di soggiorno per 'protezione speciale' e 'per cure mediche', in precedenza citate, è espressamente previsto un divieto *assoluto* di respingimento e di espulsione (art. 19 del d.lgs. n. 286/1998)³⁵.

Allo straniero richiedente la protezione umanitaria è, altresì, garantito il

del permesso di soggiorno, si v. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 8; sulla deroga dei requisiti per l'ingresso nel territorio italiano del richiedente la protezione umanitaria, con particolare riguardo al passaporto o documento equipollente, si v. G. SERRA, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del d.l. 113/2018...*, cit., par. n. 3 e la giurisprudenza ivi citata; in relazione alle condanne per i reati di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 286/1998, in precedenza citato, queste non escludono in via automatica il rilascio del permesso di soggiorno per motivi umanitari, ma è necessario accertare la concreta pericolosità sociale dello straniero, si v. sul punto l'ordinanza del Tribunale di Roma del 24.1.2018; le sentenze Corte cost. nn: 172/2012; 202/2013.

³² Si v. F. L. GAITTA, *La "saga" dei visti umanitari...*, cit., 1 ss., il quale evidenzia che tale lacuna normativa difficilmente sarà colmata a livello legislativo in sede europea, ma anche nelle sedi giurisdizionali europee e internazionali.

³³ Su tali forme di protezione dello straniero si rinvia a quanto sarà detto più avanti nel testo.

³⁴ Ai sensi dell'art. 10 *bis*, comma 1, del d.lgs. n. 286/1998 l'ingresso e il soggiorno illegale dello straniero è considerato reato. Il comma 6, della citata disposizione legislativa, come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. d) del d.l. n. 113/2018, tuttavia, prevede in deroga che: «Nel caso di presentazione di una domanda di protezione internazionale di cui al decreto legislativo del 19 novembre 2007 n. 251, il procedimento è sospeso. Acquisita la comunicazione del riconoscimento della protezione internazionale di cui al decreto legislativo del 19 novembre 2007 n. 251, ovvero del rilascio del permesso di soggiorno nelle ipotesi di cui all'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25, nonché nelle ipotesi di cui agli articoli 18, 18-bis, 20-bis, 22, comma 12-quater, 42-bis del presente testo unico e nelle ipotesi di cui all'articolo 10 della legge del 7 aprile 2017 n. 47 (*stranieri minorenni*), il giudice pronuncia sentenza di non luogo a procedere» (corsivo aggiunto); si v. sul punto, la sentenza Corte cost. n. 250/2010, che giustifica tale deroga alla luce del principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. (punto 8 del considerato in diritto).

³⁵ Sul carattere *assoluto* del divieto di respingimento *ex art.* 19 del T.U. sull'immigrazione, si v. M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 31; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 12-13.

godimento dei diritti fondamentali della persona, con particolare riguardo ai diritti sociali, attraverso l'iscrizione anagrafica del richiedente la protezione³⁶.

Il permesso di soggiorno per motivi umanitari non potrebbe essere rifiutato neanche sulla base di accordi o convenzioni internazionali resi esecutivi in Italia, quando lo straniero non soddisfi le condizioni di soggiorno applicabili in uno degli Stati contraenti, come, invece, previsto in termini generali dall'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione attualmente vigente.

La protezione umanitaria è configurata, in particolare, sia in dottrina che in giurisprudenza, come un diritto di rango costituzionale fondato sulla tutela dei diritti umani *ex art. 2 Cost.*³⁷.

La natura costituzionale della protezione umanitaria rappresenta, pertanto, un limite ad eventuali accordi o convenzioni internazionali *ex art. 117.1 Cost.* che dovessero prevedere ulteriori condizioni rispetto alle esigenze umanitarie che la legittimano³⁸.

³⁶ Il permesso di soggiorno per motivi umanitari consente, in particolare, l'iscrizione anagrafica del richiedente la protezione umanitaria, al fine del godimento dei diritti fondamentali della persona umana, con particolare riguardo ai diritti sociali (istruzione, salute, lavoro, servizi sociali ecc...). Il diritto all'iscrizione anagrafica sembra, tuttavia, negato al richiedente la protezione internazionale che gode, grazie alle direttive europee, di maggiori benefici e diritti rispetto al richiedente la protezione umanitaria. Più precisamente, il nuovo art. 4, comma 1-*bis*, del decreto legislativo del 18.8.2015 n. 142, di attuazione della direttiva UE 2013/33, relativa all'accoglienza dei richiedenti la protezione internazionale, come modificato dall'art. 13 del d.l. n. 113/18, prevede che il permesso di soggiorno non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica. Il citato articolo ha dato origine in sede applicativa a difformi orientamenti giurisprudenziali. Più precisamente, con la recente ordinanza del 2 maggio 2019, il Tribunale di Bologna ha ritenuto sussistente il diritto all'iscrizione anagrafica del richiedente, nel caso di specie, lo *status* di rifugiato, sulla base di un'interpretazione costituzionalmente orientata del citato art. 4, che non prevede un divieto esplicito di iscrizione anagrafica e pertanto la consente, secondo le procedure *ordinarie* previste dal regolamento anagrafico di cui al decreto del Presidente della Repubblica del 30.5.1989 n. 223. Il decreto sicurezza si limita, in particolare, ad abrogare la *modalità semplificata* di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo prevista dall'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 142/2015, come introdotto dalla legge del 13.4.2017 n. 46, e conseguentemente il permesso di soggiorno per richiesta di asilo non costituisce di per sé "titolo" per l'iscrizione anagrafica *automaticamente* basata sulla sola domanda di protezione ed inserimento nella struttura di accoglienza; la citata ordinanza è consultabile in www.dirittifondamentali.it, n. 13/2019; nello stesso senso, si v. l'ordinanza del Tribunale di Firenze del 18 marzo 2019, su cui si v. le riflessioni di G. SERRA, *L'iscrizione anagrafica e i richiedenti asilo dopo il d.l. 113/18*, in www.questionegiustizia.it, rubrica 'Diritti senza confini', 2019. Di diverso avviso è il Tribunale di Ancona che con la recente ordinanza del 29 luglio 2019 ha sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 13 comma 1, lett. a) n. 2) del d.l. n. 113/2018, convertito in legge n. 132/2018, con riferimento agli artt. 2, 3 e 117.1 Cost.

³⁷ In relazione al fondamento della protezione umanitaria nell'art 2 Cost., si v. Cass. S.U., n. 19393/2009; Cass. civ. n. 4455/2018. In dottrina, si v. C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 3 e la bibliografia ivi citata.

³⁸ Sui limiti generali alla potestà legislativa statale e regionale, di cui al primo comma dell'art. 117 Cost., sia consentito il rinvio a C. NEGRI, *La Cedu nell'ordinamento italiano: rapporti fra fonti e fra giurisdizioni*, Napoli, 2013.

La scelta del legislatore di tipizzare la protezione umanitaria solleva alcuni dubbi di legittimità costituzionale, con particolare riguardo alla sua conformità, o meno, al diritto d'asilo *ex art.* 10.3 Cost. e al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., sia come conseguenza della violazione del citato diritto, che in forma autonoma sotto il profilo della ragionevolezza della legge³⁹.

La citata predeterminazione legislativa non sembra, invece, minare gli obblighi europei ai sensi degli artt. 11 e 117.1 Cost.⁴⁰, in quanto la protezione umanitaria non rientra tra le competenze dell'Unione europea, ma nella competenza esclusiva degli Stati membri⁴¹.

La restrizione della protezione umanitaria a casi specifici tassativamente indicati dal legislatore potrebbe, invece, integrare una violazione degli obblighi internazionali dello Stato *ex art.* 117.1 Cost., con particolare riguardo al diritto al 'rispetto della vita privata e familiare' di cui all'art. 8 della Cedu, nel senso che i titoli di soggiorno introdotti dal decreto in esame non consentirebbero di prendere in considerazione la rete di relazioni sociali e culturali del migrante in Italia, che integrano il concetto di vita privata secondo la giurisprudenza di Strasburgo⁴².

³⁹ Nel senso della violazione del diritto d'asilo, si v. G. AZZARITI, *A proposito della nuova normativa in materia di migrazioni...*, cit., punto b); C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 3; E. CASTRONOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari...*, cit., 25; sulla violazione del diritto d'asilo e del principio di eguaglianza, si v. G. SERRA, *La Corte di cassazione e l'irretroattività del d.l. 113/2018...*, cit., par. n. 4. Sulla conformità al principio di ragionevolezza della legge dei nuovi casi di protezione umanitaria, si rinvia al par. n. 5.

⁴⁰ Si v. S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge...*, cit., 6; S. PIZZORNO, *Considerazioni, anche di costituzionalità, su alcune delle principali novità introdotte dal decreto legge n. 113/2018 (c.d. decreto sicurezza) in tema di diritto d'asilo*, in www.forumcostituzionale.it, 7.

⁴¹ Si v. S. CURRERI, *Prime considerazioni sui profili di incostituzionalità del decreto legge...*, cit., 6; S. PIZZORNO, *Considerazioni, anche di costituzionalità...*, cit., 7; Parere del Consiglio superiore della magistratura, reso ai sensi dell'art. 10 della legge n. 195/1958, sul d.l. n. 113/2018, del 21.11.2018, 6. Pur non avendo un esplicito fondamento nell'obbligo di adeguamento a norme europee, la protezione umanitaria è, tuttavia, richiamata dalla cd. direttiva rimpatri, la quale, nel regolamentare il potere degli Stati membri di espellere dal proprio territorio i cittadini di Paesi terzi, ha fatto salva la facoltà degli stessi di rilasciare un titolo di soggiorno per motivi caritatevoli, umanitari o di altra natura (art. 6, par. 4, della direttiva 115/2008/UE), ed è riconosciuta anche da altre fonti europee successive, si v. l'art. 25 del Regolamento CE/810/2009 che prevede un codice comunitario dei "visti con validità territoriale limitata rilasciati eccezionalmente", per "motivi umanitari o di interesse nazionale" e validi solo "per il territorio dello Stato membro di rilascio". L'art. 6, comma 5, lett. c) del Regolamento UE/399/2016 (cd. codice frontiere Schengen) consente, inoltre, agli Stati membri di autorizzare l'entrata di uno straniero nel proprio territorio "per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali". Al riguardo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha chiarito che tali forme di protezione devono essere sempre compatibili con quelle previste dalle direttive comunitarie e devono rispondere ad una *ratio* diversa, in modo che non si confondano i rispettivi ambiti di applicazione, Sentenza C.G.E. del 9.11.2010, caso Germania c. B. e D., C-57/2009, C-101/2009.

⁴² Si v. E. CASTRONOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari...*, cit., 24-25.

In relazione alla conformità della previsione di restrizioni della protezione umanitaria al diritto d'asilo costituzionale, può ravvisarsi una correlazione fra i due citati istituti.

La protezione umanitaria *ex art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione*, ante riforma, sembrava costituire una delle forme di attuazione del diritto d'asilo costituzionale.

Più precisamente, il terzo comma dell'art. 10 Cost. riconosce, il diritto d'asilo nel territorio della Repubblica agli stranieri⁴³, *a fortiori* estensibile agli apolidi⁴⁴, nel cui Paese di origine o di provenienza è impedito l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione, in base alle condizioni stabilite dalla legge.

La mancanza, a tutt'oggi, di una legge che regoli le condizioni in base alle quali garantire il diritto d'asilo⁴⁵ comporta che, per la ricostruzione dell'istituto in esame e del suo significato normativo, si debba fare riferimento al diritto vivente, così come maturato nella giurisprudenza.

Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, frutto di un travagliato e discontinuo iter giurisprudenziale⁴⁶, precedente alla novella del 2018, il diritto d'asilo costituzionale trovava completa e integrale attuazione nel cd. '*sistema pluralistico di protezione internazionale dello straniero*', che comprendeva la protezione per motivi umanitari *ex art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione*, ante riforma, lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria⁴⁷.

⁴³ Per stranieri si intendono tutti coloro che sono privi della cittadinanza italiana, si v. sul punto P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 30. Pertanto, dovrebbero includersi in tale categoria sia i cittadini dei Paesi non appartenenti all'Unione europea, cd. cittadini extra-comunitari, che i cittadini europei, si v. sul punto, M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale fra attuazione, applicazione e attualità*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 2/2018, par. n. 4.

⁴⁴ Sull'estensione del diritto d'asilo agli apolidi, che si trovano, peraltro, in una posizione privilegiata rispetto agli stranieri in generale, essendo sprovvisti dello *status* di cittadinanza e dei diritti ad esso collegati, si v.: M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 50; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 102.

⁴⁵ La mancanza di una legge 'attuativa' del diritto d'asilo ha comportato, in particolare, l'impossibilità di prevedere delle norme più favorevoli per gli asilanti, rispetto alle altre categorie di stranieri, con particolare riguardo ai diritti costituzionali ulteriori rispetto all'ingresso e al soggiorno, spettanti ai titolari del diritto d'asilo *ex art. 2 Cost.*, al fine di sostanziare il *favor* che la Costituzione riconosce a tale categoria di stranieri, si v. sul punto, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 180 ss.; sulla necessità di una disciplina '*specificata*' e '*privilegiata*' per i richiedenti asilo rispetto agli altri stranieri, si v. P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 100-101, il quale cita la sentenza Corte cost. n. 11/1968.

⁴⁶ Sulle diverse fasi della giurisprudenza di legittimità in tema di diritto d'asilo, si v., di recente, M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua...*, cit., 2 ss.

⁴⁷ Sentenze Cass. civile nn.: 4455/2018; 16362/2016; e le ordinanze Cass. nn.: 26887/2013; 10636/2012, confermate, seppur incidentalmente, con la sentenza Cass., Sezioni Unite n. 29459/2019; sentenza Cass. n. 4890/2019; ordinanza Cass. n. 11749/2019, successive all'entrata in vigore del *decreto sicurezza*. I presupposti e i contenuti delle due forme di protezione internazionale

Dal punto di vista sostanziale, le citate forme di protezione dello straniero si differenziavano, concettualmente, in relazione alla tipologia di stranieri beneficiari della protezione e dei presupposti oggettivi per ottenerla.

La protezione umanitaria comprendeva, in particolare, tutti quei casi non riconducibili alle due forme di protezione internazionale citate⁴⁸ e relative a quelle istanze di tutela contro il rischio di persecuzioni per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un gruppo sociale o opinioni politiche (rifugiato)⁴⁹, di pena di morte, tortura o di trattamenti inumani e degradanti (protezione sussidiaria)⁵⁰.

Essa, per il suo carattere atipico e, quindi, generale, quale catalogo aperto in cui ricomporre le diverse istanze umanitarie, si presentava come una clausola di salvaguardia, di chiusura del sistema di regolamentazione dell'ingresso e del soggiorno dello straniero in Italia⁵¹.

Per tale suo carattere e, soprattutto, a causa di una prassi delle Commissioni territoriali che trovavano più agevole motivare la meno favorevole protezione umanitaria rispetto alle forme di protezione internazionale dello straniero (*status* di rifugiato o protezione sussidiaria), la protezione umanitaria sembrava rappresentare la forma prevalente di attuazione del diritto d'asilo⁵².

– *status* di rifugiato e protezione sussidiaria – sono stati, in particolare, disciplinati originariamente dalla direttiva 2004/83/CE del 29 aprile 2004 (c.d. direttiva qualifiche), che è stata recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 251 del 2007 (c.d. decreto qualifiche) e successivamente modificata dalla direttiva 2011/95/UE, a cui è stata data attuazione con il decreto legislativo del 21.2.2014 n. 18. Quanto alle procedure ai fini del riconoscimento e della revoca della protezione internazionale, la disciplina normativa è posta dal decreto legislativo n. 25/2008, come modificato dal decreto legislativo n. 142/2015, di recepimento della direttiva “procedure” n. 32 del 2013 e della direttiva “accoglienza” n. 33 del 2013. Sulla criticità di tale orientamento giurisprudenziale sotto diversi profili, si v. M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua...*, cit., 4 ss. In dottrina, ritiene, invece, che lo *status* di rifugiato e la protezione sussidiaria, dopo il recepimento delle citate direttive, diano piena ed integrale attuazione al diritto d'asilo, P. BONETTI, *Il diritto d'asilo in Italia dopo l'attuazione della direttiva comunitaria sulle qualifiche e sugli status di rifugiato e di protezione sussidiaria*, in www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it, n. 1/2008, 14.

⁴⁸ Sul carattere atipico della protezione umanitaria, si v. la sentenza Cass. civ. n. 3347/2015.

⁴⁹ Si tratta di presupposti meno ampi e, in parte, diversi rispetto a quelli previsti nel permesso di soggiorno ‘per protezione speciale’ che rinvia, come detto, alle condizioni di cui all’art. 19, commi 1 e 1.1., del T.U. sull’immigrazione, si v. sul punto, M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 31-32; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 12-13. Lo *status* di rifugiato è, in particolare, disciplinato dalla Convenzione di Ginevra del 28.7.1951, entrata in vigore il 27.8.1954, recepita e resa esecutiva in Italia con la legge del 24.7.1954 n. 722, poi comunitarizzata con la direttiva qualifiche 2004/83/CE.

⁵⁰ Per tali definizioni, si vedano rispettivamente l’art. 2 lett. c) e l’art. 15 della direttiva qualifiche 2004/83/CE.

⁵¹ Si v. la sentenza Cass. civile n. 4455/2018; in dottrina si v. G. CONTI, *Il criterio dell'integrazione sociale quale parametro rilevante per il riconoscimento della protezione umanitaria*, in www.federalismi.it, n. 2/2018, 3.

⁵² Sulla tesi in base alla quale la protezione umanitaria costituisce una delle forme di attuazione dell’asilo costituzionale si v.: P. BONETTI, *Art. 10*, in *La Costituzione italiana*, a cura di F.

In relazione alla portata ampia del diritto d'asilo, in sede di Assemblea costituente, la maggioranza delle forze politiche presenti optò per il riconoscimento del diritto d'asilo a chiunque fosse impedito, nel Paese di origine o di provenienza, l'esercizio delle libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione, escludendo la tesi che mirava a limitare il suo riconoscimento a coloro che si fossero battuti per la libertà o avessero lottato contro regimi dittatoriali⁵³.

La protezione per motivi umanitari sembra, inoltre, avere, similmente al diritto d'asilo, un carattere non temporaneo, nonostante il diverso orientamento della giurisprudenza di legittimità sul punto⁵⁴.

Le due forme di protezione umanitaria citate condividono, inoltre, la stessa *ratio* di tutela dei diritti inviolabili della persona umana in quanto tale, e quindi riguardanti sia i cittadini che gli stranieri⁵⁵, riconosciuti a livello costituzionale, internazionale e europeo *ex art 2 Cost.*⁵⁶.

CLEMENTI-L. CUOCOLO-F. ROSA-G.E. VIGEVANI, Bologna, 2018, 77 ss.; IDEM, *Il diritto di asilo nella Costituzione italiana*, in *Procedure e Garanzie del Diritto di Asilo*, a cura di C. FAVILLI, Padova, 2011, 55 ss.; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria nel sistema dei diritti umani*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 2/2018, par. n. 2. Contra, M. BENVENUTI, *La forma dell'acqua...*, cit., par. n. 2; N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 28 ss.

⁵³ Si v. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 23 ss., spec. 25-26; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1137-1138; sul vivace dibattito, in sede di Assemblea costituente, sulla redazione del 3 comma dell'art. 10 Cost., si v. F. PALERMO, V. FALZONE, F. COSENTINO, *Art. 10*, in *La Costituzione della Repubblica Italiana*, Roma, 1948, 40 ss., in cui emergono diverse proposte: l'on Treves e altri proposero «Lo straniero al quale sia *negato* l'effettivo esercizio dei diritti di libertà, ecc.». L'on Cappi propose «Lo straniero al quale nel proprio Paese sia *impedito* di diritto e di fatto l'esercizio delle libertà, ecc.». Prevalse, poi, una formula unitaria in cui l'Assemblea ha escluso con la parola 'impedito' il criterio limitativo della persecuzione.

⁵⁴ La protezione umanitaria non ha e non può avere carattere temporaneo, almeno finché permangono le ragioni umanitarie che ne hanno legittimato il riconoscimento, con la conseguenza che la sua cessazione potrebbe essere disposta per il venir meno delle citate condizioni, con un procedimento uguale e contrario a quello con cui sono state accertate, si v., in tal senso, N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 11 ss. e la giurisprudenza contraria ivi citata. Sul carattere non temporaneo del diritto d'asilo costituzionale, si v. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 174-175.

⁵⁵ L'estensione dell'art. 2 Cost. agli stranieri rappresenta un consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale, si v., fra le tante, le sentenze Corte cost. nn.: 249/2010; 148/2008; 105/2001; in dottrina, si v. R. CHERCHI, *Lo straniero e la Costituzione. Ingresso, soggiorno e allontanamento*, Napoli, 2012.

⁵⁶ Sul fondamento del diritto d'asilo nell'art. 2 Cost., si v. P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, cit., 34; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria...*, cit., par. n. 5; in relazione al fondamento della protezione umanitaria nell'art 2 Cost., si v. Cass. S.U. n. 19393/2009; Cass. civ. n. 4455/2018. In dottrina, si v. C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 3 e la bibliografia ivi citata. Sull'art. 2 Cost. come clausola 'aperta' o 'chiusa', si v. S. MANGIAMELI, *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *www.giurcost.it*; sull'art. 2 Cost. come fattispecie aperta, si v. A. BARBERA, *Art. 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 50 ss.; sulla stessa come fattispecie chiusa, si v. P. BARILE, *Diritti*

La protezione umanitaria e il diritto d'asilo sembrano avere, in particolare, la medesima causa di giustificazione, rintracciabile nella situazione personale dello straniero di illibertà e/o di vulnerabilità nel Paese di origine rispetto al nucleo ineludibile di dignità e di libertà della persona umana garantito dal nostro sistema costituzionale⁵⁷.

La riconduzione del diritto d'asilo sotto l'alveo della dignità della persona umana fa sì che il concetto di libertà democratiche garantite dalla nostra Costituzione⁵⁸, il cui effettivo esercizio sia impedito, venga attualizzato, tenendo conto dei diversi contesti storici, sociali, geopolitici, etnici e ambientali dell'attuale fenomeno migratorio, che vede un incremento delle persone in fuga e delle ragioni che spingono le stesse ad allontanarsi dal proprio Paese.

In altri termini, la citata causa di giustificazione del diritto d'asilo non può non tenere conto delle precondizioni essenziali per l'esercizio delle libertà democratiche e fondamentali che la Costituzione riconosce ad ogni essere umano⁵⁹.

Così ragionando, fra gli stranieri titolari del diritto d'asilo dovrebbero includersi anche i cd. *'displaced persons'* (coloro che fuggono a causa di guerre civili o aggressioni esterne)⁶⁰ e i cd. *'rifugiati economici'* (nei casi di carestie, epidemie e catastrofi naturali)⁶¹, con la sola esclusione dei cd. *'migranti economici'*, che abbandonano volontariamente il proprio Paese in cerca di occupazione o di migliori condizioni economico-sociali⁶².

dell'uomo..., cit., 55. Sul futuro dei diritti fondamentali, si veda di recente, A. RUGGERI, *Il futuro dei diritti fondamentali, sei paradossi emergenti in occasione della loro tutela e la ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio*, in www.giurcost.it, n. 1/2019.

⁵⁷ Si v. G. SILVESTRI, *Il diritto fondamentale di asilo e alla protezione internazionale*, in www.questionegiustizia.it, rubrica *'Diritti senza confini'*, 2019, par. n. 3.2; C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 3; M. ACIERNO, *La protezione umanitaria...*, cit., par. n. 2; sulla coincidenza fra i presupposti della protezione umanitaria e quelli del diritto d'asilo, si v. anche E. CASTRONOVO, *Il permesso di soggiorno per motivi umanitari...*, cit., 4 ss. La dignità della persona umana, rappresenta il valore dei valori, la "bilancia" su cui si dispongono i diritti e gli interessi in genere, meritevoli di tutela, al fine della loro mutua ponderazione, si v. sul punto, G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2008.

⁵⁸ Si può trattare di libertà politiche, civili ed economiche, si v. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 66 ss.; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1140 ss.

⁵⁹ R. RORDORF, *Editoriale*, in www.questionegiustizia.it, n. 2/2018, il quale afferma che « il richiedente asilo è una persona che, prima d'ogni altra cosa, rivendica il riconoscimento della propria dignità di essere umano ».

⁶⁰ Si v. sul punto, P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1158-1160; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 85-86.

⁶¹ Si v. sul punto, P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1158-1160; contra M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 101.

⁶² Si v. sul punto, in dottrina, P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1142; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 100; in giurisprudenza si v. la recente sentenza Cass. civ., sez. I, n. 7831/2019.

La causa di giustificazione del diritto d'asilo e della protezione umanitaria ha, inoltre, in entrambi gli istituti citati, carattere individuale e concreto, avendo riguardo, in relazione al suo accertamento, alla situazione personale di fatto, attuale e concreta, di illibertà e invivibilità dello straniero nel suo Paese, indipendentemente dal riconoscimento nella Carta costituzionale dell'ordinamento straniero delle libertà democratiche⁶³ e delle condizioni generali e astratte del Paese di origine⁶⁴.

In altre parole, le diverse condizioni di vulnerabilità e/o di illibertà dello straniero richiedente la protezione devono costituire l'effetto della grave violazione dei diritti umani subita dallo stesso nel Paese di origine che, come detto, comprende anche l'impossibilità di esercitare le libertà democratiche, in quanto ricondotte all'ambito della dignità della persona.

3. *Segue: La tipizzazione legislativa dei nuovi casi di protezione umanitaria e la violazione del diritto di asilo costituzionale*

La configurazione della protezione umanitaria come manifestazione e attuazione del diritto d'asilo costituzionale pone la necessità di verificare se la previsione di casi specifici, in base ai quali è possibile rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari, introdotta dal decreto in esame, sia compatibile o meno con il diritto d'asilo.

In altri termini, occorre verificare se l'ulteriore tipizzazione dei casi di protezione umanitaria, che si aggiunge a quelle già previste e relative allo *status* di rifugiato e di protezione sussidiaria, comporti una violazione del diritto d'asilo.

A tal fine, occorre chiarire il contenuto della riserva di legge assoluta⁶⁵ che demanda al legislatore il compito di indicare le condizioni in base alle quali garantire il diritto d'asilo, con particolare riguardo alla tipologia di limiti da essa apponibili.

La citata legge sembra diretta a disciplinare aspetti rilevanti quali le condizioni e gli obblighi di soggiorno dell'asilante nel territorio della Repubblica; l'individuazione e la composizione dell'autorità competente all'accertamento del

⁶³ Sul carattere concreto e attuale della causa di giustificazione del diritto d'asilo, si v. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 54 ss., spec. 63; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1140-1141; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 106.

⁶⁴ In relazione alla protezione umanitaria, si v. le sentenze Cass. civ., sez. I: n. 11176/2019; n. 538/2019; n. 4455/2018. In relazione al diritto d'asilo, sul punto, si v. M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 131, che cita la sentenza del Tribunale di Roma del 1999 sul noto caso Ocalan.

⁶⁵ Trattandosi di un diritto fondamentale è esclusa la disciplina da parte di fonti secondarie, fatte eccezione per i regolamenti di stretta esecuzione, si v. sul punto, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 134-136; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 112-113.

diritto d'asilo, al fine di garantire indipendenza e imparzialità di giudizio; le procedure amministrative e giurisdizionali necessarie al suo accertamento e alla sua tutela e le cause di cessazione del diritto⁶⁶, di cui non si può dare conto in questa sede.

Riguardo ai limiti, la dottrina è concorde nell'affermare che la legge 'attuativa' del diritto d'asilo non potrebbe prevedere limitazioni qualitative del diritto che ne restringano la portata soggettiva, in quanto la sua *sola* causa di giustificazione è l'effettivo impedimento delle libertà democratiche⁶⁷, anche di una sola di queste⁶⁸.

Non sembra possibile, inoltre, introdurre con legge limiti di tempo e di spazio (cd. riserva geografica), in quanto ciò contrasterebbe con il carattere individuale e concreto del diritto d'asilo, in precedenza rilevato⁶⁹.

La concretezza del diritto d'asilo e la libera scelta dello straniero, in relazione alla richiesta di protezione politico-umanitaria nel nostro Paese, sembrano, peraltro, rendere affetta da incostituzionalità anche l'eventuale previsione di un'elencazione legislativa di Stati cd. 'sicuri' (e non), da cui potrebbe scaturire una presunzione di non riconoscimento del diritto d'asilo agli stranieri provenienti da questi Stati⁷⁰.

Una nozione di Paese di origine sicuro è, in particolare, prevista nella disciplina europea sullo *status* di rifugiato che, tuttavia, lascia alla discrezionalità dello Stato membro la scelta della sua introduzione o meno nell'ordinamento interno⁷¹.

Al riguardo, l'art. 7-*bis* del d.l. n. 113/2018⁷² ha introdotto, nel decreto legi-

⁶⁶ Si v.: M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 139-140; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1148-1149; P. BARILE, *Diritti dell'uomo...*, cit., 34; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 114-118, il quale evidenzia che nel disegno di legge recante norme per l'attuazione del diritto d'asilo *ex art.* 10.3 Cost., del sen. Terracini, presentato nella VII, VIII e IX legislatura, la competenza ad accertare il citato diritto è attribuita al giudice ordinario e non alla pubblica amministrazione, 208 ss.; nello stesso senso, si v. P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1152, il quale sostiene che la competenza potrebbe spettare anche ad un'autorità amministrativa indipendente rispetto al Governo.

⁶⁷ L'effettivo impedimento delle libertà democratiche rappresenta, in particolare, una causa di giustificazione e non una mera condizione o un presupposto da cui fare dipendere il riconoscimento del diritto d'asilo costituzionale, si v. sul punto P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 107; M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 54.

⁶⁸ Si veda sul punto, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 58, secondo il quale si può trattare di singole libertà politiche, civili ed economiche quali ad esempio la libertà di manifestazione del pensiero *ex art.* 21 Cost. e il diritto di sciopero *ex art.* 40 Cost., 67 ss.

⁶⁹ Si v., fra gli altri, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 138; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 114-115; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1148.

⁷⁰ M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 58 ss.

⁷¹ Artt. 36 e 37 della direttiva 2013/32/UE, recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello *status* di rifugiato, che ha modificato la precedente direttiva 2005/85/CE.

⁷² L'art. 7-*bis*, comma 1, lett. a) è stato introdotto dalla l. n. 132/2018 in sede di conversione del d.l. n. 113/2018.

slativo del 28.1.2008, n. 25, di attuazione della direttiva europea sullo *status* di rifugiato, un nuovo articolo 2-*bis*, rubricato “Paesi di origine sicuri”, che sembra porsi in contrasto con il diritto d’asilo costituzionale.

La citata disposizione prevede, in particolare, la predisposizione, con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell’interno e della giustizia, di una lista ufficiale, periodicamente aggiornata, di Paesi di origine “sicuri”, nell’ottica di semplificare la definizione delle domande di protezione internazionale dello straniero⁷³, nel senso di rendere inammissibile *ex lege* la domanda di protezione degli stranieri provenienti da questi Paesi.

Sempre in tema di limiti, sembra possibile prevedere con legge limitazioni quantitative all’ingresso nel territorio della Repubblica degli stranieri richiedenti asilo, in conformità a quanto emerso durante i lavori preparatori in sede di Assemblea costituente, in cui si volle inserire l’inciso ‘*in base alle condizioni previste dalla legge*’, proprio a tal fine⁷⁴.

Al riguardo, vista la complessità dell’attuale fenomeno migratorio e la posizione geografica dell’Italia, come ‘Stato di primo arrivo’, in relazione alle massicce migrazioni provenienti, in particolare, dall’Africa e dal Medio oriente, la citata scelta politica non può che essere presa a livello europeo con norme vincolanti per gli Stati membri⁷⁵.

La disciplina europea contenuta nel regolamento del 26.6.2013 n. 604, cd. ‘Dublino III’, prevede, in particolare, una distribuzione degli stranieri richiedenti la protezione internazionale (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria), che si è, tuttavia, rivelata nella prassi applicativa inefficace, sia per le disposizioni in essa contenute⁷⁶, sia per la “*tendenza degli Stati membri alla rinazionalizzazione del diritto all’immigrazione*”⁷⁷.

⁷³ Le proposte di riforma a livello europeo presentate nel 2016, per la realizzazione di un diritto comune in materia di asilo vanno, peraltro, in questa direzione, prevedendo l’armonizzazione delle legislazioni nazionali in relazione ai concetti di “Paese sicuro”, attraverso l’adozione di un regolamento che trasformi le facoltà contenute nella direttiva procedure 2013/32/UE in obblighi degli Stati membri, si v. C. FAVILLI, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge. Progressi, contraddizioni e paradossi del sistema europeo di asilo*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 2/2018, par. n. 3.

⁷⁴ Si v. P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d’asilo...*, cit., 1148, che cita l’intervento dell’on. Nobile in sede di Assemblea costituente, 1138; contra M. BENVENUTI, *Il diritto d’asilo nell’ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 145 ss., il quale ritiene che eventuali limiti quantitativi al diritto d’asilo possano derivare dall’art. 16.1 Cost., in relazione ai ‘motivi di sanità o di sicurezza’ in esso enunciati.

⁷⁵ Si v. sul punto, P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d’asilo...*, cit., 1149, che ritiene possibile, a tal fine, le limitazioni di sovranità di cui all’art. 11 Cost.; contra M. BENVENUTI, *Il diritto d’asilo nell’ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 73 ss.

⁷⁶ La ripartizione degli stranieri richiedenti la protezione internazionale ha la sua base fondamentale nella Convenzione di Dublino del 15.6.1990, che è stata comunitarizzata con il Regolamento del 18.2.2003, n. 343 (cd. Dublino II), successivamente modificato dal Regolamento del 26.6.2013, n. 604 (cd. Dublino III), che ha mantenuto, tuttavia, gli stessi criteri di determinazione dello Stato membro competente a valutare una richiesta di asilo ovvero sia il criterio residuale, ma prevalente, dello Stato di primo ingresso nell’Unione europea, provocando uno squilibrio nelle responsabilità degli Stati, si v. C. FAVILLI, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge...*, cit., par. n. 6.

⁷⁷ Si v. sul punto, la *lectio magistralis* del prof. M. BENVENUTI su ‘*La protezione umanitaria*’, tenu-

Attualmente si discute in Europa di una nuova riforma del sistema Dublino, (cd. Dublino IV), che superi il criterio dello ‘Stato di primo ingresso’ nell’Unione europea, quale Stato membro competente a valutare una richiesta di asilo, attraverso la previsione di un sistema automatico di trasferimenti con un metodo di ripartizione fisso. Questa riforma, tuttavia, difficilmente riuscirà ad essere approvata nell’ambito della procedura legislativa di codecisione tra Parlamento europeo e Consiglio, per le resistenze presenti in seno a quest’ultima istituzione europea⁷⁸.

Nell’attesa della citata riforma, la redistribuzione dei migranti fra gli Stati membri dell’Unione europea è affidata alla volontà degli stessi, formalizzata, talvolta, attraverso accordi bilaterali o plurilaterali stipulati a tal fine, in attuazione del principio di solidarietà⁷⁹.

Le proposte di modifica avanzate a livello europeo per la realizzazione di un sistema comune d’asilo fra gli Stati membri sembrano, inoltre, dirigersi verso una riduzione del livello di tutela dei diritti fondamentali della persona umana, con particolare riguardo, fra gli altri, alla compressione del diritto di difesa, alla riduzione del diritto alla protezione internazionale e alla precarizzazione del riconoscimento della protezione⁸⁰.

L’intervento della Corte costituzionale sull’estensione del diritto d’asilo *ex art.10.3 Cost.*, sembrerebbe, pertanto, necessario, oltre che auspicabile⁸¹, per consentire ai giudici costituzionali di partecipare al dialogo sulla costruzione di un diritto comune europeo in materia di asilo.

Il giudice delle leggi potrebbe, in particolare, gettare le basi per la costruzione di quelle tradizioni costituzionali comuni tra gli Stati membri, che costituiscono, come noto, un parametro imprescindibile del dialogo fra le Corti nazionali, internazionali ed europee sulla tutela dei diritti fondamentali della

tasi il 5.4.2019, nell’ambito del dottorato di ricerca in ‘Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali’, presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Palermo; nello stesso senso, si v. C. FAVILLI, *L’Unione che protegge e l’Unione che respinge...*, cit., par. n. 6.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ Si segnala, al riguardo, il recente accordo del 23 settembre 2019 fra Italia, Malta, Germania e Francia per un documento comune, che sarà discusso a Lussemburgo nel prossimo Consiglio Affari Interni e Giustizia del 7 e 8 ottobre 2019 tra i Paesi dell’Unione europea, al fine della sua estensione anche ad altri paesi. Il citato accordo prevede, in particolare, un meccanismo obbligatorio e in tempi rapidi (4 settimane) di distribuzione dei migranti salvati nel Mediterraneo dalle navi delle ONG o da navi militari e una rotazione dei porti di sbarco su base volontaria. Per la prima sperimentazione della ricollocazione, si v. M. SAVINO, *Le libertà degli altri. La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, Milano, 2012.

⁸⁰ Si v. il documento A.S.G.I. del settembre 2017, *I nuovi orientamenti politico-normativi dell’Unione europea. La prospettiva di nuove e radicali chiusure al diritto d’asilo*, in www.asgi.it/wp-content/uploads/2017/09/2017_9_Articolo_politiche_UE_ok.pdf, 18 ss.

⁸¹ Auspicano l’intervento del giudice delle leggi sul diritto d’asilo costituzionale, E. XHANARI, T. SPANDRIO, *Brevi considerazioni sui profili problematici...*, cit., 10.

persona umana⁸², anche sul diritto d'asilo costituzionale, al fine di rafforzarne la tutela⁸³.

4. *L'interpretazione costituzionalmente orientata dei nuovi casi di protezione umanitaria e l'applicazione diretta del diritto di asilo costituzionale*

All'interpretazione della novella del 2018 in tema di protezione umanitaria nel senso della violazione del diritto d'asilo costituzionale, se ne contrappone un'altra, come detto, alternativa, che precluderebbe l'intervento della Corte costituzionale.

Più precisamente, secondo una lettura sostenuta da un'autorevole dottrina il d.l. n. 113/2018 ha abrogato la protezione umanitaria *tout court*, nella sua interezza, ai sensi dell'art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione e il conseguente permesso di soggiorno⁸⁴, prevedendo in sua sostituzione dei casi specifici di permessi di soggiorno per motivi umanitari⁸⁵.

In relazione agli effetti sul piano applicativo di tale abrogazione, la citata dottrina distingue i permessi di soggiorno rilasciati per la presenza di seri motivi 'di carattere umanitario' da quelli derivanti da 'obblighi costituzionali o internazionali' dello Stato ai sensi del citato art. 5.6.

L'abrogazione sembra, in particolare, riguardare solo i primi, precludendo in tal modo al Questore il rilascio di un permesso di soggiorno per 'seri motivi umanitari', che non trovino fondamento in obblighi costituzionali o internazionali dello Stato⁸⁶.

In relazione, invece, al permesso di soggiorno fondato su obblighi costituzionali o internazionali, l'abrogazione non può che essere apparente, in quanto i citati obblighi rimangono vigenti al di là di una loro esplicita previsione legislativa, che è senz'altro auspicabile, ma non necessaria⁸⁷.

⁸² Per maggiori approfondimenti sul punto, si v. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁸³ Sull'assenza del riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nella giurisprudenza della C.G.E. sulla tutela dei diritti dei migranti, nonostante il richiamo delle stesse nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, si v. E. CAVASINO, *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione della persona migrante*, in *www.federalismi.it*, Focus Human Rights, n. 3/2018, 12.

⁸⁴ Si v. l'art. 11, comma 1, lett. c-ter), del decreto del Presidente della Repubblica del 31.8.1999 n. 394: "Regolamento recante norme di attuazione del testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, a norma dell'articolo 1, comma 6, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286", che consentiva al Questore il rilascio di un permesso di soggiorno per 'seri motivi, in particolare di carattere umanitario o risultanti da obblighi costituzionali o internazionali dello Stato italiano', abrogato dall'art. 1, comma 6, lett. a), del d.l. n. 113/2018.

⁸⁵ M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 15.

⁸⁶ *Idem*, 16-17.

⁸⁷ M. BENVENUTI, *Audizione resa il 16 ottobre 2018 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica...*, cit., 166-167; *Idem*, *Il dito e la luna...*, cit., 15 ss.

Tuttavia, il permesso di soggiorno fondato sui citati obblighi rimarrebbe privo di un'adeguata disciplina giuridica in relazione a rilevanti profili quali la tipologia dei diritti riconosciuti, la durata, il rito applicabile e ciò avrebbe delle conseguenze sul piano applicativo.

La vigenza degli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato è stata anche ribadita dal Presidente della Repubblica in una lettera inviata al Presidente del Consiglio dei ministri contestualmente all'emanazione del decreto legge n. 113/2018, secondo una prassi ormai consolidata⁸⁸, in cui il Capo dello Stato sottolinea che restano «fermi gli obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, pur se non espressamente richiamati nel testo normativo, e, in particolare, quanto direttamente disposto dall'art. 10 della Costituzione e quanto discende dagli impegni internazionali assunti dall'Italia»⁸⁹.

La vigenza dei citati obblighi consentirebbe, in particolare, di interpretare gli speciali permessi di soggiorno, introdotti dalla novella del 2018, come strumenti volti a soddisfare le esigenze di carattere umanitario risultanti dagli stessi⁹⁰.

Tali strumenti, in quanto attuativi di obblighi costituzionali e internazionali dello Stato, sarebbero stati, pertanto, introdotti dal legislatore a titolo esemplificativo e specificativo⁹¹, costituendo delle fattispecie aperte suscettibili di un'interpretazione costituzionalmente orientata⁹².

L'interpretazione adeguatrice degli speciali permessi di soggiorno consentirebbe, in particolare, all'amministrazione e ai giudici, in sede applicativa, di estendere le tutele anche agli stranieri le cui esigenze umanitarie risultano da obblighi costituzionali e internazionali dello Stato⁹³, nei limiti, tuttavia, del testo, che per alcuni dei nuovi permessi speciali offre, invero, ampi spazi di allargamento.

L'abrogazione della protezione umanitaria *tout court* permetterebbe, infine, secondo la citata dottrina, agli stranieri richiedenti asilo di ottenere un permesso di soggiorno sulla base del diritto d'asilo *ex art. 10.3 Cost.*

Più precisamente, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza

⁸⁸ Per maggiori approfondimenti sulla citata prassi e, in generale, sul potere di persuasione presidenziale, sia consentito il rinvio a C. NEGRI, *La moral suasion del Presidente della Repubblica nella forma di governo italiana*, Torino, 2018.

⁸⁹ Si v. il comunicato del Presidente Mattarella sul decreto sicurezza e immigrazione del 4.10.2018, consultabile in www.quirinale.it.

⁹⁰ M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 17.

⁹¹ Sul carattere specificativo degli speciali permessi di soggiorno per motivi umanitari, si v. la recente sentenza Corte cost. n. 194 del 2019, punto 7.5. del considerato in diritto. Sulla citata sentenza si rinvia per maggiori approfondimenti a quanto sarà detto più avanti nel testo.

⁹² M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 18.

⁹³ *Idem*, 19, spec. 26 ss., il quale, a titolo esemplificativo, si riferisce, in particolare, al permesso di soggiorno umanitario per 'calamità', che sembra comprendere sia eventi naturali, sia eventi prodotti dall'uomo e al permesso di soggiorno per 'protezione speciale' in relazione, in particolare, alle condizioni personali e sociali del richiedente la protezione umanitaria ivi previsti.

di legittimità in precedenza citata, la completa e integrale attuazione del diritto d'asilo nel cd. '*sistema pluralistico di protezione internazionale dello straniero*' precludeva qualsiasi ipotesi di residuale diretta applicazione dell'art. 10.3 Cost.⁹⁴.

Con l'abrogazione della protezione umanitaria nella sua interezza, *ex art.* 5.6 del T.U. sull'immigrazione, ante riforma, che era parte integrante del citato sistema, sembra, pertanto, riaprirsi la strada ad azioni giudiziarie dirette ad accertare la sussistenza del diritto di asilo costituzionale in capo agli stranieri, ai quali non sia effettivamente garantita nel proprio Paese una libertà protetta dalla Costituzione italiana.

Da qui, la possibilità per l'amministrazione e i giudici di impedire l'espulsione dello straniero irregolare presente nel territorio della Repubblica italiana che non rientra nelle fattispecie introdotte dal legislatore, attraverso l'applicazione diretta del diritto d'asilo costituzionale, che consentirebbe di rilasciare un permesso di soggiorno agli stranieri richiedenti asilo⁹⁵.

Secondo l'orientamento della maggioranza della dottrina, che ha trovato conferma nella giurisprudenza di merito e di legittimità, frutto di non sempre univoche vedute e di un travagliato *iter* dei giudici ordinari e amministrativi, il diritto d'asilo costituzionale è, in particolare, configurato come un diritto soggettivo perfetto, di ingresso e soggiorno provvisorio nel territorio della Repubblica⁹⁶, direttamente azionabile davanti al giudice⁹⁷, a prescindere da una legge attuativa.

La diretta applicabilità del diritto d'asilo pone il rischio, tuttavia, di difformi decisioni giurisprudenziali sul punto⁹⁸.

La mancanza, come detto, di una legge che regoli le condizioni in base alle quali garantire il diritto d'asilo ha comportato e potrebbe comportare⁹⁹, in particolare, una difformità di orientamenti giurisprudenziali in relazione alla sua natura giuridica di diritto soggettivo o di interesse legittimo¹⁰⁰.

⁹⁴ Si veda la nota n. 48.

⁹⁵ Si v. M. BENVENUTI, *Il dito e la luna...*, cit., 37 ss., il quale cita, in particolare, l'art. 11.1, lett. a) del D.P.R. n. 394/1999 che dispone il rilascio di un permesso di soggiorno 'per asilo'; C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 3; Parere del Consiglio superiore della magistratura, reso ai sensi dell'art. 10 della legge n. 195/1958, sul d.l. n. 113/2018, del 21.11.2018, 6.

⁹⁶ Su tale contenuto necessario del diritto d'asilo si v.: M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 173 ss.; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 93 ss.

⁹⁷ Su tale natura giuridica del diritto d'asilo, si v. fra gli altri: M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 31 ss., spec. 35-37, e i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi indicati, il quale evidenzia che la pronuncia del giudice ordinario, trattandosi di un diritto soggettivo, ha natura dichiarativa ovvero di mero accertamento e non costitutiva, p. 42; P. ZIOTTI, *Il diritto d'asilo...*, cit., 110; P. BONETTI, *Profili generali e costituzionali del diritto d'asilo...*, cit., 1139-1140. In giurisprudenza, si v. la sentenza della Corte d'appello di Milano del 27.11.1964; sentenza Cass. civ. n. 4674/1997.

⁹⁸ C. PADULA, *Quale sorte per il permesso di soggiorno umanitario...*, cit., par. n. 3; E. XHANARI, T. SPANDRIO, *Brevi considerazioni sui profili problematici...*, cit., 9.

⁹⁹ Si v. sul punto, E. XHANARI, T. SPANDRIO, *Brevi considerazioni sui profili problematici...*, cit., 9.

¹⁰⁰ M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 32 ss.

La (ri)espansione dell'ambito di operatività dell'art. 10.3 Cost. presenta, inoltre, alcune criticità, in relazione alla definizione della condizione giuridica dello straniero richiedente asilo, da un lato e all'individuazione dell'autorità giudiziaria competente e del rito applicabile, dall'altro.

La mancanza di una disciplina legislativa di riferimento sul diritto d'asilo potrebbe, in particolare, comportare una situazione di incertezza sullo *status* dello straniero richiedente asilo, in relazione ai diritti fondamentali ad esso spettanti, la cui conseguenza potrebbe essere un verosimile aumento del contenzioso giurisdizionale e un differimento della loro tutela, a differenza di quanto era previsto per la protezione umanitaria, *ex* art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, ante riforma, ed è previsto per i nuovi casi di permesso di soggiorno per motivi umanitari¹⁰¹.

In relazione, poi, al giudice competente a tutelare in via diretta il diritto di asilo costituzionale, la competenza dovrebbe spettare al tribunale ordinario monocratico, non potendo rientrare tale ipotesi tra quelle che radicano la competenza delle sezioni specializzate in materia di protezione internazionale dello straniero¹⁰².

Le citate sezioni specializzate sono competenti, in particolare, a decidere le controversie relative ai casi di protezione internazionale dello straniero (*status* di rifugiato e protezione sussidiaria) e ai casi specifici di protezione umanitaria introdotti dalla novella del 2018¹⁰³.

La competenza del giudice ordinario a tutelare in via diretta il diritto d'asilo costituzionale pone, anche, dei problemi di ordine processuale, in relazione alla

¹⁰¹ Si v. il parere del Consiglio superiore della magistratura, reso ai sensi dell'art. 10 della legge n. 195/1958, sul d.l. n. 113/2018, del 21.11.2018, 7. Per una disamina dei diritti fondamentali riconosciuti in sede giudiziale con la protezione umanitaria ante riforma, si v. N. ZORZELLA, *La protezione umanitaria...*, cit., 9 ss.

¹⁰² Si v. il parere del Consiglio superiore della magistratura, reso ai sensi dell'art. 10 della legge n. 195/1958, sul d.l. n. 113/2018, del 21.11.2018, 7.

¹⁰³ Si tratta delle ipotesi previste dall'art. 3 del decreto legge del 17.2.2017 n. 13, convertito in legge del 13 aprile 2017 n. 46, così come modificato dal d.l. n. 113 del 2018. La legge n. 46/2017 ha disposto, in particolare, l'istituzione presso i Tribunali, sedi di Corte d'appello, delle sezioni specializzate in materia di protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione europea e modificato il rito applicabile alle cause in materia di protezione internazionale, abrogando il grado di appello avverso i provvedimenti di diniego della protezione internazionale, si v. sul punto, A. FAVI, *La rilevanza dell'appello e dell'audizione nel procedimento di protezione internazionale. Riflessioni a margine della sentenza della Corte di appello di Bari n. 1117/2018*, in *www.questionegiustizia.it*, n. 2/2018. Le citate sezioni sono, in particolare, organi collegiali con competenze specifiche in materia di immigrazione che vengono periodicamente aggiornate. Esse sembrano, pertanto, garantire una maggiore imparzialità di giudizio e professionalità, rispetto al giudice ordinario monocratico.

scelta del rito applicabile, se camerale¹⁰⁴ o sommario di cognizione¹⁰⁵, in mancanza di una norma che disciplini il caso di specie.

Nell'ipotesi, poi, molto probabile e frequente, di domande plurime, presentate dallo straniero in via cumulativa o subordinata, di protezione internazionale (status di rifugiato e protezione sussidiaria) e/o di casi specifici di protezione umanitaria e/o di tutela diretta del diritto d'asilo costituzionale, si pone il problema sia dell'individuazione del giudice competente al riguardo, sia del rito applicabile, vista l'eterogeneità delle richieste¹⁰⁶.

L'adozione di una legge che regoli le condizioni in base alle quali garantire il diritto d'asilo costituzionale si rende necessaria, oltre che per le ragioni evidenziate, anche e soprattutto, per le tendenze restrittive in materia d'asilo a livello europeo, in precedenza evidenziate.

La citata legge potrebbe, in particolare, servire a fissare uno *standard* di tutela nazionale capace di arginare tutele regressive dei diritti umani, che potrebbero essere sancite a livello europeo in nome dell'armonizzazione fra gli Stati membri delle politiche di asilo, consentendo alla Corte costituzionale di attivare i cd. 'controlimiti' al primato del diritto europeo sulle norme interne, al fine di un rafforzamento della tutela dei diritto d'asilo¹⁰⁷.

5. *La conformità dei nuovi casi di protezione umanitaria al principio di ragionevolezza della legge nella sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2019*

La Corte costituzionale potrebbe intervenire, anche, con un giudizio sulla ragionevolezza dei casi specifici di protezione umanitaria introdotti dal d.l. n. 113/2018.

La ragionevolezza, quale *logica dei valori*, dei principi costituzionali in funzione della legittimazione e unificazione del sistema¹⁰⁸, occupa un posto centrale tra i principi costituzionali.

¹⁰⁴ Il rito in camera di consiglio ai sensi dell'art. 3, comma 4 *bis*, del d.l. n. 13/2017, convertito in l. n. 46/2017, come modificato dal d.l. n. 113/2018, si applica, in particolare, alle controversie aventi ad oggetto l'impugnazione dei provvedimenti previsti dall'art. 35 del d.lgs. n. 25/2008, relativi al mancato riconoscimento dello *status* di rifugiato e/o di protezione sussidiaria, e a quelle relative al mancato riconoscimento dei presupposti per la 'protezione speciale' a norma dell'art. 32, comma 3, del citato decreto legislativo.

¹⁰⁵ Il rito sommario di cognizione ai sensi dell'art. 19-*ter* del decreto legislativo del 1.9.2011 n. 150, aggiunto dal d.l. n. 113/2018, si applica, in particolare, alle controversie in materia di diniego o di revoca del permesso di soggiorno per i nuovi casi di protezione umanitaria introdotti dalla novella del 2018.

¹⁰⁶ Si v. il parere del Consiglio superiore della magistratura, reso ai sensi dell'art. 10 della legge n. 195/1958, sul decreto legge n. 113/2018, del 21.11.2018, 7.

¹⁰⁷ Si v. C. FAVILLI, *L'Unione che protegge e l'Unione che respinge...*, cit., par. n. 3.

¹⁰⁸ Si v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Milano, 2005, 365 ss., spec. 374, il quale evidenzia la natura di *meta-valore* della ragionevolezza. Sul criterio di ragionevolezza,

Più precisamente, con il passaggio dal positivismo legalista dello Stato di diritto al *positivismo illuminato* dello Stato costituzionale, attraverso la positivizzazione dei valori nei principi costituzionali e, al contempo, la loro apertura al mondo dei valori, l'unità dell'ordinamento non è più un dato fissato a priori e in maniera statica dalla e nella legge, ma è un compito che investe tutti i pubblici poteri e si realizza a posteriori in maniera dinamica, come obbligo di risultato.

Dall'*unità* del sistema attraverso la legge, insomma, all'*unificazione* del sistema attraverso i principi costituzionali e il loro ragionevole bilanciamento.

Nelle democrazie pluraliste, i principi riconosciuti e garantiti dalla Costituzione si presentano, in particolare, come principi-valori aperti e non assoluti, e come tali, entrano in relazione tra loro per rafforzarsi o ricavare nuovi diritti, ma nella maggioranza dei casi essi entrano in conflitto, in concorrenza fra loro in relazione ad una determinata fattispecie concreta, richiedendo all'interprete l'uso di tecniche di bilanciamento fra gli stessi e del canone della ragionevolezza¹⁰⁹.

Il principio di ragionevolezza, in particolare, non si presta ad una definizione univoca per il suo carattere indefinito e indefinibile e per la sua natura universale e flessibile¹¹⁰.

È possibile, tuttavia, ricondurre le principali manifestazioni positive della ragionevolezza entro le coordinate dell'adeguatezza fra il diritto e il 'fatto', gli interessi, la realtà sociale da un lato, e dell'equilibrato bilanciamento fra tutti i diritti e gli interessi coinvolti nel caso da valutare, dall'altro¹¹¹.

si v. anche, fra gli altri, J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XII, 1997, 341 ss.; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. MORRONE, *Il Custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; G. SCACCIA, *Gli "strumenti" della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enciclopedia del diritto, Aggiornamento*, Milano, 1997, 899 ss. Per un'analisi della ragionevolezza in una prospettiva interdisciplinare, si v., *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto. Atti del seminario di Palermo del 11 febbraio 2002*, a cura di S. PAJNO, G. VERDE, Torino, 2004.

¹⁰⁹ Con il passaggio dallo 'Stato di diritto' allo 'Stato costituzionale' muta il ruolo delle Costituzioni e dell'interpretazione costituzionale. In particolare, alla centralità della legge si sostituisce la centralità della Costituzione e come insieme di valori tradotti giuridicamente in principi che nelle democrazie pluraliste presentano i caratteri sopra citati, si v. per maggiori approfondimenti, fra gli altri, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, 33 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 271 ss., spec. 312; R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, 15 ss., spec. 56 ss.; G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori. Tornare alla Costituzione, in L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. PALAZZO, Napoli, 2001, 231 ss.; M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle Costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. CAZZETTA, G. BRUNELLI, Milano, 2014, 31 ss.

¹¹⁰ Si v., fra gli altri, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 10; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, Conferenza trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Palazzo della Consulta 24-26 ottobre 2013, in www.cortecostituzionale.it, 15.

¹¹¹ Si v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 377, il quale evidenzia la natura relazionale e dinamica del principio di ragionevolezza.

Sulla base di tale coordinate la ragionevolezza opera sia nell'ambito della funzione legislativa¹¹², esecutiva o giurisdizionale¹¹³, sia come parametro di giudizio sulla legittimità degli atti giuridici, legislativi o amministrativi¹¹⁴, nelle ipotesi di sua mancanza o insufficienza nell'esercizio del potere legislativo o amministrativo.

Nella recente sentenza n. 194 del 2019, la Corte costituzionale, seppur incidentalmente¹¹⁵, ha richiamato espressamente il principio di ragionevolezza intrinseca della legge, quale limite alla discrezionalità del legislatore nella disciplina dell'ingresso e del soggiorno dello straniero nel territorio nazionale¹¹⁶.

Nella citata sentenza la Consulta sembra, in particolare, ricondurre la legittimità dei nuovi casi speciali di permesso di soggiorno per motivi umanitari, introdotti dal decreto in esame, alla loro conformità al principio di ragionevolezza della legge *ex art 3 Cost.*¹¹⁷.

Tale principio non trova riscontro nel diritto positivo, ma viene affermato in via giurisprudenziale fin dalle prime decisioni della Corte costituzionale nell'ambito del giudizio di costituzionalità delle leggi¹¹⁸.

Sembra trattarsi di una *vocazione* del controllo di costituzionalità delle leggi¹¹⁹,

¹¹² In tale ambito, si v. L. LORELLO, *Funzione legislativa e principio di ragionevolezza*, in *Alla ricerca del diritto ragionevole. Esperienze giuridiche a confronto...*, cit., 95 ss., che evidenzia la centralità della funzione del Comitato per la legislazione per il rispetto del criterio di ragionevolezza nel procedimento di formazione della legge, 108.

¹¹³ Si v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 899; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 365 ss., il quale ritiene che la ragionevolezza rappresenti l'*architrate del sistema giuridico*, un principio architettonico del sistema che è insito in tutti i poteri pubblici e irradia le loro manifestazioni, sotto il profilo organizzativo e funzionale, 375.

¹¹⁴ L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 53 ss.

¹¹⁵ Sentenza Corte Cost. del 24.7.2019 n. 194, pubblicata in *Gazzetta ufficiale* del 31.7.2019 n. 31, in cui la Consulta si è pronunciata sui ricorsi di alcune Regioni aventi ad oggetto diversi articoli del decreto in esame (artt. 1, 12 e 13 del d.l. n. 113/2018) per violazione indiretta delle competenze regionali *ex art. 127.2 Cost.*, ritenendoli inammissibili per difetto di motivazione, (rispettivamente punti 7.8., 8.5. e 9.2. del considerato in diritto). Sulla citata sentenza, si v. le riflessioni di E. CAVASINO, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo*, in *www.federalismi.it*, *Focus Human Rights*, n. 2/2019.

¹¹⁶ Sentenza Corte Cost. n. 194 del 2019, punto 7.6. del considerato in diritto.

¹¹⁷ Il principio di ragionevolezza della legge sembra avere, in realtà, una portata più ampia del principio di eguaglianza e non si presta, peraltro, ad essere circoscritto entro schemi formali di diritto positivo, si v. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008, 228 ss.; sull'emancipazione del principio di ragionevolezza della legge dal principio di eguaglianza nella giurisprudenza costituzionale e sulla necessità di test di giudizio chiari e predeterminati della ragionevolezza, al fine di una maggiore certezza del diritto, si v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 1 ss., spec. 7.

¹¹⁸ Si v. la rassegna della giurisprudenza costituzionale in *La Corte Costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale. Bilancio di vent'anni di attività*, a cura di N. OCCHIOCUPO, Bologna, 1978, 94 ss.

¹¹⁹ Si v. G. ZAGREBELSKY, *Corte Costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte Costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale...*, cit., 106.

che ha sollevato, in dottrina, non poche perplessità in relazione alla dilatazione dei poteri del giudice costituzionale attraverso la ragionevolezza¹²⁰.

L'espansione dello spazio e del ruolo dell'interprete costituzionale attraverso l'uso di condivisibili, e come detto, talvolta necessari, criteri di bilanciamento degli interessi e test di ragionevolezza dovrebbe essere, in particolare, controllata dalla rivalutazione dei vincoli testuali, in modo da salvaguardare il carattere precettivo della Carta Costituzionale e il suo ruolo di legge superiore¹²¹.

La ragionevolezza intrinseca delle scelte legislative, richiamata dalla sentenza n. 194/2019, riguarda i casi di *manifesta arbitrarietà* del legislatore e, come tutti i giudizi di ragionevolezza, non può che relazionarsi al momento applicativo della legge, in modo da valutare i concreti effetti prodotti o producibili dalla stessa nella realtà sociale¹²².

Nella citata sentenza, la Consulta ha, infatti, affermato che per valutare l'effettiva portata dei nuovi casi speciali di permesso di soggiorno per motivi umanitari bisognerà attendere la prassi applicativa, amministrativa e giurisprudenziale, in relazione alla quale il giudice costituzionale *auspica*¹²³ un'applicazione *costituzionalmente e internazionalmente orientata*¹²⁴.

Talvolta, è proprio sul piano della *ragionevole*, almeno si spera, interpretazione/esecuzione/applicazione del diritto, che possono 'correggersi' eventuali scelte non ragionevoli del legislatore¹²⁵ e/o adeguare la previsione formale e astratta alle esigenze di giustizia, di eguaglianza sostanziale presenti nella società con riguardo ad una determinata fattispecie concreta¹²⁶.

L'applicazione dell'art. 1 del d.l. n. 113/2018 in conformità agli obbli-

¹²⁰ Si v. A. BALDASSARRE, *Corte Costituzionale e principio d'uguaglianza*, in *La Corte Costituzionale fra norma giuridica e realtà sociale...*, cit., 128; nello stesso senso si v. A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte generale: introduzione allo studio dei diritti costituzionali*, Padova, 2003; IDEM, *Metodi interpretativi e costituzionalismo*, in *Quad. cost.*, n. 1/2001, 35 ss.; G. BOGNETTI, *Teorie della Costituzione e diritti giurisprudenziali. Note per una trattazione metodologicamente adeguata della problematica*, in *Associazione italiana costituzionalisti*, Annuario 2002. *Diritto costituzionale e diritto giurisprudenziale*. Atti del XVII Convegno Annuale, Milano, 11-12 ottobre 2002, Padova, 2004, 5 ss.; V. ONIDA, *L'eguaglianza e il principio di non discriminazione, I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, seminari Luiss, 2003. Nel giudizio di ragionevolezza della legge, il confine tra il giudizio di legittimità e il giudizio di merito, talvolta, è così labile da generare la preoccupazione di un'eccessiva politicizzazione della Corte costituzionale, di un'invasione del giudice costituzionale sulle scelte di valore del legislatore.

¹²¹ Si v. G. AZZARITI, *Interpretazione e teoria dei valori. Tornare alla Costituzione*, cit., 240 ss.

¹²² Si v. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 8, la quale parla di "razionalità pratica"; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 95, spec. 369, che parla di "ragione situata".

¹²³ Si v. C. PADULA, *Le decisioni della Corte costituzionale del 2019 sul decreto sicurezza*, in *www.giurcost.it*, n. 2/2019, 383.

¹²⁴ Sentenza Corte Cost. n. 194 del 2019, punto 7.8. del considerato in diritto.

¹²⁵ Si v. sul punto, L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 127.

¹²⁶ Si v. sul punto, F. MAZZARELLA, *Riflessioni sulle radici storiche del principio di ragionevolezza*, in *Alla ricerca del diritto ragionevole...*, cit., 153 ss.

ghi costituzionali e internazionali dello Stato, secondo i giudici costituzionali, potrebbe, in particolare, rivelare che i temuti effetti restrittivi della protezione umanitaria siano contenuti entro margini *costituzionalmente accettabili*. Diversamente, precisa espressamente la Corte, resta impregiudicata la valutazione sui profili di legittimità costituzionale della disposizione in esame adeguatamente argomentati in via incidentale¹²⁷.

In sede di controllo di costituzionalità della legge in via incidentale, la Corte, come noto, affida, *in primis*, ai giudici comuni il tentativo di razionalizzazione del sistema attraverso l'interpretazione adeguatrice, in modo da realizzare *ex post* la coerenza dell'ordinamento giuridico¹²⁸.

A seconda delle esigenze del caso concreto, della effettiva tutela degli interessi in esso emergenti o prevalenti e nei limiti del testo¹²⁹, alcuni giudici potrebbero addivenire ad un'interpretazione conforme dei nuovi casi speciali di protezione umanitaria, altri potrebbero, invece, ritenere *difficile o improbabile*¹³⁰ la citata interpretazione, investendo di conseguenza la Corte costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza della legge *ex art. 3 Cost.*

Il sindacato di ragionevolezza della legge può assumere, come noto, secondo la bipartizione accolta in dottrina, le forme del giudizio di eguaglianza formale *ex art. 3.1 Cost.* e del giudizio di ragionevolezza in "senso stretto o forte" relativo alla coerenza interna o ragionevolezza intrinseca della legge¹³¹.

In relazione al principio di eguaglianza formale, esso implica la comparazione delle situazioni e delle relative discipline legislative alla luce della *ratio legis* ovvero sia dell'interesse tutelato dal legislatore, secondo la nota struttura ternaria, oppure, per quello che qui interessa, l'adeguatezza dell'ambito di applicazione della legge alla sua *ratio*¹³².

Con l'istituto della protezione umanitaria, sia nella sua versione generale che speciale, l'interesse tutelato dal legislatore è, in particolare, la tutela dei diritti umani *ex art. 2 Cost.*

Se tale è la *ratio legis*, la previsione di casi speciali, in base ai quali è possibile rilasciare un permesso di soggiorno per motivi umanitari, potrebbe essere irra-

¹²⁷ Sentenza Corte Cost. n. 194 del 2019, punto 7.8. del considerato in diritto.

¹²⁸ Sulla natura di *meta-criterio* dell'interpretazione conforme, si v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 106 ss., spec. 111; A. RAUTI, *Interpretazione adeguatrice e ragionevolezza: la prospettiva dei giudici «comuni»*, in *Interpretazione conforme e tecniche argomentative. Atti del convegno di Milano del 6-7 giugno 2008*, a cura di M. D'AMICO, B. RANDAZZO, Torino, 2009, 57.

¹²⁹ G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, cit., 124 ss.

¹³⁰ Si v. sul punto, M. RUOTOLO, *Quando il giudice deve "fare da sé"*, in *Questione giustizia*, 2018, par. 3.2. b), il quale cita alcune recenti sentenze della Corte Costituzionale, in particolare, la sentenza n. 42 del 2017.

¹³¹ Si v. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, cit., 906 ss.; L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 41 ss.

¹³² Si v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 53 ss.

gionevole se escludesse dal citato permesso coloro che, pur trovandosi in una simile situazione di illibertà e/o di vulnerabilità, non rientrano nei casi specifici indicati dal legislatore, in quanto sarebbe una legge sotto-inclusiva.

La disciplina della protezione umanitaria quale strumento, come detto, prevalente di attuazione del diritto d'asilo costituzionale dovrebbe essere, peraltro, considerata "costituzionalmente obbligatoria", in quanto funzionale a rendere effettivi i diritti fondamentali della persona, e come tale, modificabile, senza tuttavia arretramenti delle tutele, che potrebbero derivare dall'abrogazione del carattere generale della stessa¹³³.

Il giudizio di ragionevolezza della legge 'in senso stretto' attiene, invece, alla idoneità della legge, in quanto tale, a realizzare concretamente lo scopo, la *ratio* per cui è stata introdotta¹³⁴ ovvero sia di garantire un'effettiva tutela degli interessi giuridicamente rilevanti.

Tale sindacato può assumere anche la forma dell'equilibrato bilanciamento fra tutti gli interessi e i principi coinvolti nel caso concreto.

In particolare, nell'ipotesi di *concreta* pericolosità sociale del migrante richiedente la protezione umanitaria si pone la necessità di un bilanciamento fra la tutela del diritto d'asilo (art. 10.3 Cost.), e dei diritti individuali, in genere (art. 2 Cost.), e l'interesse alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico, che investendo la dignità umana è soggetto ad un *rigoroso* scrutinio di ragionevolezza¹³⁵.

Al riguardo, si segnala la recente sentenza della Corte di giustizia europea che, in relazione allo *status* di rifugiato, sembra risolvere il citato bilanciamento a favore della valorizzazione dei diritti umani, obbligando gli Stati membri dell'Unione europea a garantire i diritti derivanti dal riconoscimento della protezione internazionale dello straniero anche in presenza di una condanna per reati di particolare gravità del richiedente la protezione¹³⁶.

¹³³ Si v. il ricorso della regione Toscana per questioni di legittimità costituzionale n. 17 del 2019, notificato il 31 gennaio-4 febbraio 2019 e depositato il 6 febbraio 2019, pubblicato in *Gazzetta ufficiale* n. 13 del 27.3.2019, punto 1.5.

¹³⁴ Si v. L. D'ANDREA, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, cit., 91 ss.

¹³⁵ Si v. la sentenza Corte Cost. n. 194 del 2019 che richiama a tal fine la sentenza n. 172/2012, in precedenza citata (v. nota n. 32), punto 7.6. del considerato in diritto. In dottrina si v. E. CAVASINO, *Competenze e limiti alla discrezionalità legislativa sul diritto d'asilo*, cit., 52-53, che evidenzia, tra gli altri, la complementarietà della sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2019 con la, quasi coeva, sentenza della Corte di Giustizia europea, Grande sezione, del 14 maggio 2019.

¹³⁶ Sentenza della Corte di Giustizia europea, Grande sezione, del 14 maggio 2019, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, che vieta il respingimento, l'espulsione e l'extradizione dello straniero richiedente la protezione internazionale, qualora nel Paese d'origine possa essere sottoposto a tortura o pene e trattamenti disumani e degradanti, anche in presenza delle ipotesi previste dall'art. 14, par. 4 e 5 della Direttiva UE/2011/95 che riguardano, in particolare, i casi in cui lo straniero costituisca un pericolo per la sicurezza dello Stato membro in cui si trova o sia stato condannato con sentenza passata in giudicato per reati di particolare gravità. Nello stesso senso si v. la recente Sentenza Cass. penale, sez. III, n. 19662/2019. Sulla stessa linea della prevalenza e

La Consulta, investita della questione, potrebbe pronunciarsi con una sentenza interpretativa di rigetto, ritenendo non manifestamente irragionevole la disciplina degli speciali permessi di soggiorno per motivi umanitari e suggerendo al giudice comune l'interpretazione adeguatrice della norma impugnata nel caso di specie¹³⁷.

L'esito del giudizio sulla ragionevolezza dei nuovi casi speciali di permesso di soggiorno potrebbe concludersi anche con una sentenza di accoglimento *tout court* per incongruità fra fini e mezzi o con una sentenza additiva di accoglimento, che consentirebbe al giudice delle leggi di estendere le tutele a coloro che, pur trovandosi in una similare situazione di illibertà e/o di vulnerabilità, non rientrano nei casi specifici indicati dal legislatore.

6. *A mo' di conclusione*

Nell'attesa della risoluzione delle questioni giuridiche poste e dei loro esiti, gli effetti che il decreto in esame ha prodotto nel presente, anticipati sul piano amministrativo da alcune direttive e circolari ministeriali, ci mostrano la drammatica realtà che è quella di un aumento dei migranti irregolari presenti nel territorio italiano¹³⁸, con conseguenze di non poco conto in termini di ordine pubblico e sicurezza.

L'intento del legislatore di ridurre i flussi migratori, attraverso una politica restrittiva dei casi di ammissione alla protezione umanitaria e internazionale dello straniero, mal si concilia, in particolare, con le finalità di ordine pubblico e sicurezza, a cui il decreto legge n. 113/2018 nel suo complesso si ispira, e sembra diretto, invece, a dubbie politiche protezioniste dei cittadini italiani e, soprattutto, discriminatorie tra cittadini italiani e stranieri e fra stranieri.

L'ulteriore intento del legislatore di limitare l'inclusione sociale degli stranieri, non tiene, peraltro, conto della reale situazione in cui versa il nostro Paese,

valorizzazione della tutela dei diritti umani si collocano, inoltre, le recenti decisioni del *Conseil Constitutionnel* francese n. 717/718/770 del 2018, che hanno elevato il principio di fratellanza a valore costituzionale, consentendo la depenalizzazione del cd. 'delitto di solidarietà' ovvero il reato di aiuto all'entrata, circolazione e soggiorno irregolare di uno straniero, limitatamente alla previsione della scriminante dell'aiuto al soggiorno e alla circolazione di stranieri entrati irregolarmente nel territorio francese, si v. sul punto, M. GIACOMINI, *Il diritto d'asilo al bivio fra il delitto di solidarietà e il principio di fratellanza*, in www.associazionedeiconstituzionalisti.it, Osservatorio AIC, n. 1-2/2019.

¹³⁷ Si v. G. SORRENTI, *La (parziale) riconversione delle "questioni di interpretazione" in questioni di legittimità costituzionale*, in www.giurcost.it, n. 2/2016, la quale evidenzia il passaggio dall'ordinanza di inammissibilità della questione, per il mancato esperimento da parte del giudice dell'interpretazione conforme a Costituzione, alle sentenze interpretative di rigetto in cui la Corte entra nel merito della questione, suggerendo al giudice l'interpretazione conforme.

¹³⁸ Si veda sul punto, N. ZORZELLA, *Il disordine sociale...*, cit.

che si caratterizza, come noto, per la bassa natalità, per la presenza di una popolazione sempre più anziana e per la scarsa propensione dei cittadini italiani a svolgere determinate prestazioni di lavoro che non richiedono specializzazioni, principalmente nel settore agricolo, manifatturiero, sociale e turistico, di cui le imprese e le famiglie italiane hanno e avranno sempre più bisogno.

Il Governo ha completato, infine, il suo disegno di riduzione dei flussi migratori con la recente entrata in vigore della legge di conversione del 8.8.2019, n. 77 del decreto legge del 14.6.2019, n. 53, cd. 'decreto sicurezza *bis*'¹³⁹, che rende più difficoltoso l'ingresso dei migranti nel territorio italiano.

Il citato provvedimento d'urgenza, cui è possibile solo accennare in questa sede, come sostenuto da un'autorevole dottrina, incide direttamente sui profili di ordine competenziale e procedimentale, oltre a prevedere sanzioni amministrative palesemente sproporzionate per eccesso rispetto alla gravità dell'illecito, che la Corte costituzionale ha già censurato, seppure in relazione ad una questione diversa da quella trattata dal citato decreto¹⁴⁰.

Le disposizioni per il contrasto dell'immigrazione illegale contenute nel decreto legge n. 53/2019 sembrano, inoltre, incidere indirettamente sul rispetto dei diritti umani riconosciuti a livello costituzionale, internazionale e europeo e, in particolare, sul diritto d'asilo costituzionale¹⁴¹.

In conclusione, in un mondo ormai globalizzato, l'incertezza del diritto, da un lato, l'inerzia, la miopia e l'incapacità del legislatore, nazionale e europeo, ad affrontare il fenomeno dell'immigrazione in maniera strutturale e non emergenziale dall'altro, non possono non avere dei riflessi sulla certezza dei diritti.

¹³⁹ Legge del 8 agosto 2019 n. 77, pubblicata in Gazzetta ufficiale del 9.8.2019 n. 186, di conversione del Decreto legge del 14 giugno 2019 n. 53, recante "Disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica", pubblicato in Gazzetta ufficiale del 14.6.2019 n. 138 ed entrato in vigore il 15.6.2019.

¹⁴⁰ Si v. M. BENVENUTI, *Audizione resa il 30 luglio 2019 innanzi all'Ufficio di Presidenza della Commissione 1^a (Affari costituzionali) del Senato della Repubblica nell'ambito dell'esame del disegno di legge recante "Conversione in legge del decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53, recante disposizioni urgenti in materia di ordine e sicurezza pubblica"*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, Osservatorio costituzionale, n. 5/2019, 2 ss., spec. 6-7, il quale cita, in relazione alla sproporzione della sanzione amministrativa, la sentenza Corte cost. n. 112/2019.

¹⁴¹ Il sistema pluralistico di protezione internazionale dello straniero, che comprendeva, come detto, la protezione per motivi umanitari ex art. 5.6 del T.U. sull'immigrazione, ante riforma, lo status di rifugiato e la protezione sussidiaria, non sembra rendere effettive tutte le potenzialità che dalla norma costituzionale sul diritto d'asilo sembrano derivare, in quanto le citate forme di protezione umanitaria presuppongono la presenza dello straniero nel territorio nazionale. Il diritto d'asilo costituzionale sembra avere, invece, una portata anche extraterritoriale, consentendo al richiedente asilo di formulare la relativa domanda al di fuori dei confini nazionali (Paese estero, aeromobili, navi, ecc...) e di avere il diritto di ingresso nel territorio italiano, con conseguente obbligo delle autorità pubbliche di predisporre tutti i mezzi necessari per farvi fronte, si v. sul punto, M. BENVENUTI, *Il diritto d'asilo nell'ordinamento costituzionale italiano...*, cit., 125 ss., il quale cita la sentenza del Tribunale di Roma del 1999 sul noto caso Ocalan. Contra, F. RESCIGNO, *Il diritto d'asilo tra previsione costituzionale, spinta europea e «vuoto» normativo*, in *Politica del diritto*, n. 1/2004, 155.

Abstract

The repeal of humanitarian protection in law 132/2018 and the constitutional right to asylum

by Carla Negri

The article analyzes the humanitarian protection news contained in the law 132/2018. The changes introduced pose some interpretive problems on the temporal effects of the repeal of humanitarian protection and their impact on the right to asylum under article 10.3 of the Italian Constitution. The paper focuses, in particular, on the relationship between humanitarian protection and the right to asylum, highlighting the need for the intervention of the Italian Constitutional Court, in order to participate in the construction of a common European right of asylum.

Parole chiave: Protezione umanitaria; Diritti umani; Diritto di asilo.

Keywords: Humanitarian protection; Human rights; Right to asylum.

La procedura di riequilibrio finanziario pluriennale dell'ente comunale ed il problema della 'coperta troppo corta': tra "costituzionalizzazione" della crisi da indebitamento ed inadeguatezza del nuovo modello di amministrazione "contabile"

di Francesco Siciliano

SOMMARIO: 1. Premessa. La "costituzionalizzazione" della crisi economica ed il modello di pubblica amministrazione "contabile": la fallacia della postulazione giuridica dell'equilibrio di bilancio. – 2. L'ambito di applicazione del modello di amministrazione contabile nella dimensione comunale: il *rebus* della 'coperta troppo corta'. – 3. Il complesso contesto normativo e le spinte antitetiche alla base del suo accelerato dinamismo: a) la spinta esogena europeista sul sistema contabile comunale e l'effetto di valorizzazione del controllo esterno sull'osservanza dei parametri euro-unitari. – 4. (segue): b) l'elasticizzazione del principio di equilibrio di bilancio, la procedura di riequilibrio finanziario pluriennale e la contropinta endogena governativa sul sistema contabile comunale. – 5. (segue): le componenti "sottotraccia" della contropinta interna dopo l'introduzione della procedura di riequilibrio. Il sistema della deroga a formazione progressiva. – 6. Le conseguenze della tensione antagonistica delle due spinte normative sull'equilibrio di bilancio e sulla stabilità dell'ordinamento interno. – 7. Conclusioni.

1. *Premessa. La "costituzionalizzazione" della crisi economica ed il modello di pubblica amministrazione "contabile": la fallacia della postulazione giuridica dell'equilibrio di bilancio*

Le ultime due riforme della Carta fondamentale (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3 e l. cost. 20 aprile 2012, n. 1) indicano chiaramente che la preservazione della piattaforma identitaria dello Stato-ordinamento non può prescindere, oggi, dalla rimodulazione dell'architrave amministrativa, notoriamente costituita dalla doverosa (e costituzionalmente presidiata) tensione verso la legalità, l'imparzialità ed il buon andamento.

La crescente attenzione verso la formalizzazione dei principi governanti la pubblica amministrazione – da ultimo rivelata dalla copertura costituzionale della sussidiarietà e dell'equilibrio di bilancio (artt. 81, 97 e Titolo V, Cost.¹) – consegna all'interprete un messaggio preciso.

Non si tratta, infatti, come pure potrebbe sembrare a primo acchito, di aggiungere, ma di rinnovare (o, meglio, di volere proclamare la rinnovazione de) i principi di legalità e buon andamento (e di riflesso anche l'imparzialità), tribu-

¹ A livello di legislazione ordinaria, v. modifiche apportate all'art. 1, l. 7 agosto 1990, n. 241 dalle ll. nn. 11 febbraio 2005, n. 15, 18 giugno 2009, n. 69, 6 novembre 2012, n. 190, nonché il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e s.m.i.

tando primaria (*recte*, preliminare) attenzione alla loro dimensione “finanziaria”, in ragione della quale essi devono tradursi, prima di tutto, in conformità alla regola contabile.

Non è casuale l’inclusione, nel 2012, dell’“armonizzazione dei bilanci pubblici”², tra le materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e), Cost.), che tende naturalmente ad intrecciarsi sia con quella con dell’“ordinamento e organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali” (art. 117, comma 2, lett. g), Cost.) sia con quella della ‘determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale’ (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.)³.

Essa, piuttosto, traduce l’ansia istituzionale di manifestare la centralizzazione del tema della “pregiudizialità” del parametro finanziario-contabile rispetto a quello strettamente giuridico di valutazione dell’organigramma e dell’azione della pubblica amministrazione.

A caratteri cubitali, sta, oggi, scritto che l’illegittimità (formale e sostanziale) nel settore di nostro interesse non è nozione *soltanto* giuridica, ma *prima* (e non più solo ‘anche’) “algebrica”⁴.

Con la riforma degli artt. 81 e 97⁵ Cost., il suddetto parametro acquista valenza ai fini del sindacato di costituzionalità ed apre uno ‘spazio per delle

² Inserita tra ‘sistema tributario e contabile dello Stato’ e ‘perequazione delle risorse finanziarie’. La precedente riforma costituzionale del 2001 aveva, invece, introdotto la materia nell’area della competenza concorrente.

³ Al (forse non adeguatamente calcolato) prezzo, tuttavia, di comprimere anche il principio di autonomia. È stato, in proposito, autorevolmente registrato l’avallo della giurisprudenza costituzionale all’espansione legislativa statale, facendosi leva ora sul ‘principio del coordinamento della finanza statale con quella degli enti territoriali minori’; ora sulla ‘innaturale dilatazione degli ambiti materiali di competenza dello Stato a danno di quelli demandati alla cura delle Regioni’; ora sulla ‘capacità di penetrazione riconosciuta alle norme statali poste a limite dell’autonomia’. Così, A. RUGGERI, *Crisi economica e crisi della Costituzione*, in www.giurcost.org, p. 6 ss., richiamando M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, n. 3/2013, e S. STAIANO, *Le autonomie locali in tempi di recessione: emergenza e lacerazione del sistema*, in www.federalismi.it, 17/2012.

⁴ In questa direzione, non riveste particolare importanza qualificare l’equilibrio di bilancio come principio autonomo ontologicamente separabile dalla legalità e dal buon andamento (e, quindi, dall’imparzialità), oppure come criterio(-parametro) di questi ultimi, alla stessa stregua dell’adeguatezza e della differenziazione per la sussidiarietà (basati anche su canoni economico-finanziari).

⁵ L’inestricabile legame funzionale tra numeri e diritto è perfettamente sintetizzato dal nuovo art. 97 Cost. che, inserendo, al primo comma, il binomio equilibrio di bilancio-sostenibilità del debito pubblico, ha fatto significativamente “scalare” al secondo comma il riferimento testuale a legalità, buon andamento, ed imparzialità, quasi a rappresentare graficamente il rapporto di presupposizione tra il primo ed i secondi.

conseguenze giuridiche sugli atti e sulle omissioni degli Stati⁶, ben più marcato rispetto alle precedenti alternative ipotizzabili⁷.

Si profila, così, il modello di un'amministrazione "contabile", che, nel suo bagaglio cromosomico, deve contenere non solo il tendenziale equilibrio tra entrate e spese (concetto, invero, non nuovo), ma anche l'idoneità a garantire tale equilibrio nel medio-lungo termine.

È noto che la concessione della ribalta costituzionale alla dimensione finanziaria del diritto amministrativo è stata condizionata in maniera determinante dalla scia tracciata dall'Unione Europea, per fronteggiare la gravissima crisi economica, recrudescente dal 2011 ed ancora in atto⁸.

Come frequentemente accade, il segno tangibile della condivisione (politica) del comune intento è dato, a livello interno, dal pronto varo di una riforma giuridica di "formalizzazione" del principio europeo e, con esso, dell'urgenza della sua osservanza⁹.

È altrettanto noto che la riforma del 2012 ha subito sollevato un acceso dibattito nella dottrina costituzionalistica, sulla sua stessa necessità, opportunità e/o innovatività, di cui sarebbe impossibile e poco proficuo riportare gli argomenti favorevoli e contrari¹⁰.

Qui può solo prendersi spunto dall'autorevole auspicio della certossina applicazione del criterio di ragionevolezza – delicatissimo punto di equilibrio del sistema di valori¹¹ custodito dalla Costituzione – quale indispensabile strumento

⁶ M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio*, cit., p. 30.

⁷ Che M. LUCIANI, *op. ult. cit.*, p. 30, individua, ad esempio, nella dichiarazione di incostituzionalità della legge italiana, in caso di contrasto con il *Fiscal compact*, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., o nella disapplicazione da parte del giudice nazionale.

⁸ Sui cui, v. *infra*.

⁹ Nel caso italiano, l'opzione di intaccare il tessuto costituzionale ha una carica di suggestività piuttosto marcata.

¹⁰ I contributi in diritto costituzionale sono sterminati. Si richiamano, senza pretesa di esautività, oltre M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio*, cit., F. BILANCIA, *Note critiche sul cd. "pareggio di bilancio"*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2012; A. BRANCASI, *L'introduzione del cd. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2012; D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al cd. "pareggio di bilancio"*, in *www.rivistaaic.it*, 2, 2012; I. CIOLLI, *Crisi economica e vincoli di bilancio*, in *www.gruppodipisa.it*, 2012; E. C. RAFFIOTTA, *Il governo multilivello dell'economia. Studio sulle trasformazioni dello Stato costituzionale in Europa*, Bologna, 2013; ID., *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013; G. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione tra livello europeo e interno*, in *www.cortecostituzionale.it*, 2013; A. BRANCASI, *Bilancio (equilibrio di) (ad vocem)*, in *Enc. dir., Ann.*, VII, Milano, 2014, p. 167 ss.; D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *www.rivistaaic.it*, 3/2014; A. MORRONE, *Crisi economica e diritti. Appunti per lo Stato costituzionale in Europa*, in *Quad. cost.*, 1/2014, p. 99 ss.; anche T. F. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quad. cost.*, 1/2014, p. 51 ss.

¹¹ Alla cui ottimizzazione è votata la loro necessaria sintesi in nome del minor sacrificio possibile. Cfr. A. RUGGERI, *L'identità costituzionale alla prova: i principi fondamentali tra revisioni costituzionali*

per neutralizzare il paventato pericolo della tirannia assoluta della priorità finanziaria¹², nell'area della legalità amministrativa¹³.

Neanche tale prospettiva, però, scongiura definitivamente la persistenza di un *punctum dolens*, che è, allo stesso tempo, l'elemento di singolarità del tema trattato.

Nel momento in cui, infatti, dal profilo teorico si passa a quello applicativo, emerge più di una peculiarità meritevole di attenta riflessione.

Infatti, il tema del ragionevole bilanciamento con gli altri valori costituzionali è complicato dal fatto che quello finanziario "attacca alle spalle", come fattore antagonistico, quello stesso bene, interesse, diritto costituzionalmente protetto, di cui, fino a quel punto, aveva costituito, invece, il mezzo di sostentamento.

polisemiche e interpretazioni-applicazioni 'ragionevoli', in *Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti. Studi degli anni 1992/1995*, a cura di ID., Torino, 1996, p. 256.

¹² Non può che rinvirsi alle notazioni metodologiche di A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come "sistema" (notazioni di metodo)*, in *Consulta online*, 2015, 2, p. 538 ss. Particolarmente calzante al nostro tema, l'avvertenza (*op. cit.*, 540) sulla motilità della ragionevolezza, in grado di rendere pericolosamente duttile la medesima idea di Costituzione, così da rivelarsi '... uno strumento multiuso, idoneo a tradursi in plurime combinazioni di ordine assiologico, secondo occasionali convenienze. Ricercare un minimo di obiettività nelle concrete applicazioni di quest'idea appare un'impresa pressoché disperata; eppure a questo sforzo non possiamo (e dobbiamo) sottrarci, altrimenti sarebbe come ammettere che la giurisprudenza *si serva* della Costituzione e dei suoi valori, piegandoli alle decisioni che di volta in volta intende adottare, anziché *servirli*, come dev'essere e come, ad onor del vero, molte (ma, appunto, non sempre) è'. Cfr. pure, ID., *Pluralismo assiologico, pluralismo istituzionale, integrazione di sistemi*, in www.dirittifondamentali.it, 2015; ID., *Principio di ragionevolezza e specificità dell'interpretazione costituzionale*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2002.

¹³ Lo sforzo di contenimento della 'forza espansiva principio di equilibrio di bilancio' (Corte cost. 21 giugno 2016, n. 184, in giurcost.org) è plasticamente rappresentato in Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in cortecostituzionale.it, la quale ha dichiarato incostituzionale una normativa abruzzese, avente ad oggetto la modalità (aleatoria, in quanto generatrice di incertezza sull'*an* e sul *quantum*) di determinazione ed erogazione del contributo regionale per la gestione del servizio di trasporto scolastico e di assistenza della persona disabile. Il punto paradigmatico del ragionamento ivi contenuto è l'aggancio al tema dell'incomprimibilità del diritto fondamentale. Infatti, la Consulta, includendo il diritto all'istruzione del disabile nella categoria del diritto fondamentale (ex art. 38 Cost.), ha, conseguentemente, richiamato e tenuto fermo il proprio indirizzo (sent. n. 80/2010) sull'invalidità legislativa del 'nucleo indefettibile di garanzie' (nel cui ambito, nel caso di specie, è stato inserito il servizio di trasporto *de quo*) a presidio del diritto fondamentale medesimo; per poter precisare, con riferimento all'art. 81 Cost., che: '11. (...) A parte il fatto che, una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all'educazione di alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali, è di tutta evidenza che la pretesa violazione dell'art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio, sia con riguardo alla Regione che alla Provincia cofinanziatrice. È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione'. Sul rifiuto di una lettura meramente tecnica della decisione in materia finanziaria e sulla continuità esegetica dell'approccio costituzionalmente orientato anche dopo la riforma del 2012, A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in federalismi.it, n. 10/2017.

Il punto non è di poco momento, se si considera che la novella del 2012, oltre al principio di equilibrio di bilancio della pubblica amministrazione, pare abbia, quasi inavvertitamente, costituzionalizzato anche la sottostante crisi economica.

Più che l'eccezionalità e l'urgenza proprie dell'emergenzialità – a cui di solito sono deputate altre fonti – essa sembra rispecchiare il suo “normalizzarsi” per epocalità, portata e continuità, così da essere sussunta (come fatto “sociale”) addirittura nell'orbita costituzionale.

In questa prospettiva, il percorso della pubblica amministrazione verso l'equilibrio di bilancio parte necessariamente in salita, a causa della penuria finanziaria, connessa circolarmente alla crisi medesima. Ciò evidenzia, in un certo senso, la fallacia della semplice postulazione giuridica del suddetto principio, poiché, esso, proiettandosi – come legge impone – nell'avvenire, non tiene conto (o lo fa in maniera ingenua) della gigantesca mole di indebitamento¹⁴ affliggente gli enti pubblici nazionali e, in particolare, quelli locali.

Come è stato mirabilmente sintetizzato, l'aridità contabile stressa¹⁵ i diritti previsti in Costituzione, i quali, com'è ovvio, hanno un costo di tutela e di attuazione¹⁶.

Conseguentemente, si impone il confronto/scontro (a seconda dei casi) della persona giuridica pubblica e del suo utente, sul campo della garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lett. m), Cost.¹⁷.

Su tale piano, l'istanza primaria di ripianamento dei debiti ed il divieto tendenziale¹⁸ di ulteriore indebitamento per la spesa corrente generano una sorta di

¹⁴ Che è stato lo strumento ordinario per camuffare ed aggravare nel tempo la recessione.

¹⁵ A. RUGGERI, *Crisi economica e diritti sociali sotto stress: il punto su una ricerca*, in *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di S. GAMBINO, Torino, 2015, p. 829 ss.; S. GAMBINO, *Crisi economica e diritti sociali con particolare riguardo al diritto alla salute, all'assistenza sociale ed all'istruzione*, in *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di Id., Torino, 2015, p. 45 ss.; W. NOCITO, *Diritti costituzionali e crisi finanziaria: la rigidità costituzionale alla prova*, in *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, a cura di S. GAMBINO, Torino, 2015, p. 145 ss.; C. SALAZAR, *Diritti sociali nel “gioco delle tre carte”*, in *La Carta dei Diritti dell'Unione Europea e le altre Carte (ascendenze culturali e mutue implicazioni)*, a cura di L. D'ANDREA, G. MOSCHELLA, A. RUGGERI, A. SAITTA, Torino, 2016, p. 225 ss.

¹⁶ Che ha precipuo sviluppo attuativo nella dimensione organizzativa e funzionale anche di tipo prestazionale degli enti pubblici.

¹⁷ A. RUGGERI, *Per uno studio*, cit., p. 538. Tale fattore di conflittualità è palesato, come si diceva, dalla riserva legislativa statale sull'obiettivo di armonizzazione dei bilanci pubblici, introdotta alla lett. e) del medesimo disposto costituzionale, dalla novella del 2012.

¹⁸ Non deve trascurarsi il dato positivo dell'art. 81, comma 1, Cost., nella parte in cui “relativizza” il concetto di equilibrio di bilancio, imponendo di tenere in doverosa considerazione le fasi avverse e quelle favorevoli del ciclo economico. In tale prospettiva, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio*, cit., p. 42, ritiene che “le ipotesi di indebitamento consentito sono due: quella legata allo scopo di “considerare gli effetti del ciclo economico” e quella di far fronte “al verificarsi di eventi eccezionali” e che possano essere anche disgiunte.

presunzione di ordinaria indisponibilità (totale o parziale) delle risorse “normalmente” necessarie alla soddisfazione del diritto medesimo.

E la considerazione della crisi come ‘evento normale’ forza pericolosamente la soglia di sacrificabilità dei valori costituzionali, spostando il tiro dall’obiettivo del più alto livello possibile di “rendimento” delle funzioni e dei servizi amministrativi a quello minimo sufficiente¹⁹.

¹⁹ Il nodo problematico, di impossibile risoluzione in via universale ed astratta, sta proprio nella determinazione della soglia minima *sufficiente* del livello di prestazione, al di sotto della quale il risparmio della spesa pubblica si trasforma in disvalore, per il pregiudizio che può arrecare alla stessa esistenza libera e dignitosa della persona.

In tale prospettiva, a presidio della dignità umana, non resta che aggrapparsi ad un’idea di ragionevolezza ‘storicizzata’ e ‘mutevole’, che almeno compensi l’abbassamento di un livello essenziale per un diritto, con l’innalzamento riguardante altro o altri diritti (e più in genere, beni della vita costituzionalmente protetti) e comunque, non comporti il complessivo degrado della persona, lo smarrimento del suo vivere in modo libero e dignitoso’ (A. RUGGERI, *Per uno studio*, cit., pp. 540-541). Il suddetto parametro, anche nei termini appena descritti, espone, però, il suddetto tipo di bilanciamento a diverse possibili interpretazioni da parte della Corte Costituzionale medesima, come in effetti è accaduto (ad esempio, Corte cost., 11 febbraio 2015, n. 10, in *Giur. Cost.*, 2, 585, la quale, nel dichiarare l’illegittimità costituzionale dell’art. 81, commi 16, 17 e 18, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in l. ex art. 1, comma 1, legge 6 agosto 2008, n. 133 – norma regolatrice dell’IRES – con decorrenza dal giorno della pubblicazione della sentenza, ha temperato il principio di irretroattività, applicando quello di proporzionalità che postula la compressione degli effetti retroattivi a quanto strettamente necessario per il contemperamento degli interessi in gioco; cfr. pure Corte cost., 30 aprile 2015, n. 70, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 3, II, 826, per cui generiche esigenze di bilancio non sono sufficienti a legittimare interventi sperequativi sul diritto alla pensione), creando incertezze sulla Costituzione come sistema, sulla graduazione dei valori costituzionali, sulla stessa funzione giurisdizionale della Consulta, su cui è impossibile qui soffermarsi. Basta il rinvio, sul punto, a A. RUGGERI, *Per uno studio*, cit., spec. p. 545 ss., il quale rileva, peraltro, (op. cit., p. 546) l’esistenza di ‘un parametro occulto, sullo sfondo che poi sta a base della stessa modifica apportata all’art. 81 e che è dato dall’osservanza dei vincoli discendenti dall’Unione Europea, vincoli fattisi col tempo viepiù stringenti, alla cui osservanza – piaccia o no – a quanto pare si ritiene di non potersi sottrarre’. Per osservazioni di più ampio respiro, A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in www.osservatorioaic.it, 1/2018.

La giurisprudenza costituzionale è ovviamente copiosa sul tema dei diritti fondamentali. A titolo meramente esemplificativo, Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264, in *Riv. dir. internaz.*, 2013, 2, p. 616, ha precisato che: ‘4.1. Nella giurisprudenza costituzionale si è, inoltre, reiteratamente affermato che, con riferimento ad un diritto fondamentale, il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall’ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa; con riferimento all’art. 32 Cost., cfr. Corte cost. 9 maggio 2013, n. 85, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2013, 5, p. 1152: ‘Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri. La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro» (sentenza n. 264 del 2012). Se così non fosse, si verificherebbe l’illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro

2. *L'ambito di applicazione del modello di amministrazione contabile nella dimensione comunale: il rebus della 'coperta troppo corta'*

L'acclarata insufficienza delle risorse finanziarie a soddisfare – allo stato, in maniera adeguata – esigenze collettive anche primarie trasmette la sensazione di trovarsi di fronte alla classica 'coperta troppo corta'.

Per quanto e come la si tiri, la non fallibilità (in senso stretto) dell'ente pubblico genera evidentemente un cortocircuito; e proprio la simultaneità della "costituzionalizzazione" sia dell'equilibrio di bilancio sia della crisi economica segnala che si tratta di una questione strutturale.

Ciò induce a considerare – avuto riguardo alla dimensione strettamente amministrativa del fenomeno – che il livello applicativo e gestionale costituisce la sede elettiva per riscontrare eventuali distonie giuridiche di rilievo, dipendenti dall'inadeguatezza delle risorse pubbliche e dalla percezione della sua gravità²⁰.

Il varco verso tale specifico angolo prospettico scaturisce dall'introduzione – con la novella costituzionale del 2012 – per tutte le pubbliche amministrazioni, di un implicito obbligo di motivazione delle decisioni di spesa e della politica di bilancio²¹ (oggetto di sindacato costituzionale), che proietta in primo piano la verifica dell'adempimento dell'obbligo di rendiconto pubblico, tramite operazioni di bilancio trasparenti²².

insieme, espressione della dignità della persona'; in materia di pubblico impiego, Corte cost., 23 luglio 2015, n.178, in *Giur. cost.*, 2015, 4, p. 1348: '10.3. – Tale valutazione si incentra sul contemperamento dei diritti, tutelati dagli artt. 36, primo comma, e 39, primo comma, Cost., con «l'interesse collettivo al contenimento della spesa pubblica», che deve essere adeguatamente ponderato «in un contesto di progressivo deterioramento degli equilibri della finanza pubblica» (sentenza n. 361 del 1996, punto 3. del Considerato in diritto).

Si tratta di misure oggi più stringenti, in séguito all'introduzione nella Carta fondamentale dell'obbligo di pareggio di bilancio (art. 81, primo comma, Cost., come sostituito dall'art. 1 della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1, recante «Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale»).

Il sistema della contrattazione collettiva nel lavoro pubblico, inteso nella sua interezza, contempla la pianificazione degli oneri connessi al suo svolgersi nel tempo, secondo un modello dinamico, «in coerenza con i parametri previsti dagli strumenti di programmazione e di bilancio di cui all'articolo 1-bis della legge 5 agosto 1978, n. 468, e successive modificazioni e integrazioni» (art. 48, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001)²⁰.

²⁰ Profilo centrale, posto che da essa dipende l'attivazione procedura di dissesto finanziario (art. 244 e ss. T.U.E.L., v. *infra*).

²¹ Così, M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio*, cit., p. 44. L'A. (op. cit., p. 6 ss.), ricorda che il primo vero dibattito sulla sostanza, invece che sulla forma, del bilancio, nel nostro ordinamento, risale alla crisi interna degli anni Settanta del secolo scorso, connessa a quella petrolifera che innescò la sottrazione di 'risorse al processo di espansione delle prestazioni sociali dello Stato'. Di qui la discussione intorno alla pressione fiscale ed alla necessità di contrazione della spesa pubblica, mediante l'eliminazione di fattori antagonistici alla ripresa economica medesima.

²² Il tema della motivazione contabile pare, peraltro, in grado di snodarsi in una duplice direzione. La prima è quella della dimostrazione e verifica della correttezza del ricorso agli strumenti

Nello specifico, si vuole ragionare sull'applicazione del modello di amministrazione contabile alla dimensione comunale, come fulcro costituzionale dell'attività amministrativa e, allo stesso tempo, punto nevralgico di diramazione capillare sul territorio nazionale del *rebus* della coperta troppo corta.

L'urgenza e l'irrinunciabilità dell'equilibrio di bilancio (e, dunque, del positivo collaudo degli strumenti e parametri per renderlo utile), invero, inquieta particolarmente le singole amministrazioni comunali, quotidianamente impegnate a far quadrare i conti (o, purtroppo, anche a simularne fittizi equilibri), di fronte al dato obiettivo del pesante indebitamento, ovviamente differenziato, ma spesso risalente e fortemente ostruzionistico della missione istituzionale di presidiare le esigenze basilari della collettività amministrata.

L'effettiva attuazione della novella costituzionale – concentrata sulla portata destabilizzante dell'indebitamento, quale strumento ordinario di copertura della spesa corrente – impone, a livello locale, non solo il taglio delle spese “inutili”, prima istintiva reazione politico-giuridica alla recessione²³ (unitamente all'avvio di un processo di moralizzazione, a cui si è anche profusamente dedicato il legislatore²⁴), ma anche il coordinamento dell'obbligo di ripiano del disavanzo con il taglio delle spese “utili”, pure inevitabile nella fase di recessione.

Da questo punto di vista, la scarsità di risorse è, allo stesso tempo, non solo indice, ma anche possibile causa di inefficienza²⁵ e l'equilibrio di bilancio va valutato anche in riferimento al grado di compromissione dei diritti che ne può conseguire.

ordinari ed eccezionali previsti dalla legge per far fronte all'indebitamento; la seconda è quella della dimostrazione e verifica della “pulizia” e “cristallinità” delle voci contabili in bilancio che costituiscono la “motivazione” del risultato di pareggio. In entrambi i casi, è evidente che il sistema deve affidarsi ad un solido meccanismo di verifica dei parametri normativi e contabili per poter garantire il più alto livello di effettività di tutela dei diritti connessi alla copertura (o alla mancata copertura) finanziaria. Ed in tale prospettiva, il meccanismo di tutela giurisdizionale va necessariamente esteso oltre l'ambito del sindacato di costituzionalità, per verificare i margini di funzionamento dell'apparato amministrativo rispetto agli interessi pubblici perseguendi.

²³ Ispirati alla *spending review*, spesso accompagnata dall'incremento della pressione fiscale, per fronteggiare una grave fase di recessione economica, sono, ad esempio, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111 e d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 135.

²⁴ Non a caso al suddetto obiettivo è ispirata una massiccia produzione legislativa ordinaria – sulla quale ovviamente non è possibile fare alcun cenno in questa sede – che ha interessato la trasparenza come strumento di contrasto alla corruzione amministrativa e che ha coinvolto anche il tema dell'etica pubblica sotto il profilo dell'esigenza di moralizzazione della spesa. Cfr., ad esempio, l. n. 190/2012 e d.lgs. nn. 33 e 39/2013 e s.m.i. Sia consentito solo rinviare a F. SICILIANO, *Conflitto di interessi ed arte di amministrare. Contributo allo studio dell'art. 6-bis, l. n. 241/90*, Milano, 2018.

²⁵ Il tema è spinoso, poiché il bilancio è documento contabile, astrattamente idoneo a nascondere un disavanzo reale.

È questo il nodo realmente centrale, dove si annida il rischio di cortocircuito tra i principi governanti la pubblica amministrazione.

3. *Il complesso contesto normativo e le spinte antitetiche alla base del suo accelerato dinamismo: a) la spinta esogena europeista sul sistema contabile comunale e l'effetto di valorizzazione del controllo esterno sull'osservanza dei parametri euro-unitari*

La particolare delicatezza del tema è denotata da un articolato e sfuggente quadro normativo specialmente dedicato all'amministrazione comunale.

Esso pare connotato da un dinamismo innaturalmente accelerato, una specie di risultante (strampalata) di una "sotterranea" tensione normativa tra due spinte antitetiche – rispettivamente alimentate da una specifica *ratio* che si tenterà di focalizzare – le quali rendono davvero complicata la comprensione della visione d'insieme delle regole contabili e gestionali dell'ente locale.

Se ne anticipa l'effetto di paradosso, talmente impattante sui meccanismi basilari della logica giuridica, da far passare assolutamente in secondo piano la circostanza che esso promani da esigenze contabili.

Colpisce, in particolare, che la singolarità, di cui parleremo subito appresso, può scorgersi: 1) solo circoscrivendo l'attenzione sull'equilibrio di bilancio al piano comunale di sua applicazione 2) e solo dopo una non agevole operazione di ricostruzione sistematica di alcune norme apparentemente episodiche e temporalmente circoscritte, la cui complessiva incisività sull'assetto contabile dell'ente locale è, invece, talmente pronunciata, da spogliarle della loro formale aura di eccezionalità.

Si procederà per ordine, prendendo le mosse dalla prima delle due spinte legislative: quella esogena di matrice europeista, già accennata in premessa, approvata sia alla riforma costituzionale del 2012²⁶ sia ad altri interventi legi-

²⁶ Non è questa la sede per ripercorrere tutti i passaggi sovranazionali. Si rammenta, però, l'importanza basilare di una serie di interventi europei volti a contrastare la crisi economica ed il cd. disavanzo eccessivo: 1) il cd. patto "Euro Plus" – contenuto nell'Allegato I alle conclusioni del Consiglio europeo del 24/25 marzo 2011 – attraverso il quale gli Stati membri dell'Unione europea si sono impegnati al raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità delle finanze pubbliche, della competitività, dell'occupazione e della stabilità finanziaria. Con particolare riferimento al cd. terzo obiettivo (rafforzamento della sostenibilità delle finanze pubbliche), è stata stabilita la misura del recepimento nella legislazione nazionale delle 'regole di bilancio dell'Unione europea fissate nel patto di stabilità e crescita', al fine di vincolare le politiche di bilancio, secondo le regole del 1997 (rapporto indebitamento netto – *alias*, *deficit* – e P.I.L. inferiore al 3% e mantenimento del debito pubblico esistente al di sotto della soglia del 60% del P.I.L.), ed evitare così di incorrere nel cd. '*deficit* eccessivo', in linea con i requisiti di adesione dell'Europa, ferma restando «la facoltà di scegliere lo specifico strumento giuridico nazionale cui ricorrere»,

slativi attuativi²⁷. Alla l. cost. n. 1/2012, si deve l'esplicita inclusione degli enti territoriali ed, *in primis*, dei Comuni²⁸, nel novero dei destinatari dell'obbligo di rispetto dell'equilibrio di bilancio, nonché del dovere istituzionale di concorrere 'ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea', di cui all'art. 119, comma 1, Cost.²⁹.

Per il migliore assolvimento del nuovo ruolo istituzionale dei suddetti enti pubblici, la stessa legge costituzionale ha imposto al legislatore nazionale di richiamare ed esplicitare la nozione europeista di 'disavanzo eccessivo' (mutuandola dal *Fiscal compact*³⁰), al cui abbattimento è votato l'intero *trend* normativo³¹,

di «natura vincolante e sostenibile sufficientemente forte (ad esempio costituzione o normativa quadro)» e tale da «garantire la disciplina di bilancio a livello sia nazionale che subnazionale»; 2) direttiva n. 2011/85/UE del 28 marzo 2011 del Consiglio europeo (facente parte del cd. *Six pack* e contenente la previsione dei requisiti per la redazione dei quadri dei bilanci nazionali sempre al fine introdurre specifiche prescrizioni contabili uniformi (quali, ad esempio, indicatori specifici per Paese di sintesi dei risultati di bilancio) per evitare il disavanzo eccessivo; 3) il cd. *Fiscal compact* (o Patto di bilancio), ossia il Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, sottoscritto a Bruxelles il 2 marzo 2012 e in vigore dal 1° gennaio 2013, ratificato in Italia con la legge 23 luglio 2012, n. 114 con il quale gli Stati contraenti, all'art. 3, comma 2, si sono impegnati a recepire le regole del «patto di bilancio» (bilancio dello Stato in pareggio o in attivo che si realizza se il disavanzo strutturale dello Stato è pari all'obiettivo a medio termine specifico per Paese, con un deficit non eccedente lo 0,5% del P.I.L., derogabile fino all'1% se il rapporto debito pubblico/Pil risulti significativamente al di sotto della soglia del 60%) «tramite disposizioni vincolanti e di natura permanente – preferibilmente costituzionale – o il cui rispetto fedele è in altro modo rigorosamente garantito lungo tutto il processo nazionale di bilancio». Il contenuto letterale sia del Patto "Euro Plus" che del *Fiscal compact* dà credito alla conclusione che la riforma costituzionale non fosse l'unica soluzione possibile e, dunque, dovuta: «Il vincolo che il *Fiscal Compact* chiedeva di introdurre, infatti, era essenzialmente procedurale (dovendo essere garantito "lungo tutto il processo nazionale di bilancio"): era dunque ben possibile operare sui regolamenti parlamentari oppure approvare una legge "di sistema", sul modello della l. n. 400 del 1988, che condizionasse il successivo esercizio della potestà legislativa?... 'come legge di attuazione costituzionale' (M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio*, cit., p. 22 ss.). Per maggiori approfondimenti sui profili di diritto europeo e sui loro riflessi sul concetto di pubblica amministrazione, M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio su amministrazione e vincoli finanziari: il quadro costituzionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2017, p. 623 ss., il quale, per completare il quadro ricostruttivo sopra brevemente sintetizzato, puntualmente ricorda che «il Trattato di Maastricht ha introdotto per la prima volta a livello costituzionale europeo regole in materia finanziaria, che gli Stati devono rispettare per avere accesso all'Unione monetaria. La prescrizione fondamentale a questo riguardo è quella della 'sostenibilità della situazione della finanza pubblica' che risulta dal 'conseguimento di una situazione di bilancio non caratterizzata da un disavanzo eccessivo...' (art. 109 J, comma 1)».

²⁷ V. subito *infra*.

²⁸ I quali, anzi, costituendo la base territoriale nel nuovo assetto amministrativo emergente dal riformato quadro costituzionale, sono gli enti primariamente esposti all'influenza sovranazionale.

²⁹ Com'è noto, il vecchio testo dell'art. 119, comma 1, Cost. si incentrava sul ruolo di coordinamento interno dell'autonomia finanziaria delle Regioni con la finanza dello Stato, delle Province e dei Comuni, 'nelle forme e nei limiti stabiliti dalle leggi della Repubblica'.

³⁰ V. nota 32.

³¹ Vigente, com'è noto, dal 1° gennaio 2014.

con rigore proporzionalmente decrescente per i Paesi che si tengono maggiormente al di sotto della “soglia di sicurezza”.

E così, la l. 24 dicembre 2012, n. 243, a procedura rinforzata ex art. 81, comma 6, Cost.³², ha dato seguito ed attuazione al principio costituzionale del pareggio di bilancio, riportando il cd. saldo strutturale³³ all'obiettivo di medio termine³⁴.

Fuori dal linguaggio tecnico ed in estrema sintesi, il diretto portato della formalizzazione dei suddetti limiti-obiettivo è stato l'aggiornamento della classica regola contabile – già contenuta nel combinato disposto degli artt. 186, 188 e 193 T.U.E.L.³⁵ – di salvaguardia dell'equilibrio di bilancio, attraverso il ripiano del disavanzo, nei seguenti termini.

In ottica euro-unitaria, la Costituzione dichiara solennemente che l'equilibrio di bilancio non è più “affare interno”, né tanto meno limitato all'elaborazione dell'ufficio ragioneria del singolo ente, ma che è, appunto, “affare comune”.

Volgarizzazione, quest'ultima, di un concetto che, comunque lo si voglia rappresentare, non può più solo riguardare un'idea di coordinamento finanziario tra enti³⁶, ma che deve, invece, implicare anche quella di abdicazione di sovranità (all'entità della quale non può nemmeno accennarsi)³⁷.

³² Per un inquadramento generale, L. CASO, *Il nuovo art. 81 della Cost. e legge rinforzata*, in *Riv. Corte conti*, 2013, f. 1-2, p. 476 ss.

³³ Ossia l'indebitamento al netto del ciclo economico e degli eventi eccezionali (art. 2, comma 1, lett. d), l. n. 243/12, cit. L'art. 8, comma 1, invece, affida al Governo l'adozione di misure correttive in caso di scostamento significativo. La cronaca ci consegna notizie non confortanti, in considerazione del fatto che l'Italia è sotto la lente d'ingrandimento dell'Unione. Nota è la lettera che la Commissione inviò nel 2018 al Ministro italiano dell'Economia, dopo la raccomandazione rivolta all'Italia sull'aggiustamento richiesto ai sensi del Patto di Stabilità e Crescita per il 2019, approvata all'unanimità dal Consiglio dei Ministri dell'Unione europea.

³⁴ Ossia il valore del saldo strutturale (positivo o negativo) sulla base dei criteri stabiliti dall'Unione europea.

³⁵ Il testo originario dell'art. 188 T.U.E.L., rubricato ‘Disavanzo di amministrazione’, era il seguente: ‘L'eventuale disavanzo di amministrazione, accertato ai sensi dell'art. 186 (ossia il risultato contabile accertato con l'approvazione dell'ultimo esercizio finanziario chiuso, pari al fondo di cassa aumentato dei residui attivi e diminuito dei residui passivi, ndr.), è applicato al bilancio di previsione nei modi e nei termini di cui all'art. 193, in aggiunta alle quote di ammortamento accantonate e non disponibili come risultato contabile’. Il testo originario dell'art. 193, rubricato ‘Salvaguardia degli equilibri di bilancio’, al primo comma, faceva espressamente riferimento al ‘pareggio di bilancio finanziario’, mentre, al secondo comma, disponeva sul compito dell'organo consiliare di provvedere alla ricognizione sullo stato di attuazione dei programmi e, in caso di accertamento negativo, sull'adozione dei necessari provvedimenti per il ripiano degli eventuali debiti fuori bilancio o per il ripiano dell'eventuale disavanzo di amministrazione risultante dal rendiconto approvato.

³⁶ Già presente in Costituzione prima della suddetta riforma (art. 119, comma 2).

³⁷ La dottrina, sul punto, è nutrita a sostegno delle conclusioni appena riportate; *ex multis*, a titolo meramente esemplificativo, dopo al riforma del 2012, cfr. A. RUGGERI, *Crisi economica*, cit., p. 10; C. GOLINO, *Il principio del pareggio di bilancio*, Padova, 2013, p. 191 ss.; R. PEREZ, *Cessioni di sovranità e poteri di bilancio*, in *Atti del LVIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna 20/22 settembre 2012): Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, Milano, 2013, p.

Dandosi, infatti, seguito all'ispirazione "sussidiaria" della precedente riforma del Titolo V della Cost., – che già con l'art. 119, comma 6, Cost., limitava l'indebitamento al finanziamento delle spese di investimento con specifico riferimento alle Regioni ed alle altre autonomie territoriali – il bilancio di ogni singolo Comune italiano "partecipa" alla determinazione della soglia di osservanza dei vincoli di bilancio imposti allo Stato italiano dall'Unione europea (e dalle attuative fonti legislative interne) ed è chiamato in prima linea ad abbattere la propria soglia di indebitamento, quale componente di un totale complessivo.

Accreditando una nuova visione contabile, la novella del 2012 specifica ancora più chiaramente, con il nuovo comma 6 dell'art. 119, Cost., che perfino l'equilibrio di bilancio legittimante la deroga dell'indebitamento per spese di investimento non è quello del singolo Comune, ma del 'complesso degli enti di ciascuna Regione', così esplicitamente ribadendosi una visione non atomistica, ma integrata, appunto, della finanza comunale³⁸.

L'obiettivo a cui mira la direttrice legislativa europea, secondo un moto che potremmo definire 'dall'alto verso il basso', è quello di uniformare gli Stati membri ai parametri contabili e finanziari di matrice unitaria, estendendo questi ultimi a tutti gli enti pubblici componenti l'ordinamento giuridico interno, al fine di poter verificare il mantenimento, da parte del singolo Paese aderente, di un livello "accettabile" di adeguatezza agli *standards* dell'Unione.

Va qui precisato che il percorso di valorizzazione del suddetto intento era stato già avviato, nel nostro ordinamento, sempre con precipuo riferimento all'ambito comunale³⁹, perfino prima della riforma costituzionale del 2012, anche se esso non sempre è stato adeguatamente preso in considerazione, quanto meno a fini ricostruttivi.

353; M. P. CHITI, *La crisi del debito sovrano e le sue influenze per la governance europea, i rapporti tra Stati membri, le pubbliche amministrazioni*, *ibidem*, p. 497; F. GUELLA, *Sovranità ed autonomia finanziaria negli ordinamenti composti*, Trento, 2014; P. DE IOANNA, *Costituzione fiscale e democrazia rappresentativa: un cambio di paradigma*, in *Cult. giur. e dir. viv.*, 2015, p. 81 ss. Nella stessa direzione, M. TRIMARCHI, *Premesse per uno studio*, cit., p. 654: 'Proprio in quanto non imposta dal diritto europeo, nella riforma costituzionale italiana si potrebbe vedere la rivendicazione dell'appartenenza della materia del bilancio (e della finanza pubblica più in generale) alla sovranità statale. In un'ottica sostanziale, però, essendo stata varata su sollecitazione del diritto europeo e per rispondere a problemi di ordine globale, la riforma costituzionale italiana conferma la dimensione sovranazionale che la "sovranità finanziaria" ha ormai assunto da tempo. Del resto, l'erosione della sovranità statale in materia finanziaria, sino alla perdita dell'autonomia di bilancio degli Stati, si inserisce nel più ampio fenomeno della cessione della sovranità in favore di organismi internazionali'. Per un recente aggiornamento sul versante costituzionalistico, anche riferimento all'art.11 Cost., S. CALDARELLI, *La sovranità statale alla prova della crisi economica e finanziaria*, in *Riv. AIC*, 2, 2019, p. 245 ss.

³⁸ La conclusione è avvalorata dall'art. 5 l. cost. n. 1/2012 che prevede che la legge "rinforzata" (maggioranza assoluta) di cui all'art. 81, comma 6, Cost. debba disciplinare anche la facoltà degli enti territoriali di ricorrere all'indebitamento.

³⁹ Così come a quello delle altre autonomie territoriali.

Ci si riferisce alla riforma di contabilità degli enti locali⁴⁰, ad opera del d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118,⁴¹ in virtù di delega legislativa conferita al Governo ex art. 2 l. 5 maggio 2009, n. 42, in materia di federalismo fiscale, al fine di dare migliore attuazione dell'art. 119 Cost. (vecchio testo ex l. cost. n. 3/01) ed in linea con le prescrizioni tecniche europee, impartite con direttiva n. 2011/85/UE, già citata⁴².

Gli interventi legislativi appena indicati muovono sia verso l'armonizzazione sia verso il potenziamento del sistema contabile finanziario.

I due suddetti profili, funzionalmente ed inestricabilmente connessi, fanno sì che la rideterminazione dei sistemi contabili degli enti territoriali sia mirata a conferire la massima omogeneità possibile alla strutturazione dei singoli bilanci, al fine di agevolare il risanamento della finanza locale, attraverso precise regole tecniche uniformi (armonizzazione), volte alla migliore comprensibilità e trasparenza sull'andamento della spesa pubblica (potenziamento)⁴³.

Più in dettaglio, il potenziamento consiste nell'integrazione del previgente sistema di contabilità di tipo finanziario, con la cd. contabilità patrimoniale, tramite veri e propri *vademecum* operativi – contenuti negli allegati al d.lgs. n. 118/2011 cit. – per gli uffici contabili dei Comuni, al fine di dare adeguata e realistica rappresentazione contabile ai fatti economici rilevanti per l'esercizio in corso e per quelli futuri, in vista della programmazione triennale⁴⁴.

⁴⁰ Per lo Stato e le altre pubbliche amministrazioni diverse dalle regioni e dagli enti locali, si è avviato un percorso sincrono e parallelo, con l. 31 dicembre 2009, n. 196, il cui art. 1, comma 1, programmaticamente stabilisce: 'Le amministrazioni pubbliche concorrono al perseguimento degli obiettivi di finanza pubblica definiti in ambito nazionale in coerenza con le procedure e i criteri stabiliti dall'Unione europea e ne condividono le conseguenti responsabilità. Il concorso al perseguimento di tali obiettivi si realizza secondo i principi fondamentali dell'armonizzazione dei bilanci pubblici e del coordinamento della finanza pubblica'. Alla suddetta legge è seguito il d.lgs. 31 maggio 2011, n. 91, avente ad oggetto l'armonizzazione dei principi contabili generali applicabili ai documenti contabili delle amministrazioni pubbliche (Titolo I), nonché il d.lgs. 12 maggio 2016, n. 90 (completamento della riforma della struttura del bilancio, modificato dal d.lgs. 12 settembre 2018, n. 116), e il d.lgs. 12 maggio 2016, n. 93 (riordino della disciplina del bilancio e potenziamento della funzione di bilancio di cassa, modificato dal d.lgs. 16 marzo 2018, n. 29). La legge 4 agosto 2016, n. 163 ha, invece, accorpato i contenuti della legge di stabilità e della legge di bilancio dello Stato. Nel complessivo sistema acquisisce centralità, il cd. Documento di Economia e Finanza (D.E.F.) che consente il monitoraggio annuale sullo stato di attuazione della riforma.

⁴¹ Con vigenza a decorrere dall'esercizio finanziario 2015, ex art.1, comma 1, lett. aa), d.lgs. 10 agosto 2014, n. 126, in considerazione di un periodo di necessaria sperimentazione.

⁴² Cfr. nota 32.

⁴³ A. ZULIANI, *L'armonizzazione dei sistemi contabili: verso una maggiore trasparenza dei conti pubblici?* in Atti del LIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna del 19-21 settembre 2013) su *Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, Milano, 2014, p. 311 ss.; cfr. pure F.G. GRANDIS – G. MATTEI, *Esiste un principio della "competenza economica" specifico per le pubbliche amministrazioni? Analisi teorica ed armonizzazione contabile delle pubbliche amministrazioni italiane*, in *Riv. Corte conti*, 2013, f. 1-2, p. 534 ss.

⁴⁴ Cfr. Dossier del Servizio Studi della Camera dei Deputati – XVIII Legislatura del 20 febbraio 2018, *La contabilità armonizzata di regioni ed enti locali*, in *www.camera.it*. Lo studio spiega (p.

Non a caso, l'art. 193, comma 1, TUEL è stato modificato dal d.lgs.n.118/2011⁴⁵, nel senso che il rispetto dell'equilibrio di bilancio deve tenere conto sia degli equilibri di competenza sia di quelli di cassa, ai sensi dell'art. 162, comma 6, il quale, nel testo novellato⁴⁶, dispone proprio che il pareggio finanziario per la competenza va inteso in senso 'complessivo', ossia 'comprensivo dell'utilizzo di avanzo di amministrazione e garantendo un fondo di cassa finale non negativo'.

Senza indugiare in stretti tecnicismi, l'obiettivo è denucleizzare la contabilità finanziaria, basata sull'imputazione delle obbligazioni passive o attive all'esercizio finanziario in cui sorgono, tributando maggior evidenza alla rappresentazione patrimoniale delle medesime poste attive e passive, che è, invece, basata sulla loro imputazione all'esercizio finanziario dell'annualità in cui sono esigibili⁴⁷ (ferma, comunque la rappresentazione contabile della costituzione del rapporto obbligatorio attivo o passivo).

Gli accorgimenti tecnici, apparentemente noiosi ed estranei al diritto amministrativo, servono, invece, a meglio definire, inquadrare, accertare e, dunque, controllare l'andamento della spesa pubblica, sotto il profilo della sua efficacia ed efficienza⁴⁸, sia per la modulazione dell'indirizzo politico a livello locale, sia per il contenimento della pressione fiscale (fattore concatenato alla sua corretta regolamentazione), sia per il controllo ed il monitoraggio del raggiungimento dell'obiettivo dell'equilibrio di bilancio.

Così facendo, quest'ultimo, infatti, non può essere più meramente cartaceo, ma diventa sostanziale, imponendo il raffronto tra obbligazioni della stessa "categoria" (esigibili) ed, allo stesso tempo, consentendo, così, sia la programmazione per il triennio a venire, sia l'individuazione dei crediti di dubbia esigibilità (così come quella dei debiti prescritti), sia la creazione di specifici fondi di accantonamento con vincoli di destinazione.

È appena il caso di aggiungere l'assoluta cristallinità della convergenza –

1), in particolare, come il sistema contabile duale (economico-patrimoniale e finanziario insieme) consenta agli enti territoriali ed a quelli strumentali 'di rilevare, a fini conoscitivi, contestualmente le voci di entrata e di spesa, anche in termini di contabilità economico patrimoniale. Ciò per una migliore raccordabilità con le regole contabili adottate in ambito europeo ai fini della procedura sui disavanzi eccessivi che si fondano sul sistema di contabilità economica'. È evidente la connessione funzionale tra il predetto obiettivo di armonizzazione e il principio di coordinamento della finanza pubblica (art. 119, comma 2, Cost.).

⁴⁵ Ex art. 74, comma 1, n. 35), lett. a), d.lgs. n. 118/2011.

⁴⁶ Ex art. 74, comma 1, n. 11), lett. a), d.lgs. n. 118/2011.

⁴⁷ Sintetizzato nell'art. 183, comma 5, T.U.E.L. come modificato dall'art. 74, comma 1, n. 28), lett. e), del d.lgs. n. 118/2011).

⁴⁸ Operazione tutt'altro che semplice, secondo P. DE IOANNA, *Riformare la spesa per innovare la pubblica amministrazione: l'occasione della spending review*, in *Atti del LIX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione (Varenna del 19-21 settembre 2013) su Politica e amministrazione della spesa pubblica: controlli, trasparenza e lotta alla corruzione*, Milano, 2014, p. 49.

positivizzata dall'art. 9 l. n. 243/2012⁴⁹ – di entrambi i descritti filoni normativi (riforma costituzionale 2012 e norme attuative e riforma dei sistemi contabili) verso l'obiettivo europeo, al punto che essi si sono, ad un certo punto, intrecciati e concentrati sulla lotta al disavanzo eccessivo e, dunque, all'indebitamento presente e futuro delle amministrazioni comunali.

Pertanto, con specifico riferimento al sistema di contabilità locale, dal nucleo sistematico della produzione giuridica direttamente applicativa dell'equilibrio di bilancio o, comunque, conforme ad essa, emerge che: a) non è una novità che il disavanzo di bilancio rappresenti il massimo disvalore contabile in quanto ostacola (se non impedisce) il virtuoso esercizio finanziario funzionale al soddisfacimento dei bisogni (essenziali) della collettività locale⁵⁰; b) tuttavia, la registrazione in bilancio del disavanzo è obbligatoria e va fatta il prima possibile rispetto al suo accertamento, ai fini della sua rimozione già nell'esercizio in corso (art. 188, comma 1, T.U.E.L.)⁵¹; c) se non è possibile il ripiano nell'esercizio finanziario in corso, esso va fatto in quello successivo, o, nel triennio successivo (ossia nei termini della programmazione contenuta nel bilancio pluriennale)⁵² o, come *estrema ratio*, entro la scadenza del mandato elettorale, al chiaro fine di mantenere comunque un forte e diretto legame con la responsabilità assunta a livello locale nei confronti del corpo elettorale⁵³; d) conseguentemente la mancata registrazione in bilancio dei tempi di recupero del disavanzo equivale alla mancata approvazione del rendiconto di gestione (art. 42, comma 12, d.lgs. n. 118/2011); e) infine, ma non per ultimo, la gestione doverosa del disavanzo non solo implica il suo azzeramento nel più breve tempo possibile, ma anche l'assunzione dell'impegno politico di rimuoverne i fattori eziologici, per evitarne la reiterazione nelle gestioni future (art. 42, comma 13, d.lgs. n. 118/2011), attraverso la cd. competenza finanziaria potenziata (sopra descritta)⁵⁴.

⁴⁹ Che, al comma 1-*bis*, richiama espressamente le schematizzazioni contenute nel decreto legislativo 23 giugno 2011, n. 118.

⁵⁰ In tal senso, non a caso il d.lgs. n. 118/2011 è intervenuto integrativamente oltre che sull'art. 188 TUEL, avente ad oggetto la disciplina contabile del disavanzo, anche sull'art. 183, comma 5, TUEL che sintetizzava, prima della riforma, l'essenza della contabilità di tipo finanziario puro.

⁵¹ In particolare i primi due periodi dell'art. 188, comma 1, cit. così dispongono: 'L'eventuale disavanzo di amministrazione, accertato ai sensi dell'art. 186, è immediatamente all'esercizio in corso di gestione contestualmente alla delibera di approvazione del rendiconto. La mancata adozione della delibera che applica il disavanzo al bilancio in corso di gestione è equiparata a tutti gli effetti alla mancata approvazione del rendiconto di gestione'.

⁵² Cfr. art. 9, comma 2, l. n. 243/2012, ossia la legge cd. rinforzata che ha dato attuazione al principio di pareggio di bilancio ai sensi dell'art. 81, comma 6, Cost.

⁵³ Cfr. art. 188, comma 1, terzo periodo: 'Il disavanzo di amministrazione può anche essere ripianato negli esercizi successivi considerati nel bilancio di previsione, in ogni caso non oltre la durata della consiliatura, contestualmente all'adozione di una delibera consiliare avente ad oggetto il piano di rientro dal disavanzo nel quale siano individuati i provvedimenti necessari a ripristinare il pareggio'.

⁵⁴ Il cui obiettivo è quello di munire di cautele la procedura di rientro del disavanzo, tramite

Complessivamente ed in sintesi, la spinta legislativa che abbiamo definito esogena opera per norme generali ed astratte, ha un preciso e chiaro obiettivo di riformulazione della regola contabile di redazione del bilancio, per creare uno strumento efficace di ripiano del disavanzo e di ridimensionamento/annullamento del rischio di accumulo del medesimo, con una forte restrizione, per il futuro, del ricorso all'indebitamento.

La *ratio legis* è chiara, immediatamente percepibile dal sistema delle fonti richiamato e tende all'uniformazione delle regole, alla loro trasparenza ed al rigore contabile per contrastare l'inefficienza, data dall'inadeguatezza delle risorse.

Anche dal punto di vista formale, tale spinta legislativa si muove sulla via maestra legislativa (pur se, in ragione della cennata fase abdicativa della sovranità, non spontaneamente ricettiva della volontà popolare, ma, piuttosto, indotta) della legge costituzionale, della legge rinforzata di attuazione, della delega legislativa al Governo.

Un ultimo passaggio va sottolineato con riferimento al tale filone legislativo.

Ai fini della sua effettività e della sua resa, la riforma globalmente considerata ha l'esigenza di fare leva su due punti: 1) l'adeguato meccanismo di controllo sull'equilibrio/squilibrio di bilancio e, in questa seconda evenienza, sul livello di scostamento dai parametri prefissati; 2) la chiara previsione delle conseguenze giuridiche dell'accertamento di un significativo squilibrio contabile.

Dal primo punto di vista, qui preme evidenziare che i criteri determinativi della regola di base sulla gestione del disavanzo costituiscono non solo l'alveo di una rinverdita legalità contabile per l'ente territoriale, ma anche parametro di verifica per la Corte dei conti.

L'ispirazione europeista dell'ultima sua riforma ha, infatti, prodotto il potenziamento della funzione di controllo esterno delle Sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, nella legislazione dell'emergenza immediatamente successiva (d.l. 10 ottobre 2012, n. 174, conv. in l. 7 dicembre 2012, n. 213), avente ad oggetto sia il funzionamento dei controlli interni⁵⁵ (art. 148 T.U.E.L.⁵⁶),

la costituzione di una serie di accantonamenti vincolati di destinazione specifica, che permangono in cassa, ma non sono diversamente utilizzabili (si pensi al fondo rischi contenzioso, agli accantonamenti per FCDE, al fondo per indennità di fine mandato, etc).

⁵⁵ L'art. 3, comma 2, lett. d), d.l. n. 174/2012 cit., sostituendo l'art. 147 T.U.E.L. sui controlli interni ha precisato, al comma 2, lett. c), che il sistema di controllo interno è diretto anche a: 'lett. c) garantire il costante controllo degli equilibri finanziari della gestione di competenza, della gestione dei residui e della gestione di cassa, anche ai fini della realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica determinati dal patto di stabilità interno, mediante l'attività di coordinamento e di vigilanza da parte del responsabile del servizio finanziario, nonché l'attività di controllo da parte dei responsabili dei servizi'.

⁵⁶ Il disposto normativo, rubricato 'Controlli esterni' così dispone: '1. Le sezioni regionali della Corte dei conti verificano, con cadenza semestrale, la legittimità e la regolarità delle gestioni, nonché il funzionamento dei controlli interni ai fini del rispetto delle regole contabili e dell'equili-

sia, soprattutto, la verifica (art. 148-*bis* T.U.E.L.⁵⁷) di conformità dei bilanci preventivi e dei rendiconti consuntivi degli enti locali ‘...per la verifica del rispetto degli obiettivi annuali posti dal patto di stabilità interno, dell’osservanza del vincolo previsto in materia di indebitamento dall’art. 119, sesto comma, della Costituzione, della sostenibilità dell’indebitamento, dell’assenza di irregolarità, suscettibili di pregiudicare, anche in prospettiva, gli equilibri economico-finanziari degli enti’ (comma 1).

Dal secondo punto di vista (quello della chiara previsione delle conseguenze giuridiche dell’accertamento del significativo squilibrio di bilancio⁵⁸), va brevemente evidenziato che la riforma costituzionale del 2012 interviene in un delicato momento di declino applicativo dell’istituto del cd. dissesto finanziario, previsto dagli artt. 244 e ss. T.U.E.L.⁵⁹.

brio di bilancio di ciascun ente locale. A tale fine, il sindaco, relativamente ai comuni con popolazione superiore ai 15.000 abitanti, o il presidente della provincia, avvalendosi del direttore generale, quando presente, o del segretario negli enti in cui non è prevista la figura del direttore generale, trasmette semestralmente alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti un referto sulla regolarità della gestione e sull’efficacia e sull’adeguatezza del sistema dei controlli interni adottato, sulla base delle linee guida deliberate dalla sezione delle autonomie della Corte dei conti entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione; il referto è, altresì, inviato al presidente del consiglio comunale o provinciale.

2. Il Ministero dell’economia e delle finanze – Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato può attivare verifiche sulla regolarità della gestione amministrativo-contabile, ai sensi dell’articolo 14, comma 1, lettera d), della legge n.196/2009, oltre che negli altri casi previsti dalla legge, qualora un ente evidenzi, anche attraverso le rilevazioni SIOPE, situazioni di squilibrio finanziario riferibili ai seguenti indicatori: a) ripetuto utilizzo dell’anticipazione di tesoreria; b) disequilibrio consolidato della parte corrente del bilancio; c) anomale modalità di gestione dei servizi per conto di terzi; d) aumento non giustificato di spesa degli organi politici istituzionali.

3. Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti possono attivare le procedure di cui al comma 2.(...)?

⁵⁷ Significativamente rubricato ‘Rafforzamento del controllo della Corte dei conti sulla gestione finanziaria degli enti locali’.

⁵⁸ L’art. 17, comma 2, lett e), l. n. 42/09, contempla anche la seguente delega: ‘e) (...)previsione di meccanismi automatici sanzionatori degli organi di governo e amministrativi nel caso di mancato rispetto degli equilibri e degli obiettivi economico-finanziari assegnati alla regione e agli enti locali, con individuazione dei casi di inleggibilità nei confronti degli amministratori responsabili degli enti locali per i quali sia stato dichiarato lo stato di dissesto finanziario di cui all’articolo 244 del citato testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, oltre che dei casi di interdizione dalle cariche in enti vigilati o partecipati da enti pubblici. Tra i casi di grave violazione di legge di cui all’articolo 126, primo comma, della Costituzione, rientrano le attività che abbiano causato un grave dissesto nelle finanze regionali’.

⁵⁹ La prima disciplina del dissesto finanziario dei Comuni risale all’art. 25 d.l. 2 marzo 1989, n. 66, conv. con mod. dalla l. 24 aprile 1989, n. 144 che contiene la prima previsione di accollo statale del ripiano del debito pregresso tramite il mutuo contratto dal Comune con la Cassa Depositi e Prestiti. Successivamente, l’art. 21 d.l. 18 gennaio 1993, n. 8 conv. con mod. in l. 19 marzo 1993, n. 68 fissò, tra le altre modifiche, un importo massimo intestabile allo Stato. Le successive modifiche prima dell’entrata in vigore dell’art. 244 e ss. T.U.E.L. e dell’abrogazione di un mecca-

Com'è noto, esso prevede l'attivazione obbligatoria di una speciale procedura, in due ipotesi: a) cd. incapacità funzionale, in caso di squilibrio di bilancio di tale portata da non consentire al Comune l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili; b) decozione finanziaria, in caso di 'esistenza in capo all'ente di una situazione fattuale e pervasiva di illiquidità', preclusiva dell'adempimento delle obbligazioni passive⁶⁰.

La dichiarazione di dissesto produce la scissione dell'indebitamento pregresso – affidato alla responsabilità di un organo straordinario di liquidazione – rispetto alla contabilità presente e futura, previa adozione, da parte dell'ente locale, di misure rigorose finalizzate a coadiuvare il ripiano del disavanzo (es. alienazioni del patrimonio, o applicazione dei tributi locali nell'aliquota massima in un determinato arco temporale).

La via per il ripiano del disavanzo, ad attivazione vincolata e doverosa, sotto l'egida tutoria della Corte dei conti⁶¹, è segnata anche dalla sospensione

nismo generale di contribuzione statale (ex art. 31, comma 15, l. 27 dicembre 2002, n. 289, cfr. *infra* in nota) hanno prevalente rilievo sulla procedura e sulle competenze dell'organo straordinario di liquidazione (cfr. d.lgs. 25 febbraio 1995, n. 77 s.m.i.; d.lgs. 11 giugno 1996, n. 336; d.lgs. 15 settembre 1997, n. 342 e d.lgs. 23 ottobre 1998, n. 410) che non si ha interesse ad approfondire ai fini del tema trattato.

⁶⁰ Così, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 4 aprile 2017, n. 1800, in *Foro amm – TAR*, 2017, 4, p. 961: 'Si ha stato di dissesto finanziario, ai sensi dell'art. 244 del d.lg. n. 267 del 2000, se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa validamente far fronte con le modalità di cui agli artt. 193 o 194 del medesimo d.lgs. In sostanza, l'art. 244, d.lg. n. 267 del 2000 ricollega la dichiarazione del dissesto finanziario al ricorrere di due presupposti, ciascuno dei quali da solo sufficiente a far ritenere la situazione di dissesto, costituiti dalla c.d. «incapacità funzionale» («l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili») ovvero da una situazione fattuale e pervasiva di illiquidità (decozione finanziaria), *id est* l'esistenza in capo all'ente di debiti liquidi ed esigibili cui non può validamente farsi fronte né con la delibera di riequilibrio di cui all'art. 193, d.lg. n. 267 del 2000 né con quella di riconoscimento dei debiti fuori bilancio di cui all'art. 194, per le fattispecie ivi previste. La decisione di dichiarare lo stato di dissesto finanziario non è, peraltro, frutto di una scelta discrezionale per l'ente, rappresentando piuttosto una determinazione vincolata ed ineludibile in presenza dei presupposti di fatto fissati dalla legge. Infatti, una volta sussistente uno dei presupposti, il Comune non ha facoltà di scelta né sull'*an* né sul *quando*, né sul *quomodo* circa il dissesto, che si appalesa dunque atto doveroso e non connotato da alcuna discrezionalità, sicché non abbisogna di altra puntuale motivazione che l'esatta individuazione dei presupposti medesimi?'

⁶¹ *Ex multis*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 13 settembre 2016, n. 4257, in *www.giustizia-amministrativa.it*: 'I soggetti residenti in un Comune non possono dolersi dinanzi al giudice amministrativo dell'insussistenza delle condizioni (impossibilità di garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi indispensabili ed esposizioni debitorie con soggetti terzi non ripianabili) prescritte dall'art. 244 d.lgs. n. 267 del 2000 per la dichiarazione di dissesto finanziario dell'ente locale. Invero, ai sensi dell'art. 6 comma 2, d.lg. n. 149 del 2011, l'accertamento di tali condizioni spetta ed è stato esercitato, in sede di controllo, dalla competente Sezione Regionale della Corte dei Conti?'

della maturazione degli interessi per le poste debitorie e dal blocco delle azioni esecutive⁶².

Si tratta di un meccanismo da *extrema ratio*, il cui vero nodo cruciale è collegato, al di là dei suoi presupposti giuridici, al problema politico di individuazione della fonte di copertura dell'indebitamento.

La legislazione statale passata, infatti, prevedeva forme di contribuzione statale, tramite l'assunzione in carico del mutuo che l'ente comunale doveva contrarre con la Cassa depositi e prestiti⁶³.

In tal senso, ciò poteva costituire una ragione addirittura incentivante la dichiarazione di dissesto (nonostante le gravi conseguenze, anche sul piano della responsabilità amministrativo-contabile dei funzionari o amministratori che, quantomeno con colpa grave, avessero contribuito alla creazione di un così significativo squilibrio)⁶⁴, rispetto alla normale ritrosia degli amministratori locali nei confronti della procedura.

L'evoluzione normativa verso il federalismo fiscale, unitamente alla crisi di risorse finanziarie ha, di fatto, bloccato tale meccanismo – prima ordinario e, successivamente, straordinario e decrescente- diminuendo fino ad azzerare sia la frequenza sia l'entità di tale contribuzione integrativa da parte dello Stato⁶⁵.

⁶² Sugli estremi dei quali non ci si può in questa sede soffermare. Sull'inammissibilità del ricorso per l'esecuzione di un decreto ingiuntivo, proposto successivamente alla dichiarazione di dissesto finanziario, di recente, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 4 marzo 2019, n. 1172, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁶³ Tale indirizzo si muove sui binari dell'art. 119, commi 5 e 6, Cost. Trattandosi di istituto nato negli anni novanta del secolo scorso, è stato oggetto di attenzione, già con la riforma del Titolo V della Cost. del 2001. In particolare, il comma 5 (risalente a quella data e rimasto inalterato anche dopo la novella del 2012) dispone che: 'Per promuovere lo sviluppo economico, la coesione e la solidarietà sociale, per rimuovere gli squilibri economici e sociali, per favorire l'effettivo esercizio dei diritti della persona, o per provvedere a scopi diversi dal normale esercizio delle loro funzioni, lo Stato destina risorse aggiuntive ed effettua interventi speciali in favore di determinati Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni'.

⁶⁴ Il meccanismo, pur censurabile in assenza di un recupero di un livello adeguato di moralizzazione e di attacco alla *res publica*, aveva una ragion d'essere nell'ottica della unitarietà della materia contabile.

⁶⁵ Precisamente, l'art. 31, l.n. 289/2002 ha abrogato le disposizioni del T.U.E.L. (titolo VIII della parte II) sull'assunzione dei mutui a carico dello Stato per il risanamento dell'ente locale dissestato, tranne che per gli enti che avessero dichiarato il dissesto prima dell'entrata in vigore della legge costituzionale di riforma del Titolo V (8 novembre 2001). Ne è seguita una fase legislativa di stanziamento di importi collegati ad una determinata finestra temporale. Ad esempio, cfr. art. 4, comma 208, l. 24 dicembre 2003, n. 350: 'al fine di agevolare la gestione liquidatoria degli enti locali in stato di dissesto finanziario, di cui al d.lgs. n. 267 del 2000, è stanziata in via eccezionale la somma annua di 600.000 euro per il triennio 2004-2006'. Sulla stessa scia, cfr. art. 24 d.l. 1° ottobre 2007, n. 159, conv. in l. 29 novembre 2007, n. 222; art. 40, comma 3-bis, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, conv. con mod. in l. 28 febbraio 2008, n. 31; cfr. anche art. 4 l.r. 6 febbraio 2006, n. 8 che ha stanziato quattro

La perdita di *appeal* “politico” dell’istituto lascia, tuttavia, inalterato l’interrogativo di base, che riguarda – non la modalità determinazione di regole giuridiche, organizzative, contabili, fiscali, operative in caso di dissesto, ma, piuttosto ed in maniera determinante – l’individuazione della fonte delle risorse strumentali al ripiano del disavanzo, per liberare il Comune da uno stato di sofferenza cronica⁶⁶.

Eppure, la novella costituzionale con il bagaglio normativo di supporto – appena sopra descritto e riconducibile alla spinta legislativa che abbiamo definito “esogena” – ne significa l’urgenza, per il tramite dell’imposizione del vincolo dell’indilazionabilità del ripiano del disavanzo e dell’intollerabilità dello squilibrio di bilancio fuori parametro europeo.

4. (segue): *l’elasticizzazione del principio di equilibrio di bilancio, la procedura di riequilibrio finanziario e la contropinta endogena governativa sul sistema contabile comunale. Il sistema della deroga a formazione progressiva*

Come si diceva, pare potersi registrare un vero e proprio movimento legislativo interno – di matrice fondamentalmente governativa – antitetico rispetto alla spinta “esogena” di cui sopra, la cui sistematicità diviene progressivamente apprezzabile, in ragione della tenace continuità dimostrata, a partire dallo stesso anno della riforma costituzionale fino ad oggi e di cui, allo stato, non è difficile pronosticarne la prosecuzione.

In pochi anni dall’effettiva entrata in vigore della novella costituzionale, si è, infatti, velocemente consolidata una vera e propria fattispecie di deroga al principio di equilibrio di bilancio “a formazione progressiva”, nei termini qui di seguito rappresentati.

Il punto di partenza è costituito dall’introduzione nel nostro ordinamento, della cd. procedura di riequilibrio finanziario pluriennale (o di predissesto) per i Comuni e le Province (artt. 243-*bis* e 243-*quater*, T.U.E.L.).

Essa – ormai nota anche all’opinione pubblica, perché balza periodicamente agli onori della cronaca⁶⁷ – ha previsto, all’indomani della novella costituzionale del 2012, un’eccezione alle ordinarie regole temporali/contabili di ripiano del disavanzo, nel sistema degli enti locali⁶⁸.

milioni di euro annui, per gli enti siciliani che hanno dichiarato il dissesto entro il 31 dicembre 2006.

⁶⁶ Ma sempre a condizione (o nella speranza) dell’avvio effettivo di un circuito virtuoso ostativo di inammissibili recidive.

⁶⁷ Sia locale che nazionale, interessando Comuni italiani di varie dimensioni.

⁶⁸ Curiosamente, ciò è avvenuto già con il primo intervento attuativo della riforma costituzionale del 2012. Infatti, il regime della procedura di predissesto è stato inserito ex art. 3, comma 1, lett. r), d.l. n. 174/2012 cit., avente ad oggetto: ‘Disposizioni urgenti in materia di finanza e

Sin dalla sua formulazione originaria – che era rigorosamente circoscritta, come ogni eccezione deve essere – il meccanismo in esame mira a creare un “effetto cuscinetto” di postergazione della procedura di dissesto.

Esso è limitato al caso di disarmonia contabile derivante da illiquidità (riconducibile al requisito della decozione finanziaria prodromica al dissesto), ma non talmente grave da causare l'incapacità di svolgimento delle funzioni e dei servizi indispensabili (cd. incapacità funzionale, ossia l'altro presupposto di attivazione della procedura di dissesto)⁶⁹.

Il dato positivo, infatti, riserva al Consiglio comunale la competenza di deliberare sia il ricorso alla suddetta procedura (art. 243-*bis*, comma 1, T.U.E.L.)⁷⁰, sia, conseguentemente, il piano di riequilibrio finanziario (art. 243-*bis*, comma 5, T.U.E.L.)⁷¹ di rientro dal disavanzo⁻⁷² – in un termine dilatato rispetto a quello previsto dalle ordinarie regoli contabili⁷³.

La peculiarità è che la semplice delibera di ricorso alla procedura *de qua* sospende il potere della Corte dei conti di assegnare all'ente locale termine per l'adozione di misure correttive (art. 243-*bis*, comma 3, T.U.E.L.)⁷⁴, in sede di

funzionamento degli enti territoriali, nonché ulteriori disposizioni in favore delle zone terremotate nel maggio 2012'.

⁶⁹ L'art. 243-*bis*, comma 1, primo inciso, T.U.E.L., invariato nella formulazione originaria di cui al d.l. n. 174/2012 si riferisce espressamente agli ‘...squilibri strutturali del bilancio in grado di provocare il dissesto finanziario, nel caso in cui le misure di cui agli articoli 193 e 194 non siano sufficienti a superare le condizioni di squilibrio rilevate...’. Com'è noto, l'art. 193 contempla l'obbligo di pareggio finanziario e di tutti gli equilibri di bilancio per la copertura delle spese correnti e per il finanziamento di quelle di investimento, su cui il Consiglio dell'ente locale deve vigilare, deliberando almeno una volta l'anno sulla sussistenza o meno dell'equilibrio suddetto ed adottando, se del caso, le necessarie misure ripristinatorie, anche utilizzando le economie di spesa. L'inerzia equivale alla mancata approvazione del bilancio di previsione (comma 4), con l'attivazione della procedura di commissariamento ex art. 141, comma 2, T.U.E.L. L'art. 194, invece, prevede l'obbligo dell'inserimento in contabilità dei debiti fuori bilancio attraverso una procedura tipizzata di riconoscimento dei medesimi, secondo precisi requisiti di legge.

⁷⁰ Più precisamente, le norme segnalate si pongono in rapporto di *species a genus* rispetto all'art. 42, comma 2, lett. b), TUEL che affida all'organo consiliare la competenza fondamentale in materia di piani finanziari. Ai sensi dell'art. 243-*bis*, primo comma, secondo inciso, T.U.E.L., però, è precluso l'avvio della procedura, una volta decorso il termine di venti giorni assegnato dal prefetto per la deliberazione di dissesto ex art. 6, comma 2, d.lgs. n. 149/2011.

⁷¹ Entro novanta giorni dalla data di esecutività della delibera di ricorso appena richiamata.

⁷² Adottando le misure necessarie, previa ricognizione integrale dei debiti fuori bilancio e previa revisione straordinaria di tutti i residui attivi e passivi. Cfr. art. 243-*bis*, commi 6, 7 e 8, T.U.E.L.

⁷³ Cfr. art. 243-*bis*, comma 5, T.U.E.L., su cui subito *infra*. Sulla natura cognitiva di corretta rappresentazione del reale disavanzo da ripianare e contestualmente programmatica, di giudizio valutativo sull'idoneità delle misure previste per il rispetto, cfr. *ex multis*, Corte conti, Sez. autonome, del. 26 aprile 2018, n. 5/SEZAUT/2018/INPR, in www.corteconti.it.

⁷⁴ Dal combinato disposto degli artt. 243-*bis*, comma 3 e comma 6, lett. a), T.U.E.L. e dell'art. 6, comma 2 d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149: ‘...In considerazione dei comportamenti difformi dalla

controllo finanziario, precludendo, così, l'abbrivio prefettizio della procedura di dissesto (art. 6, comma 2, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 149⁷⁵)⁷⁶.

L'art. 243-*quater*, T.U.E.L. prevede una complessa istruttoria per l'esame del piano con una prima necessaria sub-fase ministeriale (comma 1), all'esito della quale la competente Commissione dicasteriale⁷⁷ trasmette una relazione tecnica alla sezione regionale della Corte dei conti di riferimento⁷⁸.

sana gestione finanziaria e del mancato rispetto degli obiettivi posti con il patto di stabilità interno accertati dalla competente sezione regionale della Corte dei conti?.

⁷⁵ Che così dispone: 'Qualora dalle pronunce delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti emergano, anche a seguito delle verifiche svolte ai sensi dell'articolo 5 del presente decreto e dell'articolo 14, comma 1, lettera d), secondo periodo, della legge 31 dicembre 2009, n. 196, comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria, violazioni degli obiettivi della finanza pubblica allargata e irregolarità contabili o squilibri strutturali del bilancio dell'ente locale in grado di provocarne il dissesto finanziario e lo stesso ente non abbia adottato, entro il termine assegnato dalla Corte dei conti, le necessarie misure correttive previste dall'articolo 1, comma 168, della legge 23 dicembre 2005, n. 266, la competente sezione regionale, accertato l'inadempimento, trasmette gli atti al Prefetto e alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica. Nei casi previsti dal periodo precedente, ove sia accertato, entro trenta giorni dalla predetta trasmissione, da parte della competente sezione regionale della Corte dei conti, il perdurare dell'inadempimento da parte dell'ente locale delle citate misure correttive e la sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 244 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, il Prefetto assegna al Consiglio, con lettera notificata ai singoli consiglieri, un termine non superiore a venti giorni per la deliberazione del dissesto. Decorso infruttuosamente il termine di cui al precedente periodo, il Prefetto nomina un commissario per la deliberazione dello stato di dissesto e dà corso alla procedura per lo scioglimento del consiglio dell'ente ai sensi dell'articolo 141 del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000'.

⁷⁶ Non a caso, il legislatore non perde occasione di rimarcare la centralità del ruolo svolto dall'organo consiliare di investitura diretta, riservandogli anche il potere di 'rimodulazione' del piano (ex art. 243-*bis*, comma 5, T.U.E.L., in caso di sopravvenienza di nuovo mandato elettorale, precedente alla valutazione da parte della Corte dei conti).

⁷⁷ Alla quale, per il tramite del Ministero dell'Interno, viene trasmessa la deliberazione del ricorso alla procedura de qua entro 5 giorni dalla data di esecutività, contestualmente all'invio alla Corte dei Conti (art. 243-*bis*, comma 2, T.U.E.L.).

⁷⁸ Al particolare della necessaria propedeuticità della trasmissione della suddetta relazione, rispetto all'attivazione dell'organo tutorio, forse non è stata attribuita la giusta considerazione: il citato comma 1, infatti, non impone alla Commissione ministeriale alcun termine perentorio di consegna della relazione, ma si limita ad indicare che lo svolgimento dell'istruttoria deve avvenire entro 60 giorni dalla ricezione del piano comunale.

Nella pratica, ciò comporta che la relazione venga sovente trasmessa alla Sezione regionale competente della Corte dei conti diversi mesi (o perfino anni) dopo la comunicazione della deliberazione di piano da parte dell'ente locale, con un'implicita, ma significativa accentuazione dello spostamento temporale del sistema di ripiano del disavanzo. Eppure, l'ipertrofia legislativa oggi esondante non incontrerebbe difficoltà a prevedere – ad esempio, nella miriade di commi di una legge di bilancio – un termine perentorio di conclusione dell'istruttoria e di trasmissione della relazione da parte della Commissione (come, in effetti, è avvenuto, limitatamente al caso previsto, ex art. 38, comma 2-*quater*, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, conv. con mod. in l. 28 giugno 2019, n. 58, su cui v. *infra*).

A questa, spetta, infatti, in via esclusiva⁷⁹, il compito di approvare o meno il piano finanziario in esame, entro trenta giorni dalla ricezione della relazione ministeriale (art. 243-*quater*, comma 3, T.U.E.L.), con l'espressa avvertenza che, dopo l'eventuale approvazione, il suo potere di controllo di tipo correttivo si mantiene sulla fase esecutiva-attuativa del piano medesimo (art. 243-*bis*, comma 6, lett. a), T.U.E.L.)⁸⁰.

Tale riserva di attribuzione – direttamente connessa alla consolidata lettura evolutiva dell'art. 100 Cost.⁸¹ – costituisce la garanzia di tenuta di tutto il siste-

Di modo che il suo inadempimento possa essere eventualmente correato da un meccanismo di silenzio significativo, in considerazione del fatto che la disamina contabile determinante viene posta in essere *de plano* dalla Corte dei conti.

⁷⁹ Il fattore fondante l'esclusività della speciale funzione tutoria intestata alle Sezioni regionali della Corte dei conti, è costituito, in massima sintesi, dall'esigenza di applicazione di parametri unitari nel settore dell'armonizzazione dei bilanci, al fine di evitare o rimuovere squilibri.

Le ragioni sottese all'istanza di uniformazione del controllo sono variamente declinabili, ma due di esse si ritengono particolarmente meritevoli di considerazione, perché tutelano obiettivi fondamentali per la conservazione dello Stato-ordinamento.

La prima è che i parametri di regolarità contabile permettono di verificare, innanzitutto, la permanenza o l'interruzione del 'legame fiduciario che caratterizza il mandato elettorale e la rappresentanza democratica degli eletti' (Corte cost., 25 ottobre 2017, n. 228, in *www.cortecostituzionale.it*) e, nell'ultima evenienza, di rendere certe, prevedibili ed uniformi le conseguenze giuridiche in capo all'ente responsabile dello squilibrio strutturale del bilancio. La seconda – esattamente in linea con la *ratio* delle riforme del 2012 che interessa più da vicino – è che i parametri di regolarità contabile permettono di verificare il rispetto dei vincoli europei assunti dallo Stato in relazione alle politiche di bilancio ed in considerazione del patto di stabilità, ex artt. 97 e 117, comma 1, Cost. (Corte cost., 23 maggio 2007, n. 1789; 5 aprile 2013, n. 60; 6 novembre 2013, n. 266; Corte cost., 6 marzo 2014, n. 39, tutte in *www.giurcost.org*). Quest'ultimo aspetto acclara l'incompatibilità strutturale tra il controllo di regolarità-legittimità contabile della Corte dei conti ed il controllo interno dell'autonomia territoriale, invece, condizionato dalla dimensione e dalle esigenze del singolo ente.

⁸⁰ E, con esso, incombe nuovamente sull'amministrazione comunale lo spettro del dissesto.

⁸¹ Corte cost. n. 39/2014 cit. ha, inoltre, precisato che il riferimento contenuto nell'art. 100, comma 2, Cost., 'al controllo della Corte dei conti "sulla gestione del bilancio dello Stato" deve oggi intendersi esteso al controllo sui bilanci di tutti gli enti che costituiscono, nel loro insieme, la finanza pubblica allargata'. Nella medesima direzione, Corte cost., 10 marzo 2014, n. 40, in *www.giurcost.org*: '4.2.– Questa Corte ha già precisato che la competenza delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di istituire forme di sindacato sugli enti locali del proprio territorio non pone in discussione la finalità di uno strumento, quale il controllo affidato alla Corte dei conti, «in veste di organo terzo (sentenza n. 64 del 2005) a servizio dello "Stato-comunità" (sentenze n. 29 del 1995 e n. 470 del 1997), [garante del rispetto] dell'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva. Del resto, la necessità di coordinamento della finanza pubblica [...] riguarda pure le Regioni e le Province ad autonomia differenziata, non potendo dubitarsi che anche la loro finanza sia parte della "finanza pubblica allargata", come già affermato da questa Corte (in particolare, sentenza n. 425 del 2004)» (sentenza n. 267 del 2006). La coesistenza di competenze parallele della Corte dei conti e degli enti territoriali ad autonomia speciale non comporta affatto – come di seguito meglio precisato – che i controlli così intestati siano coincidenti e sovrapponibili e neppure che la Provincia autonoma sia titolare di una potestà legislativa in grado di concentrarle nella propria

ma, anche perché, come ha puntualizzato la Corte costituzionale, solo neutralità ed indipendenza, da un lato, e assenza di discrezionalità nel riesame, dall'altro, offrono adeguate garanzie nell'applicazione, da parte della Corte dei conti, di 'misure atte a prevenire pratiche contrarie ai principi della previa copertura e dell'equilibrio di bilancio (sentenze n. 266 e n. 60 del 2013)⁸².

Su questa scia, la giurisprudenza costituzionale ha sempre riconosciuto alle delibere di controllo della Corte dei conti natura decisoria, a prescindere dall'inapplicabilità ad esse dell'istituto del giudicato, anche in considerazione della loro non modificabilità da parte della stessa Sezione e della loro insindacabilità 'in altra estranea sede'⁸³.

L'ente locale può impugnare l'eventuale diniego (ma, in tesi, anche l'approvazione *in parte qua*) del piano di riequilibrio, entro trenta giorni, innanzi alle Sezioni Riunite della Corte dei conti in speciale composizione, in sede di giurisdizione esclusiva, ex art. 103, comma 2, Cost. ed il giudizio deve concludersi entro trenta giorni dal deposito del ricorso (art. 243-*quater*, comma 5, primo inciso, T.U.E.L.)⁸⁴.

L'esito negativo della procedura di riequilibrio, in qualunque fase, impone al Consiglio comunale di deliberare il dissesto, in un termine non superiore a venti giorni, decorrente dalla comunicazione prefettizia (art. 243-*quater*, comma 7, T.U.E.L.).

Infine, le procedure esecutive eventualmente intraprese nei confronti dell'ente sono sospese: a) dalla data di deliberazione di ricorso alla procedura di riequilibrio fino alla data di approvazione o di diniego di approvazione del piano (art. 243-*bis*, comma 4, T.U.E.L.); b) fino alla scadenza del termine per impugnare e, nel caso di presentazione del ricorso, sino alla relativa decisione (art. 243-*quater*, comma 5, secondo inciso, T.U.E.L.)⁸⁵.

La sintetica ricognizione della procedura serve da collegamento al punto

sfera di attribuzione. Innanzitutto, le due tipologie di sindacato attribuite alla Corte dei conti ed alla Provincia autonoma di Bolzano sono ispirate a ragioni e modalità di esercizio diverse, anche con riguardo agli interessi in concreto tutelati; che nel primo caso riguardano la finanza statale nel suo complesso, nel secondo quella provinciale'.

⁸² Corte cost., n. 39/2014 cit.

⁸³ Corte cost. 18 novembre 1976, n. 226, in *www.giurcost.org*.

⁸⁴Sia per la predisposizione del piano, sia per la sua rimodulazione in corso di esecuzione su impulso della Corte dei conti, l'ente locale dovrà osservare una serie di cautele e prescrizioni, per superare lo squilibrio, come: la precisa ricognizione dei debiti, l'attivazione delle procedure per quelli fuori bilancio, l'eliminazione dei crediti inesigibili o di dubbia esigibilità, una rigorosa revisione e riduzione della spesa per personale, beni e servizi, la copertura di determinati servizi indispensabili (come lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani), l'assunzione di mutui per la copertura di debiti fuori bilancio riferiti a spese di investimento, etc. Cfr. art. 243-*bis*, comma 8, T.U.E.L.

⁸⁵ Ipotesi aggiunta dall'art. 3, comma 1, d.l. 6 marzo 2014, n. 16 ('Disposizioni urgenti in materia di finanza locale, nonché misure volte a garantire la funzionalità dei servizi svolti nelle istituzioni scolastiche'), conv. con mod. in l. 2 maggio 2014, n. 68.

centrale di nostro interesse, ossia quello della previsione normativa di un tempo di ripiano del disavanzo esorbitante (in maniera significativa) la soglia massima di tolleranza, fissata, a tutela del principio di equilibrio di bilancio, dalle ordinarie regole contabili sul rientro dal saldo negativo, precedentemente rassegnate.

5. (segue): *le componenti "sottotraccia" della contropinta interna dopo l'introduzione della procedura di riequilibrio*

Invero, l'originaria formulazione dell'art. 243-*bis*, comma 5, T.U.E.L., contenuta nel d.l. n. 174/2012 cit., prevedeva il termine quinquennale di durata del piano di riequilibrio, corrispondente a quello di durata della consiliatura, ossia ad un termine 'ordinario' di ripiano del disavanzo.

Se fosse stata mantenuta in sede di conversione, la previsione si sarebbe posta sulla falsariga dell'art. 188, comma 1, terzo periodo, T.U.E.L. già richiamato, che consente, appunto, il ripiano del disavanzo 'in ogni caso non oltre la durata della consiliatura, contestualmente all'adozione di una delibera consiliare avente ad oggetto il piano di rientro dal disavanzo nel quale siano individuati i provvedimenti necessari a ripristinare il pareggio'.

La *ratio* primigenia dell'istituto era, pertanto, solo quella della rimodulazione della scala gerarchica dei tempi ordinari di riallineamento contabile del disavanzo, al fine di concedere all'ente, nei limiti dei vigenti criteri tecnico-contabili e procedurali, il tempo massimo possibile per ristabilire l'equilibrio perso.

Tuttavia, in sede di conversione⁸⁶, l'orizzonte temporale di rientro utile per l'attivazione della procedura di riequilibrio finanziario è stato raddoppiato da cinque a dieci anni, introducendosi, con tale modalità, un tempo di recupero assolutamente nuovo ed estraneo alle regole contabili poste a presidio dell'equilibrio di bilancio.

In occasione della entrata in vigore della suddetta legge di conversione del 2012, si registra, dunque, il secondo (dopo il d.l. n. 174/2012), ben più significativo movimento (sottotraccia) di elasticizzazione del rigore e dell'uniformità di regole contabili imposte dalla spinta europeista con la novella costituzionale dello stesso anno.

Esso può dirsi complessivamente mirato all'introduzione di una deroga di tipo strutturale, avente ad oggetto la creazione di una regola contabile diversa (ed elusiva) rispetto a quella ordinariamente posta a presidio dell'equilibrio di bilancio.

Tale nuova regola è di ispirazione antitetica alla novella costituzionale, poiché tende a "spalmare" il più possibile nel tempo il problema dell'ente locale di ripianare il disavanzo, spesso ingente e risalente – diluendo, allo stesso tempo i vincoli contabili – ed è stata perfezionata in due tappe.

⁸⁶ Cfr. allegato unico alla l. 7 dicembre 2012, n. 213.

Non a caso, a distanza di cinque anni esatti dalla legge di conversione citata, l'art. 1, comma 888, lett. a), l. 27 dicembre 2017, n. 205 (cd. legge di bilancio 2018) ha ulteriormente modificato il comma 5 dell'art. 243-*bis*, T.U.E.L., estendendo la durata massima del piano in questione da dieci anni a venti anni⁸⁷.

Cosicché, oggi, il termine massimo di riequilibrio è quadruplicato rispetto a quello, a sua volta, massimo ordinario (e rispettoso del principio di responsabilità nei confronti dell'elettorato): con le intuibili ricadute contabili relative al cambio di destinazione in fondi di spesa corrente di somme astrattamente accantonabili per il ripiano del disavanzo.

La dilatazione anomala del termine di rientro è, tuttavia, solo una componente della contropinta interna tesa ad ampliare progressivamente l'ambito oggettivo di applicazione del piano di riequilibrio economico finanziario, per mitigare il rigore delle regole poste a presidio dell'equilibrio di bilancio.

Una volta, infatti,alzata la soglia massima di elongazione temporale del ritmo di recupero del disavanzo, oltre ogni ragionevole previsione, affiora l'obiettivo integrativo di ammettere quanti più Comuni possibili al beneficio del limite massimo ventennale.

A tal proposito, il citato d.l. n. 16/2014, conv. in l. n. 68/2014, ha introdotto, attraverso l'inserimento del comma 5-*bis*, nell'art. 243-*bis*, T.U.E.L., una tabella di diversificazione della durata massima del piano di riequilibrio 'sulla base del rapporto tra passività da ripianare nel medesimo e l'ammontare degli impegni di cui al titolo I della spesa del rendiconto dell'anno precedente a quello di deliberazione di ricorso alla procedura'⁸⁸, limitando la possibilità di recupero ventennale all'estrema situazione di superamento della soglia del 100%, ossia dell'esubero del debito rispetto all'ammontare complessivo degli impegni.

Con recentissima iniziativa (art. 38, comma 1-*terdecies*⁸⁹, d.l. 30 aprile 2019, n. 34⁹⁰, conv. con mod. in l. 28 giugno 2019, n. 58), è stata modificata, in senso ovviamente ampliativo, la griglia dei Comuni in grado di beneficiare del termine massimo ventennale, tramite l'inserimento di un criterio demografico: di modo tale che la fruizione del ventennio vale – oltre che per tutti i Comuni che registrano il superamento della soglia del 100% – anche per i Comuni con popolazione superiore ai 60.000 abitanti che hanno superato la soglia del 60% (che prima

⁸⁷ Con l'introduzione della durata minima di 4 anni, cioè al di sotto della soglia quinquennale ordinaria di recupero del disavanzo e di durate intermedie di 10 e 15 anni, su cui *infra*.

⁸⁸ La tabella era così suddivisa: 4 anni fino al 20%; 10 anni superiore al 20% e fino al 60%; 15 anni superiore al 60% e fino al 100%; 20 anni oltre il 100%.

⁸⁹ Comma inserito in sede di conversione.

⁹⁰ Avente ad oggetto: 'Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi' (cd. Decreto crescita 2019).

consentiva il recupero in 15 anni)⁹¹, creandosi una disparità di 5 anni, basata solo sulla consistenza demografica.

V'è di più: la convergenza della manovra interna verso l'elasticizzazione del concetto stesso di equilibrio di bilancio si intensifica con un ulteriore – forse più sofisticato, sicuramente ancora più allarmante – *step*, il cui obiettivo è la massima estensione possibile dell'ambito applicativo della procedura di riequilibrio, oltre i suoi ordinari limiti oggettivi e le sue perentorie scadenze temporali.

Ci si riferisce ad un preciso indirizzo normativo interno che, forzando il principio dell'irretroattività della norma (e dell'atto amministrativo, qual è il piano di rimodulazione) tende a concedere la rimodulazione/formulazione dei piani di riequilibrio, in maniera apparentemente e formalmente episodica ed eccezionale, ma sostanzialmente generale, proprio in ragione della sua continuità.

Ne sono manifestazione:

1) l'art. 1, commi 13 e 15, d.l. 8 aprile 2013 n. 35⁹², mod. ex art. 1, comma 1, in sede di conversione in l. 6 giugno 2013, n. 64, poi modificato dall'art. 7, comma 6, d.l. 19 giugno 2015, n. 78⁹³, conv. con mod. in l. 6 agosto 2015, n. 125;

2) l'art. 1, comma 573, l. 27 dicembre 2013, n. 147 (legge di stabilità 2014)⁹⁴, come modificato dall'art. 3, comma 2, d.l. n. 16/2014⁹⁵, conv. con mod. in l. n. 68/2014, come, a sua volta modificato dal d.l. 31 dicembre 2014, n. 192 (cd. Milleproroghe 2015)⁹⁶, conv. con mod. in l. 27 febbraio 2015, n. 11;

3) art. 1, commi 714 e 715, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016)⁹⁷, come modificato dall'art. 15, comma 1 d.l. 24 giugno 2016, n. 113⁹⁸, conv. con mod. in l. 7 agosto 2016, n. 160 e successivamente sostituito dall'art. 1, comma 434, l. 11 dicembre 2016, n. 232 (cd. legge di bilancio 2017)⁹⁹; art. 1,

⁹¹ Ad esempio, rientra nel nuovo *range* il Comune di Reggio Calabria.

⁹² Avente ad oggetto: 'Disposizioni urgenti per il pagamento dei debiti scaduti della pubblica amministrazione, per il riequilibrio finanziario degli enti territoriali, nonché in materia di versamento di tributi degli enti locali'.

⁹³ Avente ad oggetto: 'Disposizioni urgenti in materia di enti territoriali. Disposizioni per garantire la continuità dei dispositivi di sicurezza e di controllo del territorio. Razionalizzazione delle spese del Servizio sanitario nazionale nonché norme in materia di rifiuti e di emissioni industriali'.

⁹⁴ Contenente le disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato.

⁹⁵ Avente ad oggetto: 'Disposizioni urgenti in materia di finanza locale, nonché misure volte a garantire la funzionalità dei servizi svolti nelle istituzioni scolastiche'.

⁹⁶ Avente ad oggetto: 'Proroga di termini previsti da disposizioni legislative'.

⁹⁷ Recante 'Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato'.

⁹⁸ Avente ad oggetto: 'Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio'.

⁹⁹ Recante 'Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019'.

comma 714-*bis*, l. 28 dicembre 2015, n. 208, come aggiunto dall'art. 15, comma 2, d.l. 24 giugno 2016, n. 113¹⁰⁰, conv. con mod. in l. 7 agosto 2016, n. 160 e successivamente modificato dall'art. 36, comma 4, d.l. 24 aprile 2017, n. 50¹⁰¹, conv. con mod. in l. 21 giugno 2017, n. 96;

4) art. 1, commi 848, 849, 888 e 889, l. n. 205/2017 (cd. Legge di bilancio 2018¹⁰² già citata);

5) art. 38, commi 2-*bis*, 2-*ter* e 2-*quater*, d.l. n. 34/2019¹⁰³ (cd. Decreto crescita 2019 già citato), conv. in l. n. 58/2019.

L'anomala media di un intervento normativo sulla stessa disciplina ogni otto mesi, nel significativo periodo aprile 2013-giugno 2019 induce ragionevolmente a ritenere che la concatenazione normativa sopra elencata vada considerata senza soluzione di continuità, e cioè, come un modo normale (ordinario, se si preferisce) di regolamentazione dell'istituto del riequilibrio.

Le suddette disposizioni, a differenza di quelle appena prima citate, non incidono direttamente sul testo delle norme sulla procedura di riequilibrio contemplata dal T.U.E.L.¹⁰⁴, ma non per questo sono meno decisive, ai fini della determinazione esatta della sua portata.

Da un punto di vista formale, ha trovato, invero, spazio una discutibile tecnica legislativa, lontanissima dal modello di produzione di regole certe, generali, astratte ed innovative per l'avvenire.

Al contrario, le norme sopraelencate incidono retroattivamente, con frequenti innesti riferiti a circoscritti orizzonti temporali, spesso già decorsi, che creano modifiche nelle modifiche, deroghe nelle deroghe, alterando indirettamente, ma sostanzialmente il regime del piano di riequilibrio fissato nel T.U.E.L., già, come detto, intrinsecamente derogatorio.

E l'unico fine comune è, appunto, quello di rendere tale regime accessibile e/o rimodulabile, oltre i termini legislativi fissati e sopra descritti, agli enti comunali altrimenti non legittimati¹⁰⁵, ampliando – oltre misura ed in

¹⁰⁰ Avente ad oggetto: 'Misure finanziarie urgenti per gli enti territoriali e il territorio'.

¹⁰¹ Avente ad oggetto: 'Disposizioni urgenti in materia finanziaria, iniziative a favore degli enti territoriali, ulteriori interventi per le zone colpite da eventi sismici e misure per lo sviluppo'.

¹⁰² Recante 'Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020'.

¹⁰³ Avente ad oggetto: 'Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi'.

¹⁰⁴ Tranne l'art. 1, comma 888, l. n. 205/2017, pur se connesso al comma 889 per introdurre una nuova occasione di riproposizione del piano.

¹⁰⁵ Ad esempio, l'art. 1, commi 13 e 15, d.l. 35/2013 ha consentito agli enti locali morosi per condizione di illiquidità, con specifico riguardo alla categoria dei 'debiti certi liquidi ed esigibili maturati alla data del 31 dicembre 2012' (così come indicati nel precedente comma 13, a prescindere dal loro importo) di beneficiare, in deroga alle ordinarie disposizioni contabili di cui agli artt. 42, 203 e 204, T.U.E.L. di anticipazioni di liquidità vincolate ai suddetti pagamenti, da richiedere alla Cassa depositi e prestiti S.p.A. entro il 30 aprile 2013 (comma 13). La concessione di tale deroga si è riflettuta sull'obbligo (*melius*, beneficio)

maniera indeterminata ed indeterminabile (v. *infra*) – la facoltà di “spalmare” il debito.

Il che crea un tessuto normativo – a dirne bene – contorto ed indecifrabile, già solo per l'estrema difficoltà: di individuare compiutamente la disciplina, sviolante nei meandri di infiniti articolati normativi di natura finanziaria; di coordinarla; di deciptarne il costante ed ostruzionistico rinvio ad altre norme; di considerarne l'incessante aggiornamento ed avvicendamento, fino a registrarsi addirittura quattro riforme dello stesso testo nell'arco di un anno solare.

Va anche evidenziato che questi frequenti interventi hanno un tasso di aggressività crescente, nel senso che, man mano che spiegano il loro effetto erosivo nei confronti del rigore contabile posto a fondamento dell'obiettivo di equilibrio di bilancio, spostano sempre più in alto l'asticella, creando dei meccanismi di “sanatoria a derogatorietà crescente”, nel senso che arretrano sempre più spesso la loro efficacia verso la soglia della mera deliberazione di ricorso alla procedura *de qua*, rispetto alla sua successiva approvazione consiliare.

Ma, quel che è peggio, essi progressivamente tendono a destabilizzare l'autorevolezza istituzionale dell'organo, posto a presidio dei controlli sull'equilibrio di bilancio e sulla stessa procedura di riequilibrio: appunto, la Corte dei Conti.

Infatti, ormai costanti sono le sanatorie che ampliano l'ambito oggettivo di applicazione della procedura di riequilibrio, attraverso aperture di finestre temporali che vorrebbero perfino scavalcare il diniego di approvazione della Corte dei Conti o il suo giudizio negativo in sede di monitoraggio, bloccando contestualmente l'attivazione dell'effetto *ex lege* dell'abbrivio del dissesto o estendendo la sospensione delle azioni esecutive, già compromesse temporalmente e significativamente dall'applicazione “ordinaria” delle regole sul riequilibrio (v. subito *infra*).

E ciò vale anche nel caso in cui il Comune abbia esperito, senza esito favorevole, il proprio ricorso alle Sezioni riunite della Corte dei conti avverso il diniego di approvazione o quando, addirittura, abbia prestato acquiescenza alla decisione negativa di controllo della Sezione regionale competente, rinunciando alla stessa proposizione del ricorso.

A titolo esemplificativo di un *trend* che si ripete annualmente, si può considerare la disciplina speciale di rimodulazione della procedura di riequilibrio relativa all'esercizio 2014 ed originariamente prevista nell'art. 1, comma 573, l. n. 147/2013 (cd. legge di stabilità 2014, come già indicato, risalente a fine dicembre del 2013).

Essa, inizialmente, era molto contingentata, poiché riguardava solo gli enti locali, il cui consiglio comunale avesse negato l'approvazione del piano di riequilibrio, e, dunque, sulla via del dissesto finanziario (ex art. 243-*quater*, comma 7, T.U.E.L.), anche se non ancora dichiarato.

dei Comuni di modificare i piani di riequilibrio già deliberati, entro il termine obbligatorio (perentorio) di 60 giorni dalla concessione dell'anticipazione di cassa. Successivamente questo termine è stato spostato in avanti al 31 dicembre 2014, dal citato d.l. n. 78/2015, successivo quindi allo stesso termine fissato.

In tal caso, nel corso dell'esercizio 2014, entro il termine perentorio 90 giorni complessivi (60 previsti dall'art.243-*bis*, comma 5, T.U.E.L. + 30) dalla data di esecutività della preliminare delibera di ricorso alla procedura *de qua*, avrebbero potuto riproporre la medesima procedura già cassata, ma solo in caso di dimostrazione innanzi alla competente sezione regionale della Corte dei conti di 'un miglioramento della condizione di ente strutturalmente deficitario, ai sensi dell'art. 242 T.U.E.L.', e senza alcun effetto sospensivo del potere di assegnazione di misure correttive da parte del medesimo organo tutorio, in pendenza del termine perentorio (come invece prevede l'art. 243-*bis*, comma 3, T.U.E.L.).

Tale ristretta deroga viene amplificata, a poco più di due mesi di distanza, dalla sua entrata in vigore, dall'art. 3, comma 2, d.l. n. 16/2014, con la previsione di proroga del termine di ripresentazione del piano di riequilibrio di ulteriori 120 giorni dalla sua entrata in vigore, ma soprattutto con l'elisione della prevista fase di controllo da parte della Corte dei conti, sostituendo l'onere di dimostrazione del miglioramento finanziario al suddetto organo, con una mera certificazione, da parte dell'ente medesimo, contenuta nell'ultimo rendiconto sull'insussistenza della deficitarietà strutturale di cui all'art. 242 T.U.E.L.

Non solo, ma lo stesso art. 3, comma 2, cit. ha inserito due nuovi commi (573-*bis* e 573-*ter*), molto più pericolosi per il sistema contabile ordinario degli enti locali posto a tutela dell'equilibrio di bilancio.

Infatti, il comma 573-*bis* ha esteso la suddetta facoltà di riproposizione del piano di riequilibrio anche per i Comuni destinatari di diniego di approvazione del piano da parte della Corte dei conti, previa semplice registrazione nell'ultimo rendiconto di un miglioramento (aumento di avanzo o diminuzione di disavanzo); in più, aggiungendovi l'effetto preclusivo della attivazione della procedura di dissesto, nonostante il diniego di approvazione dell'organo tutorio dalla ripresentazione del piano sino alla conclusione della relativa procedura.

Inoltre, il comma 573-*ter* ha previsto, nelle more, l'effetto sospensivo delle azioni esecutive nelle more.

In aggiunta a tale già intollerabile riapertura dei termini perentori e della elongazione innaturale delle maglie della procedura di riequilibrio, interviene, per la terza volta, a dicembre 2014, sulla stessa disciplina il d.l. n. 192/2014 (noto come decreto milleproroghe 2015).

E così la deroga viene totalmente stravolta ed amplificata esponenzialmente, tramite l'estensione della facoltà di riproposizione della procedura di cui all'art. 1, comma 573, della legge di stabilità 2014, a tutti gli enti locali, il cui Consiglio, alla data della sua entrata in vigore, non avesse deliberato il piano di riequilibrio entro il termine perentorio, allora di 60 giorni (oggi di novanta) dalla data di

esecutività della delibera preliminare di ricorso alla procedura medesima (ex art. 243-*bis*, comma 1, T.U.E.L.)¹⁰⁶.

La tecnica adottata – rintracciabile, con diverse variabili, in ognuna delle norme speciali sopra rassegnate – si protrae sistematicamente anno per anno¹⁰⁷ dall'introduzione della procedura di riequilibrio finanziario nel 2012¹⁰⁸, con quella media altissima di “ritocchi” già sopra riportata.

Il che serve a dare la misura della reale dinamica dell'istituto, in relazione al quale vengono – spesso in nome dell'obiettivo della piena cognizione del reale e complessivo disavanzo di ogni singolo ente – concesse continue facoltà di riformulazione o rimodulazione del piano con effetti collaterali, ora di disinnescamento delle azioni esecutive – già significativamente compromesse dall'applicazione “ordinaria” della procedura – oltre i limiti della disciplina contenuta nel TUEL; ora di elusione dei termini perentori preclusivi dell'avvio della medesima; ora di sospensione *ultra diem* del potere correttivo della Corte dei conti; ora di superamento del suo diniego (anche definitivo dopo il ricorso alle Sezioni Riunite) o dell'esito negativo del monitoraggio; ora, perfino, di tentata elongazione al trentennio¹⁰⁹, e via dicendo.

Addirittura, nella legge di bilancio 2018 (l. n. 205/2017 cit.), vengono inserite due diverse fattispecie di facoltà di riformulazione: una contemplata dall'art. 1, commi 848 e 849 e l'altra prevista all'art. 1, commi 888 e 889¹¹⁰.

¹⁰⁶ Inoltre, il termine perentorio di 120 giorni per la riproposizione viene spostato addirittura al 30 giugno 2015.

¹⁰⁷ Ad eccezione del 2018.

¹⁰⁸ Inserendo in ordine cronologico le fonti normative sopra richiamate, l'elenco è il seguente: 1) d.l. n. 35/2013; 2) l. conv. n. 64/2013; 3) l. n. 147/2013 (legge di stabilità 2014); 4) d.l. n. 16/2014; 5) l. conv. n. 68/2014; 6) d.l. n. 192/2014 (cd. milleproroghe 2015); 7) l. conv. n. 11/2015; 8) d.l. n. 78/2015; 9) l. conv. n. 125/2015; 10) l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016); 11) d.l. n. 113/2016; 12) l. conv. n. 160/2016; 13) l. n. 232/2016 (cd. legge di bilancio 2017); 14) d.l. n. 50/2017; 15) l. conv. n. 96/2017; 16) l. n. 205/2017 (cd. legge di bilancio 2018); 17) d.l. n. 34/2019 (cd. decreto crescita 2019); 18) l. conv. n. 58/2019.

¹⁰⁹ Recuperando l'arco temporale previsto per il riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi ex art. 3 d.lgs. 23 giugno 2011, n. 118.

¹¹⁰ In particolare, il comma 849, aveva concesso, prima della pronuncia di incostituzionalità (Corte cost. 14 febbraio 2019 n. 18 in *www.cortecostituzionale.it*, v. *infra*), una facoltà di rimodulazione o riformulazione, entro il 31 luglio 2018, per gli enti che avevano già presentato il piano o ottenuto l'approvazione della Corte dei conti, ma che ancora non avevano provveduto al riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi ex art. 3, comma 7, d.lgs. n. 118/2011, nei termini di cui al precedente comma 848. In questo caso, la finalità è quella di far emergere l'entità reale del disavanzo, latente in considerazione di precedenti inadempimenti contabili dei Comuni. Invece, il comma 889 fonda l'altra occasione di riformulazione/rimodulazione sul precedente comma 888 che, come già detto aveva cambiato la griglia dei Comuni ammessi al ripiano ventennale integrando il criterio contabile con quello demografico. Pertanto, esso prevede che i comuni che hanno presentato il piano o ne hanno conseguito l'approvazione della Corte dei conti, prima dell'entrata in vigore della legge – fermi restando i tempi di pagamento dei creditori – dovevano, per rimodulare

La frequenza e continuità delle riforme fa sì che i limiti ordinari di ricorso alla procedura siano continuativamente e non saltuariamente elusi, anche in ragione delle continue proroghe delle deroghe o della retroattività di alcune disposizioni, le quali, succedendosi senza soluzione di continuità¹¹¹, trasformano, di fatto, i termini “speciali” in “ordinari” o, meglio, quelli perentori in ordinatori.

Il fatto che tale mutazione genetica avvenga *ex post* tramite il meccanismo delle sanatorie è tutt'altro che rassicurante, vista la sistematicità del loro susseguirsi, che determina la prevedibilità della loro reiterazione, peraltro – cosa ancor più grave – a brevissimo giro.

Concludendo, la decritta spinta normativa endogena, di matrice governativa, si snoda nella frenetica riapertura dei termini e nella “normalizzazione” della superabilità dei limiti ordinari della procedura di riequilibrio – già derogatori – attraverso una serie continua di interventi ascritti alla decretazione d'urgenza o inseriti nel disegno di legge di bilancio dello Stato.

Tale quadro risulta, così, improntato complessivamente – più che a creare un percorso generale ed uniforme verso il risanamento – ad evitare che singoli Comuni o singole categorie di Comuni, di cui si ha, a livello governativo, una chiara ed aggiornata mappatura, incorrano nella procedura di dissesto (come detto, in crisi e da *extrema ratio*), attraverso disposizioni occulte, sotterranee, particolaristiche, retroattive, temporanee, confusionarie e spesso di difficile comprensione letterale, volte a modellare o generalizzare in maniere costante e crescente la procedura di riequilibrio.

Il che comporta una trasformazione “morfologica” della medesima, il cui tentativo di mascheramento per effetto di confusione e di tecnicismo è evidente, al fine di non tributarvi alcuna evidenza sistematica, ma che, in realtà, si pone in aperta contraddizione con il filone normativo italiano di attuazione della direttrice europeista in materia di equilibrio di bilancio.

il piano, spalmando il debito in venti anni invece che in quindici, prima trasmettere al Ministero dell'Interno ed alla Corte dei conti la deliberazione di richiesta entro quindici giorni dall'entrata in vigore della legge, ed entro quarantacinque giorni dall'esecutività della prima delibera, procedere all'approvazione del piano rimodulato. Si prevede anche la riduzione alla metà dei termini di cui all'art. 243-*quater*, T.U.E.L., finalizzati all'approvazione dell'organo tutorio, ma non si fissa alcun termine perentorio per la commissione ministeriale, di fatto aprendo alla possibilità di non trasmissione in tempi rapidi della relazione di competenza. Ovviamente il meccanismo annichisce gli effetti di precedenti accertamenti da parte della Sezione regionale della Corte dei conti di grave mancato rispetto degli obiettivi intermedi, rinviando il meccanismo sanzionatorio consequenziale ad ‘un ulteriore mancato rispetto degli obiettivi del nuovo piano rimodulato o riformulato, accertato nell'ambito della procedura di controllo di cui all'art. 243-*quater*, comma 6, T.U.E.L.'. Sull'efficacia ultratriva dei commi 888-889, v. *infra*.

¹¹¹ Avendo la pazienza di guardare tutte le norme sopra elencate, si registra appunto che ognuna di esse contiene una proroga che si lega a quella precedente (anche se talvolta con presupposti diversi).

Non può ignorarsi, infatti, che la dilatazione dei tempi di rientro del disavanzo rispetto a quelli originariamente preventivati comporta la costante maggiore disponibilità di fondi per la spesa corrente, in totale antagonismo con i precetti europei.

Inoltre, la proroga continua, derivante dalla sopradetta concatenazione normativa, favorisce la costituzione di meccanismi ostativi alla realizzazione dei diritti (della collettività amministrata, delle generazioni future, dei creditori) tendenzialmente *sine die*, in una prospettiva esattamente rovesciata rispetto a quella derogatoria, già di per sé minimamente tollerabile, solo, in virtù, appunto della chiara delimitazione del suo orizzonte temporale.

Rispetto a tale discrepanza strutturale, si staglia un quadro normativo frastagliato e di dubbia conformità costituzionale, frutto di un braccio di ferro istituzionale tra il principio di uniformità delle regole contabili e la sotterranea manovra politica per la sopravvivenza degli enti locali contabilmente malconci (attuata trasversalmente o con decretazione d'urgenza o con lo strumento legislativo ordinario, 'per adattare esigenze programmatiche a mutamenti del contesto contabile o congiunturale'¹¹²), meritevole di considerazione.

6. *Le conseguenze della tensione antagonistica delle due spinte normative sull'equilibrio di bilancio e sulla stabilità dell'ordinamento interno*

È inevitabile che la tensione antagonistica delle due spinte normative sopra descritte (quella esogena, chiara e formalizzata, attraverso gli ordinari canali legislativi, pur se democraticamente deficitaria; l'altra endogena e sottotraccia), nel momento in cui acquisisce continuità, genera una grave condizione di incertezza giuridica, data dalla sistematica e rapida mutevolezza dei parametri di riferimento, necessari alla valutazione dell'equilibrio di bilancio e dell'osservanza dei vincoli europei.

Essa non stressa solo i diritti finanziariamente condizionati (e le pretese creditorie) degli aventi diritto nei confronti delle pubbliche amministrazioni locali, ma, a monte, il sistema istituzionale preposto proprio al monitoraggio dell'equilibrio di bilancio, nonché al tasso di effettività della sua tutela giurisdizionale.

In questo momento, inevitabilmente i due organi che lo costituiscono stanno, infatti, assorbendo la carica negativa di tale anomala tensione normativa.

Ed è normale che si infittiscano le "occasioni" di dialogo tra la Corte dei

¹¹² Così, Corte conti, Sez. contr. Calabria, 6 marzo 2019, n. 31, in www.corteconti.it.

conti e la Corte costituzionale: l'una come organo tutorio competente sul piano di riequilibrio, nella nuova espressione del controllo di legittimità-regolarità; l'altra come giudice delle leggi, investito dei dubbi di costituzionalità sollevati dal medesimo organo di controllo¹¹³, per sottrarlo all'obbligo di applicare una legge che non reputi costituzionalmente conforme¹¹⁴.

In questa prospettiva, la più recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale appare protesa non solo verso la protezione, ma anche verso il rafforzamento del canale di collegamento dialettico con la Corte dei conti.

Sono distinguibili – con tutti gli inconvenienti propri di ogni schematismo – due profili esegetici collegati alla descritta evoluzione normativa endogena post-riforma del 2012.

Il primo è caratterizzato dall'impegno profuso dalla Corte costituzionale, a partire dal 2014, nel preservare la funzione tutoria delle sezioni regionali della Corte dei conti da alcuni tentativi di delegittimazione, provenienti dal legislatore regionale (o da Provincia autonoma), finalizzati a deviare in sede amministrativa interna il controllo finanziario sugli equilibri dei bilanci pubblici delle autonomie

¹¹³ Sulla legittimazione della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti a sollevare l'incidente di costituzionalità anche in sede di vigilanza, ex art. 243-*quater*, comma 6, T.U.E.L., successiva all'approvazione del piano di riequilibrio, cfr. Corte cost., n. 18/2019, cit. La recente pronuncia si pone in linea con un consolidato e risalente indirizzo estensivo (implicitamente ricavabile da Corte cost., 25 giugno 1956, n. 4 ed esplicitamente da Corte cost., 12 dicembre 1957, n. 129, entrambe in www.giurcost.org, in fattispecie di rinvio in sede di giurisdizione volontaria) dei presupposti di applicazione degli artt. 134 Cost., 1 l. cost. 9 febbraio 1948, n. 1 e 23 l. 11 marzo 1953, n. 87, che, come noto, prescrivono che le questioni di legittimità costituzionale debbano essere sollevate da un 'giudice', 'nel corso di un giudizio'. Partendo da esso, Corte cost. n. 226/1976 cit., ha ritenuto la legittimazione a sollevare incidente di costituzionalità da parte della Corte dei conti, in corso di giudizio sull'ammissione al visto e registrazione, sull'argomento sostanziale per cui rileva chi (un giudice) solleva la questione di legittimità costituzionale, a prescindere dalla sede istituzionale in cui opera e, dunque, anche in procedimenti non formalmente giurisdizionali. Tale argomento (espresso pure in Corte cost., 2 luglio 1966, n. 83, in www.giurcost.org, con riferimento alla legittimazione del giudice dell'esecuzione immobiliare) è ancora il requisito soggettivo allo svolgimento di un qualsivoglia procedimento 'alla presenza o sotto la direzione del titolare di un ufficio giurisdizionale', alternativo a quello oggettivo, dato dall'esercizio, nel caso concreto 'di funzioni giudicanti per l'obiettivo applicazione della legge', da parte di organi 'pur estranei alla organizzazione della giurisdizione ed istituzionalmente adibiti a compiti di diversa natura', che di quelle siano investiti anche in via eccezionale, e siano all'uopo 'posti in posizione *super partes*'. Cfr. in termini, con riferimento al giudizio di parificazione del bilancio, Corte cost., 19 dicembre 1966, n. 121, in www.giurcost.org e, recentemente, Corte cost., 9 novembre 2018, n. 196, in www.federalismi.it.

¹¹⁴ Il riconoscimento della legittimazione in capo alla Corte dei conti a sollevare l'incidente di costituzionalità, anche in sede di controllo sul piano di riequilibrio, fa leva, oltre che sulla opportunità di dare voce all'autorità in materia, anche sulla notazione ricorrente nella giurisprudenza costituzionale che le Sezioni di controllo della Corte dei Conti sono composte da magistrati indipendenti (art. 100, comma 3, Cost.) ed appartenenti ad un organo consultivo-giurisdizionale riconosciuto e garantito in Costituzione (art. 100, comma 2, Cost. e art. 103, comma 2, Cost.; così Corte cost. n. 226/1976, cit.).

territoriali, perfino annettendo all'accertamento dello squilibrio effetti giuridici diversi da quelli previsti dal legislatore nazionale¹¹⁵.

Il secondo, più recente profilo esegetico – che qui interessa rimarcare – può sintetizzarsi nella valorizzazione del dialogo collaborativo con la Corte dei conti.

Infatti, la legittimazione¹¹⁶ di quest'ultima a sollevare l'incidente di costituzionalità, in sede di controllo, nella qualità di tutore istituzionale dell'equilibrio di bilancio sia a livello nazionale sia a livello locale, rappresenta la strada maestra (se non l'unica effettivamente praticabile), per sottoporre al vaglio della Consulta le leggi che abbiano specificatamente ad oggetto la materia contabile, le quali, come è evidente, sono di cruciale importanza per l'intero assetto ordinamentale.

Di recente, ad esempio, proprio su iniziativa di una Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, in sede di monitoraggio del piano di riequilibrio, è accaduto che la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 714, l. n. 208/2015 e s.m.i. (cd. legge di stabilità 2016)¹¹⁷, una di quelle norme temporanee e derogatorie del rigore contabile, che si sono elencate poc'anzi.

L'occasione dell'incidente di costituzionalità è scaturita dall'iniziativa di

¹¹⁵ Di tale punto, che non può essere, per ovvie ragioni, oggetto del presente lavoro, va rimarcata, tuttavia, la delicatezza, in quanto pone a raffronto gli artt. 81, 97, 100, Cost. e la materia del 'sistema tributario e contabile dello Stato; armonizzazione dei bilanci pubblici; perequazione risorse finanziarie', riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost., con la preservazione dell'autonomia legislativa regionale nell'approvazione della legge regionale di bilancio. Ciò ha condotto allo scrutinio di costituzionalità non solo del d.l. n. 174/2012, ma anche di norme regionali o di Province autonome di forza centrifuga (cfr., ad esempio, Corte cost. n. 40/2014 e n. 228/2017, già richiamate). Essendo previsto il giudizio di parifica, sempre in capo alla Corte dei conti, anche sui bilanci preventivi e sui rendiconti consuntivi delle Regioni, verificandone gli equilibri la conformità al Patto di stabilità ed ai vincoli costituzionali (119, comma 6, Cost.), Corte cost. n. 39/2014 ha ritenuto, ad esempio, incostituzionale, l'art. 1, comma 7, D.L. n. 174 cit., nella parte in cui attribuiva alla delibera di controllo della Corte dei conti l'effetto di bloccare l'attuazione dei programmi di spesa, per i quali fosse accertata la mancata copertura o l'insussistenza della relativa sostenibilità finanziaria, così impedendo l'efficacia della legge regionale di approvazione del bilancio preventivo o del rendiconto consuntivo e creando un limite incostituzionale alla potestà normativa delle regioni. B. CARAVITA – E. JORIO, *La Corte costituzionale e l'attività della Corte dei conti (una breve nota sulle sentenze nn. 39 e 40 del 2014)*, in *federalismi.it*, 2014, hanno criticato la conclusione della Corte in considerazione del fatto che con la l. cost. n. 1/2012 l'armonizzazione dei bilanci pubblici è stata attribuita alla competenza esclusiva dello Stato, ex art. 117, comma 2, Cost. Sul punto, Corte cost., 20 dicembre 2017, n. 274, in *Foro it.*, 2018, I, p. 3384, ha dichiarato incostituzionale la l. r. Liguria, 9 agosto 2016, n. 20 di approvazione del rendiconto generale regionale, in conseguenza della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 6 l. r. Liguria 2 novembre 2016, n. 26, concernente l'assestamento del bilancio di previsione regionale per gli anni finanziari 2016-2018). Cfr., pure Corte cost., 5 marzo 2018, n. 49, in *Foro it.*, 2018, I, p. 2614 e 27 aprile 2017, n. 89 in *www.giurcost.org*.

¹¹⁶ Come detto, più volte ribadita dalla Corte costituzionale.

¹¹⁷ Come sostituito dall'art. 1, comma 434, l. n. 232/2016.

un piccolo Comune campano – il cui piano di riequilibrio decennale era già stato approvato dalla medesima sezione remittente, in base alla durata massima decennale, contemplata nell'originaria formulazione dell'art. 243-*bis*, T.U.E.L.¹¹⁸ – di avvalersi del superiore disposto normativo, proprio al fine di diluire significativamente i suddetti tempi di ripiano del disavanzo, a loro volta derogatori dell'ordinario termine triennale (art. 188 T.U.E.L.).

La norma impugnata consentiva alle amministrazioni locali di derogare alla stessa procedura di riequilibrio già richiesta ed approvata, potendo beneficiare, entro un determinato termine (31 maggio 2017), addirittura di una rimodulazione trentennale del suddetto piano.

Per inciso, tale *benefit* era collegato all'inosservanza, da parte dell'ente locale medesimo, dell'obbligo di riaccertamento straordinario dei residui antecedenti al 1° gennaio 2015¹¹⁹.

L'effetto paradossale di tale norma derogatoria della disciplina degli artt. 243-*bis* e 243-*quater*, T.U.E.L. sarebbe stato non solo l'abbassamento, nel nuovo piano trentennale, della quota annuale di disavanzo rispetto a quella prevista per il piano decennale, ma l'utilizzo della differenza rispetto alla quota annuale precedentemente prevista, per recuperare un margine aggiuntivo di spesa corrente.

Tale evenienza è chiaramente incompatibile con il conclamato squilibrio strutturale di bilancio, a suo tempo accertato dalla medesima competente Sezio-

¹¹⁸ Il comma 5, dell'art. 243-*bis* T.U.E.L., relativo alla durata del piano e ad alcuni aspetti procedurali di ricorso ad esso, è stato bersagliato da interventi normativi. Il primo – che ha indicato il termine minimo di durata in quattro anni e quello massimo in venti anni, rispetto all'originaria previsione di un termine massimo di dieci anni – risale all'art. 49-*quinquies*, comma 1, lett. a), d.l. 21 giugno 2013, n. 69 ("Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"), conv. con mod. con l. 9 agosto 2013, n. 98 (a qualche mese dalla sua introduzione). Ad esso, sempre a distanza di qualche mese, è seguito un ulteriore ritocco ex art. 3, comma 3-*bis*, d.l. 6 marzo 2014, n. 16, conv. con mod. in l. 2 maggio 2014, n. 68. Ancora in senso ampliativo (proroga del termine di deliberazione del piano entro il 31 dicembre 2017) è intervenuto l'art. 5, comma 11-*septies*, d.l. 30 dicembre 2016, n. 244, conv. con mod. in l. 27 febbraio 2017, n. 19. Infine, il comma 5 suddetto è stato modificato dall'art. 1, comma 888, lett. a) l. n. 205/2017.

¹¹⁹ Infatti, l'art. 1, comma 434 s.m.i., cit. consentiva anche ai Comuni che avessero presentato il piano di riequilibrio prima dell'approvazione del rendiconto per l'esercizio 2014 (come nel caso concreto), ma non avessero ancora (al 2016) provveduto al riaccertamento straordinario dei residui attivi e passivi relativi al 2014 – ex art. 3, comma 7, d.lgs. n. 118/2011 – di beneficiare entro il 31 maggio 2017, appunto, della rimodulazione del piano di riequilibrio.

Dal piano rimodulato, poteva essere *ex lege* scorporata la quota di disavanzo risultante dal tardivo riaccertamento straordinario, limitatamente ai residui antecedenti al 1° gennaio 2015.

La legge in esame affidava il ripiano del disavanzo da riaccertamento straordinario per i residui antecedenti al 1° gennaio 2015 a procedura separata, secondo le modalità previste da un D.M. Economia e Finanze 2 aprile 2015. Mentre prevedeva che: 'La restituzione delle anticipazioni di liquidità erogate agli enti di cui al periodo precedente, ai sensi degli artt. 243-*ter* e 243-*quinquies* del citato testo unico di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000, è effettuata in un periodo massimo di trenta anni decorrente dall'anno successivo a quello in cui è stata erogata l'anticipazione'.

ne regionale della Corte dei conti, sia in sede di approvazione del piano di riequilibrio originario sia in sede di sua attuazione per passività non contabilizzate (riconducibili a debiti fuori bilancio).

L'aumento di spesa corrente, infatti, è in grado di aumentare in una proiezione di medio-lungo periodo, proprio quel disavanzo che la procedura di riequilibrio deve azzerare.

Di fronte al dilemma di dover applicare – in sede di controllo, *ex art.* 243-*quater*, comma 3, T.U.E.L., sulla delibera consiliare di rimodulazione – la normativa derogatoria (che il Comune controllato poteva invocare, ricorrendone i requisiti formali) e potenzialmente pregiudizievole alle ragioni di risanamento ed all'obiettivo dell'equilibrio di bilancio, la Corte dei Conti ha, pertanto, sollevato la questione di legittimità costituzionale del citato disposto normativo, per la ritenuta violazione degli artt. 81 e 97 Cost. (autonomamente ed in combinato disposto con altre norme costituzionali e CEDU), sospendendo la deliberazione all'esito della pronuncia della Consulta.

Alla Corte costituzionale, è stata così trasmessa la preoccupazione che l'applicazione della norma suddetta, avrebbe prodotto la volatilizzazione di fondamentali elementi di valutazione della situazione finanziario-contabile, propri del controllo concomitante sul piano di riequilibrio, poichè: 'la modifica del piano, in ragione della ripartizione del disavanzo su un orizzonte temporale più ampio, inciderebbe in riduzione sul *quantum* degli obiettivi intermedi e finali del riequilibrio, che costituirebbero il canone concreto... di controllo della Corte dei conti per tutta la durata della procedura, su cui svolgere la valutazione di gravità e reiterazione dell'inadempimento ai sensi dell'art. 243-*quater*, comma 7, del d.lgs. n. 267/2000, valutazione condizionata dalla questione di legittimità sollevata'¹²⁰.

Acclarata, come detto, la legittimazione della Corte dei conti in quella sede¹²¹, la Consulta, con la sentenza del 14 febbraio 2019, n. 18¹²², ha ritenuto fondata la questione di legittimità costituzionale, censurando l'opzione legislati-

¹²⁰ Punto 1.3., sent. n. 18/2019 cit. A titolo esemplificativo degli obiettivi intermedi, la Corte dei conti indica la '...possibilità di disporre per trenta anni del mancato accantonamento derivante dalla norma impugnata per ripianare il disavanzo, implementando in pari misura la spesa corrente durante detto periodo, in cui permane il disavanzo stesso; accertamento dell'adempimento delle obbligazioni nei confronti dei debitori; pregiudizio per la conservazione delle risorse destinate alla restituzione della sorte e degli interessi dei prestiti contratti...?'

¹²¹ Nel caso specifico, la sentenza n. 18/2019 cit. (punto 1.1.) riporta la riflessione preliminare della sezione regionale di controllo, per cui: '...qualora si negasse la legittimazione del remittente a sollevare questione di legittimità costituzionale, la norma applicata, soprattutto ove conducesse ad un giudizio positivo in merito alla PRFP, so collocherebbe in una zona d'ombra, sottratta allo scrutinio di costituzionalità, risultando difficile, se non impossibile, identificare un soggetto diverso dall'ente locale titolare di una situazione giuridica soggettiva di segno opposto e giustiziabile?'

¹²² Già citata.

va di distrarre a titolo di spesa corrente, per un trentennio, delle risorse, invece, necessarie per il ripiano del disavanzo.

L'insostenibilità assiologica e giuridica di tale scelta viene, così, misurata attraverso l'improcrastinabile esigenza di valutare gli effetti dell'azione amministrativa anche nel lungo termine e, dunque, sulle generazioni future¹²³.

La sentenza ha, in particolare, segnalato che l'equilibrio di bilancio è finalizzato a recuperare una 'stabilità economica di media e lunga durata, nell'ambito della quale la responsabilità politica del mandato elettorale si esercita, non solo attraverso il rendiconto del realizzato, ma anche in relazione al consumo delle risorse impiegate'¹²⁴.

E che, in tale direzione, effettivamente, si muovono le fonti legislative attua-

¹²³ La sentenza spicca, infatti, anche per aver attribuito particolare importanza alla cd. responsabilità intergenerazionale, quale nuovo paradigma costituzionale, il quale avvince indissolubilmente ed improcrastinabilmente il diritto con il tempo futuro, nel senso che, in ragione della deperibilità di determinate risorse primarie afferenti a diritti fondamentali (o alla sopravvivenza dello stesso genere umano), della massificazione del ricorso alla tecnologia e della limitatezza delle risorse finanziarie (nonché di altri fattori su cui non è possibile soffermarsi), la produzione della regola giuridica relativa deve tenere conto della modalità di protezione del medesimo bene, interesse o diritto fondamentale anche in relazione alle generazioni future: 'Per quel che concerne la lesione al principio della copertura pluriennale è da sottolineare che la lunghissima dilazione temporale finisce per confliggere anche con elementari principi di equità intergenerazionale, atteso che sugli amministrati futuri verranno a gravare sia risalenti e importanti quote di deficit, sia la restituzione dei prestiti autorizzati nel corso della procedura di rientro dalla norma impugnata. Ciò senza contare gli ulteriori disavanzi che potrebbero maturare negli esercizi intermedi, i quali sarebbero difficilmente separabili e imputabili ai sopravvenuti responsabili' (punto. 5.2, sent. n. 18/2019 cit.). Cfr. su tale paradigma, R. BIFULCO – A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, Jovene, 2008; R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, Milano, 2008, p. 17; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale) (ad vocem)*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, p. 331 ss.; G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli artt. 38, 81 e 97 Cost.*, in *AIC*, 3/2018, p. 627 ss.; C. BUZZACCHI, *Bilancio e stabilità. Oltre l'equilibrio finanziario*, Milano, 2015. Il tema, meritevole di autonomo approfondimento impossibile in questa sede, proiettando il diritto nel tempo futuro, pone numerose problematiche, riguardanti la stessa solidità giuridica della nozione di generazioni future per grandi aree tematiche anche nel diritto amministrativo (es. in materia ambientale o in ambito bioetico); e, certamente, non mancherà, anche sul piano prescelto, di fornire ulteriori spunti di riflessione, sia come parametro di valutazione di costituzionalità della legge da parte della Consulta, sia anche come parametro di legittimità dell'azione amministrativa. Cfr., sul rapporto tra diritto e tempo, T. MARTINES, *Prime osservazioni sul tempo nel diritto costituzionale*, in *Scritti in onore di Salvatore Pugliatti*, III, Milano, 1978, p. 783 ss.; M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, 1994; E. AGIUS, *Obligations of justice towards future generations: a devolution in social and legal thought*, in *Future generations and international law*, a cura di E. AGIUS – S. BUTTUSI, London, 1998, p. 10; G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, 2016. Con specifico riferimento alla rilevanza del fattore temporale nel diritto amministrativo, M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di A. CONTIERI – F. FRANCIOSI – M. IMMORDINO – A. ZITO, Napoli, 2010, pp. 57-94.

¹²⁴ Punto 5, sent. n. 18/2019 cit.

tive dell'art. 81 Cost., accomunate dall'obiettivo di ripianare il disavanzo con misure correttive (*in primis*, autonome dell'ente locale) che intervengano il prima possibile e risolvano la passività, al massimo, nel triennio successivo¹²⁵.

La pronuncia risulta particolarmente interessante ai nostri fini, in quanto da essa si ricava, a ben guardare, un collegamento tematico esplicito tra il 'principio di intangibilità della procedura di predissesto' (o meglio dei nuovi equilibri economico-finanziari ad essa collegati) ed il principio di certezza del diritto, rispetto al quale la Corte dei conti ritiene ordinariamente precluse varianti adattative in sede di esecuzione del piano medesimo¹²⁶.

Questo è minato dal varco legislativo nella barriera di protezione del procedimento di 'bonifica' finanziaria degli enti locali, dovuto alla spinta endogena sopra descritta, in grado di aprirsi pericolosamente a tempi biblici o perfino indeterminabili di copertura del disavanzo, attraverso speciose manovre elusive.

La Corte costituzionale, in occasione della sentenza n. 18/2019, si è sicuramente avveduta che il legislatore nazionale si sta concentrando sulla sede applicativa nevralgica interna della riforma costituzionale, quella amministrativa della procedura di riequilibrio, perchè essa si addentra nel problema pratico della carenza di risorse e investe il nodale problema del *quantum* da destinare a coprire il buco nero del disavanzo.

Dalla lettura della sentenza, si percepisce anche la consapevolezza dell'indispensabilità dell'abbrivio dell'incidente di costituzionalità da parte della Corte dei conti ai fini della tenuta del sistema di garanzia dell'equilibrio di bilancio, in difetto del quale il contrastato meccanismo potrebbe espandersi con facilità, appunto in maniera subdola e sotterranea.

Ma l'elemento ancor più significativo che consente una migliore percezione della funzionalità del dialogo collaborativo, in termini sistematici, proviene dal prosieguo procedurale alla pronuncia di incostituzionalità.

La Corte dei conti funge anche da "valvola di sicurezza" nell'assetto giuridico di tutela dell'equilibrio finanziario e della sostenibilità del debito pubblico, in quanto strutturata anche per la gestione dell'inevitabile vuoto normativo conseguente alla pronuncia di incostituzionalità in materia di applicazione delle disposizioni sul piano di riequilibrio.

Anche in questo caso, seppure in termini diversi, la sua funzione è quella di dissipare l'incertezza giuridica nella materia della contabilità pubblica, mutuando la *ratio* delle regole generali ed ordinarie che la governano.

Nello specifico, con delibera Sez. Autonomie del 12 aprile 2019, n. 8/

¹²⁵ La Corte costituzionale si riferisce, in particolare, agli artt. 9, comma 2, l. 24 dicembre 2012, n. 243; art. 42 d.lgs. n. 118/2011; art. 188 T.U.E.L.; all. 1, n. 8), d.lgs. n. 118/2011.

¹²⁶ Cfr. Corte conti, Sez. Autonomie, 10 aprile 2018, n. 5/SEZAUT/2018/INPR, in *www.corteconti.it*.

SEZAUT/2019/QMIG, pubblicata il 7 maggio 2019¹²⁷, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, la Corte dei conti ha chiarito le conseguenze della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 714, l. n. 208/2015 (modificato dall'art. 1, comma 434, l. n. 232/2016) sui piani di riequilibrio riformulati in base ad essa.

Ha precisato, in particolare, che, nonostante la loro caducazione, essi sono intangibili, ove già approvati, 'relativamente alle sole quote di disavanzo riferite alle annualità il cui ciclo di bilancio si sia chiuso con l'approvazione del rendiconto', mentre l'extra disavanzo, rispetto alle quote già ripianate negli esercizi già chiusi, 'deve essere ammortizzato nel periodo che manca al raggiungimento del limite decennale'¹²⁸.

Invece, nel caso di mancata approvazione della proposta di rimodulazione entro la data di deposito della sentenza n. 18/2019 cit., scatta l'obbligo di adeguamento del piano di riequilibrio alla legislazione vigente¹²⁹.

Esaminando il testo integrale della delibera della Sez. Autonomie, emerge in maniera sempre più nitida l'intensificazione dell'intreccio dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte dei conti di fronte gli attacchi legislativi/governativi all'equilibrio del bilancio.

La Sez. Autonomie riprende esattamente il filo del discorso, dove la Corte costituzionale l'aveva necessariamente interrotto (occupandosi appunto della disciplina dei piani dopo la dichiarazione di incostituzionalità).

La questione, infatti, relativa al vuoto normativo non viene affrontata episo-

¹²⁷ In *www.corteconti.it*.

¹²⁸ In particolare, al punto 5, della deliberazione viene evidenziato che la dichiarazione di incostituzionalità 'non travolge anche gli effetti consolidati negli esercizi già chiusi, nonché gli effetti che, rilevati contabilmente in detti esercizi, hanno già vincolato la programmazione degli esercizi futuri (ad esempio: determinazione del FPV – Fondo pluriennale vincolato, *ndr*; cfr., sul punto, Corte dei conti, Sez. reg. contr. Veneto, del. 14 novembre 2018, n. 439/2018/PAR, in *www.corteconti.it* – consistenza degli accantonamenti, utilizzo di sistemi di copertura per spese di investimento per gli anni successivi a quelli di assunzione delle determinazioni amministrative). Tale conclusione è in linea con l'esclusione della ricorrenza di 'fattispecie legali tipiche di condizioni di dissesto' ed è motivata dal collegamento tra programmazione ed urgenza del rimedio collegato alla criticità della situazione, per cui la conclusione di un determinato esercizio 'determina effetti strutturali sul ciclo di bilancio, sulle previsioni pluriennali di entrata e di spesa, nonché sulla disciplina dei rapporti giuridici patrimoniali nei quali sono declinate le gestioni programmate'. Conseguentemente, viene individuato il termine di approvazione del consuntivo 2018 ex art. 227, comma 2, TUEL, quale 'limite temporale utile ad individuare gli effetti gestionali da conservare'.

¹²⁹ Provvedendo alla rideterminazione del disavanzo da ripianare, risultante dalla sommatoria di due valori: il primo corrispondente al disavanzo da revisione straordinaria dei residui ex art. 243-*bis*, comma 8, lett. e), T.U.E.L.; il secondo corrispondente al maggior disavanzo da riaccertamento straordinario ex art. 3, comma 7, lett. a)-e), d.lgs. n. 118/2011 e dal primo accantonamento al FCDE (Fondo crediti di dubbia esigibilità). Le passività che integrano il disavanzo così rideterminato devono essere ripianate ex art. 1, comma 888, l. n. 205/2017 (cd. legge di bilancio 2018).

dicamente¹³⁰, ma sistematicamente ed in prospettiva nomofilattica per la futura attività di monitoraggio, avente ad oggetto i piani di riequilibrio¹³¹.

L'indirizzo, seppur di generale respiro, rimane condizionato dalla casistica maggiormente significativa, maturata sul campo dalle Sezioni di controllo.

Essa richiama, infatti, due deliberazioni che si sono interrogate, per ragioni di competenza, a distanza ravvicinata l'una dall'altra, proprio sulla sorte della procedura di riequilibrio esaminata, dopo l'intervento abrogativo della sentenza n. 18/2019 cit., dovendo procedere ex art. 243-*quater*, comma 3, T.U.E.L.

In particolare, la deliberazione della Sezione per il controllo per la Campania, 1° marzo 2019, n. 46¹³² ha considerato giuridicamente irrilevante il PRPF rimodulato, alla luce della normativa poi dichiarata incostituzionale.

E la deliberazione della Sezione regionale per il controllo per la Calabria, n. 31/2019, già richiamata¹³³, ha ritenuto che il Piano di riequilibrio rientri nella categoria giuridica dei "rapporti non esauriti", configurandosi alla stregua un rapporto di durata, caratterizzato da un'obbligazione restitutoria di precedenti debiti accumulati assunta dall'ente 'verso se stesso' (o forse verso la collettività?) e dal continuativo monitoraggio da parte dell'organo tutorio, da cui può derivare l'evenienza dell'attivazione della procedura di dissesto.

Trattandosi di rapporto di durata, non vi è alcun margine di applicabilità residua della normativa dichiarata incostituzionale e la delibera consiliare di rimodulazione va dichiarata inefficace.

Tale conclusione viene argomentata *a contrario*, prendendo le mosse dall'insegnamento della giurisprudenza¹³⁴, per il quale la pronuncia di accoglimento

¹³⁰ Ossia su un eventuale ricorso dell'ente locale nei confronti della singola delibera di controllo della sezione regionale della Corte dei conti successiva al deposito della sentenza della Corte costituzionale.

¹³¹ Sul riconoscimento della funzione nomofilattica della Sez. Autonomie della Corte dei conti, cfr. Corte cost. n. 39/2014, cit (punto 8.5).

¹³² Chiamata a riprendere le fila del discorso, dopo aver sollevato l'incidente di costituzionalità esitato nella sent. n. 18/2019. Testo integrale in www.corteconti.it.

¹³³ Nel caso di specie, con deliberazione n. 86/2017, la Sezione aveva approvato la rimodulazione del PRPF, con l'effetto di consentire il recupero del disavanzo risultante dalla revisione straordinaria dei residui ex art. 243-*bis*, comma 8, lett. e), T.U.E.L. in trenta anni, ex art. 1, comma 714, successivamente oggetto della dichiarazione di incostituzionalità. Testo integrale in www.corteconti.it.

¹³⁴ La differenza tra 'rapporti esauriti' e 'rapporti non esauriti' è mutuata da Corte cost., n. 10/2015, cit. richiamata espressamente, laddove si specifica che: 'Il ruolo affidato a questa Corte come custode della Costituzione nella sua integralità impone di evitare che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di una disposizione di legge determini, paradossalmente, «effetti ancor più incompatibili con la Costituzione» (sentenza n. 13 del 2004) di quelli che hanno indotto a censurare la disciplina legislativa. Per evitare che ciò accada, è compito della Corte modulare le proprie decisioni, anche sotto il profilo temporale, in modo da scongiurare che l'affermazione di un principio costituzionale determini il sacrificio di un altro.

Questa Corte ha già chiarito (sentenze n. 49 del 1970, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966) che l'efficacia retroattiva delle pronunce di illegittimità costituzionale è (e non può non essere) principio generale valevole nei giudizi davanti a questa Corte; esso, tuttavia, non è privo di limiti.

della Corte costituzionale ha effetto retroattivo solo per i rapporti ancora pendenti ('rapporti non esauriti') e non per quelli esauriti che rimangono disciplinati dalla normativa successivamente dichiarata incostituzionale.

Anzitutto è pacifico che l'efficacia delle sentenze di accoglimento non retroagisce fino al punto di travolgere le «situazioni giuridiche comunque divenute irrevocabili» ovvero i «rapporti esauriti». Diversamente ne risulterebbe compromessa la certezza dei rapporti giuridici (sentenze n. 49 del 1970, n. 26 del 1969, n. 58 del 1967 e n. 127 del 1966). Pertanto, il principio della retroattività «vale [...] soltanto per i rapporti tuttora pendenti, con conseguente esclusione di quelli esauriti, i quali rimangono regolati dalla legge dichiarata invalida» (sentenza n. 139 del 1984, ripresa da ultimo dalla sentenza n. 1 del 2014). In questi casi, l'individuazione in concreto del limite alla retroattività, dipendendo dalla specifica disciplina di settore – relativa, ad esempio, ai termini di decadenza, prescrizione o inoppugnabilità degli atti amministrativi – che precluda ogni ulteriore azione o rimedio giurisdizionale, rientra nell'ambito dell'ordinaria attività interpretativa di competenza del giudice comune (principio affermato, *ex plurimis*, sin dalle sentenze n. 58 del 1967 e n. 49 del 1970).

Invero, la Corte, nella medesima sentenza, pone l'ulteriore questione della propria legittimazione a configurare limiti ulteriori rispetto a quello dei rapporti esauriti, per 'salvaguardare principi o diritti di rango costituzionale che altrimenti risulterebbero irreparabilmente sacrificati', attraverso la 'graduazione degli effetti temporali delle dichiarazioni di illegittimità costituzionale' (argomentato da sentenze n. 423 e n. 13 del 2004, n. 370 del 2003, n. 416 del 1992, n. 124 del 1991, n. 50 del 1989, n. 501 e n. 266 del 1988 e dalla comparazione con altre Corti costituzionali europee – quali ad esempio quelle austriaca, tedesca, spagnola e portoghese).

L'apertura a tale potere implicito ed autoreferenziale, non può prescindere, però, dalla necessaria interazione tra il principio generale della retroattività (artt. 136 Cost. e 30 della legge n. 87 del 1953) ed il principio di stretta proporzionalità, attraverso la quale verificare due presupposti: l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali i quali, altrimenti, risulterebbero irrimediabilmente compromessi da una decisione di mero accoglimento e la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi sia limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il contemperamento dei valori in gioco.

Nel caso allora oggetto di esame da parte della Consulta, come già accennato in premessa, l'effetto retroattivo della declaratoria di incostituzionalità avrebbe determinato una grave violazione del principio di equilibrio di bilancio, ex art. 81 Cost. (punto 8), il quale 'esige una gradualità nell'attuazione dei valori costituzionali che imponga rilevanti oneri a carico del bilancio statale. Ciò vale a fortiori dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (Introduzione del principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale), che ha riaffermato il necessario rispetto dei principi di equilibrio del bilancio e di sostenibilità del debito pubblico (sentenza n. 88 del 2014). L'impatto macroeconomico delle restituzioni dei versamenti tributari connesse alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 81, commi 16, 17 e 18, del d.l. n. 112 del 2008, e successive modificazioni, determinerebbe, infatti, uno squilibrio del bilancio dello Stato di entità tale da implicare la necessità di una manovra finanziaria aggiuntiva, anche per non venire meno al rispetto dei parametri cui l'Italia si è obbligata in sede di Unione europea e internazionale (artt. 11 e 117, primo comma, Cost.) e, in particolare, delle previsioni annuali e pluriennali indicate nelle leggi di stabilità in cui tale entrata è stata considerata a regime'.

Di qui, la già indicata decisione di dichiarare la cessazione degli effetti delle norme dichiarate illegittime dal giorno della pubblicazione della decisione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica.

La Sezione regionale di controllo per la Calabria ha poi richiamato sulla medesima scia, anche alcune sentenze della Cassazione civile (*ex multis*, Cass. civ., Sez. II, 13 febbraio 1999, n.1203, in *Giur. it.*, 2001, p. 466) che recepiscono la distinzione tra rapporti esauriti e non esauriti.

Pertanto, secondo la suddetta deliberazione, all'inefficacia del PRPF rimodulato deve condivisibilmente seguire la riattivazione di quello precedentemente approvato, con il conseguente obbligo dell'ente locale di recuperare il disavanzo entro il suo termine finale originario, ad esso dovendosi aggiungere la differenza di disavanzo non recuperata (rispetto alla minore quota parte prevista negli esercizi finanziari attuativi del piano rimodulato nel trentennio).

Il recupero del disavanzo deve, pertanto, aggiungersi a quello previsto per l'esercizio finanziario immediatamente successivo (ex artt. 42, comma 12, primo periodo, d.lgs. n. 118/2011 e 188 T.U.E.L.), secondo il principio, peraltro, recentemente espresso dalle Sezioni Riunite della Corte dei conti¹³⁵.

Nonostante gli sforzi interpretativi e la massima attenzione dedicata da Consulta e Corte dei conti, tuttavia, i movimenti tellurici endogeni non accennano a diminuire.

Infatti, l'art. 38, d.l. 30 aprile 2019, n. 34, quasi come nulla fosse, ha introdotto l'ennesima disciplina di sanatoria con riferimento alla procedura *de qua* (commi 2-bis, 2-ter, 2-quater), per "tamponare" gli effetti restrittivi della pronuncia di incostituzionalità dell'art. 1, comma 714, l. n.208/2015 cit.: '2-bis Gli enti locali che hanno proposto la rimodulazione o riformulazione del piano di riequilibrio ai sensi dell'art. 1, comma 714, della legge 28 dicembre 2015, n. 208, entro la data del 14 febbraio 2019 di deposito della sentenza della Corte costituzionale n. 18 del 2019, anche se non ancora approvato dalla competente sezione regionale della Corte dei conti ovvero inciso da provvedimenti conformativi alla predetta sentenza della sezione regionale competente, possono riproporre il piano per adeguarlo alla normativa vigente, secondo la procedura dell'art. 1, commi 888 e 889, della legge 27 dicembre 2017, n. 205. 2-ter La riproposizione di cui al comma 2-bis deve contenere il ricalcolo complessivo del disavanzo già oggetto del piano modificato, nel rispetto della disciplina vigente, ferma restando la disciplina prevista per gli altri disavanzi'.

Come dire: con un colpo di spugna, il legislatore rimescola le carte sulle regole di equilibrio del bilancio, vanifica il lavoro delle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti fin lì faticosamente svolto sulle procedure di riequilibrio, nonché quello nomofilattico della Sezione autonomie; altera il sistema di certezza delle regole di giurisdizione esclusiva in materia contabile, rendendo irrilevanti eventuali determinazioni negative dell'organo tutorio; di fatto "azzerando" gli effetti della citata pronuncia di incostituzionalità della l. n. 208/2015, tramite la riapertura dei termini della l. n. 205/2017 (cd. legge di bilancio 2018, occasionalmente non dichiarata incostituzionale).

Si dà, infatti, la possibilità agli stessi enti che erano stati interessati dalle delibere di controllo della Corte dei conti di sottrarsi all'impegno preso con il

¹³⁵ Corte conti, SS.RR., 15 gennaio 2019, n. 1/2019/EL, in www.corteconti.it.

piano di riequilibrio previgente rispetto alla normativa incostituzionale (secondo l'indirizzo offerto dalla sopra indicata deliberazione della Sezione Autonomie n. 8/19), attraverso la concessione dell'ennesima facoltà di riproposizione/rimodulazione del piano ricorrendo ad una disciplina (quella della legge di bilancio 2017) i cui termini erano abbondantemente scaduti – oltre che fondati, a loro volta, su diversi presupposti temporali – e, per di più, senza imporre il riconteggio dell'intero disavanzo, ossia limitandosi al disavanzo registrato nel primigenio piano di riequilibrio.

Colpisce il tempismo della manovra che è immediatamente successiva alla pubblicazione (7 maggio 2019) della citata deliberazione della Sezione Autonomie della Corte dei conti, n. 8/19; infatti, i predetti commi non erano contenuti nel d.l. 30 aprile 2019, n. 34, ma sono stati inseriti dall'art. 1, comma 1, l. 28 giugno 2019, n. 58 di conversione.

È quasi inutile dire che anche questa norma è stata immediatamente sottoposta al vaglio della Consulta, da parte di una delle due Sezioni regionali maggiormente attive sul campo, quella per la Calabria, in considerazione del fatto che la manovra governativa è evidentemente indirizzata anche ad un ente locale sottoposto al suo controllo¹³⁶ (ex comma 2-*quater*, d.l. n. 34/2019)¹³⁷.

Nel caso di specie, infatti, la Sezione regionale della Corte dei conti per la Calabria è incappata a pieno nel segnalato paradosso di sistema determinato dall'antinomia normativa.

Essa, infatti, prima non aveva approvato la rimodulazione operata dal Comune monitorato, ai sensi della l. n. 208/2015; tale diniego era divenuto definitivo dopo il rigetto del ricorso da parte del Comune alle Sezioni riunite; con la novella introdotta dall'art.1, comma 434, l. n. 232/2016 sull'art. 1, comma 714, l. n. 205/2015, la Sezione aveva approvato la rimodulazione; dopo la dichiarazione di incostituzionalità (Corte cost. n. 18/2019) della suddetta norma sulla base della quale era stata approvata la rimodulazione, la Sezione, con la citata delibera n. 31/2019, non impugnata e divenuta, pertanto, definitiva, ne aveva

¹³⁶ Corte dei conti, Sez. regionale Calabria, ordinanza del 26 agosto 2019, n. 108, in *www.corteconti.it*.

¹³⁷ Il comma 2-*quater* così dispone: «Le rimodulazioni di cui ai commi 2-*bis* e 2-*ter* non sospendono le azioni esecutive e, considerata la situazione di eccezionale urgenza, sono oggetto di approvazione o di diniego della competente sezione regionale della Corte dei conti entro 20 giorni dalla ricezione dell'atto deliberativo del consiglio comunale. Per i piani per cui è pendente la fase istruttoria presso la Commissione di cui all'art. 155 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, la Commissione predetta è tenuta a concludere la fase istruttoria entro venti giorni dalla ricezione delle deliberazioni di cui ai commi 2-*bis* e 2-*ter*. Entro i successivi cinque giorni, la Commissione invia le proprie considerazioni istruttorie conclusive alla competente sezione regionale della Corte dei conti, che provvede all'approvazione o al diniego del piano di riequilibrio riformulato entro venti giorni dalla ricezione degli atti».

dichiarato l'inefficacia, con la riespansione del piano di riequilibrio *ab origine* approvato (ovviamente con ritmo di rientro molto più serrato); dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 34/19, il Comune ha esercitato la nuova facoltà di rimodulazione del piano; a questo punto la Sezione regionale ha sollevato l'incidente di costituzionalità.

L'organo tutorio ha lamentato, nel caso specifico, che l'ultima novella consente la riscrittura del PRFP solo nel senso di raddoppiarne il termine massimo di durata del tempo di ripiano del risalente disavanzo originario (da dieci a venti anni), 'in assenza di qualsivoglia giustificazione se non quella riconducibile all'insostenibilità del progetto di risanamento e ad evitare conseguenze come quella del dissesto finanziario'¹³⁸.

E ne ha rilevato pertanto, sulla falsariga della sentenza della Corte costituzionale n. 18/2019 cit., il contrasto con il principio di equilibrio di bilancio¹³⁹ per i suoi riflessi negativi sulle generazioni future, anche in ragione dell'aumento di disponibilità di risorse di bilancio, prima vincolate all'abbattimento del debito.

Ha, infatti, evidenziato l'organo remittente che la novella non prevede la variazione dell'intero percorso di risanamento (anzi preclude il computo di disavanzo ultroneo ai fini del complessivo alleggerimento della posizione debitoria dell'ente locale ex, comma 2-ter), ma solo la "spalmatura" nel tempo del disavanzo originario (nel caso di specie, addirittura registrato nel lontano 2012)¹⁴⁰, rendendo 'praticamente impossibile alla Sezione di controllo la verifica della congruità della pianificazione, nonché del futuro rispetto degli "obiettivi intermedi" e di quelli "finali" di cui all'art. 243-*quater*, comma 6, T.U.E.L.'¹⁴¹.

La linea dialogica con la Corte costituzionale prosegue, dunque, col recupero dell'argomento centrale della sentenza n. 18 del 2019, ossia quello del doveroso rispetto del principio di intangibilità del piano, tramite l'osservanza delle

¹³⁸ Ord. n. 108 cit., p. 17.

¹³⁹ La sezione regionale assume il contrasto tra l'art. 38, commi 2-*bis* e 2-*ter*, in combinato disposto con il comma 1-*terdecies* (quello sull'ampliamento su base demografica della griglia dei Comuni beneficiari della facoltà di riproposizione del piano), d.l.n. 34/2019, conv. con mod. in l.n. 58/2019 rispetto agli artt. 81, 97, comma 1, e 117, comma 1, Cost., 'per violazione del parametro interposto del Preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e dell'art. 3 del Trattato consolidato dell'Unione europea, nonché dell'art. 119, comma 6, in combinato disposto con gli artt. 1, 2 e 3 Cost.'. Nel caso di specie, la facoltà è stata concessa, perché con lo stesso d.l. n. 34/19 ha contestualmente modificato, come già spiegato, la griglia degli enti legittimati alla riformulazione, includendo nel ripiano ventennale i Comuni con popolazione superiore ai 60.000, con un rapporto tra impegno di spesa – di cui al titolo I dell'ultimo rendiconto approvato -ed il disavanzo già oggetto del piano modificato è superiore al 60%.

¹⁴⁰ Evidenzia la Sez. (p. 37) che la novella 'impone un improbabile raffronto tra un dato del passato (disavanzo accertato nel 2012, ndr.) e un dato del presente (gli impegni del Titolo I della spesa dell'ultimo rendiconto approvato...al 31.12.2018); ciò al solo scopo di allungare il ripiano di un deficit che, pur originato nel passato, non è più lo stesso del PRFP un tempo approvato'.

¹⁴¹ Ord. n. 108, cit., p. 46.

regole ordinarie di natura contabile sul rientro del disavanzo filo-europeiste (art. 188 T.U.E.L., art. 42, d.lgs. n. 118/2011; art. 9, comma 2, l. n. 243/2012) proprio al fine di consentirne il monitoraggio di competenza.

La considerazione decisiva risiede proprio nella *ratio* originaria dell'istituto del piano di riequilibrio, ossia che esso mira non alla mera rateizzazione del debito, ma 'deve prevedere anche l'adozione di misure strutturali che evitino il riformarsi dei debiti'¹⁴².

Con la conseguenza che il mantenimento *ex lege* di 'una pianificazione-programmazione decennale configge frontalmente con un recupero del disavanzo ventennale' e che 'proprio tale discrasia...preclude sostanzialmente alla Sezione la funzione di verifica di legalità finanziaria finalizzata ad attestare la correttezza del percorso di risanamento'¹⁴³.

La Sezione ha conseguentemente e condivisibilmente lamentato la violazione del principio generale di intangibilità della procedura di riequilibrio, improntato ad esigenze di certezza, la cui compromissione nel caso di specie è, se possibile, aggravata, dalla particolare aggressività della normativa nei confronti di un altro pilastro di certezza del nuovo sistema contabile, ossia l'indicata giurisdizione esclusiva della Corte dei conti sui piani di riequilibrio.

Secondo questo meccanismo, decorsi i termini di impugnativa alle Sezioni Riunite o una volta esperito infruttuosamente il ricorso innanzi alle medesime, la decisione in sede di controllo diviene definitiva, ossia preclusiva di una diversa regola di equilibrio contabile (pur non avendo la veste formale di giudicato)¹⁴⁴.

Nel caso di specie, la deliberazione n. 31/2019 sopra citata (intervenuta per colmare il vuoto di tutela successivo alla sentenza n. 18/2019) è stato uno dei 'provvedimenti conformativi' divenuti superabili dalla sopravvenienza normativa (art. 38, comma 2-*bis*, d.l. n. 34/2019 cit.), nonostante, peraltro, fosse divenuto inoppugnabile per mancata proposizione del ricorso nei termini di legge (art. 243-*quater*, comma 5, T.U.E.L.).

Infine, la Sezione remittente ha rafforzato la linea di contrasto alla normativa derogatoria interna formalmente inaugurata dalla Corte costituzionale nella sent. n. 18/2019 che, nella sua continuità, rende incerta, se non impossibile 'la

¹⁴² Ord. n. 108, cit., p. 23

¹⁴³ Ord. n. 108, cit., p. 23.

¹⁴⁴ Sotto tale profilo, l'ordinanza di rimessione ha rilevato il contrasto tra l'art. 38, comma 2-*bis*, d.l. n. 34/2019 conv. in l. n. 58/2019 con il principio di ragionevolezza e certezza del diritto (art. 3 Cost.) e quello di separazione dei poteri, nonché con l'effettività della tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) e del giusto processo (art. 111 Cost.): 'non può ritenersi che evitare lo stato di dissesto finanziario – o, peggio ancora, consentire che alcuni Enti possano godere di un "alleggerimento" del proprio percorso di risanamento, così da poter utilizzare le "risorse liberate" non per un doveroso riequilibrio del bilancio ma per ampliare la propria capacità di spesa in condizioni di già conclamato squilibrio strutturale – costituisca un valore degno di tutela costituzionale' (ord. n. 108, cit., p. 51).

verifica dello stato di salute finanziaria dell'Ente¹⁴⁵, facendo anche leva sulla ritenuta insussistenza nel caso di specie, dei presupposti della decretazione d'urgenza, in violazione dell'art. 77 Cost.

7. Conclusioni

È pronosticabile che la Consulta ritenga fondata la questione di legittimità costituzionale.

Ma, volendo, rassegnare alcune riflessioni conclusive sul tema, non sembra che questo sia il punto, nel senso che il problema non sarebbe risolto definitivamente né nella superiore evenienza né tantomeno (al contrario ne avrebbe un aggravamento) in ipotesi di rigetto.

Il punto è interrogarsi sulle ragioni della tensione antagonistica delle due spinte normative sopra individuate.

La soluzione sta, infatti, ad avviso di chi scrive, nel comprendere che anche la spinta endogena, per quanto irrazionale, disordinata, tecnicamente repellente e foriera di incertezza giuridica, deriva da uno stato di necessità che, se non la "scrimina" totalmente, tuttavia, le concede un margine di comprensibilità.

Essa è la risposta scomposta di un ordinamento costretto ad accettare parametri etero imposti, con la preterizione di un dato fondamentale di oggettiva evidenza.

La spinta endogena governativa muove, infatti, dalla rilevazione statistica della generale inadeguatezza dell'ente locale al reperimento delle risorse finanziarie idonee a mantenere il ritmo di rientro dal disavanzo imposto dai parametri sovranazionali e, contemporaneamente, un'autosufficienza nell'erogazione dei livelli essenziali delle prestazioni nei confronti della collettività.

Allo stato attuale, tale dato è rimasto invariato, nonostante le continue manovre normative finalizzate al taglio delle spese inutili, alla moralizzazione dei dipendenti pubblici e degli amministratori locali, alla trasparenza della spesa pubblica, all'evidenziazione contabile del reale stato di disavanzo dell'ente locale, alla dismissione del patrimonio immobiliare, alla lotta alla corruzione, all'inasprimento dei trattamenti sanzionatori sul versante amministrativo e su quello penale.

Né ha alcun rilievo, al fine di sfocare la rilevanza nodale, la circostanza che tale inadeguatezza finanziaria si sia cronicizzata, a causa della deprecabile abitudine di coprire le spese con insostenibili ed irresponsabili meccanismi di indebitamento nei decenni passati.

Costituisce un cruccio, ed allo stesso tempo, la presa di coscienza di un punto di non ritorno rispetto ad un modello irrecuperabilmente negativo e for-

¹⁴⁵ E con essa la soddisfazione dei diritti sociali finanziariamente condizionati, oltre che le pretese creditorie; cfr. ord. n. 108 cit., p. 52.

temente pregiudizievole, ma non fornisce una soluzione al problema connesso all'inadeguatezza finanziaria degli enti locali, i quali, condotti sui binari della sussidiarietà e del federalismo fiscale, sono stati gravati dell'eccessivo onere di ripristinare i danni "da indebitamento passato".

La coperta è troppo corta e di fronte all'inadeguatezza finanziaria deve trovarsi una soluzione definitiva.

Se anche la crisi è stata costituzionalizzata, come abbiamo evidenziato in premessa al nostro lavoro, significa che di fronte ad un fenomeno strutturale, non può più tergiversarsi sul problema centrale: quello di individuare lo strumento di risoluzione del problema esterno alla dimensione locale, attraverso il quale accrescere le entrate comunali con fondi vincolati al ripiano del disavanzo reale.

L'alternativa inopinata è quella di assistere, nei decenni a venire, all'aumento esponenziale di enti in stato di pre-dissesto o in stato di dissesto, e con essi di una collettività amministrata cronicamente insoddisfatta nei propri bisogni e sempre in maniera crescente, con una miriade di creditori degli enti che rischiano di incappare, a loro volta, nel *default* finanziario¹⁴⁶.

Di fronte a tale situazione, anche l'eccellente funzionamento del rapporto dialettico Consulta-Corte dei conti non porterebbe, alla lunga, ad alcun risultato positivo, in termini di rafforzamento del sistema di protezione dell'equilibrio di bilancio.

Infatti, il massimo effetto pronosticabile della difesa delle ordinarie regole istituzionali è quello della finale neutralizzazione dell'andamento "ordinariamente" derogatorio della contropinta normativa interna, o, ancor di più, quello di mettere in discussione la legittimità costituzionale dell'intero istituto del piano di riequilibrio, di fronte alla sua alterazione morfologica.

È evidente che neanche in questo caso si scongiurerebbe l'inevitabile lievitazione delle dichiarazioni di dissesto, senza pervenirsi, per tale via, alla soluzione di ristabilire il buon andamento, anche finanziario, a livello locale.

Che il sistema interno posto al presidio dell'equilibrio di bilancio sia sotto pressione costante, se non prossimo al collasso, deve fare riflettere su un profilo basilare di ogni sistema giuridico, ossia la sua kelseniana tendenza all'ordine.

Di fronte ad essa, si impone allora una seria riflessione sulla corrispondenza ai precetti fondamentali dell'ordinamento giuridico europeo della prescrizione di regole, in nome dell'unitarietà e dell'omologazione, ai suoi componenti, il cui solo tentativo di attuazione li spinga verso la disfunzione cronica, intesa come mancato godimento dei diritti fondamentali e sociali – *in primis* – nel tempo presente e, purtroppo, in quello futuro.

¹⁴⁶ E ciò in considerazione del blocco delle azioni esecutive dovute sia al regime del piano di riequilibrio, sia alle continue proroghe e dilatazioni temporali dovute alle riformulazioni che di fatto sospendono *sine die* le azioni esecutive, a meno di specifica previsione contraria, come è accaduto nell'ultima novella.

Pare evidente, allora che la sede per discutere oggi dell'equilibrio di bilancio non è quella locale, né è esaustivo il meccanismo dell'incidente di costituzionalità – la cui efficacia è affidata anche all'episodicità dell'iniziativa e, comunque, non è risolutiva – ma è quella sovranazionale, per poter individuare, in collaborazione con lo Stato ed andando oltre il recepimento passivo di coefficienti numerici, lo strumento finanziario necessario per fronteggiare un altrimenti insormontabile ostacolo.

Del resto, a ben guardare, il problema dell'indebitamento degli enti locali italiani deve interessare non solo lo Stato, intaccando i livelli essenziali delle prestazioni, ma anche e necessariamente l'Unione europea, di fronte all'innegabile evidenza di una ragione di grave discriminazione che si sta consumando e si consumerà a danno di parte della “sua” comunità presente e futura.

Abstract

About the Italian 'short blanket' syndrome in the application of rebalancing financial rules by the competent municipal authority: from the economic crisis in the Constitution to the 'accounting' administrative model's inadequacy

by Francesco Siciliano

The work is about the contradiction between the Italian Constitutional reform in the 2012 – introducing the principle of balanced budget, as a necessary effort to improve the efficiency and effectiveness of public administration against the economic crisis – and the research of the optimum legal solution to reinforce the commitment to finally reduce the huge public debt, as it was accumulated over a long time ago.

In this way, the 'short blanket' syndrome depicts, by the author, the evidence of an 'accounting' administrative model's inadequacy in Italy at municipal's governance level, where, nowadays, the public administration is not really able to satisfy citizens' fundamental needs or credits, because of the duty of setting aside money to rebalance public debt.

The result is a silent struggle between the restrictive rules of European legislative framework, transposed in Italian Constitution and in its implementing laws to remove public debt and an Italian framework, apparently in compliance with international rules, but actually derogatory in order to application of rebalancing rules by the competent municipal authorities (artt. 243-*bis* e 243-*quater*, T.U.E.L.), with the aim to find much public money to satisfy citizen's needs and rights by extending timeline to write off public debt.

So the 'short blanket' syndrome is increasingly checked by Italian Constitutional Court and Court of Auditors, also taking care of potential damages for future generations.

In this way, legal uncertainty grows up day by day and, over all, the administrative model doesn't receive any benefit or any definitive solution, that could be found, by the author, only at European and state governance levels.

Parole chiave: procedura di riequilibrio, Comune, costituzionalizzazione della crisi economica, inadeguatezza del nuovo modello di amministrazione 'contabile'.

Keywords: rebalancing rules, municipal authority, inclusion in the Constitution of economic crisis, new 'accounting' administrative model's inadequacy.

Un'introduzione allo studio delle reti di imprese come modello di sviluppo per le aree interne

di Luca Di Salvatore

SOMMARIO: 1. Il capitale naturale e umano nelle aree interne: un patrimonio da gestire e valorizzare. – 2. Dai distretti industriali alle reti di imprese. – 3. Il contratto di rete quale strumento di cooperazione tra imprese. – 4. La disciplina specifica per le reti agricole. – 5. Dalla rigenerazione urbana alla rigenerazione dei territori: il ruolo dei privati. – 6. L'importanza del contratto di rete per lo sviluppo delle aree interne.

1. *Il capitale naturale e umano nelle aree interne: un patrimonio da gestire e valorizzare*

Le c.d. “Aree interne” rappresentano quella parte del territorio nazionale, ampia e assai diversificata, «distante dai centri di agglomerazione e di servizio e con traiettorie di sviluppo instabili ma al tempo stesso dotata di risorse che mancano nelle aree centrali, “rugosa”, con problemi demografici ma al tempo stesso fortemente policentrica e con elevato potenziale di attrazione»¹. Più precisamente, si tratta di quelle aree significativamente distanti dai centri di offerta dei servizi essenziali (istruzione, salute, mobilità), risultanti dalla somma tra aree intermedie, aree periferiche e aree ultra-periferiche, che ospitano il 23% della popolazione, pari a oltre 13.5 milioni di abitanti, e occupano una porzione del territorio che supera il 60% della superficie nazionale². Sono territori caratte-

¹ Così F. BARCA, *Metodi e obiettivi per un uso efficace dei fondi comunitari 2014-2020. Documento di apertura del confronto pubblico*, in www.minr.gov.it, 27 dicembre 2012, 12. Il documento, elaborato dall'allora Ministro per la Coesione Territoriale Fabrizio Barca, d'intesa con i Ministri del Lavoro e delle Politiche Sociali e delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali, propone un approccio innovativo alla gestione dei fondi comunitari e al raggiungimento degli obiettivi di coesione e sviluppo posti dalla programmazione 2014-2020. Nonostante il documento non preveda una strategia generale per l'uso dei Fondi comunitari, esso individua per la discussione tre opzioni strategiche: Mezzogiorno, città, aree interne.

² È questa la definizione di aree interne contenuta nella Strategia Nazionale per le Aree Interne (SNAI) (*infra* nota n. 7). Una diversa nozione di aree interne (o zone interne) si rinveniva nella normativa (ormai abrogata) relativa all'intervento straordinario nel Mezzogiorno (l. 1° marzo 1986, n. 64). In particolare, il Programma triennale di sviluppo del Mezzogiorno 1987-1989, approvato con delibera CIPE del 29 novembre 1986, definiva zone interne «tutti i comuni ricadenti nelle comunità montane o classificati particolarmente depressi dalla legge 717/65» (Sub-azione 6.3: Interventi nelle zone interne). Il concetto di aree interne pertanto è di derivazione meridionalista e nasce per correggere, attraverso un'azione organica a favore di tali territori, quelle forme di sviluppo a “pelle di leopardo” che hanno emarginato le zone più povere del Sud favorendo un'emigrazione del tutto incontrollata e aggravando drammaticamente situazioni di depressioni e di miseria. Sul punto si veda M. ROSSI DORIA, *Una politica per le zone interne negli anni Ottanta (1981)*, in M. ROSSI

rizzati da condizioni di svantaggio infrastrutturale e socio-economico, ma nel contempo ricchi di importanti risorse ambientali e culturali³.

Le «terre d'osso», lontane dalla «polpa» rappresentata dai territori di sviluppo economico e sociale⁴, hanno subito gradualmente, a partire dai primi anni Cinquanta del '900, un processo di marginalizzazione segnato, in particolare, dal calo della popolazione, dalla riduzione dell'occupazione e dell'utilizzo del territorio, dai costi sociali per l'intera Nazione (quali il dissesto idrogeologico e il degrado del patrimonio culturale e paesaggistico)⁵. Per molti anni, pertanto, le aree interne sono state considerate solo come zone marginali e difficili, luoghi segnati dallo spopolamento e dall'abbandono delle attività produttive, territori nei quali intervenire secondo logiche assistenziali, piuttosto che mediante precise strategie di programmazione.

La politica relativa alle aree interne⁶, inaugurata con la predisposizione di una apposita Strategia nazionale (SNAI)⁷, si propone di superare le precedenti

DORIA, *Cinquant'anni di bonifica*, a cura di G.G. Dell'Angelo, Laterza, 1989, 384 ss.

³ Si veda, tra i tanti, C. CARLUCCI, S. LUCATELLI, *Aree interne: un potenziale per la crescita economica del Paese*, in *Agriregionieuropa*, n. 34, 2013; G. VIESTI, *Mungere le vacche nell'economia della conoscenza: il rilancio delle aree interne italiane*, Lectio Inauguralis del Centro di Ricerca per le Aree Interne e gli Appennini dell'Università degli Studi del Molise, Campobasso, 22 aprile 2016, in *Rivista economica del Mezzogiorno*, n. 2-3, 2016, 567 ss.; M. MARCHETTI, *La questione delle Aree Interne, sfida e opportunità per il Paese e per il settore forestale*, in *Forest@*, n. 13, 2016, 35 ss.; M. MARCHETTI, S. PANUNZI, R. PAZZAGLI, *Introduzione*, in *Aree interne. Per una rinascita dei territori rurali e montani*, a cura di M. Marchetti, S. Panunzi, R. Pazzagli, Rubbettino, 2017, 12.

⁴ Così M. ROSSI DORIA, *Dieci anni di politica agraria*, Laterza, 1958.

⁵ Sul punto si veda R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2017, 644 ss.

⁶ La politica per le aree interne affonda le proprie radici nella più generale strategia per la "coesione territoriale basata sui luoghi". Si veda F. BARCA, *An Agenda for a reformed cohesion policy. A place-based approach to meeting European Union challenges and expectations*, Independent Report, in *ec.europa.eu*, aprile 2009. Il c.d. Rapporto Barca definisce la politica *place-based* come «una strategia a lungo termine finalizzata ad affrontare la persistente esclusione sociale in specifici luoghi attraverso interventi esterni e una *governance* multilivello». Tale politica promuove la fornitura di beni e servizi pubblici integrati adattati ai contesti e mira a innescare cambiamenti istituzionali.

⁷ Strategia Nazionale per le Aree Interne: definizione, obiettivi, strumenti e *governance*, Materiali UVAL, 2014. La struttura di *governance* della Strategia è stata individuata attraverso la costituzione di un apposito "Comitato tecnico aree interne" (CTAI), coordinato dal Dipartimento per le politiche di coesione della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Sulla SNAI si veda, *ex plurimis*, F. BARCA, *Un progetto per le "aree interne" dell'Italia*, in *Aree interne e progetti d'area*, a cura di B. Meloni, Rosenberg & Sellier, 2015, 29 ss.; S. LUCATELLI, *La strategia nazionale, il riconoscimento delle aree interne*, in *Territorio*, n. 74, 2015, 80 ss.; F. MANTINO, S. LUCATELLI, *Le aree interne in Italia: un laboratorio per lo sviluppo locale*, in *Agriregionieuropa*, n. 45, 2016; G. CARROSI, *L'innovazione che viene dalla periferia: welfare e Strategia Nazionale Aree Interne*, in *Agriregionieuropa*, n. 45, 2016; E. BORGHI, *Piccole Italie. Le aree interne e la questione territoriale*, Donzelli, 2017; G. CARROSI, S. LUCATELLI, F. BARCA, *Le aree interne da luogo di disuguaglianza a opportunità per il paese*, in *Le carte sostenibili dell'Italia*, a cura di L. Paolazzi, T. Gargiulo, M. Sylos Labini, Marsilio, 2018, 167 ss.

logiche redistributive tradizionali per individuare nuovi modelli di intervento, nuove linee di sviluppo di questi territori a partire dal riassetto istituzionale, alla tutela del territorio, al pagamento dei servizi ecosistemici, alla sostenibilità ambientale, ai sistemi agro-alimentari, alla valorizzazione delle risorse naturali e culturali. L'obiettivo è quello di contrastare i problemi demografici e di rilanciare (*rectius*, rigenerare) le aree interne del nostro Paese, implementando uno sviluppo sostenibile del territorio e valorizzando i beni e i servizi ambientali. Dal punto di vista ambientale, le aree interne costituiscono la più grande infrastruttura verde del Paese e, in quanto tali, forniscono tutta una serie di beni e servizi (di mercato e non) indispensabili per il benessere della collettività.

Il legislatore, soprattutto negli ultimi anni, ha cercato di valorizzare il capitale naturale attraverso una serie di previsioni dirette, da un lato, al recupero e alla salvaguardia dei sistemi ecologici e dei servizi da essi forniti, dall'altro, a garantire la gestione del patrimonio rurale e forestale nella prospettiva dell'efficienza e della sostenibilità ambientale.

Quanto ai beni pubblici "senza prezzo", ovvero non monetizzati e difficilmente monetizzabili (ecosistemi naturali che erogano i relativi servizi ambientali), il legislatore, con l'art. 70, l. 28 dicembre 2015, n. 221 (c.d. Collegato Ambientale 2016), ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi per l'introduzione di un sistema di pagamento dei servizi ecosistemici e ambientali (PSEA)⁸. La traduzione dei valori ambientali non di mercato in reali incentivi finanziari per coloro che, attraverso certificazioni volontarie e buone pratiche, promuovano e favoriscano il mantenimento delle molteplici funzioni ecologiche offerte dalla biodiversità e dal capitale naturale, può rappresentare un efficiente strumento di gestione delle risorse naturali⁹.

In materia di sostenibilità ambientale e sviluppo sostenibile, la stessa l. n. 221/2015 ("*Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali?*") ha dato il via all'istituzione delle "Oil free zone" (art. 71)¹⁰ e ha disposto che il Dipartimento per gli affari

⁸ Il Governo, sebbene delegato ad adottare uno o più decreti legislativi entro sei mesi dall'entrata in vigore della legge (2 febbraio 2016), non ha provveduto ad esercitare la funzione delegata.

⁹ Sui sistemi di pagamento dei servizi ecosistemici e ambientali si veda, tra i tanti, M. CAFA-GNO, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Giappichelli, 2007; S. WUNDER, *Necessary conditions for Ecosystem Service Payments*, Conference Paper, *Economics and conservation in the Tropics: A Strategic Dialogue*, 2008; R. MURADIAN *et al.*, *Payments for ecosystem services and the fatal attraction of win-win solutions*, in *Conservation Letters* 6:4, 2013, 274 ss.; D. MARINO (a cura di), *I pagamenti dei servizi ecosistemici in Italia dalla sperimentazione all'applicazione attraverso il progetto LIFE + MGN*, in *CURSA pas(SAGGI)*, n. 8, 2017.

¹⁰ Le *Oil free zone* sono aree territoriali nelle quali si prevede la progressiva sostituzione del petrolio con energie provenienti da fonti rinnovabili (come quella eolica, idroelettrica o da biomasse). La costituzione di tali aree è promossa dai Comuni interessati, in alcuni casi d'intesa con gli enti parchi. Interessante è il progetto *Oil free zone* intrapreso nel Primiero-Vanoi.

regionali e le autonomie della Presidenza del Consiglio dei Ministri promuova la predisposizione della “Strategia nazionale delle *Green community*” (art. 72). La strategia ha come scopo principale quello di potenziare il valore dei territori rurali e di montagna che «intendono sfruttare in modo equilibrato le risorse principali di cui dispongono, tra cui in primo luogo acqua, boschi e paesaggio, e aprire un nuovo rapporto sussidiario e di scambio con le comunità urbane e metropolitane»¹¹, attraverso l’elaborazione di un piano di sviluppo sostenibile dal punto di vista energetico, ambientale ed economico in diversi campi (patrimonio agro-forestale, gestione della biodiversità, risorse idriche, turismo sostenibile, attività produttive, imprese agricole sostenibili, ecc.). La strategia, in linea con lo spirito della *green economy*, dovrebbe offrire un quadro di riferimento per quelle Comunità rurali e montane che vogliono puntare alla valorizzazione dei propri territori attraverso l’utilizzo sostenibile del capitale naturale di cui dispongono e la realizzazione di modelli di produzione innovativi e sostenibili¹².

In assoluta sinergia con le iniziative avviate dal c.d. Collegato Ambientale 2016, dalla “Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile”¹³ e dalla c.d. legge sui piccoli Comuni¹⁴ (*infra*, § 5.) si pone il recente Testo Unico in materia di foreste e filiere forestali (d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34).

Il T.U., che sostituisce e riprende in parte quanto previsto dalla precedente normativa di settore (d.lgs. n. 227/2001), attua il riordino della materia nazionale di indirizzo nel rispetto delle nuove politiche europee in tema di gestione forestale sostenibile, tutela del paesaggio, conservazione dell’ambiente, sviluppo sostenibile, commercio e trasformazione dei prodotti forestali¹⁵. Il nuovo codice

¹¹ Art. 72, comma 2, l. n. 221/2015.

¹² Così C. LOSAVIO, *Il valore dei territori rurali e montani. Verso un strategia nazionale delle Green Communities*, in www.issirfa.cnr.it, 2017. Quanto alla realizzazione della strategia sul territorio, l’art. 72 della l. n. 221/2015 prevede che siano le Regioni e le Province Autonome a dover individuare con legge i tempi, le risorse e le modalità di implementazione della stessa, mentre spetta alle Unioni dei Comuni, sulla base di tali leggi, promuoverne l’attuazione concreta sui territori.

¹³ MINISTERO DELL’AMBIENTE E DELLA TUTELA DEL TERRITORIO E DEL MARE, *Strategia nazionale per lo sviluppo sostenibile*, ottobre 2017. La Strategia, approvata dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) il 22 dicembre 2017, è articolata in cinque aree tematiche (Persone, Pianeta, Prosperità, Pace e Partnership) e costituisce lo strumento per indirizzare le politiche, i programmi e gli interventi volti alla promozione dello sviluppo sostenibile in Italia in sintonia con gli accordi internazionali.

¹⁴ Legge 6 ottobre 2017, n. 158, recante “*Misure per il sostegno e la valorizzazione dei piccoli comuni, nonché disposizioni per la riqualificazione e il recupero dei centri storici dei medesimi comuni*”.

¹⁵ Così P. CORONA, *Un nuovo Testo Unico per una gestione forestale sostenibile*, in *Terra e Vita*, 13 aprile 2018. Sulle novità introdotte dal d.lgs. n. 34/2018 si veda, *ex plurimis*, N. FERRUCCI, *Il nuovo testo unico in materia di foreste e di filiere forestali: una prima lettura*, in *Diritto Agroalimentare*, n. 2, 2018, 265 ss.; R. ROMANO, *Il Testo unico in materia di foreste e filiere forestali*, in *Agriregionieuropa*, n. 54, 2018; M. MARCHETTI, *Il nuovo Codice Forestale Nazionale, un testo di legge molto incoraggiante*, in *Forest@*, n. 15,

forestale nazionale ha come obiettivo quello di valorizzare sia la tutela e la conservazione ambientale sia la gestione produttiva dei sistemi forestali, mirando così a preservare e mantenere l'antico connubio tra Uomo e Natura fatto allo stesso tempo di utilizzo e conservazione¹⁶. Tra i tanti aspetti innovativi presenti nel T.U. si segnala l'introduzione della definizione di "impresa forestale", per la prima volta concretamente codificata¹⁷.

Al di là delle importanti previsioni introdotte dal legislatore volte a favorire una gestione efficiente e sostenibile del capitale naturale, la rigenerazione dei territori rurali e montani del nostro Paese richiede un «ri-orientamento dei modelli economici»¹⁸.

Una delle strade indicate dalla SNAI per lo sviluppo economico delle aree interne è quella del partenariato tra le imprese (*in primis*, tra quelle del settore primario¹⁹). In particolare, la Strategia Nazionale promuove la valorizzazione dei sistemi agro-alimentari mediante la costituzione di forme *partenariali* in grado di garantire una «stretta cooperazione tra produzione primaria, trasformazione e commercializzazione» e l'attivazione di filiere di energie rinnovabili²⁰. La cooperazione tra i diversi operatori economici, necessaria per introdurre innovazioni di processo e di prodotto anche attraverso l'utilizzo di nuove e più sostenibili tecnologie di produzione e trasformazione dei prodotti agricoli e alimentari, può consentire di sfruttare al meglio il potenziale produttivo del patrimonio agricolo-forestale, con ricadute positive sia in termini di redditività netta della terra sia sul versante occupazionale. L'individuazione di modelli imprenditoriali innovativi, che permettano alle organizzazioni produttive localizzate nelle aree interne (per la gran parte micro, piccole e medie imprese) di cooperare tra loro

2018, 18 ss.; N. FERRUCCI (a cura di), *Diritto forestale e ambientale. Profili di diritto nazionale ed europeo*, Giappichelli, 2018; AA.VV., *Foreste e filiere forestali. D.Lgs. 3 aprile 2018, n. 34. Testo Unico in materia di Foreste e Filiere forestali*, Key Editore, 2019.

¹⁶ Cfr. M. MARCHETTI, *Il nuovo Codice Forestale Nazionale, un testo di legge molto incoraggiante*, cit., 18.

¹⁷ L'art. 3, comma 2, lett. q), d.lgs. n. 34/2018, definisce "impresa forestale" l'«impresa iscritta nel registro di cui all'articolo 8 della legge 29 dicembre 1993, n. 580, che esercita prevalentemente attività di gestione forestale, fornendo anche servizi in ambito forestale e ambientale e che risulti iscritta negli elenchi o negli albi delle imprese forestali regionali di cui all'articolo 10, comma 2».

¹⁸ Così M. MARCHETTI, A. DE TONI, L. SALLUSTIO, R. TOGNETTI, *Criticità e opportunità di sviluppo per le aree interne. Una lettura dei processi territoriali recenti*, in *Aree interne. Per una rinascita dei territori rurali e montani*, cit., 36.

¹⁹ La struttura economica delle aree interne, coerentemente con le caratteristiche fisiche delle stesse, si caratterizza per una forte specializzazione nel settore primario. Nonostante la marcata caratterizzazione agricola, le aree interne mostrano anche un profilo manifatturiero non trascurabile e in alcuni casi di rilievo. Per un approfondimento si veda Strategia Nazionale per le Aree Interne: definizione, obiettivi, strumenti e *governance*, cit., 30 ss.

²⁰ Strategia Nazionale per le Aree Interne: definizione, obiettivi, strumenti e *governance*, cit., 46.

mediante l'attivazione di collaborazioni funzionali e strutturate, è ritenuta fondamentale per la salvaguardia e lo sviluppo dei sistemi agricoli e agro-industriali di tali territori.

Vi è da chiedersi se la collaborazione tra imprese, in particolare la promozione di filiere produttive, possa fornire il giusto slancio all'economia di quei territori che negli ultimi decenni hanno subito in maniera massiccia i fenomeni di abbandono delle terre e delle piccole imprese tradizionali, a causa delle migrazioni delle popolazioni locali verso i centri urbani e industriali²¹.

Il presente scritto si propone di indagare se le reti di imprese (*rectius*, il contratto di rete) costituiscano un modello di collaborazione imprenditoriale efficace per la rigenerazione del "capitale territoriale" (naturale e umano) presente nelle aree interne.

2. *Dai distretti industriali alle reti di imprese*

Il contesto globale in cui le imprese si trovano oggi ad operare, profondamente modificato rispetto al passato grazie soprattutto all'avvento delle nuove tecnologie e al fenomeno della globalizzazione, richiede un superamento dei modelli industriali ispirati a logiche tradizionali. In una competizione economica complessa come quella attuale, condizioni quali un'adeguata struttura e dimensione, l'incremento dei livelli di specializzazione, la capacità di innovazione e la propensione all'internazionalizzazione, diventano fondamentali per essere competitivi.

Uno dei principali ostacoli allo sviluppo di dette condizioni è dato dalla frammentarietà del nostro tessuto produttivo. In Italia infatti si contano soltanto poco più di 3.000 imprese con più di 250 addetti a fronte di circa 3.5 milioni di piccole imprese al di sotto dei 15 dipendenti e circa 200 mila imprese nella fascia dimensionale media tra i 16 e i 250 addetti. Pertanto, il 99.9% delle imprese italiane è costituito da micro, piccole e medie imprese²².

Le piccole e medie imprese, pur considerate da sempre "la spina dorsale" dell'economia italiana²³, non dispongono di tutte le risorse e conoscenze necessarie per affrontare i cambiamenti dell'epoca presente e per vincere la sfida dell'internazionalizzazione. La coincidenza tra soggetto economico e *management*,

²¹ È proprio nelle aree interne che si registra, in misura più elevata rispetto alla media nazionale, un calo della natalità e della popolazione, una riduzione dell'occupazione e dell'utilizzo del territorio, un aumento della popolazione anziana. Sul punto si veda F. FERRUCCI, C. TOMASSINI, G. PISTACCHIO, *Individui, famiglie e comunità. Quale futuro demografico per le aree interne?*, in *Aree interne. Per una rinascita dei territori rurali e montani*, cit., 49 ss.

²² OECD, *OECD Studies and Entrepreneurship, Italy: Key Issues and Policies*, OECD Publishing, 2014.

²³ Le PMI hanno un'elevata importanza nel nostro sistema produttivo: contribuiscono in larghissima misura alla formazione del PIL, occupano circa l'80% della forza lavoro totale e giocano un ruolo decisivo per lo sviluppo economico del Paese.

il numero dei dipendenti, la difficoltà nell'accesso al credito, lo scarso potere contrattuale verso i terzi, costituiscono tutti fattori che impediscono alle imprese di competere con efficacia nei vari mercati esteri, limitano fortemente la capacità di investimento e di innovazione, comprimono il raggio d'azione commerciale. Se da un lato si chiede alle piccole e medie imprese di sviluppare una strategia di medio-lungo termine, di conoscere meglio i mercati, di dotarsi di una struttura di *management* adeguata, dall'altro è indispensabile intraprendere una crescita dimensionale attraverso l'attivazione di collaborazioni funzionali e strutturate con altri soggetti economici²⁴. La piccola dimensione e la necessità di dotare l'impresa di funzioni in grado di sviluppare un'azione commerciale solida e continua richiedono lo sviluppo di strategie collaborative.

La forma organizzativa delle piccole e medie imprese italiane ha trovato la struttura più completa nei distretti industriali, i quali sono espressione di uno sviluppo industriale che nasce dal basso e riflette la capacità di forze economiche, sociali e istituzionali presenti in un determinato territorio di autopromuoversi, mettendo a frutto le risorse in termini di capitale umano, di materie prime e di conoscenze disponibili in ambito locale²⁵.

Oggi tuttavia potrebbe non essere più sufficiente il legame territoriale localistico per competere nel mercato globale. I distretti, che per più di quarant'anni hanno rappresentato uno strumento fondamentale per l'economia industriale italiana, hanno perso quell'"effetto leva" per la competizione globale che è diversa da quella del passato²⁶.

²⁴ Sul punto si veda C. SACCON, *I vantaggi economici per le imprese nel "fare rete"*, in *Contratto di rete e diritto del lavoro*, a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi, Cedam, 2014, 5.

²⁵ Quando si parla di distretto industriale si fa riferimento a un'entità socioeconomica costituita da un'insieme di imprese, facenti generalmente parte di uno stesso settore produttivo, localizzato in un'area circoscritta, tra le quali vi è collaborazione ma anche concorrenza. Sui distretti industriali si veda, tra i tanti, G. BECATTINI, E. RULLANI, *Sistema locale e mercato globale*, in *Prospettive degli studi di politica industriale in Italia*, a cura di G. Becattini, S. Vacca, Franco Angeli, 1994. Attualmente in Italia esistono circa 150 distretti industriali. Il maggior numero di distretti (circa 45) è localizzato al Nord-Est, tradizionalmente l'area territoriale di riferimento del modello distrettuale italiano, con la sua altissima concentrazione di PMI altamente specializzate. Seguono il Nord-Ovest (circa 40 distretti) e il Centro (oltre 35). Al Sud, i distretti sono una realtà che conta più di 10mila imprese e quasi 140mila occupati. Particolarmente rappresentativa è la Campania dove si trovano distretti storici come quello conciario di Solofra e quello agro-alimentare della pasta di Gragnano e del pomodoro San Marzano. A livello settoriale, i distretti possono essere ricondotti principalmente alle lavorazioni del *Made in Italy*, come l'agroalimentare, la moda, la manifattura meccanica. Numerosi sono i distretti industriali localizzati nelle aree interne del Paese (si pensi, ad esempio, al distretto Tessile e abbigliamento di Prato (Toscana), a quello calzaturiero di Lucca-Lamporecchio (Toscana), al distretto agro-alimentare del Prosciutto San Daniele (Friuli Venezia Giulia), al polo della Corsetteria di Lavello (Basilicata), ecc.). Si veda ISTAT, *I distretti industriali*, Istat Statistiche Report, 24 febbraio 2015; INTESA SANPAOLO, *Economia e finanza dei distretti industriali*, Rapporto annuale – n. 11, Direzione Studi e Ricerche, 2018.

²⁶ In tal senso D. PALMIERI, *Introduzione*, in *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating*. Il

Lo scenario economico attuale impone l'utilizzo di meccanismi di collaborazione diversi e più efficaci rispetto ai distretti industriali e alle altre forme di organizzazione dei sistemi produttivi locali²⁷. È necessario andare oltre la dimensione della territorialità, della localizzazione e della specializzazione, i pilastri del distrettualismo, al fine di incentivare forme di aggregazione imprenditoriale in grado di accrescere la capacità innovativa e la competitività delle imprese anche e soprattutto a livello internazionale.

Lo strumento che più di ogni altro sembra in grado di contribuire a risolvere il *deficit* di competitività delle imprese italiane a livello globale è rappresentato dalle reti di imprese²⁸.

Le reti di imprese, dal punto di vista economico, sono forme organizzative con le quali più imprese coordinano le proprie attività. Si tratta, più precisamente, di quel «complesso di relazioni giuridiche tendenzialmente stabili tra imprese, volte a regolarne la collaborazione o la compartecipazione a un progetto di interesse comune, fondato sullo sfruttamento congiunto di risorse complementari e sul governo di una interdipendenza tra le imprese partecipanti, che non annulla l'autonomia giuridica ed economica delle stesse, né le assoggetta ad una direzione unitaria»²⁹. Il concetto di “rete di imprese” identifica così quell'insieme di relazioni negoziali tendenzialmente stabili tra due o più imprese, formalmente e giuridicamente distinte, tra le cui attività esista o si generi una qualche interdipendenza. La rete costituisce lo strumento di governo di tale interdipendenza e adempie a funzioni di coordinamento dell'attività delle imprese che vi sono coinvolte³⁰.

La nascita della rete, quale forma di organizzazione aziendale, è collegata ai processi di crescita dimensionale nel senso che alla base delle relazioni tra le imprese vi è l'esigenza di ricercare e ottenere i vantaggi propri di una dimensione maggiore. In presenza di una miriade di piccole e medie imprese e quindi in un contesto in cui sono presenti ostacoli alla competitività quali, ad esempio, vincoli

contratto di rete e le sue caratteristiche, a cura di Associazione Italiana Politiche Industriali, Il Sole24Ore, 2011, XVI.

²⁷ Anche se non più sufficienti, i sistemi territoriali costituiscono il fulcro del sistema produttivo, specialmente per i settori dell'agro-forestale e dell'agriturismo che hanno sulle caratteristiche del territorio e dell'ambiente locale i loro punti di forza.

²⁸ Per identificare l'esistenza di una rete non ha rilievo la prossimità territoriale. Le reti operano sia sul territorio nazionale che in ambito internazionale e possono prescindere dalla presenza di distretti. Sulla distinzione tra reti di imprese e distretti si veda F. CAFAGGI, *Reti di imprese, spazi e silenzi regolativi*, in *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali. Nuove sfide per diritto ed economia*, a cura di F. Cafaggi, Il Mulino, 2004, 31 ss.

²⁹ La definizione è di F. CAFAGGI, *Domande della ricerca e profili metodologici*, in *Politiche industriali e collaborazione tra imprese nel contesto toscano*, a cura di F. Cafaggi, P. Iamiceli, Il Mulino, 2012, 42.

³⁰ Così I. ALVINO, *Reti di imprese e subordinazione*, in *Dall'impresa a rete alle reti di impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, a cura di M.T. Carinci, Giuffrè, 2015, 217.

finanziari o controllo familiare dell'impresa (ipotesi queste molto frequenti tra le imprese del settore primario), la rete può essere considerata come il risultato di un progetto di crescita delle imprese aderenti. I fenomeni reticolari, infatti, sono in grado di mantenere i vantaggi della piccola dimensione, soprattutto in termini di flessibilità organizzativa, e allo stesso tempo a garantire ai partecipanti alcuni benefici della grande dimensione senza che l'impresa perda la propria autonomia quale centro decisionale.

Uno degli elementi costitutivi delle reti di imprese è dato proprio dall'autonomia, sia giuridica che sostanziale, delle imprese coinvolte. Nella cooperazione reticolare infatti si esclude una reciproca interferenza delle imprese aderenti nelle rispettive organizzazioni imprenditoriali, le quali restano del tutto autonome e indipendenti (anche nel caso in cui una delle imprese "in rete" svolga funzioni guida rispetto alle altre). Non a caso, le relazioni di rete sono basate su rapporti fiduciari e non gerarchici (elemento questo che differenzia le reti dai gruppi di imprese)³¹.

Oltre a consentire una crescita dimensionale dei soggetti aggregati, le reti rispondono anche ad ulteriori esigenze delle imprese: la diminuzione dei costi di transazione³², la possibilità di programmare l'attività produttiva e di prevederne i costi e i tempi, la possibilità di concentrare le risorse sul *core business* aziendale al fine di accrescere il vantaggio competitivo e rafforzare le capacità distintive. Sul punto tornerò in seguito.

Varie ed eterogenee possono essere le forme che può assumere la collaborazione tra imprese.

Si distinguono reti orizzontali e reti verticali a seconda che, rispettivamente, l'interdipendenza venga a instaurarsi tra imprese che si collocano nella stessa posizione all'interno della filiera produttiva e che dunque operano in condizioni di concorrenza ovvero fra imprese che svolgono funzioni produttive diverse nell'ambito di un medesimo ciclo produttivo (si pensi, ad esempio, al rapporto che si instaura tra chi produce beni e chi li commercializza).

Si distingue inoltre fra reti soggetto e reti contratto a seconda che, rispettivamente, sia creato o meno un ente giuridico autonomo e distinto dai componenti della rete, deputato ad assolvere la funzione di coordinamento delle attività poste in essere dalle imprese aggregate.

³¹ Le imprese facenti parte di un gruppo, seppure giuridicamente indipendenti dal punto di vista proprietario, non sono autonome essendo soggette al potere di direzione e controllo da parte della capogruppo.

³² La possibilità di ridurre i costi di transazione rappresenta uno dei motivi principali che spinge le imprese ad aggregarsi. I costi di transazione dipendono dalla frequenza con cui vengono effettuati gli scambi, dalla fungibilità dei beni capitali utilizzati, dal grado di incertezza del mercato. Tanto più questi fattori sono rilevanti tanto più aumentano i costi di transazione e l'impresa sarà incentivata a ricercare forme stabili di coordinamento. Sul punto si veda C. BENTIVOGLI, F. QUINTILLANI, D. SABBATINI, *Le reti di imprese*, in *Questioni di Economia e Finanza* (Occasional Papers), Banca d'Italia, n. 152, 2013.

Ancora, esistono reti paritarie e reti gerarchiche. Mentre le prime si caratterizzano per il fatto che i soggetti che ne fanno parte collaborano in condizione di parità in vista della realizzazione di obiettivi condivisi, le strutture reticolari gerarchiche conciliano l'autonomia giuridica delle singole imprese con la titolarità, da parte di una di esse, del potere di influenzare o addirittura determinare le decisioni delle altre imprese "in rete" in ragione di poteri contrattuali o economici detenuti dal soggetto dominante³³.

Le parti, attraverso la condivisione di risorse materiali, immateriali (conoscenza e sistema di competenza) e umane, possono dar vita ad un laboratorio di ricerca comune, coordinare un progetto produttivo articolato in fasi, promuovere marchi di rete, governare una catena di subfornitura, partecipare a gare e appalti, investire in ricerca e sviluppo, produrre beni, acquistare beni o servizi e così via.

In definitiva, la rete rappresenta un modello di collaborazione tra imprese, ad architettura variabile e non legato necessariamente alla dimensione territoriale, che consente alle stesse, senza privarsi della loro reciproca autonomia e indipendenza, di: condividere conoscenza e *know how*, incrementare i livelli di specializzazione, estendere il bacino di domanda, accrescere gli utili, aumentare gli investimenti in nuova conoscenza³⁴.

3. *Il contratto di rete quale strumento di cooperazione tra imprese*

Nell'ambito del *genus* "reti di imprese" particolare importanza assume il contratto di rete, nuovo strumento giuridico che consente alle imprese aggregate forme di collaborazione organizzata che si protraggono nel tempo per raggiungere uno scopo comune³⁵. Grazie al contratto di rete più imprese perseguono lo

³³ Cfr. I. ALVINO, *Il lavoro nelle reti di imprese: profili giuridici*, Giuffrè, 2014, 37 ss.

³⁴ Si veda G. PALMIERI, *Profili generali del Contratto di Rete*, in *Reti d'impresa: profili giuridici, finanziamento e rating. Il contratto di rete e le sue caratteristiche*, cit., 3.

³⁵ Il contratto di rete è stato introdotto con i commi da 4-ter a 4-quinquies dell'art. 3, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito dalla legge 9 aprile 2009, n. 33. La disciplina ivi contenuta è stata successivamente modificata ed integrata dalla l. 23 luglio 2009, n. 99, dalla l. 30 luglio 2010, n. 122 (che ha convertito il d.l. n. 78/2010), dalla l. 7 agosto 2012, n. 134 (di conversione, con modificazioni, del d.l. n. 83/2012) e dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 (che ha convertito il d.l. n. 179/2012). Sul contratto di rete si veda, *ex plurimis*, F. MACARIO, C. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *Reti di impresa e contratto di rete*, in *I Contratti*, n. 10, 2009, 915 ss.; G.D. MOSCO, *Frammenti ricostruttivi sul contratto di rete*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2010, 951 ss.; M. MALTONI, *Il contratto di rete – Prime considerazioni alla luce della novella di cui alla l. n. 122/2010*, in *Notariato*, 2011, 64 ss.; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, G.D. MOSCO (a cura di), *Il Contratto di rete per la crescita delle imprese*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Giuffrè, 2012; P. ZANELLI, *Reti e contratto di rete*, Cedam, 2012; F. CAFAGGI, P. IAMICELI, MOSCO G.D., *Contratto di rete: prime applicazioni pratiche*, in *I Contratti*, n. 8-9, 2013, 799 ss.; F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali IX, Giuffrè, 2016, 207 ss.; V. CUFFARO, *Il contratto di rete di imprese*, Giuffrè, 2016.

scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e competitività sul mercato, obbligandosi, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare all'esercizio delle proprie attività ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa (art. 3, comma 4-*ter*, d.l. 10 febbraio 2009, n. 5, convertito dalla l. n. 99/2009).

Il contratto di rete, dunque, costituisce un modello di collaborazione strategica utilizzabile per iniziative imprenditoriali dirette vuoi a sviluppare rapporti di mera collaborazione tra operatori o di scambio di reciproche informazioni o prestazioni, vuoi a realizzare forme ben più significative di cooperazione tra imprenditori, che possono addirittura arrivare a costituire la rete per esercitare in comune attività di impresa. Un modello, quindi, estremamente flessibile di cooperazione interaziendale che, oltre a coniugare la crescita dimensionale con l'autonomia delle singole parti, consente alle imprese aggregate, anche se geograficamente distanti, di condividere *know how*, di investire in ricerca, di promuovere strategie di sviluppo, ovvero di svolgere tutte quelle attività che da sole non sarebbero state in grado di porre in essere³⁶.

L'attuale disciplina del contratto di rete offre agli imprenditori che intendano costituire una rete di imprese l'alternativa tra due diverse forme giuridiche: l'adozione di un modello contrattuale "puro" di rete di imprese (c.d. rete contratto – "leggera" o "pesante") oppure la creazione di un nuovo soggetto giuridico (c.d. rete soggetto). È possibile optare sin dall'inizio per l'uno o l'altro modello di organizzazione reticolare: un modello più leggero che privilegia gli aspetti contrattuali e uno più strutturato e complesso che vira verso un'entificazione vera e propria³⁷. La rete dunque può essere soggetto di diritto³⁸ e divenire autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici attivi e passivi (con rilevanti conseguenze sotto diversi profili, in particolare quello tributario³⁹).

³⁶ La Commissione europea ha lodato l'iniziativa assunta dall'Italia con l'introduzione del contratto di rete, individuando tale strumento come esempio di buone pratiche in materia di competenze e innovazione. Si veda la Comunicazione della Commissione *Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa*, 23 febbraio 2011 COM(2011) 78 def.

³⁷ Cfr. M. MILELLA, *La soggettività nel contratto di rete tra imprese*, in *I Contratti*, 4, 2013, 404.

³⁸ Si tratta, come anticipato, di un'opzione rimessa all'autonomia privata, che si manifesta ad un triplice livello. Innanzitutto, sul piano dei requisiti organizzativi, le parti devono convenire l'istituzione e la disciplina di formazione di un fondo patrimoniale comune, costituito con i loro apporti; nominare un organo comune; stabilire la sede e la denominazione della rete. In secondo luogo, sul piano della forma del contratto, solo se si opta per l'atto pubblico o per la scrittura privata autenticata o per l'atto munito di firma digitale è possibile decidere di acquisire la soggettività giuridica. Infine, quanto al regime di pubblicità, si deve chiedere che la rete sia iscritta nella sezione ordinaria del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sua sede (art. 3, comma 4-*quater*, d.l. n. 5/2009 e s.m.i.). Si veda M. MALTONI, *Le pubblicità del contratto di rete: questioni applicative*, Consiglio Nazionale del Notariato, Studio n. 5-2013/I, 2.

³⁹ La rete soggetto, in quanto entità distinta dalle imprese partecipanti, costituisce un sogget-

Possono essere costituite reti con fondo patrimoniale comune e organo comune, reti senza patrimonio e organo comune, reti con patrimonio ma senza organo comune e con organo comune ma senza patrimonio. Le differenze sul piano della struttura si riflettono poi sulla responsabilità patrimoniale e sulla soggettività, potendo la rete essere priva di autonomia patrimoniale, con autonomia patrimoniale imperfetta o con autonomia patrimoniale perfetta e dotata di soggettività.

In ogni caso, il contratto di rete, collocabile nella categoria dei contratti associativi con comunione di scopo⁴⁰, può essere stipulato solo tra imprenditori (anche se recentemente, al fine della partecipazione della rete a gare e appalti privati, è stata espressamente prevista la possibilità, per i soggetti non imprenditori che svolgono attività professionale, di «costituire reti di esercenti la professione» nonché di «consentire agli stessi di partecipare alle reti di imprese, in forma di reti miste, di cui all'art. 3, commi 4-ter e seguenti, del d.l. n. 5/2009, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 33/2009 (...)») ⁴¹. Qualunque tipo di impresa (individuale o societaria – grande, media o piccola – artigiana e agricola) può essere parte del contratto di rete, purchè sostanzialmente corrisponda alla figura descritta dall'art. 2082 c.c. e formalmente sia iscritta nel registro delle imprese.

La legge determina il contenuto minimo del contratto. Requisiti minimi del contratto di rete sono: la forma scritta, l'identificazione dei partecipanti e le modalità di adesione successiva, la definizione degli obiettivi strategici di innovazione e di innalzamento della capacità competitiva perseguiti tramite la rete, un programma di rete avente ad oggetto la loro attuazione, la specificazione degli obblighi e dei diritti dei partecipanti funzionali alla realizzazione del programma stesso, la durata del contratto⁴².

Requisiti eventuali nel contratto senza soggettività sono quelli concernenti il fondo patrimoniale e l'organo comune. Requisiti necessari nel caso di rete soggetto sono il fondo patrimoniale, le regole di gestione e i criteri di valutazione

to dotato di capacità giuridica tributaria autonoma rispetto a quella delle singole imprese in rete; in sostanza, fermo restando la sussistenza della soggettività tributaria delle imprese partecipanti, la rete entificata diventa un autonomo soggetto passivo di imposta con tutti i conseguenti obblighi tributari previsti *ex lege* in materia di imposte dirette e indirette (così la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 20/E del 18 giugno 2013).

⁴⁰ In questo senso G.D. MOSCO, *Il contratto di rete dopo la riforma: che tipo!*, in *Il contratto di rete per la crescita delle imprese*, cit., 29 ss. *Contra* F. CAFAGGI, *Contratto di rete*, cit., 207 ss., secondo il quale il modello del contratto di rete non coincide con un singolo tipo contrattuale ma si colloca a metà tra disciplina generale del contratto e singoli tipi dando luogo ad una figura trans-tipica.

⁴¹ Così Part. 12, comma 3, lett. a), l. 22 maggio 2017, n. 81. Il Ministero dello Sviluppo Economico (MiSE), con la circolare n. 3707/C del 30 luglio 2018, ha chiarito che «a legislazione invariata» appare possibile – a fini pubblicitari – la sola creazione di contratti di rete misti (imprenditoriali – professionali) dotati di soggettività giuridica.

⁴² Art. 3, comma 4-ter, d.l. n. 5/2009 e s.m.i.

dei conferimenti e, per l'organo comune, la definizione dei poteri di gestione e rappresentanza.

Questa nuova forma di collaborazione interimprenditoriale di natura contrattuale si aggiunge a quelle già disponibili tra gli strumenti di governo delle reti di imprese. Il contratto di rete, infatti, integra il quadro legislativo presente, affiancandosi ai consorzi⁴³, alle associazioni temporanee di imprese⁴⁴, solo per

⁴³ Il consorzio, disciplinato dagli artt. 2602 ss. c.c., è il contratto mediante il quale «più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese» (art. 2602 c.c.). Si tratta di uno strumento di cooperazione interaziendale al quale ricorrono in particolare le micro, piccole e medie imprese al fine di accrescere la propria competitività sul mercato attraverso la riduzione delle spese generali di esercizio. Caratteristica essenziale del consorzio è la creazione di un'organizzazione comune cui è demandato il compito di dare esecuzione al contratto. Organizzazione che può avere rilievo solo interno (c.d. consorzi con attività interna) o anche nei confronti dei terzi (c.d. consorzi con attività esterna), ma che in ogni caso non può mancare. Sui consorzi si veda, tra i tanti, G.D. MOSCO, *I consorzi tra imprenditori*, Giuffrè, 1988; G. MARASÀ, *Consorzi e società consortili*, Giappichelli, 1990; M. SARALE, *Consorzi e società consortili*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, vol. III, *Società di persone e consorzi*, Cedam, 2004; D. CORAPI, *Dal consorzio al contratto di rete: spunti di riflessione*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del diritto generale delle Obbligazioni*, n. 3, 2010, 795 ss. Indubbie sono le analogie tra contratto di rete e consorzio. Scopo del contratto di rete infatti è la predisposizione e l'attuazione di un programma di collaborazione fra gli imprenditori contraenti volto a migliorare la capacità innovativa e la competitività delle rispettive imprese. A tal fine è consentito prevedere, come nel consorzio, lo svolgimento in comune di determinate fasi delle rispettive imprese e la costituzione di un'organizzazione comune. A differenza del consorzio, però, la costituzione di un'organizzazione comune non è elemento necessario del contratto di rete. Infatti, la nomina di un organo comune e l'istituzione di un fondo patrimoniale comune diventano obbligatori solo nell'ipotesi di rete soggetto e per accedere al regime di limitazione della responsabilità. Inoltre, data l'ampiezza della formulazione legislativa, il contratto di rete può regolare l'intero ciclo di vita del prodotto o servizio (dalla produzione alla distribuzione) mentre il consorzio è limitato a una o più fasi. Sotto il profilo causale, mentre il consorzio conserva la causa mutualistica, il contratto di rete è inquadrabile come contratto con scopo lucrativo o di tipo mutualistico a seconda dell'attività perseguita con il programma. Altra differenza fondamentale consiste nel fatto che nel consorzio ciascuna impresa partecipa per conto proprio cercando di ottenere un beneficio individuale; non c'è unità di intenti, non c'è una visione strategica comune. Alla rete invece si partecipa per perseguire un obiettivo comune attraverso una strategia condivisa (è necessario infatti indicare un programma comune che i contraenti sono tenuti a rispettare).

⁴⁴ Le associazioni temporanee di imprese (ATI), introdotte nel nostro ordinamento dall'art. 20, l. 8 agosto 1977, n. 584, sono forme di cooperazione temporanea e occasionale tra imprese, normalmente costituite per realizzare congiuntamente un'opera o un affare complesso (si pensi, ad esempio, alla costruzione di strade, ponti, dighe). Con la costituzione dell'associazione temporanea, le imprese associate, pur restando soggetti distinti, dotati di propri mezzi economici, tecnici e finanziari, possono integrare capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative in vista dell'aggiudicazione o dell'esecuzione di un'opera pubblica o privata. Sulle ATI si veda D. CORAPI, *Le associazioni temporanee di imprese*, Giuffrè, 1983; G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Giuffrè, 1998; M. GALLETI, *Joint venture e modelli di integrazione tra imprese nel sistema degli appalti*, Giuffrè, 2005. A differenza delle ATI, caratterizzate dalla temporaneità e dalla occasionalità della collaborazione, la rete è un modello di cooperazione stabile nel tempo. Il con-

citarne alcuni, promuovendo nuove forme di collaborazione, con l'obiettivo di favorire un incremento della capacità innovativa e competitiva delle imprese che ne fanno parte.

4. *La disciplina specifica per le reti agricole*

Il legislatore, attraverso più interventi normativi, ha riservato al contratto di rete stipulato tra imprese agricole, ovvero tra imprese agricole e industriali, una disciplina peculiare rispetto a quella generale.

Le norme specifiche previste per i contratti di rete tra e con imprese agricole, dirette a incentivare i processi di aggregazione e cooperazione fra le imprese del settore primario, si riflettono in agevolazioni formali (e non solo) e in disposizioni che interessano soprattutto l'ambito lavoristico e quello fiscale.

Quanto alle agevolazioni di forma, l'art. 36, comma 5, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla l. n. 221/2012, dispone che, ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-*quater* dell'art. 3, d.l. n. 5/2009, il contratto di rete nel «settore agricolo» possa essere sottoscritto dalle parti «con l'assistenza di una o più organizzazioni professionali agricole maggiormente rappresentative a livello nazionale, che hanno partecipato alla redazione finale dell'accordo». In altri termini, il contratto di rete nel settore agricolo può essere sottoscritto, in deroga a quanto previsto dalla normativa generale⁴⁵, anche con scrittura privata non autenticata, evitando così di ricorrere alla figura del notaio per la redazione dell'atto pubblico o per l'autenticazione delle sottoscrizioni, o alla sottoscrizione in via digitale, purché vi sia la supervisione delle predette associazioni di categoria. Tuttavia, l'operatività della norma appare alquanto limitata dato che non si specifica quando un contratto di rete possa ritenersi relativo al «settore agricolo»⁴⁶.

Va ricordato, poi, che lo stesso d.l. n. 179/2012, all'art. 36, comma 2-*ter*, stabilisce che il contratto di rete nel settore agricolo possa prevedere, ai fini della stabilizzazione delle relazioni contrattuali tra i contraenti, la costituzione di un fondo di mutualità tra gli stessi. Il Fondo partecipa al Fondo mutualistico

tratto di rete è finalizzato ad un'alleanza più strutturale, non occasionale, centrata su iniziative che hanno l'obiettivo di incrementare la competitività delle imprese coinvolte. Inoltre, diversamente dal contratto di rete, l'ATI non può acquisire personalità giuridica e tributaria, è «chiusa» non consentendo l'ingresso di nuovi associati e presuppone l'identificazione di un'impresa «capofila» per i rapporti verso i terzi.

⁴⁵ Ai sensi dell'art. 3, comma 4-*ter*, d.l. n. 5/2009 e s.m.i. «Ai fini degli adempimenti pubblicitari di cui al comma 4-*quater*, il contratto deve essere redatto per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, ovvero per atto firmato digitalmente (...)».

⁴⁶ Per un approfondimento si veda L. Russo, *Il contratto di rete tra imprenditori agricoli: un passo avanti e due indietro?*, in *Rivista di Diritto Agroalimentare*, n. 3, 2017, 527 ss.

nazionale per la stabilizzazione dei redditi delle imprese agricole istituito (presso l'Ismea) dal comma 2-*bis* del medesimo art. 36⁴⁷.

Inoltre, ai sensi dell'art. 45, comma 3, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. n. 134/2012, al contratto di rete non si applicano le disposizioni di cui alla l. 3 maggio 1982, n. 203, recante “*Norme sui contratti agrari*”.

Per quanto concerne l'ambito lavoristico, il legislatore, con il d.l. 28 giugno 2013, n. 76, convertito dalla l. n. 99/2013, ha semplificato il distacco dei lavoratori “in rete”, ha introdotto il concetto di codatorialità su base volontaria e ha riconosciuto alle imprese agricole legate da un contratto di rete la possibilità di assumere “congiuntamente” lavoratori da impiegare nella realizzazione del programma della rete⁴⁸.

Se il distacco infra-rete e la codatorialità sono ammessi per tutte le imprese che abbiano sottoscritto un contratto di rete (e quindi anche per le imprese agricole), le c.d. assunzioni congiunte possono essere effettuate soltanto quando almeno il 40 per cento delle imprese “in rete” siano agricole⁴⁹. Si tratta di uno strumento diverso anche se affine alla codatorialità, che sembra ben rispondere alle esigenze delle imprese del settore primario⁵⁰.

A agevolazioni fiscali si rinvengono nel d.l. 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni dalla l. n. 116/2014.

In particolare, l'art. 6-*bis*, comma 1 (“*Disposizioni per i contratti di rete*”), intro-

⁴⁷ Ai sensi dell'art. 36, comma 2-*bis*, d.l. n. 179/2012, convertito in l. 221/2012, «È istituito presso l'Ismea un Fondo mutualistico nazionale per la stabilizzazione dei redditi delle imprese agricole. Il Fondo è costituito dai contributi volontari degli agricoltori e può beneficiare di contributi pubblici compatibili con la normativa europea in materia di aiuti di Stato».

⁴⁸ Il d.l. n. 76/2013, convertito in l. n. 99/2013, ha aggiunto quattro nuovi commi (da 3-*bis* a 3-*quinqües*) all'art. 31 del d.lgs. n. 276/2003.

⁴⁹ Così il nuovo comma 3-*ter* dell'art. 31, d.lgs. n. 276/2003. La l. 28 luglio 2016, n. 154 (“*Deleghe al Governo e ulteriori disposizioni in materia di semplificazione, razionalizzazione e competitività dei settori agricolo e agroalimentare, nonché sanzioni in materia di pesca illegale*”) ha ridotto la percentuale delle imprese agricole richieste per poter procedere alle assunzioni congiunte dal 50% al 40%.

⁵⁰ Il decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali del 14 gennaio 2014 e la circolare dello stesso Ministero del 6 maggio 2015 (n. 7671) hanno definito le modalità con cui poter procedere alle assunzioni congiunte. Sulle assunzioni congiunte in agricoltura si veda, *ex plurimis*, E. MASSI, *Assunzioni congiunte in agricoltura: modalità e vantaggi*, in *Diritto e Pratica del Lavoro*, n. 36, 2014, 1888 ss.; M. BIASI, *Dal divieto di interposizione alla codatorialità: le trasformazioni dell'impresa e le risposte dell'ordinamento*, in *Contratto di rete e diritto del lavoro*, cit., 117 ss.; L. RUSSO, *Il contratto di rete in agricoltura*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 1, 2015, 181 ss.; M. PERUZZI, *La codatorialità nel contratto di rete: un'ipotesi definitoria*, in *Dall'impresa a rete alle reti d'impresa. Scelte organizzative e diritto del lavoro*, cit., 257 ss.; A. SITZIA, *Il problema della codatorialità nel sistema del contratto di rete*, in *Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 3, 2015, 585 ss.; O. RAZZOLINI, *Le reti Gucci ed Esaote: un'analisi di diritto del lavoro*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 149, 2016, 105 ss.; V. MAIO, *Contratto di rete e rapporto di lavoro: responsabilità disgiunta, derogabilità dello statuto protettivo e frode alla legge*, in *Profili giuridici ed economici della contrattazione di rete*, a cura di V. Maio, M. Sepe, Il Mulino, 2016, 70 ss.; M. MOCELLA, *Reti d'impresa e rapporti di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2018, 143 ss.

ducendo il comma 361.1 all'art. 1 della l. 30 dicembre 2004, n. 311 (Legge finanziaria 2005), dispone che le risorse del c.d. "Fondo rotativo per il sostegno alle imprese" di cui al comma 354, l. n. 311/2004, siano destinate anche al finanziamento agevolato di investimenti in ricerca e innovazione tecnologica, effettuati da imprese agricole forestali e agroalimentari, che partecipano ad un contratto di rete. Al successivo comma 2 si stabilisce che «Fatti salvi i limiti previsti dall'ordinamento europeo, le imprese agricole, forestali e agroalimentari organizzate con il contratto di rete (...) acquisiscono priorità nell'accesso ai finanziamenti previsti dalle misure dei programmi di sviluppo rurale regionali e nazionali relativi alla programmazione 2014-2020».

Inoltre, se l'agevolazione di cui all'art. 3 (riconoscimento di un credito di imposta alle imprese produttrici di prodotti agricoli di cui all'Allegato I del TFUE, nonché alle piccole e medie imprese agroalimentari dedite alla produzione di beni diversi da quelli dell'Allegato I, che istituiscano nuove reti di imprese ovvero svolgano nuove attività in una rete già esistente) non è più fruibile in quanto prevista soltanto per il «periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2014 e nei due successivi», rilevanti vantaggi fiscali sono riservati alle imprese sottoscrittrici del c.d. contratto di rete agricolo (art. 1-*bis*; comma 3).

La citata disposizione prevede che «Per le imprese agricole, definite come piccole e medie ai sensi del regolamento (CE) n. 800/2008 della Commissione, del 6 agosto 2008, nei contratti di rete (...) formati da imprese agricole singole ed associate, la produzione agricola derivante dall'esercizio in comune delle attività, secondo il programma comune di rete, può essere divisa tra i contraenti in natura con l'attribuzione a ciascuno, a titolo originario, della quota di prodotto convenuta nel contratto di rete».

Si tratta di una previsione innovativa per i contratti di rete stipulati esclusivamente tra imprenditori agricoli⁵¹, che consente a questi ultimi di mettere insieme le proprie risorse aziendali, allo scopo di esercitare in comune attività dirette alla realizzazione di prodotti agricoli, ed eventualmente ripartirsi, a titolo originario, la produzione agricola così ottenuta.

Quanto ai requisiti soggettivi, il contratto di rete agricolo può essere formato da sole imprese agricole singole o associate di cui all'art. 2135 c.c.⁵², definite come piccole e medie ai sensi di quanto disposto dal regolamento CE n. 800/2008. Si considerano tali le imprese che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non sia superiore a 50 milioni di euro ovvero il cui totale di bilancio annuo non superi i 43 milioni di euro.

⁵¹ Secondo una parte della dottrina, la disposizione in esame può applicarsi anche a reti formate non in via esclusiva da imprese agricole, «pur se tale specifica previsione normativa potrà operare solo per i rapporti contrattuali conclusi tra queste ultime». Così L. RUSSO, *Il contratto di rete tra imprenditori agricoli: un passo avanti e due indietro?*, cit., 542.

⁵² Pertanto, possono partecipare gli imprenditori che svolgono l'attività agricola in forma individuale ovvero collettiva (società di persone, società di capitali, consorzi, cooperative, ecc.).

Sotto il profilo oggettivo, la norma trova applicazione nelle ipotesi in cui le imprese aggregate uniscano le proprie forze (attrezzature, strumenti, *know-how*, risorse umane) per raggiungere lo scopo comune contemplato nel programma di rete: la realizzazione di una produzione agricola, derivante dalle attività di cui all'art. 2135 c.c. (coltivazione del fondo, selvicoltura, allevamento di animali e attività connesse), che promuova la crescita delle imprese "in rete" in termini di innovazione e competitività sul mercato.

Come accennato, un aspetto peculiare del contratto di rete agricolo riguarda la possibilità per i contraenti di ripartirsi in natura, secondo quote determinate stabilite dal contratto stesso, la produzione derivante dall'esercizio in comune delle attività agricole, con conseguente attribuzione a titolo originario della produzione stessa (vale a dire l'attribuzione diretta e immediata del bene prodotto come se fosse frutto della propria attività)⁵³. Tuttavia, la facoltà per gli imprenditori "in rete" di ripartirsi in natura la produzione realizzata non sembra potersi esercitare mediante la semplice previsione di tale effetto nel programma di rete. Infatti, l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione 21 giugno 2017, n. 75/E, ha subordinato l'acquisto a titolo originario della produzione agricola alla sussistenza di specifiche condizioni⁵⁴.

L'acquisto a titolo originario del prodotto agricolo comune in capo a ciascuna componente la rete comporta rilevanti vantaggi (*in primis*, fiscali) per le imprese aggregate⁵⁵.

⁵³ La divisione in natura della produzione agricola ottenuta non è una conseguenza automatica della stipulazione del contratto di rete agricolo, ma una semplice facoltà legata alla volontà degli imprenditori "in rete" (che deve essere espressamente prevista nel contratto).

⁵⁴ Le condizioni richieste dall'Amministrazione finanziaria sono le seguenti: a) tutti i singoli retisti devono svolgere attività agricole di base e le eventuali attività connesse non solo non devono risultare prevalenti, ma devono essere legate alle prime da un rapporto di stretta complementarietà (ad esempio, non è possibile configurare tale tipologia di rete nel caso in cui vi siano produttori di uva e un retista faccia esclusivamente attività di trasformazione); b) la messa in comune dei terreni deve essere obbligatoria e significativa per tutti i partecipanti alla rete; c) la partecipazione al conseguimento dell'obiettivo comune, mediante divisione della stessa tipologia di prodotto, deve essere realizzata attraverso apporti equivalenti e condivisione di mezzi umani e tecnici che siano proporzionati alla potenzialità del terreno messo in comune, con divieto di monetizzazione delle spettanze; d) la divisione della produzione tra i retisti deve avvenire in maniera proporzionata al valore del contributo che ciascun partecipante ha apportato alla realizzazione del prodotto comune; e) i prodotti oggetto di divisione non devono essere successivamente ceduti tra i retisti, posto che la *ratio* di tale tipologia di rete è il fatto che essa è finalizzata alla produzione. La posizione restrittiva dall'Agenzia delle Entrate, volta a subordinare l'acquisto a titolo originario della produzione agricola alle suddette condizioni, ha suscitato ampie critiche in dottrina. Sul punto si veda L. RUSSO, *Il contratto di rete tra imprenditori agricoli: un passo avanti e due indietro?*, cit., 544 ss., secondo il quale l'interpretazione fornita dall'amministrazione finanziaria rende «del tutto residuale» la concreta applicazione del contratto di rete agricolo. Nello stesso senso M. BAGNOLI, M. CAVALIERE, *I contratti di rete tra imprese agricole*, in *Corriere Tributario*, n. 37, 2017, 2900 ss.

⁵⁵ L'Agenzia delle Entrate (risoluzione 75/E/2017) ha chiarito che la ripartizione della

5. *Dalla rigenerazione urbana alla rigenerazione dei territori: il ruolo dei privati*

Nella recente legislazione il concetto di rigenerazione non è legato più esclusivamente agli agglomerati urbani ma è utilizzato anche nell'ambito del contrasto al fenomeno del degrado e dello spopolamento dei piccoli centri, situati per la maggior parte nelle aree interne del nostro Paese. Di rilievo, in tal senso, è la c.d. legge sui piccoli Comuni (l. 8 ottobre 2017, n. 158)⁵⁶. Tale legge, che ha inquadrato il fenomeno dello spopolamento delle aree interne nell'ambito di una strategia di rigenerazione dei piccoli Comuni, segna il passaggio dalla rigenerazione urbana a quella che si può definire rigenerazione dei territori⁵⁷.

Scopo della rigenerazione in questo caso è quello di promuovere lo sviluppo economico, sociale, ambientale e culturale dei piccoli Comuni⁵⁸ mediante l'adozione di misure dirette a favorire l'insediamento in queste realtà territoriali, tutelare e valorizzare il patrimonio naturale, rurale, storico-culturale e architettonico, nonché il sistema dei servizi essenziali (quali istruzione, salute, trasporti), con l'obiettivo di contrastare lo spopolamento e di incentivare l'afflusso turistico⁵⁹.

I progetti presentati dai Comuni per la valorizzazione dei territori possono favorire il coinvolgimento di soggetti e finanziamenti pubblici e privati; il miglioramento della dotazione infrastrutturale; la valorizzazione delle filiere locali; il miglioramento della qualità dei servizi e della qualità della vita della popolazione, nonché del tessuto sociale e ambientale del territorio di riferimento.

Al tema della rigenerazione dei piccoli Comuni in una prospettiva di sviluppo territoriale è strettamente connesso quello delle aree interne, recentemente oggetto di una crescente attenzione sfociata nella predisposizione di una apposita Strategia Nazionale (SNAI) (*infra*, § 1.).

produzione agricola tra i retisti, in quanto divisione in natura dei prodotti a titolo originario, non produce effetti traslativi tra le imprese contraenti. Pertanto, le operazioni poste in essere al fine della realizzazione della produzione agricola non assumono rilevanza ai fini IVA. Per un approfondimento sui vantaggi fiscali che derivano dall'appartenenza ad una rete agricola si veda M. BAGNOLI, M. CAVALIERE, *I contratti di rete tra imprese agricole*, cit., 2903 ss.; A. ROCCHI, L. SCAPPINI, *Il passaggio a titolo originario nei contratti di rete agricoli*, in *Il Fisco*, n. 25, 2017, 2449 ss.

⁵⁶ Sulla l. 8 ottobre 2017, n. 158 si veda per tutti AA.VV., *Piccoli comuni e centri storici*, Key Editore, 2018.

⁵⁷ In questo senso R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, cit., 644 ss. Si veda anche F. MOROLLO, *Valorizzazione del patrimonio culturale: sussidiarietà orizzontale e prospettive di "democrazia diretta" per lo sviluppo dei territori*, in *DPCE Online*, vol. 39, n. 2, 2019.

⁵⁸ Ai sensi dell'art. 1, comma 2, l. n. 158/2017 per piccoli Comuni si intendono i Comuni con popolazione residente fino a 5.000 abitanti nonché i Comuni costituiti a seguito di fusione tra Comuni aventi ciascuno popolazione fino a 5.000 abitanti.

⁵⁹ Per raggiungere tali obiettivi i piccoli Comuni possono istituire centri multifunzionali per la prestazione di una pluralità di servizi in materia ambientale, sociale, energetica, scolastica, postale, artigianale, turistica, commerciale, di comunicazione e di sicurezza, nonché per lo svolgimento di attività di volontariato e associazionismo culturale (art. 2, comma 2, l. n. 158/2017).

Per la rigenerazione socio-economica dei territori assume un rilievo fondamentale il ruolo dei privati (sia come cittadini sia come operatori economici).

La partecipazione attiva della cittadinanza, che realizza il principio della sussidiarietà orizzontale *ex art.* 118, comma 4, Cost., è di grande importanza per attuare correttamente nuove politiche di governo del territorio. Ogni progetto di rigenerazione sarebbe infatti destinato a fallire se non si fondasse su un "accordo" con i cittadini, che è molto più della semplice "partecipazione" e della condivisione delle scelte⁶⁰.

La cooperazione tra pubblico e privato trova alcuni riscontri nella legislazione statale⁶¹ e una disciplina specifica in numerosi regolamenti comunali⁶² che prevedono "patti di collaborazione", ovvero accordi tra amministrazione e privati, mediante i quali Comune e cittadini attivi concordano «tutto ciò che è necessario per realizzare gli interventi di cura e rigenerazione dei beni comuni urbani»⁶³. I

⁶⁰ Così R. DIPACE, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n. 5, 2014, 237 ss.

⁶¹ Si veda l'art. 23, d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, "Detassazione dei microprogetti di arredo urbano o di interesse locale operati dalla società civile nello spirito della sussidiarietà"; l'art. 24, d.l. 12 settembre 2014, n. 133 (decreto c.d. "Sblocca Italia"), convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164, "Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio", secondo cui «I Comuni possono definire i criteri e le condizioni per la realizzazione di interventi su progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione al territorio da riqualificare. Gli interventi possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade ed in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. In relazione alla tipologia dei predetti interventi i Comuni possono deliberare riduzioni o esenzioni di tributi inerenti al tipo di attività posta in essere. L'esenzione è concessa per un periodo limitato, per specifici tributi e per attività individuate dai Comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere»; gli artt. 189 e 190, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

⁶² Tra i primi regolamenti comunali che disciplinano interventi di rigenerazione condivisi sui beni comuni si veda quello adottato dal Comune di Bologna il 22 febbraio 2014 ("Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani"). Sulla falsariga del c.d. Regolamento di Bologna molti Comuni ormai si sono dotati di regolamenti di rigenerazione di beni comuni urbani. Sul punto si veda, *ex plurimis*, F. GIGLIONI, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n. 2, 2016, 271 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2017, 42 ss.; L. MUZI, *L'amministrazione condivisa dei beni comuni urbani: il ruolo dei privati nell'ottica del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, a cura di F. Di Lascio, F. Giglioni, Il Mulino, 2017, 117 ss.

⁶³ Così l'art. 5 del Regolamento di Bologna. Sui patti di collaborazione e sulla loro natura giuridica cfr., tra i tanti, P. MICHIARA, *I patti di collaborazione e il regolamento per la cura e rigenerazione dei beni comuni urbani. L'esperienza di Bologna*, in *Aedon*, n. 2, 2016; A. BONOMO, *Rigenerazione urbana e nuove modalità partecipative: una riflessione*, in *Annali 2017 del Dipartimento Jonico*, Edizioni SGE, 2017, 11 ss.; M.V. FERRONI, *Le forme di collaborazione per la rigenerazione di beni e spazi urbani*, in *Nomos*, n. 3, 2017, 1 ss.; M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2018, 787 ss.

soggetti del patto sono da un lato gli organi amministrativi locali, che assumono il ruolo di «facilitatori» dell'azione dei privati⁶⁴, dall'altro i «cittadini attivi» che comprendono una platea molto ampia di soggetti. L'intervento di cura e di rigenerazione dei beni comuni urbani è infatti aperto a tutti i cittadini, come singoli o attraverso le formazioni sociali in cui esplicano la propria personalità, senza necessità di ulteriore titolo di legittimazione. Soggetto del patto può essere, ad esempio, un'associazione di quartiere, una fondazione, un'impresa⁶⁵, un gruppo di imprese o semplicemente un gruppo di cittadini particolarmente disponibili e interessati alla riqualificazione delle aree nelle quali vivono.

Dunque, si può osservare che a una visione strategica della rigenerazione fondata sulla pianificazione e programmazione urbanistica (c.d. «macrorigenerazione») si affianca una visione «micro», basata sulla spinta dal basso ad opera della cittadinanza⁶⁶. Questa nuova funzione amministrativa di gestione condivisa e di rigenerazione dei beni comuni urbani appare connotata da un forte valore sociale diretto a ridurre il degrado urbano e a promuovere lo sviluppo dei territori. È in questo contesto che uno strumento privatistico quale il contratto di rete può contribuire alla cura di un peculiare interesse pubblico quale quello dello sviluppo delle aree interne del nostro Paese.

6. *L'importanza del contratto di rete per lo sviluppo delle aree interne*

Alla luce di quanto detto, il contratto di rete può costituire un importante strumento per la valorizzazione (*rectius*, rigenerazione) del capitale «territoriale» presente nelle aree interne.

Tanti sono i vantaggi derivanti dall'appartenenza a una rete: possibilità di concentrare le proprie risorse soltanto su alcune fasi del processo produttivo (*core business*), instaurando con le altre imprese rapporti contrattuali stabili diretti a garantire l'approvvigionamento di tutti gli altri prodotti o servizi necessari per lo svolgimento della propria attività; accesso alle conoscenze e competenze di altre imprese (la circolazione e lo scambio di *know how* nell'ambito della rete permette di acquisire risorse e conoscenze necessarie per innovare e competere in un sistema globalizzato quale quello attuale); maggiore visibilità grazie all'ingresso in nuovi mercati (la rete può dare maggiore visibilità alle imprese, anche sul piano internazionale, con la conseguente possibilità di accedere a nuovi

⁶⁴ Si veda in particolare E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in *La rigenerazione di beni e spazi urbani*, cit., 15 ss.

⁶⁵ Le imprese sono in molti regolamenti espressamente previste come potenziali soggetti del patto di collaborazione, purché preordinate alla realizzazione di fini di interesse generale e non ricavano vantaggi economici diretti o indiretti.

⁶⁶ R. DIPACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, cit., 626.

mercati); possibilità di acquisire certificazioni di qualità o marchi commerciali; migliore accesso a capitali (finanziamenti bancari e incentivi pubblici); maggiore flessibilità operativa; ecc.

Grazie alle caratteristiche peculiari del nuovo strumento giuridico introdotto nel 2009, le imprese del settore primario (destinatari di una disciplina agevolativa *ad hoc*) possono dar vita a filiere produttive, con il coinvolgimento anche di imprese non locali, in grado di garantire al tempo stesso, da un lato, il mantenimento della biodiversità e la manutenzione del paesaggio grazie alla cura di prati e pascoli, dall'altro, la valorizzazione delle produzioni locali. Attraverso la commercializzazione, anche su scala internazionale, dei prodotti territoriali, i territori interni del nostro Paese non scompaiono ma vivono, acquisendo nuova linfa.

Il concetto di filiera può essere applicato non soltanto al comparto agro-zootecnico, ma anche a quello agro-alimentare e a quello agro-energetico. In particolare, mediante lo sviluppo del settore agro-energetico, è possibile produrre biomassa da materiali legnosi e da residui agricoli, valorizzando in tal modo anche i sottoprodotti agricoli⁶⁷.

La risposta del mercato all'introduzione del contratto di rete è positiva. Al 3 dicembre 2019, sulla base delle più recenti indicazioni fornite da InfoCamere, sono stati realizzati ben 5.863 contratti di rete (di cui 862 a soggettività giuridica) che coinvolgono 34.766 imprese su tutto il territorio nazionale⁶⁸.

A livello territoriale, le imprese "in rete" sono localizzate per il 38% al Nord, per il 37% al Centro e per il 25% al Sud. Le regioni con il maggior numero di imprese aggregate sono il Lazio (8.878), la Lombardia (3.585) e il Veneto (2.755), seguite da Campania (2.614), Toscana (2.362) ed Emilia Romagna (2.171). Quanto ai settori di attività, il settore agricoltura, silvicoltura e pesca è al primo posto per numero di imprese retiste (6.229, pari al 18% del totale), seguito dal commercio (5.442, pari al 16%) e dal manifatturiero (5.362, pari al 16%)⁶⁹.

Oltre il 90% delle imprese agricole aggregate svolge attività di coltivazione e allevamento. La distribuzione regionale delle imprese del settore primario che aderiscono a reti (contratto e soggetto) premia Campania (978 imprese), Friuli Venezia Giulia (883) e Lazio (800)⁷⁰.

⁶⁷ Cfr. M. MARCHETTI, A. DE TONI, L. SALLUSTIO, R. TOGNETTI, *Criticità e opportunità di sviluppo per le aree interne. Una lettura dei processi territoriali recenti*, cit., 36.

⁶⁸ I dati, costantemente aggiornati, sono rinvenibili in <http://contrattidirete.registroimprese.it/reti/>.

⁶⁹ Si veda RETIMPRESA, *Report sulle reti di imprese in Italia. 1° semestre 2019*, in www.retimpresa.it, 30 giugno 2019.

⁷⁰ Cfr. CENTRO STUDI CONFAGRICOLTURA, *Nel 2018, Reti di Imprese +19%, imprese in reti +34%. Imprese agricole in Reti di Imprese +52%*, in www.confagricoltura.it, 22 febbraio 2019 (i dati sono aggiornati al 31 dicembre 2018). Si veda anche ISMEA, *Manuale delle reti d'impresa per giovani agricoltori. Sviluppo di strumenti e azioni per la costituzione di reti d'impresa per l'imprenditoria giovanile in agricoltura*, 2018.

Numerosi sono i contratti di rete stipulati tra imprese (agricole e non solo) localizzate nelle aree interne⁷¹.

In conclusione, la cooperazione imprenditoriale di tipo reticolare può costituire un importante fattore di sviluppo per quei territori, caratterizzati da livelli diversi di perifericità spaziale e condizioni di svantaggio infrastrutturale e socio-economico, ma anche dotati di risorse e capitale naturale e umano, in termini di ricchezza di cultura, paesaggi e biodiversità, nei quali si registrano fenomeni di spopolamento e di abbandono delle piccole imprese tradizionali. La promozione di filiere produttive (e il contestuale associazionismo “in rete”), oltre a rimuovere forme di marginalità delle imprese rispetto al mercato e a implementare lo sviluppo e le tecnologie nella produzione, favorisce il ritorno degli imprenditori (agricoli) nelle aree interne, rigenerando così il “capitale territoriale” anche mediante l’aumento delle opportunità occupazionali.

⁷¹ Si pensi, ad esempio, alla rete “Rete Imprese Forestali e Legnami BOSC.A.T. (Boschi dell’Alto Tagliamento)” sottoscritta da imprese tutte localizzate nell’area di intervento della SNAI “Friuli Venezia Giulia – Alta Carnia”. Alla rete, sottoscritta il 3 agosto 2018, partecipano 14 imprese operanti in diversi settori (Silvicoltura ed utilizzo di aree forestali, Industria del legno e dei prodotti in legno e sughero, Lavori di costruzione specializzati, ecc.). Tramite l’istituzione della rete, le imprese intendono: innovare e innalzare le proprie capacità competitive e di innovazione anche attraverso il meccanismo di filiera o altre forme partenariali; aumentare le possibilità e opportunità di sviluppo del mercato del legname a partire da quello locale, tenendo conto delle caratteristiche del sistema produttivo dell’ambiente montano in cui le imprese operano e delle peculiarità del territorio di riferimento della Alta Val Tagliamento; qualificare e certificare le produzioni di legname e prodotti derivati per vari tipi di uso. Altri esempi sono dati dalla rete “Mugello Natura” (Area “Toscana – Valdarno e Valdisieve, Mugello e Valbisenzio”) operante nel settore agro-energetico, dalla rete “GustoSardegna” (Area “Sardegna – Gennargentu-Mandrolisai”) operante nel settore dell’agro-alimentare, dalla rete “Pratotrade” (Area “Toscana – Valdarno e Valdisieve, Mugello e Valbisenzio”) operante nel settore attività manifatturiere-industrie tessili.

Abstract

An introduction to the study of business networks
as a development model for internal areas

by Luca Di Salvatore

The essay aims at investigating if business networks and, in particular, the network contract, may constitute an effective business cooperation pattern for the regeneration of “territorial capital” present in internal areas. The analysis of the issues related to internal areas and of the main characteristics of business networks shows that the reticular entrepreneurial cooperation can contribute to the development of those territories, that are characterized by conditions of infrastructural and socio-economic disadvantage, but are also endowed with resources and natural and human capital, in which depopulation and abandonment of traditional small business are registered.

Parole chiave: aree interne, rigenerazione dei territori, reti di imprese, contratto di rete.

Keywords: internal areas, territorial regeneration, business networks, network contract.

L'iniziativa "Capitali Europee della Cultura": aspetti sostanziali e profili critici

di Giulia Torta

SOMMARIO: 1. Introduzione: l'UE e la promozione della cultura. – 2. L'iniziativa "Capitali Europee della Cultura". – 3. La gestione a livello nazionale dell'iniziativa "Capitali Europee della Cultura". – 4. Il rapporto tra "Capitali Europee della Cultura" e "Grandi Eventi". – 4.1. La definizione di "Grande Evento" nella letteratura sociologica. – 4.2. La nozione di "Grande Evento" nella normativa italiana. – 4.3. Le "Capitali Europee della Cultura" sono "Grandi Eventi"? – 5. La disciplina italiana dei "Grandi Eventi". – 5.1. L'emancipazione dalla normativa in materia di protezione civile. – 5.2. L'Expo di Milano e il Giubileo di Roma: modelli a confronto. – 5.3. La permanente atipicità organizzativa. – 5.4. Il complesso quadro normativo relativo alle "Capitali Europee della Cultura". – 6. Conclusioni: flessibilità normativa o tipizzazione degli strumenti di intervento?

1. *Introduzione: l'UE e la promozione della cultura*

Il valore unificante della cultura e la sua funzione strategica per lo sviluppo del territorio e della comunità che vi risiede sono concetti ormai consolidati nel contesto dell'Unione Europea. L'UE, infatti, considera con attenzione il ruolo della cultura nella promozione dell'identità europea e favorisce l'interculturalità, la tutela delle diversità culturali e la conservazione e valorizzazione del patrimonio culturale ed artistico degli Stati membri.

La politica dell'UE, peraltro, punta a sfruttare la cultura quale elemento catalizzatore della creatività nell'ambito della strategia per la crescita e l'occupazione e, nell'ambito delle relazioni internazionali dell'Unione, quale utile strumento per la diffusione di un sentimento di appartenenza a un'area culturale comune¹.

Già il preambolo del Trattato sull'Unione Europea (TUE) fa esplicito riferimento alla volontà di mettere in primo piano, nella politica e nell'attività dell'Unione, le "eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa" e il co. 3 dell'art. 3 TUE, nel delineare gli obiettivi dell'integrazione europea, impegna l'Unione a rispettare "la ricchezza della sua diversità culturale e linguistica" e a vigilare "sulla salvaguardia e sullo sviluppo del patrimonio culturale europeo"².

Il Trattato sul Funzionamento Europeo (TFUE), inoltre, stabilisce, all'art.

¹ Si veda M. FIORILLO, *Verso il patrimonio culturale dell'Europa unita*, in *Rivista AIC (Associazione Italiana Costituzionalisti)*, n. 4/2011, 1-14; A. O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, in *Aedon* n. 2/2018; K.A. ISKRA, A. MARTI, *Cultura*, in *Note sintetiche sull'Unione Europea*, n. 5/2019, 1-6; L. CASINI (a cura di), *La globalizzazione dei beni culturali*, Bologna, 2010.

² L'art. 3 TUE (ex art. 2 TUE), rientra tra le "disposizioni comuni" del Titolo I.

6, che, nel settore della cultura, l'Unione ha competenze “*per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri*”³ e, all'art. 167, co. 1, che è compito specifico dell'UE contribuire “*al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune*”⁴.

Ed anche la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea si sofferma sull'importanza della cultura quale elemento al tempo stesso unificante e differenziante dell'Unione affermando, all'art. 13, che “*le arti e la ricerca scientifica sono libere*” e, all'art. 22, che “*l'Unione rispetta la diversità culturale, religiosa e linguistica*”.

Peraltro, poiché tutelare e promuovere la diversità delle culture in Europa, valorizzare le loro caratteristiche comuni e favorirne lo sviluppo a lungo termine, sono obiettivi generali che richiedono un livello di coordinamento politico che possa garantire uniformità tra i vari Stati Membri, è utile richiamare anche il principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 TUE che in linea teorica attribuisce all'Unione il compito di raggiungere obiettivi di grande respiro in modo più efficiente rispetto ai singoli Stati Membri.

Nella concreta implementazione delle disposizioni richiamate, l'UE ha adottato negli anni varie azioni di incentivazione miranti soprattutto a stimolare lo sviluppo socioeconomico delle comunità locali in cui sono situati i beni culturali e ha sempre tentato di perseguire contemporaneamente due obiettivi tra loro connessi: il rafforzamento del pluralismo culturale in Europa e il potenziamento dell'offerta ricreativa, artistica e turistica del territorio. Tra le tante iniziative⁵,

³ L'art. 6 TFUE rientra nel Titolo I “*categorie e settori di competenza dell'unione*” della Parte Prima del Trattato.

⁴ L'art. 167 TFUE (ex art. 151 TCE), rubricato “cultura”, afferma quanto segue: “1. L'Unione contribuisce al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, evidenziando nel contempo il retaggio culturale comune. 2. L'azione dell'Unione è intesa ad incoraggiare la cooperazione tra Stati membri e, se necessario, ad appoggiare e ad integrare l'azione di questi ultimi nei seguenti settori: – miglioramento della conoscenza e della diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, – conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, – scambi culturali non commerciali, – creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo. 3. L'Unione e gli Stati membri favoriscono la cooperazione con i paesi terzi e le organizzazioni internazionali competenti in materia di cultura, in particolare con il Consiglio d'Europa. 4. L'Unione tiene conto degli aspetti culturali nell'azione che svolge a norma di altre disposizioni dei trattati, in particolare ai fini di rispettare e promuovere la diversità delle sue culture.”

⁵ Gli organi dell'UE, in particolare la Commissione Europea, hanno promosso, negli anni, iniziative e programmi volti a sostenere e completare gli interventi avviati a livello nazionale per la salvaguardia e la promozione del patrimonio culturale europeo, incoraggiando la collaborazione tra gli Stati membri e gli operatori del settore e gli scambi culturali non commerciali. La comunicazione della Commissione del 10 maggio 2007 su un'Agenda europea per la cultura in un mondo in via di globalizzazione (Adottata dal Consiglio con sua Risoluzione del 16 novembre 2007 e dal Parlamento europeo con sua Risoluzione del 10 aprile 2008) e il Programma Europa creativa (Istituito con regolamento (UE) n. 1295/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio) stabiliscono gli obiettivi per le attività future dell'Unione in ambito culturale ed affermano che tali attività devono promuovere la diversità culturale e il dialogo interculturale, rafforzare la competitività dei settori culturali e creativi

quella che senza dubbio ha avuto maggiore risonanza e successo è stata quella delle "Città Europea della Cultura" (più tardi ribattezzata "Capitali Europee della Cultura")⁶ grazie alla quale le città europee selezionate, che siano capitali di Stati membri o città più piccole, divengono per un intero anno il centro di un palinsesto di eventi culturali eccezionali e di alta qualità, che promuove la cultura nelle sue molteplici sfaccettature⁷ e che ha sempre una linea interpretativa di base, definita già al momento della candidatura, e finalizzata a valorizzare le caratteristiche intrinseche della città e le sue connessioni con i valori e la cultura europea.

2. L'iniziativa "Capitali Europee della Cultura"

Tra le diverse norme europee richiamate nell'introduzione, è senz'altro l'art. 167 TFUE a fungere da base giuridica per la politica europea sul piano culturale ed a fornire maggiori dettagli sulle azioni che in tale ambito possono essere intraprese dall'UE.

In forza di questa disposizione, infatti, l'Unione ha due compiti principali: 1) deve contribuire al pieno sviluppo delle culture degli Stati membri nel rispetto delle loro diversità nazionali e regionali, avendo però sempre cura di mettere in evidenza gli aspetti comuni del retaggio culturale e storico degli Stati Membri; 2) deve adoperarsi per incoraggiare la cooperazione tra Stati Membri, appoggiando ed integrando, se necessario, l'azione di questi ultimi nel miglioramento della conoscenza e diffusione della cultura e della storia dei popoli europei, nella conservazione e salvaguardia del patrimonio culturale di importanza europea, negli scambi culturali non commerciali e nella creazione artistica e letteraria, compreso il settore audiovisivo.

europei per sostenere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; nella stessa ottica, inoltre, il 2018 è stato dichiarato "anno europeo del patrimonio culturale" (Decisione del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 864 del 17 maggio 2017). È opportuno sottolineare, inoltre, che tutte le iniziative appena richiamate sono caratterizzate da un approccio alla cultura che ne mette in risalto la dimensione sociale e il ruolo essenziale per lo sviluppo economico; in altri termini, dunque, il patrimonio culturale europeo viene collegato anche alle questioni dell'impiego, dell'occupazione e della crescita economica. Si veda in tal senso A.O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale europea*, cit.

⁶ Avviata nel 1985 con la Risoluzione 85/C/153/02 dei Ministri responsabili degli affari culturali, riuniti in sede di Consiglio, e rinnovata negli anni con le Decisioni 1419/1999/CE, 649/2005/CE, 1622/2006/CE, 445/2014/UE e UE 2017/1545 dopo essere stata ribattezzata "Capitali Europee della Cultura" (CEdC).

⁷ "Different cities define culture differently, although many opt for a wider meaning than the production of art and include sport, gastronomy, and much else besides. In Graz, the Kitchen cooking project involved the making of ethnic meals cooked by local citizens in a central park of the city; Helsinki had a sauna of the month project and in Rotterdam, Preaching in Another Man's Parish involved ministers of different faiths preaching in each other's places of worship" Cit. da *European Capitals of Culture: the road to success. From 1985 to 2010*, Official Publications of the European Communities, Belgio, 2009.

L'art. 167 TFUE, tuttavia, non è altro che una norma programmatica pervasa da una "sottesa sussidiarietà" frutto di un compromesso politico⁸. Gli Stati Membri, infatti, pur riconoscendo competenze più ampie in materia culturale all'Unione, non si mostrano ancora pronti a cedere sovranità anche sotto questo specifico aspetto e di ciò è prova il fatto che nemmeno le iniziative più famose ed apprezzate, come appunto quella delle "Capitali Europee della Cultura"⁹, sono state in grado di superare questa visione frammentata, né hanno comportato una concreta armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Certo, la Decisione 1622/2006/CE, le cui disposizioni continuano ad applicarsi a tutte le città già nominate fino al 2019, innova profondamente rispetto a quella precedente del 1999 e sue successive modificazioni¹⁰, ma mantiene salde le prerogative statali dei vari Stati Membri cui spettano in via esclusiva i compiti di: pubblicare (secondo le forme di pubblicità previste da ciascun ordinamento) un invito a presentare le candidature rivolto a tutte le città potenzialmente interessate¹¹; convocare una giuria per la valutazione delle candidature¹²; designare una città per la nomina a "Capitale Europea della Cultura"¹³.

Nonostante l'iniziativa sia europea, e la disciplina sia posta con appositi strumenti giuridici di rango europeo, dunque, l'Unione in realtà gioca sul piano operativo un ruolo decisamente marginale. A poco vale il rilievo che sia il Consiglio a nominare ufficialmente la città sulla base di una raccomandazione della Commissione che tiene conto del parere del Parlamento europeo e delle relazioni delle giurie: la procedura è, di fatto, gestita dagli Stati Membri.

⁸ Si veda A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, II ed., Milano, 2014; F. POCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2014; A. GALLETTI, *La tutela e la circolazione dei beni culturali nell'unione europea*, in *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, ottobre 2013;

⁹ Decisione 445/2014/UE: "*Le valutazioni delle Capitali europee della cultura e la consultazione pubblica sul futuro dell'azione dopo il 2019 hanno dimostrato che la manifestazione è diventata progressivamente una delle iniziative culturali più ambiziose e apprezzate in Europa*".

¹⁰ Nella disciplina del 2006 è espressamente previsto che i programmi culturali predisposti dalle città nominate abbiano un nesso tra loro, che possano coinvolgere le aree circostanti, e che debbano avere lo scopo ultimo di mettere in luce il valore aggiunto europeo; i due Stati che ogni anno partecipano all'iniziativa non effettuano più una preselezione a monte della città da candidare ma sono tenuti ad invitare tutte le città interessate alla nomina a presentare le proprie candidature, mentre spetta alla giuria istituita presso ciascuno Stato membro interessato (composta da 13 esperti indipendenti e non più da 7, come in precedenza) la valutazione delle candidature attraverso un doppio filtro di selezione (una generica fase di preselezione e la selezione finale); terminata la fase della selezione si apre quella della nomina vera e propria che si concreta nella designazione, a cura di ciascuno degli Stati membri interessati, di una delle proprie città. Oltre ai passaggi appena analizzati, inoltre, è assolutamente inedita rispetto alla precedente normativa la disciplina contenuta negli articoli 10 e 11 della Decisione del 2006, rubricati come "gruppo di monitoraggio e consulenza" e "premio".

¹¹ Art. 5 Decisione 1622/2006/CE.

¹² Art. 6, 7 e 8 Decisione 1622/2006/CE.

¹³ Art. 9 Decisione 1622/2006/CE.

Peraltro, la prospettiva non cambia anche dopo le ultime novità normative introdotte dal Parlamento Europeo e dal Consiglio con la Decisione 445/2014/UE del 16 aprile 2014 che istituisce un'azione dell'Unione dal titolo "Capitali Europee della Cultura" per gli anni dal 2020 al 2033; questa nuova normativa, infatti, pur abrogando la Decisione 1622/2006/CE, prevede una disciplina sostanzialmente conforme a quella introdotta nel 2006, di cui si limita a dettagliare maggiormente alcuni aspetti¹⁴.

In altri termini, quindi, le novità della Decisione del 2014 si concentrano ancora una volta su aspetti specifici e non rappresentano un concreto tentativo di armonizzazione delle discipline nazionali.

La prima novità mira a favorire una maggior chiarezza interpretativa e si concretizza nella suddivisione degli obiettivi dell'azione "Capitali Europee della Cultura" per gli anni dal 2020 al 2033 in obiettivi generali ed obiettivi specifici. Sono oggi considerati obiettivi generali, perché intrinsecamente connessi allo scopo ultimo dell'iniziativa: la tutela e la promozione della diversità delle culture in Europa; la valorizzazione delle caratteristiche comuni di tali culture; il potenziamento del senso di appartenenza dei cittadini europei a un'area culturale comune; la promozione del contributo della cultura allo sviluppo a lungo termine delle città conformemente alle loro rispettive strategie e priorità. Sono, invece, annoverati tra gli obiettivi specifici, il cui raggiungimento è intimamente legato alle scelte degli organizzatori dei vari "anni evento", altri elementi, come ad esempio: il miglioramento dell'ampiezza, della diversità e della dimensione europea dell'offerta culturale delle città; l'ampliamento dell'accesso e della partecipazione alla cultura; la maggiore visibilità delle città a livello internazionale.

Ex art. 5 Decisione 445/2014/UE¹⁵, dunque, grazie alla distinzione tra obiettivi generali e specifici, la sistematizzazione dei criteri di valutazione delle candidature, viene ora effettuata in modo più imparziale tenendo presente i criteri che ponderano rispettivamente: a) l'esistenza di una strategia culturale¹⁶; b) la

¹⁴ Dal momento che, sin dalla sua introduzione nel 2006, il processo di selezione in due fasi, realizzato da una giuria di esperti indipendenti sulla base di un elenco cronologico di Stati membri, ha dato prova di essere uno strumento idoneo a garantire equità e trasparenza nella selezione e nella valutazione, viene mantenuto nella sua struttura essenziale; viene invece modificata la composizione della giuria che diviene ora di 10 membri (non più 13, come nella disciplina del 2006, o 7, come nella disciplina del 1999) e, per salvaguardare la continuità dell'azione delle Capitali Europee della Cultura, ed evitare la perdita di esperienza e conoscenze che si verificherebbe in caso di sostituzione simultanea di tutti gli esperti, si dispone che il rinnovo della giuria sia graduale e scagionato nel tempo.

¹⁵ Nella disciplina precedente i criteri per la valutazione erano distinti sulla base dell'oggetto: alcuni riguardavano infatti la dimensione europea, ed altri invece erano specificatamente focalizzati sulla relazione tra la città ospitante e i suoi cittadini.

¹⁶ Il criterio relativo all'esistenza di una strategia culturale richiede che il programma comprenda piani di sostegno alle attività culturali sia nell'anno del titolo che successivamente, che miri a creare legami duraturi tra i settori culturale, economico e sociale della città candidata, e che abbia un impatto a lungo termine anche sullo sviluppo urbano.

portata e la qualità delle attività¹⁷; c) l'esistenza di una visione artistica d'insieme e di una strategia chiara e coerente per il programma culturale¹⁸; d) la capacità di realizzazione¹⁹; e) il coinvolgimento della popolazione locale e della società civile nella preparazione della candidatura e nella realizzazione dell'azione²⁰. È tuttavia comunque evidente come l'impatto positivo di questa novità sia ristretto al piano procedimentale.

La seconda novità, poi, che consiste nell'apertura dell'iniziativa anche ai Paesi candidati o potenziali candidati che, negli anni pertinenti, possono vedere una delle proprie città nominata "Capitale Europea della Cultura" insieme alle due città (una per Stato Membro) che ogni anno possono concorrere per l'attribuzione del titolo secondo il calendario di rotazione previsto dall'allegato E della Decisione del 2014, non ha di fatto conseguenze sotto il profilo dell'armonizzazione delle legislazioni degli Stati Membri.

Nonostante queste importanti novità, quindi, nel complesso, non si può parlare di un grande stravolgimento della disciplina del 2006²¹ soprattutto se si mette in evidenza che l'unico impulso europeo nella direzione di una maggiore armonizzazione normativa nel settore culturale è rappresentato dall'introduzione di un formulario comune di candidatura che, ai sensi dell'art. 4 Decisione 445/2014/UE, deve essere utilizzato da tutte le città che intendano rispondere all'invito statale candidandosi per la selezione. Un tentativo decisamente poco

¹⁷ Il criterio relativo alla portata e alla qualità delle attività richiede che il programma preveda attività destinate a promuovere una maggiore comprensione reciproca tra i cittadini europei attraverso il riconoscimento della diversità culturale e degli aspetti comuni delle culture dell'Europa, il dialogo interculturale, la valorizzazione del patrimonio e della storia dell'Europa, e l'integrazione europea, realizzata anche attraverso la cooperazione con operatori o città di Paesi diversi, incluso, se del caso, con altre città cui è stato attribuito il titolo, e i partenariati transnazionali.

¹⁸ Il criterio relativo all'esistenza di una visione artistica d'insieme e di una strategia chiara e coerente per il programma culturale valuta la partecipazione di artisti e organizzazioni culturali locali che siano in grado di mettere in campo un'offerta artistica di qualità combinando il patrimonio culturale locale e le forme d'arte tradizionali con espressioni culturali nuove, innovative e sperimentali.

¹⁹ Il criterio relativo alla capacità di realizzazione dell'evento va inteso come la presenza di un ampio e forte sostegno politico cui corrisponde la presenza (o la concreta realizzabilità) di infrastrutture adeguate.

²⁰ Il criterio relativo al coinvolgimento della popolazione locale e della società civile nella preparazione della candidatura e nella realizzazione dell'azione valuta la garanzia accordata alla accessibilità delle attività da parte di tutti i visitatori e i residenti, compresi i gruppi emarginati o svantaggiati, le minoranze, le persone disabili e gli anziani.

²¹ Un occhio di riguardo, infine, viene riservato alla sostenibilità della strategia di raccolta di fondi e del bilancio proposto, alla struttura di *governance* e di attuazione prevista per l'esecuzione dell'azione, alle procedure di nomina dei direttori generali ed artistici e alla definizione dei loro campi di azione, alla strategia di marketing e comunicazione prescelta e alla presenza di personale con capacità ed esperienza adeguate per pianificare, gestire e realizzare il programma culturale dell'anno del titolo.

incisivo sotto il profilo dell'armonizzazione della politica culturale, soprattutto se si tiene conto che la Decisione del 2014 modifica anche la disciplina procedimentale della nomina della città abolendo il *pro forma* della nomina comunitaria della città designata all'esito del procedimento interno di selezione. Le città "Capitali Europee della Cultura" dal 2020 in avanti, quindi, saranno non soltanto designate dai rispettivi Stati Membri, ma anche da essi direttamente nominate, ed il coinvolgimento delle istituzioni europee si limiterà, da parte di ciascuno Stato Membro, alla notifica di tale nomina al Parlamento europeo, al Consiglio, alla Commissione ed al Comitato delle regioni almeno quattro anni prima dell'anno effettivo del titolo.

La centralità del ruolo giocato dagli Stati Membri rispetto alle istituzioni europee nell'iniziativa, peraltro, è ulteriormente evidenziata dal confronto con la procedura stabilita dalla Decisione 445/2014/UE per la partecipazione di Paesi candidati e potenziali candidati atteso che, per questo di tipo di partecipanti, viene ancora mantenuta la regola posta dalla normativa del 2006 in base alla quale è la Commissione a designare una città per detenere il titolo per gli anni pertinenti, sulla base delle raccomandazioni contenute nella relazione di selezione della giuria²².

3. *La gestione a livello nazionale dell'iniziativa "Capitali Europee della Cultura"*

Come si è avuto modo di chiarire nel paragrafo precedente, a livello europeo le Direttive e gli altri atti di indirizzo dell'Unione non stabiliscono in modo chiaro le modalità di organizzazione dell'evento correlato alla nomina di una città a "Capitale Europea della Cultura".

Ciascuno Stato Membro, dunque, è libero di delineare, di volta in volta in modo diverso, la propria strategia per la gestione e l'organizzazione dell'evento prevedendo l'adozione di una disciplina specifica per l'anno evento "Capitale Europea della Cultura", o adottando una disciplina più generale per i "Grandi Eventi", che possa poi trovare applicazione anche nel caso specifico.

²² L'organizzazione del concorso, la preselezione e la selezione tra le città dei paesi candidati e potenziali candidati sono invece a cura della Commissione Europea nelle forme prescritte dall'art. 10 Decisione 445/2014/UE. Come si legge nelle considerazioni introduttiva alla Decisione in questione: "(22) L'esperienza passata ha dimostrato che la partecipazione dei paesi candidati può aiutare ad avvicinarli all'Unione mettendo in evidenza gli aspetti comuni delle culture europee. È quindi opportuno aprire nuovamente l'azione istituita dalla presente decisione alla partecipazione dei paesi candidati e potenziali candidati dopo il 2019. (23) Tuttavia, nel periodo coperto dalla presente decisione, segnatamente dal 2020 al 2033, per motivi di equità nei confronti delle città degli Stati membri, le città dei paesi candidati e potenziali candidati sono autorizzate a partecipare a un solo concorso per l'ottenimento del titolo. Ancora, per motivi di equità nei confronti degli Stati membri, ogni paese candidato o potenziale candidato dovrebbe essere autorizzato a ospitare la manifestazione una sola volta durante tale periodo."

In Italia, dove dal 1985 ad oggi ben quattro città hanno ottenuto la nomina a “Capitale Europea della Cultura”²³, non è previsto un paradigma organizzativo e gestionale *standard* per l’amministrazione dell’iniziativa, dunque potrebbe in linea teorica trovare applicazione una disciplina generale sui “Grandi Eventi”, cui potrebbero successivamente combinarsi tutte le norme che regolano le varie forme di partenariato pubblico privato nella gestione di eventi.

Tutto dipende, però, dall’avverarsi di tre affermazioni che devono essere contemporaneamente vere e in grado di coesistere: 1) l’iniziativa “Capitale Europea della Cultura” deve potersi annoverare tra i “Grandi Eventi”; 2) deve esistere una disciplina strutturata e indipendente relativa ai “Grandi Eventi”; 3) come risultato delle due affermazioni precedenti, la disciplina dei “Grandi Eventi” deve potersi applicare all’iniziativa “Capitale Europea della Cultura”.

4. *Il rapporto tra “Capitali Europee della Cultura” e “Grandi Eventi”*

4.1. *La definizione di “Grande Evento” nella letteratura sociologica*

La locuzione “Grande Evento” richiama idealmente l’immagine di una celebrazione fastosa tipica di una grande occasione. È quasi spontaneo considerare eventi reali ai quali si è preso parte o dei quali si è sentito parlare, come i Giochi Olimpici o il Giubileo, quali edificanti esempi per teorizzare la propria personale nozione di cosa debba intendersi per “Grande Evento”. Ma oltre alla longevità dell’evento, o al gran numero delle persone coinvolte e degli spettatori, anche la forte connotazione politica, culturale e sociale dell’avvenimento²⁴ o il ricorso massiccio a tecniche di marketing sul mercato internazionale²⁵, sostenute da importanti investimenti, possono indurre i più a considerare una manifestazione o una ricorrenza come un vero e proprio “Grande Evento”.

A fronte di idee così immaginifiche e di svariati tentativi di sistematizzazione, tuttavia, ad oggi la dottrina sociologica non è riuscita ad elaborare una definizione universale di “Grande Evento”; manca un apparato concettuale e classificatorio sufficientemente preciso e sono dunque frequenti le sovrapposizioni tra definizioni e teorie²⁶.

²³ Matera 2019, Genova 2004, Bologna 2000, Firenze 1986.

²⁴ Esempi di avvenimenti politici che possono essere considerati grandi eventi sono, tra gli altri, i Summit del G8.

²⁵ Esempi di manifestazioni che ricorrono a imponenti strategie di marketing sono, tra le altre, la Coppa America di Vela o i più famosi tornei di tennis.

²⁶ Come afferma A. CHITO GUALA: “è difficile predisporre una tipologia onnicomprensiva, tale da «coprire» la maggior parte degli «eventi» senza il rischio di sovrapposizioni. E forse non è neppure praticabile una classificazione con pretese di totale completezza. [...] vari studiosi usano in termini quasi indifferenti concetti come mega-eventi (mega-events), grandi eventi (big events), eventi «di qualità», o «meritevoli di una attestazione

Il primo a tentare una classificazione è stato Ritchie nel 1984²⁷, il quale ha definito "hallmark events" i "major onetime or recurring events of limited duration, developed primarily to enhance the awareness, appeal and profitability of a tourism destination in the short and/or long time. Such events rely for their success on uniqueness, status, or timely significance to create interest and attract attention." All'interno della categoria degli "hallmark events", dunque, Ritchie ricomprende uno specifico elenco di tipologie di eventi (tra cui rientrano le esposizioni e le fiere mondiali, i carnevali e i festival caratteristici, gli eventi sportivi maggiori, gli eventi significativi sotto il profilo culturale e religioso, le tappe storiche, i classici eventi commerciali e agricoli, e gli eventi politici legati a personaggi di spicco) i quali, indipendentemente dal fatto di essere celebrati *una tantum* o in modo ricorrente, sono sempre organizzati per incrementare l'attrattività di una città nel breve e nel medio/lungo periodo in modi che ricalcano le specificità dell'evento in questione.

Verso la fine degli anni '80, peraltro, è stato sempre Ritchie²⁸ ad introdurre anche il concetto di "mega evento", definendo con questa espressione tutti quegli eventi importanti (per prestigio o portata), organizzati una o più volte l'anno, e dalla durata limitata nel tempo, che hanno la funzione di accrescere la consapevolezza, l'immagine e l'economia di una meta turistica nel breve e/o lungo periodo. Tali mega eventi, secondo Ritchie, dovrebbero essere caratterizzati dalla presenza di tre elementi tipici: il massiccio coinvolgimento degli utenti finali; il coinvolgimento del tessuto urbano delle città che li ospitano; gli ingenti investimenti che li precedono.

Negli anni '90, poi, Getz ed Hall hanno proposto nuove definizioni di "Grande Evento". Getz, inizialmente, ha definito tali quegli eventi che si verificano una sola volta o comunque non di frequente, ma sempre al di fuori del normale programma di eventi della città, e che offrono al consumatore un'opportunità per vivere un'esperienza piacevole al di fuori della comune esperienza quotidiana²⁹; successivamente, invece, ha puntato sull'individuazione di veri e propri limiti numerici in base ai quali distinguere tra semplici eventi pubblici e mega eventi, al punto che, in base alla sua definizione, erano da considerarsi eventi di livello mondiale solo quelli in grado di incrementare i movimenti turi-

di qualità» (*hallmark events*) (Ritchie, 1984), «eventi speciali» (*special events*): gli autori citati richiamano le olimpiadi, o altri avvenimenti sportivi di eccellenza, o ancora le esposizioni e le fiere internazionali (*expo, international exhibitions, fairs...*) senza che si faccia ricorso ad un apparato concettuale e classificatorio più preciso, che eviti sovrapposizioni e sia invece in grado di distinguere chiaramente gli eventi?»: cfr. A. CHITO GUALA, *Per una tipologia dei mega-eventi*, in *Bollettino della Società Geografica Italiana*, serie XII, vol VII, 2002, 743 – 755.

²⁷ J. R. B. RITCHIE, *Assessing the impact of hallmark events*, in *Journal of Travel Research*, vol 23, n.1/1984, 2-11.

²⁸ J. R. B. RITCHIE, J. YANGZHOU, *The role and impact of Mega Events and attractions on national and Regional Tourism: a conceptual and methodological overview*, paper presentato al 37° Congresso AIST (Association Internationale d'Experts Scientifiques du Tourisme), Calgary, 1987.

²⁹ D. GETZ, *Festivals, Special Events and Tourism*, New York. 1991.

stici, avere una copertura mediatica globale, ed avere ripercussioni positive sullo stato della comunità organizzatrice³⁰.

Hall, dal canto suo, ha definito grandi eventi le grandi fiere, i festival, le esposizioni e gli eventi sportivi, non dando nessuna rilevanza al fatto che gli stessi venissero indetti regolarmente o saltuariamente, ed ha utilizzato in modo intercambiabile i termini “*hallmark events*” e “*special events*” che invece erano stati utilizzati con connotazioni differenti da altri autori³¹.

Nel 2000 ha avuto particolare risonanza la definizione di “Grande Evento” fornita da Roche³² che, per la prima volta, ha messo in risalto il valore culturale dell’evento, pur se sempre strettamente connesso alle conseguenze economiche ed infrastrutturali dello stesso. La definizione in questione, che ha eletto a prototipo del “Grande Evento” i Giochi Olimpici, li qualificava come “*large scale cultural (including commercial and sporting) events which have a dramatic character, mass popular appeal and international significance*”³³. Proprio la classificazione di Roche è divenuta una delle più condivise dalla letteratura sociologica, soprattutto in ragione del rilievo, da essa accordato, alla natura simbolica degli eventi ed alla percezione della stessa da parte degli intervenuti e del pubblico piuttosto che in ragione del loro mero impatto economico. Peraltro, sempre tale studioso ha teorizzato una gerarchizzazione degli eventi attraverso una suddivisione in quattro categorie principali³⁴ connessa agli obiettivi degli eventi e al maggiore o minore coinvolgimento dei mezzi di comunicazione di massa.

Nel 2001 Allen, O’Toole, McDonnell e Harris³⁵ hanno nuovamente tentato di promuovere una definizione di “Grande Evento” saldamente ancorata agli

³⁰ Si veda D. GETZ, *Event Management and Event Tourism*, New York, 1997, per il quale i “mega-eventi” sono tali se “*their volume should exceed 1 million visits, their capital costs should be at least \$500 million, and their reputation should be of a ‘must see’ event ... Mega events, by way of their size or significance, are those that yield extraordinary high levels of tourism, media coverage, prestige or economic impact for the host community or destination*”.

³¹ C. M. HALL, *Hallmark Tourist Events: Impacts, Management, and Planning*, Londra, 1992.

³² M. ROCHE, *Mega-events and modernity: Olympics and expos in the growth of global culture*, Londra, 2000.

³³ Tale definizione è stata poi ripresa ed adottata dal Comitato Olimpico Internazionale.

³⁴ Secondo Roche le principali quattro categorie di eventi sono le seguenti: *mega events*, *special events*, *hallmark events* e *community events*. I primi (*mega events*) riguardano le esposizioni universali, i campionati del mondo di calcio, i Giochi Olimpici; essi hanno un target globale e l’interesse dei media è su scala mondiale. Dei secondi (*special events*) sono esempio il gran premio di formula 1 o altri eventi sportivi; il target di questi può essere sia internazionale sia nazionale e così anche la copertura mediatica. Dei terzi (*hallmark events*) sono esempio i grandi eventi sportivi che hanno un target nazionale o regionale, dunque anche l’interesse dei media è limitato a livello nazionale o regionale. Tra i quarti (*community events*), infine, rientrano tutti quegli eventi locali o regionali che vengono promossi dai media solo nella comunità di appartenenza.

³⁵ Secondo J. ALLEN, R. HARRIS, J. McDONNELL, W. O’TOOLE, *Festival and special event management*, New York, 2001, “*Mega-events [...] are those that are so large they effect whole economies and reverberate in the global media. They include Olympic Games and World Fairs, but it is difficult for many other events to fit into this category*”.

effetti sul sistema economico ed alla copertura mediatica dell'evento, limitando dunque alle esposizioni universali ed ai giochi olimpici la qualificazione di veri e propri "mega events".

Nel 2002, però, Guala ha rielaborato ed approfondito la classificazione di Roche di pochi anni prima e, tentando di evitare le sovrapposizioni che pure spesso sono inevitabili³⁶, ha elaborato una classificazione (che poi ha rivisto nel 2007) per includervi anche alcuni fenomeni che in precedenza aveva invece ritenuto di escludere³⁷.

Da questa rapida ricognizione della letteratura sociologica ed economica, e delle più rilevanti definizioni che sono state date, negli anni, di cosa sia un "Grande Evento", appare evidente che sono numerose le divergenze e le sovrapposizioni tra le varie posizioni ermeneutiche e ciò rende impossibile affermare con certezza quale sia o se esista una definizione universalmente accettata di "Grande Evento".

In conclusione, mancando del tutto linee guida utili a definire, anche con una certa approssimazione, cosa sia e cosa non sia oggettivamente qualificabile come "Grande Evento", la miglior strategia interpretativa rimane, ad oggi, quella di analizzare l'aspetto dimensionale dell'evento, declinato in tutte le sue possibili accezioni, evitando di vestire di oggettività un procedimento di elezione a "Grande Evento" che rimane sostanzialmente soggettivo.

In altre parole, quindi, nonostante gli sforzi della letteratura sociologica, non si è mai consolidata una definizione condivisa di "Grande Evento" e continuano ad esistere e coesistere numerose definizioni, ciascuna attenta a mettere in risalto uno o più specifici aspetti degli eventi considerati.

³⁶ Guala ha suddiviso gli eventi in: eventi sportivi di rilievo (es. olimpiadi estive ed invernali, campionati del mondo di calcio); eventi sportivi specialistici (es. America's Cup o campionato di Formula 1); meeting politici internazionali (es. G7, G8); eventi culturali diffusi (es. città europee della cultura); eventi artistici e musicali di rilievo (es. concerti o altre esibizioni); esposizioni e fiere internazionali; esibizioni e meeting specializzati; meeting ed incontri religiosi ricorrenti (es. Giubileo) o speciali. Si vedano in tal senso: A. CHITO GUALA, *Monitoring Torino 2006 Winter Olympic Games, The Pulsar Effect*, 38th Conference of International Society of City and Regional Planners, Atene, 21-26 settembre 2002; e A. CHITO GUALA, *Per una tipologia dei mega eventi*, cit.

³⁷ Si veda A. CHITO GUALA, *Mega eventi – Modelli e storie di rigenerazione urbana*, Roma, 2007. Peraltro, come chiarisce Pavone, i "Grandi Eventi" secondo Guala hanno delle caratteristiche precise: "Un Grande Evento avrà sicuramente come risvolti l'attrazione mediatica e un bacino di utenza, reale e virtuale, che si muoverà dal locale al globale, ma – come sarà evidenziato in modo più approfondito successivamente – si dovrà tener conto dello stesso elenco di variabili proposto da Guala e degli impatti e delle ripercussioni territoriali che il Grande Evento produce. Si dovrà anche tenere in considerazione la gestione della complessità e il coordinamento dei differenti stakeholder, ma anche le ricadute sui residenti, sull'immagine e sull'attrattiva della destinazione, nonché le eredità dell'evento." c.f.r. R. PAVONE, *Grandi eventi, trasformazioni territoriali e competitività internazionale*, Tesi di Dottorato in Geografia Economica, Facoltà di Economia, Università di Roma La Sapienza, XXII ciclo.

4.2. *La nozione di “Grande Evento” nella normativa italiana*

Nella normativa italiana l'espressione “Grande Evento” si presta ad un utilizzo meramente descrittivo di un avvenimento avente grande risonanza (lasciando volutamente questo sostantivo privo di un aggettivo qualificante e così aprendo alle più diverse interpretazioni)³⁸.

Prima del 2001, la definizione più ampia cui era possibile fare ricorso era quella contenuta nell'art. 1, co. 2, della delibera dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazione del 9 marzo 1999, n. 8, la quale metteva in evidenza l'aspetto sociale dell'evento e dunque ne predisponne la copertura mediatica giustificata dal rispetto e dalla garanzia del diritto all'informazione dei cittadini ma, com'è evidente, questa nozione, seppur a vocazione generale, escludeva altri elementi che sono invece utili parametri per distinguere tra semplici eventi e “Grandi Eventi”³⁹.

Nel 2001, il decreto – legge n. 343, recante “*disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile e per migliorare le strutture logistiche nel settore della difesa civile*” è stato il primo strumento normativo a prevedere una disciplina giuridica dei “Grandi Eventi” in Italia, tuttavia disponendo che l'insieme degli eventi ascrivibili a questa categoria fosse da ricavarsi, a cura dell'interprete, in modo indiretto e residuale rispetto a quegli eventi calamitosi che richiedono l'adozione di misure emergenziali⁴⁰.

Successivamente, un nuovo intervento normativo sul tema si è verificato nel 2010⁴¹, quando il Presidente del Consiglio dei Ministri italiano ha provve-

³⁸ In tal senso R. CERULLI, *La nozione di Grande Evento. La parabola della nozione di Grande Evento nell'ordinamento italiano*, in *Tusciafisco.it*, Serie di articoli dedicati ai grandi eventi, 2017.

³⁹ Ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della delibera del 1999 “*Per “evento di particolare rilevanza per la società” si intende un evento, sportivo o non sportivo, che soddisfi almeno due delle seguenti quattro condizioni: a) l'evento e i suoi esiti godono di risonanza speciale e generalizzata in Italia ed interessano altre persone oltre a quelle che normalmente seguono in televisione il tipo di evento in questione; b) l'evento gode da parte della popolazione di un riconoscimento generalizzato, riveste una particolare importanza culturale ed è un catalizzatore dell'identità culturale italiana; c) l'evento coinvolge la squadra nazionale di una determinata disciplina sportiva in un torneo internazionale di grande rilievo; d) l'evento è stato tradizionalmente trasmesso sulla televisione non a pagamento e ha raccolto un ampio pubblico di telespettatori in Italia.*”

⁴⁰ Come afferma l'art. 5 bis del d.l. n. 343 del 2001: “*enucleato una volta per tutte il principio già esistente nella normativa vigente [n.d.r. il richiamo è qui all'articolo 2, lett. c) della l. n. 225/1992], overosia che la disciplina afferente agli eventi calamitosi si applica anche ai cosiddetti “grandi eventi” essendo questi ultimi una partizione della categoria residuale degli “altri eventi”. La relazione tra “Grande Evento” e calamità naturali, che viene descritta da questa disciplina come un rapporto tra *genus* e specie, non è tuttavia corretta dal momento che i “Grandi Eventi”, pur nelle varie possibilità definitorie, non sono mai caratterizzati dall'elemento emergenziale, che è invece tipico e connaturato agli eventi calamitosi. In altre parole, l'unico elemento comune tra i “Grandi Eventi” e gli eventi calamitosi parrebbe dunque essere la nomina di un commissario straordinario, che tuttavia non è da sola sufficiente a ritenere sussistente un rapporto di specialità tra le due fattispecie (si veda in tal senso R. CERULLI, *La nozione di Grande Evento. La parabola della nozione di Grande Evento nell'ordinamento italiano*, cit.).*”

⁴¹ Con la Direttiva del 27 luglio 2010 intitolata “*Indirizzi per lo svolgimento delle attività propedeutiche alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri da adottare ai sensi dell'articolo 5, comma 1, della legge 24 febbraio 1992, n. 225.*”

duto ad individuare una serie di criteri di riferimento per la dichiarazione di "Grande Evento" già introdotta dalla l. n. 401 del 2001⁴² qualificando come tali: la complessità organizzativa dell'evento⁴³; l'esigenza di provvedimenti e piani organizzativi straordinari per garantire la sicurezza⁴⁴; la necessità di adottare misure straordinarie per l'uso del territorio, la mobilità, la viabilità ed i trasporti; la definizione ed esecuzione, anche con procedure semplificate, di piani sanitari di natura eccezionale; l'adozione di misure volte ad evitare che dalla celebrazione dell'evento possano derivare conseguenze negative a carico del territorio.

Per quanto poi concerne il livello internazionale, il tema dei "Grandi Eventi" è stato approfondito allo scopo di delineare una definizione utile ad orientare gli esperti nell'adozione di politiche di prevenzione criminale, ma anche in questo caso non si è andati oltre una nozione generale⁴⁵.

In conclusione, anche dal punto di vista strettamente giuridico, è possibile affermare che *"in assenza di una chiara definizione normativa... si esprime un concetto [di "Grande Evento"] quasi emozionale, capace di enucleare eventi «di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico» (cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, regolamento 9 dicembre 2014, art. 4) che a vario titolo presentano elementi di straordinarietà o di particolare rilevanza atti a giustificare l'adozione di misure speciali"*⁴⁶.

4.3. Le "Capitali Europee della Cultura" sono "Grandi Eventi"?

La ricognizione appena conclusa sui tentativi definitivi della dottrina non deve scoraggiare chi voglia cimentarsi nel tentativo di verificare la possibilità di

⁴² Legge di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343.

⁴³ Tenuto conto della rilevanza e della sua dimensione nazionale o internazionale, delle autorità partecipanti, dell'impatto sull'economia e sullo sviluppo, anche infrastrutturale dell'area interessata, della prevedibile elevata affluenza di pubblico e di operatori economici, del rischio di compromissione per l'ambiente ed il patrimonio culturale del Paese.

⁴⁴ Anche in considerazione dell'impiego eccezionale e coordinato di uomini e mezzi, della necessità di adottare misure eccezionali per l'accesso ai luoghi interessati dall'evento e di salvaguardare lo svolgimento delle attività economiche e dei servizi pubblici.

⁴⁵ L'UNICRI, l'Istituto interregionale delle Nazioni Unite per la ricerca sul crimine e la giustizia (fondato nel 1968 sulla base della Risoluzione dell'*Economic and Social Council* n. 1086 B (XXXIX) del 1965) ha infatti proposto come definizione la seguente: *"A major event is an event that requires international cooperation in respect of its security planning"*. Tale definizione, peraltro, è stata precisata grazie all'identificazione delle tre caratteristiche che connotano un Grande Evento: *"(1) Large/international (world) media attraction/coverage; 2) Their historical, political, cultural, significance or popularity; 3) Participation by large or international crowds, potential target groups, or VIP/dignitaries"*. Si veda *Foundations of the european house of major events security. A manual for international coordination of major events security research in Europe*, EU-SEC II, ottobre 2011.

⁴⁶ Cit. da C. MICCICHÈ, *I grandi eventi tra complessità organizzativa e spending review: gli istituti di collaborazione strutturale tra enti pubblici*, in *I grandi eventi/ la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2015, 10 – 46.

inquadrate un'iniziativa nel novero dei "Grandi Eventi"; se infatti non esiste una definizione universalmente accettata, sono tuttavia numerosi gli indicatori che possono essere usati per valutare un evento e definirlo così "Grande Evento".

Ad esempio, che l'iniziativa "Capitali Europee della Cultura" sia un "Grande Evento" non è certo difficile da dimostrare. Oltre alla prevedibilità di tale evento (che dipende dalla rotazione tra i vari Stati Membri predisposta a livello europeo), alla lunga pianificazione che ne caratterizza l'organizzazione ed al richiamo di grandi masse di persone, infatti, concorrono all'identificazione della nomina a "Capitale Europea della Cultura" come "Grande Evento" anche le considerazioni circa le importanti esternalità positive che da tale nomina discendono per le città prescelte e che si possono valutare sia sotto il profilo culturale, sociale e di immagine, sia sotto il profilo più strettamente economico⁴⁷.

In tal senso, se è vero che non è possibile stabilire a priori l'entità e gli effetti della gestione della manifestazione, e che non vanno sottovalutati i potenziali disagi che i "Grandi Eventi" possono produrre sul territorio della città ospitante, i *pro* e i *contro* delle scelte gestionali operate possono essere analizzate e valutate basandosi sul concetto di "legacy"⁴⁸ come l'insieme di tutte le conseguenze che

⁴⁷ Come afferma A. O. COZZI, *Dimensione economica e dimensione culturale*, op. cit.: "Negli anni recenti il rapporto tra bene culturale e dimensione economica si è posto all'attenzione della dottrina per una pluralità di profili. Ai fini del presente contributo, si possono distinguere due significati di dimensione economica. Una prima accezione ha ad oggetto i beni culturali ed è stata denominata valorizzazione economica. A sua volta, la nozione di valorizzazione economica è stata distinta in due tipologie. In un primo senso, si tratta del "valore generato e generabile per il bene culturale dall'incrocio tra l'offerta (di fruizione, di conoscenza, di immagine, di valore simbolico e identitario) e domanda turistica, industriale, commerciale e mass-mediatica, con gli effetti diffusivi sul contesto locale che ne discendono in termini di richiesta aggiuntiva di beni e servizi"; in un secondo senso, il concetto è riferito alla gestione "economica" del bene e della politica culturale, inteso come maggiore equilibrio tra costi e benefici.". Si vedano anche: G. MORBIDELLI, *Introduzione*, in *L'immateriale economico nei beni culturali*, G. MORBIDELLI, A. BARTOLINI (a cura di), Quaderni Cesifin. Nuova serie, Torino, 2016, 1 e ss.; M. CAMMELLI, *Strumenti giuridici della valorizzazione economica del patrimonio monumentale*, in Atti del Convegno "La valorisation économique des biens culturels locaux en France et en Italie", Toulouse, 21 novembre 2014, in *Aedon*, 2016; G. SEVERINI, *L'immateriale economico dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 3/2015; G. SCIULLO, *I beni culturali quali risorsa collettiva da tutelare – una spesa, un investimento*, in *Aedon*, n. 3/2017. Sotto il profilo europeo, la regolamentazione comunitaria, che ha come base gli ex artt. 158 e ss. TCE, ha da tempo riconosciuto che la cultura costituisce a pieno titolo un fattore attivo per la crescita socioeconomica di un territorio; si veda in tal senso M. CARTA, *L'armatura culturale del territorio. Il patrimonio culturale come matrice di identità e strumento di sviluppo*, Milano, 1999; D. FERRI, *La Costituzione culturale dell'Unione Europea*, Padova, 2008.

⁴⁸ H. PREUSS, *The Conceptualisation of Measurement of Mega Sport Event Legacies*, in *Journal of Sport Tourism*, n. 3-4/2007, 207 – 227; J. L. CHAPPELET, *Mega sporting event legacies: a multifaceted concept*, in *Papeles de Europa*, vol. 25/2012, 76-86; M. BARBIERI, G. GIROSANTE, C. VALOTTI (a cura di), *La legacy organizzativo-gestionale di Expo-Milano 2015, White Paper* n. 2/2015, Osservatorio sul Cambiamento delle Amministrazioni Pubbliche, 2016; E. KASSENS-NOOR, M. WILSON, S. MÜLLER, B. MAHARAJ, L. HUNTOON, *Towards a mega-event legacy framework*, in *Leisure Studies*, n. 6/2015, 1-7; A. BRAMANTI, E. TOFANI, *Il futuro di Milano passa da Expo: dalla legacy dell'evento al Polo di ricerca industriale*, in *Working Paper* del Centro di Economia Regionale, Trasporti e Turismo (CERTeT), n. 22/2017, 1-76; S.

sopravvivono e perdurano al concludersi dell'evento che le ha cagionate. Sono state elaborate numerose classificazioni delle possibili eredità di un "Grande Evento" che differiscono lievemente tra loro ma sono sostanzialmente concordi nell'identificare come tali: a) la dimensione infrastrutturale di arricchimento e svecchiamento del capitale territoriale dell'area interessata; b) la dimensione di attrattività turistica e del posizionamento internazionale del *brand* della città o del territorio ospitante; c) la dimensione delle nuove conoscenze acquisite durante l'evento che può rappresentare la base per l'organizzazione di manifestazioni future; d) la dimensione dell'impatto sull'economia ed i servizi pubblici; e) la dimensione della rafforzata consapevolezza dei valori di una comunità e dei temi promossi dall'evento; f) la dimensione politico-comunicativa relativa alle acquisite capacità amministrative e di *agenda setting* del settore pubblico, oltre che di promozione di buone pratiche di *governance*.

Quanto all'effetto sull'immagine della città ospitante, è indubbio che la nomina a "Capitale Europea della Cultura" favorisca o accresca la visibilità del territorio su larga scala⁴⁹. La copertura mediatica è assicurata su scala nazionale ed internazionale⁵⁰, dunque la nomina permette di pubblicizzare un'immagine positiva della città, il che evidentemente mira ad attirare visitatori e creare nuove reti di collaborazione a livello nazionale ed internazionale, favorendo gli scambi intellettuali interpersonali⁵¹.

Allo stesso tempo, l'effetto d'immagine è percepibile anche nell'ambito della stessa comunità cittadina di riferimento atteso che, alla proiezione di un'immagine positiva della città verso l'esterno, consegue, generalmente, uno sviluppo

CHERUBINI, E. BONETTI, G. IASEVOLI R. RESCINITI, *Il valore degli eventi. Valutare ex ante ed ex post gli effetti socio-economici, esperienziali e territoriali*, Milano, 2009; A. CHITO GUALA, *Mega eventi. Immagini e legacy dalle Olimpiadi alle Expo*, Roma, 2015.

⁴⁹ «L'acquisizione dei Grandi Eventi, infatti, rappresenta un'opportunità per le città che intendono acquisire «lo status di città internazionali con un ruolo elevato nella gerarchia urbana internazionale non tanto per effetto della loro dimensione, ma della capacità di specializzazione». Cit. da M. D'ARIENZO, *Il ruolo dei Grandi Eventi nella riqualificazione delle periferie urbane e nella promozione del diritto allo sport*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2/2017, 687, che a sua volta cita R. CAMAGNI, *Presentazione*, in C. Moranti (a cura di), *I vantaggi competitivi delle città: un confronto in ambito europeo*, Milano, 1994.

⁵⁰ A Genova, Capitale Europea della Cultura nel 2004, la promozione turistica dell'evento è stata notevole: sono state attivate ben 45 azioni in Italia e 98 all'estero che, a livello internazionale, sono state portate avanti principalmente attraverso iniziative di ambasciate italiane all'estero e istituti italiani di cultura, oltre che attraverso l'attivazione di gemellaggi con il comune di Genova. Anche l'evidenza data dai media è stata impressionante: dal dicembre 2003 al dicembre 2004 sono stati pubblicati 10.531 articoli su Genova 2004, i giornalisti accreditati sono stati circa 2000, le pagine web su Genova a partire dal settembre 2003 sono state più di 1 milione e il sito ufficiale di Genova 2004 ha raggiunto le 50.000 visite al mese.

⁵¹ Con il termine visitatore si intendono sia i visitatori giornalieri, altrimenti definiti "escursionisti", sia i turisti nazionali o stranieri, ovvero coloro che trascorrono almeno una notte nelle strutture ricettive della città.

dell'identità culturale della città, un'accresciuta partecipazione dei residenti alla vita della stessa, una più ampia diffusione di valori culturali nazionali, europei ed internazionali, nonché un generale apprezzamento per il rinnovato splendore della città.

Durante l'anno in cui una città è nominata "Capitale Europea della Cultura", del resto, il numero degli eventi organizzati viene potenziato enormemente per garantire un'offerta variegata in grado di attirare il più alto numero di visitatori e di residenti⁵²; conseguentemente, proprio il dato relativo all'incremento delle presenze turistiche può fornire indicazioni estremamente significative sul raggiungimento di altri obiettivi posti dal comitato organizzatore, sull'impatto della manifestazione e, più in generale, sul successo dell'evento.

Sotto il profilo economico, poi, le conseguenze sulla città ospitante e sul territorio circostante della nomina a "Capitale Europea della Cultura" possono essere valutate considerando: l'effetto moltiplicatore⁵³, l'effetto di dispersione⁵⁴ e l'effetto duraturo⁵⁵ a favore della collettività. Questi tre effetti agiscono contestualmente e, manifestandosi insieme, hanno un impatto complessivo che va oltre sia quello di ciascuno singolarmente considerato sia quello derivante dalla semplice somma dei tre⁵⁶.

⁵² A titolo di esempio, gli eventi riconducibili a "Genova Capitale Europea della Cultura 2004" sono stati circa 300 (di cui 154 convegni) così che, secondo i rilevamenti effettuati da Domoskopea, un totale di 2.800.000 persone circa ha preso parte a tali eventi in un anno (ogni giorno quasi 8.000 persone) e il numero dei visitatori dei musei civici genovesi è quasi raddoppiato rispetto all'anno precedente. Al dato sulla partecipazione si collega, peraltro, quello sul movimento turistico nazionale nel 2004, che ha segnato un aumento delle presenze e degli arrivi a Genova.

⁵³ Come spiega chiaramente uno studio effettuato da Ciset per conto di Concommercio – Imprese per l'Italia e AGIS -Associazione Generale Italiana dello Spettacolo, l'effetto moltiplicatore è definito come quel fenomeno per cui "ogni euro investito per ristrutturazioni e costruzione di nuove opere (investimenti "hard") mobilita circa 1,4€ di risorse nel sistema economico, in grado di contribuire all'aumento del PIL di alcuni punti percentuali": c.f.r. *Le ricadute degli eventi culturali e di spettacolo. Analisi di tre casi studio*, Ciset (a cura di), 2017, 4.

⁵⁴ Sempre dallo stesso studio del Ciset si ricava, peraltro, la definizione dell'effetto di dispersione, che è qualificato come il fenomeno per il quale "le risorse attivate dall'investimento hard si diffondono su un territorio molto ampio (extraregionale e addirittura nazionale)" a fronte di un effetto direttamente derivante dalla spesa dei visitatori, che rimane invece localizzato: c.f.r. *ibidem* p. 4, ove si legge anche che: "Riguardo in particolare ai benefici attivati dalla spesa dei partecipanti all'evento, le ricadute positive non riguardano solamente i principali comparti della filiera turistica (ricettività, ristorazione) ma si ripercuotono anche su imprese di altri settori economici localizzate nella destinazione, nel territorio limitrofo e eventualmente – nel caso di grandi eventi – in un'area ancora più ampia. Tanto più l'evento è ancorato a elementi caratteristici del territorio (es. enogastronomia, artigianato, espressioni artistiche locali, ecc.) e tanto più strutturato è il tessuto produttivo locale, tanto più circoscritte saranno le ricadute."

⁵⁵ Come si ricava da uno studio condotto da Ciset per conto di Federalberghi, l'effetto duraturo a favore della collettività è invece il risultato dell'utilizzo dei fondi dell'evento per realizzare o completare infrastrutture e servizi i cui effetti positivi sulla collettività perdurano anche una volta che questo si è concluso: c.f.r. #GRANDIEPICCOLIEVENTI – *Opportunità per il turismo volano per il territorio*, Ciset, 2015, e *Eventi culturali nel sistema delle ville venete e relative ricadute economiche*, Ciset, 2014.

⁵⁶ Qualora si volesse provare a dare una rappresentazione di che cosa significa in concreto

Gli investimenti necessari per la preparazione e lo svolgimento della manifestazione, inoltre, fungono da traino per l'intera economia. Gli investimenti hanno natura sia statale, sia europea, sia privata, e non si esauriscono certo nel singolo anno dell'evento, ma devono essere tali da permettere l'introduzione di cambiamenti destinati a durare nel tempo. Le risorse sia pubbliche che private messe a disposizione vengono generalmente utilizzate per interventi di natura infrastrutturale che, di solito, hanno ad oggetto l'ammodernamento dei beni culturali (così da renderli adatti ad ospitare gli eventi in programma), la riqualificazione urbana (al fine di migliorare la percezione del visitatore)⁵⁷, e il potenziamento del trasporto locale (atto a migliorare l'accessibilità dall'esterno e la mobilità interna della città)⁵⁸. Gli investimenti in questione, in altre parole, sono delle imperdibili opportunità economiche per i settori direttamente coinvolti, primi fra tutti quelli delle costruzioni, ma di essi beneficiano sicuramente anche i cittadini, che potranno godere dell'eredità materiale dell'evento negli anni successivi⁵⁹.

Infine, la nomina a "Capitale Europea della Cultura" presuppone anche la predisposizione di un'organizzazione amministrativa capace di gestire e sostenere uno sforzo economico, finanziario e gestionale che si concretizza nella creazione

questa affermazione è possibile tentare una ricostruzione astratta e non esaustiva dei passaggi che meglio la caratterizzano: l'elevata capacità di attrazione delle "Capitali Europee della Cultura", legata all'insieme degli eventi in programma, genera un aumento di visitatori; l'aumento dei visitatori determina un incremento nella domanda di servizi; l'aumento della domanda beneficia sia i settori strettamente connessi che tutti gli altri, sia della città sia del territorio circostante; e tutte le spese hanno un significativo riverbero sulle finanze pubbliche nazionali, regionali e locali.

⁵⁷ Per un approfondimento critico sul ruolo dei "Grandi Eventi" nel rimodellamento urbano si veda M. D'ARIENZO, *Il ruolo dei Grandi Eventi*, cit. Si vedano inoltre: M. I. SIMEON, G. TRAPANI, *Mega Eventi e creazione di valore per il territorio. Un'analisi delle Esposizioni Universali e Internazionali*, in *Sinergie rapporti di ricerca*, n. 34/2011, 180 e ss.; E. MATROPIETRO, *I grandi eventi. Un osservatorio privilegiato sulla riconfigurazione degli spazi. Il Caso di Zaragoza 2008*, in *Confini mobili: lingua e cultura nel discorso del turismo*, n. 2/2012, 219 e ss.

⁵⁸ Il budget dell'evento "Genova Capitale della Cultura 2004" è stato notevole (per gli interventi strutturali sono stati stanziati circa 200 milioni di euro, di cui 55 milioni stanziati dallo Stato, cui si sono sommati altri fondi stanziati dall'UE, attraverso i progetti Urban 1 e 2, dagli altri enti locali e dagli sponsor privati) e grazie ad esso è stata avviata un'attività di recupero e riconversione urbana del *water front* e del centro storico, sono state risanate vaste aree industriali (come quella del Ponte Parodi) e del centro storico (dando nuovo impulso alle attività commerciali ed artigianali), sono state ricollocate e ristrutturare le sedi universitarie, e sono state inaugurate tante nuove strutture ricettive. Il budget assegnato a Genova 2004 s.r.l. per la promozione degli eventi culturali è stato di ben 33.200.000 (di cui 17 milioni finanziati dal Ministero per i Beni Culturali) grazie ai quali è stato possibile elaborare un programma ricco e variegato di eventi culturali estremamente vari per natura e durata ma tutti interconnessi all'insegna del filo conduttore di Genova Capitale Europea della Cultura, ovvero il viaggio.

⁵⁹ Come mette in evidenza attenta dottrina: "A tal fine, già a monte, la scelta di localizzare l'evento in una zona, anziché in un'altra del territorio, va effettuata in previsione delle possibilità di riuso, cioè dell'appropriazione territoriale del grande evento." Cit. da M. D'ARIENZO, *Il ruolo dei Grandi Eventi*, cit., 689.

di nuove infrastrutture culturali, in progetti per il rimodellamento urbano e di adeguamento delle strutture turistiche e delle politiche comunicative della città⁶⁰.

In conclusione, risulta evidente che la “*legacy*” della nomina a “Capitali Europee della Cultura” è assimilabile a quella tipica degli eventi che sono senza dubbio inquadrabili nel novero dei “Grandi Eventi”. Per logica deduzione, quindi, anche la nomina in questione può rientrare tra i “Grandi Eventi” dal momento che questi, comunque si scelga di definirli, possono avere tante peculiarità e obiettivi diversi ma sono sempre caratterizzati da un elemento di eccezionalità che li rende straordinari rispetto al vissuto della comunità (e ciò indipendentemente dal fatto che si tratti di eventi verificatisi *una tantum* o ciclicamente) e in grado di generare una eredità destinata a lasciare un segno sulla comunità e sul territorio.

Riprendendo il paragrafo 3, dunque, si è verificata la veridicità della prima delle tre affermazioni che, come si è detto, devono essere contemporaneamente vere e in grado di coesistere: l’iniziativa “Capitale Europea della Cultura” si annovera infatti tra i “Grandi Eventi”. Rimangono da verificare le altre due affermazioni: l’esistenza di una disciplina strutturata e indipendente relativa ai “Grandi Eventi” e l’applicabilità della disciplina in questione all’iniziativa “Capitale Europea della Cultura”.

5. *La disciplina italiana dei “Grandi Eventi”*

5.1. *L’emancipazione dalla normativa in materia di protezione civile*

In Italia la disciplina dei “Grandi Eventi” non è ben sistematizzata e si compone di innumerevoli fonti, non tutte di rango primario, che si intrecciano e colmano i vuoti le une delle altre quasi a voler completare un puzzle, mentre l’unico elemento unificante pare essere la marcata propensione ad accelerare, snellire e semplificare la gestione dell’evento.

Nella disciplina in questione, infatti, intervengono, oltre alla legge statale, le leggi regionali, le ordinanze ministeriali, i provvedimenti dei commissari, e tanti “atti innominati” di incerta collocazione sistematica (come le linee guida o gli

⁶⁰ “*i Grandi Eventi rappresentano un’occasione per mettere a sistema i veri flussi della pianificazione (urbanistica, strategica e la programmazione dei fondi strutturali) con l’effetto di responsabilizzare particolarmente gli attori locali nella loro attività di pianificazione e di programmazione, avendo ben presente che gli obiettivi che essi perseguono in quanto enti di governo del territorio debbono inserirsi in scelte strategiche di sviluppo economico e di infrastrutturazione del territorio.*” Cit. da M. D’ARIENZO, *Il ruolo dei Grandi Eventi*, cit., 693 che mette anche in luce come, in effetti, l’esito positivo della manifestazione dipenda direttamente dall’adozione di un’adeguata e strutturata strategia di pianificazione che permetta la partecipazione dei vari stakeholder e sia fondata su una comunicazione efficace tra i soggetti coinvolti.

accordi di programma⁶¹), anche se gli strumenti normativi di cui generalmente si fa maggior uso sono i decreti-legge e gli atti amministrativi che, spesso, pur avendo formalmente la veste di ordinanze o di decreti, hanno natura sostanzialmente normativa ed hanno lo scopo di rendere il più agile possibile la gestione dell'evento⁶².

“In realtà posto che tali diversi sistemi di normazione sono proiettati non soltanto alla regolamentazione, ma più di frequente alla concreta programmazione dell'evento, può essere utile distinguere il diverso apporto che ciascuno di questi atti dà ai fini dell'organizzazione del Grande Evento. Nel dettaglio, occorre distinguere il frastagliato apporto normativo e disciplinare in base ai soggetti che emanano gli atti (Organizzazioni intergovernative, Stato, Enti locali e privati) e per settori d'interesse (espropri, urbanistica, appalti, anticorruzione, antimafia, sicurezza). Da una prima analisi, emerge come l'interesse della legge ordinaria e della decretazione d'urgenza sia volta soprattutto agli aspetti legati al finanziamento dell'evento e alla sicurezza dello stesso⁶³.”

È particolarmente evidente, dunque, il carattere della eccezionalità, che nella disciplina italiana connota i “Grandi Eventi” e che ha delle ripercussioni significative persino sulla gerarchia delle fonti: da un lato, infatti, le leggi tendono a perdere la loro tipica generalità ed astrattezza e diventano regole del caso concreto e, dall'altro lato, i criteri che normalmente regolano l'allocatione delle funzioni e delle competenze legislative vengono modificati per favorire una pronta reazione alle esigenze concrete dell'organizzazione e della *spending review*.

In altre parole, quindi, tutte le principali caratteristiche delle fonti sono sacrificate sull'altare dell'eccezionalità in nome della semplificazione e della rapidità, e il principio di sussidiarietà è rivisitato per meglio favorire il raggiungimento degli obiettivi organizzativi dell'evento⁶⁴.

⁶¹ Si vedano in proposito i contributi di A. ROCCELLA, *La gestione amministrativa di un Grande Evento: regole e deroghe*, in *Amministrare*, n. 1/2016, 23-36; R. CAVALLO PERIN, B. GAGLIARDI, *La disciplina giuridica dei grandi eventi e le olimpiadi invernali "Torino 2006"*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1-2/2012, 189 – 215; C. TACCOLA, *L'attività amministrativa in occasione di grandi eventi: istituti di semplificazione e accelerazione amministrativa... ovvero la differenza tra un Long Island ed uno Spritz!*, in *I grandi eventi/ la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2015, 47 – 66; M. CAPANTINI, *I grandi eventi: esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, Napoli, 2010.

⁶² Le ordinanze e i decreti, ad esempio, favoriscono la gestione attraverso la costituzione di organismi necessari per la corretta gestione del Grande Evento.

⁶³ Cit. da E. MARINO, *Grandi eventi: atti di normazione e provvedimenti amministrativi*, in *I grandi eventi/ la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il diritto dell'economia*, n. 2/2015, 67 – 88.

⁶⁴ Come afferma E. MARINO in “*Grandi eventi: atti di normazione e provvedimenti amministrativi*”, cit.: “*Durante lo stato d'eccezione si deroga all'ordinamento, si crea un sistema di regole con valenza «alternativa» a quello ordinario o, come si ritiene più opportunamente, con valenza «sospensiva». In effetti, in base alla temporaneità degli interventi si dovrebbe dire che il sistema resta sospeso, ma in realtà a volte la durata delle deroghe dura per un periodo talmente lungo – si veda appunto il caso dei grandi eventi – da ingenerare una vera e propria alternativa rispetto al sistema ordinario, con tutto ciò che questo comporta ai fini del rispetto dei principi costituzionalmente*

Quanto alla legislazione italiana in materia di "Grandi Eventi", il breve *excursus* normativo che la caratterizza è segnato da pochi passaggi confusi, il cui primo *step* è stato rappresentato dalla disciplina istitutiva del servizio nazionale della protezione civile (legge 24 febbraio 1992, n. 225), la quale, nell'indicare gli ambiti di competenza dello stesso, travalicava i limiti degli eventi catastrofici e delle calamità naturali e, alla lettera «c» dell'art. 2, introduceva un indefinito riferimento all'insieme di "altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari?".

La lettera «c» in questione, evidentemente, era una clausola aperta, una "empty box capace di ricevere qualsiasi contenuto"⁶⁵, ed era costruita in modo tale da permettere di sfruttare le caratteristiche di atipicità proprie delle emergenze di competenza della Protezione Civile in varie situazioni (invero le più disparate ma prive del carattere emergenziale) accomunate unicamente dalla circostanza di non essere gestibili secondo l'ordinario schema delle competenze amministrative.

Il secondo *step* è stato poi rappresentato dall'adozione del decreto – legge 7 settembre 2001, n. 343, il quale è stato foriero di due novità importanti: da un lato, come già accennato nel paragrafo 4.2, introduce per la prima volta, nel linguaggio normativo, l'espressione "Grandi Eventi", e dall'altro annovera anch'essi tra le "situazioni di grave rischio" che ricadevano nella sfera di competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri e per la gestione delle quali lo stesso Presidente aveva la facoltà di avvalersi del Dipartimento della Protezione Civile⁶⁶. Come ha rilevato attenta dottrina, però, il risultato di questa impostazione era la quasi totale discrezionalità del governo nell'adozione della dichiarazione di emergenza, da cui discendeva la facoltà di esercitare un potere derogatorio straordinario e privo di controlli in una serie potenzialmente illimitata di casi⁶⁷.

Dopo il 2001, poi, il sistema di gestione dei Grandi Eventi è stato più volte modificato dal legislatore, che ne ha offerto un'interpretazione autentica nel

garantiti [Cabiddu (n.d.r. il richiamo è al contributo di M. A. CABIDDU, *Stato d'eccezione*, in *Amministrazione in cammino*, 26. 7. 2010)]. *L'urgenza nell'affrontare situazioni d'emergenza o semplicemente nel gestire i grandi eventi implica il proliferare di una normativa (si direbbe «non convenzionale») funzionale al raggiungimento della relativa regolamentazione nel più breve tempo possibile.*"

⁶⁵ C. VENTIMIGLIA, *Una emergenza da inefficienza: poteri di ordinanza extra ordinem in materia di protezione civile*, in *Rassegna del Consiglio di Stato*, Anno LV, n. 4/2004.

⁶⁶ L'ingresso dei Grandi Eventi nel regime di protezione civile è stato consacrato dalla legge di conversione del decreto – legge (l. 401/2001). L'art. 5 bis, co. 5, afferma in proposito che: "le disposizioni di cui all'articolo 5 della legge 24 febbraio 1992, n. 225, si applicano anche con riferimento alla dichiarazione dei grandi eventi rientranti nella competenza del Dipartimento della protezione civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza."

⁶⁷ Cit. da P. SERAFINO, *La legge 225/1992 e i "Grandi Eventi" come Expo 2015*, in *amministrativamente*, n. 3-4/2015, 3, che chiarifica ulteriormente affermando che, al tempo, "Vi erano quindi due categorie di eventi alle quali potevano seguire poteri di ordinanza in deroga ovvero eventi naturali o imprevedibili (calamità naturali, catastrofi) ed eventi determinati dalla decisione dell'organo e quindi non imprevedibili, ma che per importanza e per i rischi che comportavano, erano considerati tali da poter essere affrontati con poteri straordinari."

2008⁶⁸, e che nel 2010 ha disposto di escludere dal computo delle spese rilevanti ai fini del patto di stabilità tutte quelle spese che gli enti locali dovevano sostenere per consentire lo svolgimento di eventi per i quali fosse intervenuta una "dichiarazione di Grande Evento" ex art. 5 bis, co. 5, del decreto – legge n. 343/2001⁶⁹.

A fronte di un'attitudine dell'esecutivo a favorire una fiorente applicazione della disciplina dei "Grandi Eventi" in regime di protezione civile, preziosa nell'offrire un margine di manovra maggiore rispetto alle regole ordinarie grazie al regime quasi-emergenziale accordato a situazioni non emergenziali o catastrofiche, la Corte dei Conti è stata la prima ad esprimersi formalmente in modo decisamente critico sulla disciplina in questione.

Il terzo *step*, dunque, è rappresentato dalla deliberazione n. 5/2010/P del 4 marzo 2010 della Corte dei Conti ove si afferma che: *"la genericità della previsione normativa [il riferimento è all'art. 5 bis della legge n. 225 del 1992], che consente ampia discrezionalità all'Amministrazione di qualificare singole iniziative quali «grande evento», richiede un uso misurato dello strumento, tanto più che con norma interpretativa è stata disposta la non assoggettabilità a controllo preventivo dei predetti provvedimenti (art. 14 del DL n. 90 del 2008). [...] Non qualsiasi "grande evento", quindi, rientra nella competenza del Dipartimento della protezione civile, ma vi rientrano solo quegli eventi che, pur se diversi da calamità naturali e catastrofi, determinano situazioni di grave rischio per l'integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell'ambiente dai danni o dal pericolo di danni⁷⁰."*

Il legislatore si è dimostrato ricettivo rispetto alla sollecitazione della Corte e, sempre nel 2010, ha emanato un atto di indirizzo per lo svolgimento delle attività propedeutiche alle deliberazioni del Consiglio dei Ministri da adottare ai sensi dell'art. 5, co. 1, della l. 225/1992⁷¹, finalizzato a promuovere un ridimensionamento nell'utilizzo della disciplina della protezione civile anche grazie alla predeterminazione dei presupposti minimi per qualificare un evento come rilevante ai fini della disciplina. Per la prima volta, infatti, grazie a questo prov-

⁶⁸ Il decreto-legge n. 90/2008 aveva l'effetto di sottrarre le ordinanze del Presidente del Consiglio e la maggior parte dei provvedimenti adottati dai commissari straordinari al controllo preventivo di legittimità operato dalla Corte dei Conti ex art. 3, l. n. 20/1994.

⁶⁹ Il decreto-legge n. 2/2010, convertito in legge con la l. n. 42/2010.

⁷⁰ Cit. da deliberazione n. 5/2010/P, pp. 19 e 24, che così prosegue: *"Né può giustificare una diversa interpretazione il fatto che l'art. 1, comma 2, lettera "c" della legge 225/1992 attribuisce alla struttura nazionale di protezione civile la competenza in caso di "calamità naturali, catastrofi o altri eventi che, per intensità ed estensione, debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari", essendo di tutta evidenza che l'invocato art. 1 (intitolato "Tipologia degli eventi ed ambiti di competenze") ha la limitata funzione di distinguere i vari livelli di intervento, a seconda che sia sufficiente l'attività dei singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria (lettera "a"), ovvero risulti necessario l'intervento coordinato di più enti o amministrazioni competenti in via ordinaria (lettera "b"), ovvero che occorra l'impiego di mezzi e poteri straordinari (lettera "c"), fermo restando, ad avviso della Sezione, che deve pur sempre trattarsi di eventi che mettano a grave rischio di compromissione interessi primari."*

⁷¹ Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 luglio 2010.

vedimento interno, “*si assumeva – contrariamente alla prassi seguita fino a quel momento e così apertamente stigmatizzata dalla summenzionata pronuncia della Corte dei Conti – che la qualificazione di grande evento dovesse rispettare taluni presupposti comunque indicati dalla legge e che questi, in particolare, dovessero presupporre una valutazione di specifici rischi, finalmente indicati in modo non indeterminato ed afferenti, come appena visto, alla “integrità della vita, dei beni, degli insediamenti e dell’ambiente”⁷².*”

Tuttavia, è solo nel 2012 che si avvera il quarto ed ultimo *step*, ovvero che la prassi fino a quel momento consolidata della *governance* dei “Grandi Eventi” in modalità para-emergenziale viene abbandonata⁷³. Il decreto – legge n.1/2012, infatti, abroga il controverso comma 5 dell’art. 5-bis del decreto – legge n. 343/2001 ed esclude il ricorso alla decretazione d’urgenza nelle ipotesi in cui manchino circostanze straordinarie di origine naturali o catastrofiche e l’unico scopo perseguito sia quello della velocizzazione di procedure i cui ritardi siano imputabili unicamente alla cattiva gestione dell’evento.

Dall’altra, però, come sottolinea attenta dottrina, l’abrogazione del comma 5, non ha l’effetto di eliminare radicalmente i “Grandi Eventi” dall’ordinamento quanto piuttosto di diluirli nell’ambito delle più generali categorie di avvenimenti che abilitano l’attivazione dei dispositivi di protezione civile atteso che, “*nell’ambito delle competenze del Presidente del Consiglio dei Ministri in materia di protezione civile viene, infatti, tuttora annoverata la capacità di promuovere e coordinare le attività della vasta congerie di enti e/o amministrazioni che ne compongono il caratteristico sistema a rete, anche in occasione di “altri grandi eventi, che determinino situazioni di grave rischio” (così, l’attuale versione dell’art. 5 del decreto legge 343 del 2001, non toccata, sul punto, dai citati interventi di riforma)*⁷⁴.”

5.2. L’Expo di Milano e il Giubileo di Roma: modelli a confronto

In un panorama normativo come quello appena brevemente riassunto è interessante accennare rapidamente a due esperienze organizzative sostanzialmente coeve: l’Esposizione Universale tenutasi a Milano nel 2015 e il Giubileo Straordinario della Misericordia indetto nello stesso anno.

Questi due “Grandi Eventi”, infatti, sono stati realizzati attraverso l’implementazione di modelli organizzativi che esemplificano due posizioni frutto di

⁷² Cit. da G. CERRONE, *Il Giubileo Straordinario della Misericordia: il primo “grande evento” dopo l’abrogazione della disciplina dei grandi eventi*, in *Giust.Amm.it*, n. 1/2017, 34.

⁷³ Invero non è uno degli obiettivi di questo contributo analizzare nel dettaglio le ragioni per le quali la disciplina di protezione civile non sia stata in grado di regolare compiutamente e adeguatamente il fenomeno dei “Grandi Eventi” ma diversi studiosi si sono cimentati nell’approfondimento di queste argomentazioni e tra questi si segnala il contributo di F. GIGLIONI, *Amministrazione dell’emergenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VI, 44 e ss.

⁷⁴ Cit. da G. CERRONE, *Il Giubileo Straordinario della Misericordia*, cit., 35.

contrapposte ricostruzioni dell'approccio da seguire nella gestione di un "Grande Evento", pur essendo interessante notare che, in alcuni punti salienti, nonostante le diversità, i modelli si allineano per fare fronte a problematiche comuni.

L'Esposizione Universale di Milano, che rientra nel novero delle esposizioni universali riconosciute dalla Convenzione sulle esposizioni internazionali firmata a Parigi il 22 novembre 1928⁷⁵, nonostante si sia concretamente realizzata nel 2015, dunque in data successiva all'abrogazione del comma 5 dell'articolo 5-bis del decreto – legge n. 343/2001 ad opera del decreto – legge n.1/2012, è stata in realtà gestita ricorrendo, per esplicita volontà legislativa, a soluzioni organizzative fondate sul dettato legislativo previgente. Al contrario, il Giubileo Straordinario della Misericordia, indetto da Papa Francesco con la Bolla "*Misericordiae Vultus*" dell'11 aprile 2015, è stato organizzato e gestito prescindendo completamente dalla normativa previgente che attribuiva al governo poteri eccezionali ed ha lasciato aperto soltanto il canale di intervento predisposto dall'art. 5 della legge 23 agosto 1988, n. 400 che attribuisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la competenza ad intervenire in materia.

In altre parole, dunque, "*all'Expo, cui è stato riconosciuto il carattere della specialità tipico dei "grandi eventi", l'ordinamento ha reagito scegliendo di mettere in campo un organo straordinario, mentre non altrettanto è accaduto in occasione dell'Anno santo, in occasione del quale la pubblica amministrazione ha reagito modulando strutture ordinarie e conferendo a quest'ultime poteri speciali di coordinamento*"⁷⁶.

Questi due modelli, contrastanti sotto molti aspetti, sono un chiaro esempio di come lo stesso fenomeno possa essere gestito ricorrendo a strategie che accentuano profili antitetici e come, di fatto, la scelta tra una e l'altra sia il frutto di una scelta politica del legislatore, come si avrà modo di approfondire nella conclusione.

Peraltro, è anche utile rilevare che gli elementi e le problematiche che paiono essere comuni ad entrambi i modelli sono principalmente due: la difficoltà di rispettare le tempistiche prestabilite per la realizzazione dei vari passaggi organizzativi, e la necessità di predisporre strumenti di prevenzione alla corruzione con un conseguente potenziamento del ruolo dell'ANAC.

5.3. *La permanente atipicità organizzativa*

Come si è ricostruito nei paragrafi precedenti, si è assistito, negli anni, ad un processo di progressiva autonomizzazione della disciplina dei "Grandi Eventi"

⁷⁵ Questa Convenzione è stata resa vincolante nell'ordinamento italiano dal regio decreto – legge n. 24/1931 (poi convertito con la legge n. 893/1931) ed è stata successivamente integrata e modificata dai protocolli aggiuntivi firmati a Parigi nel 1948 e nel 1966.

⁷⁶ Cit. da L. PERGOLIZZI, *La complessità dell'organizzazione grandi eventi: dall'Expo al Giubileo*, in *federalismi.it*, n. 6/2016, 16, cui si rimanda per un'analisi più dettagliata dei due sistemi organizzativi oggetto di comparazione.

rispetto a quella della protezione civile, ma ciò non ha comunque determinato la costituzione di una disciplina strutturata e indipendente relativa ai “Grandi Eventi”.

Permane, quindi, la sostanziale atipicità della risposta organizzativa, che non consente di individuare schemi definiti, anche se pare potersi affermare con relativa certezza che la scelta del livello di governo competente per la gestione organizzativa dell’evento dipenda, principalmente, dalla capacità dello stesso di reperire e garantire i finanziamenti necessari e dal rispetto dei vincoli procedurali imposti dall’ordinamento a garanzia del corretto utilizzo dei fondi pubblici.

“In particolare, in considerazione della casistica esaminata, sembra si possa affermare che detti organismi hanno solitamente natura pubblica se sono costituiti per assicurare funzioni di tipo programmatico o di mero coordinamento operativo; si prediligono invece strumenti di tipo privatistico quando gli enti pubblici hanno l’esigenza di condividere funzioni che implicano lo svolgimento di attività negoziale o la gestione di consistenti capitali. In tal caso gli strumenti cui si fa ricorso con più frequenza sono le società di capitali nonché i comitati, le associazioni, i consorzi e da ultimo anche le fondazioni di partecipazione⁷⁷.”

Nella realtà della programmazione e dell’attuazione di un “Grande Evento” sono sempre coinvolti numerosi soggetti pubblici e di solito anche molti soggetti privati, ciascuno dei quali ha proprie competenze e responsabilità sia sotto il profilo della *governance* che della regolamentazione.

Per gestire e disciplinare le linee di intervento delineate nel dossier finale di candidatura della città di Matera, nell’ambito della nomina a “Capitale Europea della Cultura” per l’anno 2019, ad esempio, nel settembre del 2014 è stata costituita la Fondazione di partecipazione Matera-Basilicata 2019⁷⁸, la cui durata temporale è collegata al periodo necessario ad implementare la strategia culturale delineata nel dossier di candidatura (2015-2020) e che comunque è destinata ad estinguersi entro il 31 dicembre 2022⁷⁹.

Le figure di spicco della Fondazione sono tre: il Presidente⁸⁰, che ne ha la

⁷⁷ Cit. da C. MICCICHÉ, *I grandi eventi tra complessità organizzativa e spending review: gli istituti di collaborazione strutturale tra enti pubblici*, cit.

⁷⁸ La Fondazione non ha scopo di lucro e non può distribuire utili; può costituire e partecipare ad associazioni, società, enti e istituzioni pubbliche la cui attività sia diretta al perseguimento di scopi analoghi e può svolgere, in via accessoria, attività di natura commerciale, purché non in contrasto con le finalità e con i valori che sono alla base della sua costituzione. La Fondazione, inoltre, amministra e gestisce i beni di sua proprietà, o che possiede in forza di altro titolo. Per un approfondimento sulle fondazioni partecipate si veda F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Diritto Amministrativo*, n 1-2/2014, 45 e ss.

⁷⁹ Ex art. 8 Statuto della Fondazione sono Fondatori: il Comune di Matera, la Regione Basilicata, la Provincia di Matera, la Camera di Commercio di Matera, l’Università degli Studi della Basilicata.

⁸⁰ Nella versione originaria dello Statuto, quella del 2014, era stato individuato come presidente della Fondazione il Sindaco pro-tempore del Comune di Matera.

legale rappresentanza di fronte ai terzi, ha la facoltà di agire e resistere avanti a qualsiasi autorità amministrativa o giurisdizionale e cura le relazioni con enti, istituzioni pubbliche e private, anche al fine di instaurare rapporti di collaborazione; il Direttore generale, che dirige in concreto, coordina e cura l'esecuzione delle attività della Fondazione nel rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità⁸¹; il Presidente onorario, che è "*figura altamente rappresentativa della mission della Fondazione in ambito culturale, garante dell'autorevolezza della stessa nel contesto nazionale, europeo ed internazionale*" ed è nominato tra personalità di riconosciuto prestigio culturale⁸².

Ex art. 2 Statuto della Fondazione, inoltre, al fine di attuare le linee strategiche delineate nel dossier di candidatura, la stessa: gestisce i progetti inerenti; promuove ed organizza eventi; si avvale della collaborazione di strutture regionali, agenzie, fondazioni, soggetti *in house* ed enti di partecipazione pubblica, che operano nei settori d'interesse della Fondazione e che condividono finalità ed obiettivi, nel rispetto delle reciproche autonomie e funzioni; e promuove partnership con altri organismi privati, che operino nei settori d'interesse della Fondazione o che ne condividano lo spirito e le finalità.

Nell'ambito dei Grandi Eventi vengono spesso attivate varie forme di collaborazione tra pubblica amministrazione e partner privati che segnano nuove tappe nel processo evolutivo del principio di sussidiarietà orizzontale⁸³.

Il contratto di sponsorizzazione, che "*da strumento tutto sommato marginale nell'attività ordinaria delle amministrazioni, diviene invece centrale in occasione di grandi eventi*"⁸⁴, è indubbiamente uno degli esempi più rilevanti del circuito virtuoso che può instaurarsi tra soggetti pubblici e privati. Si tratta di un contratto atipico, consensuale e sinallagmatico a mezzo del quale uno dei due contraenti (che prende il nome di "*sponsee*") accetta di promuovere il nome, i prodotti od i segni distintivi dell'altro contraente (che prende il nome di "*sponsor*"), a fronte di una somma di denaro o di altra utilità⁸⁵.

⁸¹ Art. 18 Statuto della Fondazione.

⁸² Art. 19 Statuto della Fondazione.

⁸³ Si veda G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118 della costituzione*, in *Studi in Onore di G. Berté*, Napoli, 2007, 177 e ss.

⁸⁴ Cit. da M. CAPANTINI, *I grandi eventi. Esperienze nazionali e sistemi ultrastatali*, cit.

⁸⁵ Sul contratto di sponsorizzazione si vedano: M. CAMMELLI, *Strumenti giuridici della valorizzazione economica del patrimonio monumentale*, cit.; V. FALCE, *I contratti di sponsorizzazione*, in V. BUONOCORE E R. COSTI (a cura di), *Trattato di Diritto Commerciale*, Sez. II, Tomo 3.VII, Torino, 2010, 47 e ss.; M. BIANCA, *I contratti di sponsorizzazione*, Roma, 1990; S. GATTI, voce «*Sponsorizzazione*», in *Enc. dir.*, XLIII, Milano, 1990, 509 – 513; P. BARRERA, *Art. 120. Sponsorizzazione dei beni culturali*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Il Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, 907 e ss.; M. CAMMELLI, *Le sponsorizzazioni tra evidenza pubblica ed erogazione*, cit.; G. MANFREDI, *Le sponsorizzazioni dei beni culturali e il mercato*, in *Aedon*, n. 1/2014; R. CHIEPPA, *Il nuovo regime delle erogazioni liberali e delle sponsorizzazioni: il settore dei beni culturali e l'intervento delle fondazioni*, in *Aedon*, n. 2/2013; P. F. UNGARI, *La sponsorizzazione dei beni culturali*, in *Aedon*, n. 1/2014; F. VENTURA, *Le sponsorizzazioni "atipiche"*, in *Aedon*, n. 1/2010.

In un contesto, come quello odierno, in cui l'economia è in lenta ripresa e le risorse finanziarie sono scarse, è evidente che la stipulazione di un contratto di sponsorizzazione "passiva"⁸⁶, ovvero un contratto in cui la pubblica amministrazione assuma la veste di "sponsee" ed il privato quella di "sponsor" è un ottimo strumento per reperire i fondi necessari ad implementare le attività e i programmi che lo Stato intende perseguire⁸⁷.

Del resto, la stipulazione di un simile contratto è estremamente vantaggiosa per entrambe le parti, soprattutto quando l'attività da sponsorizzare è un "Grande Evento". Dal punto di vista del privato, ad esempio, diventare "sponsor" di un "Grande Evento" assicura grande risonanza mediatica e permette di acquisire diritti speciali od esclusivi per lo sfruttamento commerciale di loghi e simboli⁸⁸; dal punto di vista della pubblica amministrazione, invece, il vantaggio consiste principalmente nella possibilità di ottenere un'immediata disponibilità di fondi necessari ad attivare e portare a termine la fase organizzativa dell'evento e nella possibilità di realizzare o acquisire in tempi rapidi (e generalmente con un buon risparmio) i lavori, le forniture e i servizi che si era programmato di realizzare o di acquisire per l'evento.

In occasione di "Genova Capitale Europea della Cultura 2004", ad esempio, la ricerca di sponsorizzazioni da parte di privati ha avuto un gran successo ed è stata fondamentale per assicurare la riuscita dell'evento, come dimostra la ripartizione del budget assegnato alla Genova 2004 s.r.l. per la promozione degli eventi culturali, posto che, dei 33 milioni di euro a disposizione solo 17 erano di provenienza statale (finanziati dal Ministero per i Beni Culturali)⁸⁹ e ben 16 era

La relazione finale della Commissione per il rilancio dei beni culturali e del turismo e per la riforma del ministero in base alla disciplina sulla revisione della spesa 2013 chiarisce che: "Ad oggi, risultano due tipi di sponsorizzazione: "tecnica", ove lo sponsor non si limiti a fornire il denaro, ma curi anche la realizzazione dell'intervento; "pura", quando lo sponsor si limita a fornire il denaro. Pur essendoci una chiara differenza di causa tra le due tipologie contrattuali, il decreto semplificazioni del 2012 ha, in modo forse non troppo attento, realizzato l'unitarietà della disciplina, che ha riunito in un'unica disposizione, l'art. 199-bis del Codice dei beni culturali, la procedura di scelta dello sponsor, superando e annullando le differenze tra le due tipologie." Cit. da 31.

⁸⁶ M. ALLENA, P. PANTALONE, *Il partenariato pubblico-privato e i grandi eventi*, in *I grandi eventi/ la parola al giurista. Dentro e oltre l'esperienza di Expo 2015*, in *Il diritto dell'economia*, 2/2015, 107 – 130.

⁸⁷ Del resto, nonostante l'esistenza di un insuperabile limite rappresentato dal perseguimento dell'interesse pubblico, la pubblica amministrazione ha la possibilità di agire attraverso gli strumenti predisposti dal diritto privato e, di conseguenza, di stipulare contratti, indipendentemente dal fatto che si tratti di contratti tipici o di contratti atipici ex art. 1322, co 2, c.c. Si vedano in tal senso: E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2017; R. CAVALLO PERIN E G. M. RACCA, *Caratteri ed elementi essenziali nelle sponsorizzazioni con le pubbliche amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, n. 4/2013, 583 e ss.

⁸⁸ M. CAPANTINI, *I partenariati pubblico-privati nell'organizzazione di grandi eventi. Esperienze europee*, in M.P. CHITI (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato. Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni*, Napoli, 2009, 377 e ss.

⁸⁹ Di questi 33 milioni di euro, circa 21 milioni di euro sono stati utilizzati per le manifestazioni, circa 8 milioni di euro per la promozione delle manifestazioni e degli eventi e circa 4 milioni di euro per gestire il funzionamento interno della società Genova 2004 s.r.l.

stati raccolti grazie alle sponsorizzazioni. Gli sponsor, quindi, sono stati imprescindibili per elaborare un programma ricco e variegato di eventi culturali.

5.4. *Il complesso quadro normativo relativo alle "Capitali Europee della Cultura"*

Se, come si è visto, la nomina a "Capitale Europea della Cultura" è inquadrabile nel novero dei "Grandi Eventi", alla stregua delle Olimpiadi, delle Expo o dei mondiali di calcio, lo scenario normativo di riferimento per la gestione e l'organizzazione dell'iniziativa dovrebbe dunque essere rappresentato dalla legislazione nazionale formata negli anni sui "Grandi Eventi" che purtroppo, però, in Italia non è ben sistematizzata ed è caratterizzata da numerose fonti che si intrecciano tra loro generando una atipicità spesso confusionaria.

Questa tesi che ha orientato il ragionamento fin qui svolto – relativa all'esistenza di una disciplina strutturata e indipendente relativa ai "Grandi Eventi"⁹⁰ – deve essere, però, sconfessata nella misura in cui non è possibile affermare che esista in Italia una disciplina strutturata e indipendente relativa ai "Grandi Eventi".

Se è vero, infatti, che negli anni è stato portato avanti un processo di progressiva autonomizzazione della disciplina dei "Grandi Eventi" rispetto a quella della protezione civile, ciò tuttavia non ha determinato la costituzione di una disciplina strutturata e indipendente relativa ai "Grandi Eventi", che rimane in balia di una sostanziale atipicità organizzativa, priva di schemi definiti, la cui unica certezza pare rappresentata dalle norme sul rispetto dei vincoli procedurali imposti dall'ordinamento a garanzia del corretto utilizzo dei fondi pubblici.

E neppure è utile puntare eccessivamente sui casi dell'Expo di Milano del 2015 e del Giubileo Straordinario della Misericordia dello stesso anno, posto che nessuno dei due costituisce un modello ideale né è stato individuato dal legislatore come prototipo ideale di organizzazione di un "Grande Evento".

6. *Conclusioni: flessibilità normativa o tipizzazione degli strumenti di intervento?*

L'iniziativa Capitale Europea della Cultura è divenuta, negli anni, uno strumento valido per la promozione della cultura locale ed europea e per lo sviluppo economico delle aree coinvolte⁹¹; essa ha dimostrato di essere in grado di promuovere notevolmente lo sviluppo delle città nominate che, grazie a questa occasione, hanno potuto modificare la propria immagine, riqualificare il contesto urbano, suburbano ed extraurbano, spostare il proprio focus economico sul turismo e, più in generale, migliorare la qualità della vita della collettività cittadina.

⁹⁰ Si veda il paragrafo 3.

⁹¹ Dalla sua costituzione, nel 1985, l'azione comunitaria ha coinvolto, ad oggi, più di 60 città in 30 Paesi.

Per quanto riguarda la gestione dell'eredità post evento, inoltre, a differenza del trend sostanzialmente negativo che caratterizza le *legacy* di altri "Grandi Eventi" tenutisi in Italia negli ultimi vent'anni⁹², l'evento "Capitale Europea della Cultura", puntando sulla ricchezza culturale della città nominata, genera indubbiamente un effetto positivo sia sul patrimonio monumentale e sulle altre forme di espressione artistica che connotano la città, ma anche sulla scienza e la tecnologia che sono il frutto della storia ed evoluzione sociale della stessa⁹³.

È ammissibile dunque affermare, in base ai dati acquisiti, che l'evento in questione è un'iniziativa positiva per la promozione della cultura in Europa ed ha raggiunto lo scopo per il quale era stato ideato⁹⁴.

Del resto, l'apprezzamento a livello nazionale è stato tale da stimolare il legislatore italiano a promuovere, anche sul piano nazionale, iniziative analoghe, che sono culminate nel 2014 con l'introduzione del titolo annuale di "Capitale Italiana della Cultura"⁹⁵.

A fronte di valutazioni tanto positive circa la singola azione comunitaria, dunque, è paradossale rilevare come sia a tutt'oggi poco incisiva una trattazione organica del tema "cultura" a livello europeo. La cultura è ancora considerata in senso ampio e l'art. 167 TUE sembra rappresentare un argine insuperabile ed incomprensibile all'armonizzazione europea nel settore della politica culturale.

⁹² "Confrontando l'esempio appena riferito [Le Olimpiadi Invernali di Torino 2006] con le altre manifestazioni di poco successive come i Mondiali di nuoto di Roma 2009 e i Giochi Olimpici del Mediterraneo di Pescara 2009, si ha infatti la netta sensazione che le manifestazioni sportive non si rivelano affatto una leva per l'economia del Paese ospitante, al punto che le risorse pubbliche impiegate per l'organizzazione dell'Evento si sarebbero potute destinare ad altri impieghi più redditizi. Ciò a maggior ragione se si considera che dei vantaggi, invero piuttosto esigui e comunque al di sotto delle aspettative – beneficiano solo una cerchia ristretta di soggetti, mentre i costi gravano sull'intera collettività che ne è invece sistematicamente tagliata fuori." Cit. da M. D'ARIENZO, *Il ruolo dei Grandi Eventi*, cit., 706 – 707.

⁹³ Genova 2004 rappresenta, in questo senso, un ottimo esempio di *legacy* positiva dal momento che, al fine di realizzare l'anno evento, si è investito sia sulla conservazione e promozione del patrimonio artistico e monumentale, sia sulla promozione del sapere e della tecnologia dei cantieri navali e della navigazione.

⁹⁴ Si veda, tra gli altri, R. GARIBALDI, *Capitale Europea della Cultura: effetti, ricadute ed obiettivi*, in *Le pagine di risposte turismo*, n. 3/2013.

⁹⁵ Per favorire la valorizzazione del patrimonio culturale italiano e non dissipare il patrimonio progettuale dei dossier di candidatura delle città partecipanti all'iniziativa "Capitale Europea della Cultura" per l'anno 2019, il legislatore italiano ha preso ispirazione dall'ordinamento europeo ed ha introdotto, a mezzo del decreto-legge n. 83 del 31 maggio 2014, poi convertito in legge (Convertito dalla l.n. 106/2014, successivamente modificata dalla l.n. 10/2016 e poi dalla l.n. 205/2017), un'iniziativa aperta a Comuni, Unioni di Comuni e Città Metropolitane che prende il nome di "Capitale Italiana della Cultura". L'iniziativa in questione, che muove dal desiderio di "favorire progetti, iniziative e attività di valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale materiale e immateriale italiano, anche attraverso forme di confronto e di competizione tra le diverse realtà territoriali, promuovendo la crescita del turismo e dei relativi investimenti", ricalca sostanzialmente l'azione europea di cui è quasi omonima. Le somiglianze, infatti, sono notevoli sia per quanto riguarda gli obiettivi che l'assegnazione del titolo mira a perseguire, sia per quanto concerne le modalità di selezione ed assegnazione del titolo.

L'iniziativa (oggi divenuta vera e propria azione dell'Unione) "Capitali Europee della Cultura" potrebbe rappresentare un ottimo punto di partenza per l'introduzione di una vera disciplina europea sulla promozione e la tutela della cultura, ma le varie decisioni europee sulle "Capitali Europee della Cultura" lasciano spazi troppo ampi alle normative statali di ciascuno Stato Membro. Ancora una volta, si perde un'importante occasione di armonizzazione europea e di progresso nella direzione del consolidamento dell'Unione Europea che, oltre ad essere auspicabile in linea di principio, sarebbe anche utile nella pratica, dal momento che, come nel caso dell'Italia, alcuni Stati Membri potrebbero trarre concreti benefici dall'introduzione di una normativa in un settore che ad oggi è lacunoso.

Qualora si ritenesse di non voler procedere ad una cessione ulteriore di sovranità nei confronti dell'Unione Europea, e si ritenesse valido il limite implicito posto dall'art. 167 TUE continuando al contempo a lavorare sul piano nazionale per costruire un consenso politico e sociale sullo sviluppo di una politica culturale europea, è comunque doveroso rilevare alcune perplessità sul versante organizzativo, nella misura in cui, come si è avuto modo di approfondire, il quadro normativo interno pare carente. E del resto rimane ancora da verificare la terza ed ultima affermazione, relativa all'applicabilità della disciplina italiana sui "Grandi Eventi" all'iniziativa "Capitali Europee della Cultura".

La nomina a "Capitale Europea della Cultura", infatti, come si è visto precedentemente, è annoverabile tra i "Grandi Eventi", ed è caratterizzata dall'essere ciclica e dal comportare una complessità organizzativa tale da richiedere, di volta in volta, la cooperazione tra organizzazioni e istituzioni di livello locale e regionale in tutti i settori, anche quelli non strettamente connessi all'economia culturale e dell'intrattenimento, stimolando la formazione di un sistema di *governance* articolato e la costituzione di specifici soggetti con compiti gestionali.

Eguale complessa, peraltro, si presenta anche l'organizzazione degli eventi "Capitale Italiana della Cultura", che ricalcano sotto numerosissimi aspetti la nomina a "Capitale Europea della Cultura". Del resto, l'unica concreta differenza tra i due eventi pare essere la diversa cadenza temporale che scandisce il ricorrere dei due eventi, ma ciò rileva poco se ci si concentra sulle problematiche organizzative e gestionali degli eventi considerati, la cui assimilabilità non viene messa in crisi dal rilievo in questione⁹⁶.

⁹⁶ Anche nel caso della "Capitale Italiana della Cultura", infatti, non è previsto un solido modello organizzativo e di *governance* che valga per tutte le città nominate, ciascuna agisce in autogestione sulla base del progetto presentato all'atto della candidatura. Nel 2018, a Palermo, ad esempio, per gestire l'evento "Capitale Italiana della Cultura" si è scelto di affidare il management del progetto alla Fondazione Sant'Elia, già precedentemente istituita nel 2010 allo scopo di promuovere in termini generali la diffusione della cultura e dell'arte quali strumenti per la crescita della società civile e di tutelare e valorizzare il patrimonio artistico, monumentale e culturale del territorio. La fondazione in questione ha personalità giuridica di diritto privato, non riceve contributi pubblici annuali di funzionamento ed ha organi che operano a titolo gratuito. Nell'ambito

Se, infatti, è vero che dal 1985 al 2019 (ben 34 anni) ci siano state solo 4 città nominate Capitali Europee della Cultura in Italia, e che la prossima nomina riguardi l'anno 2033 (tra ben 14 anni), mentre ex art. 7, co. 3-quater, decreto – legge n. 83/2014⁹⁷ il titolo di “Capitale Italiana della Cultura” è conferito annualmente dal Consiglio dei ministri ad una città italiana⁹⁸, la ciclicità, la frequenza, nonché la rilevanza dell'impegno economico che il finanziamento di entrambe le iniziative comporta⁹⁹, sono tali da far sorgere il dubbio che la mancanza di una disciplina specifica possa rappresentare una grave vuoto normativo.

Inoltre, è appena il caso di rammentare che ciascun “anno evento” come “Capitale Europea della Cultura” è preceduto da un periodo di preparazione comprendente diversi anni di programmazione, organizzazione e gestione, ad esempio nel caso delle “Capitali Europee della Cultura” estendendosi per circa sei anni; tale periodo di preparazione è assolutamente necessario per dare il tempo sia agli Stati membri ospitanti l'iniziativa di pubblicare un invito a presentare candidature rivolto alle proprie città, sia a queste ultime di predisporre un dossier di candidatura adeguatamente rifinito ed interessante per partecipare al concorso.

Posto però che non esiste una disciplina strutturata e indipendente relativa ai “Grandi Eventi”, l'ultima riflessione di questa ricostruzione deve riguardare l'opportunità di un intervento regolatore da parte del legislatore per introdurre una disciplina dei “Grandi Eventi” che possa applicarsi all'iniziativa “Capitale Europea della Cultura” e, in caso affermativo, l'eventuale portata di un tale intervento.

Il “modello speciale Expo” mette in evidenza i meriti e i vantaggi dell'introduzione di una disciplina speciale in materia di “Grandi Eventi” e sulla scorta dello stesso è possibile affermare che, qualora il legislatore decidesse di intervenire adottando una disciplina specifica dovrebbe concentrarsi, in particolare, su tre principali aspetti: a) dovrebbe sancire i principi in base ai quali organizzare la

dell'evento “Palermo Capitale Italiana della Cultura 2018”, dunque, tale fondazione ha rivestito un ruolo di coordinamento delle attività realizzate dai singoli soggetti ed ha garantito i servizi trasversali legati alla gestione economico-finanziaria (inclusa la fase di rendicontazione), alla comunicazione e al marketing, al *fund-raising*, ed al raccordo tra il comitato scientifico della candidatura e ciascuna istituzione.

⁹⁷ Poi convertito con la legge n. 106/2014.

⁹⁸ Art. 1, co. 326, l. n. 205/2017 la nomina avviene sulla base di un'apposita procedura di selezione definita con decreto del Ministro dei beni e delle attività culturali e del turismo, previa intesa in sede di Conferenza unificata; con la legge di bilancio del 2018, peraltro, la disposizione contenuta nell'art. 7, co. 3-quater, è stata resa permanente ed estesa, con le stesse modalità, anche per gli anni successivi al 2020.

⁹⁹ Ex art. 7, co. 3-quater, decreto – legge n. 83/2014 i progetti presentati dalla città designata sono finanziati grazie al Fondo per lo sviluppo e la coesione, programmazione 2014-2020, nel limite di un milione di euro per ciascuno degli anni 2015, 2016, 2017, 2018 e 2020, e l'art. 1, co. 326, l. n. 205/2017 autorizza a tal fine la spesa di un milione di euro annui per gli anni successivi al 2020.

*governance*¹⁰⁰; b) dovrebbe fissare una serie di opzioni organizzative (consigliando formule specifiche di raccordo organizzativo tra governo centrale e governo locale)¹⁰¹; c) dovrebbe stabilire le regole necessarie per il rispetto delle tempistiche dei "Grandi Eventi", che generalmente sono etero-imposte (così è ad esempio per le esposizioni universali e per le Capitali Europee della Cultura)¹⁰².

Il "modello ordinario Giubileo", che invece punta su un rafforzamento del sistema ordinario, escludendo la necessità dell'introduzione di una normativa speciale *ad hoc*, ha dimostrato come "la disciplina vigente, nella quale non è più rinvenibile una autonoma regolazione dei grandi eventi, offra sufficienti elementi per far rientrare simili fattispecie (che forse sarebbe meglio definire quali "eventi complessi a forte impatto locale") nell'ambito degli ordinari strumenti di coordinamento che il nostro ordinamento assegna al ruolo del Prefetto"¹⁰³.

La scelta tra i due "modelli" è senza dubbio di tipo politico, visto che, come hanno dimostrato l'Expo e il Giubileo, entrambe le vie sono sostanzialmente praticabili, tuttavia, a parere di chi scrive, sarebbe auspicabile che il legislatore intervenisse per chiarire almeno gli aspetti organizzativi di base dei "Grandi Eventi", al fine di favorire il coordinamento tra gli interessi dei vari stakeholder, lo sfruttamento dell'effetto incentivante del titolo e lo sviluppo della città in termini non soltanto culturali ma generali, conformemente alle rispettive strategie e priorità.

Del resto, come ha sottolineato attenta dottrina, se è vero che il principale

¹⁰⁰ "Dall'esperienza maturata in tema di grandi eventi (compreso quello milanese) si può dedurre come alcuni principi amministrativi pacificamente affermati (nell'ordinario), come il principio di distinzione politica amministrazione, non sembrano trovare una piena applicazione in questi casi particolari, come dimostra il fatto che spesso sono chiamati ad essere commissari responsabili dell'evento organi politici (come il sindaco di Torino nel caso delle Olimpiadi invernali e il sindaco di Milano nella fase iniziale di Expo Milano 2015, nonché il presidente della Regione Lombardia). Invece sembrano trovare terreno fecondo altre distinzioni, come ad esempio quella tra funzioni di carattere privatistico legate alla concreta gestione dell'evento (sponsorizzazioni, gestione dei marchi e dei simboli, pubblicità...) e funzioni pubblicistiche (costruzioni di opere, intervento sull'assetto urbanistico, espropriazioni...)." Cit. da A. BENEDETTI, *L'eredità di Expo Milano 2015 e la disciplina dei grandi eventi*, in *Amministrare*, n. 1/2016, 18.

¹⁰¹ "Una legge quadro potrebbe presentare differenti opzioni organizzative, partendo dal principio di fondo per cui la specialità della disciplina, così come l'istituzione di organismi di scopo, è giustificabile solo nella misura in cui si debba ottenere ciò che il sistema ordinario – e i soggetti istituzionali ordinari – non è effettivamente in grado di garantire." Cit. da A. BENEDETTI, *L'eredità di Expo Milano 2015 e la disciplina dei grandi eventi*, cit., 18.

¹⁰² Per un approfondimento sul sistema Expo si segnala anche il contributo di N. PASINI, *Expo Milano 2015: genesi di una politica pubblica complessa*, in *Amministrare*, n. 2-3/2015, 3 – 24; A. ROCCCELLA, *La gestione amministrativa di un grande evento: regole e deroghe*, in *Amministrare*, n. 1/2016, 23 – 35.

¹⁰³ Cit. da G. CERRONE, *Il Giubileo Straordinario della Misericordia: il primo "grande evento" dopo l'abrogazione della disciplina dei grandi eventi*, in AA. VV. (a cura di A. TRAMONTANO), *Giubileo Straordinario della Misericordia. L'esperienza della segreteria tecnica per il Giubileo. Istituzioni, università e territorio nell'anno santo della misericordia*, 183 – 184. Venute meno le disposizioni della legge n. 225 del 1992, l'autore individua il riferimento normativo della competenza del Presidente del Consiglio dei Ministri ad intervenire nella materia nell'art. 5 della legge 23 agosto 1988, n. 400.

interesse della pubblica amministrazione è la buona riuscita del “Grande Evento” (nello specifico dell’evento “Capitale Europea della Cultura” o “Capitale Italiana della Cultura”), gli interessi che la P. A. deve perseguire e garantire non si limitano alla stessa, comprendendo invece un ampio spettro che include, ad esempio, la tutela della libertà di iniziativa economica privata e alla libera concorrenza, la tutela dell’ordine e della sicurezza pubblica, e la tutela della stabilità tipica di un buon pluralismo giuridico¹⁰⁴.

¹⁰⁴ L. PERGOLIZZI, *La complessità dell’organizzazione grandi eventi*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell’amministrazione*, in *Diritto Pubblico*, n. 2/2007, 340 e ss.

Abstract

The European Capitals of Culture initiative: substantive aspects and critical profiles

by Giulia Torta

The paper analyzes the substantial aspects and critical profiles of the "European Capitals of Culture" initiative, examining the theme of promoting culture at European level and the problems connected with the management and organization of the event-year at national level. The reflection on the theme is developed through an analytical path that postulates the assimilation of the "European Capitals of Culture" initiative to the "Major Events" [legislation]. Noting the absence of a discipline, the paper attempts to highlight the pros and cons associated with the introduction into the Italian regulatory system of any special discipline on the subject, intended to offset a European and national regulatory landscape that is severely lacking.

Parole chiave: Politica culturale europea, Capitali Europee della Cultura, grandi eventi, legacy, governance, Expo, Giubileo

Keywords: European cultural policy, European Capitals of Culture, major events, legacy, governance, Expo, Jubilee

Note e commenti

La Corte costituzionale torna sul riparto di competenze fra Stato e Regione in materia di vaccinazioni obbligatorie.

Osservazioni a margine della sentenza n. 137 del 2019

di Fulvia Passananti

SOMMARIO: 1. Premessa: vaccinazioni generali o speciali ed obbligatorie o raccomandate. – 2. La sentenza n. 137 del 2019. – 3. Le questioni non fondate. – 4. L'incostituzionalità dell'art. 1, comma 2, della legge della Regione Puglia 19 giugno 2018, n. 27. – 5. Brevi conclusioni.

1. *Premessa: vaccinazioni generali o speciali ed obbligatorie o raccomandate*

Le vaccinazioni si definiscono *generali* quando sono dirette a tutta la popolazione e *speciali* quando sono riferite solo a determinate categorie di soggetti¹. Le *generali* sono, ad esempio, quelle disposte dal decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73, come modificato dalla legge di conversione 31 luglio 2017, n. 119, che ha previsto l'obbligatorietà per i minori di dieci vaccinazioni². Può dirsi *speciale* invece, la previsione della vaccinazione anti-tubercolare contenuta nel d.p.r. 7 novembre 2001, n. 465, emanato ai sensi dell'art. 93, comma 2, della legge 23 dicembre 2000, n. 388, in quanto disposta solo per una determinata categoria di soggetti ed in particolare per il personale sanitario, gli studenti di medicina e gli allievi infermieri.

Orbene, la finalità della vaccinazione generale, in linea di massima e dal punto di vista della collettività, è spesso quella di prevenire efficacemente la diffusione delle malattie infettive attraverso il raggiungimento di soglie di immunizzazione tali da creare l'effetto noto come immunità di gregge³. Anche le vaccinazioni speciali sono finalizzate a ridurre in modo sostanziale la trasmissione

¹ Distinzione proposta da S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione (a proposito della disciplina delle vaccinazioni)*, in *Dir. e soc.*, 1979, 876.

² Si tratta, in particolare, delle vaccinazioni anti-difterica, anti-poliomielite, anti-tetanica, anti-epatite virale B, anti-pertosse, anti-*Haemophilus influenzae* tipo b, anti-morbillo, anti-rosolia, anti-parotite e anti-varicella.

³ Cfr. Corte cost. n. 5/2018, in cui si fa presente che «secondo i documenti delle istituzioni sanitarie nazionali e internazionali, l'obiettivo da perseguire in questi ambiti è la cosiddetta "immunità di gregge", la quale richiede una copertura vaccinale a tappeto in una determinata comunità, al fine di eliminare la malattia e di proteggere coloro che, per specifiche condizioni di salute, non possono sottoporsi al trattamento preventivo»; infatti il Piano nazionale prevenzione vaccinale (PNPV) 2017-2019, datato 17 gennaio 2017, e consultabile sul sito del Ministero della Salute all'indirizzo http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_2571_allegato.pdf, fissa come obiettivo il raggiungimento di una copertura pari al 95%.

di patogeni, sebbene non ambiscano a creare un'immunità di gregge su scala nazionale poiché destinate solo a determinate categorie di soggetti⁴.

Tuttavia, in un'ottica pubblicistica⁵, poco rileva se la vaccinazione – purché obbligatoria – sia generale o speciale, dal momento che la riflessione sul punto prende le mosse dai «problemi che l'intervento pubblico a tutela della salute suscita nei suoi rapporti con le norme costituzionali»⁶. In particolare, le questioni di diritto pubblico inerenti all'obbligatorietà della vaccinazione si sviluppano sia sul piano del riparto di competenze fra Stato e Regioni, sia su quello delle libertà dell'individuo e quindi sulle condizioni di legittimità sancite dall'art. 32, comma 2, Cost. a cui sono assoggettate le leggi impositive di trattamenti sanitari obbligatori.

Le vaccinazioni possono essere *obbligatorie* o *raccomandate*. Mentre le prime comprimono l'autodeterminazione individuale attraverso la previsione di un obbligo disposto da una legge, le seconde, valorizzando il principio del consenso, si basano sulla libera adesione degli individui e sono accompagnate solitamente da politiche sanitarie che promuovono i programmi vaccinali. Chiaramente la previsione di queste ultime non richiede un intervento legislativo.

La sentenza della Corte costituzionale n. 5/2018 ha definitivamente chiarito che rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire le modalità con cui assicurare una prevenzione efficace delle malattie infettive: se utilizzando la tecnica dell'obbligo o della raccomandazione. Tale discrezionalità deve essere esercitata tenendo in considerazione le condizioni sanitarie ed epidemiologiche nonché, naturalmente, i dati forniti dalla comunità medico-scientifica.

2. La sentenza n. 137 del 2019

La Corte costituzionale con la sentenza n. 137/2019 è tornata ad occuparsi di vaccinazioni obbligatorie. Il Governo ha impugnato la legge della Regione Puglia 19 giugno 2018, n. 27, recante disposizioni per l'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari, sia per intero sia rispetto agli artt. 1, commi 1 e 2, 4 e 5, lamentando la violazione del principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.; della riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. e della competenza legislativa statale con riguardo alla materia di tutela della salute (art. 117, comma 3, Cost.) nonché della disciplina inerente la profilassi internazionale (art. 117, comma 2, lettera q), Cost.).

I Giudici si sono dunque pronunciati dichiarando inammissibile la questione

⁴ Cfr. il PNPV 2017-2019.

⁵ Sul punto cfr. A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni (decreto legge n. 73/2017) è questione eminente di diritto costituzionale*, in www.forumcostituzionale.it, 2017.

⁶ Testualmente, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 875.

avente ad oggetto l'intera legge impugnata; non fondate quelle sollevate in relazione agli artt. 1, comma 1, 4 e 5 della legge regionale ed hanno infine ritenuto fondato il motivo di impugnazione relativo all'art. 1, comma 2, in riferimento agli artt. 3, 32, 117, comma 3, Cost. dichiarandone, di conseguenza, l'illegittimità costituzionale.

3. *Le questioni non fondate*

Secondo quanto sostenuto nel ricorso presentato dal Governo, la l. r. n. 27/2018 all'art. 1, comma 1, avrebbe reso per gli operatori sanitari *obbligatorie* delle vaccinazioni fino a quel momento solamente *raccomandate* e, al successivo comma 2 avrebbe previsto la possibilità per le direzioni sanitarie ospedaliere o territoriali, in particolari condizioni epidemiologiche o ambientali, di "prescrivere" vaccinazioni normalmente non raccomandate per la generalità degli operatori.

L'art. 1, comma 1, e l'art. 4 della legge regionale sono le prime disposizione tacciate di incostituzionalità. Esse prevedono che la Giunta, al fine di prevenire e controllare la trasmissione delle infezioni occupazionali degli agenti infettivi ai pazienti, ai familiari, agli operatori ed alla collettività, debba individuare i reparti in cui consentire l'accesso ai soli operatori che si siano attenuti alle indicazioni del Piano nazionale di prevenzione vaccinale (PNPV) e quindi emanare un provvedimento che disciplini nel dettaglio le misure di attuazione. Le previsioni contenute nel PNPV sono quelle che riguardano i soggetti a rischio per esposizione professionale.

Per il Governo, dunque, la Regione ha invaso la competenza legislativa riservata allo Stato in materia di tutela della salute e di profilassi internazionale ex art. 117, comma 3 e comma 2 lett. q), Cost. Inoltre, introducendo nuovi obblighi avrebbe violato anche la riserva di cui all'art. 32 Cost. nonché il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., giacché rientra nella discrezionalità statale non solo scegliere quali terapie siano o meno ammesse, ma anche «qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario sulla base dei dati e delle conoscenze medico-scientifiche disponibili»⁷, al fine di assicurare sul territorio nazionale eguaglianza ed omogeneità degli stessi trattamenti.

La Corte costituzionale mostra come ad essere errato sia già il presupposto interpretativo da cui il Governo prede le mosse e secondo cui la legge pugliese ha inteso attribuire alla Giunta la facoltà di introdurre nuovi ed ulteriori obblighi rispetto a quelli sin ora imposti a livello statale, corredando gli stessi anche di una sanzione amministrativa.

⁷ Corte cost. n. 5/2018.

La Corte costituzionale, attraverso un'accurata esegesi del testo normativo, chiarisce invece che l'oggetto delle norme impugnate attiene all'organizzazione sanitaria, da ricondursi alla competenza legislativa concorrente, in quanto «parte integrante della “materia” costituita dalla “tutela della salute” di cui al terzo comma del citato art. 117 Cost.»⁸.

In generale, la scelta di ricondurre la disciplina degli aspetti di dettaglio inerenti all'organizzazione sanitaria, alla competenza regionale, si pone in continuità con la giurisprudenza costituzionale sul punto. Difatti la Corte, dopo la riforma del Titolo V, escludendo che l'organizzazione sanitaria si possa configurare come una specifica materia di competenza residuale delle Regioni, ha sancito che essa rappresenta invece una «componente fondamentale della tutela della salute» (sentenza n. 54 del 2015), in quanto la relativa normativa traccia la cornice funzionale ed operativa che garantisce la qualità e l'adeguatezza delle prestazioni erogate (sentenza n. 207 del 2010)¹⁰, pertanto lo Stato deve fissare norme di principio che sono censurabili se non lasciano «alcuno spazio di intervento alla Regione non solo per un'ipotetica legiferazione ulteriore, ma persino per una normazione secondaria di mera esecuzione»¹¹.

Trova comunque applicazione il canone generale secondo cui le previsioni statali, anche a contenuto specifico e dettagliato, vincolano la Regione quando la finalità perseguita si pone «in rapporto di coesistenzialità e necessaria integrazione con le norme-principio che connotano il settore»¹².

Dunque, dal momento che la legge impugnata non ha ad oggetto l'introduzione di nuovi obblighi vaccinali, la sentenza n. 137/2019 risulta coerente con quanto stabilito nella sentenza n. 5/2018. In quest'ultima pronuncia, difatti, la Corte aveva ritenuto che il d.l. n. 73/2017, introducendo l'obbligatorietà di dieci vaccinazioni, rientrasse nell'ambito della potestà legislativa statale, chiamando in causa *in primis* i principi fondamentali in materia di tutela della salute. I Giudici avevano precisato anche che le attribuzioni regionali «continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione, ad esempio con riguardo all'organizzazione dei

⁸ La sentenza della Corte cost. n. 371/2008 ha escluso l'esistenza della materia dell'organizzazione sanitario riconducibile nella competenza residuale delle regioni; sul punto cfr. D. MORANA, *La tutela della salute fra competenze statali e regionali: indirizzi della giurisprudenza costituzionale e nuovi sviluppi normativi*, in www.osservatorioaic.it, 1, 2018, 4.

⁹ C. TUBERTINI, *La giurisprudenza costituzionale in materia di tutela della salute di fronte alla nuova delimitazione delle competenze statali e regionali*, in www.astrid-online.it, 2005, 10, osserva come «la Corte sembra quindi aver recepito l'orientamento, decisamente prevalente in dottrina, secondo il quale l'organizzazione del servizio sanitario costituisce un aspetto essenziale ed imprescindibile della tutela della salute, non potendosi elidere l'evidente nesso tra i contenuti ed aspetti organizzativi del servizio, pena lo svuotamento stesso della previsione di una competenza concorrente in materia».

¹⁰ Corte cost. n. 192/2017.

¹¹ Corte cost. n. 207/2010.

¹² Corte cost. n. 192/2017.

servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni».

Nonostante tale specificazione, la dottrina ha messo in luce che lo spazio di intervento legislativo regionale, con riguardo agli obblighi vaccinali, sia stato praticamente azzerato¹³, andando ad alimentare il dibattito sull'eccessiva *profondità* riconosciuta all'intervento normativo statale nelle materie concorrenti¹⁴, giustificato dal perseguimento di un interesse unitario infrazionabile¹⁵.

La sentenza n. 137/2019 invece riconduce l'oggetto della disposizione impugnata all'organizzazione dei servizi sanitari, nonostante il titolo della l. r. n. 27/2018, riporti «disposizioni per l'esecuzione degli obblighi di vaccinazione degli operatori sanitari» e l'art. 1 sia rubricato «obbligo vaccinale». Il titolo e la rubrica dell'articolo infatti, potrebbero far ritenere che l'oggetto della legge pugliese sia proprio l'introduzione di alcuni obblighi vaccinali e se così fosse, certamente, si dovrebbero chiamare «in causa prevalentemente i principi fondamentali in materia di tutela della salute»¹⁶, attribuiti alla potestà legislativa dello Stato e quindi considerare la normativa impugnata incostituzionale perché lesiva della competenza statale. Tuttavia, la Corte costituzionale specifica che nell'interpretazione della legge non è possibile assegnare rilevanza decisiva al solo dato testuale relativo al titolo ed alla rubrica, perché, secondo costante giurisprudenza costituzionale, per identificare in modo corretto e compiuto l'interesse tutelato, si deve necessariamente tener conto anche «dell'oggetto, della ratio e della finalità della stessa, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi»¹⁷.

¹³ Come osservato da A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra rispetto della discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *www.giurcost.it*, I, 2018, 96.

¹⁴ D. MORANA, *La tutela della salute*, cit., 8, evidenzia che qualora «si ritenesse vietata ogni differenziazione normativa regionali in tutti i casi in cui venga messa a repentaglio la protezione uniforme sul piano nazionale del bene salute, è evidente che la competenza regionale in materia finirebbe per essere del tutto svuotata»; nello stesso senso, D. PARIS, *Il ruolo delle Regioni nell'organizzazione dei servizi sanitari e sociali a sei anni dalla riforma del titolo V: ripartizione delle competenze e attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Le Regioni*, 2007, 991, con riferimento alla sentenza della Corte cost. n. 361/2003 rileva che «per definizione infatti, qualsiasi disposizione ricompresa sotto l'etichetta della "tutela della salute" deve necessariamente porre norme a protezione di quello stesso bene, insuscettibile di tutele territorialmente differenziate. In altre parole, la Corte sembra aver fatto uso del criterio finalistico-teleologico per distinguere ciò che è principio da ciò che dettaglio nell'ambito di una materia già di per sé definita in ragione del bene protetto, il che (...), avrebbe come paradossale conseguenza la potenziale attrazione dell'intera disciplina della materia nell'ambito dei principi fondamentali e la contestuale negazione di qualsiasi spazio per la normazione di dettaglio».

¹⁵ Sull'argomento cfr. G. CARPANI – D. MORANA, *Le competenze legislative in materia di «tutela della salute»*, in R. BALDUZZI – G. CARPANI (a cura di), *Manuale di diritto sanitario*, Il Mulino, Bologna, 2013, 116-117, nonché D. MORANA, *Tutela della salute*, in G. GUZZETTA – E.S. MARINI – D. MORANA (a cura di), *Le materie di competenza regionale*, Esi, Napoli, 2015, 588-589.

¹⁶ Testualmente, Corte cost. n. 5/2018.

¹⁷ Si richiamano, in particolare, le sentenze della Corte cost. n. 116/2019, n. 108 del 2017, n. 175/2016, n. 245/2015, n. 140/2015 e n. 167/2017.

Dalla lettura del primo comma dell'art. 1 si evince che la disposizione si rivolge ai soli operatori sanitari. Essa si propone di prevenire e controllare, in ambito nosocomiale, la trasmissione delle infezioni occupazionali e degli agenti infettivi anche ai pazienti e ad altri soggetti con cui gli operatori sanitari entrano in contatto. L'interesse della collettività, quindi, non è il punto focale della norma, anche se ne scaturisce comunque come effetto secondario.

Dunque, se la finalità della norma è quella di ridurre il pericolo di epidemie nelle strutture ospedaliere, il suo oggetto attiene all'accesso ai reparti degli istituti di cura che, secondo la Corte, rientra nell'organizzazione sanitaria.

Per comprendere meglio l'argomentazione grazie alla quale la Corte costituzionale ritiene che la legge impugnata rientri nell'ambito dell'organizzazione sanitaria, è utile fare un paragone con il d.l. n. 73/2017. In questo secondo caso, infatti, la finalità della normativa era sempre quella di ridurre il rischio di diffusione di malattie infettive ma l'oggetto della disciplina era propriamente la regolazione degli obblighi vaccinali. L'intenzione del legislatore è stata quindi quella di tutelare la salute della collettività attraverso un rapido programma di innalzamento delle soglie di immunizzazione, basato sull'imposizione di obblighi vaccinali a livello nazionale.

Quindi, mentre il d.l. n. 73/2017 impone una serie di trattamenti sanitari, la legge pugliese disciplina l'accesso a determinati reparti delle strutture sanitarie. Infatti, una legge che intenda introdurre un trattamento sanitario obbligatorio, oltre a dover rispettare il riparto di competenze dettato dalla Costituzione, dovrebbe soddisfare anche le specifiche garanzie costituzionali di cui all'art. 32 Cost. ed una serie di cautele deducibili dalla continua e lineare giurisprudenza della Corte costituzionale sul punto¹⁸.

I Giudici mostrano che, anche dalla lettura dei lavori preparatori, la previsione dell'assolvimento degli obblighi vaccinali come requisito di idoneità lavorativa è stato espunto dalla formulazione finale dell'art. 1, comma 1. L'articolo, infatti, si limita a disporre che il rispetto di quanto contenuto nel PNPV per gli operatori sanitari costituisce solo un *onere* per l'accesso a determinati reparti.

Vero è però, che sul piano pratico, anche solo la previsione di un onere, assottiglia notevolmente la differenza fra raccomandazione, e quindi facoltà, ed obbligo. Di questo d'altronde ne dà atto la stessa sentenza.

Orbene, dopo la depenalizzazione del reato di omessa vaccinazione, il carattere obbligatorio delle vaccinazioni veniva reso concretamente operante da disposizioni che, accanto alla sanzione amministrativa, prevedevano delle *sanzioni indirette*, ossia «quelle introdotte da norme che fanno assurgere l'avvenuto adempimento dell'obbligo vaccinale a presupposto o condizione per l'esercizio di diritti, la fruizione di servizi, e simili (si tratta di ipotesi che (...) possono configurarsi come oneri giuridici)»¹⁹.

¹⁸ Cfr. Corte cost. n. 307/1990, n. 258/1994, n. 118/1996, n. 268/2017.

¹⁹ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 885; sull'apparato sanzionatorio cfr. S.P. PANUNZIO, *Vaccinazioni*, in *Enc. Giur.*, vol. XXXII, Roma, 1994, 2, e, più recentemente, M. PLUTINO,

Illustri Autori²⁰ poi, volendo ricostruire in termini di *onere* alcune restrizioni alla libertà personale, al fine di individuare «i confini fra la semplice obbligatorietà e la coercitività del trattamento sanitario»²¹, hanno teorizzato diverse gradazioni dello stesso in base al margine di scelta che viene in ogni caso riconosciuto all'interessato. In sostanza l'onere può virare verso la libertà o verso l'obbligo²². Tuttavia, la stessa dottrina chiariva che ricondurre l'obbligo alla vaccinazione al concetto di onere porterebbe ogni volta ad una valutazione caso per caso che, proprio perché si ragiona nel campo delle libertà personali, lascerebbe un intollerabile, eccessivo spazio alla discrezionalità dell'interprete²³. La più recente dottrina ha quindi chiarito che il trattamento sanitario obbligatorio può assumere la natura dell'onere solo se l'interessato conserva dei margini di scelta che gli consentono comunque di opporre un rifiuto all'obbligo. Se però l'obbligo è condizione per esercitare i diritti-doveri garantiti dalla Costituzione, allora diventa necessario mettere in dubbio la configurabilità della sanzione indiretta come onere²⁴.

In ogni caso, nell'ambito della vaccinazione obbligatoria questo discorso assume particolare rilievo dacché, qualora la vaccinazione non sia obbligatoria ma in realtà coercitiva, allora, secondo parte della dottrina, entrerebbero in gioco le garanzie previste dall'art. 13 Cost. che disciplina i casi di restrizione della libertà personale²⁵. Ovviamente, le garanzie previste a tutela della libertà personale si estendono anche al trattamento sanitario nel caso in cui esso da obbligatorio diventi coercitivo²⁶, ad esempio quando all'interessato venga imposto con la forza un trattamento sanitario obbligatorio da lui rifiutato.

In realtà la maggior parte delle vaccinazioni obbligatorie sono considerate dalla giurisprudenza come trattamenti sanitari obbligatori e non coercitivi²⁷, innanzi tutto perché nel caso di inadempimento sono previste principalmente sanzioni (dirette) amministrative. Comunque, come si diceva prima, la distinzio-

Le vaccinazioni. Una frontiera mobile del concetto di "diritto fondamentale" tra autodeterminazione, dovere di solidarietà ed evidenze scientifiche, in *www.dirittifondamentali.it*, 1, 2017, 4 ss.

²⁰ A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV, Giuffrè, Milano, 1974, 307 ss.

²¹ Testualmente, S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 895.

²² S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 895, illustra che se l'onere stabilito dalla legge inclina verso la libertà allora costituisce un modo di "lasciar fare", altrimenti, se inclina verso l'obbligo, costituisce un modo "per far fare" che si risolve in uno strumento di sostanziale coercizione della volontà individuale.

²³ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 898.

²⁴ D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Giuffrè, Milano, 2002, 186 e S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 895.

²⁵ S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori*, cit., 888, mentre D. MORANA, *La salute nella Costituzione*, cit., 186, intendendo la riserva di legge dell'art. 32 Cost. come assoluta, ritiene che le garanzie previste dall'art. 13 Cost. si aggiungano a quelle disposte dall'art. 32 Cost.

²⁶ D. MORANA, *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2018, 55.

²⁷ Cfr. Corte cost. n. 132/1992.

ne fra obbligatorio e coercitivo si giocherebbe proprio sulla pericolosità di quelle sanzioni indirette che rischiano di soffocare i margini di scelta dell'interessato²⁸.

Per fare un esempio, il d.l. n. 73 del 2017, come convertito, all'art. 3, comma 3, prevede che la documentazione comprovante l'effettuazione delle vaccinazioni sia requisito di accesso solo per i servizi educativi per l'infanzia e le scuole dell'infanzia e non anche per gli altri gradi di istruzione. Si tratta di una sanzione indiretta non a tal punto stringente da trasformare l'obbligo in coazione. Infatti, il minore, considerando che fino a sei anni non è ancora in età scolare, non si vedrebbe precluso o condizionato l'esercizio costituzionalmente garantito del diritto all'istruzione²⁹. Sul punto anche il Consiglio di Stato, chiamato a rendere un parere sul decreto-legge, ha evidenziato il «differente regime normativo esistente tra la scuola dell'obbligo e l'educazione pre-scolare»³⁰.

Al di là dell'interessante confine fra obbligatorio e coercitivo, nel caso di specie l'esame verte invece sul binomio raccomandato e obbligatorio. Difatti l'onere di vaccinazione previsto dalla legge pugliese è pur sempre connesso ad una profilassi solo raccomandata che, quindi, dovrebbe essere facoltativa, non comportando conseguenze per chi la rifiuta. Sicuramente l'onere in questione non sembra essere tanto stringente da avvicinarsi ad un obbligo, dal momento che lascia comunque spazio alla libertà dell'individuo. Sicché, l'operatore sanitario, anche se non si vaccina, potrà continuare ad esercitare la professione, poiché in caso di mancata sottoposizione alla profilassi gli viene solo precluso l'accesso a determinati reparti. Quindi, il concetto di onere che viene in rilievo in relazione alla vaccinazione raccomandata è più propriamente quello accolto dalla dottrina civilista ed inerente ai comportamenti giuridicamente liberi ma sanzionati con l'invalidità degli atti del soggetto³¹. Dunque, «mentre l'obbligo è subordinazione di un interesse dell'obbligato a un interesse altrui, l'onere è subordinazione di un interesse dell'onereato a un altro interesse proprio»³². Secondo la dottrina all'obbligo corrisponde un atto dovuto, il cui mancato rispetto costituisce un atto illecito, all'onere corrisponde invece solo un atto necessario³³.

Tuttavia, la differenza fra raccomandato e obbligatorio sul piano pratico si assottiglia perché, se è vero che il rifiuto alla vaccinazione raccomandata opposto dall'operatore sanitario non ha nessuna conseguenza nell'orizzonte delle sanzioni dirette (infatti la sanzione prevista dalla legge pugliese è collegata solo all'eventualità

²⁸ L. MEZZETTI – A. ZAMA, *Trattamenti sanitari obbligatori*, in *Dig. disc. pubb.*, XV, Torino, 1999, 339, nota 15.

²⁹ A. SPADARO, *Forum: Vaccini obbligatori le questioni aperte*, in *www.rivista.biodiritto.org*, 2, 2017, 28.

³⁰ Cfr. parere n. 2065 reso dal Consiglio di Stato e, specificamente, dalla Commissione speciale, in data 26 settembre 2017. In quell'occasione il Presidente della Regione Veneto aveva richiesto un parere ai giudici amministrativi sull'interpretazione di alcune disposizioni del decreto-legge 7 giugno 2017, n. 73.

³¹ G. GAVAZZI, *L'onere. Tra la libertà e l'obbligo*, Giappichelli, Torino, 1970, 124 ss.

³² Testualmente, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Soc. ed. Foro italiano, Roma, 1951, 174.

³³ F. CARNELUTTI, *Teoria*, cit., 174.

in cui si acceda ai reparti senza aver adempiuto la profilassi), è anche vero che vi è comunque un onere che potrebbe, in un certo qual senso, porsi alla stregua di una *sanzione indiretta*, giacché la disposizione non consente all'operatore non vaccinato l'accesso, dunque l'esercizio della propria attività professionale, in determinati reparti³⁴. La vaccinazione raccomandata, infatti, dovrebbe poter far scegliere liberamente all'individuo se sottoporsi o meno alla profilassi, senza alcuna conseguenza.

Ora, l'eccessivo contatto fra l'obbligatorio ed il raccomandato sul piano pratico rischia di ingenerare confusioni anche sul piano giuridico.

Per questo si conferma come poco condivisibile la scelta della Corte costituzionale di irrobustire la propria argomentazione sostenendo che la differenza fra raccomandato ed obbligatorio sbiadisce nell'ambito sanitario, poiché prescrivere e raccomandare sono egualmente percepite dal paziente come doverose. Questo concetto, direttamente ripreso dalla sentenza n. 5/2018, non sembra neppure potersi collocare così agevolmente nel percorso logico che porta i Giudici a dichiarare non fondate le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 1, comma 1, 4 e 5 della legge pugliese. A ciò si aggiunga che la dottrina, si era già espressa criticamente su tale argomentazione, osservando come facesse «perno su un'affermazione che assegna alla scienza medica un ruolo eccessivo che finisce per determinare un'ibridazione di concetti giuridici (raccomandazione e obbligo) per effetto del contatto con la tecnica»³⁵.

Sul piano giuridico la distanza fra raccomandato ed obbligatorio è più netta che sul piano medico ma è l'unica che conta, poiché l'obbligo è imposto da una fonte del *diritto* ed appartiene a pieno titolo all'ordinamento giuridico, è «*per definizione* giuridico e (...) come tale, è in via principale di competenza del discorso giuridico e non di quello medico»³⁶.

Difatti l'obbligo di vaccinarsi si configura come limite alla libertà di salute (intesa come libertà di non curarsi), pertanto il rapporto tra la libertà di cura e la previsione del trattamento sanitario obbligatorio si deve leggere in termini di regola ed eccezione³⁷. La raccomandazione di una profilassi vaccinale è invece solo «un fattore esterno che l'individuo tiene in considerazione nella formazione dell'atto di volontà che costituisce esercizio del medesimo diritto»³⁸.

Tale argomentazione basata sulla irrilevante differenza fra raccomandazione ed obbligarietà in ambito medico, non convince neppure quando rievoca la giurisprudenza sull'indennizzo per i danni provocati da vaccinazione antinfluenzale

³⁴ Tuttavia secondo i giudici costituzionali l'onere sembrerebbe ben calibrato dal momento che l'art. 2 della legge impugnata prevede appositi casi in cui l'operatore può essere esentato dalla vaccinazione, ogni qual volta sia accertato un pericolo concreto per la sua salute.

³⁵ A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni*, cit., 93.

³⁶ A.A. NEGRONI, *L'obbligatorietà*, cit., 2.

³⁷ D. MORANA, *La salute come*, cit., 42.

³⁸ Testualmente, L. PRINCIPATO, *La parabola dell'indennizzo, dalla vaccinazione obbligatoria al trattamento sanitario raccomandato*, in *Giur. Cost.*, 1, 2018, 376.

solo raccomandata. Nel filone giurisprudenziale sull'indennizzo viene messo in luce lo scopo ultimo della vaccinazione: la tutela della salute dell'individuo ed il raggiungimento della massima copertura vaccinale. Sulla base di questa considerazione, visto che la comunità trae un beneficio dalla scelta del singolo individuo e che le politiche vaccinali di raccomandazione invitano caldamente gli individui ad immunizzarsi, in base al principio di solidarietà, si ritiene che il danno subito debba essere traslato sulla collettività anche quando la vaccinazione sia raccomandata. Quindi, l'operazione che porta la giurisprudenza sull'indennizzo a ritenere come superabili le differenze fra la tecnica della raccomandazione e quella dell'obbligo, è specificamente funzionale all'obiettivo sopra descritto, «senza affatto ritenere le due tecniche per ciò solo perfettamente omogenee e fungibili»³⁹.

Nel caso della legge pugliese quindi non ha rilevanza lo scopo ultimo della vaccinazione ma solo se, nel disciplinare l'accesso alle strutture sanitarie la Regione abbia reso obbligatorio, sul piano giuridico, un trattamento che l'ordinamento prevede come solo raccomandato, esulando così dalle proprie competenze.

Dunque, la differenza fra le due tecniche diventa elemento fondamentale ed indispensabile per stabilire se la legge impugnata presenti profili di incostituzionalità.

Infatti, la Regione Puglia non avrebbe certamente potuto prevedere l'obbligatorietà di un trattamento sanitario quale la vaccinazione, neppure speciale, e men che meno sulla base di deliberazioni della Giunta regionale⁴⁰. L'art. 32 Cost. infatti contiene una riserva di legge considerata dalla giurisprudenza costituzionale⁴¹ e da parte della dottrina come relativa⁴², certamente rinforzata e statale⁴³.

³⁹ Testualmente, B. LIBERALI, *Vaccinazioni obbligatorie e raccomandate tra scienza, diritto e sindacato costituzionale*, in *www.rivista.biodiritto.org*, 3, 2019, 132.

⁴⁰ Dal momento che non solo non ricade nelle sue competenze, ma comunque, in base all'art. 32, comma 2, Cost. ciò può avvenire solo con una legge, sul punto cfr. D. MORANA, *La salute come, cit.*, 50 ss.

⁴¹ Datata giurisprudenza costituzionale, Corte cost. sent. n. 258/1994, si era chiaramente espressa a favore della relatività della riserva di legge dell'art. 32, co. 2, Cost. sottolineando che «proprio la necessità (...) di realizzare un corretto bilanciamento tra la tutela della salute del singolo e la concorrente tutela della salute collettiva (...) si renderebbe necessario porre in essere una complessa e articolata normativa di carattere tecnico – a livello primario attesa la riserva relativa di legge, ed eventualmente a livello secondario integrativo- (...)».

⁴² Fra gli autori convinti della relatività della riserva si segnalano, F. MODUGNO, *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 313; S.P. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori, cit.*, 901; V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasi fusioni obbligatorie*, in *Dir. e Soc.*, 1982, 558-559; fra quelli propensi all'assolutezza della riserva vi sono P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984, 385; B. PEZZINI, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1983, 28; nonché D. MORANA, *La salute come, cit.*, 46 ss. Come illustrato da A. IANNUZZI, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni, cit.*, 92, anche in Corte cost. n. 5/2018, i Giudici parrebbero qualificare come relativa la riserva di legge di cui all'art. 32 della Costituzione; più recentemente invece, per l'assolutezza della riserva propende anche A.A. NEGRONI, *Decreto legge sui vaccini, riserva di legge e trattamenti sanitari obbligatori*, in *www.forumcosituzionale.it*, 2017.

⁴³ D. MORANA, *La salute nella Costituzione, cit.*, 199, riflette sulle conseguenze circa la possibi-

Quindi, le questioni di legittimità costituzionale sollevate in relazione agli artt. 1, comma 1, e 4 della legge pugliese vengono dichiarate dalla Corte costituzionale non fondate. La legge impugnata, prevedendo solo un onere a carico del personale sanitario, «si muove nel solco del PNPV vigente» in quanto le vaccinazioni in essa indicate sono pur sempre quelle già raccomandate a livello statale e quindi frutto di politiche di persuasione e di informazione, intraprese dal Governo con l'Intesa delle Regioni. Non si tratta quindi, secondo la Corte, di vaccinazioni estranee a qualsiasi piano di programmazione e nei confronti delle quali lo Stato è totalmente indifferente.

Per questo motivo non può essere ravvisata né una violazione dell'art. 3 Cost., visto che, non essendovi alcun obbligo, non si mina l'unitarietà della politica vaccinale sul territorio statale, né tantomeno un'incompatibilità con la riserva di legge disposta dall'art. 32 Cost. Difatti la materia si inserisce nell'ambito dell'organizzazione sanitaria e non è coperta da alcuna riserva di legge, di conseguenza la scelta della legge regionale di demandare alla Giunta il compito di disciplinare – con un atto amministrativo – le modalità di attuazione della legge regionale, risulta perfettamente in linea con il dettato costituzionale.

Infine, si può osservare che le recenti pronunce della Corte costituzionale si caratterizzano per i sempre più numerosi richiami ai Piani vaccinali. Adirittura, i Giudici quando, censurando la norma che conferisce alle direzioni sanitarie la possibilità di prescrivere vaccinazioni normalmente non raccomandate per la generalità degli operatori, dichiarano che essa «rende obbligatorie anche vaccinazioni neppure menzionate a livello statale, senza nemmeno operare alcun rinvio al PNPV». A tal riguardo si tenga presente che il PNPV 2017 – 2019⁴⁴, è un

lità di prevedere accanto a trattamenti sanitari obbligatori statali, anche quelli regionali; altresì D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali sui trattamenti sanitari: il caso dei vaccini*, in *Le Regioni*, 2009, 336, chiarisce che non è comunque possibile affermare in modo categorico l'incompetenza assoluta della legge regionale in materia di trattamenti sanitari obbligatori, infatti, la legittimità delle differenziazioni regionali dovrebbe valutarsi caso per caso, sottoponendo le stesse ad un sindacato di razionalità strumentale in relazione all'obiettivo di tutela della salute; a sostegno di una riserva di legge statale A.A. NEGRONI, *Sul concetto di "trattamento sanitario obbligatorio"*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2017; S. AGOSTA, *Il legislatore ed il nodo di Gordio della prevenzione vaccinale*, in *www.giurcost.org*, II, 2017, 386, nonché M. CARTABIA, *La giurisprudenza costituzionale relativa all'art. 32, secondo comma, della Costituzione italiana*, in *Quad. cost.*, 2012, 458, secondo cui la Corte è stata particolarmente esigente nell'interpretare la previsione dell'art. 32, comma 2, Cost., «richiedendo che ciascun trattamento sanitario sia specificamente individuato dalla legge statale. Si tende ad escludere che in questo ambito possano agire le regioni attraverso la propria autonoma legislazione».

⁴⁴ Dal 1996 ad oggi, in parallelo all'attività legislativa statale e regionale, si sono susseguiti a livello governativo una serie di atti di programmazione vaccinale (Piano sanitario nazionale per il triennio 1996-1998, Piano nazionale vaccini 1999-2000, Nuovo piano nazionale vaccini 2005-2007, Piano nazionale prevenzione vaccinale 2012-2014 ed infine il Piano nazionale prevenzione vaccinale 2017-2019) e relativi calendari vaccinali che riportavano vaccinazioni obbligatorie e raccomandate.

atto governativo⁴⁵ su cui è intercorsa l'Intesa in Conferenza Stato-Regioni⁴⁶. Al PNPV si accompagna il calendario vaccinale, e, tutti i vaccini ivi contenuti, sono inseriti nel DPCM che definisce i nuovi LEA⁴⁷, ragion per cui essi sono garantiti dal Sistema Sanitario Nazionale gratuitamente⁴⁸.

Il Piano include un intero paragrafo dedicato alle «vaccinazioni per i soggetti a rischio per esposizione professionale» ed elenca le categorie di lavoratori per cui sono indicate specifiche vaccinazioni, tra cui anche gli operatori sanitari.

Alla luce di quanto detto, la Corte costituzionale conclude evidenziando anche che le disposizioni di cui all'art. 5 della l. r. n. 27/2018, pur prevedendo sanzioni amministrative, fanno comunque parte della disciplina inerente all'organizzazione dei servizi sanitari riservata alla Regione. Tali sanzioni infatti, come già osservato, non sono erogate nei confronti degli operatori sanitari che si rifiutano di eseguire la profilassi vaccinale raccomandata, ma a coloro che accedono a quei reparti individuati dalla Giunta regionale, senza aver adempiuto all'onere di vaccinazione indicato dalla legge regionale. In particolare, i Giudici richiamano il principio del parallelismo tra il potere di determinazione della fattispecie da sanzionare e il potere di individuare la sanzione⁴⁹.

4. *L'incostituzionalità dell'art. 1, comma 2, della legge della Regione Puglia 19 giugno 2018, n. 27*

La Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionale l'art. 1, comma 2, della l. r. pugliese n. 27/2018, perché in contrasto con gli artt. 3, 32, 117, comma 3, Cost.

Secondo la disposizione, «in particolari condizioni epidemiologiche o ambientali, le direzioni sanitarie ospedaliere o territoriali, sentito il medico competente, valutano l'opportunità di prescrivere vaccinazioni normalmente non raccomandate per la generalità degli operatori».

Orbene, la disposizione viola chiaramente la competenza dello Stato, dal momento che spetta a quest'ultimo qualificare come obbligatorio un determinato trattamento sanitario sulla base dei principi fondamentali concernenti il diritto alla salute.

⁴⁵ D. MESSINEO, *Problemi in tema di discipline regionali*, cit., 341.

⁴⁶ L'Intesa CSR 10/19 gennaio 2017, è stata pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana Serie generale n. 41 del 18 febbraio 2017.

⁴⁷ Il DPCM del 12 gennaio 2017 è stato pubblicato il 18 marzo 2017 in Gazzetta Ufficiale – Supplemento n. 15.

⁴⁸ Oltre all'inserimento nei LEA, la legge 11 dicembre 2016, n. 232, definisce un finanziamento specifico per il concorso al rimborso alle regioni per l'acquisto dei vaccini ricompresi nel Piano Nazionale Prevenzione Vaccinale.

⁴⁹ Cfr. Corte cost. n. 5/2018, n. 94/2011 e n. 253/2006.

Inoltre, come già evidenziato in precedenza, l'art. 32, comma 2, Cost. contiene una chiara riserva di legge che non consente in nessun caso la previsione di un obbligo ad un trattamento sanitario attraverso l'intervento di una fonte secondaria, né statale né tantomeno regionale. Tale riserva, sottolinea la sentenza, è strettamente connessa al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. che implica la garanzia di una tutela della salute in pari condizioni in tutto il paese.

Sia la sentenza n. 5/2018 sia quella ora in esame, si occupano del rapporto tra l'art. 32 Cost. e l'art. 117, comma 3, Cost., e quindi del carattere, statale o regionale, della riserva di legge dell'art. 32 Cost.

A seguito della riforma del Titolo V⁵⁰, l'art. 117 comma 3 Cost. utilizza la stessa formula «di tipo teleologico-funzionale»⁵¹ contenuta nell'art. 32 Cost., ossia «tutela della salute». L'affinità fra le due norme è quindi diventata innegabile. Questo, in un primo momento, ha portato la dottrina a «considerare rafforzata la competenza riconosciuta alle Regioni, attuativa di un bene oggetto di tutela da parte della Repubblica»⁵². Tuttavia, la «tutela della salute» di cui all'art. 32 Cost. non corrisponde esattamente a quella di cui tratta il comma 3 dell'art. 117 Cost. Infatti, mentre la prima norma certamente ricomprende una serie di garanzie e tutele, la seconda invece, avendo una natura prettamente procedimentale, si esaurisce nella finalità di ripartizione delle competenze fra gli enti territoriali⁵³. Per questo il contenuto del fondamentale diritto alla salute può essere spesso ricondotto ad altri innumerevoli titoli competenziali, primi fra tutti la «profilassi internazionale» ed i livelli essenziali delle prestazioni concernenti diritti civili e sociali, non esaurendosi affatto nella competenza concorrente della «tutela della salute»⁵⁴.

Chiarito questo primo punto, può dirsi che la disciplina del trattamento sanitario obbligatorio ricade nell'ambito della materia «tutela della salute». Occorre quindi verificare se sussistano effettivi spazi, e se sì quali, per un intervento regionale di dettaglio sui trattamenti sanitari obbligatori, ad esempio nel caso in cui essi siano circoscritti nell'ambito di un determinato territorio.

Per rispondere a tale domanda la dottrina aveva giustamente fatto notare come si dovesse prima chiarire quanto fosse ampia la disciplina di principio che spetta allo Stato⁵⁵. In sostanza se la legge statale debba sempre e comunque

⁵⁰ Prima della riforma del Titolo V l'art. 117 Cost. attribuiva alle Regioni ad autonomia ordinaria la competenza legislativa in materia di *assistenza sanitaria ed ospedaliera*, nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalla legge statale.

⁵¹ R. BALDUZZI, *Titolo V e tutela della salute*, in *Quad. reg.*, 2002, 67; nonché D. MORANA, *Tutela della salute*, in AA.VV. (a cura di), *Le materie di competenza regionale, Commentario*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, 583.

⁵² R. BALDUZZI, *Titolo V*, cit., 67.

⁵³ G. BIANCO, *Persona e diritto alla salute*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, 143, nota 312.

⁵⁴ D. MORANA, *Tutela della salute*, cit., 583.

⁵⁵ D. MORANA, *La salute nella Costituzione*, cit., 199.

individuare i presupposti ed i soggetti obbligati del trattamento o se essa possa anche limitarsi a demandare questi aspetti ad una legge regionale.

Il punto è di estrema importanza perché già solo definire i confini, e quindi il contenuto, dei principi fondamentali in materia di tutela della salute è cosa assai complessa.

Per differenziare i principi fondamentali dalle disposizioni di dettaglio si è scelto di non impiegare dei criteri oggettivi applicabili⁵⁶. Non esiste quindi una definizione *statica* dei principi⁵⁷. Difatti la Corte costituzionale, con riferimento al coordinamento della finanza pubblica, nelle sentenze n. 16/2010 e n. 23/2014 ha stabilito che la nozione di “principio fondamentale” deve essere calibrata in base al contesto, al momento congiunturale in relazione ai quali l'accertamento va compiuto e alla peculiarità della materia⁵⁸. In realtà anche prima, nella sentenza n. 336/2005, la Corte, nel tentativo di definire la natura dei principi fondamentali⁵⁹, aveva chiarito che «l'ampiezza e l'area di operatività dei principi fondamentali (...) non possono essere individuate in modo aprioristico e valido per ogni possibile tipologia di disciplina normativa. Esse, infatti, devono necessariamente essere calate nelle specifiche realtà normative cui afferiscono e devono tenere conto, in modo particolare, degli aspetti peculiari con cui tali realtà si presentano».

Orbene, la Corte costituzionale, in particolare con la sentenza n. 5/2018, ha esteso al trattamento sanitario obbligatorio della vaccinazione, la giurisprudenza formulata in tema di terapie ammesse e non ammesse ed in base alla quale aveva ritenuto che la materia investisse necessariamente i principi fondamentali della tutela della salute, visto che il diritto della persona di essere curata efficacemente, secondo i canoni della scienza e dell'arte medica, e di essere rispettata nella propria integrità fisica e psichica deve essere garantito in condizione di eguaglianza in tutto il paese⁶⁰. È comunque evidente che rispetto alla questione inerente

⁵⁶ Cfr. A. D'ATENA, *Il riparto delle competenze tra Stato e Regioni ed il ruolo della Corte costituzionale*, in *Rassegna parlamentare*, 4, 2015, 9.

⁵⁷ Questo viene sottolineato da D. MORANA, *La tutela della salute*, cit., 7, quando illustra come contribuisca a facilitare l'invasione dell'ambito riservato alla regione da parte del legislatore statale, la fisiologica debolezza del riparto verticale di competenze, basato su una demarcazione tra principio e dettaglio tutt'altro che rigida e sicura.

⁵⁸ In tal senso, A. D'ATENA, *Il riparto delle competenze*, cit., 6 ss., il quale, dopo la riforma del titolo V distingue due fasi, la prima in cui la Corte è intervenuta con notevole creatività emancipandosi dalla sudditanza rispetto alle decisioni del legislatore centrale e rivelandosi il maggior fautore di attuazione della nuova disciplina costituzionale ed una seconda, segnata dall'inizio della crisi economico-finanziaria della fine se decennio scorso, avvertita soprattutto con riferimento alla competenza statale sul coordinamento della finanza pubblica, la quale, in particolare, si è trasformata in una competenza finalistica che consente allo Stato ogni tipo di intervento.

⁵⁹ Cfr. B. CARAVITA, *Lineamenti di diritto costituzionale federale e regionale*, II, Giappichelli, Torino, 2009, 202.

⁶⁰ Corte cost. n. 5/2018, n. 169/2017, n. 338/2003 e n. 282/2002; nello specifico, nella

alle terapie ammesse e non ammesse, quella della vaccinazione obbligatoria è alquanto più complessa. In quest'ultimo caso infatti, gli interessi in gioco sono molteplici perché la Costituzione tutela sia le situazioni soggettive connesse al diritto alla salute⁶¹, sia la sua dimensione collettiva.

La Corte ha poi evidenziato che la riserva di legge di cui all'art. 32 Cost. è statale perché «connessa al principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 Cost.»⁶² dunque spetta sempre allo Stato individuare i presupposti del trattamento – comunque sulla base di dati e conoscenze medico-scientifiche disponibili – e quindi i soggetti a cui imporre l'obbligo.

Nel rispetto di tali principi dunque, alle regioni potrebbero permanere spazi per un intervento specifico, nel caso in cui non rilevi un interesse della collettività a livello nazionale, ma circoscritto nell'ambito di un determinato territorio, solo se la legge statale detti i principi e criteri generali del trattamento, così da soddisfare nel minimo la riserva di legge dell'art. 32, comma 2, Cost. lasciando poi al legislatore regionale solo la scelta se predisporre, al verificarsi della fattispecie epidemiologica da affrontare, l'obbligatorietà della profilassi⁶³.

Del resto, questo è ciò che prevede la disciplina statale sulla vaccinazione antitifica per specifiche categorie professionali, citata anche nella sentenza ora in esame. I Giudici infatti fanno riferimento alla legge 23 dicembre 2000, n. 338 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato), secondo cui «le Regioni possono, nei casi di riconosciuta necessità e sulla base della situazione epidemiologica locale, disporre l'esecuzione della vaccinazione antitifica in specifiche categorie professionali». In sostanza la legge regionale può «eseguire» l'obbligatorietà di un trattamento sanitario nei limiti del proprio territorio, valutando in concreto se sussiste o meno un interesse della collettività⁶⁴. Chiaramente rimane di competenza prettamente statale l'individuazione dei presupposti, dei soggetti obbligati nonché del trattamento.

sentenza n. 169/2017, interpretativa di rigetto in tema di sanità pubblica, razionalizzazione delle spese del servizio sanitario e norme del decreto-legge n. 78 del 2015, è stato chiarito che il legislatore non può limitare o vietare il ricorso a determinate terapie la cui adozione ricade nell'ambito dell'autonomia e della responsabilità dei medici; nelle sentenze n. 282 del 2002 e n. 338 del 2003 è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale delle leggi regionali che disponevano la sospensione obbligatoria di determinate pratiche terapeutiche (terapia elettroconvulsivante, della lobotomia prefrontale e transorbitale e di altri interventi di psichirurgia).

⁶¹ F. MINNI – A. MORRONE, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *www.rivistaaic.it*, 3, 2013, 1, evidenziano come il bene salute ricomprende un fascio di situazioni soggettive, strutturalmente riconducibili allo schema della libertà negativa (come nel caso dei trattamenti sanitari obbligatori) o a quello della libertà positiva (come nel caso della libertà di cura).

⁶² Testualmente, Corte cost. n. 137/2019.

⁶³ V. MOLASCHI, *Verso il superamento degli obblighi vaccinali: considerazioni alla luce del Piano piemontese di promozione delle vaccinazioni 2006*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 6, 2006, 34.

⁶⁴ D. MORANA, *La tutela della salute*, in G. CORSO – V. LOPILATO (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Part. Spec. Vol. I, Giuffrè, Torino, 2006, 285.

Orbene, tornando alla disposizione incostituzionale, la Corte ha modo di osservare che l'utilizzo del verbo "prescrivere" non lascia spazio a dubbi circa la volontà di conferire alle direzioni sanitarie il potere di imporre nuovi obblighi vaccinali, mai previsti, neppure come raccomandati. Poco convince l'utilizzo del termine "prescrivere" in un testo legislativo, anche se non comporta particolari difficoltà interpretative, è frutto, ancora una volta, di una preoccupante contaminazione del linguaggio giuridico con quello medico.

In ogni caso, i Giudici costituzionali sottolineano che il conferimento alla direzione sanitaria del potere di prevedere obblighi vaccinali, rimane incostituzionale anche se esercitabile solo «in particolari condizioni epidemiologiche o ambientali». Se così fosse infatti, si configurerebbe un illegittimo potere di emissione di ordinanze contingibili ed urgenti che ad ora è disciplinato, nel caso di emergenze sanitarie o di igiene pubblica locale, dall'art. 50, comma 5, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

5. *Brevi conclusioni*

In conclusione, la sentenza n. 137/2019 della Corte costituzionale conferma quanto precedentemente stabilito dalla sentenza n. 5/2018. Difatti, le attribuzioni regionali, in materia di vaccinazioni, «continuano a trovare spazi non indifferenti di espressione (...) con riguardo all'organizzazione dei servizi sanitari e all'identificazione degli organi competenti a verificare e sanzionare le violazioni»⁶⁵.

Tuttavia, si osserva che la sentenza in esame riconduce le disposizioni della legge regionale impugnata nell'ambito dell'organizzazione dei servizi sanitari, senza tener conto che l'introduzione di un onere di immunizzazione a carico del personale sanitario, sul piano pratico, modifica le caratteristiche proprie della tecnica della raccomandazione.

Se si trattasse di vaccinazione meramente raccomandata, infatti, l'individuo dovrebbe poter scegliere liberamente se sottoporsi o meno alla profilassi senza alcuna conseguenza. Invece, l'operatore sanitario che non intenda vaccinarsi, perderà la possibilità di prestare servizio in determinati reparti della struttura ospedaliera, dunque la scelta se aderire o meno ai programmi vaccinali raccomandati risulterà comunque condizionata.

In ogni caso, la Corte costituzionale sembra non considerare questo elemento, anzi, nella sentenza n. 137/2019, ripropone l'argomentazione secondo cui, sul piano medico, la distanza tra raccomandazione ed obbligo tende a sbiadire.

⁶⁵ Corte cost. n. 5/2018.

Abstract

Mandatory vaccinations: The Constitutional Court deliberates on State vs Regions responsibilities. Remarks concerning decision no. 137/2019

by Fulvia Passananti

This study analyzes the issues underlying Decision no. 137/2019 of the Constitutional Court.

Article 1, paragraph 1, of Law no. 27 of the Regione Puglia of June 19, 2018, provides that only vaccinated healthcare professionals can enter specific hospital wards. According to the Judges, the Regione Puglia did not impose mandatory vaccinations but rather just a procedural step for healthcare professionals. This law therefore falls within healthcare procedures and not within the fundamental principles of healthcare protection.

The Constitutional Court has consequently given ample jurisdiction over matters of immunization-policy to the Regions. At the same time, however, Decision no. 137/2019 is controversial because of the interplay between legal and medical jargons that gives rise to confusion between recommended and mandatory vaccinations.

Finally, this study focuses on the possibility for the Regions to legislate on mandatory healthcare treatments with specific laws in a given territory.

Parole chiave: vaccinazioni obbligatorie; trattamenti sanitari obbligatori; competenze dello Stato e delle Regioni

Keywords: mandatory vaccinations; compulsory healthcare treatments; State vs Regions responsibilities

Note sugli autori

Luciana De Grazia

Professore associato di diritto pubblico comparato nell'Università degli studi di Palermo

Luca Di Salvatore

Ricercatore t.d. del Consiglio per la ricerca in agricoltura e l'analisi dell'economia agraria (CREA) presso il Centro di Ricerca per le Aree interne e gli Appennini (Centro ArIA), Università degli studi del Molise

Edoardo Giardino

Professore associato di diritto amministrativo nella Libera Università Maria Ss. Assunta (LUMSA), sede di Palermo

Roberto Leonardi

Professore associato di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Brescia

Carla Negri

Ricercatore di diritto costituzionale nell'Università degli studi di Palermo

Fulvia Passananti

Dottoranda di ricerca in Fundamental Rights in the Global Society nell'Università degli studi di Camerino

Francesco Siciliano

Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università degli studi di Messina

Domenico Siclari

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università per Stranieri "Dante Alighieri" di Reggio Calabria

Marco Tiberii

Professore ordinario di diritto amministrativo nell'Università degli studi della Campania "L. Vanvitelli"

Giulia Torta

Dottore di ricerca in "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti" nell'Università degli studi di Palermo. Pesquisadora postdoc no PNPd em direito all'Università Federale del Paraná (UFPR)

Elenco dei referees degli scritti pubblicati nei tre fascicoli del 2019

Stefania Baroncelli
Auretta Benedetti
Francesco Biagi
Chiara Bologna
Marco Brocca
Maurizio Cafagno
Vincenzo Caputi Jambrenghi
Corrado Caruso
Roberto Cherchi
Salvatore Cimini
Antonio Colavecchio
Giovanna Colombini
Giandomenico Comporti
Matteo Cosulich
Andrea Crismani
Antonio D'Aloia
Salvatore Dettori
Ruggiero Di Pace
Fabrizio Fracchia
Eduardo Gianfrancesco
Annalaura Giannelli
Annalisa Giusti
Marcella Gola
Paola Lombardi
Roberta Lombardi
Fiorenzo Liguori
Nicola Lupo
Patrizia Marzaro Gamba
Livia Mercati
Viviana Molaschi
Massimo Monteduro
Simone Pajno
Nino Paolantonio
Giovanna Pistorio
Annamaria Poggi
Pier Luigi Portaluri
Margherita Ramajoli
Alessio Rauti
Guido Rivosecchi
Francesco Sucameli
Marco Tiberii
Giuseppe Tropea
Francesco Tuccari
Lorenza Violini
Francesco Volpe

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI GENNAIO 2020
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI