Nuove Autonomie

RIVISTA QUADRIMESTRALE DI DIRITTO PUBBLICO

Anno XXXI – Nuova serie
N.3/2022 (settembre-dicembre)

INDICE

SAGGI

Alfredo Contieri
La censura cinematografica oggi: dalla revisione alla classificazione dei film 737

Fabrizio Fracchia
Le nuove sfide della Corte dei conti: il difficile equilibrio tra giurisdizione, controllo e attività consultiva, guardando anche alle crisi della modernità 761

Renata Spagnuolo Vigorita
Pubblico e privato nella tutela della salute. Sulle misure introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza e dalle nuove disposizioni in tema di assistenza territoriale 777

Luca Pietro Vanoni
La (ri)politicizzazione della religione e i paradossi della secolarizzazione: simboli, identità, populismi 793

Anna Cicchetti
L'imposta di soggiorno: uno strumento per rendere più vivibili le destinazioni turistiche o un mezzo per tassare il turismo? 823

Federica Lombardi
Dissesto degli enti locali e diritti dei soggetti coinvolti. Riflessioni sul rapporto tra esigenze di risanamento, tutela dei creditori e resa dei servizi sociali 851

Antonia Maria Scaravilli
Tutela regionale dei minori temporaneamente o definitivamente privati di un ambiente familiare: determinazione degli standard dei diritti sociali e diseguaglianze territoriali 875

Gabriele Torelli
L'urbanistica nella prospettiva di genere. Alcuni spunti di riflessione 895

Federica Campolo
Oltre il dogmatismo: la nuova dimensione dell'inefficacia pubblicistica 915

Pierandrea Corleto
Baratto amministrativo e sviluppo locale 945

Rosario Miccichè
Il reddito di cittadinanza e la democrazia fondata sul lavoro. Analisi giuridica dei sussidi di disoccupazione tra Costituzione economica e trappola della povertà 987

Agnese Mussatti
La convenzione di Faro e le espressioni di cultura immateriale in Italia: il caso dell'ecomuseo 1027

Piergiorgio Novaro
Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario 1053

LA DOTTRINA DIALOGA CON LA GIURISPRUDENZA

Laura Lorello
La partecipazione di interessi e di istanze al procedimento legislativo nello Statuto della Regione Sicilia 1099

Manlio Lisanti
La natura del remand*: tra misura cautelare atipica e sentenza sommaria* 1131

Rossella Vassallo
La sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2022 e il principio di parità di genere nelle elezioni comunali 1149

L'ANGOLO DELLE LIBERTÀ

Pier Luigi Portaluri
The constitutionally guaranteed right not only to receive *but also to* provide *solidarity* 1173

Saggi

La censura cinematografica oggi: dalla revisione alla classificazione dei film*

di Alfredo Contieri

Sommario: 1. Introduzione – 2. L'art. 21 della Costituzione e la sua tardiva attuazione: La legge 21 aprile 1962, n. 161. – 3. Un sistema durato per più di cinquanta anni: La censura cinematografica tra giudice amministrativo e giudice penale. – 4. La necessità del cambiamento. – 5. La legge delega (l. 14 novembre 2016, n. 220) e il decreto delegato (d.lgs. 7 dicembre 2017, n. 203): l'abolizione della censura per gli adulti. – 6. Il procedimento di verifica della proposta privata di classificazione. Inquadramento giuridico e brevi conclusioni.

1. *Introduzione*

Il 5 aprile 2021 tutti i quotidiani italiani riportavano con grande enfasi la notizia della "fine della censura in Italia", a seguito di un decreto del Ministro della Cultura Dario Franceschini, che aveva istituito la Commissione per la classificazione delle opere cinematografiche. Nel comunicato del Ministero si affermava che doveva considerarsi "definitivamente superato quel sistema di controlli e interventi che consentiva ancora allo Stato di intervenire sulla libertà degli artisti".

In realtà, il nuovo sistema era stato previsto sin dal 2016, dalla fondamentale legge n. 220 sul Cinema e l'Audiovisivo e analiticamente disciplinato dal d. lgs. n. 203 del 2017, ma è entrato in vigore solo nel 2021 con la nomina dei componenti della Commissione per la classificazione delle opere cinematografiche.

Tale Commissione, istituita presso la Direzione Generale Cinema del MIC, ha il compito di verificare la corretta classificazione delle opere cinematografiche proposta da parte degli operatori del settore.

All'antico sistema della *revisione*, (comunemente definito della *censura*) il cui impianto, risalente addirittura al 1914, agli albori del cinema, non è significativamente mutato sino ai giorni nostri, si è sostituito quello della *classificazione*.

Infatti, prima della recente riforma, lo schema procedimentale della revisione (obbligo di ottenere un nulla osta per la proiezione in pubblico di un film, rilasciato sulla base di un parere vincolante di un organo collegiale, possibilità di chiedere un riesame da parte di un organo di secondo grado, uso del termine revisione in luogo di censura,) si è conservato a lungo, poiché i cambiamenti più significativi, pur nella diversità dei valori e dei principi ordinamentali e delle forme istituzionali succedutisi nel nostro paese, hanno

* Questo lavoro costituisce una rielaborazione di un contributo pubblicato negli *Scritti in onore di Maria Immordino*, I, Napoli, 2022.

riguardato esclusivamente la composizione delle commissioni, l'ampiezza e i contenuti del controllo.

Per comprendere il significato e la portata del nuovo sistema è necessario partire da quello precedente, risalente ai primi anni 60, per descriverne le numerose criticità e le crepe che il trascorrere del tempo, l'evoluzione del costume, la diffusione di diverse forme di fruizione del prodotto audiovisivo, come i *social media* e le piattaforme televisive *on demand* avevano da tempo messo a nudo[1].

2. *L'art. 21 della Costituzione e la sua tardiva attuazione: la legge 21 aprile 1962, n.161*

Con la caduta del regime fascista, a parte l'abolizione (con d.lgt. 5 ottobre 1945, n.678) di un ulteriore nulla osta che era stato introdotto nel 1939, una forma di autorizzazione alla produzione del film rilasciata sulla base di un controllo preventivo sul copione, ci si mosse su una linea di assoluta continuità con l'impianto normativo precedente, in quanto ci si limitò a trasferire le competenze in materia di censura cinematografiche del disciolto Ministero della Cultura Popolare alla Direzione Generale dello Spettacolo, istituita presso la Presidenza del consiglio dei Ministri (con d.lgt. 5 luglio 1945, n. 416). Oltre agli aspetti procedimentali già ricordati, vennero confermate così anche le cause di diniego del nulla osta, risalenti in larga massima ad un regolamento del 1923, quali il contrasto dell'opera, con la morale, l'ordine pubblico ed il prestigio della nazione a cui si era aggiunto nel 1927 (con la l. 16 giugno 1927, n.1121) la possibilità da parte della Commissione di revisione di esprimere un parere negativo, per l'assenza di "sufficienti requisiti di dignità artistica così nella trama del soggetto, come nella esecuzione tecnica" esercitando, quindi, anche un controllo sulla qualità dell'opera.

Ovviamente, venne confermata anche la previsione della possibilità di vietare la visione delle pellicole ai minori di anni 16 introdotta dalla legislazione sulla pubblica sicurezza. (r.d. 6 novembre 1926, n. 1848 e T.U. 18 giugno 1931, n. 773).

Questo apparato normativo, omogeneo e sperimentato, sebbene sorto al fine di rafforzare il controllo politico del regime sulla società, e di vietare ogni forma di dissenso attraverso il cinema, trovò in sede di Assemblea Costituente un clima incline alla sua sostanziale conservazione.

---

[1] La letteratura sulla censura è amplissima. In questa sede è opportuno, per il momento rinviare ai seguenti Autori e alla bibliografia ivi citata: S. Fois, *Censura, (ad vocem)*, in *Enc. Dir.,* vol. VI, Milano 1960, 721; P. Caretti, *Diritto pubblico dell'informazione*, Bologna, 1994, 137, *ss;* R. Virgilio, *La censura cinematografica: libertà dello spettatore, tutela dei minori e censura economica*, in *www.aedon.it*, 2000; N. Bassi, *La censura cinematografica fra valori costituzionali e giurisdizione di merito del giudice amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.,* 2013; A. Barin, *L'evoluzione del linguaggio cinematografico*, in A. Barin (a cura di), *Che cosa è il cinema*, Milano, 1991, 77, 92 (trad. it); M. Ramajoli, *Cinema e libertà: dalla censura preventiva al movie rating system*, in *www.aedon.it*, 2018.

L'art. 21 della Costituzione è espressione di un orientamento favorevole alla censura anche se ne riduce il raggio di azione al solo criterio del buoncostume.

Infatti, a fianco al riconoscimento del diritto di manifestazione del pensiero con la parola, lo scritto e ogni mezzo di diffusione, (1° comma) la norma costituzionale vieta di sottoporre ad autorizzazione o censura la stampa (2° comma), ma proibisce le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume e dispone che "La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e reprimere le loro violazioni" (6° comma).

L'imposizione di un divieto di autorizzazione e censura alla stampa e la contestuale previsione di adeguate misure di prevenzione nei confronti di manifestazioni e spettacoli contrari al buoncostume, hanno portato la dottrina a considerare, *a contrario*, che le misure di prevenzione debbano consistere proprio in autorizzazioni o censure[2].

Tuttavia, il valore tutelato dalla norma costituzionale è solo il buoncostume, da considerarsi quindi come unico limite alle manifestazioni e agli spettacoli, che si aggiunge, ovviamente alla tutela dei minori, prevista da un'altra norma della Costituzione, l'art. 31, 2°comma.

Si è discusso se l'art. 21, 6° comma, oltre a legittimare la censura[3], imponga al legislatore di mantenerla per prevenire le violazioni del buoncostume[4] oppure la renda facoltativa, secondo valutazioni di opportunità[5], anche alla luce della evoluzione del costume e della morale.

Qualche autorevole studioso ha anche sostenuto che il limite del buoncostume dovrebbe riferirsi esclusivamente alla tutela morale dei minori poiché sarebbe in contrasto con lo stesso art. 21 della Costituzione vietare la proiezione di pellicole ad un pubblico adulto, in grado di scegliere se rendersi o meno destinatario di spettacoli contrari al buoncostume[6]. Alla base di tale opinione vi era la convinzione che la protezione del pudore e della decenza dei maggiorenni può rivelarsi "un errore di fondo perché attiva un circuito di repressione che conduce alla negazione di tutte le libertà"[7]

Certamente, in sede di Assemblea Costituente la norma venne approvata con l'intento di conservare la censura, anche nei confronti degli adulti, seppur limitandone l'estensione alla tutela del buoncostume, su iniziativa della Demo-

---

[2] S. Fois, *Censura,* cit., 728.

[3] R. Zaccaria, *Censura, (ad vocem), Cinematografica e Cinematografia*, in *Enc. Giur.*, vol. VI, Roma, 1988, 2.

[4] In tal senso, A. Pace, M. Manetti, *sub Art. 21*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca (fondato da), Bologna, 2006, 390 ss.

[5] R. Zaccaria, *Cinematografica*, cit., 2; P. Caretti, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Bologna, 1994, 220 – 221.

[6] P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984, 259 *ss.*; Id., *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 99 *ss.*

[7] P. Barile, *Diritti,* cit., 260.

crazia Cristiana. Illuminanti, in proposito gli interventi di Moro: "almeno per gli spettacoli e per le altre manifestazioni che urtino contro il buoncostume, sia ammessa non solo una severa repressione, ma anche la possibilità di una prevenzione adeguata e immediata"*;* di Andreotti: "La legge può introdurre certe misure di garanzia collettiva di fronte alla produzione cinematografica (...) e dico esplicitamente che a ciò si è mossi dalle guarentigie della pubblica moralità e della protezione della gioventù" e dello stesso De Gasperi, relatore della legge del 1947 sulla necessità della censura "in vigore in tutti i paesi del mondo, perché dappertutto lo Stato (...) vigila e garantisce la moralità dello spettacolo cinematografico"[8]

Sebbene il potere di prevenzione fosse limitato agli spettacoli contrari al buoncostume, il legislatore ordinario per molto tempo non si adeguò affatto a tale fondamentale prescrizione, ritenendola meramente programmatica e non immediatamente precettiva[9], preferendo, ricorrere alla soluzione più facile, quella di conservare le norme vigenti in materia di censura (art. 28, l. 29 dicembre 1949, n. 958), determinando così una situazione di indiscutibile contrasto con l'art. 21 della Costituzione, al punto che veniva in giurisprudenza ritenuto "scontato che, nonostante l'art. 21 della Costituzione il nulla osta potesse essere negato anche per motivi di ordine pubblico[10]".

Fino alla legge n. 161/1962, il nulla osta poteva essere negato "alle manifestazioni offensive del pudore, della morale, del buoncostume, della pubblica decenza, contrarie al decoro o alla reputazione nazionale, capaci di turbare i buoni rapporti internazionali, offensive del decoro e del prestigio delle istituzioni o autorità pubbliche o della reputazione dei privati cittadini, alle manifestazioni che costituiscono istigazione o apologia di reato, che eccitino al disprezzo delle leggi o siano di scuola o di incentivo al delitto, che incitino all'odio o all'avversione tra le classi sociali, che siano contrarie al sentimento nazionale o religioso, che descrivono scene o fatti impressionanti o crudeli, che siano contrarie all'ordine pubblico o possano turbarlo"[11]. In definitiva, non si era molto lontani dalla prima disciplina del 1914, nonostante l'evoluzione in senso democratico dello Stato repubblicano[12].

---

[8] Interventi di Aldo Moro, seduta antimeridiana 14 aprile 1947, in *Atti dell'Assemblea costituente*, ivi, 2812, di Alcide De Gasperi, *Relazione all'Assemblea costituente in leggi 1947*. Tutti gli interventi richiamati sono riportati da R. Virgilio, *La censura,* cit.*,* 7- 8.

[9] Cass. Sez. III, 12 ottobre 1950, in *Giur. cost.*, 1951.

[10] N. Bassi, *La censura*, cit., 928, che rinvia a Cons. St., Sez. I, parere 21 novembre 1961, n. 2032, in *Cons. St.*, 1962, I, 1960.

[11] Quest'elenco è tratto da S. Fois, *Censura*, cit., 730 e costituisce un'efficace sintesi dei divieti contenuti nelle varie disposizioni vigenti all'epoca dello scritto dell'Autore.

[12] Sottolinea l'incompatibilità di tale congerie di divieti con l'art. 21 della Costituzione, S. Fois, *Censura*, cit., 730, anche con riferimento al potere di negare il nulla-osta "ove nella manifestazione teatrale e cinematografica si riscontrino elementi di turbativa dell'ordine pubblico".

Solo con l'entrata in vigore della legge n. 161 del 1962, venne attuato il dettato costituzionale e il buon costume divenne l'unico possibile motivo di diniego di nulla osta alla proiezione di un film a un pubblico adulto.

Erano sottoposte al controllo, dapprima da parte del Ministero del Turismo e Spettacolo e in seguito da parte del Mibact, ed in particolare dalla Direzione Generale Cinema, tutte le pellicole destinate alla proiezione in pubblico e all'esportazione. Il nulla osta era emesso dal Ministero su parere vincolante della Commissione di primo grado o di secondo grado in caso di diniego della prima e di istanza di riesame. Le Commissioni erano composte da soggetti qualificati quali professori di diritto, di psicologia dell'età evolutiva, di pedagogia, esperti di cinema, e da rappresentanti delle categorie interessate, associazioni di genitori ecc.

Sull'istanza di nulla osta si pronunciava la Commissione di primo grado. Trascorsi venti giorni dal deposito del film senza che la Commissione si fosse espressa, il richiedente poteva notificare una diffida al Ministero a provvedere e trascorsi ulteriori dieci giorni senza che fosse stato comunicato alcun provvedimento, il nulla osta si intendeva concesso.

La legge del 1962 aveva così previsto, probabilmente per la prima volta nel nostro ordinamento, il silenzio assenso. Altrettanto innovativa rispetto ai tempi era la possibilità per il richiedente di chiedere di essere ascoltato per "promuovere" le ragioni del film al fine di convincere la Commissione, che era tenuta a convocarlo, a non emettere un parere negativo (art. 4). Venne dunque introdotta una forma di partecipazione al procedimento in applicazione del principio del contraddittorio, molti anni prima dalla legge 7 agosto 1990, 241[13].

Tuttavia, questa forma di contraddittorio, sebbene innovativa da un punto di vista procedimentale, nella prassi, come si vedrà, poteva diventare la sede nella quale il richiedente negoziava o più spesso la Commissione imponeva tagli a parti o a singole scene quale condizione per evitare il parere negativo o il divieto ai minori. Se la Commissione di primo grado adottava un parere negativo l'istante poteva proporre ricorso alla Commissione di secondo grado entro venti giorni dalla comunicazione del giudizio negativo.

Il riesame poteva concludersi con un parere positivo con conseguente rilascio di nulla osta o, in caso di conferma del parere di primo grado, veniva emesso il provvedimento di diniego che doveva essere ampiamente motivato.

Contro il provvedimento di diniego era previsto ricorso, al giudice amministrativo, al Consiglio di Stato secondo la legge del 1962, al TAR secondo la legge 6 dicembre 1971, n. 1034 e successivamente il Codice del Processo Amministrativo. Questo tipo di ricorso rientra nella giurisdizione di merito, per cui il giudizio del giudice amministrativo si sovrapponeva a quello delle due commissioni,

[13] Mette in luce il carattere innovativo sul piano procedimentale della legge, N. Bassi, *La censura*, cit., 929-930.

potendosi così creare altri due gradi di giudizio relativi alla compatibilità della pellicola con i valori tutelati dalla legge, che erano il buon costume e la tutela dei minori

Sul primo aspetto è opportuno richiamare testualmente l'art. 6 della legge, secondo il quale la Commissione "*dà parere contrario, specificandone i motivi: alla proiezione in pubblico, esclusivamente ove ravvisi nel film, sia nel complesso, sia in singole scene o sequenze, offese al buon costume*". "*Il riferimento al buon costume contenuto nel primo comma si intende fatto ai sensi dell'art. 21 della Costituzione*".

L'uso da parte del legislatore dell'avverbio "*esclusivamente*" sta a indicare il chiaro intento di circoscrivere solo a tale campo ogni potere censorio e di abbandonare per sempre altri criteri che in passato avevano orientato l'attività della Commissione, come soprattutto la tutela dell'ordine pubblico, che così scompare per sempre dal raggio d'azione della revisione delle pellicole. D'altra parte, il rinvio all'art. 21 non era accompagnato da ulteriori specificazioni e indicazioni per l'interprete, idonee ad orientarlo verso parametri più precisi[14]. L'assenza di punti di riferimento normativi nell'individuazione del perimetro del concetto di buoncostume ha indotto la dottrina ad ancorare la nozione alla omonima definizione penalistica di buoncostume[15], sul presupposto che proprio il richiamo all'art. 21 della Costituzione dovesse orientare l'interprete a seguire un parametro comune, applicabile sia all'attività di prevenzione che a quella di repressione[16], dovendo ritenersi che l'art. 21, 6° comma faccia riferimento ad una nozione unitaria.

Secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, "il buoncostume risulta da un insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta in particolare la violazione del pudore sessuale" "sia fuori, sia soprattutto nell'ambito della famiglia, della dignità personale che con esso si congiunge e del sentimento morale dei giovani"[17]. In un'altra sentenza, meno remota, la n. 368 del 27 settembre 1992, la Corte elabora una nozione di buoncostume, come valore condiviso dalla collettività, e non espressione del singolo[18].

---

[14] R. Zaccaria, *Cinematografica*, cit., 4, il quale parla di formula "aperta" dell'art. 21, che avrebbe richiesto "una definizione maggiore ad opera del legislatore".

[15] P. Barile, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975, 92; R. Zaccaria, *Cinematografica*, cit., 5; secondo G. Fiandaca, *Buoncostume, (ad vocem)*, *Moralità pubblica e buoncostume* (*Dir. pen),* in *Enc. Giur.,* vol. V, Roma, 1, "il buoncostume consiste nell'insieme delle regole esterne di comportamento che stabiliscono che è socialmente approvato (o tollerato) specie riguardo alla sfera delle relazioni sessuali tra individui".

[16] Oltre al già citato scritto di P. Barile, cfr. A.G. Arabia, *Lo spettacolo*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di Diritto Amministrativo, Diritto Amministrativo Spec.*, tomo II, Milano, 2003, 1618; R. Zaccaria, *Cinematografica*, cit., 5.

[17] Corte Cost., 19 febbraio 1965, n. 9.

[18] La Corte Costituzionale, nella sentenza n. 368/1992, ha affermato che il buoncostume, essendo un limite che l'art. 21 contrappone alla libertà dei singoli individui "è diretto (...) a

Il principale parametro di riferimento al fine della individuazione di cosa debba considerarsi come contrario al buoncostume è stato individuato dalla giurisprudenza penale nel comune sentimento del pudore. Considerando che il pudore si esprime "in una reazione emotiva, immediata ed irriflessa di disagio, turbamento e repulsione (...) poiché tale reazione è emotiva e variabile di tono, in relazione alle varie componenti della comunità e alle esigenze morali e alla evoluzione del costume, la legge ha commisurato la tutela del pudore al sentimento di esso diffuso nella comunità stessa"[19]. Il concetto va dunque messo in relazione "al comune modo di sentire, (...) e va determinato non in rapporto alla mutevole e particolare sensibilità dei singoli, bensì in base al normale sentimento della collettività in un determinato momento storico"[20].

Il riferimento al sentimento medio della comunità attribuisce al comune senso del pudore e alla parallela nozione di buoncostume il carattere della mutevolezza, della possibilità di evolversi in relazione ai cambiamenti della morale comune, con il passare del tempo. Si tratta dunque di una nozione dinamica che va interpretata attraverso un continuo aggiornamento in ragione "della sua mutevolezza con il divenire dei costumi e con l'evoluzione del pensiero medio dei consociati nel momento storico in cui avviene il fatto incriminato (cosiddetto criterio storico-evolutivo)"[21].

Il criterio del buoncostume ha costituito per le varie commissioni un metro di giudizio flessibile, che si è evoluto con il mutare dei costumi, ed inoltre, essendo ancorato alla sensibilità morale dell'uomo medio, non richiedeva alcuna competenza tecnico-specialistica[22].

Il sistema di revisione introdotto dalla legge del 1962 attribuiva alla Commissione anche il potere di imporre il divieto di visione ai minori di 14 o 18 anni.

Alla tutela del buoncostume, di cui all'art. 21, 6° comma Cost., si affiancava la tutela dei minori in applicazione dell'art. 31 Cost., che, come si è detto, già era stata introdotta in epoca fascista.

Secondo la legge la visione ai minori poteva essere vietata (art. 5) in relazione alla "particolare sensibilità dell'età evolutiva" e alle "esigenze della sua tutela morale".

---

significare un valore riferibile alla collettività in generale, nel senso che denota le condizioni essenziali che, in relazione ai contenuti morali e alle modalità di espressione del costume sessuale in un determinato momento storico siano indispensabili per assicurare, sotto il profilo considerato, una convivenza sociale conforme ai principi costituzionali in violazione della tutela della dignità umana e del rispetto reciproco tra le persone".

[19] Cass. pen., sez. III, 7 giugno 1976, n. 1809; Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 1971, n. 22; Cass. pen., sez. I, 5 luglio 1967, n. 1172; Cass. pen., sez. III, 19 settembre 1988, n. 1977.

[20] Cass. pen., sez. I, n. 1172/1967.

[21] Cass. pen., sez. III, 3 febbraio 1984, n. 5308, fattispecie riguardante il film "Caligola" ritenuto in quell'occasione osceno, pur in un contesto di affievolimento del comune senso del pudore e di evoluzione dei costumi.

[22] N. Bassi, *La censura*, cit., 931; cfr. anche M. Ramajoli, *Cinema,* cit.*,* 2.

Tuttavia, il decreto attuativo della legge n. 161, con l'intento di specificare il contenuto della legge ha ampliato le cause di divieto ai minori individuandole in tutti i casi in cui i film, pur non costituendo offesa al buoncostume "contengano battute o frasi volgari; indulgano a comportamenti amorali; contengano scene erotiche o di violenza verso uomini o animali; o relative ad operazioni chirurgiche od a fenomeni ipnotici o medianici se rappresentati in forma particolarmente impressionante, o riguardanti l'uso di sostanze stupefacenti; fomentano l'odio o la vendetta; presentino crimini in forma tale da indurre all'imitazione o al suicidio in forma suggestiva" (art. 19, 1° co.).

L'unico criterio per decidere di vietare la visione all'una o all'altra fascia di età era individuato nel decreto esclusivamente nella "gravità" e nella "insistenza degli elementi indicati nel comma precedente" (art. 9, 2° co.).

In realtà l'elencazione contenuta nella fonte secondaria, oltre ad ampliare la disposizione della fonte primaria, superando i propri confini[23], individuava fattispecie abbastanza vaghe ed indeterminate, rimesse alla sensibilità individuale dei componenti delle commissioni, ai quali venivano riconosciuti ampi spazi di discrezionalità[24].

Il divieto di proiezione ai minori, e cioè il cosiddetto nulla-osta condizionato, nella versione originaria della legge del 1962 (art. 13) comportava anche il divieto di trasmettere in televisione il film vietato. La norma è stata più volte modificata[25], con la previsione di fasce protette e orari in cui possono essere trasmessi i film vietati ai minori, anche in ragione dell'aumento dei canali televisivi dovuto all'avvento delle trasmissioni satellitari, del digitale terrestre, delle piattaforme intervenuto negli ultimi decenni.

3. *Un sistema durato per più di cinquanta anni: la censura cinematografica tra giudice amministrativo e giudice penale*

Nel lungo periodo in cui è stata vigente la legge del 1962, si è costantemente ritenuto nell'opinione generale necessario proteggere i minori da spettacoli contrari al buoncostume, inteso principalmente come tutela morale in relazione alla sfera sessuale, ma al tempo stesso, nella coscienza sociale si è sempre più diffusa una visione contraria alla esistenza di uno Stato censore, guardiano e custode della morale e del buoncostume, dotato del potere di vietare la visione di spettacoli ai cittadini adulti. In altre parole, è sempre stato fortemente controversa e discussa l'attribuzione al Ministro del potere di negare il nulla osta alla

[23] R. Virgilio, *La censura,* cit., 9; R. Zaccaria, *Cinematografica,* cit., 2.

[24] R. Virgilio, *La censura,* cit., 9.

[25] Sono nel tempo intervenuti l'art. 15, comma 11, della l. 6 agosto 1990, n. 223, l'art. 34, comma 3, del d.lgs. 21 febbraio 2005, n. 277, modificato dal d.lgs. 15 marzo 2010, n. 44.

proiezione di un film nelle sale cinematografiche, vietandone la visione anche a un pubblico adulto.

Nei fatti questo potere è stato raramente esercitato; sembrerebbe che solo in due casi il Ministero abbia negato il nulla osta alla proiezione di film in pubblico, perchè considerato un'offesa al buoncostume[26].

A ben vedere, tale risultato non si spiega soltanto con l'affermarsi di una concezione volta sempre più a far prevalere il diritto di manifestazione del pensiero o la libertà dell'arte su un anacronistico Stato custode della morale. La spiegazione va cercata soprattutto tenendo presente che il divieto di proiezione in pubblico era previsto ove l'opera cinematografica fosse stata considerata nel suo complesso o anche solo in singole scene o sequenze un'offesa al buoncostume (art. 6, l. n. 161/1962). A sua volta il regolamento di esecuzione disponeva che la "commissione può sospendere la espressione del parere invitando il richiedente a modificare singole scene o sequenze o battute". E ciò è proprio quello che avveniva spessissimo. Per evitare il diniego di nulla osta i produttori o i distributori contrattavano con la Commissione i tagli alle scene che potevano essere giudicate offensive del buoncostume. Si apriva così una forma di trattativa, a danno dell'integrità dell'opera, nella quale le case di produzione, allo scopo di scongiurare il diniego di nulla osta e i conseguenti disastrosi danni economici si prestavano, spesso avendo preventivamente acquisito il consenso del regista, a praticare una forma di autocensura, altrimenti definita "censura economica"[27], in quanto finalizzata a salvaguardare l'investimento fatto per la produzione del film.

La partecipazione al procedimento riconosciuta dall'art. 4 della legge, consistente in una forma di contraddittorio con la commissione su richiesta dell'interessato, spesso si riduceva proprio ad una negoziazione tra le parti sulle scene da tagliare o su singoli fotogrammi da abolire[28].

Ciò accadeva maggiormente allorché era in discussione il divieto ai minori di 18 o 14 anni, e cioè il rilascio di nulla osta condizionato.

Anche in tale caso l'autocensura veniva praticata dal produttore per evitare i minori incassi derivanti dalla visione del film da parte di una cerchia più ristretta di pubblico nelle sale.

La trattativa sui tagli poteva essere particolarmente complessa e vivace, sia per la pluralità e varietà delle già ricordate cause di diniego alle quali la commissione poteva fare ricorso per imporre il divieto ai minori (elencate nel regola-

[26] Si tratta di film "*Totò che visse due volte*" del 1997 di Daniele Cipri e Francesco Maresco (comunque ammesso nelle sale a seguito di sentenza del Consiglio di Stato che lo classificò come vietato ai minori di 18 anni) e "*Il ritorno*" di Jens Sorgen Thorsen del 1993. Sul punto, R. Virgilio, *La censura*, cit., 2

[27] R. Virgilio, *La censura*, cit., 9; F. Rimoli, *La libertà dell'arte dell'ordinamento italiano*, Padova, 1992, 323-324.

[28] F. Rimoli, *La libertà*, cit., 323; sul punto M. Ramajoli, *Cinema*, cit., 19.

mento di esecuzione della legge) sia per l'assenza di criteri chiari e definiti, idonei a orientare la Commissione nello stabilire se il divieto dovesse essere limitato ai minori di 14 anni o esteso ai minori di 18.

Dinanzi ad un potere autoritativo dotato di così ampia discrezionalità, i produttori si sentivano costretti a tagliare scene o sequenze, operazione che costituiva comunque il male minore rispetto alla prospettiva di nulla osta condizionato.

La censura economica finiva comunque per impedire a tutti e non solo ai minori, la visione del film nella sua versione originale, poiché nelle sale la versione mutilata dei tagli veniva proiettata anche per il pubblico adulto.

Sicché, la censura a tutela dei minori si trasformava in censura per gli adulti.

Con l'emanazione di un provvedimento di diniego di nulla osta o più frequentemente di nulla osta condizionato si poteva aprire un nuovo scenario, se, la questione veniva poi portata dinanzi al giudice amministrativo, TAR ed eventualmente Consiglio di Stato, in sede di giurisdizione di merito, oggi prevista dall'art. 134 lett. e) del Codice del Processo Amministrativo.

In questa materia, in sede di giurisdizione di merito, la già ricordata ampiezza dei margini delle valutazioni discrezionali e tecnico discrezionali, per l'assenza di precisi criteri valutativi, insieme al carattere opinabile dei giudizi, legati alla cultura e alla sensibilità individuale di chi li esprime, hanno determinato nella casistica giurisprudenziale il proliferare di decisioni del tutto difformi da quelle delle Commissioni di revisione. In questi casi, infatti il sindacato sulla discrezionalità non è rimasto all'esterno del potere, ma il giudice ha espresso le proprie valutazioni soggettive che, secondo l'ordinamento, prevalgono su quelle dell'amministrazione.

È anche opportuno sottolineare che, poiché il principale, se non unico criterio di giudizio, anche nei casi di impugnazione di nulla osta condizionato, era il buoncostume, materia per così dire, non specifica, il giudice amministrativo si è fatto interprete dei valori morali del suo tempo, spesso visionando direttamente il film ed esprimendo le proprie valutazioni, anche disponendo il taglio di scene senza ricorrere a esperti e consulenti tecnici[29].

In questo clima sono quindi maturate decisioni giurisdizionali del tutto opposte alle valutazioni delle Commissioni di revisione e di riesame. È il caso di fare qualche esempio di film famosi: *Arancia Meccanica* di Stanley Kubrick fu dapprima vietato ai minori di 18 anni dalla Commissione di revisione, da quella di riesame e dal TAR Lazio, per poi ottenere la più lieve misura in appello del divieto ai minori di 14 anni[30]; *Pulp Fiction* di Quentin Tarantino ottenne dal Consiglio di Stato la

[29] Sottolinea N. Bassi, *La censura*, cit., 933, come il giudice amministrativo, pur partendo dalla premessa che il divieto ai minori potesse fondarsi su ragioni diverse del buoncostume come "la salvaguardia delle loro esigenze educative" ha orientato le proprie decisioni individuando l'interesse da difendere nella "tutela morale dei minori", facendolo così sostanzialmente avvicinare al concetto di buoncostume, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 1965, n. 349.

[30] Cons. Stato, sez. IV, 10 aprile 1998, n. 583.

riduzione a 14 anni del divieto ai minori di 18 anni che era stato sancito dalla Commissione di revisione, da quella di riesame e in primo grado dal TAR Lazio; Infine, il già ricordato film *Totò che visse due volte* di Ciprì e Maresco al quale era stato addirittura negato il nulla osta in sede amministrativa, a conclusione di una lunga vicenda giurisdizionale uscì nelle sale con il divieto ai minori di 18 anni[31].

Si è poi presentato il caso in cui il nulla osta rilasciato dalla Commissione di revisione è stato impugnato da terzi ed in particolare da una associazione di consumatori (Codacons), alla quale è stata riconosciuta la legittimazione ad agire dinanzi al giudice amministrativo. È accaduto al film *Apocalypto*, infine giudicato dal Consiglio di Stato non adatto ai minori di 18 anni poiché ritenuto violento e pericoloso per i più giovani.

L'estensione della legittimazione anche a soggetti che non sono portatori di interessi connessi al buoncostume e alla tutela morale dei giovani, quale appunto una associazione di consumatori volta a tutelare la sicurezza e la qualità dei prodotti, ha indotto a domandarsi se non sia aperta la strada ad un controllo sociale diffuso sul rilascio dei nulla osta[32].

A rendere ancor più incerta la sorte del film ha contribuito da grande protagonista anche il giudice penale, la cui funzione è direttamente riconosciuta in Costituzione dall'art. 21, 6° comma.

Del resto, la norma costituzionale fu approvata mentre erano vigenti, e lo sono tuttora, gli artt. 528 e 529 c.p., per cui non c'è mai stato alcun dubbio sul fatto che la repressione degli spettacoli in contrasto con il buoncostume prevista dal 6° comma della norma costituzionale dovesse consistere nella repressione penale.

L'art. 528, nella versione attualmente vigente, commina la reclusione da tre mesi a tre anni e la multa non inferiore a euro 103 a chi "dà pubblici spettacoli teatrali o cinematografici, ovvero audizioni o recitazioni pubbliche che abbiano carattere di oscenità" prevedendo un aumento di pena se il fatto è commesso "nonostante il divieto dell'autorità"[33].

A sua volta l'art. 529 considera osceni gli atti e gli oggetti che, secondo il comune sentimento, offendono il pudore (1° comma) ma esclude dalla categoria degli atti osceni "l'opera d'arte"[34].

---

[31] Cons. Stato, sez. IV, 10 febbraio 2000, n. 1005.

[32] In proposito si rinvia alle interessanti riflessioni di N. Bassi, *La censura,* cit.*,* 938 – 939.

[33] Tantissimi i film denunciati per oscenità, fra gli altri: *Mamma Roma* (1962), *La ricotta* (1963), *Teorema* (1968), *Decameron* (1971), *I racconti di Canterbury* (1972), *Salò e le 120 giornate di Sodoma* (1975) di Pasolini, *Blow up* (1966) di Antoniani, *I diavoli* (1970) di Ken Russel, *Soffio al cuore* (1971) di Louis Malle, *La grande abbuffata* (1973) di Ferreri, *Ultimo tango a Parigi* (1972) e *Novecento* (1976) di Bertolucci, *Il portiere di notte* (1974) e *Al di là del bene e del male* (1977) di Liliana Cavani.

[34] A tali norme va aggiunto l'art. 668 (oggi modificato) che punisce chi recita in pubblico o dà in pubblico produzioni teatrali senza averlo prima comunicata all'Autorità e che rappresenta in pubblico pellicole cinematografiche senza averne dato il preventivo avviso all'Autorità o contro il divieto di quest'ultima.

Si è visto lo stretto legame tra buoncostume e comune senso del pudore, nella giurisprudenza costituzionale e penale.

In base agli anzidetti parametri il giudice penale poteva considerare osceno uno spettacolo anche se lo stesso aveva ottenuto il nulla osta della Commissione di revisione[35].

Il principio fu espresso anche dalla sentenza sul film *Ultimo tango a Parigi* di Bernardo Bertolucci che, come è noto, nel 1976 ne ordinò la distruzione di tutte le copie: "il nulla osta della commissione di censura non ha l'efficacia di escludere la punibilità di uno spettacolo che in effetti sia osceno, né sotto il profilo dell'esercizio di un diritto, né sotto il profilo del difetto dell'elemento psicologico del reato"[36].

Ruoli del tutto autonomi quello del giudice penale e della Commissione di revisione, con valutazioni spesso divergenti, sebbene, entrambi dovessero giudicare sulla base del medesimo parametro del buoncostume[37].

Questo sistema, così complesso e articolato, ha determinato problemi di incertezza sul piano giuridico e gravi conseguenze economiche per i privati.

Prima ancora di emettere una sentenza di condanna, il giudice penale ha spesso fatto ricorso a uno strumento ancor più incisivo e dannoso per i produttori e i distributori, quale il sequestro, con conseguente sospensione della proiezione del film per periodi anche lunghi.

Sono famosi i casi di sequestro di film considerati osceni dal giudice penale, quali *Il Decameron* e *I Racconti di Canterbury*, di Pier Paolo Pasolini, il già ricordato *Ultimo Tango a Parigi* di Bernardo Bertolucci, per il quale la condanna di oscenità fu confermata in Cassazione[38]. Ma il sequestro di pellicola è stato disposto anche per il reato di vilipendio della religione di Stato[39]

---

[35] Cass. pen., sez. I, 13 marzo 1967, n. 394, "deve considerarsi osceno tutto ciò che offende il comune sentimento del pudore senza che questo concetto di pudore della comunità possa essere sostituito da alcun altro criterio anche se particolarmente qualificato. Ne discende che risponde al delitto di cui all'art. 528 c.p. chi realizzi e diffonda un'opera cinematografica di contenuto osceno nel caso in cui l'apposita commissione di censura abbia dato parere favorevole alla diffusione della pellicola. L'autorizzazione amministrativa non vale, infatti, ad escludere il dolo".

[36] Cass. pen, sez. III, 29 gennaio 1976, n. 4309; solo 11 anni dopo, nel 1987, una sentenza riparatrice ne consentì nuovamente la proiezione nelle sale.

[37] Cass. pen., sez. III, 4 agosto 1966, n. 1734, "il parere emesso dalla commissione di censura cinematografica, in base al quale sia stato rilasciato il nulla osta per la proiezione di un film, non può essere ritenuto come idoneo a porre in essere una causa di non punibilità. Il nulla osta ministeriale, infatti, attiene alla fase preventiva ed è provvedimento di natura amministrativa. Il sequestro del film, l'eventuale processo penale sono atti di natura giudiziaria ed attengono alla fase repressiva e punitiva, allorché si ravvisano nel film estremi di reato".

[38] M. Ramajoli, *Cinema,* cit., nota 1.

[39] È il caso del *Il pap'occhio* (1980) di Arbore e di *Totò che visse due volte* di Cipri e Maresco.

A conferma della considerazione che si trattava di due mondi separati, a differenza del giudice penale, le commissioni di revisione e il giudice amministrativo non riconoscevano la esimente della opera d'arte prevista dall'art. 529 c.p.[40], adottando ugualmente la misura del divieto ai minori, ritenuta "non incompatibile con i riconoscimenti ricevuti della pellicola attestanti il suo particolare interesse culturale, dal momento che la rilevanza culturale di un'opera cinematografica non esclude la sua capacità d'incidere negativamente sul pubblico giovanile meno maturo[41]".

4. *La necessità del cambiamento*

La situazione di incertezza appena descritta determinò la diffusa convinzione della necessità di un cambiamento del sistema di revisione, anche da parte dei produttori, categoria che in passato aveva sostenuto l'esigenza di un controllo pubblico[42].

Inoltre, l'evoluzione del costume, i mutamenti della morale e del *comune senso del pudore* avevano reso la società italiana sempre più contraria a riconoscere allo Stato il ruolo di censore, di guardiano e depositario dei valori morali della comunità che impone ai cittadini adulti.

A ciò si aggiunga che, sia in Spagna che in Germania, il divieto di censura sugli spettacoli è solennemente sancito in Costituzione. Infatti, in Spagna l'art. 20 comma 2 della Costituzione sancisce che i diritti connessi alla produzione e alla creazione artistica non possono essere ristretti attraverso alcun tipo di censura. Ancora prima nel 1949 la *Grundgesetz* della Repubblica Federale Tedesca aveva affermato all'art. 5 che "sono garantite la libertà di stampa e d'informazione mediante la radio e il cinematografo. Non si può stabilire alcuna censura". Alla luce di questa disposizione costituzionale "il problema dei rapporti fra libertà di pensiero e censura, sempre complesso e spinoso per il contrasto delle opposte esigenze di interesse generale che sono alla base dei due istituti, è stato superato devolvendo i compiti della censura statale all'autocontrollo delle associazioni cinematografiche, le quali vengono così ad autolimitarsi, esercitando, sostanzialmente, una pubblica funzione ad esse delegate dallo Stato"[43].

Infatti, l'alternativa alla censura di Stato è la creazione di un sistema di autodisciplina affidato ai privati ed in particolare alle categorie del settore cinematografico.

---

[40] M. Ramajoli, *Cinema,* cit., 3.

[41] TAR Lazio, sez. I, 17 marzo 1995, n. 468; cfr. anche Cons. St., 10 aprile 1984, n. 584. Sul punto, M. Ramajoli, *Cinema*, cit., nota 1.

[42] R. Zaccaria, *Cinematografica*, cit., 6.

[43] Così G. Crisci*), Cinematografica, (ad vocem), (disciplina pubbl.)*, in *Enc. Dir.*, vol. VI, Milano, 1960, 1022. In questi termini, M. Ramajoli, *Cinema,* cit., 5 e nota 29.

Il modello più famoso di autovalutazione delle pellicole da parte delle case cinematografiche è quello vigente negli Stati Uniti fin dagli anni 30 del secolo scorso. In questa esperienza si è affermato un sistema di classificazione volontaria da parte degli imprenditori del settore, riuniti nella associazione *Motion Picture Association of America* (MPAA) che si dotò di un codice di disciplina particolarmente analitico e restrittivo[44], detto Hays Code, dal nome del suo autore.

Il codice Hays fu sostituito nel 1968 da un regolamento approvato dalla MPPA che ha introdotto un sistema del tutto diverso, tendente alla classificazione dei film *(movie rating)* effettuata da una commissione composta da rappresentanti di associazioni di genitori *(Cara Rating Board)* "privi di interessi nell'industria dell'intrattenimento e prescelti dalla MPPA della quale costituiscono una divisione indipendente"[45]. La Commissione può anche classificare una pellicola come non adatta ai minori di 17 anni (*NC 17 rating No One 17 and Under Amitted*). Ma tale classificazione non determina un divieto per i gestori delle sale di ammettere i minori, né per i genitori di farlo rispettare ai propri figli minori. Allo stesso modo, non vi è un obbligo per i produttori e i distributori di sottoporre il film al giudizio della MPPA, se non per i suoi associati.

Tutto il sistema del *Movie rating* si basa sull'adesione spontanea a codici di autodisciplina che, sebbene non vincolanti, trattandosi di una forma di *soft law*, condizionano fortemente le varie categorie che fanno parte della filiera del cinema, come spesso accade in quei casi di *self regulation* nei quali "il livello di accettazione del sistema è molto elevato"[46].

Il sistema americano non è affatto esente dal fenomeno della censura economica, che anzi è molto diffuso. Ottenere la classificazione di *NC-17 rating* è molto penalizzante per un film perché più difficilmente viene richiesto dalla sale cinematografiche che temono che si possa determinare una riduzione del numero dei potenziali spettatori e anche giornali, radio e televisioni sono meno interessati a pubblicizzarlo[47].

Tornando all'Italia, era da tempo largamente condivisa la convinzione della necessità della abolizione della censura preventiva nei confronti del pubblico adulto, non più giustificabile, per cui già dalla fine degli anni 70 furono presentate proposte di riforma in Parlamento, anche sul presupposto che, come già chiarito,

---

[44] Sul punto M. Ramajoli, *Cinema*, cit.; è entrata nella storia del cinema la famosa scena del film *Notorius*, *l'amante perduta* di Alfred Hitchcock del 1946, in cui il geniale regista inglese, riuscì ad aggirare il ferreo codice Hays, che imponeva che un bacio non potesse durare più di tre secondi. Hitchcock riuscì a far durare addirittura tre minuti il bacio fra i due protagonisti Cary Grant e Ingrid Bergman, utilizzando l'espediente di far durare ogni singolo bacio non più di tre secondi, far pronunciare agli attori qualche battuta del tutto irrilevante per poi riprendere a baciarsi più volte sempre fra intervalli di parole.

[45] Così, M. Ramajoli, *Cinema,* cit., 4.

[46] Ancora M. Ramajoli, *Cinema,* cit., 5.

[47] R. Virgilio, *La censura*, cit., 4.

l'art. 21 della Costituzione rimette a valutazioni di opportunità del legislatore la permanenza della censura preventiva[48].

Diverso è ovviamente il discorso per ciò che riguarda la tutela dei minori, prevista come doverosa dall'art. 31 Cost.

I vari tentativi di riforma hanno pertanto avuto in comune l'obiettivo di conservare la censura nei confronti dei minori e invece di abolirla per il pubblico adulto[49].

Infine, l'evoluzione complessiva del sistema audiovisivo aveva nel tempo reso ineludibile il cambiamento.

Si pensi alla diffusione dei film prodotti per la televisione, destinati alla distribuzione domestica, per i quali non era prescritto il nullaosta, se non come facoltativo a richiesta degli interessati. Il vertiginoso aumento delle produzioni destinate direttamente alle trasmissioni televisive (le cosiddette *fiction*) anche sulle piattaforme a pagamento, e la contemporanea riduzione del pubblico nelle sale cinematografiche rendeva illogica una diversità di regime fondata esclusivamente sulle modalità di fruizione dell'opera e non sui suoi contenuti[50].

Finalmente, con la legge n. 220 del 2016 (art. 33) si è delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi in materia di tutela dei minori nella visione di opere cinematografiche e audiovisive.

5. *La legge delega (l. 14 novembre 2016, n. 220) e il decreto delegato (d.lgs. 7 dicembre 2017, n. 203): l'abolizione della censura per gli adulti*

L'art. 33 della legge n. 220 si ispira al principio secondo il quale il divieto alla visione dei film debba essere limitato ai soli minori, alla cui tutela è finalizzata la norma. Tale impostazione emerge sin dalla rubrica intitolata "delega al Governo delle disposizioni legislative in materia di tutela dei minori nel settore cinematografico e audiovisivo".

I valori fondanti del nuovo sistema cui doveva ispirarsi il legislatore delegato sono la libertà e la responsabilità, tanto degli imprenditori del settore cinematografico e audiovisivo, quanto dei principali agenti educativi, tra i quali, in primo luogo la famiglia, attraverso la sostituzione delle procedure vigenti con un

---

[48] R. Zaccaria, *Cinematografica*, *cit.*, 6 e bibliografia ivi richiamata sulle proposte di riforma.

[49] Il più volte richiamato studio di R. Virgilio, *La censura,* cit, che risale al 2000, si occupa proprio di esaminare 3 disegni e proposte di legge allora presentate in Parlamento, soffermandosi, in particolare, su quello n. 3180, presentato al Senato dall'allora Ministro per i Beni Culturali e Ambientali, Walter Veltroni. Sottolinea Virgilio, che "tutti i film continueranno a essere sottoposti alle commissioni, ma non potrà più essere stabilito il divieto assoluto di proiezione in pubblico: un film potrà solo continuare a subire il divieto per i minori".

[50] N. Bassi, *La censura*, cit., 945.

meccanismo di responsabilizzazione degli operatori e di attenta vigilanza delle istituzioni, orientato alla effettività della tutela dei minori. Quindi, un sistema solo parzialmente affidato ai privati, poiché non viene messo da parte il controllo pubblico.

In particolare, vengono individuati i seguenti principi e criteri direttivi (art. 7 della legge):

a) *Introdurre il principio della responsabilizzazione degli operatori cinematografici in materia di classificazione del film prodotto destinato alle sale cinematografiche e agli altri mezzi di fruizione al fine di garantire l'uniformità di classificazione fra i vari prodotti audiovisivi, videogiochi compresi.*

La nuova disciplina deve contemperare i vari interessi coinvolti: tutela dei minori, protezione dell'infanzia e libertà di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica. Già qui si possono fare due osservazioni preliminari: la prima è che si è avvertita un'esigenza di uniformità di classificazione tra i vari mezzi di fruizione del prodotto audiovisivo (film per le sale, film prodotti per la televisione, piattaforme *on line*, ecc.) per ovviare a quegli inconvenienti di diversità di disciplina ricordati prima. La seconda riguarda l'infanzia, che richiede una tutela differenziata e rafforzata rispetto ai minori in generale. La pervasiva diffusione dei mezzi audiovisivi, la loro facile accessibilità, ha reso i bambini particolarmente esposti ai pericoli di una visione non controllata.

b) *Prevedere l'istituzione presso il Ministero dell'organismo di controllo della classificazione con conseguente soppressione delle Commissioni per la revisione cinematografica.*

La nuova parola chiave diventa dunque, *classificazione*, che sostituisce il precedente termine *revisione*, ma il ruolo dell'amministrazione non perde rilievo, in quanto è previsto che l'autovalutazione degli imprenditori del cinema sia comunque sottoposta a controllo.

c) *Prevedere il procedimento per l'accertamento degli illeciti amministrativi conseguenti alla classificazione.*

d) *Prevedere il sistema sanzionatorio degli illeciti amministrativi accertati.*

A corredo del sistema, pubblico-privato, come si è visto, si erge comunque un apparato sanzionatorio dello Stato, e non quello tipico dei codici di autodisciplina e dei sistemi di *soft law*.

e) *Abrogazione della normativa vigente "in contrasto con la nuova normativa di classificazione dei film per le sale cinematografiche, degli altri prodotti audiovisivi che vengono trasmessi alla televisione pubblica e privata e sulla rete internet e dei videogiochi posti in vendita*".

Sono dunque questi i settori ai quali deve estendersi in maniera omogenea la nuova disciplina.

Il d.lgs. n.203/2017, emanato in attuazione della legge delega 14 novembre 2016, n. 220, ribadisce che le disposizioni in esso contenute si ispirano ai principi di libertà e di responsabilità degli imprenditori del settore cinematografico e audiovisivo e dei principali agenti educativi, tra i quali, in primo luogo, la famiglia.

Tra i propositi del legislatore delegato si afferma che il nuovo sistema di classificazione è finalizzato ad assicurare il giusto e equilibrato bilanciamento tra la tutela dei minori e la libertà di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica. Si precisa inoltre che la classificazione è proporzionata alla esigenza della protezione dell'infanzia e della tutela dei minori, con particolare riguardo alla sensibilità e allo sviluppo della personalità propria di ciascuna fascia di età e al rispetto della dignità umana.

Le classificazioni, oltre a quella di *opera per tutti* può consistere in *opere non adatte ai minori di anni 6* e di *opere vietate ai minori di anni 14 e 18*.

A tutela della libertà di manifestazione del pensiero e dell'espressione artistica la nuova disciplina non prevede più il potere di vietare al pubblico di ogni età la visione di un film, nonché quello di imporre tagli a scene e sequenze.

È dunque finalmente venuta meno la originaria finalità della censura di tutela del buoncostume degli adulti, ma, sul piano pratico., assume maggiore rilevanza il divieto di imporre tagli, pratica infinitamente più diffusa rispetto al diniego di nulla osta, ormai desueto[51].

Inoltre, anche i divieti ai minori di 14 e 18 anni non sono assoluti, potendo questi ultimi essere ammessi ad assistere a spettacoli cinematografici se accompagnati da un genitore e a condizione che abbiano compiuto rispettivamente 12 e 16 anni. Tale previsione è espressione di quel principio di responsabilizzazione della famiglia a cui si ispira il decreto, come anche la classificazione a tutela della infanzia di "*opere non adatte ai minori di anni 6*" che sta ad indicare non un divieto, ma un consiglio ai genitori, che vengono così messi in condizione di assumere una decisione informata. Alla stessa logica risponde la classificazione "*minori accompagnati*" in uso per le trasmissioni televisive, che presuppone la necessità della presenza di un genitore o di chi esercita la responsabilità genitoriale che possa assistere il minore e guidarlo nella comprensione dell'opera[52]. Ed invero, la funzione della classificazione si colloca in un contesto decisionale in cui l'obiettivo non è quello di vietare, ma quello di informare i genitori, nel rispetto della loro libertà affinché adottino una decisione consapevole e responsabile.

Questo nuovo sistema, che non si basa sul divieto, ma sul consiglio, sembra evocare il passaggio da un'amministrazione di tipo autoritativo ad un'amministrazione che si ispira alla *Nudge Theory,* che invita i cittadini ad adottare comportamenti ritenuti conformi all'interesse pubblico, attraverso una "*spinta gentile*": che si realizza tramite la creazione di un contesto decisionale che li potrebbe indurre ad adottare liberamente un certo comportamento[53].

---

[51] Rileva L. Casini, *La riforma del cinema e dell'audiovisivo. "Il nastro dei sogni". Il "diritto pubblico" del cinema e dell'audiovisivo*, in *www.aedon.it*, 2017, che "si tratta essenzialmente di una abolizione più di natura ideologica, visto il ridottissimo numero di opere che non hanno ottenuto il nulla osta; più rilevante in termini di impatto concreto è l'eliminazione della possibilità di chiedere modifiche o tagli all'opera".

[52] M. Ramajoli, *Cinema*, cit., 7

[53] Si condivide in proposito l'opinione espressa da M. Immordino, nell'intervento svolto al

Ma il ruolo dello Stato non è affatto venuto meno nel nuovo sistema essendo solo mutata la modalità di intervento.

Il decreto prevede infatti la costituzione di una Commissione per la classificazione delle opere cinematografiche presso la Direzione Generale Cinema del Ministero della Cultura, composta da 49 membri (in luogo dei precedenti 63) più il presidente, di elevata professionalità e competenza nel campo del diritto, del settore cinematografico e negli aspetti pedagogici ed educativi connessi alla tutela dei minori designati da associazioni di genitori e nella comunicazione sociale.

Il compito della Commissione, che si ripartisce in 7 sottocommissioni, è quello della verifica della corretta classificazione proposta dagli operatori del settore cinematografico, per quanto riguarda la tutela dei minori.

6. *Il procedimento di verifica della proposta privata di classificazione. Inquadramento giuridico e brevi conclusioni*

Di particolare interesse è proprio il procedimento di verifica (art. 4) della classificazione proposta, vero punto nodale della riforma, che presenta anche aspetti di difficile inquadramento giuridico.

Secondo l'art. 4, in applicazione del più volte ricordato principio di responsabilizzazione, i produttori e i distributori o chi ne abbia titolo procedono alla classificazione dell'opera facendola rientrare in una delle quattro categorie indicate. Almeno venti giorni prima della data della (presunta) prima proiezione una copia dell'opera viene inviata alla Direzione Generale Cinema, corredata da una motivazione sulla classificazione assegnata, per la verifica da parte della Commissione. Entro venti giorni dalla ricezione la Commissione si esprime sulla classificazione, potendo confermarla o riformarla con un parere motivato che deve essere comunicato con provvedimento della D.G. Cinema entro i medesimi 20 giorni, il che determina una certa difficoltà sulla individuazione del termine per provvedere.

Il privato ha la possibilità, in caso di parere divergente dalla sua autovalutazione, di proporre istanza di riesame entro 15 giorni dalla comunicazione, istanza che viene decisa da due sottocommissioni (in seduta comune) diverse da quella che ha espresso il primo parere. Dalla comunicazione del secondo parere decorrono i termini per l'impugnazione al TAR, che decide in sede di giurisdizione di merito.

Seminario tenutosi presso l'Università Statale di Milano, organizzato dal CERIDAP su "*La Nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo*" il 21 dicembre 2021, ancora inedito, in cui il sistema della classificazione dei film viene citato come esempio di *nudge theory*. Su tale nozione e sulla sua applicabilità alla funzione amministrativa è sufficiente rinviare al recente e stimolante lavoro di A. Zito, *La Nudge regulation nella teoria giuridica dell'agire amministrativo. Presupposti e limiti del suo utilizzo da parte delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 2021.

Fin qui abbiamo uno schema abbastanza anomalo, in cui l'atto di iniziativa del privato si configura non come un'istanza, ma come una vera e propria proposta motivata di classificazione, sottoposta a conferma o riforma, come si è detto. All'autovalutazione privata si sostituisce o comunque si aggiunge il provvedimento amministrativo. Abbiamo dunque un sistema misto pubblico-privato in cui dal tradizionale modulo istanza – provvedimento autorizzatorio si passa a quello di proposta-conferma.

I maggiori problemi di inquadramento della fattispecie si pongono invece allorché nei venti giorni al proponente non viene comunicato il provvedimento espresso: la norma (art. 4, 3° comma) prevede che a questo punto "il produttore o il distributore o chi ne abbia titolo può far uscire l'opera nelle sale cinematografiche".

A questo punto si potrebbe pensare che il legislatore delegato abbia confermato il silenzio assenso, già previsto nella lontana legge del 1962. Ma non è così, perché l'uscita nelle sale decisa in base al solito principio di responsabilizzazione dell'operatore economico, può avvenire "nelle more della comunicazione del parere della Commissione, la quale è tenuta comunque ad esprimersi". Siamo quindi dinanzi a qualcosa di diverso dal silenzio assenso poiché è sempre richiesto il provvedimento espresso. Evidentemente, la tutela dei minori è stata considerata come un interesse *sensibile* per la sua rilevanza costituzionale (art. 31) e quindi al di fuori del raggio di applicazione dell'art. 20 l. n. 241/90.

Bisogna allora cercare di inquadrare la *proposta* del privato in una categoria giuridica conosciuta, poiché tale proposta, oltre a costituire il presupposto che determina l'adozione del parere, può trasformarsi con il decorso dei 20 giorni previsti, in titolo per l'inizio dell'attività (proiezione nelle sale).

A questo punto si potrebbe pensare che il legislatore abbia voluto riproporre lo schema della Scia o della Dia. Ma si tratterebbe di una Scia particolare perché il successivo provvedimento amministrativo di verifica della classificazione, non ha carattere meramente inibitorio dell'attività, né la sua adozione è sottoposta a un termine perentorio, né tantomeno è eventuale, dovendo tale atto necessariamente intervenire, anche in qualunque tempo.

Inoltre, la classificazione fatta dal privato non è una certificazione vera e propria, dovendo più correttamente inquadrarsi tra le valutazioni tecniche di carattere opinabile, dipendenti dalla sensibilità e dalla cultura di chi la effettua.

È opportuno comunque distinguere le due possibili conclusioni del procedimento.

Nel primo caso, alla proposta del privato segue il provvedimento di verifica entro il termine di venti giorni, che può avere contenuto conforme alla proposta (e quindi si configura come conferma) o difforme (riforma). In entrambe le ipotesi, il titolo per l'inizio dell'attività è il provvedimento amministrativo, ma siamo al di fuori dello schema autorizzatorio classico, poiché non abbiamo la sequenza istanza del privato – provvedimento di autorizzazione, ma la diversa sequenza

proposta-verifica della classificazione. In particolare, alla valutazione tecnica del privato si sovrappone quella dell'amministrazione. È una forma particolare di partecipazione del privato al procedimento, in cui l'operatore economico al fine di rappresentare e soddisfare il proprio interesse suggerisce il tipo di provvedimento da adottare, anche motivando la propria valutazione per influenzare la Commissione a proprio vantaggio.

Oltre a presentare la proposta di classificazione, i privati possono, come peraltro era previsto anche nella disciplina previgente, anche chiedere di essere ascoltati dalla Commissione, che è obbligata a convocarli "prima della formulazione del parere" (art. 4, ultimo co.). Comunque siamo nell'ambito di una fattispecie procedimentale in cui l'organo pubblico sottopone a controllo la valutazione del privato, il suo *progetto di atto*, consistente nella classificazione dell'opera cinematografica in una delle quattro tipologie previste.

Se, invece, il provvedimento di verifica non interviene nel termine di venti giorni abbiamo, come si è detto, una diversa sequenza, in cui la classificazione del privato, da mera proposta si trasforma in titolo abilitativo all'esercizio dell'attività, nel senso che produce gli effetti del provvedimento amministrativo, ma siamo al di fuori della ipotesi del silenzio assenso, per due ragioni: in primo luogo il provvedimento amministrativo deve necessariamente intervenire anche dopo la scadenza dei venti giorni; inoltre si è visto che quella del privato non è un'istanza ma una valutazione tecnica.

Sembra preferibile, allora, fare riferimento alla figura della Scia o della DIA, per quanto la classificazione dei film non possa configurarsi come un accertamento tecnico, bensì possa rientrare tra le valutazioni tecniche opinabili, ma pur sempre ispirate da una sensibilità diffusa, essendo comunque espressione di una serie di discipline tecniche (pedagogia, psicologia, educazione dell'infanzia, comunicazione sociale, ecc.)[54].

Ma anche il riferimento alla Scia desta perplessità.

La più rilevante divergenza dallo schema classico della Scia consiste nella circostanza che l'atto del privato è destinato ad essere sostituito, come titolo abilitativo, dal provvedimento di verifica (che dovrà comunque essere adottato seppure oltre i venti giorni) e quindi tornare a svolgere la sua originaria funzione di proposta, in una forma di *sliding doors* procedimentale, per usare un'espressione di ambiente cinematografico!

Pertanto, per quanto anomala possa sembrare, la figura alla quale può essere più avvicinata la fattispecie in esame è forse quella della Scia o DIA, che tuttavia, essendo sempre destinata ad essere sostituita dal provvedimento amministrativo di verifica, va qualificata come *Scia a termine*, nel senso che consente la proiezione del film anche nelle sale secondo la classificazione prevista

[54] G. Vacirca, *Riflessioni sui concetti di legittimità e merito nel processo amministrativo*, in *Studi per il centocinquantenario del Consiglio di Stato*, Roma, 1981, 1573.

dal privato fino a quando non interviene la comunicazione del parere della Commissione.

Tornando all'esame del d.lgs. n. 203/2017, va rilevato che all'art. 5 è prevista un'ulteriore variante del procedimento di classificazione, che si verifica allorché l'opera deve essere proiettata esclusivamente durante un festival cinematografico. Com'è noto, di solito ai festival e alle mostre del cinema, i film vengono presentati per la prima volta e quindi non sono ancora dotati di classificazione.

Per questi casi, la norma prevede che la "classificazione … è assegnata dai legali rappresentanti dell'ente che organizza la manifestazione, senza la necessità di presentare le predette opere alla Commissione per la verifica". Ma anche in questo caso si tratta di una classificazione a termine perché il film per essere successivamente proiettato nelle sale deve comunque seguire il procedimento ordinario.

Passando ad un altro aspetto va ribadito che, il principio di responsabilizzazione dei "principali agenti educativi, tra i quali in primo luogo la famiglia" presuppone, per diventare effettivo, una completa informazione, che consenta di assumere decisioni consapevoli.

A tal fine, il legislatore delegato ha previsto (art. 7) che la classificazione assegnata a un'opera cinematografica deve essere visibile al pubblico, sia nei materiali pubblicitari, sia nelle sale cinematografiche, il cui esercente "è tenuto a darne avviso al pubblico in modo evidente su ogni manifesto o locandina". Per facilitare l'informazione sulla classificazione, sono previste icone "indicanti la eventuale presenza dei contenuti ritenuti sensibili per la tutela dei minori, tra i quali violenza, sesso, uso di armi e turpiloquio".

Con decreto del Direttore Generale Cinema, sentito il Consiglio Superiore del Cinema sono state adottate le tipologie e le specifiche tecniche delle icone da affiancare alla classificazione.

Se un'opera è vietata ai minori, l'esercente della sala cinematografica è obbligato ad impedire che i minori di 14 e 18 anni accedano al locale, a meno che non siano accompagnati da un genitore o da chi esercita la potestà genitoriale e i minori abbiano compiuto rispettivamente 12 e 16 anni (art. 8).

Per la classificazione delle opere audiovisive destinate al web e dei videogiochi è stata prevista l'emanazione di un regolamento dell'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni sentito il Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo che tenga conto, fra l'altro, degli standard e delle migliori pratiche internazionali e in particolare dei sistemi di classificazione maggiormente diffusi[55]

Sono infine previste varie tipologie di sanzioni.

Innanzitutto, quelle amministrative, di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, di natura pecuniaria per chi non osserva quanto previsto ai fini della classificazione dell'opera o il rispetto dei divieti ai minori e nei casi di maggiore

[55] L'AGCOM ha approvato le linee guida per le opere audiovisive destinate al web e per i video giochi con delibera 359/19/Cons del 18 luglio 2019.

gravità e di reiterata violazione degli articoli 7 e 8, la sanzione accessoria per gli esercenti delle sale cinematografiche della chiusura del locale per un periodo non superiore a sessanta giorni.

Ma accanto alle sanzioni amministrative sono state stabilite anche sanzioni reputazionali, suggerite dal Consiglio di Stato[56] in sede di parere sullo schema del decreto delegato.

In particolare, l'irrogazione della sanzione è comunicata dalla Prefettura alla DG Cinema che ne cura la pubblicazione per estratto sul proprio sito internet. Inoltre, la medesima DG Cinema, tenuto conto della natura della violazione, può stabilire ulteriori forme di pubblicità al provvedimento a spese dell'autore della violazione.

Infine, abbiamo ancora le sanzioni penali, che sono rimaste immutate, per ciò che riguarda, sia il più volte ricordato reato di cui all'art. 528 c.p. (spettacoli osceni), sia il reato di cui all'art. 668 c.p. (rappresentazioni cinematografiche abusive) norma che il decreto delegato ha modificato limitandosi a sostituire la parola *revisione* con *classificazione*. Il testo attualmente vigente è il seguente: "è punita con l'arresto fino a sei mesi (...) chi fa rappresentare in pubblico opere cinematografiche o non sottoposte a classificazione o senza rispettare la classificazione verificata dalla Commissione per la classificazione delle opere cinematografiche".

A conclusione di questa disamina, si ritiene che appaia azzardato parlare di fine della censura e che è invece lecito domandarsi se si sia arrivati ad una svolta veramente epocale e a "un reale cambio di paradigma" [57].

Certamente assume una importanza storica l'abolizione della censura per gli adulti e la abolizione della possibilità per l'amministrazione di poter imporre tagli di scene o di parti dell'opera.

Il ruolo dello Stato è rimasto invece fondamentale e dominante per ciò che attiene alla tutela dei minori, interesse che è stato considerato talmente primario da non poter essere affidato, come avviene in altri ordinamenti, esclusivamente all'associazionismo privato e in particolare ai rappresentanti degli operatori economici del mondo del cinema.

Il *moving rating sistem* italiano è ancora fortemente statalista, poiché, come si è visto, il privato può solo proporre la classificazione, ma l'ultima parola è sempre quella dell'amministrazione, che comunque deve intervenire, anche oltre il termine previsto, con provvedimento espresso, essendo evidentemente stati ritenuti non adatti, visto il carattere *sensibile* della materia, le note figure di semplificazione e di liberalizzazione del silenzio assenso e nei limiti indicati della Scia.

A fronte degli indubbi cambiamenti, l'apparato sanzionatorio è paradossalmente divenuto ancora più ampio, poiché alle sanzioni amministrative si sono aggiunte quelle reputazionali.

---

[56] Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Ad. di Sez. 30 ottobre 2017, 6 novembre 2017, n. 2286.

[57] Così, M. Ramajoli, *Cinema,* cit. 6.

Quanto al sistema repressivo di carattere penale, esso è rimasto immutato con la conseguenza che, se da un lato lo Stato ha rinunciato al ruolo di guardiano e depositario della morale dei cittadini grazie alla abolizione della censura per gli adulti, dall'altro continua ad esercitare tale funzione, non più in sede preventiva ma solo attraverso la repressione dei film ritenuti *osceni* ex art. 528 c.p.

Oggi il panorama del cinema è fortemente condizionato dagli aspetti economici, che forse hanno assunto una rilevanza ancora maggiore della censura sui contenuti.

Secondo Pupi Avati*:* "quella censura lì è cosa vecchia. Esistono altre forme di censura, molto più violente. La censura dell'autore, o autocensura, è una questione di responsabilità personale: molti registi oggi non pensano più ai riscontri, di critica e di pubblico, del film in sala cinematografica, ma addirittura costruiscono il film per il pubblico televisivo, perché piaccia esclusivamente al produttore e ai telespettatori[58]"

Questa situazione attuale del mercato in cui si assiste alla prevalenza del pubblico delle piattaforme sul pubblico delle sale, del cinema di intrattenimento su quello di qualità induce gli autori a non innovare, a non sperimentare, determinando una forma di assuefazione *in un pubblico che non progredisce ma regredisce*[59].

[58] P. Avati, in M. Rizzo (a cura di), *Il cinema è libero?* cit., ove sono riportati i commenti e le opinioni di noti registi all'indomani della introduzione della riforma. oltre che di Pupi Avati, vi sono contributi di Giuliano Montaldo, Liliana Cavani, Antonietta de Lillo, Daniele Vicari e Daniele Ciprì.

[59] D. Cipri, ibidem.

Abstract

Il lavoro ricostruisce l'evoluzione che la censura cinematografica ha avuto nell'ordinamento italiano. Una legge del 1962 ha previsto che il divieto di proiezione nelle sale potesse essere imposto, in applicazione dell'art. 21 della Costituzione italiana, solo se il film, fosse in contrasto con il buoncostume e non per altre ragioni, ferma restando la possibilità per imporre il divieto, oltre che per gli adulti, per i minori di anni 16 e 18. L'evoluzione del costume e della società italiana hanno reso nel corso del tempo sempre meno accettabile la censura anche per gli adulti e la legge n. 220 del 2016 sul cinema e l'audiovisivo e un decreto legislativo del 2017 hanno previsto un nuovo sistema in cui è stata abolita la censura per gli adulti e introdotto per quanto riguarda i minori un sistema di autovalutazione affidato ai produttori delle pellicole. Tuttavia, lo Stato non ha rinunciato al suo ruolo di censore perché la valutazione dei produttori è sottoposta alla verifica di una Commissione Ministeriale e a una autorizzazione. Inoltre, è rimasto in vita il sistema di repressione penale contro gli spettacoli osceni, che consente anche il sequestro del film dalle sale, come avvenuto spesso in passato.

Movie Censorship Nowadays: From Film Revision to Movie Rating System

This paper traces how film censorship has evolved within Italian law. A 1962 law stated that a ban on theatrical screenings could be imposed, in application of Article 21 of Italian Constitution, only if a movie was in conflict with good morals and not for other reasons, without prejudice to the possibility to impose a ban not only on adults but also on minors under 16 and 18 years of age. Developments in Italian customs and society over time have made censorship less and less acceptable, even for adults, and Law No. 220 of 2016 on movies and audiovisuals and a Lg.Decree in 2017 provided for a change to a new system in which adult censorship was abolished and a self-assessment system entrusted to film producers was introduced with regard to minors. However, all the same, State did not relinquish its role as censor because the producers' evaluation is subject to review by a Ministerial Commission and clearance. In addition, criminal repression system against obscene shows has remained in force, which also allows the film to be seized from theaters, as was often the case in the past.

Le nuove sfide della Corte dei conti: il difficile equilibrio tra giurisdizione, controllo e attività consultiva, guardando anche alle crisi della modernità*

di Fabrizio Fracchia

Sommario: 1. L'orizzonte di fondo: l'incremento delle funzioni consultive della Corte dei conti. – 2. Cenni al contesto costituzionale e al "filtro teorico" che verrà utilizzato. – 3. Il tema della funzione giurisdizionale nell'era del PNRR e il rapporto con la funzione consultiva. – 4. Ulteriori riflessioni in ordine alla recente disciplina sulla funzione consultiva. – 5. PNRR e diritto delle relazioni intergenerazionali: le ricadute sul ruolo della Corte dei conti.

1. *L'orizzonte di fondo: l'incremento delle funzioni consultive della Corte dei conti*

Costituisce un dato di sistema innegabile quello in forza del quale giurisdizione e controllo rappresentano le funzioni della Corte dei conti fornite di un ancoraggio diretto alla Costituzione. Come tali, dunque, esse sono dotate di una peculiare e significativa dignità e centralità, tanto è vero che integrano il fondamento per il riconoscimento della qualità di "Potere dello Stato".

Quelle funzioni (tra l'altro tra di loro strettamente integrate[1]), conseguentemente, godono di una "stabilità" diversa rispetto alle altre, regolate dalla sola legge.

Tra queste ultime vi sono quelle consultive (verranno invece qui tralasciate le funzioni di certificazione), che possono essere in parte "modulate" dal legislatore.

Scopo di queste scritto è di concentrarsi appunto su tali funzioni, ragionando circa i riflessi che, sulla giurisdizione e sulla responsabilità, possono scaturire da quel loro potenziamento che, recentemente, è stato deciso dal legislatore, tenendo comunque conto che il fondamento generale della funzione consultiva risale all'art. 13, regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214 (ai sensi del quale, in conformità delle leggi e dei regolamenti, la Corte "fa le sue proposte e dà parere nella formazione degli atti e provvedimenti amministrativi indicati dalla legge"), che a sua volta dava sviluppo all'art. 12, legge 14 agosto 1862, n. 800 ("oltre le attribuzioni conferite dalla presente legge, la Corte dei conti esercita tutte quelle altre che le sono conferite da leggi speciali") [2].

---

* Il presente lavoro è destinato agli *Atti* del IV Convegno Nazionale di Contabilità pubblica, svoltosi a Venezia nei giorni 16-18 dicembre 2021.

[1] Corte cost. 14 febbraio 2019, n. 18, in particolare, rimarca l'"integrazione della funzione giurisdizionale e di quella di controllo, geneticamente riconducibile al dettato costituzionale (artt. 100 e 103 Cost.) in materia di contabilità pubblica".

[2] V. altresì artt. 162, lett. b e 644, regio decreto 24 maggio 1924, n. 827.

Nel momento iniziale in cui queste riflessioni furono formulate, si discuteva del disegno di legge n. 2185 ("Modifiche alla disciplina relativa alla Corte dei conti a tutela del corretto riavvio del Paese") che, ampliando la funzione consultiva, attribuiva agli esiti della stessa una rilevanza anche sul piano della responsabilità erariale.

Ora l'attenzione ricade sull'art. 46, legge 23 dicembre 2021, n. 238, fonte che reca "Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea" (Legge europea 2019-2020).

La norma, per quanto qui di interesse, così esordisce: "In attuazione del regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza, e al fine di un efficace monitoraggio e controllo degli interventi dell'Unione europea per il periodo di programmazione 2021-2027, il presente articolo reca disposizioni in merito allo sviluppo della funzione consultiva".

Il secondo comma, poi, dispone quanto segue: "Limitatamente alle risorse stanziate dal PNRR e ai fondi complementari al PNRR, le sezioni riunite della Corte dei conti in sede consultiva, a richiesta delle amministrazioni centrali e degli altri organismi di diritto pubblico nazionali, rendono pareri nelle materie di contabilità pubblica, su fattispecie di valore complessivo non inferiore a un milione di euro, e assicurano la funzione nomofilattica sull'esercizio della funzione consultiva da parte delle sezioni regionali di controllo. I medesimi pareri sono resi dalle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti, a richiesta dei comuni, delle province, delle città metropolitane e delle regioni, sulle condizioni di applicabilità della normativa di contabilità pubblica all'esercizio delle funzioni e alle attività finanziate con le risorse stanziate dal PNRR e con i fondi complementari al PNRR. È esclusa, in ogni caso, la gravità della colpa qualora l'azione amministrativa si sia conformata ai pareri resi dalla Corte dei conti in via consultiva ai sensi del presente comma nel rispetto dei presupposti generali per il rilascio dei medesimi".

Va rilevato che, di recente, pure l'art. 11, legge 5 agosto 2022, n. 118[3], modificando il decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, ha fatto ricorso alla funzione consultiva, ancorché sotto profili diversi rispetto a quelli sopra menzionati e senza interessarsi dei riflessi sul piano dell'illecito. Dopo avere innovato il comma 3 dell'art. 5, prevedendo che l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta sia inviato alla Corte dei conti e che l'Istituzione medesima deliberi entro il termine di sessanta

[3] Non mancano, invero, elementi di contraddittorietà in seno a questa disciplina. Essa, come si vedrà *infra,* nel testo, si riferisce ai poteri, ma la rubrica dell'art. 11 reca questa dicitura: "Modifica della disciplina dei controlli sulle società a partecipazione pubblica". In generale, v. P. Cosa, *La nuova tipologia di attività consultiva affidata alla Corte dei conti dalle recenti novelle del Tusp*, in *Riv. corte conti*, 2022,144 ss.

giorni, la disposizione del 2022 ha modificato anche il comma 4 come segue: "La segreteria della Sezione competente trasmette il parere, entro cinque giorni dal deposito, all'amministrazione pubblica interessata, la quale é tenuta a pubblicarlo entro cinque giorni dalla ricezione nel proprio sito internet istituzionale. In caso di parere in tutto o in parte negativo, ove l'amministrazione pubblica interessata intenda procedere egualmente è tenuta a motivare analiticamente le ragioni per le quali intenda discostarsi dal parere e a dare pubblicità, nel proprio sito internet istituzionale, a tali ragioni".

Risalendo nel tempo, notevolmente rafforzata dal legislatore, in forza dall'art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003, n. 131[4], la funzione consultiva è risultata incisivamente esercitata negli ultimi anni dalle Sezioni regionali, rendendo innumerevoli e pregevoli pareri che hanno contribuito alla soluzione di svariati e delicati problemi interpretativi[5].

Anche a prescindere dai recenti interventi normativi, dunque, pure in passato si poteva fare questione non già del "se" fosse ammissibile la valorizzazione della funzione consultiva, bensì delle modalità in forza delle quali essa possa venire impiegata, anche alla luce di un'esigenza di equilibrio complessivo tra le funzioni intestate alla Corte.

---

[4] Così dispone la norma: "Le Regioni possono richiedere ulteriori forme di collaborazione alle sezioni regionali di controllo della Corte dei conti ai fini della regolare gestione finanziaria e dell'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa, nonché pareri in materia di contabilità pubblica ... Richieste di parere nella medesima materia possono essere rivolte direttamente alla Sezione delle autonomie della Corte dei conti: per le Regioni, dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome e dalla Conferenza dei Presidenti delle Assemblee legislative delle Regioni e delle Province autonome; per i Comuni, le Province e le Città metropolitane, dalle rispettive componenti rappresentative nell'ambito della Conferenza unificata". *Ex multis*, v. M. Sciascia, *La funzione consultiva della Corte dei conti nel sistema delle autonomie: aspetti evolutivi della giurisprudenza contabile*, in *Riv. corte conti*, 2022, 110 ss.

[5] La Corte dei conti ha poi incessantemente "lavorato" per definire i confini della materia della contabilità pubblica. *Ex multis,* si v. Corte conti, Sez. Autonomie, 17 febbraio 2006, n.5/2006, secondo cui la nozione di contabilità pubblica nel cui ambito è esercitabile l'attività consultiva delle sezioni regionali di controllo (art. 7, comma 8, legge 5 giugno 2003 n. 131) ha un contenuto limitato alle normative e ai relativi atti applicativi che disciplinano in generale l'attività finanziaria che precede o segue i distinti interventi di settore, ricomprendendo in particolare la disciplina dei bilanci ed i relativi equilibri, l'acquisizione delle entrate, l'organizzazione finanziaria-contabile, la disciplina del patrimonio, la gestione della spesa, l'indebitamento, la rendicontazione e i relativi controlli di talché l'attività consultiva è da ritenersi limitata agli atti generali, ovvero atti o schemi di normazione primaria (leggi, statuti) o secondaria (regolamenti di contabilità), o inerenti all'interpretazione di norme volte al coordinamento della finanza pubblica, nonché in merito a soluzioni tecniche rivolte ad assicurare la necessaria armonizzazione nella compilazione dei bilanci e dei rendiconti, o attinenti alla preventiva valutazione di formulari e scritture contabili che gli enti intendessero adottare. V. altresì, *ex multis*, gli atti di indirizzo 17 febbraio 2006, n. 5/aut/2006, e 1° giugno 2020, n. 11/aut/2020. V. poi Sezione di controllo per la Regione Siciliana, del. 2 aprile 2021, n. 60/2021/PAR.

2. *Cenni al contesto costituzionale e al "filtro teorico" che verrà utilizzato*

Onde impostare correttamente l'analisi, è opportuno muovere dal contesto costituzionale e dall'evoluzione del sistema complessivo.

In seno alla trama ordinamentale la Corte dei conti riveste un ruolo poliedrico. L'Istituzione, infatti, non è semplicemente chiamata a colmare le lacune informative che affliggono il Parlamento[6], ma ha progressivamente acquisito maggiore importanza onde assicurare, ad esempio, la sostenibilità finanziaria del regionalismo, ergendosi poi a custode dei conti (anche "nell'interesse" dell'UE) ai vari livelli istituzionali.

Un riferimento essenziale rimane l'art. 100, Cost., collocato nella Parte II della Costituzione, sotto il Titolo III dedicato al Governo e, più nel dettaglio, nella Sezione III intitolata "Gli organi ausiliari". La norma contempla, quali soggetti con cui l'Istituzione entra in "relazione", il Governo e il Parlamento (al quale ultimo la Corte riferisce; per estensione, vengono in rilievo le assemblee dotate di poteri normativi).

Parrebbe al riguardo necessario non irrigidire eccessivamente il discorso relativo al contenuto dell'ausiliarietà. La relativa nozione, infatti, si è col tempo dilatata, fino a includere, quale correlato della stessa, l'intera Repubblica. Più in generale, nel corso della sua storia, la Corte dei conti ha mostrato la capacità di adattarsi prontamente alle nuove esigenze[7] (anche a quelle indicate dal legislatore o alle modifiche organizzative da questi introdotte, come accaduto nell'ipotesi delle innovazioni in tema di controlli): questa attitudine è un bene prezioso, e sollecita una riflessione in ordine a quale ruolo ausiliario sia oggi in grado di svolgere la Corte dei conti in un'epoca di "riavvio" del Paese, appunto valorizzando non solo la funzione di controllo, ma anche quella consultiva (il tema sarà trattato *funditus infra,* par. 3).

La Corte costituzionale, inoltre, a fronte del significativo incremento dei controlli sulla gestione (anche di amministrazioni non statali), con la sentenza 27 gennaio 1995, n. 29, ha statuito che essi trovano un fondamento in tutta una serie di norme che interessano la pubblica amministrazione (art. 97, 28, 81, 119, Cost.). Non sembra peregrino cogliere questo spunto per sottolineare come la Corte dei conti, in forza della posizione peculiare di cui gode, consenta di meglio perseguire imparzialità e buon andamento delle Istituzioni pubbliche e che l'art. 97, Cost., ammetta una lettura in forza della quale l'organizzazione è finalizzata al buon andamento.

Proprio sulla nozione di organizzazione occorre dunque brevemente indu-

[6] Sia consentito un rinvio a F. Fracchia, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione*, in *Diritto dell'economia,* 2014, 445 ss.

[7] Basti citare il percorso giurisdizionale di affinamento operato in relazione alla nozione di danno alla concorrenza.

giare, ancorché utilizzando uno schema di analisi forse non così consueto nella dottrina[8]. L'organizzazione (in un'ottica luhmanniana: per il grande sociologo tedesco[9], solo le organizzazioni, inserite nei vari sistemi di cui debbono rispettare il "codice", sono deputate a emanare decisioni, operazioni comunicative durature e comprensibili all'esterno) implica l'assunzione di predecisioni. Per decidere, cioè, le organizzazioni hanno bisogno di *cornici decisionali*, non potendo ogni volta ricostruire l'intera complessità del contesto. Quelle predecisioni investono una quantità indeterminata di scelte future, ricostruendo il mondo interno delle organizzazioni e trasformando incertezza in certezza; esse "mettono a fuoco la comunicazione sulle decisioni fissate nelle premesse".

Ciò è tanto più vero oggi, in quanto viviamo un momento in cui si agisce in uno scenario di complessità: le amministrazioni pubbliche si muovono in un quadro giuridico incerto, sono soggette agli stimoli e alle irritazioni dalla politica, la quale, a sua volta, è ossessionata dal consenso; i dipendenti sono attratti nel vortice della managerialità, ma anche responsabilizzati sui risultati che implicano decisioni finanziarie rilevantissime, con tutti i connessi rischi; la disciplina normativa si arricchisce di finalità e di bisogni da soddisfare.

Anche i pareri della Corte dei conti potrebbero allora essere annoverati tra le misure dotate della medesima cifra finalistica e strutturale esibita dalle decisioni luhmanniane. Essi, guidando e indirizzando – anche alla luce delle informazioni derivanti dal controllo e dalla funzione giurisdizionale, secondo un incessante processo "circolare" che è un *proprium* della Corte dei conti – l'azione futura delle amministrazioni incarnano una rinnovata idea di ausiliarietà e sono strumento di garanzia di buon andamento nell'organizzazione pubblica.

3. *Il tema della funzione giurisdizionale nell'era del PNRR e il rapporto con la funzione consultiva*

Non occorre qui indugiare in particolare sul tema del "riavvio" del Paese e sul ruolo che a questo fine sta giocando il PNRR, ché si tratta di questioni ampiamente note e indagate.

É sufficiente osservare come venga al riguardo spesso evocata anche l'altra funzione della Corte dei conti, quella giurisdizionale.

Essa va analizzata anche in modo pragmatico, ovviamente senza in alcun modo dimenticarne l'estrema rilevanza e l'innegabile importanza, soprattutto nel suo significato di recupero delle perdite dell'erario e di deterrenza: un ultimo ed

[8] Per un'analisi più distesa di questi concetti, sia consentito rinviare a F. Fracchia – M. Occhiena, *Le norme interne: potere, organizzazione e ordinamenti,* Napoli, 2020.

[9] N. Luhmann, *Organizzazione e decisione*, Milano 2005; N. Luhmann, R. De Giorgi, *Teoria della società*, Milano, 1992.

essenziale baluardo contro l'illegalità, gestito con equilibrio, come dimostrato da molti arresti rigorosi e garantisti.

Non si può tuttavia negare che l'azione delle Procure sia talora percepita dai dipendenti e dagli amministratori come una fonte di preoccupazione; dalla politica come un "freno".

Indipendentemente dalla fondatezza della preoccupazione (fortemente negata da molteplici e autorevolissime voci interne ed esterne alla Magistratura contabile), non sembra possibile trascurare l'effetto che quella percezione (ancorché, in ipotesi, viziata da errore) produce sull'azione di amministratori e funzionari, soprattutto perché il PNRR valorizza enormemente il ruolo delle amministrazioni: la ripresa ha bisogno di controlli forti, ma anche di dipendenti motivati e disposti ad agire, i quali non si allontanino dalla cosa pubblica.

In termini esclusivamente luhmanniani, quella preoccupazione è comunque una "irritazione" delle organizzazioni pubbliche, che a essa reagiscono, spesso frenando e bloccando il fluire dell'attività.

Nell'economia di un equilibrio complessivo del sistema (e l'approccio sistemico sembra naturale trattando di una Istituzione, quale è la Corte, i cui compiti, lambendo dalla "culla" alla "tomba" l'incedere delle amministrazioni, sono così estesi) le varie funzioni e le loro caratteristiche paiono suscettibili di essere considerati anche congiuntamente, nel senso che l'estensione e la rilevanza di una di esse non può non tenere conto e non risentire della fisionomia e degli effetti delle altre.

D'altro canto, il PNRR è strutturato per obiettivi che debbono essere raggiunti obbligatoriamente[10], proprio per fruire dei copiosi fondi europei. Come evidenziato di recente da parte della dottrina[11], questo aspetto (la logica di risultato) non può non influenzare l'interpretazione e l'inquadramento sistematico dei vari istituti giuridici. L'intonazione del PNRR, cioè, è sostanzialistica: occorre assumere decisioni di spesa, bilanciando il freno della responsabilità e comunque procedere, anche coinvolgendo sotto rinnovate forme la Corte dei conti.

Guardando all'effetto talora prodotto, ancorché involontariamente, dalla funzione giurisdizionale, il legislatore è dunque intervenuto per ricalibrare la funzione giurisdizionale in vista dell'equilibrio complessivo, avendo come orizzonte finale l'azione dell'amministrazione in linea con l'art. 97, Cost.

---

[10] V. le assai puntuali osservazioni svolte da Corte dei conti, sez. riunite in sede di controllo, 28 marzo 2022, Relazione sullo stato di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza

[11] F. Cintioli, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2021. V. altresì L. Torchia, *Il sistema amministrativo italiano e il fondo di ripresa e resilienza*, in *Astrid*, Rassegna, 2020, 17 ss.; A. Sciortino, *PNRR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all'indirizzo politico "normativo"?*, in *www.federalismi.it*, luglio 2021; N. Lupo, *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) e alcune prospettive di ricerca per i costituzionalisti,* in *www.federalismi.it,* 2021, M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *www.astrid-online.it*, 2021 e G. Montedoro, *Il ruolo di Governo e Parlamento nell'elaborazione e nell'attuazione del PNRR*, in *www.giustizia-amministrativa*.it, 2021, 21.

La politica "irritata" (sempre e rigorosamente – giova ribadirlo onde evitare fraintendimenti – nel senso luhmanniano) ha in particolare innovato la fisionomia dell'illecito. Il riferimento, ovviamente, é alla compressione temporanea (art. 21, decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, conv. dalla legge 11 settembre 2020, n. 120) dell'area della responsabilità erariale e alla riscrittura del dolo. Vi è, in quella norma, il riflesso di un'urgenza assai vivida di agire (l'imputazione è unicamente a titolo doloso solo se il dipendente agisce), che infatti premia chi si attiva e che penalizza l'inerzia. La scelta è stata dunque quella di "intervenire" sul piano dell'elemento psicologico, profilo invero già oggetto di disciplina negli artt. 69 e 95 del Codice di giustizia contabile.

L'art. 46, l. 23 dicembre 2021, n. 238, che, in ogni caso, costituisce espressione di una direttiva vincolante per i Giudici soggetti alla legge, si muove lungo la stessa linea, incidendo sulla rilevanza dell'elemento psicologico nell'illecito erariale e facendo in qualche misura sistema con il contenuto prescrittivo del sopra citato art. 21, d.l. n. 76/2020. Viene, infatti, valorizzata la rilevanza dei pareri nel senso di escludere la colpa grave ove il comportamento del dipendente sia a essi conforme; con ciò sembrerebbe volersi avviare un processo di standardizzazione, di obiettivazione e di cristallizzazione di tratti di diligenza minima. Giova al riguardo indugiare su un corollario assai significativo della tesi di Luhmann: le premesse decisionali delle organizzazioni, a differenza del codice binario che caratterizza i sistemi sociali, non sono immodificabili. In questa prospettiva, oltre a fotografare lo stato dell'arte, i pareri sono destinati ad adattarsi nel tempo.

La Corte, che a tacere d'altro, ha nella propria articolazione territoriale e nella specifica vicinanza ai centri decisionali un formidabile valore aggiunto rispetto al carattere fortemente centralistico di altri meccanismi di verifica e controllo, non può non essere coinvolta nel momento cruciale di "transizione" che investe il nostro sistema giuridico, economico e sociale. Si tratta di un'occasione in qualche misura "storica". A fronte dell'ontologica occasionalità della giurisdizione, la Corte può indirizzare e garantire a regime la correttezza dell'azione amministrativa con lo sguardo rivolto al futuro e in chiave sostanzialmente preventiva.

L'alta Istituzione, d'altro canto, certamente non si è sottratta alle sfide scaturenti da questa stagione così particolare che ci tocca vivere. Basti citare la prontezza con cui, anche in sede di programmazione dei controlli e curando il raccordo tra l'attività delle Sezioni centrali e quella svolta dalle Sezioni regionali, ha interpretato i nuovi compiti affidati dall'art. 22, d.l. n. 76/2020[12], conv. nella l.

[12] Così recita la norma: "La Corte dei conti, anche a richiesta del Governo o delle competenti Commissioni parlamentari, svolge il controllo concomitante di cui all'art. 11, comma 2, l. 4 marzo 2009, n. 15, sui principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale. L'eventuale accertamento di gravi irregolarità gestionali, ovvero di rilevanti e ingiustificati ritardi nell'erogazione di contributi secondo le vigenti procedure

n. 120/2020 (norma che ha rafforzato il controllo concomitante della Corte dei conti per accelerare gli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale[13]), nonché dall'art. 7, comma 2, decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, conv. nella legge 29 luglio 2021 n. 108 ("Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure"), concernente il controllo sulla gestione relativamente all'acquisizione e all'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR[14].

La prospettiva che emerge da questa trama normativa è quella di affidare alla Corte un'attività di impulso e di supporto: essa, infatti, deve "intervenire tempestivamente, anche in corso di svolgimento, in modo che, anche attraverso opportuni momenti di confronto con le amministrazioni interessate in ordine alle inefficienze e alle disfunzioni riscontrate", quelle attività "possano tradursi in un concreto ausilio a rispettare i tempi e gli obiettivi del programma"[15].

4. *Ulteriori riflessioni in ordine alla recente disciplina sulla funzione consultiva*

Non interessa in questa sede procedere oltre nell'analisi puntuale e minuta della tipologia di parere siccome disciplinati dall'art. 46, n. 238/2021, salvo annotare come la norma concerna anche singole fattispecie, richiami i pareri (impiegando il plurale e non il singolare, come accade nell'art. 69, decreto legislativo 26 agosto 2016, n. 174, Codice giustizia contabile), non si sia spinta (sul punto

amministrative e contabili, è immediatamente trasmesso all'amministrazione competente ai fini della responsabilità dirigenziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 21, comma 1, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165". Il comma 2 aggiunge: "il Consiglio di presidenza della Corte dei conti, nell'esercizio della potestà regolamentare autonoma di cui alla vigente normativa, provvede all'individuazione degli uffici competenti e adotta le misure organizzative necessarie per l'attuazione delle disposizioni di cui al presente articolo senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e nell'ambito della vigente dotazione organica del personale amministrativo e della magistratura contabile".

[13] Una forma di controllo concomitante era stata introdotta già dalla legge 21 marzo 1958, n. 259, con riferimento agli enti cui lo Stato contribuisce periodicamente affinché queste ingenti somme pubbliche siano gestite nel rispetto della legittimità e dei principi di efficacia ed economicità. V. altresì art. 11, legge 4 marzo 2009, n. 15.

[14] "La Corte dei conti esercita il controllo sulla gestione di cui all'art. 3, comma 4, legge 14 gennaio 1994 n. 20, svolgendo in particolare valutazioni di economicità, efficienza ed efficacia circa l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR. Tale controllo si informa a criteri di cooperazione e di coordinamento con la Corte dei conti europea, secondo quanto previsto dall'art. 287, paragrafo 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. La Corte dei conti riferisce, almeno semestralmente, al Parlamento sullo stato di attuazione del PNRR, in deroga a quanto previsto dall'art. 3, comma 6, l. 14 gennaio 1994, n. 20".

[15] Si v., al riguardo, deliberazione Corte dei conti, Sez. Autonomie, 17 gennaio 2022, n. 1/SEZAUT/2022/INPR e deliberazione 21 luglio 2022, n. 13/SEZAUT/2022/INPR.

si tornerà subito appresso) a escludere l'antigiuridicità della condotta e incentivi l'azione virtuosa, perché l'inerzia immotivata espone all'illecito ai sensi dell'art. 21, d.l. n. 76/2020.

Non si può invece non accennare alle preoccupazioni che ha suscitato l'ampliamento della funzione consultiva così determinato[16], motivate richiamando una serie di principi e di concetti di sicura rilevanza, anche costituzionale.

Circa il preteso contrasto con i principi dell'autonomia della funzione giurisdizionale, invero, posto che la norma incide solo sulla valutazione dell'evento psicologico, sembra potersi osservare che, sul piano giurisdizionale, rimane salva la valutazione dell'illecito nel suo complesso, senza che possa apprezzarsi alcun *vulnus* del principio indicato (anche in ragione del fatto che già esiste la disciplina di cui agli artt. 69 e 95, Codice giustizia contabile).

Quanto alle interferenze della funzione consultiva con l'azione amministrativa, è sufficiente ribadire (*supra,* par. 1) che da tempo alla Corte sono intestate importanti poteri consultivi, pur con caratteri non pienamente collimanti con quelli relativi alla figura disciplinata nel 2021. Collocandosi al di fuori del perimetro dei compiti della Corte dei conti, poi, non mancano esempi analoghi: il Consiglio di Stato svolge funzioni consultive senza che si levino preoccupazioni circa l'interferenza con l'attività delle amministrazioni.

Se l'interferenza venisse invece predicata con riferimento all'attività consultiva di altri soggetti, si potrebbe obiettare che il panorama delle Istituzioni con funzioni consultive è notevolmente affollato, senza che si siano mai rilevati problemi insormontabili: basti accennare a Consiglio di Stato, Avvocatura dello Stato, Autorità indipendenti (quali l'ANAC) e, come detto, alla stessa Corte dei conti.

Un altro argomento certamente delicato è quello della corrispondenza tra soggetti e funzioni esercitate. A esso, tuttavia, parrebbe possibile opporre l'obiezione secondo cui si tratta di correlazione solo tendenziale. Senza pretesa di completezza, guardando all'ordinamento contabile, si consideri che l'evoluzione del sistema ha condotto a un assetto complessivo in cui alcune funzioni "sporgono" sul terreno di altre. Nel caso del giudizio – pur disciplinato con garanzia appunto giurisdizionale – che nasce dall'obbligo dell'agente contabile di presentare il conto, ad esempio, la Corte conti esercita funzioni in cui permangono tracce di controllo; anche accentuando fattori quali il carattere di "giudizio" della relativa attività ("che si risolve nel valutarne la conformità alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordi-

[16] In particolare, con riferimento al disegno di legge n. 2185, v. Corte dei conti, sez. riunite in sede consultive, parere 1° dicembre 2021, n. 5/2021/CONS. V. poi l'audizione l'audizione sul d.l. 2185 nella seduta del 2 dicembre 2021, dinanzi alla Commissione affari costituzionali di Palazzo Madama, del Presidente e del Procuratore Generale della Corte dei conti, Guido Carlino e Angelo Canale.

ne strettamente giuridico"), la composizione dell'organo ("magistrati, dotati delle più ampie garanzie di indipendenza: art. 100, 2° comma, Cost.)" e la sua natura di unico soggetto "di controllo che goda di una diretta garanzia in sede costituzionale", la Corte dei conti è stata qualificata come giudice *a quo* ai fini della proposizione di questioni di legittimità costituzionale emergenti nel corso del controllo preventivo di legittimità sugli atti del governo[17]; ancora: sussiste la legittimazione della Corte dei conti a sollevare questioni di costituzionalità nell'ambito del giudizio di parificazione del bilancio dello Stato, che si svolge con le "formalità della giurisdizione contenziosa, con la partecipazione del Procuratore generale, in contraddittorio con i rappresentanti dell'amministrazione e si conclude con una pronunzia adottata in esito a pubblica udienza"[18]. Se dunque è vero che non vistose sono le eccezioni rispetto alla corrispondenza tra potere intestato a ciascun organo e caratteristiche dell'attività svolta, esse pur tuttavia esistono anche in relazione alla Corte dei conti.

Connesso a questo aspetto (o quale diversa formulazione dello stesso) vi è, a monte, il tema della separazione dei poteri[19]. Ancora una volta, vale obiettare che il principio non è rigidamente accolto nel nostro ordinamento[20]: esso indica semplicemente una tendenziale corrispondenza tra soggetti e funzioni e, nel suo nucleo minimo (nel caso, esso sarebbe comunque rispettato), impone che l'autore della regola non coincida con il suo esecutore e con chi ne controlla l'attuazione[21]. Per altro verso, funzione consultiva e attiva rimangono separate, posto che la prima non sostituisce integralmente la seconda. Se invece la separazione dei poteri implicasse che nello stesso ciclo funzionale – al cui interno possono enuclearsi "concrezioni funzionali"/"unità sistemiche" e funzioni oggettive svolte verso l'esterno – non deve intervenire a diverso titolo lo stesso soggetto[22], a tacere del fatto che si può discutere della rilevanza autonoma, a quei fini, di una competenza consultiva, potrebbe essere obiettato che, nei cicli

[17] *Ex multis,* Corte cost. 18 novembre 1976, n. 226, in *Foro it.*, 1977, I, 18 e 2115, con nota di Labriola, *Gli atti con forza di legge e il controllo della Corte dei conti*. V. altresì F. Tigano, *Corte dei conti e attività amministrativa,* Torino, 2008, 62 ss.

[18] *Ex multis,* v. Corte cost., 14 giugno 1995, n. 244, in *Giur. cost.,* 1995, 1764, con nota di M.V. Lupò Avagliano, *Pieni poteri alla Corte dei conti per il controllo della spesa pubblica?*. Sul giudizio di parificazione, *ex multis,* v. L. Giampaolino, *Il giudizio di parificazione nell'attuale momento dello sviluppo dell'ordinamento contabile della repubblica*, in *www.giustamm.it*, 2011.

[19] In argomento, v. L. Rossi, *Poteri (divisione dei),* in *Nss. Dig. it.,* X, Torino, 1939, 100 ss.; F. Modugno, *Poteri (divisione dei*), in *NN. D.I.,* XIII, Torino, 1968, 473 ss.; F. Bassi, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione e problematica*), in *Riv. tri, dir. pubbl.,* 1965, 17 ss.; L. Luatti (a cura di), *L'equilibrio tra i poteri nei moderni ordinamenti costituzionali,* Torino, 1994.

[20] *Ex multis*, v. G. Bognetti, *Poteri (divisione dei),* in *Digesto-Disc. pubbl.,* XI, Torino, 1996, 372 ss. e F. Rimoli, *Poteri (divisione dei),* in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, V, Milano, 2006, 4408 e 4411.

[21] G. Silvestri, *Poteri dello Stato,* in *Enc. dir.,* XXXIV, Milano, 1985, 713.

[22] G. Silvestri, *Poteri dello Stato,* cit., 713.

funzionali, la Corte potenzialmente ha titolo a intervenire esercitando poteri sia giurisdizionali, sia di controllo. Analoghe sovrapposizioni e articolazioni interne ai cicli funzionali, poi, senza che susciti dubbi, esistono con riferimento al ruolo del Consiglio di Stato.

In relazione al *vulnus* del principio di terzietà e di indipendenza dell'Istituzione contabile, si può intanto dubitare della pertinenza del rilievo con riferimento a una prestazione fornita alle amministrazioni da un organo consultivo. In ogni caso, anche ponendo mente all'esperienza del Consiglio di Stato va osservato che l'indipendenza è strettamente connessa all'autorevolezza dell'Istituto e all'alta qualità della attività svolta, caratteri che certamente non difettano con riferimento alla Corte dei conti, pur intestataria di funzioni consultive, anche nel momento in cui esercita funzioni giurisdizionali. Non solo, nel caso specifico dell'alta Istituzione, l'indipendenza va letta alla luce dell'ausiliarietà su cui si è già indugiato in precedenza (e che può anzi essere riletta oggi, nel nuovo contesto costituzionale: par. seguente). Portando all'estrema conseguenza il ragionamento, inoltre, anche alcune forme di controllo potrebbero porre analoghi problemi di indipendenza, viceversa mai seriamente sollevati.

Pure la questione della riserva di amministrazione (senza considerare il fatto che non sembra pertinente: essa, infatti, implica l'impossibilità, per l'attività legislativa, di adottare provvedimenti amministrativi o garantisce un'area di decisioni amministrative insindacabili da parte del giudice[23]) non parrebbe costituire un argomento decisivo, atteso che essa non trova una copertura costituzionale[24]. Per altro verso, qui viene in gioco non già una forma di sostituzione dell'amministrazione, bensì semplicemente l'esercizio di una funzione a essa di supporto, consultiva e non di amministrazione attiva. In ogni caso, quella riserva non costituisce uno schema invalicabile (il legislatore può ad esempio superarla nei confronti dell'amministrazione).

In generale, guardando a come i vari profili da ultimo menzionati reagiscono con riferimento al (distinto, ma per certi versi analogo) delicato tema dei rapporti tra funzioni esercitati dalle Magistrature e decisione dell'amministrazione (che, invero, non potrebbe essere evocato secondo un'argomentazione *a fortiori*, ma, al più, in via analogica), si può prendere a esempio il divieto – ricavabile anche dal codice del processo amministrativo – del giudice di amministrare[25]. Quel divieto (nell'economia dell' argomentazione qui sviluppata, esso appare quale

[23] Si v. al riguardo, L. Giampaolino, *Sui limiti della giurisdizione della Corte dei conti in tema di responsabilità amministrativa nei confronti della c.d. «riserva di amministrazione»,* in *Giustizia civile*, 2007, 980 ss.

[24] *Ex multis,* v. M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati*, in *Dir. proc. amm.,* 2018, 82.

[25] M. Mazzamuto, *Il principio del divieto di pronuncia*, cit., 80 ss., nega che il divieto sia collegabile al principio della separazione dei poteri, essendo dotato di autonomo fondamento.

vincolo dell'organo consultivo a non amministrare) non pare superato, neanche riferendosi a pareri su una singola fattispecie, posto che la decisione successiva rimane dell'amministrazione, anche se un frammento del parametro che essa deve rispettare è costituito, in base al rinvio ai pareri, dal risultato della funzione consultiva, senza tuttavia che ciò escluda in radice e automaticamente l'antigiuridicità del comportamento. Anzi, non si può non ribadire come il Codice di giustizia contabile già preveda l'incidenza del parere sulla responsabilità, sicché si fa al più qui questione di estensione di un frammento normativo già pacificamente ammesso.

A ogni buon conto, non risulta necessario allargare oltre il compasso dell'indagine e approfondire ulteriormente le varie obiezioni appena sintetizzate, ché, con riferimento alla specifica fattispecie di cui all'art. 46, l. n. 238/2021 (dunque impregiudicato il tema del possibile e ulteriore ampliamento della funzione consultiva in altri casi), esiste un profilo (nonché un referente costituzionale) che sembra decisivo onde giustificarne la previsione e che merita specifica considerazione, riprendendo circolarmente le argomentazioni sviluppate nel corso del par. 3.

A questi fini sarà necessario svolgere un approfondimento mirato a dimostrare come l'assetto delle relazioni tra poteri di rilevanza costituzionale dell'ordinamento, piuttosto che risolversi in un vincolo che esprime un'improbabile netta distinzione, possa essere vieppiù rivisitato oggi, nel senso di richiedere, in talune circostanze, un supporto (*recte*: una relazione di ausiliarietà) ispirato dall'urgenza di adempiere a un vincolo intergenerazionale che implica la collaborazione di tutte le istituzioni coinvolte.

In questa prospettiva, la funzione consultiva svolta al di fuori del perimetro dell'amministrazione da una diversa "unità sistemica" non appare una forzatura.

5. *PNRR e diritto delle relazioni intergenerazionali: le ricadute sul ruolo della Corte dei cont*

Si è già richiamata la particolarità del contesto che viviamo: da un lato, stiamo assistendo a un cambio di paradigma profondo; d'altro lato, la generazione attuale è chiamata ad assumere decisioni che impattano su quelle future nel segno della solidarietà.

É al riguardo sufficiente citare programmi quali Green New Deal, Next Generation EU, PNRR, per avere una conferma (pure sul piano lessicale) della proiezione intergenerazionale dei problemi che debbono essere affrontati anche dalle politiche pubbliche.

Queste grandi opzioni intergenerazionali servono per fronteggiare le crisi della modernità (che abbracciano le crisi economico-finanziarie, l'immigrazione,

le crisi sanitarie, la questione dei conti pubblici, la corruzione, le crisi alimentari, l'incremento demografico, le crisi "digitali", la sicurezza energetica), le quali hanno alcuni caratteri comuni, tra cui quello di impattare sui conti pubblici.

Le relazioni intergenerazionali, nutrite e innervate da doveri, si configurano quali oggetto di un nuovo settore del diritto retto da particolari principi, che si applicano ai comportamenti dalle generazioni attuali che possono pregiudicare le generazioni future e alle scelte che vanno adottate per scongiurare i rischi della modernità.

Quelle relazioni, che sono state analizzate in un lavoro monografico cui in questa sede è sufficiente rinviare[26], si sviluppano in un contesto di grande complessità; i principi che reggono il relativo diritto e che guidano le scelte pubbliche sono riconducibili al canone della solidarietà. Più in generale, si può attingere al diritto dell'ambiente, dove quei principi sono stati elaborati, anche per individuare lo strumentario giuridico e il corredo concettuale all'uopo applicabili.

Ciò chiarito, giova meglio focalizzare il ruolo che, a fronte di scelte di caratura intergenerazionale, può giocare la Corte dei conti.

L'importanza del suo intervento scaturisce dalla già rilevata necessità di notevoli investimenti (e tale è certamente il PNRR) per fronteggiare le crisi della modernità, la quale implica la rilevanza della correttezza della programmazione finanziaria intergenerazionale, strutturata in modo da garantire efficacia, flessibilità e solidarietà. Occorre più nel dettaglio ragionare sulla fisionomia dei "guardiani" di quei conti, che debbono agire con la piena consapevolezza della profondità temporale delle opzioni che scrutinano e che osservano, pensando "anche all'interesse" delle generazioni future, di cui non è possibile scrutare i volti[27]. Il coinvolgimento della Corte dei conti, tra l'altro, trova oggi un fondamento nel fatto che l'art. 9, Cost.[28] (che può essere letto in combinato disposto con gli artt. 81 e 97, Cost.) pone al centro della gestione delle relazioni intergenerazionali la Repubblica. Si impiega, cioè, un termine che è in grado di

[26] F. Fracchia – P. Pantalone, *Decider(ci) per la morte: crisi, sostenibilità, energie rinnovabili e semplificazioni procedimentali. Interpretare il presente con il paradigma delle relazioni intergenerazionali nutrite di solidarietà,* Napoli, 2022.

[27] Un'eco di ritorno della necessità che sussistano attenti "guardiani" si ritrova nella decisione della Corte cost., 14 febbraio 2019, n. 18, cit., per mezzo della quale la Consulta ha definito un giudizio originato dall'ordinanza della Corte dei conti che aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale con riferimento a una disciplina che imponeva la riformulazione o rimodulazione dei piani di riequilibrio finanziario pluriennale degli enti locali in predissesto e la restituzione delle anticipazioni di liquidità a essi erogate. La Consulta ha così statuito: "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".

[28] La norma è stata modificata dalla legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

abbracciare il complesso degli attori pubblici i quali, ove vengano appunto in evidenza crisi con i caratteri qui indicati, con riferimento allo specifico riflesso delle stesse nel loro settore di azione, possono essere responsabilizzati a intervenire svolgendo le proprie funzioni o esercitando ulteriori compiti, affidati dal legislatore, suscettibili di trovare un fondamento nell'art. 9, cit. Alla luce di quella norma costituzionale (addirittura collocata tra i principi fondamentali) è dunque possibile interpretare e adattare i principi (dotati al più dello stesso rango) richiamati nel corso del paragrafo precedente: riserva di amministrazione, separazione dei poteri, non interferenza e così via. Le due forme di controllo disciplinate nel 2020 e nel 2021 analizzate al termine del par. 3, anche considerandone il campo di applicazione e la connessione con grandi investimenti (principali piani, programmi e progetti relativi agli interventi di sostegno e di rilancio dell'economia nazionale) e PNRR (controllo sulla gestione relativamente all'acquisizione e all'impiego delle risorse finanziarie provenienti dai fondi di cui al PNRR), paiono esattamente collocarsi nella prospettiva qui definita.

Il divieto di interferire con l'azione amministrativa, infatti, non va assolutizzato e trova un limite nelle ragioni che emergono dalla necessità di curare interessi intergenerazionali; l'ausiliarietà deve essere rafforzata (e declinata) appunto nella prospettiva della solidarietà (implicando anche una condivisione o, quanto meno, un alleggerimento delle responsabilità di chi è chiamato a decidere): non solo i controlli, allora, ma anche la funzione consultiva svolta dal medesimo "guardiano", paiono riconducibili alla stessa logica di "adempimento" di vincoli intergenerazionali.

Siffatta funzione è in grado di progressivamente cogliere lo "stato dell'arte" dell'evoluzione (lo standard migliore di gestione della cosa pubblica), in un gioco continuo di stabilizzazione, revisione e flessibilità nel contesto della complessità che appare significativamente in linea con le indicazioni tratte dalla teoria luhmanniana su cui si è sopra indugiato nel corso del par. 2. Siffatto processo può e deve essere guidato dalle Istituzioni maggiormente "attrezzate" e autorevoli, come la Corte dei conti. I risultati delle plurime funzioni intestate alla Corte Conti, dunque, aprono la via a una calibratura anche del tenore dei pareri onde assorbire incertezza o renderla gestibile, comunque riducendo il potere (ché il potere esiste dove c'è incertezza) delle amministrazioni, ma anche rassicurando i decisori chiamati ad assumere determinazioni rilevanti nell'ottica intergenerazionale.

Se poi si dovesse ritenere che un siffatto potenziamento della funzione consultiva "irriti" troppo (sempre in termini esclusivamente luhmanniani) il sistema che fa capo alle Istituzioni di controllo, onde consentire anche alla Corte dei conti di contribuire all'adempimento dei doveri scaturenti dall'art. 9, Cost., in controtendenza con quanto avvenuto negli ultimi anni, non resterebbe che percorrere una strada diversa. Si fa qui riferimento all'ampliamento della funzione

di controllo preventivo, che (purché davvero idonea a fornire immediatamente[29] una "prestazione" utile ed effettiva al decisore pubblico) potrebbe del pari configurarsi come ausilio fondamentale a favore delle amministrazioni nell'adozione di scelte con profondità intergenerazionale e, soprattutto, misura rassicurante per i loro dipendenti. Ai sensi dell'art. 1, comma, legge 14 gennaio 1994, n. 20 (norma che non si limita a incidere sul profilo della colpa grave), infatti, "in ogni caso è esclusa la gravità della colpa quando il fatto dannoso tragga origine dall'emanazione di un atto vistato e registrato in sede di controllo preventivo di legittimità, limitatamente ai profili presi in considerazione nell'esercizio del controllo"[30].

Abstract

L'articolo, muovendo dalla considerazione dell'incremento delle funzioni consultive assegnate dal legislatore alla Corte dei conti, ne analizza i rapporti con il controllo e con la funzione giurisdizionale. Alla luce dell'emersione di un nuovo settore del diritto, avente a oggetto le relazioni intergenerazionali, si interroga infine sulle ricadute che questo fenomeno può avere sul ruolo della Corte dei conti

The new challenges of the "Corte dei conti": the difficult balance among jurisdiction, control and advisory activity, also looking at the crises of modernity

Starting from the consideration of the new advisory functions assigned to the Corte dei conti, the article analyzes the relations among them, control and the judicial function. Focusing on the emergence of a new sector of law, concerning intergenerational relations, the article finally exams the repercussions that this trend can have on the role of the Corte dei conti

[29] Come noto, il procedimento di controllo preventivo è stato rivisitato dall'art. 27, legge 24 novembre 2000 n. 340.

[30] Così si è significativamente espresso il Pres. Carlino in occasione della Cerimonia di inaugurazione dell'Anno giudiziario 2021: "La necessità di una maggiore efficienza in settori di investimento strategici e trainanti dovrebbe incoraggiare l'adozione di interventi normativi intesi ad ampliare il controllo preventivo di legittimità della Corte dei conti, il cui esito favorevole agevola una maggiore serenità ed equilibrio nell'esercizio dell'azione amministrativa in quanto elide l'elemento psicologico della responsabilità, pur nei limiti dei profili presi in considerazione in sede di controllo".

Pubblico e privato nella tutela della salute. Sulle misure introdotte dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza e dalle nuove disposizioni in tema di assistenza territoriale

di Renata Spagnuolo Vigorita

SOMMARIO:1. La legge annuale per il mercato e la concorrenza: le finalità. – 2. La concorrenza nella sanità tra le proposte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e la scelta legislativa. Cenni al Decreto Ministeriale n. 77 del 2022. – 3. Le politiche pubbliche del servizio sanitario nei modelli di *management*. Una sintesi. – 4. La concorrenza nell'erogazione delle prestazioni sanitarie attraverso il prisma della natura giuridica degli strumenti. – 5. Segue: la nuova disciplina. – 6. Concorrenza e programmazione. – 7. Un nuovo approccio di promozione della tutela della salute: *welfare* comunitario. – 8. *Accountability* e verifica dell'effettività.

1. *La legge annuale per il mercato e la concorrenza: le finalità*

La legge 5 agosto 2022 n. 118, legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021, (pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 12 agosto) reca disposizioni in materia di concorrenza che riguardano, tra le altre, le modalità organizzative e di erogazione delle prestazioni sanitarie. E prima di tutto lo spazio di possibile competizione tra pubblico e privato, introdotto a partire dalla riforma avviata negli anni novanta del secolo scorso.

Le finalità cui l'intero impianto normativo è ispirato sono enunciate dall'articolo 1, in base al quale "gli interventi oggetto della legge sono finalizzati a promuovere la concorrenza, anche al fine di garantire l'accesso ai mercati di imprese di minori dimensioni, tenendo in adeguata considerazione gli obiettivi di politica sociale connessi alla tutela dell'occupazione, nel quadro dei principi dell'Unione europea; di contribuire al rafforzamento della giustizia sociale, di migliorare la qualità dei servizi pubblici e di potenziare lo sviluppo degli investimenti e dell'innovazione in funzione della tutela dell'ambiente, della sicurezza e del diritto alla salute dei cittadini".

2. *La concorrenza nella sanità tra le proposte dell'AGCM e la scelta legislativa. Cenni al Decreto Ministeriale n. 77/2022*

Il servizio sanitario, la sua organizzazione e i sistemi di erogazione delle prestazioni rappresentano questioni tutte di politica e giustizia sociale e tutte oggetto, in potenza, di innovazioni e investimenti per la migliore resa possibile. In altre parole, la questione delle forme di concorrenza nel servizio sanitario intercetta esattamente, e su più piani, le finalità cui la legge sulla concorrenza è finalizzata.

Non è un caso che sulla questione l'Autorità Garante della Concorrenza

e del Mercato abbia segnalato al Governo una serie di proposte di modifica dell'impianto normativo di riferimento, rappresentato, come è noto, dal decreto legislativo 30 dicembre 1992 n. 502[1], e per quello che interessa più immediatamente il tema di cui si discute, dall'articolo 8 *ter/quinquies*.

Partendo dal rilievo in base al quale solo un intervento che aumenti le condizioni di concorrenza nell'accesso delle strutture private all'erogazione delle prestazioni sanitarie sia in grado di garantire una più efficiente allocazione delle risorse pubbliche e una maggiore libertà di scelta, l'apertura alla concorrenza viene letta dall'AGCM come uno strumento da perseguire sotto il profilo dell'efficacia delle prestazioni sanitarie e sotto quello del rispetto del vincolo di spesa.

Nell'ottica dell'AGCM, l'iniziativa economica privata in ambito sanitario sconterebbe un doppio ordine di ostacoli, rappresentati, da un lato, da un mercato concorrenziale appesantito da ritardi dovuti all'eterogeneità dei meccanismi di implementazione del sistema da parte delle regioni[2]; dall'altro, per le attività non convenzionate, quello di un accesso al mercato condizionato dalla verifica del fabbisogno regionale di servizi sanitari.

Per superare tali barriere l'Autorità ha suggerito al Governo non solo di svincolare l'accreditamento dalla verifica di fabbisogno, ma anche di eliminare il regime dell'accreditamento provvisorio. Inoltre e ai medesimi fini, l'Autorità ha segnalato, meglio auspicato, un sistema di convenzionamento su base selettiva, non discriminatoria, periodica e trasparente. Per favorire la scelta dell'utenza del luogo di cura, infine, l'Autorità ha sottolineato poi la necessità di implementare l'informazione sulle *performance* delle strutture pubbliche e private, in termini di efficienza gestionale e di qualità del servizio. I suggerimenti e le segnalazioni prospettate dall'AGCM, come si vedrà solo parzialmente recepiti dal legislatore[3], riflettono appieno l'idea di fondo che vede nella protezione pubblica dei settori nei quali si registra una certa apertura alla concorrenza un impatto negativo sulla produttività. Una impostazione di tal fatta postula che decisioni di politica economica, segnatamente quelle in ordine alla modulazione dell'intervento pubblico, conoscano dinamiche concorrenziali in grado di recuperare, appunto, competitività.

Le misure prospettate dall'AGCM, allora, sono utili ad introdurre il contesto

---

[1] F. Roversi Monaco (a cura di) *Riordino della disciplina in materia sanitaria*, Bologna, 1993; F. Balassone, D. Franco, *La difficile riforma del welfare: il settore della sanità*, in *Stato e Mercato*, 3/1995, 43 ove sottolineato il carattere spesso "reattivo" e non "anticipativo" delle politiche sanitarie italiane; F. Liguori, *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996; C.E. Gallo, B. Pezzini, *Profili attuali del diritto alla salute*, Milano, 1998; G. France, *Politiche sanitarie in un sistema di governo decentrato. Il caso della concorrenza nel servizio sanitario nazionale*, Milano 1999.

[2] R. Balduzzi, D. Servetti, *Regionalismo differenziato e materia sanitaria*, in *Rivista AIC*, 2/2019, 9.

[3] Come ben evidenziato dal dossier del Senato sullo schema di disegno di legge, n. 490, legislatura 18.

di sistema in cui la questione più specifica della concorrenza in sanità si inserisce. Tale questione, che involge scelte in ordine alla erogazione dei servizi sanitari, si arricchisce ora di un altro elemento, potenzialmente in grado di disegnare una nuova architettura, organizzativa e di prestazione, che si riflette sullo studio del modello di concorrenza in sanità. Ci si riferisce, più in particolare, alle previsioni di cui al decreto ministeriale n. 77/2022[4] (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 22 giugno 2022), in tema di assistenza territoriale[5]: emblema, in uno con la annosa questione delle liste di attesa, del cattivo funzionamento del regime concorrenziale percorso ed attuato negli ultimi decenni. Poiché, così almeno sembra potersi dedurre da una prima lettura, idoneo ad implementare il coinvolgimento degli operatori anche *non profit*. E, prima ancora, a differenziare le istanze provenienti dai singoli territori.

3. *Le politiche pubbliche del servizio sanitario nei modelli di management. Una sintesi*

Le previsioni contenute nella legge annuale sulla concorrenza consistono, come accennato, in pochi interventi ma particolarmente significativi, soprattutto tenendone presente la collocazione temporale. Il contesto e il tessuto socio economico su cui le disposizioni in commento si innestano rivestono importanza decisiva e spiegano il significato del mutamento legislativo.

La legge è stata infatti adottata all'esito del superamento della fase più acuta della pandemia[6] che ha mostrato le debolezze e le criticità di un sistema di offerta dei servizi sanitari e, più in generale, del "sistema" salute. Ciò ha comportato si riaccendesse il dibattito pubblico – privato nella sanità, che ha conosciuto momenti di confronto tra visioni opposte, anche alla luce delle risposte offerte da alcuni sistemi regionali.

Per saggiare nello specifico il grado di innovatività delle previsioni dettate dalla legge annuale per la concorrenza e dal D.M. citati – anche al fine di coglierne in maniera più chiara la portata - conviene muovere da una ricostruzione dei termini del rapporto pubblico privato in sanità che prenda a riferimento gli ultimi trenta anni. Non senza premettere, che nel servizio sanitario, come è noto, la concorrenza è stata tradizionalmente concepita in termini di competizione esclusiva tra pubblico e privato e che la razionalizzazione della spesa pubblica, effetto cui tale competizione può portare, è stata spesso guardata con sospetto per il timore di un dirottamento delle risorse a tutto vantaggio degli operatori privati.

---

[4] F.G. Cuttaia, *La riforma dell'assistenza sanitaria e socio sanitaria territoriale e le problematiche connesse alla sua attuazione*, in *Federalismi.it*, 7.9. 22.

[5] M.A. Sandulli, (a cura di) *L'assistenza domiciliare integrata*, Napoli, 2021.

[6] M. Cosulich, *Il governo della salute ai tempi della pandemia da Covid-19: piu' Stato meno Regioni?,* in *Le regioni*, 2021.

Nell'arco temporale preso qui a riferimento, e che guarda alle riforme approntate sul finire degli anni '90 del secolo scorso, le politiche sanitarie sono state attraversate ciclicamente da interventi di riordino di segno diverso, mentre immutato è rimasto l'obiettivo non sempre dissimulato volto al contenimento della spesa.[7] In una disamina diacronica che riassuma i diversi orientamenti che hanno contrassegnato gli interventi riformatori del servizio sanitario non può non essere posto in rilievo quanto le politiche pubbliche[8], anche di settore, siano fortemente condizionate dai modelli di *management* applicati alle amministrazioni pubbliche: poiché è da questi che derivano e sono derivate le diverse graduazioni del rapporto e dei pesi pubblico-privato. Il modello del *new public management* aveva individuato nel mercato e nella competizione la risposta pubblica alle esigenze della collettività, cui ha fatto seguito una svolta organizzativa in senso managerialista dalla quale sono derivate, tra le altre, nuove forme di responsabilità e di controlli sull'attività in funzione del raggiungimento del risultato. Ecco perché l'introduzione di forme di aziendalizzazione può dirsi comune alle riforme che hanno contrassegnato il settore tra gli anni 1990-2000[9], nei quali si registra l'assegnazione di un ruolo strategico di gestione alle direzioni generali con il compito di rivedere l'organizzazione dei servizi e delle dinamiche di spesa. La riforma del 1992, infatti, aveva previsto un accesso al mercato ad un numero non definito di operatori sanitari, dunque in piena concorrenza. A presidio di tale forma di concorrenza uno strumentario fatto di provvedimenti a basso tasso di discrezionalità e di regole oggettive e trasparenti[10]. Nella convinzione che il mercato avrebbe aiutato il contenimento della spesa e contestualmente teso verso una equiordinazione delle strutture pubbliche e private, assicurando altresì la libertà di scelta da parte dell'utenza.

A partire dalla fine degli anni 1990 e per tutto il primo decennio degli anni 2000, anche in conseguenza della riforma del titolo V della Costituzione[11], il ruolo delle Regioni aumenta in modo inversamente proporzionale al dimensionamento delle aziende pubbliche, degli ospedali: così, al sistema fondato sulla competizione governata si sostituisce, nella sostanza, l'obiettivo strategico del

---

[7] Per una ricostruzione del de-finanziamento del Servizio Sanitario Nazionale, si rimanda a A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, III ed, 2020.

[8] A. La Spina, *Politiche pubbliche. Analisi e valutazione*, Bologna, 2020.

[9] R. Balduzzi, G. Carpani, (a cura di) *Manuale di diritto sanitario*, Bologna, 2013; N. Aicardi, *La sanità*, in S. Cassese (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, 414.

[10] Per la riforma del servizio sanitario impressa dall'impianto del 1992, in aggiunta agli autori citati alla nota n. 1, cfr. F.A. Roversi Monaco (a cura di) *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, in particolare R. Russo Valentini, *Commento agli artt.8 bis e ss. 305* e ss.

[11] B. Caravita di Toritto, *Per un federalismo equilibrato e solidale,* in *Rass. Parlam.*, 2003; M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell'art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, 2002, 3, 345 e ss.

coordinamento.[12] Ciò rappresenta il portato del graduale abbandono del modello economico descritto dal *new public management*, e riflette il progressivo recupero dei diritti di cittadinanza, il rafforzamento del principio di sussidiarietà[13]. Dunque la competizione, almeno in teoria, si inserisce in una amministrazione pubblica che si pone tra l'economia e la società, che orienta l'erogazione del servizio pubblico a partire dal bisogno.[14] Con la conseguenza che gli strumenti di diritto amministrativo utilizzati a presidio della concorrenza vengono rivisitati in chiave programmatica[15]: ritorna al pubblico, infatti, il potere di verifica del fabbisogno delle strutture, dunque la determinazione dei soggetti da far entrare nel mercato dei servizi sanitari, del numero di attività da svolgere in nome e per conto del SSN[16].

4. *La concorrenza nell'erogazione delle prestazioni sanitarie attraverso il prisma della natura giuridica degli strumenti. Segue: la nuova disciplina*

A cogliere in maniera quasi plastica tale inversione di tendenza[17] concorre la lettura che la giurisprudenza ha offerto della gamma di mezzi prescelti a presidio della concorrenza nell'ambito dell'erogazione delle attività sanitarie. Riassumendo i termini della questione[18], il sistema delineato dal citato decreto legislativo 502/92 , come poi modificato e integrato, consente l'ingresso di operatori privati, realizzazione di nuove strutture sanitarie e si articola in due momenti procedimentali[19], interconnessi ma distinti, e che prevedono: l'intervento del

[12] R. Balduzzi, A. Di Gaspare, (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del titolo V*, Luiss, Centro Vittorio Bachelet, Quaderni, 28, Milano, 2002.

Cfr. Rapporto Oasis (Observatory on healthcare organizations and policies in Italy)-Cergas (Centre for research on health and social management) Bocconi ,2021

[13] Per la dimensione riconosciuta ai diritti sociali, si veda P. Bilancia, (a cura di*), I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo,* in *Federalismi*, 4, 2018.

[14] A. Lippi, *Modelli di amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2022.

[15] C.E. Gallo, *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e la posizione delle imprese private*, in *Sanità pubblica e privata*, 2003, 3, 256.

[16] Per la svolta in senso pianificatorio impressa dal decreto legislativo n. 229/1999 al settore sanitario sondata attraverso la ricostruzione della natura giuridica degli strumenti giuridici ivi previsti, cfr. R. Spagnuolo Vigorita, *Politiche pubbliche del Servizio Sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003.

[17] C.E. Gallo, *Pubblico e privato nel S.S.N.: I presidi sanitari privati,* in *Sanità Pubblica,* 1997, 378, secondo cui il riconoscimento del diritto all'accreditamento non ha comportato una liberalizzazione, ma "anzi un controllo ancora più penetrante della struttura pubblica sulla struttura privata".

[18] Su cui si vedano V. Molaschi, *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa pubblica e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.* 2014, 657 e ss; M. Conticelli, *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano 2012; G. Bocale, *Sulla "natura" giuridica dell'accreditamento sanitario*, in *Federalismi*, 2018.

[19] N. Posteraro, *Autorizzazione alla realizzazione di strutture sanitarie, verifica di compatibilità regionale e silenzio assenso tra amministrazioni*, in *Giorn. dir.amm.*, 1/2021, spec. 113.

Comune quanto a verifica dei requisiti e presupposti urbanistici, igienico sanitari in materia di autorizzazioni e concessioni; quello della Regione per la verifica della compatibilità della struttura privata rispetto alle esigenze "di programmazione dell'attività sanitaria e ospedaliera in modo da assicurare l'inserimento della struttura nel contesto di offerta sanitaria, anche in riferimento all'incidenza della progettata iniziativa nel quadro locale e regionale"[20]. Da questo punto di vista, particolarmente utile ai fini che qui interessano, e segnatamente per l'esatta qualificazione dell'accreditamento, è la ricostruzione del quadro normativo di riferimento contenuta in una recente sentenza della Corte Costituzionale[21]. Vi si legge infatti che "la riforma realizzata – in forza della delega di cui all'art. 1 della legge 23 ottobre 1992, n. 421[22] – dal d.lgs. n. 502 del 1992, superando l'assetto delineato dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale), ha prefigurato una concorrenza tra le prestazioni offerte da strutture pubbliche e private munite dell'accreditamento cosiddetto istituzionale. [23]

"Nell'assetto originario del d.lgs. n. 502 del 1992, l'accreditamento cosiddetto istituzionale era subordinato al possesso, da parte delle strutture sanitarie, sia pubbliche che private, di determinati standard di qualificazione e si riteneva avesse valenza autorizzatoria vincolata al ricorrere degli stessi. In seguito, l'art. 8-*quater* del d.lgs. n. 502 del 1992, introdotto in una prospettiva di riduzione della spesa dal decreto legislativo 19 giugno 1999, n. 229[24], ha subordinato, al comma 1, l'accreditamento anche alla funzionalità della struttura richiedente agli indirizzi di programmazione regionale". L'accreditamento risulta così, anche a giudizio della Corte, strettamente connesso alle scelte programmatorie che governano la funzione di contingentamento e di selezione all'ingresso nel Servizio sanitario nazionale e più specificamente regionale. La Corte ne deduce la conseguenza per cui "non tutti i privati in possesso dei requisiti tecnici richiesti hanno diritto a ottenere l'accreditamento ma solo quelli la cui attività si inserisce in modo appropriato nella programmazione regionale". Nella concessione dell'accreditamento, secondo le conclusioni della Corte, è possibile rintracciare "una sfera di discrezionalità… in considerazione della valutazione della rispondenza e adeguatezza agli obiettivi della programmazione"[25].

---

[20] Così Cons. St., III, 7 marzo 2019 n. 1589.

[21] Corte costituzionale, sentenza n. 113 del 9 maggio 2022.

[22] Delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione delle discipline in materia di sanità, di pubblico impiego, di previdenza e di finanza territoriale.

[23] Detto accreditamento, è mirato al riconoscimento del possesso da parte di un soggetto o di un organismo di prescritti specifici requisiti, secondo quanto ha avuto modo di affermare la Corte Costituzionale con la sentenza n. 416 del 1995.

[24] Norme per la razionalizzazione del Servizio sanitario nazionale, a norma dell'articolo 1 della legge 30 novembre 1998, n. 419

[25] Con sentenza n. 200/2005 la Corte Costituzionale ha rinvenuto nella compatibilità con le risorse organizzative e finanziarie disponibili uno dei termini della necessaria operazione di bilanciamento degli interessi.

Ne deriva che l'accreditamento non può dirsi consista di una sola valutazione, di carattere vincolato[26], circa la sussistenza in capo alla struttura sanitaria dei richiesti standard di qualificazione. E ciò in quanto all'esito della verifica della sussistenza di tali ultimi segue un'altra valutazione, di carattere invece discrezionale, postulato delle risultanze della programmazione regionale.

Anche la giurisprudenza amministrativa è giunta nel tempo alle medesime conclusioni, riconoscendo all'accreditamento il carattere di un provvedimento non già autorizzativo[27], bensì abilitativo-concessorio[2829]. Un ibrido tra la concessione di servizio pubblico e l'abilitazione tecnica idoneativa[30].

L'accreditamento[31], in sintesi, conferisce alle strutture autorizzate la qualifica di soggetto idoneo a erogare prestazioni e servizi sanitari per conto del SSN. Mentre è solo la stipula di accordi contrattuali, ai sensi dell'art. 8 *quinquies* del d.lgs. n. 502 del 1992, (attraverso cui vengono definiti programmi di attività, con indicazione dei volumi e delle tipologie di prestazioni erogabili) a rappresentare il titolo abilitativo per fornire, in concreto, prestazioni a carico del SSN[32]. "L'effetto dell'accreditamento, quindi, è quello di abilitare il singolo operatore ad erogare prestazioni sanitarie "per conto" del SSN, il che prelude all'esercizio di attività sanitarie anche "a carico" dello stesso per il tramite della stipula dei successivi accordi contrattuali"[33]. Alle Regioni[34] sono pertanto demandate la disciplina delle

---

[26] A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, 349; L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo. Autorizzazione ricognitiva, denuncia sostitutiva e modi di produzione degli effetti*, Milano, 1996; P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela,* Milano, 1996.

[27] Cfr. M. Clarich, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Il dir. dell'economia* 1/2015, 99 e ss.; V. Spagnuolo Vigorita, *Aspetti giuridici della disciplina dell'iniziativa privata*, in *Dir. econ.* 1955, 889 e ss.; F. Franchini, *Le autorizzazioni amministrative costitutive di rapporti giuridici tra l'amministrazione e i privati*, Milano, 1957; R. Villata, *Autorizzazioni amministrative e iniziativa economica privata. Profili generali*, Milano, 1974; F. Fracchia, *Autorizzazione amministrativa e situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 1996.

[28] A. Quaranta, *L'accreditamento come atto di abilitazione nel servizio Sanitario Nazionale*, in *Ragiusan*, 2003, 15. A. Moliterni, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.* 2012, 567 e ss.

[29] Consiglio di Stato, sez. III, 27 febbraio 2018, n. 1206.

[30] Così come di recente statuito, tra le altre, dalle sentenze della III sezione del Consiglio di Stato, 18 ottobre 2021, n. 6954; 30 aprile 2020, n. 2773; 3 febbraio 2020, n. 824.

[31] F. Spanicciati, *Pubblico e privato nell'accreditamento sanitario*, in *Giorn.dir. amm.* 5/2016, 673 e ss.

[32] R. Ferrara, *L'ordinamento della sanità,* diretto da F.G. Scoca, F.A. Roversi Monaco, G. Morbidelli, Torino 2007, 192-214.

[33] Consiglio di Stato, sez. III, 18 ottobre 2021, n. 6954, cit.

[34] "La Regione, in qualità di amministrazione titolare del servizio pubblico di assistenza sanitaria, è il soggetto che concede l'accreditamento ed è chiamata dallo stesso art. 8-quater del d.lgs. n. 502 del 1992 a stabilire i requisiti ulteriori a quelli minimi individuati in via generale da un atto di indirizzo e di coordinamento statale, costituito, ancora all'attualità, dal d.P.R. 14 gennaio 1997" (Approvazione dell'atto di indirizzo e coordinamento alle regioni e alle province autonome

modalità di accertamento e verifica sul rispetto dei requisiti minimi, l'individuazione di standard addizionali di qualità, che costituiscono requisiti ulteriori per l'accreditamento, nonché la definizione delle procedure per il rilascio dell'accreditamento, le ipotesi di revoca e i controlli"[35].

Dalla disamina appena sopra condotta, sia pure in estrema sintesi, degli indirizzi della giurisprudenza, costituzionale ed amministrativa, può allora trarsi "la forte connotazione pubblicistica dell'accreditamento e la crescente valorizzazione della sua funzione di garanzia delle prestazioni erogate dalle strutture sanitarie private".

5. *Segue: la nuova disciplina*

Su tale impianto vanno ad incidere le disposizioni di cui all'articolo 15 (lett. da a) a c) della legge annuale per la concorrenza e il mercato, che introducono modifiche apparentemente minime, da un punto di vista quantitativo, ma a ben vedere di particolare impatto. Esse così possono riassumersi.

L'accreditamento istituzionale di nuove strutture sanitarie, pubbliche o private, o di nuove attività in strutture preesistenti, può essere concesso dalla Regione in base alla qualità e ai servizi da erogare, nonché sulla base dei risultati dell'attività eventualmente già svolta, tenuto altresì conto degli obiettivi di sicurezza delle prestazioni sanitarie. Viene così ad essere eliminato il regime dell'accreditamento provvisorio. Inoltre, la contrattazione della quota di mercato e di prestazioni erogabili dalle strutture accreditate per conto del servizio sanitario nazionale non è più configurata quale risultante della verifica degli esiti di valutazioni comparative della qualità e dei costi ma di selezione periodica sulla base di procedure trasparenti, eque, non discriminatorie.

Si tratta di un tentativo di creare un sistema di convenzionamento delle imprese private che operi su base selettiva e garantisca agli operatori privati un accesso equo e non discriminatorio al circuito del servizio sanitario regionale. Ma che recupera il tasso di pubblicità, e dunque il filtro di una valutazione rimessa all'esclusivo apprezzamento dell'amministrazione. Viene infatti previsto che la selezione tenga comunque conto della programmazione sanitaria regionale e delle verifiche di eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento e, per i soggetti già titolari di accordi contrattuali, dell'attività svolta.

---

di Trento e di Bolzano, in materia di requisiti strutturali, tecnologici ed organizzativi minimi per l'esercizio delle attività sanitarie da parte delle strutture pubbliche e private).

[35] Così ancora Corte Cost. sentenza 113/2022, cit.

6. *Concorrenza e programmazione*

Può dirsi che le disposizioni in commento abbiano effettivamente impresso nuova linfa alla concorrenza nel servizio sanitario? Solo parzialmente. E comunque non al punto di poter assumere superato il pieno assoggettamento dell'attività privata ad un penetrante controllo preventivo e dunque alla sottoposizione ad un regime contrassegnato dal previo atto amministrativo. Che non esclude in radice forme di concorrenza, piuttosto è funzionale a garantire una competizione, per quanto regolamentata[36]. Le nuove disposizioni, infatti, non sembrano scardinare quel sistema che, secondo un orientamento ormai costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato[37] "per essere in equilibrio presuppone una certa redditività che discende dal contingentamento….." Poiché una "offerta sovradimensionata rispetto al fabbisogno effettivo della collettività" sarebbe in grado di generare un processo di eccessiva concorrenza e portare ad una "inaccettabile caduta del livello della prestazione sanitaria".[38]

In questa ottica, neppure si prospetta una ingiustificata restrizione delle libertà fondamentali. Anzitutto, poiché in un regime aperto alla concorrenza quella del fabbisogno è verifica che opera direttamente il mercato[39]; in secondo luogo, la peculiarità del settore è idonea a sorreggere un impianto normativo speciale[40], in cui si confrontano la libertà di iniziativa economica privata sancita dall'articolo 41 della Costituzione e il diritto alla salute, primario e insuscettibile di ogni forma di subordinazione ad ogni altro valore costituzionalmente tutelato.[41] In questo senso è anche la giurisprudenza delle corti europee, secondo cui la salute riveste una importanza primaria tra i beni e gli interessi protetti dal Trattato tale da lasciare agli Stati membri, nei limiti dell'osservanza del principio di proporzionalità, un ampio margine di discrezionalità nel decidere il livello al quale intendono garantire la tutela della salute pubblica: motivo di interesse imperativo in grado di derogare alla libera prestazione dei servizi.[42] Entro i suindicati limiti, la giurisprudenza europea si è espressa peraltro nel senso di

---

[36] Così F. Giglioni, *Manuale di diritto sanitario*, Bari, 2020.

[37] Cfr. tra le tante, Cons.St., sez. III, 7/3/2019 n. 1589.

[38] Cosi ancora Cons. St., sez. III n. 1589/2019 cit.

[39] G. Corso, N. Rangone, M. De Benedetto, *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*, Bologna, 2022, 346.

[40] Tar Campania, Napoli, sez. I, 3/7/19 n. 4167.

[41] Pur se in tema di contratti pubblici, per una rassegna della giurisprudenza costituzionale che riconosce legittimo subordinare la libertà di iniziativa economica privata ad esigenze generali indicate dalla legge, a partire dalla sentenza della Corte n. 29 del 1957, cfr. da ultimo, G. Rivosecchi, *Anche la virtù necessita di limiti: tutela della concorrenza vs. libertà di iniziativa economica*, in *Giorn. dir. amm.* 4/2022, spec. 512.

[42] Cfr. Corte di Giustizia Unione Europea, sez. IV, 5/12/2013, Venturini vs Asl Varese, cause riunite C-159/12 e C-162/12; CGCUE, 11/9/2008, Commissione vs Germania, in C-141/07.

ritenere il regime di previa autorizzazione amministrativa non in contrasto con l'articolo 106 T.U.E. purché fondato su "criteri oggettivi, non discriminatori e noti in anticipo".[43] L'esigenza di assicurare la copertura capillare nel territorio di servizi ed apparecchiature a bassa redditività giustifica la mano dello stato (*id est* della Regione).[44]

Si comprende allora la scelta di intervenire nella materia di che trattasi attraverso lo strumento della legge sulla concorrenza e al tempo stesso la prudenza usata dal legislatore nel non eliminare al fondo la visione programmatoria del servizio, non raccogliendo tutti i già elencati suggerimenti dell'AGCM che prevedevano, come detto, di sganciare, per così dire, l'accreditamento regionale dalla previa verifica del fabbisogno.[45] Certo è innegabile che l'accreditamento attribuisca a chi ne è titolare una posizione concorrenziale di plusvalore rispetto agli altri operatori privati: da questo punto di vista, allora, la definizione del fabbisogno non può essere utilizzata dalle Regioni come strumento per consolidare tale posizione di vantaggio, congelando il mercato di riferimento. Si tratta di un rischio segnalato e riscontrato da recenti sentenze del Consiglio di Stato[46], secondo cui "la valutazione del fabbisogno non può essere illimitata né schiudere la strada ad ingiustificate e sproporzionate restrizioni dell'iniziativa economica privata, senza trovare un ragionevole e proporzionale contro bilanciamento nella cura in concreto, da parte della pubblica amministrazione decidente, dell'interesse pubblico demandatole"[47]. Inteso in questi termini, come cioè provvedimento puntuale e riferito al caso specifico, la valutazione del fabbisogno non si pone necessariamente quale strumento di pianificazione vero e proprio[48]. E tanto sembra trovare conferma non solo nelle nuove disposizioni dedicate all'accreditamento, quanto in quelle che disciplinano la fase che ne sta a valle e rappresentata dalla conclusione di accordi contrattuali. La previsione che subordina la possibilità per i soggetti accreditati di erogare le prestazioni in nome e per conto del servizio sanitario nazionale agli esiti di periodiche procedure di selezione, trasparenti, eque e non discriminatorie,

[43] CGUE, grande Camera, 10/3/2019, C-169/17.

[44] Cons. St., III, 10 luglio 2019 n. 4167.

[45] Secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 10 marzo 2022, n. 1717, in sede di accreditamento di strutture private la valutazione del fabbisogno si pone quale presupposto indefettibile delle istanze eventualmente presentate, sulle quali peraltro non può ritenersi operante il meccanismo del silenzio assenso.

[46] Cons. St., sez. III, 4/2/2021 n. 1043;

[47] Così Cons. St., sez. III, 10/2/2021 n. 1249, in cui pure il richiamo alla necessità di una valutazione del fabbisogno in concreto, accurata ed attualizzata, preceduta da una idonea istruttoria.

[48] Sulla questione dell'esame del bisogno come condizione in ordine all'*an* della decisione di ammettere un'impresa nel mercato, e sulla c.d. autorizzazione con accertamento del bisogno, cfr. V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica privata e potere amministrativo*, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Napoli, 2001, 71.

con criteri oggettivi, concorre a ridurre posizioni di rendita e ad implementare per l'effetto la concorrenza.

Viene così introdotta una misura idonea a controbilanciare l'esercizio del potere discrezionale rispetto alle situazioni giuridiche soggettive di quei soggetti in possesso dei requisiti previsti tanto per ottenere l'autorizzazione quanto l'accreditamento.

A parità di condizioni, in altri termini, la qualifica di operatore che agisce all'interno del servizio sanitario viene ora riconosciuta all'esito di procedure di tipo concorsuale. In questo modo, nella strutturazione del servizio sanitario nazionale, l'apertura ad un mercato definibile concorrenziale sembra più netta rispetto a quanto complessivamente desumibile dalla disciplina previgente.

Certo, la selezione deve tener conto della programmazione sanitaria regionale e delle eventuali esigenze di razionalizzazione della rete in convenzionamento, come anticipato. Resta quindi intatta una sequenza di scelta del contraente che non può dirsi avulsa dall'esistenza di una condizione di asimmetria delle parti: nella quale infatti continua ad essere rintracciabile l'esistenza di un potere all'interno della fattispecie normativamente attratta nell'area del diritto privato.

La questione del rapporto tra aperture alla concorrenza e scelte di stampo programmatorio va perciò affrontata tenendo ben presente il rischio che qualsiasi forma di assolutizzazione del problema comporta: negare i benefici della concorrenza sull'effettività delle scelte pubbliche significa non fornire un contributo utile al dibattito che cerca di intercettare le nuove direttrici lungo cui si muove la scienza del diritto amministrativo.[49] Pianificazione e concorrenza possono coesistere, nella misura in cui si riconosca alla seconda la capacità di rafforzare la giustizia sociale e alla prima un valore generale ed indicativo[50].

La validità di tale conclusione risulta ulteriormente suffragata dalla lettura delle disposizioni del codice civile in tema di concorrenza. Segnatamente, l'articolo 2595 c.c. prevede che la concorrenza non debba ledere gli interessi dell'economia nazionale[51]. In altre parole, tanto l'autonomia privata quanto le scelte dell'autorità pubblica risultano in fondo sottoposte a fini e a condizioni che condividono la stessa matrice, rappresentata dalla dimensione politica degli interessi pubblici coinvolti nella regolamentazione del settore. Del resto, la salute rappresenta un traguardo di elevato e diffuso benessere che l'amministrazione è chiamata a raggiungere, che può imporre manifestazioni formali e criteri di azione, modelli organizzativi in grado di correggere il corso altrimenti spontaneo delle forze economiche.

---

[49] M. D'Alberti, *Concorrenza e diritto amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 1/2022, 5 e ss.

[50] Cosi ancora M. D'Alberti, op. ult. cit, p.8.

[51] V. Spagnuolo Vigorita, *Attività economica e potere amministrativo*, cit. 154.

7. *Un nuovo approccio di promozione della tutela della salute: welfare comunitario*

Il sistema complessivo della concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e socio assistenziali[52] non può essere studiato guardando ai soli termini pubblico -iniziativa economica privata, perché ciò rischia di svilire la complessità del tema.

Ne rappresenta conferma quanto è dato desumere dalle disposizioni contenute nel recente D.M. 77/22,[53] cui si è in precedenza fatto già riferimento, e con il quale sono stati previsti modelli e standard per lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel servizio sanitario nazionale. Il citato decreto ministeriale 77/2022 privilegia, almeno in via teorica, un approccio sistemico, collaborativo e partecipativo[54] di promozione comunitaria della salute e di *welfare* generativo, inteso come forma di soddisfazione dell'interesse generale che lo Stato si prefigge di raggiungere attraverso la instaurazione di rapporti di collaborazione con i cittadini, singoli o associati.[55]Viene introdotta così una dimensione del servizio sanitario come "parte di un più ampio sistema di *welfare* comunitario secondo un approccio *one health* e con una visione olistica"[56].

Occorre ora specificarne altri contenuti, almeno in via di prima approssimazione, per saggiare la reale portata ed effettività della riportata disposizione regolamentare[57]. Anzitutto, i contenuti del regolamento di che trattasi vanno raccordati anche con altra missione prevista dal PNRR, la numero 5, che prevede investimenti sulle infrastrutture sociali, servizi sociali e sanitari di comunità.

Con l'intento di perseguire la strategia di una pianificazione che tenga conto degli obiettivi di rafforzamento e valorizzazione dei servizi attraverso la definizione di standard qualitativi e strutturali. Più in particolare, l'obiettivo avuto di mira risiede nella elaborazione di un modello di erogazione unico per tutto il territorio che garantisca il rispetto dei livelli essenziali di assistenza[58] e riduca le disuguaglianze.

Lo sviluppo dell'assistenza territoriale nel SSN e gli standard delle strutture dedicate all'assistenza territoriale e al sistema di prevenzione in ambito sanitario,

---

[52] G.F. Cartei, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir.pubbl. com.* 3/4, 2007, 627 ss.

[53] Su cui R. Balduzzi, *Gli standard (e il modello) dell'assistenza sanitaria territoriale: prime considerazioni,* in *Corti supreme e salute*, 2/22.

[54] Sul tema si veda A. R. Favretto, *Diritti, cultura della salute e partecipazione*, in R. Balduzzi, a cura di, *Trent'anni di servizio sanitario*, Bologna, 2007, 165.

[55] C. Bottari, P. De Angelis (a cura di) *Dal welfare state al welfare di comunità,* Bologna, 2017.

[56] Piuttosto stridente rispetto alle promettenti e alte intenzioni la circostanza che il Decreto in parola sia frutto della mancata intesa espressa dalla Conferenza Permanente per i rapporti tra Stato e Regioni e rappresenti dunque l'esito dell'attivazione della procedura di cui all'art. 3, c., 3, d.lgs 281/97 che attribuisce poteri sostitutivi al Consiglio dei Ministri.

[57] Adottata nell'ambito della Missione 6 del PNRR, Reti di prossimità.

[58] Definiti dal Decreto Presidenza Consiglio dei Ministri del 12 gennaio 2017, i cui indicatori sono previsti dal Nuovo Sistema di Garanzia previsto dall'art. 3, comma 6, del D.M. 12/3/19.

ambientale e climatico viene assicurato attraverso una rete di gestione e coordinamento funzionale e organizzativo, al cui centro è posto il Distretto, articolazione dell'Asl dotato di autonomia tecnico gestionale ed economico finanziaria. Nel rispetto ed in coerenza con i livelli essenziali di prestazioni sociali e degli Ambiti Territoriali Sociali[59], anche attraverso forme di integrazione con i servizi sociali, sono individuati nuovi moduli organizzativi e figure professionali. Stratificazione della popolazione attraverso il ricorso ad algoritmi di tipo predittivo; sanità di iniziativa; medicina di popolazione; case e ospedali di comunità; centrale operativa territoriale e assistenziale sono alcuni dei mezzi individuati per assolvere il fine avuto di mira.[60] Alla valorizzazione ed al rafforzamento dei servizi sul territorio concorrono le organizzazioni di volontariato: tanto è espressamente ricompreso tra gli obiettivi strategici, ma non sembra sufficientemente chiarito attraverso quali modalità.

Il riferimento alla co-progettazione, infatti, in un sistema organizzativo cui si applicano le stesse condizioni previste in generale per l'erogazione di prestazioni sanitarie, cioè autorizzazione e accreditamento, non lascia intravedere con immediatezza il ruolo della progettazione strategica partecipata. E soprattutto nessuna indicazione viene data in ordine alla necessità di prevedere procedure di evidenza pubblica[61]. Sembra, in altri termini, che il decreto ministeriale contenga degli obiettivi di miglioramento delle condizioni della assistenza territoriale, dando anche rinnovato vigore ai Distretti, ma in sostanza si limiti a costruire le condizioni infrastrutturali, se così possono essere definite, non quelle di attuazione. E tanto peraltro non appare essere del tutto in linea con altra enunciazione del PNRR[62], che, a proposito dell'inclusione sociale, individua espressamente nella pianificazione in co-progettazione di servizi, in quanto istituto che sfrutta sinergie tra amministrazione, iniziative sociali e volontariato (assicurando il reciproco scambio di competenze ed esperienze)[63], la chiave per operare una lettura più penetrante dei bisogni della collettività di riferimento al fine di marginalizzare i disagi. La programmazione di un'azione a corrispettivo sociale attraverso la valorizzazione e il sostegno degli enti del terzo settore[64] può rappresentare espressio-

[59] Cfr. L. 234/2001.

[60] D. Caldirola, *Welfare comunitario e Casa della Comunità: dal PNRR alla riforma dell'assistenza sanitaria territoriale*, in *Jus*, 2022, 5, p. 161, in particolare 171 e ss.

[61] P. De Angelis, *I sistemi di affidamento*, in C. Bottari, (a cura di) *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento,* Torino, 2013.

[62] Il tema della attuazione in concreto degli obiettivi individuati dal PNRR e quello del suo inquadramento giuridico sono trattati, rispettivamente, e tra gli altri, da V. Ceruli Irelli, A. Giurickovic Dato, *Sugli interventi normativi necessari per l'attuazione del Piano Nazionale di ripresa e resilienza, Rassegna Astri*d, 2021, 16; M. Clarich, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico, Astrid*, 2021, 21.

[63] F. Trimarchi Banfi, *Teoria e prassi della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir.amm.*, 1/20, 3 ss.

[64] A. Gualdani, *Il rapporto tra le pubbliche amministrazioni e gli enti del Terzo settore alla luce dei recenti*

ne della realizzazione più compiuta del principio di solidarietà sociale.[65] Si tratta dunque di una riforma che riveste grande importanza, nella misura in cui è volta ad assicurare uguaglianza nel diritto alla salute sull'intero territorio nazionale[66] e che, in quanto tale, necessita della creazione di un sistema di monitoraggio[67] che sia il meno complesso possibile[68]. E tale riforma, come più volte anticipato nel corso del lavoro, si innesta sulla disciplina complessiva del Servizio Sanitario Nazionale, costituendone un nuovo "*regulatory layer*[69]" con cui va necessariamente raccordata e coordinata. La chiarezza si pone infatti come condizione per garantire l'effettività, poiché assicura accesso al diritto[70].

8. *Accountability e verifica dell'effettività*

Da questo punto di vista, cioè in riferimento all'accesso al diritto e alla effettività delle misure che lo assicurano, non può non sottolinearsi la portata che va riconosciuta ad un'altra delle disposizioni contenute nella legge annuale per il mercato e la concorrenza in tema di tutela della salute. Si tratta della norma[71] che all'obbligo per tutti i soggetti, (pubblici e privati in possesso dell'accreditamento istituzionale), di indicare sul proprio sito istituzionale i tempi di attesa previsti e quelli medi effettivi per ciascuna prestazione erogata, aggiunge quello di pubblicare i bilanci e i dati sugli aspetti qualitativi e quantitativi dei servizi erogati e dell'attività medica svolta. Il rilievo di tale disposizione sembra potersi cogliere non tanto perché incide, ampliandola, sulla garanzia del rispetto del principio di trasparenza, quanto piuttosto perché significativa (in particolar modo per le

interventi normativi, in *Federalismi.it*, 21/2021; G. Arena, *L'amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 3/2020, 1449 ss.; N. Aicardi, G. Caia, M. Dugato, M. Gola, A. Lolli (a cura di) *Diritto amministrativo e società civile,* Bologna, 2020.

[65] C. Franchini, *L'intervento pubblico di contrasto alla povertà*, Napoli, 2021; E. Catelani, *Coesione sociale e politiche per la salute alla luce dell'attuazione nazionale del Recovery Fund*, in *Passaggi costituzionali*, 2021, 211.

[66] F.G. Cuttaia, *Il recupero della centralità del diritto alla salute*, Torino, 2022, 136 e ss., per il ruolo cardine del D.M. nell'assistenza sanitaria.

[67] L'articolo 2 del D.M. assicura il monitoraggio del sistema affidandolo all'Agenzia Nazionale per i Servizi Sanitari Regionali (Agenas) e dispone che agli esiti positivi delle verifiche corrisponda un finanziamento integrativo.

[68] Cons. St., sezione consultiva per gli affari normativi, 10 maggio 2022, n. 619.

[69] Così ancora la Sezione consultiva del Consiglio di Stato citata alla nota precedente.

[70] A ribadire tali concetti ancora Cons. St. cit. Sulla funzione consultiva in materia normativa esercitata in questi anni dal Consiglio di Stato, cfr. G. Napolitano, *Consiglio di Stato e qualità della regolazione tra pandemia e PNRR*, in *Giorn. dir. amm.* 2/22, 153 ss.; L. Carbone, *I pareri del Consiglio di Stato* in B.G. Mattarella, E. D'Alterio (a cura di) *La riforma della pubblica amministrazione*, Milano, 2017, 43 ss; L. Torchia, *Funzione consultiva e funzione normativa: il Consiglio di Stato e le riforme*, in *Giorn. dir. amm.*, 3/2016, 285 ss.

[71] Articolo 15, comma 2, lett. b) che modifica l'articolo 41, comma 6, del d.lgs. n. 33/2013 e s.m.i.

strutture pubbliche) della considerazione finalmente accordata al coinvolgimento dell'utenza e, più in generale, alla vasta gamma degli *stakeholders*. Si può infatti ragionevolmente desumere che una simile previsione sottenda una modalità di rendicontazione necessaria e utile, anche, per implementare i processi decisionali e orientare l'utenza favorendo una scelta consapevole. Il tema è al centro da tempo degli studi delle scienze aziendalistiche[72] che nella trasparente conoscenza e nella comprensione del valore pubblico generato attraverso la rendicontazione individuano una delle possibili risposte al bisogno di *accountability*[73]. Monitoraggio e valutazione rappresentano un valore aggiunto che consente di fornire ai decisori delle politiche sanitarie, ai gestori dei servizi assistenziali, agli operatori sanitari e sociali un quadro da cui trarre le questioni nodali nella produzione di sanità. In questa direzione non mancano alcune esemplari esperienze regionali, come quella della Toscana[74]: che attraverso una visione di insieme, sostenuta da strumenti di *machine learning*[75], ha dato vita ad un sistema di analisi delle diverse dimensioni del sistema sanitario[76], a tutto vantaggio anche della scelta da parte dell'utenza. La dimensione del sistema del controllo si apre a prospettive altre dalla dimensione puramente economica, declinata in chiave di efficienza ed efficacia: quelle sociali[77] e sostenibili, date cioè dalla soddisfazione dell'utenza e dalla rendicontazione all'ambiente economico ed extraeconomico.[78] Si tratta, in altri termini, di una metodologia – valutazione dell'impatto sociale – che consente, come sopra accennato, di dare valore alla conoscenza e alla partecipazione della comunità di riferimento e degli *stakeholders*. Questo tipo di valutazione assume grande rilievo anche, e forse soprattutto, quando applicata ad attività svolte dal privato sociale, che implementano attività di interesse generale. E, prima ancora, su di un piano generale, giuridifica[79] "percorsi argomentativi che pertengono ad altre scienze sociali e che sono necessari per condurre le richieste valutazioni di effettività"[80] del diritto.

---

[72] P. Ricci, R. Civitillo, *La performance "benessere" tra i diritti nell'era Covid 19: misurazione, valutazione e interpretazione*, in B. Guastaferro, L. Tebano, (a cura di) *Cura, lavoro, diritti. L'Unione Europea e le sfide della contemporaneità*, Quad. 12/2022 Diritti, Lavoro e mercati.

[73] P. Ricci, *Accountability,* in A. Farazmad, (a cura di), *Global Encyclopedia of Public Administration. Public Policy and Governance*, Springer International Publishing, 2016.

[74] Di cui si veda il testo della relazione annuale per il 2019.

[75] Per una completa disamina del fenomeno si veda, tra gli altri, D.U. Galetta, R. Cavallo Perin, *Il diritto dell'amministrazione pubblica digitale*, Torino, 2020. Algoritmi predittivi per la creazione di modelli strumentali alla stratificazione della popolazione sono previsti da ultimo nel D.M. 77/22.

[76] C. Bottari (a cura di) *La salute del futuro. Prospettive e nuove sfide del diritto sanitario*, Bologna, 2020, a proposito del ruolo svolto dall'evoluzione tecnologica sul tema salute.

[77] E. Borgonovo, *Management per la salute. Scienze, diritti, responsabilità sociali, efficienza,* Milano, 2021.

[78] Così A. La Spina, *Politiche pubbliche*, cit., 188.

[79] In generale, sul tema cfr. M. Renna, B. Marchetti, *I processi di giuridificazione*, *soggetti, tecniche, limiti,* Milano 2016.

[80] G. Corso, M. De Benedetto, N. Rangone, *Diritto amministrativo effettivo, Una introduzione*, cit. 99, secondo cui si tratterebbe di misure determinanti dell'effettività.

Abstract

Le nuove norme che la legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2022 detta a parziale modifica delle modalità di accesso al sistema del servizio sanitario offrono lo spunto per una riflessione sulla questione del rapporto pubblico – privato nella sanità e sulle politiche pubbliche del servizio sanitario. In questo contesto vengono analizzate anche le norme in tema di assistenza territoriale e le potenzialità sottese ad una riforma che guarda al sistema salute con diverso approccio, quello del *welfare* generativo e aperto alla partecipazione anche nella fase di progettazione delle misure. Il lavoro affronta infine il tema, anche esso introdotto dalla legge annuale per il mercato e la concorrenza, della *accountability* come modalità di verifica della effettività delle misure.

Public authorities and private in the protection of health. On the measures introduced by the annual market and competition law and the new provisions on territorial assistance

Provisions that the annual law for market and competition 2022 partially modifies access to health service system provide food for thought regarding public-private relationship in health care and public policies of public health service. Within this context, norms in the area of territorial care are also analyzed, as well as underlying potentialities in a reform looking towards the health system in a different approach, namely that of generative welfare and open to participation also at measure design stage. Finally, this paper addresses issues, also introduced by annual market and competition law, of accountability as a way of verifying effectiveness of measures.

La (ri)politicizzazione della religione e i paradossi della secolarizzazione: simboli, identità, populismi*

di Luca Pietro Vanoni

Sommario: 1. La (ri)politicizzazione della religione attraverso i suoi simboli. – 2. Simboli e popoli. Una simbiosi strategica? – 3. Oltre i populismi. Il persistente enigma dei simboli religiosi tra pluralismo e secolarizzazione – 4. Religione e modernità: il complicato rompicapo della secolarizzazione – 5. Identità culturali simboliche in subbuglio: una questione persistente. – 6. L'uso simbolico della religione nella costruzione delle identità nazionali europee: qualche esemplificazione. – 8. La contesa delle identità nelle società plurali post-secolari. – 9. Conclusioni.

1. *La (ri)politicizzazione della religione attraverso i suoi simboli*

Uno dei principali pilastri che sorreggono le moderne democrazie è rappresentato dall'idea per cui lo Stato, per essere definito liberale, debba in qualche misura essere secolare. Nel tratteggiare le caratteristiche di questo pilastro, Rosenfeld lo ha descritto come «istitutional secularism»[1], ovverosia un meccanismo costituzionale capace di garantire un sufficiente grado di separazione tra lo Stato e la religione che, allo stesso tempo consenta la coesistenza e la pacifica convivenza di visioni religiose o areligiose della vita. Questa concezione del secolarismo, che si articolerebbe a partire dall'illuminismo, si fonda sulla presunzione per cui né lo Stato né – in termini più generali – la sfera pubblica debbano operare in connessione con la religione, che dovrebbe invece esprimersi liberalmente solo nel privato, in *interiore homini*: «consistent with the values of the Enlightenment, ideally religions should be completely depoliticized and removed from the public sphere in exchange for being guaranteed a privileged status within the private sphere»[2].

Partendo da questa premessa, alcuni autori hanno sottolineato come negli ultimi dieci anni il principio del secolarismo istituzionale sia minacciato dalla ri-politicizzazione della religione e dalla sacralizzazione della sfera politica[3]

* Il presente contributo costituisce una elaborazione della ricerca svolta nell'ambito del Progetto SiNtesi – Bando competitivo Linea 3 SEED 2019, e una anticipazione rivisitata dei contenuti presenti nel libro C. Nardella, M. Toscano, L.P. Vanoni, *Simboli contesi*, Torino, (in corso di pubblicazione).

[1] S. Mancini, M Rosenfeld, *Nationalism, Populism, Religion, and the Quest to Reframe Fundamental Rights*, Cardozo Legal Studies Research Paper No. 617, 2020, 1.

[2] *Ibidem*.

[3] Secondo J.P. Zùquette, *Populism and Religion*, in C.R. Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochocha Espejo, P. Ostiguy (a cura di), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, 2017, 444, politicizzazione della religione e sacralizzazione della politica costituiscono due aspetti dimensionali connessi ma

disposte da partiti sovranisti e/o populisti anche attraverso la riproposizione pubblica di quei simboli e quelle tradizioni religiose che sono particolarmente radicate nella comunità di riferimento.

Molteplici sono gli esempi di questa attuale tendenza, che sfrutta il valore semantico dei simboli religiosi per fini politico-identitari. Rivolgendo lo sguardo al nostro paese, è facile constatare come il leader della Lega Matteo Salvini utilizzi spesso nei suoi comizi riferimenti ai santi protettori d'Europa e d'Italia, mostrando alla folla vangeli e rosari per marcare la propria distanza da quella deriva cosmopolitico-globalista descritta come una minaccia per lo stile di vita del popolo italiano. Al di là del credo personale di Salvini – che si è spesso dichiarato cristiano praticante – la tendenza del leader della Lega ad associare la politica alla religione è certamente parte della sua strategia elettorale come da lui stesso riconosciuto quando ha affidato pubblicamente la vittoria di alcune battaglie politiche alla protezione della Vergine[4].

Tale orientamento non è però confinato al nostro territorio nazionale. In Austria, il leader del FPÖ Heinz-Christian Strache ha più volte brandito un grosso crocifisso di legno nei propri comizi politici[5], mentre in Germania Alternative für Deutschland ha inaugurato la campagna anti-islamica alle elezioni del 2017 sfruttando l'effige di Martin Lutero[6]. In Polonia, famosa è stata la contesa sull'installazione della Smolensk Cross, eretta nel 2010 di fronte al palazzo presidenziale per commemorare la tragedia aerea che è costata la vita a 96 civili e al presidente della Repubblica Lech Kaczyński, e divenuta poi il simbolo di inconsistenti teorie sulle presunte responsabilità del governo polacco sull'incidente. Solo tre mesi dopo la sua installazione, essa venne rimossa dall'amministrazione locale, generando un acceso dibattito che si è rapidamente trasformato «into a battleground that exposes the deep cultural and political rifts within Polish society»[7].

L'uso strumentale della religione ha influenzato persino la linea politica pro-Brexit del UK Independence Party (UKIP) che, pur non presentandosi come

distinti che possono contraddistinguere, in modo a volte anche diverso, il nesso stringente tra il populismo e le religioni (cristianesimo, islamismo, ebraismo e buddhismo) ai giorni nostri.

[4] An.C., *Politica e religione: Quando Salvini cerca la benedizione dall'alto*, Il Sole 24 Ore (Aug. 6, 2019), *https://www.ilsole24ore.com/art/politica-e-religione-quando-salvini-cerca-benedizione-dall-alto-ACoZKUd*. Analogamente S. Mancini E M. Rosenfeld, *Nationalism, Populism, Religion, and the Quest to Reframe Fundamental Right*, cit., 15 hanno ricordato che «after his party's success in the European elections of 2019, he reiterated his thanks to the immaculate heart of Mary, for helping Italy and Europe to find again hope, pride, roots, jobs and security».

[5] Come riportato in *Strache macht wieder Werbung mit dem Kreuz*, in *Kronen Zeitung*, 10 febbraio 2018, *https://www.krone.at/1636648*.

[6] S. Hegarty, *Seven reasons Martin Luther and the Protestant Reformation still matter today*, in *ABC news*, 31 ottobre 2017, *https://www.abc.net.au/news/2017-10-31/why-martin-luther-and-protestant-reformation-still-matter-today/9093324*.

[7] J. Dempsey, *Poland, a Memorial Becomes a Battleground*, in *NYT on line*, 1 sett. 2010, https://www.nytimes.com/2010/09/02/world/europe/02iht-letter.html.

un partito di ispirazione religiosa, ha comunque utilizzato una qualche retorica cristianista per sostenere il proprio programma politico; così, ad esempio, il Manifesto *Valuing our Christian Heritage* del 2015 definisce il partito come «the only major political party left in Britain that still cherishes our Judaeo-Christian heritage» ricordando come, al contrario, «other parties have deliberately marginalised our nation's faith»[8]. Pur senza utilizzare una specifica simbologia religiosa, i discorsi anti-europeisti di Farange menzionano esplicitamente la cristianità come il collante della c.d. *Britishness*, e ciò potrebbe aver inciso nella «identification with Britain and support for Brexit, even if it is merely part of the matrix of British identity»[9].

Infine, nel continente europeo, anche la laicissima Francia sembra attraversata da movimenti populisti che si appellano alle radici cristiane per sostenere i propri programmi. La leader del Fronte Nazionale, ad esempio, ha in diverse occasioni descritto la cultura francese a partire da tali radici, utilizzando la figura di Giovanna d'Arco (spesso accostata a quella di Marianne) per ricordare al popolo francese che lo stesso motto nazionale liberté, egalité, fraternité «stems from the principles of secularization resulting from a Christian heritage»[10]. Allo stesso tempo, però, la strategia politica del Fronte Nazionale insiste fortemente sul concetto di *laïcité*, invocando la rimozione dei simboli religiosi dagli spazi pubblici o aperti al pubblico[11]. In modo del tutto paradossale, pertanto, sia la laicità che il cristianesimo «are presented as non-negotiable part as French identity»[12]; come ricordato pubblicamente da Marine Le Pen, infatti, «France is France. It has Christian roots. This is how it is. This is what makes its identity. It is *laique* and we are attached to this identity. We won't allow the transformations of this identity»[13].

In alcuni ordinamenti, inoltre, la religione è invocata per rafforzare l'identità del popolo non solo dai leader politici nei loro comizi elettorali, ma anche dalle stesse istituzioni[14]. Così, ad esempio, numerose sono state le polemiche suscitate

[8] Il Manifesto è disponibile in *http://www.support4thefamily.org/UKIPChristian_Manifesto-1.pdf*.

[9] I. Yilmaz, N. Morieson, M. Demir, *Exploring Religions in Relation to Populism: A Tour around the World*, in *Religions* 12, 2021, 17, *https://doi.org/ 10.3390/rel12050301*.

[10] E. Green, *The Specter of Catholic Identity in Secular France*, in *The Atlantic*, 6 maggio 2017, *https://www.theatlantic.com/international/archive/2017/05/christian-identity-france/525558/*.

[11] R. Brubaker, *Between Nationalism and Civilizationism: the European Populist Moment in Comparative Perspective*, in *Ethnic and Racial Studies*, 2017, 11: "In the current campaign, she has called for banning the headscarf – along with the kippa and, for an appearance of equality, large crosses – in all public settings, including stores, streets, workplaces, and public transportation".

[12] O. Roy, *The French National Front. From Christianity to Laïcité*, in N. Marzouski, D. Mcdonnel, O. Roy (a cura di), *Saving the People. How Populist Hijack Religion*, London, 2016, 91.

[13] Così il discorso elettorale del dicembre 2012 riportato da O. Roy, *The French National Front. From Christianity to Laïcité*, cit., 93.

[14] In riferimento alle dinamiche religioso-identitarie nei sistemi polacco ed ungherese, v. da ultimo S. Ninatti, *Religione e identità costituzionale: il difficile «ritorno in Europa» di Ungheria e Polonia*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2/2021, 195 ss.

dalla decisione del governo ungherese di installare nel 2014 un monumento per i caduti della seconda guerra mondiale raffigurante l'arcangelo Gabriele (simbolo della cattolica Ungheria) che fronteggia fieramente un'aquila imperiale del tutto simile a quelle utilizzate nelle effigi del Terzo Reich. In questo caso, l'uso di una simbologia complessa si è intersecata con la lettura strumentale della storia, mostrando una contrapposizione fittizia che sottovaluta le gravi colpe del governo Horthy al fine di addossare l'intera responsabilità dell'olocausto ungherese alla Germania nazista[15].

Quanto all'utilizzo di monumenti pubblici, ancor più significativa è la celebrazione di Stefano I, primo re ungherese venerato come santo da cattolici ed ortodossi, la cui statue campeggiano nelle piazze di Budapest. La figura di Re Stefano non è utilizzata solo per ricordare, descrittivamente, la nascita dello Stato ungherese, ma anche, per suggerire, prescrittivamente, i valori religiosi che sono indicati come marcatori identitari del paese dal Preambolo della Costituzione, che richiama al «role of Christianity in preserving nationhood»[16]. Lungi dall'essere qualificato come mera «ordinately designed cover»[17] della legge fondamentale, il Preambolo non si limiterebbe quindi a riconoscere il ruolo occupato dal cristianesimo nella storia del paese, ma sembra piuttosto indicare una direzione programmatico-costituzionale[18] che è oggi ratificata come «binding rule»[19] dall'art. R(4) della Legge Fondamentale, a norma del quale «the protection of the constitutional identity and Christian culture of Hungary shall be an obligation of every organ of the State»[20].

---

[15] Vedi Y. Schleifer, *Statue of Limitations*, in FP 7 luglio 2014, *https://foreignpolicy.com/2014/07/07/statue-of-limitations/*.

[16] Così il Preambolo della Costituzione ungherese: «We are proud that our king Saint Stephen built the Hungarian State on solid ground and made our country a part of Christian Europe one thousand years ago». Cfr. Legge Fondamentale dell'Ungheria (25 Aprile 2011) disponibile in sul sito della Corte costituzionale Ungherese, *https://hunconcourt.hu/uploads/sites/3/2021/01/thefundamentallawofhungary_20201223_fin.pdf*.

[17] J. Frosini, *Constitutional Preambles: More than Just a Narration of History*, 2 *Illinois Law Review*, 2017, 603 ss.

[18] In riferimento, si permetta di rinviare a B. Vimercati, L.P. Vanoni, *Dall'identità alle identity politics: la rinascita dei nazionalismi nel sistema costituzionale europeo*, in *Quad. Cost.*, 1, 2020, 48: «le tradizioni religiose sono infatti espressamente richiamate nel Preambolo della Costituzione ungherese del 2011 il quale (…) viene caricato di una forte valenza identitaria che sembra quasi prescrittiva della direzione costituzionale che l'ordinamento ungherese è chiamato a seguire».

[19] Come rilevato dalla *European Commission for Democracy Through Law* (Venice Commission), Opinion 1035/2021, al p.to 46: "in 2018, by the Seventh amendment to the Fundamental Law, Article R paragraph 4 was introduced (…) transforming the preambular formula into a binding rule". Vedi *https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2021)029-e*.

[20] Da questa deriva prescrittivo-etno-identitaria del sistema costituzionale ungherese aveva già messo in guardia G. Halmai, *Fidesz and Faith: Ethno-Nationalism in Hungary*, VerfBlog, 29 giu 2018, *https://verfassungsblog.de/fidesz-and-faith-ethno-nationalism-in-hungary/*, DOI: 10.17176/20180629-091745-0. A riguardo v. anche L. Bellucci, *Tradizione, identità nazionale, etnosimbolismo e discriminazio-*

L'utilizzo identitario-simbolico-strumentale della religione non è peraltro una prerogativa dei soli populismi europei. I quattro anni di presidenza Trump sono il riflesso di come una certa retorica religioso-etnico-nazionalista possa far presa su una porzione di elettorato e, in particolare, sui cittadini dell'America evangelica che credono fortemente nella predestinazione della nazione americana, nei suoi principi trascendenti, nei suoi valori morali. Si spiegano così molte delle esternazioni pubbliche del Presidente a sostegno della America cristiana[21], ed anche l'uso esplicito di simboli religiosi, come documenta la contestatissima foto di Trump che mostra una Bibbia di fronte alla chiesa episcopale di San Giovanni a Washington pochi giorni dopo l'omicidio di George Floyd per mano della polizia[22]. La Bibbia cristiana, da sempre utilizzata per il giuramento presidenziale, è parte integrante di quel 'deismo cerimoniale' e di quella commistione tra simbologia religiosa e laica tipica della nazione statunitense, ma, come rilevato dalle aspre critiche di numerosi prelati[23], la gestualità di Trump poco aveva a che fare con la rievocazione di tale tradizione, prestandosi piuttosto ad una esibizione strumentale volta a celebrare il ruolo del Presidente come quello di leader salvifico della nazione[24].

L'uso strategico della simbologia religiosa coinvolge infine in misura crescente anche i paesi latino-americani, i cui esponenti politici spesso poggiano il proprio consenso elettorale sulle comunità evangeliche. Si comprende così il tentativo della senatrice boliviana Jeanine Áñez di «riportare la bibbia all'interno del palazzo governativo», mentre in Brasile la retorica religiosa del presidente Bolsonaro ha spinto il Consiglio nazionale delle Chiese cristiane del Brasile (Conic) e la Diaconia luterana (Fld) a redigere un documento contro la strumentalizzazione dei simboli religiosi nei territori di propria competenza[25].

Il fenomeno ora descritto, che sembrerebbe riguardare solo la religione

---

ne in Ungheria: sfidare i diritti fondamentali con le loro stesse "armi", in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*https://www.statoechiese.it*), fascicolo n. 15 del 2021.

[21] E. Dias, *'Christianity Will Have Power'*, NYT, 9 ago 2020, *https://www.nytimes.com/2020/08/09/us/evangelicals-trump-christianity.html*.

[22] Sull'episodio, e in generale sul contestato uso di Trump della Bibbia, v. Z. Montague, *Holding It Aloft, He Incited a Backlash. What Does the Bible Mean to Trump?*, NYT 2 giugno 2020, *https://www.nytimes.com/2020/06/02/us/politics/trump-bible-st-johns.html*.

[23] Cfr. R. Shabad, G. Bennett, M. Alba, S. Pettypiece, *"The Bible is not a prop": Religious leaders, lawmakers outraged over Trump church visit*, NBC news, 2 giugno 2020, *https://www.nbcnews.com/politics/politics-news/religious-leaders-lawmakers-outraged-over-trump-church-visit-n1221876*.

[24] Come riportato da C.A. Brekus, *Donald Trump, the Bible, and White Supremacy*, in Harvard Divinity School Blog, 12 giugno 2020, *https://hds.harvard.edu/news/2020/06/12/donald-trump-bible-and-white-supremacy#*: «recognize his action for what it was: not a pious veneration of their most sacred text, but a crude attempt to turn the Bible into a justification for the "domination" of black protesters and their white supporters».

[25] Cfr. E. Banfo, *Religione: simboli di fede tra polemiche e strumentalizzazioni*, in *Affari Internazionali*, 22 dic. 2019, *https://www.affarinternazionali.it/2019/12/religioni-simboli-strumentalizzazioni/*.

cristiana, in realtà coinvolge anche società politiche a maggioranza islamica, induista, buddista e ebraica[26]. Per quanto le significative differenze che contraddistinguono paesi strutturalmente diversi sotto il piano storico e giuridico non consentano una reale comparazione, la diffusione globale del fenomeno sembra comunque suggerire che «the growing prominence of religion in politics is evident in populist rhetoric dominating political life across the world»[27].

2. *Simboli e popoli. Una simbiosi strategica?*

Gli esempi riportati mostrano, in modo significativo, quanto negli ultimi dieci anni l'uso strumentale di argomenti, simboli, costumi religiosi abbia influenzato la scena politica europea e non, fondendosi con la retorica antisistemica tipica dei moderni populisti. Per dirla con Zanatta, «the relationship between populism and religion hits in your eyes» e, sebbene illustri studiosi del fenomeno come Cass Mudde abbiano rilevato che per molto tempo lo studio delle relazioni tra populismo e religione «remains neglected area of research»[28], oggi il nesso tra questi due fenomeni è sempre più al centro nello studio delle scienze sociali[29].

Le ragioni di questa nuova alleanza tra religione e nazionalismo populista non sono troppo difficili da comprendere. Riprendendo la famosa definizione di Mudde, infatti, il populismo sarebbe «a thin-centered ideology» che tende a separare la società in due gruppi omogenei ("the pure people versus the corrupt elites") promuovendo una visione semplificata della realtà in cui il ruolo dei politici è quello di rappresentare la volontà generale ("the general will") del popolo[30]. L'*ideational approach* di Mudde è utile per spiegare l'utilizzo strumentale della religione da parte dei populismi; presentandosi come una ideologia sottile, i populismi possono (e, anzi, in realtà nella maggior parte dei casi devono) combi-

[26] I. Yilmaz, N. Morieson, M. Demir, *Exploring Religions in Relation to Populism: A Tour around the World*, cit., *passim*. Particolarmente interessante sotto il profilo della comparazione delle religioni è la vicenda indiana e la ascesa al potere del Presidente Modi, la cui formazione politica è fortemente intessuta di teorie appartenenti all'induismo nazionalista della organizzazione Rashtriya Swayamsevak Sangh. Vedi (tra gli altri) D. Mcdonnell, L. Cabrera, *The Right-Wing Populism of India's Bharatiya Janata Party (and Why Comparativists Should Care*), *26 Democratization*, 2009, 484.

[27] I. Yilmaz, N. Morieson, M. Demir, *Exploring Religions in Relation to Populism: A Tour around the World*, cit., 20.

[28] Entrambe le citazioni sono riportate da J.P. Zùquette, *Populism and Religion*, cit., 44.

[29] Per una recente ricostruzione della letteratura riguardante il nesso tra religioni e populismo, cfr. (per tutti) Y. Ihsan, N. Morieson, *A Systematic Literature Review of Populism, Religion and Emotions*, in *Religions* 12, 2021, 272 ss.

[30] C. Mudde, *Populism. An Ideational Approach*, in C.R. Kaltwasser, P. Taggart, P. Ochocha Espejo, P. Ostiguy (a cura di), *The Oxford Handbook of Populism*, Oxford, 2017, 29.

narsi con «very different (thin and full) other ideologies, including communism, ecologism, nationalism or socialism»[31]. La versatilità concettuale dei fenomeni populisti riesce così ad assorbire le argomentazioni dogmatico-morali delle religioni per riempire di contenuti "spessi" la propria retorica demagogica. Inoltre, i populismi moderni affidando ad un capo l'intera rappresentanza della volontà del popolo e istituiscono una forte interazione tra la sua leadership carismatica e una narrativa salvifica (*vox populi – vox dei*) che tende a sacralizzarne la figura[32]. In questo senso, si comprende perché l'eccezionalismo tipico del populismo può davvero manifestarsi come «la trasposizione secolare di quello religioso, per cui ogni religione, sottolineando più l'identità che la fede, si proclama come unica via di salvezza escludendo le altre»[33].

Anche la definizione offerta da Müller svela, sotto un altro angolo prospettivo, il legame tra religione e populismi. Approcciando al problema da un punto di vista politologico, Müller osserva come il populismo non si limiti a criticare le elites, ma si ponga innanzitutto come un fenomeno *anti-pluralista* che tende a polarizzare la società dividendola in due fazioni ("us v. them") moralmente distinte. Pertanto, la politica populista è sempre una «politica delle identità» che contrappone un concetto artificiale di popolo ad un nemico ugualmente fantomatico, *moralizzando* la contrapposizione[34]. Questa teoria si sposa con una delle principali cause individuate da Norris e Inglehart per spiegare l'ascesa dei populismi, secondo cui sarebbe fuorviante interpretare il fenomeno sotto il profilo unicamente economico, perché esso sarebbe anche figlio di una resistenza al cambiamento culturale e sociale[35].

---

[31] C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, in *Government and Opposition,* 39(4), 2004, 544.

[32] Vedi, a riguardo, le considerazioni di J.P. Zùquette, *Populism and Religion*, cit., 454: «the empirical/deductive approach should reveal religious populisms as political religions that are characterized by a dynamic interaction between charismatic leadership, a narrative of salvation, ritual, and the creation of a moral community that sees itself with the collective mission of fighting conspiratorial enemies, redeeming the nation from its alleged crisis».

[33] N. Colaianni, *Populismo, religioni, diritto*, *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (*https://www.statoechiese.it)* n. 34/2019, 100.

[34] J.W. Müller, *Cos'è il populismo*, Milano, 2016, 7: «oltre ad essere antielitari, i populisti sono *antipluralisti*. Sostengono di essere gli unici a rappresentare il popolo (…). La rivendicazione della rappresentanza esclusiva non è empirica: è sempre chiaramente *morale* (…). In parole povere, i populisti affermano "siamo il 99 per cento", ma sotto intendono invece "siamo il 100 per cento". Per i populisti, questa equazione funziona sempre: qualsiasi rimanenza può essere ignorata in quanto immorale ed estranea al popolo. Questo è un altro modo di dire che il populismo è sempre *una forma di politica delle identità* (sebbene non tutte le versioni della politica delle identità siano populiste)».

[35] R. Inglehart, P. Norris, *Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash*, HKS Faculty Research Working Paper Series RWP16-026, 2016, 2: «The surge in votes for populist parties can be explained not as a purely economic phenomenon but in large part as a *cultural backlash*, as a reaction against progressive cultural change».

La divisione manichea della realtà, unita alla crisi delle identità tipica della società postmoderna, porta a galla il nesso strumentale tra populismi e religione. Essi si prestano per loro natura a rappresentare, in modo semplice ma efficace, il *cultural backlash* identitario che è all'origine di un certo populismo[36]. All'interno della sfera pubblica i simboli sono infatti costrutti culturali chiamati a rappresentare se stessi e allo stesso tempo qualcosa d'altro, perché hanno il potere «altamente sintetico sul piano cognitivo e altamente mobilitante sul piano affettivo e volitivo»[37] di invocare una credenza, un valore, una identità; come ricordato da Gadamer: «il simbolo indica ciò che non vale solo per il suo contenuto, ma per la possibilità di essere esibito; esso quindi è un documento attraverso il quale i membri di una comunità si riconoscono: sia esso un simbolo religioso, o si presenti invece in senso profano come un distintivo, un lasciapassare, una parola d'ordine»[38].

Si svela quindi l'intrinseca paradossalità del simbolo che, da un lato, anche etimologicamente, «unisce e mette insieme (*syn-ballo*) coloro che in esso e tramite esso si riconoscono» eppure nello stesso tempo «divide e separa (*dia-ballo*) coloro che in quel simbolo non si riconoscono, sortendo così un effetto *diabolico*»[39]. È proprio questa duplice veste del simbolo[40] che consente ai populisti di perseguire con efficacia la strategia politica di dividere la società in due categorie tra loro contrapposte. Il simbolo religioso esposto pubblicamente nei comizi elettorali è in grado di marcare una netta divisione tra "us", (cioè the "pure people" che si riconoscono nella identità che il simbolo esprime) da "them" (ossia coloro che osteggerebbero lo stile di vita religioso/tradizionale del popolo). Così utilizzato, esso assolve pragmaticamente ad una funzione identitaria permettendo la costruzione simbolica dell'intersoggettività, cioè la creazione di legami sociali

---

[36] Così N. Colaianni, *Populismo, religioni, diritto*, cit., 106: «Unità politica e omogeneità religiosa tornano così a sovrapporsi in materia di simboli religiosi. Il populismo ha bisogno di simboli per agganciare la comunità unanime e pura, che vuole restaurare, all'antico immaginario religioso».

[37] L. Lombardi Vallauri, *Simboli e realizzazioni*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, *Symbolon e Dyabolon. Simboli Religioni, diritti nell'Europa Milticulturale*, Bologna, 2006, 15.

[38] H.G. Gadamer, *Wahrheit and Methode. Grunzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tubingen, 1960, riportato da G. Azzoni, *La duplice trascendenza del simbolo*, in E. Dieni, A. Ferrari, V. Pacillo, *Symbolon/Diabolon. Simboli, religioni, diritti nell'Europa multiculturale*, cit., 35.

[39] E. Dieni, *Simboli, religioni, regole e paradossi,* intervento a *Crocifisso velo e turbante. Simboli e comportamenti religiosi nella società plurale*, Campobasso, 21-22 aprile 2005, in *www.olir.it*, 3.

[40] Questa duplice valenza è messa in evidenza, sotto un diverso angolo prospettico, anche da C. Cardia, *Il simbolo religioso e culturale*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, in Rivista telematica (*www.statochiese.it*), n. 23/2012, 1 che rileva come l'aspetto divisivo e quello inclusivo del simbolo abbiano poi originato due orientamenti giuridici differenti: «l'esame semantico delle controversie sui simboli religiosi rivela il linguaggio usato dalle due scuole di pensiero, una negativa e repulsiva, l'altra inclusiva ed accogliente (…) i due orientamenti utilizzano termini e lessico opposti, un riflette sofferenza, opposizione, chiede il nascondimento della fede, l'altro propone accettazione delle differenze sintesi anche di compromessi».

che prescindono dalla conoscenza personale dell'altro; utilizzato come marcatore identitario-sociale, il simbolo permette così ai leader populisti di farsi riconoscere senza farsi davvero conoscere, fungendo da forza aggregatrice funzionale ad intercettare il consenso di un certo elettorato.

Questa tendenza non rimane priva di conseguenze anche sul piano della autenticità del fenomeno religioso. Come acutamente osservato da Brubaker, il richiamo simbolico alle radici cristiane d'Europa è una caratteristica anche di leader populisti (come ad esempio l'olandese Geert Wilders) i quali, sotto il profilo dogmatico-valoriale, non vantano tra i loro elettori credenti o praticanti. Specialmente nei paesi protestanti nordeuropei, infatti, il richiamo al cristianesimo è puramente strumentale, perché rivolto a una delle regioni più secolarizzate al mondo in cui solo il 5 per cento della popolazione dichiara di frequentare con costanza le Chiese. Pertanto, il cristianesimo invocato da tali partiti «is not a substantive Christianity; it is a secularized Christianity-as-culture, a civilizational and identitarian 'Christianism'»[41]. Proprio perché si rivolge ad elettori fortemente secolarizzati, il populismo dei paesi nordeuropei tende quindi a proporre anche alcuni valori che sembrano forse in contraddizione con una visione maggiormente conservatrice della religione cristiana: «Throughout Northern and Western Europe, national-populist parties have 'nationalized' gender equality (…). But gender equality is not claimed as a unique national value. It is claimed as a European value with roots in the Christian tradition, while gender inequality and oppression are represented as inherent in Islam»[42]

Non è quindi attraverso la sola ri-politicizzazione della religione che i populismi europei perseguono i loro scopi; al contrario, essi – presentandosi come una «thin ideology»[43] – sono in grado di combinare elementi identitari derivanti da diverse fonti, al fine di presentare una visione della società "civilizzata" e di contrapporla ai "nemici" che, di volta in volta, sembrano minacciarla: la cristianità è così utilizzata «as a matter of belonging rather than believing», mentre la secolarizzazione è alternativamente invocata tanto per «minimizing the visibility of Islam in the public sphere» quanto per «excluding or delegitimizing substantively Christian arguments for openness towards or solidarity with migrants and refugees»[44].

---

[41] R. Brubaker, *Between Nationalism and Civilizationism: the European Populist Moment in Comparative Perspective*, cit., 9.

[42] Id., 13.

[43] Sulla concezione del populismo moderno come "a thin ideology", vedi (tra i molti) C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, cit.; B. Stanley, *The thin ideology of populism*, *Journal of Political Ideologies*, 13:1, 2009, 95 ss.; J.W. Müller, *Cos'è il populismo*, cit.; M. Canovan, *Populism for political theorists?*, *Journal of Political Ideologies*, 9:3, 2004, 241 ss. In riferimento al populismo europeo, ma con particolare attenzione alle vicende del nostro sistema costituzionale, si veda – da ultimo – G. Martinico, *Filtering Populist Claims to Fight Populism*, Cambridge, 2022.

[44] R. Brubaker, *Between Nationalism and Civilizationism: the European Populist Moment in Comparative Perspective*, cit., 14: «Christianity is selectively embraced not as a religion but as a civilizational

Ironicamente, l'alleanza tra religione e populismi produce talvolta esiti contraddittori rispetto a quelle che dovrebbero essere le sue premesse. Come già ricordato, gli appelli di Marine Le Pen alle radici religiose della civiltà europea si concludono con un riferimento alla *laïcité* che porta ad escludere la presenza pubblica di simboli (anche) cristiani nati invece sul solco di tali radici. In Olanda, l'agenda politica del PVV che promuove «our Jewish, Christian, and humanistic civilization»[45], è poi esplicitamente orientata verso valori progressisti quali il matrimonio omosessuale e l'uguaglianza di genere che, almeno sulla carta, mal si conciliano con una visione della vita religioso-tradizionalista. In Italia, infine, la difesa della libertà di culto spesso invocata da Matteo Salvini anche attraverso l'esibizione del rosario non trova riscontri nella forte opposizione politica del leader della Lega alla costruzione di nuove moschee[46].

In definitiva, l'intersezione tra argomenti politico-secolar-religiosi segue

identity, a matter of belonging rather than believing. Secularism is selectively embraced as a way of minimizing the visibility of Islam in the public sphere – but also as a way of excluding or delegitimizing substantively Christian arguments for openness towards or solidarity with migrants and refugees. Liberalism, finally, is selectively embraced as a characterization of "our" way of life in constitutive opposition to the putatively essential illiberalism of Islam».

[45] Cfr. K. Damhuis, *"The biggest problem in the Netherlands": Understanding the Party for Freedom's politicization of Islam*, in *Brookings*, 24 apr. 2019, *https://www.brookings.edu/research/the-biggest-problem-in-the-netherlands-understanding-the-party-for-freedoms-politicization-of-islam/*.

[46] In riferimento alla problematica della libertà di culto rispettto all'Islam nel nostro paese vedi G. Casuscelli, *La libertà religiosa alla prova dell'Islam: la peste dell'intolleranza*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista Telematica (*www.statochiese.it*), 1/2008, 1. Secondo O. Roy, *Beyond Populism: the Conservative Right, the Courts, the Churches and the Concept of a Christian Europe*, in O. Roy, N. Marzouki, D. Mcdonnel (a cura di), *Saving the People. How Populists Hijack Religion*, cit., 185 ss., il tratto unitario dei populismi di destra sarebbe quindi il rifiuto xenofobo dell'Islam. Secondo L'A., infatti, «what all right-wing populists share is in fact that they are anti-Muslim. Indeed, the opposition to Islam, identified with immigration, is the main *raison d'etre* for some (….). Put simply, most of these parties are Christian largely to the extent that they reject Islam» (185). Pur fondata se utilizzata per spiegare alcuni fenomeni populisti, l'opinione di Roy non tiene però conto di alcune dinamiche; in primo luogo, pesa in modo significativo il fatto che nel continente europeo i flussi migratori provengano da paesi a maggioranza islamica; più che alla sola religione islamica, il populismo sembra infatti opporsi, più generalmente, agli ingressi non regolamentati. Lo dimostra, ad esempio, la direzione assunta dalla politica di Trump che, pur avendo inaugurato il suo mandato con il famoso Muslim Ban, ha poi concentrato la propria retorica xenofoba prevalentemente contro i messicani clandestini, senza quindi concentrarsi sugli elementi religiosi dei nuovi venuti. In secondo luogo, si assiste in questo momento ad un generale rifiuto anche della religione cristiana in alcuni ordinamenti europei (come dimostrano i numerosi ricorsi giurisdizionali sulla blasfemia in Germania; cfr. A. De Petris, *Libertà di religione e limiti alla tutela del pluralismo culturale. La Leitkultur nella Germania multiculturalista*, in *Nomos*, 1/2018, 1 ss.) che coinvolgono tanto simboli e tradizioni cristiane quanto musulmane. In altri termini, al di là delle contingenze specifiche (che in Europa connettono il rifiuto per l'immigrazione incontrollata alla religione prevalentemente professata dai nuovi venuti), il continente europeo sembra presentare anche elementi di tensione sociale contro il fenomeno religioso generalmente inteso.

dunque combinazioni diverse a seconda delle strategie elettorali utilizzate dai populismi per compiacere gli elettori delusi, adattandosi camaleonticamente a tale scopo tanto che «il ventaglio [degli argomenti populisti] è talmente ampio» che persino «i laici aprioristicamente anticlericali e i cattolici praticanti riusciranno a trovare delle affinità»[47].

3. *Oltre i populismi. Il persistente enigma dei simboli religiosi tra pluralismo e secolarizzazione*

Se è indubbio che il populismo abbia contribuito al fenomeno della ri-politicizzazione del fenomeno religioso denunciata da Rosenfeld, il complesso rapporto tra religione e politica ha però radici ben più antiche che affondando nel complicato intreccio tra costituzionalismo liberale e secolarizzazione.

Già venti anni fa, infatti, gli studi di Casanova hanno messo in luce come nelle nostre democrazie si assista ad una *deprivatizzazione* del fenomeno religioso. Ciò non significa, di per sé, che nel mondo moderno il numero dei fedeli sia in ascesa; la secolarizzazione, infatti, è un fenomeno complesso che, rimodulando continuamente il suo significato, continua ad incidere nelle nostre società. Piuttosto, quello che qui rileva è che già a partire dagli anni ottanta dello scorso secolo in molte parti del mondo occidentale (si pensi a Polonia, Brasile, Stati Uniti) e non (Iran, Israele, India), «le tradizioni religiose [hanno rifiutato] di accettare il ruolo marginale e privatizzato che le teorie della secolarizzazione e della modernità avevano loro riservato», innescando «un duplice processo di ri-politicizzazione della sfera morale e religiosa privata e di ri-normativizzazione della sfera politica ed economica pubblica»[48].

Il fenomeno descritto da Casanova ha messo in dubbio la fondatezza della teoria della secolarizzazione come marginalizzazione nel privato del fenomeno religioso[49]. Ma in modo ancor più significativo, esso ha rafforzato l'idea secondo cui l'attuale utilizzo dei simboli religiosi da parte del populismo-nazionalismo non costituisce una novità dei nostri tempi, riflettendo invece una ricaduta di un fenomeno più ampio e complesso, le cui origini non sono interamente inscrivibili nel *cultural backlash* dell'ultimo decennio, né nella crisi del sistema democratico cui stiamo recentemente assistendo. Il ritorno delle religioni nella sfera pubblica

[47] O. Roy, *L'Europa è ancora cristiana*, Milano, 2019, 112.

[48] J. Casanova, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica*, Bologna, 2000, 11.

[49] Così, tra gli altri, P. Berger, *I molti altari della modernità*, Bologna, 2017, 9: «la teoria della secolarizzazione, basata sull'idea che la modernità porti necessariamente al declino della religione ha rappresentato per un certo tempo il paradigma per lo studio della religione. Di fronte all'evidenza empirica non regge più».

(e con essa dei loro simboli) è figlia sia di un ripensamento del binomio modernità-secolarizzazione che per molto tempo ha orientato la lettura dei fenomeni sociali sia della costante trasformazione dei sistemi giuridico-politici spinta da dell'avvento della post-modernità. Due considerazioni pratiche sono forse utili a comprendere come questo ritorno della religione nello spazio pubblico non possa essere interamente imputato alle politiche nazionaliste e populiste dei nostri tempi.

Innanzitutto, non sempre l'uso politico di simboli o valori religiosi può essere confuso con la strategia identitario-strumentale tipica dagli attuali populismi. In passato, ad esempio, la politicizzazione dei valori cattolici-identitari polacchi ha contribuito alla difesa dei diritti umani contro stati autoritari e regimi oppressivi, favorendo (anche attraverso il perdurare di pratiche religiose-simboliche antiche quali il tradizionale pellegrinaggio a Czestochowa) la nascita del movimento sociale di Solidarność, che tanto merito ha avuto nel processo di democraticizzazione del paese[50]. Anche sull'altro versante dell'oceano, le battaglie americane per i diritti civili sono state caratterizzate da una forte componente religiosa dei suoi leader, primo fra tutti Martin Luther King, che nel famoso discorso tenuto al Lincoln Memorial di Washington, ha ampiamente utilizzato metafore simbologie cristiane per promuovere l'inclusione della popolazione nera nella società americana. In sostanza, la ri-politicizzazione della religione e dei suoi simboli non può essere letta sempre in modo univoco come una strategia politico-identitaria volta a promuovere, in chiave populista, una polarizzazione antipluralista; come ricordato dallo stesso Rosenfeld, del resto, «the repolitization of religion poses a challenge to institutional secularism but does not in and of itself threaten institutional pluralism or tolerance of a multiplicity of competing conceptions of the good»[51].

In secondo luogo, se pur è vero i conflitti sui simboli religiosi hanno assunto un rilievo particolare negli ultimi decenni quando, a seguito delle migrazioni di massa, le società occidentali hanno dovuto confrontarsi con culture, sensibilità, costumi diversi da quelli della maggioranza, tali conflitti non sono non sono, in realtà, una novità dei nostri tempi. In Francia, ad esempio, la crescente tensione sulla simbologia religiosa nello spazio pubblico è oggi studiata in soprattutto in relazione alle richieste della minoranza islamica, ma la proibizione sull'uso dei simboli su edifici o monumenti pubblici risale addirittura a disposizioni introdotte nel 1892 da Jules Ferry ratificate poi dall'art. 28 della *loi de séparation* del 1905[52]. Nel nostro paese, la perdurante contesa sulla affissione dei crocifissi nelle aule

[50] Come ricordato dallo stesso J. Casanova, *Oltre la secolarizzazione*, cit., 165 ss.

[51] S. Mancini, M. Rosenfeld, *Nationalism, Populism, Religion, And The Quest To Reframe Fundamental Rights*, cit., 38.

[52] Tra i molti, v. da ultimo D. Ferrari, *Simboli religiosi e simboli laici: il lungo cammino di Marianne*, in A. Negri, G. Ragone, M. Toscano, L.P. Vanoni (a cura di), *I simboli religiosi nella società contemporanea*, Torino, 2022, 135 ss.

scolastiche ha attraversato tutto l'arco della storia italiana, e già all'inizio del XX secolo aspre erano le contese riguardanti la loro rimozione[53]. Ampio e diffuso, inoltre, è stato l'uso politico dei simboli religiosi per fini elettorali; fin dal 1948, lo scudo crociato della Democrazia Cristiana campeggiava sui manifesti elettorali a difesa dal pericolo sovietico, mentre la figura del Cristo redentore e il discorso delle beatitudini sono state utilizzate dal Partito Socialista nelle elezioni del 1946 per difendere «la redenzione dei poveri dallo sfruttamento dei ricchi»[54].

Se è quindi corretto ritenere che l'incontro/scontro con l'altro abbia aumentato le contese simboliche nelle nostre società segnando l'ascesa dei moderni populismi, è altresì vero che tali conflitti non nascono unicamente in modo strumentale come disegno populista volto a descrivere i nuovi venuti come il nemico, ma svelano anche una sfida posta alle democrazie pluraliste nel ripensare alle proprie regole sulla laicità e sulla libertà religiosa in un contesto sempre nuovo e diverso. Il dilemma giuridico sulla presenza dei simboli nei luoghi pubblici rappresenta pertanto solo la punta dell'iceberg di un problema molto più ampio, «divenendo l'elemento catalizzatore di conflitti generati dal nuovo ruolo giocato dalle religioni nello spazio pubblico»[55]. Esso testimonia – in chiave appunto simbolica – la rilevante tensione emergente tra il processo di secolarizzazione e il fenomeno della rinascita del ruolo delle religioni nella sfera pubblica, sfidando le democrazie liberali secolari sotto il profilo della laicità e del pluralismo. È per questo che per comprendere fino in fondo la attuale simbiosi tra religione e populismi, occorre fare un passo indietro e concentrare l'attenzione sul significato che assume oggi il processo di secolarizzazione nelle nostre società multiculturali.

4. *Religione e modernità: il complicato rompicapo della secolarizzazione*

Come ricordava uno dei più grandi studiosi della secolarizzazione, sebbene sia unanimemente riconosciuto che le moderne democrazie debbano in qualche modo essere "secolari", non sempre è chiaro cosa il termine significhi concretamente[56].

Rispondere a questa domanda certo non è semplice. L'ampiezza e la poli-

[53] Come già osservato da A.C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia*, Torino, 1977, 156 ss.

[54] Come riportato da E. De Giosa, *La comunicazione politica nei manifesti della campagna elettorale 2008*, in A. Tafuri (a cura di) *Annuario 2009-2010 del corso di master di primo livello in Analisi e gestione della comunicazione*, Trieste, 2011, 24.

[55] S. Ferrari, *I simboli religiosi nello spazio pubblico*, in *Quad. dir pol. eccl.*, 2012, 320.

[56] C. Taylor, *The meaning of secularism*, in *Hedgehog Rev* 12(3), 2010, 23 – 34: «It is generally agreed that modern democracies have to be 'secular'. There is perhaps a problem, a certain ethnocentricity, involved in this term. But even in the Western context the term is not limpid and may in fact be misleading. What in fact does it mean?».

valenza del termine, che afferisce al campo teologico/filosofico, quanto a quello cultural-antropologico fino a toccare aspetti più specificamente politico-giuridici rende complicato proporne una definizione univoca e chiara. Sebbene il termine «secolarizzazione» abbia connotati «complessi, multidimensionali, ironicamente contraddittori»[57], essa è però ormai entrata nel lessico del diritto costituzionale per definire un elemento essenziale per qualsiasi stato voglia definirsi effettivamente "liberale".

Nel nostro paese, ad esempio, la secolarizzazione ha giocato un ruolo fondamentale nel marcare la nascita del Regno d'Italia e la sua coessenziale emancipazione dallo Stato pontificio, aprendo la ben nota questione romana e tutto il lascito politico e giuridico che ne è seguito. Ma "libera chiesa in libero stato" è solo la versione italica di un motto che ha caratterizzato, più in profondità, una corrente di pensiero che ha condizionato la storia dell'Occidente. Intrecciatosi in modo quasi indissolubile con la nascita degli stati moderni che sono il frutto delle guerre di religione e della pace di Vestfalia, la questione religiosa è stata al centro della trasformazione politica ed istituzionale di tutti gli ordinamenti europei così come della Repubblica federale degli Stati Uniti d'America, le cui vicende storiche – a partire dai padri pellegrini fino alla approvazione del I Emendamento – si sono sviluppate attorno al persistente problema di definire i confini politici della(e) religione(i).

Tale è stato l'impatto della secolarizzazione sulla nascita degli ordinamenti democratici e liberali che essa viene considerata «una categoria centrale per descrivere la modernità»[58], distinguendola dal mondo antico qualificato invece come religioso[59] Per definirsi "moderne", le nostre democrazie non devono infatti solamente garantire la libertà e l'uguaglianza dei loro cittadini di fronte alla legge, ma anche assicurare una certa separazione tra la sfera temporale e quella spirituale, tra la politica e la religione, tra la Chiesa e lo Stato. In altri termini, il principio di separazione definisce – almeno nella sua accezione per così dire "istituzionale" – un atteggiamento complessivo dei pubblici poteri che segue il processo di secolarizzazione delineando un graduale distacco dell'ordinamento politico dal suo originario fondamento religioso. Seguendo le riflessioni di Böckenförde si potrebbe così dire che, quando si usa tale terminologia in relazione alla formazione dello Stato, «si pensa per lo più alla cosiddetta dichiarazione di *neutralità* rispetto alla questione della verità religiosa, che fu compiuta

[57] J. Casanova, *Oltre la secolarizzazione*, cit., 23.

[58] Secondo J. Casanova, *The secular and secularisms*, in *Soc Res* 76(4), 2009, 1049 «'the secular' has become a central modern category – the logical/philosophical, legal-political, and cultural-anthropological – to construct, codify, grasp, and experience a realm or reality differentiated from 'the religious'».

[59] Come ricordato da G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste*, Roma-Bari, 2010, 18, nello Stato moderno «la religione diventa un residuo del passato, un passato sconfitto dalla ragione dell'Occidente che l'aveva relegata a dimensione, se non privata, almeno pre-giuridica».

da molti statisti e pensatori politici al fine di trovare, di fronte alle interminabili guerre civili di carattere religioso che scossero l'Europa nei secoli XVI e XVII, un nuovo fondamento e una nuova universalità per l'ordinamento politico, al di là e indipendentemente dalla (o da una particolare) religione»[60].

Proprio la dichiarazione di neutralità rispetto alle verità religiose costituisce un elemento fondamentale per comprendere non solo uno dei fattori all'origine dello stato moderno ma anche il suo sviluppo politico che si intreccia inestricabilmente con le diverse concezioni del termine secolarizzazione scandite dal maggiore o minor grado di incisività del formante religioso sulla vita pubblica. Come messo in luce dagli studi di C. Taylor e J. Casanova, il processo di secolarizzazione si presenta come l'insieme di almeno tre proposizioni scarsamente integrate tra loro: «la secolarizzazione come differenziazione delle sfere secolari dalle norme e dalle istituzioni religiose; la secolarizzazione come declino delle pratiche e delle credenze religiose; e la secolarizzazione come emarginazione della religione all'interno di una sfera privatizzata»[61].

Queste tre preposizioni sono state a lungo lette come tra loro interconnesse, tanto che la separazione delle norme secolari dalle credenze religiose era considerata possibile solo laddove si fosse portata a compimento l'emarginazione della religione dallo spazio pubblico.

A lungo si è pensato che la strada migliore da seguire per risolvere il problema fosse poggiare su quella concezione del processo di secolarizzazione secondo cui la differenziazione tra sacro e profano passa attraverso il confinamento della religione – un tempo considerata come il tessuto connettivo della società – nella sola sfera privata. Pensatori del calibro di Durkheim hanno salutato il processo di privatizzazione della religione come un punto di non ritorno, sostenendo che «se esiste una verità che la storia ha reso indubbia questa è proprio l'estensione sempre minore della porzione di vita sociale che la religione ricopre». In sostanza, «Dio che in principio era presente in tutte le relazioni umane, si ritira progressivamente da esse; abbandona il mondo agli uomini e alle loro controversie»[62].

In particolare, tale privatizzazione è stata considerata irrinunciabile conquista per le moderne democrazie europee e per la realizzazione di un progetto di Europa moderna, secolare, illuminata[63]. Tale idea ha trovato consensi tra i pen-

---

[60] E.W. Böckenförde, *Diritto e secolarizzazione. Dallo stato moderno all'Europa unita*, Roma-Bari, 2007, 35.

[61] J. Casanova, *Oltre la secolarizzazione,* cit., 379-380. Più recentemente, dello stesso autore, v. anche.; Id., *Public Religions Revisited*, in H. De Vires (a cura di), *Religion: Beyond the Concept*, New York, 2008, 101 ss. Accoglie tale teoria della secolarizzazione anche C. Taylor, *L'età secolare*, Feltrinelli, Milano, 2007; Id., *Contro il mito dell'illuminismo*, in *Micromega*, 1/2013, 18 ss.

[62] E. Durkehim, *De la division du travail social* (1893), trad. it. *La divisione del lavoro sociale*, Torino, 1999, 180 e riportato da G. Zagrebelsky, *Scambiarsi la veste*, cit., 129.

[63] J. Casanova, *Religion, European Secular Identity and European Integration*, in T. Birnes, P. Katzenstein (a cura di), *Religion in an Expanding Europe*, Cambridge, 2006, 66-67.

satori e gli intellettuali di tutto il mondo, tanto da divenire oggi una condizione quasi ontologica dell'ordine social-democratico, cioè della modernità. Così, ad esempio, in articolo pubblicato a seguito degli attentati terroristici al settimanale satirico Charlie Hebdo, il filosofo P. Flores D'arcais ha sostenuto che: «è inerente alla democrazia l'ostracismo di Dio, della sua parola e dei suoi simboli, da ogni luogo dove protagonista sia il cittadino. (…). Al fedele restano chiese, moschee, sinagoghe, e la sfera privata "in interiore homine" (…) La religione è compatibile con la democrazia solo se disponibile e assuefatta all'esilio di Dio dalle vicende e dai conflitti della cittadinanza, solo se pronta a praticare il primo comandamento della sovranità repubblicana: non pronunciare il nome di Dio in luogo pubblico»[64].

5. *Identità culturali simboliche in subbuglio: una questione persistente*

Pur avendo avuto particolare fortuna a livello teorico diffondendosi fortemente soprattutto nel continente europeo, la teoria della secolarizzazione come privatizzazione del fenomeno religioso ha incontrato più di un ostacolo nella sua effettiva realizzazione. In primo luogo, la fine delle guerre di religione e la contestuale ascesa degli Stati nazionali europei hanno comportato una immediata ripercussione sull'uso simbolico della religione da parte del potere civile. Già durante l'epoca dello Stato assoluto infatti, l'elaborazione del concetto di sovranità era stata fondata su «concetti teleologici secolarizzati» che avevano permesso di trasferire allo Stato «gli attributi della sovranità, conferendogli in tal modo una sacralità non più dipendente dalla consacrazione della Chiesa»[65]. Il diffondersi in Europa della cultura illuminista ha inasprito il conflitto istituzionale tra Chiesa e Stato e rescisso l'antico legame tra religione e politica, sancendo il primato dello Stato secolare[66]. Ma, allo stesso tempo, questo processo si è innescato all'interno di società ancora non secolarizzate e plasmate invece da una comune appartenenza religiosa, sollevando significative tensioni sociali e politiche. Da un lato, infatti, il neo-stato liberale aveva la necessità di accreditarsi presso i propri cittadini come ultima istanza unitario-morale, capace cioè di aggregare, attorno all'idea della sovranità, il popolo. Dall'altro, esso doveva fare i conti con il peso morale, politico e spirituale che la religione ancora esercitava sui cittadini di nazioni ancora largamente cristianizzate.

---

[64] P. Flores D'arcais, *La Democrazia deve chiedere l'esilio di Dio*, in *La Repubblica*, 9 marzo 2015.

[65] E. Gentile, *Le Religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, cit., 26.

[66] Come ricordato già nel 1770 dall'abate Guillaume Raynal «non è lo Stato che è fatto per la religione, ma la religione per lo Stato». Cfr. E. Gentile, *Le Religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, cit., 27.

Nonostante la privatizzazione del fenomeno religioso abbia in parte sradicato quella alleanza tra trono ed altare che aveva definito l'ordine sociale pre-moderno, la necessità di trovare elementi unitari fondativi di nuovi sistemi politici non è per questo venuta meno, dal momento che «un popolo che agisca insieme, che deliberi in vista di una volontà comune sulla quale agire, richiede un alto *commitment*, un senso comune di appartenenza»[67].

La questione non è di poco conto e ha condizionato strutturalmente le diverse modalità con cui gli Stati nazionali hanno affrontato, legislativamente e non, il non facile tema del fondamento della propria identità nazionale. Soprattutto nella fase della sua formazione, lo l'ordinamento liberale ha così dovuto accompagnare l'idea teorica della sovranità popolare ad un *Weltansshauung*, ad una identità comune distinta ma complementare a quella dello Stato. La religione non è stato l'unico strumento utilizzato dai nazionalismi ottocenteschi per "immaginare" una nuova unità politico-nazionale, e forse nemmeno il principale; la retorica nazionalista fondata sulla triade romantica herderiana *Ein Volk, ein Land, eine Sprache*, ha piuttosto tratto dalla storia, dai miti, dalla lingua del popolo gli strumenti per forgiare «il senso immediato e spontaneo di appartenenza ad una comunità omogenea»[68]. Allo stesso tempo, però, la religione professata in maggioranza dalla popolazione ha certamente rappresentato un collante che, anche quando tenuto in disparte, ha poi finito per essere incorporato nello strumentario che ha concorso a costituire le nazioni come «imagined communities»[69].

La nascita dello Stato moderno si fonda, così, su un precario paradosso: da un lato, la secolarizzazione – sorretta dalle teorie dell'epoca dei lumi – ha risolto a favore dello Stato democratico il delicato problema del fondamento del potere, sostituendo all'autorità divina che legittimava in passato il potere del sovrano l'idea della ragione. Dall'altro, per forgiare quella identità collettiva necessaria a costruire l'ideale della nazione e per riuscire a dare ragione di sé, il potere politico degli Stati nazionali ha preso a prestito i miti, le tradizioni, i simboli della religione di maggioranza, desacralizzando il sentimento religioso del popolo per utilizzarlo come strumento capace di forgiare una coscienza collettiva che tratteggiasse i contorni del nuovo ordine politico.

È forse proprio da questa tensione che nasce e si sviluppa l'attuale contesa politica dei simboli religiosi (o degli usi simbolici della religione) che, data la loro attitudine a raffigurare un certo significante non solo confessionale ma anche storico, culturale, identitario, sono stati espulsi dallo spazio pubblico per esserne al contempo in qualche modo assimilati e assorbiti.

---

[67] C. Taylor, *Contro il mito dell'illuminismo*, cit., 27.

[68] M. Longo, *Nazione e nazionalismo. La parabola di un'idea tra Kant, Herder e Fitche*, Ariccia, 2018, 7.

[69] Per usare la famosa espressione utilizzata da B. Anderson, *Comunità immaginate*, Roma-Bari, 2016.

6. *L'uso simbolico della religione nella costruzione delle identità nazionali europee: qualche esemplificazione*

Questo paradosso è stato declinato negli ordinamenti secondo diversificazioni che emergono in modo paradigmatico nel continente europeo. La croce, simbolo della cristianità, orna ancora oggi le bandiere di moltissimi Stati europei tra cui Svezia, Danimarca, Finlandia, Portogallo, Grecia, Malta e Slovacchia, arrivando in alcuni casi ad affidare proprio al significato religioso di tale simbolo l'unione tra identità politiche e culturali diverse[70]. Tale è l'origine della Union Jack che, disegnata nel 1606 incrociando la croce di San Giorgio con quella di Sant'Andrea, è stata arricchita nella versione definitiva del 1801 con le bordature rosse di San Patrizio, sancendo la nascita del Regno Unito sotto le effigi dei tre santi più rappresentativi di Inghilterra, Scozia e Irlanda. La bandiera del Regno Unito, del resto, non è la sola esemplificazione simbolica di quanto i diversi aspetti della storia e della tradizione britannica siano fortemente intessuti di religiosità; sia le peculiarità dell'illuminismo inglese sia l'identificazione del sovrano con il capo della chiesa anglicana hanno favorito una commistione tra elementi politici e religiosi all'interno delle stesse istituzioni, che traspare dai riti di incoronazione di Re e Regine[71] fino alla presenza dell'alto clero nella camera del Lords.

Un'ulteriore esemplificazione del legame tra simbolo religioso e unità culturale-politica di un popolo è rappresentata dalla centenaria e controversa vicenda giuridica sul crocifisso italiano, arricchita dai numerosi ricorsi giudiziali sulla legittimità di tale simbolo nelle scuole, negli ospedali, nei tribunali italiani[72]. Senza

[70] Non è in questa sede che vogliamo ripercorrere il significato religioso-culturale che ha portato alla ideazione di tali simboli civili nei singoli stati europei, né discuterne un presunto valore in termini costituzionali e di laicità. Piuttosto, essi valgono qui come meri esempi per rimarcare le radici storiche legate alla idea della cristianità. Come osservato da A. Morelli, *Simboli, religioni e valori nelle democrazie costituzionali contemporanee*, in *Forum costituzionale*, 2006: «dal punto di vista morfologico (…) la croce raffigurata in una bandiera è parte integrante di un'altra e diversa configurazione simbolica [rispetto al crocifisso ndr], che va osservata e intesa nella sua totalità e autonomia e, dunque, nella sua storia. L'assunzione di un simbolo quale componente di altra raffigurazione più complessa non legittima, per ciò solo, l'impiego del primo simbolo in ogni altro contesto, così come l'uso di un termine all'interno di un enunciato linguistico non ne giustifica l'adozione in proposizioni all'interno delle quali quello stesso termine assumerebbe un significato completamente diverso».

[71] Che sono presenziati dall'arcivescovo di Canterbury ed arricchite da giuramenti e riti che vanno dal giuramento sulla bibbia, alla benedizione fino alla unzione con il sacro crisma. Sul punto v. J. Wilkinson, *The Queen's coronation: the inside story*, London, 2011.

[72] Il complicato problema della esposizione del Crocifisso nei luoghi pubblici ha riguardato numerosi ricorsi che hanno coinvolto i giudici civili (ad. es. Trib. Aquila, ord. 23 ottobre 2003 – Caso Adel Smith; Cassione Civile, Sez. Un., Ord. 10 luglio 2006, n. 15614) penali (ad. es. Cassazione Penale, sez. IV, sent. 1 marzo 2000, n. 439) e amministrativi (ad. es. Consiglio di Stato, sez. VI, sent. 17 febbraio 2006, n. 556), fino a sfociare nella famosa pronuncia della Corte EDU nel caso *Lautsi v. Italia*, Grande Camera Edu, 18 marzo 2011. In riferimento, si permetta di rinviare a L.P. Vanoni, *Laicità e libertà di educazione*, Milano, 2013.

voler ripercorrere qui le tappe di una saga che risale a prima dell'unità d'Italia, basti ricordare che l'istituzione di tale simbolo come arredo scolastico necessario fu istituita per la prima volta dall'art. 140 del r.d. 4336 del 1860, in un contesto politico fortemente orientato a rifondare l'unità politica ed amministrativa del Regno ma anche in un clima di aspra contesa con il Papato[73]. Come avvenuto in altri ordinamenti liberali ottocenteschi, anche la politica ecclesiastica del Regno sabaudo fu condizionata dagli ideali illuministi, che sancivano l'irrilevanza civile più completa degli ordini ecclesiali e il confinamento della religione come un fatto privato dei singoli[74]. Muovendo da questi presupposti ideali, potrebbe stridere la scelta di imporre per via normativa tale simbolo religioso in un momento di forte secolarizzazione degli istituti scolastici[75], oltretutto in un clima politico fortemente condizionato dalla percezione dello Stato Pontificio come ostacolo alla riunificazione d'Italia. In realtà, il processo di laicizzazione delle istituzioni pubbliche ed in particolare della scuola «si è compiuto in Italia conservando il forte legame con le tradizioni cristiane del paese»[76], al fine di plasmare, attorno ad un elemento di identità comune a tutti gli italiani, quel nuovo spirito di appartenenza alla nazione che è ben riassunto nel motto risorgimentale "fatta l'Italia bisogna fare gli italiani". Sotto questo profilo, non è un caso che l'affissione del

[73] In riferimento alle complesse ragioni storiche e politiche sottese alla legislazione sui rapporti tra Stato italiano e Chiesa cattolica dei primi anni dell'unificazione, vedi (per tutti) A.C. Jemolo, *Chiesa e Stato in Italia negli ultimi cento anni,* Torino, 1990; P.A. D'avack, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Milano, 1978; M. Viglione, *1861 le due Italie. Identità nazionale*, *unificazione, guerra civile*, Milano, 2011.

[74] Vedi (tra i molti) B. Cardia, *Stato laico* (voce), in *Encl. Dir.* XLIII, Milano, 1990, 879: «lo Stato laico ottocentesco costituisce la risultante di grandi rivolgimenti ideali e normativi (…) e si afferma nell'Europa continentale con alcuni tratti comuni di particolare significato. Movendo dal presupposto che la sovranità dello Stato comportava un sistema di produzione normativa autonomo (unilaterale) in grado di disciplinare l'intera sfera di attività umane senza condizionamenti, o patteggiamenti, con le altre autorità, lo Stato illuminista recuperava appieno la "autonomia" del potere civile e sanciva la irrilevanza civile più completa degli ordini confessionali e degli orientamenti e scelte dei cittadini "in materia religiosa e ideologica"». Cfr. anche E. Vitali, A. Chizzotti, *Diritto ecclesiastico*, Milano, 2009; A.C. Jemolo, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Milano, 1975.

[75] Come ricordato da A. Talamanca, *Liberta della scuola e libertà nella scuola*, Padova, 1975, 121, l'approvazione della legge Casati (legge 13 novembre 1859, n. 3725) rappresentò «il coronamento dell'opera riformatrice tentata dai liberali moderati per [rinnovare] la legislazione scolastica e [realizzare], almeno per quanto riguarda la libertà della scuola, i principi separatisti rendendo operanti, anche nel settore scolastico, le aspirazioni di reciproca autonomia della Chiesa, dello Stato e delle rispettive organizzazioni».

[76] P. Cavana, *La questione del crocifisso in italia, www.olir.it*, 2004, 2. E. Gentile, *Le Religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Padova, 1975, 13-14 pur riconoscendo la separazione tra Chiesa e Stato ed anzi la supremazia del secondo sulla prima, la politica ecclesiastica del Regno aveva così riconosciuto «la funzione insostituibile della religione" in ragione del "legame con la tradizione ed ancor di più il timore che sia insufficiente il freno che alla società possa derivare dalle leggi e dalla morale».

crocifisso sia stata disposta nelle aule accanto al tricolore italiano e alla effige del Re; lungi dal veicolare direttamente un messaggio confessionale, la trinità simbolica voluta dai primi governi del Regno serviva dunque ad esprimere in maniera sintetica l'identità del popolo italiano, comunicando agli alunni che il patrimonio storico italiano (rappresentate dal cattolicesimo) sarebbe da quel momento in poi rappresentato e difeso dal sovrano come nuovo capo della Nazione.

Persino nella laicissima Francia, la cui storia rivoluzionaria ha fortemente infiammato lo scontro tra Stato e Chiesa cattolica e in cui le idee dell'illuminismo furono rivolte al superamento dei privilegi della nobiltà e del clero, l'uso simbolico della religione ha vissuto vicissitudini controverse. Più di ogni altro paese europeo, la Francia ha usato il secolarismo come strumento per abbandonare definitivamente il fondamento divino su cui poggiava la concezione politica dell'Ancien Régime e per recidere il legame tra cittadinanza e appartenenza confessionale. Fin dall'epoca rivoluzionaria, come ricordato da Bauberot, «tutte le espressioni religiose furono represse (1793) in quanto contrarie alla Ragione e alla Libertà (era un modo di considerarle eretiche) e si diffusero culti rivoluzionari ufficiali»[77]. Un alto grado di separatismo tra lo Stato e gli ordini religiosi è stato rafforzato con le successive leggi del 1882 e 1886 volute da Emiles Combes (dopo il periodo della restaurazione napoleonica), trovando poi più compiuta formulazione nella legge di separazione tra Stato e Chiese del 1905 che, all'art. 28, vieta i simboli religiosi su monumenti pubblici o in qualsiasi luogo pubblico, ad eccezione di edifici usati per il culto, sepolture in cimiteri, monumenti, musei o mostre[78].

Eppure, anche in Francia, la tematica dei simboli non ha smesso di innescare contese talvolta aspre, sfociate nei numerosi ricorsi presentati da cittadine di religione islamica a cui è fatto divieto, a partire dal nuovo millennio, l'utilizzo dell'hijab prima nelle scuole (legge 228 del 2004), e poi – relativamente al burqa – anche in pubblica via. Nonostante la tenacia con cui l'ordinamento francese ha provato a rimuovere la religione negli spazi pubblici, in ossequio al principio di *laïcité de combat* definito dalla Commissione Stasi come principio fondante e pietra angolare dell'ordinamento repubblicano[79], alcune espressioni storico-simboliche legate alla tradizione storica del paese sono in qualche misura sopravvissute nei secoli[80]. Lo testimoniano la diffusione del culto devozionale-popolare per

[77] J. Bauberot, *Libertà religiosa e laicità in Francia*, in *Lessico di Etica pubblica* n. 2, 2011, 63.

[78] P. Cavana, *I segni della discordia. Laicità e simboli religiosi in Francia*, Torino, 2004.

[79] I lavori della Commissione Stasi sono pubblicati in italiano in L. Cisbani, *Rapporto sulla laicità*, Roma, 2004.

[80] Come ricordato da S. Testa Bappenheim, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, Napoli, 2019, 77, «persino le spigolosità della *laicité*» non sono state in grado di rescindere li passato, né «hanno il potere di separare la Francia dalle sue radici cristiane (…) perché una Nazione che ignori la propria storia commette un errore contro quell'insieme di cultura, arte, tradizioni popolari che permeano profondamente in modo di vivere e pensare».

Giovanna d'Arco, eroina d'Orleans e difensore della Nazione contro l'invasione inglese nella guerra dei cento anni o, più recentemente, lo sgomento e la commozione suscitati nel popolo francese di fronte alla potenza simbolica dell'incendio della cattedrale di Notre Dame che, nelle parole di Macron, è «luogo dove riposa la nostra storia, la nostra letteratura, la nostra immaginazione» e dove «abbiamo celebrato la fine delle guerre e delle epidemie, l'epicentro delle nostre vite»[81].

Pur covando a lungo sotto le ceneri del secolarismo, il legame tra le tradizioni storiche e l'identità popolare francese è di recente riemerso persino in alcuni discorsi istituzionali dei presidenti Sarkosy e Macron: senza negare l'importanza cardinale che il principio di *laicitè* riveste nell'ordinamento repubblicano, entrambi hanno sottolineato come proprio nel cattolicesimo «la Francia trovi le proprie origini come nazione, come cultura, come popolo»[82], riconoscendo che «la laicità non ha in nessun caso come missione negare lo spirituale nel nome del temporale, e ancor meno sradicare dalle nostre società la parte sacra che nutre tanti nostri cittadini» e invitando i cattolici «a non rimanere sulla soglia, a non rinunciare alla Repubblica che avete con tanto vigore contribuito a forgiare»[83]. Più che segnare una inversione di marcia nella interpretazione costituzionale del principio di *laicitè*, i discorsi dei due Presidenti francesi sembrano piuttosto rendere ragione ad una riflessione già espressa da Portalis nel 1801: «troppo fiduciosi dei lumi da noi ormai acquisiti, fieri dello stato di perfezione a cui siamo ormai arrivati, noi immaginiamo che, senza alcun pericolo per il bene comune, potremmo ormai rinunciare a tutto ciò che chiamiamo pregiudizio antico e separarci così bruscamente da tutto ciò che ci ha civilizzato»[84].

7. *La contesa delle identità nelle società plurali post-secolari*

Per oltre un secolo, la convivenza tra tradizioni simboliche religiose e principio di separazione è riuscita a mascherare le contraddizioni insite nell'idea di secolarizzazione come privatizzazione dello spazio pubblico. Ma l'avvento della globalizzazione e – con essa – delle migrazioni di massa ha fatto riemergere il problema, costringendo le democrazie occidentali a confrontarsi con una diversa «geografia religiosa» in cui per un verso «è aumentato il pluralismo culturale e

[81] Così il discorso di Macron del 15 aprile 2019 riportato da S. Testa Bappenheim, *I simboli religiosi nello spazio pubblico. Profili giuridici comparati*, cit., 553.

[82] V.P. Valdarini, *La laicità positiva. A proposito del discorso del Presidente Sarkosy al Laterano 20 dicembre 2007)*, in G. Dalla Torre, C. Mirabelli (a cura di) *Le sfide del diritto*, Soveria Mannelli, 2009, 409 ss.

[83] *Discours Du Président De La République Devant Les Evêques De France*, 9 aprile 2018 (trad it. *https://vocetempo.it/la-chiesa-di-macron-il-discorso-che-non-abbiamo-letto/*).

[84] *Discours sur organisation del cultes*, in *Discours rapports et travaux sur Concordat de 1801*, Parigi, 1845, citato da A. Talamanca, *Libertà della scuola e libertà nella scuola*, Padova, 1975, 82.

religioso», e per un altro si sono moltiplicate «le pretese di riconoscimento pubblico delle differenze» proprie di ciascuna confessione[85].

Inoltre, la concezione individualistica delle libertà tipica degli ordinamenti liberali si discosta dalla dimensione comunitaria della religione che caratterizza molte e differenti culture e confessioni[86]. Per questo, soprattutto nei sistemi in cui la separazione tra Stato e Chiesa è rigida e assertiva e la religione un fenomeno da marginalizzare, l'impossibilità dei nuovi venuti di trovare riscontro nei valori democratici codificati dalle Costituzioni liberali ha generato conflitti che hanno assunto toni anche aspri. Si sono così minati e infragiliti i meccanismi normativi di armonizzazione dei conflitti religiosi ideati dalle Costituzioni all'interno di un comune alveo storico-valoriale di riferimento[87], rimettendo in discussione la secolarizzazione come privatizzazione del fenomeno religioso e, di conseguenza, il ruolo assunto dalla religione nella società.

Complice anche il ritorno delle religioni nella sfera pubblica già descritto in precedenza, la teoria della secolarizzazione ha subito una torsione concettuale tanto che, come rilevato da Beck, occorrerebbe oggi ripensare il nesso tra modernità e secolarizzazione, immaginando una «teoria non lineare della modernità e della secolarizzazione che ponga al centro un'evoluzione con molteplici percorsi, fasi e forme, a seconda dei contesti storici»[88].

Inoltre l'assottigliamento della linea di confine tra pubblico e privato tipico dell'epoca post-secolare[89] ha costretto gli interpreti a focalizzarsi sul nesso tra fenomeno religioso e società, e sull'influenza che «i convincimenti religiosi» esercitano «sui comportamenti politici, sui processi di democratizzazione, sulle istituzioni pubbliche»[90]. In sostanza, il ritorno del religioso ha messo in crisi il sistema costituzionale liberale che, «continuando ad applicare il principio di separazione» in un contesto diverso da quello della modernità in cui «una matrice comune culturale era scontata o quanto meno acquisita»[91], si trova oggi impreparato ad affrontare una serie di sfide che sono tipiche della divisione delle società contemporanee[92].

---

[85] F. Alicino, C. Ciotola, *Laicità in Europa/Laicità in Italia: intersezioni simboliche*, Roma, 2012, 19-20.

[86] S. Mancini, *Introduction. Constitutionalism and Religion in an Age of Consolidation and Turmoil*, in Aa. Vv. *Constitutions and Religion, Research Handbooks in Comparative Constitutional Law series*, London, 2020, 4.

[87] Cfr. E. Rossi, *Laicità e simboli religiosi*, in Aa.Vv., *Problemi pratici della laicità all'inizio del XXI secolo*, Padova, 2007, 325 ss.

[88] U. Beck, *Il Dio personale*, Roma-Bari, 2009, 48.

[89] Sul concetto di società post-secolare v. (tra gli altri) da J. Habermas, *Perché siamo post-secolari*, in *Eurzone*, 2008.

[90] I. Biano, *Il postsecular turn: politica, religione e società oltre la secolarizzazione?*, in *Società Mutamento Politica*, 8 (15), 2017, 82.

[91] S. Zamagni, *La questione della laicità nella società dopomoderna*, cit., 17.

[92] Come osservato da G. Casuscelli, *Una disciplina-quadro delle libertà di religione: perché, oggi più*

Per rispondere a questo problema, il costituzionalismo post-moderno ha provato a traslare sul piano sovranazionale i principi costituzionali di libertà, uguaglianza e dignità, per costruire un nuovo ordine politico di carattere universale[93]. La comune identità storico-nazionale tipica dello stato liberale ottocentesco è stata così sostituita dalla teoria universale dei diritti umani che, sulla spinta della continua proliferazione di carte internazionali dei diritti e all'interno di una architettura costituzionale globalizzata[94], ha cercato gradualmente di sostituire il senso di appartenenza che univa i cittadini di una stessa nazione con la valorizzazione del loro «diritto ad avere diritti»[95]. In sostanza, dunque, le società post-moderne «turn to the constitution not just as an instrument but as a symbol of the values on which [they] might rebuild social integration in a *secular*, ahistorical, culturally heterogenous society»[96]

Così facendo, però, il neo-costituzionalismo ha rafforzato il ruolo dei giudici (e in particolar modo delle corti costituzionali e sovranazionali) a cui è primariamente affidato il compito di tutelare i diritti umani, con conseguenze significative anche sul piano religioso-identitario, perché ai nostri giorni gli ordinamenti si trovano sempre più a doversi confrontare «con richieste che possono apparire non conformi ai principi di un sistema compiutamente liberal-democratico», dal momento che «l'interazione tra i principi del costituzionalismo liberale e le esigenze dettate da un nuovo pluralismo religioso e normativo generano controversie politiche e giuridiche che *il potere giudiziario* è sempre più spesso chiamato a risolvere»[97]

Complesso è quindi il panorama che si staglia di fronte a chi voglia oggi analizzare, da un punto di vista giuridico-costituzionale, il tema dell'uso simbolico della religione nella dimensione pubblica[98]. Da un lato, si assiste ad un indebolimento delle

---

di prima, urge "provare e riprovare" a mettere al sicuro la pace religiosa, in Rivista telematica (*www.statochiese.it*), n. 26 del 2017, 6: «Come grandi faglie dell'esperienza contemporanea si contrappongono visioni del mondo inconciliabili: sicurezza vs. libertà, nazionalismo vs. globalismo, pluralismo vs. spinte identitarie, espansione economica vs. stagnazione, integrazione vs. assimilazione, inclusione vs. esclusione».

[93] P. Blokker, *Populist Understandings of the Law: A Conservative Backlash? Blokker,* in *Participation and Conflict, Open access journal,* 2021, 3: «after 1945, constitutionalism increasingly became understood as a universalistic political program, in which national societies become intimately part of an international scheme of legal norms and principles».

[94] È questo uno dei principali fenomeni connessi alla teoria della c.d. denazionalizzazione (o anche internazionalizzazione) del diritto costituzionale, o denazionalizzazione. Cfr. (tra gli altri) G. De Burca, O. Gersterberg, *Denationalization of Constitutional Law*, in *47 Harvard International Law Journal*, 1, 2006, 244 ss.

[95] H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 1996, 413.

[96] M. Loughlin, *Against Constitutionalism*, London-Cambridge, 2022, 113.

[97] P. Annicchino, *La religione in giudizio. Tra Corte Suprema degli Stati Uniti e Corte Europea dei diritti dell'uomo*, Bologna, 2018, 11-12 (corsivo aggiunto).

[98] La spinta costituzionale verso il riconoscimento dei diritti umani come principi identitari

identità nazionali, che in passato avevano poggiato anche sulle tradizioni simboliche religiose, a favore di una teoria delle identità costituzionale cosmopolitica fondata sulla universalità dei diritti umani che però, come ricordato da Graber, appare «too thin for most citizens»[99]. Dall'altro, il neo-costituzionalismo ha giuridicizzato le contese identitarie che riguardano il fenomeno religioso e, in particolare, i suoi simboli; i giudici vengono con crescente frequenza investiti del gravoso compito di risolvere conflitti di grande rilievo, dovendo arrivare ad attribuire a simboli significati precisi che devono essere ricavati dalle disposizioni costituzionali.

Entrambe queste conseguenze hanno condizionato le modalità con cui i moderni populismi sfruttano la religione per i loro scopi politici; in primo luogo, l'identità cosmopolitica post-moderna viene apertamente sfidata contrapponendo il ritorno ai valori tradizionali e religioso-identitari dei popoli. In secondo luogo, avendo spostato il baricentro dei poteri sulle Corti costituzionali e sovranazionali, ovverosia su un potere anti-maggioritario «non legittimato dal voto popolare», il neo-costituzionalismo si espone alla critica «di usurpare poteri che non dovrebbero spettare [a tali organi] in una democrazia»[100]. Tale critica – che in termini generali mette in discussione il nesso stesso tra costituzionalismo e democrazia[101] – spiega lo scontro talvolta anche molto aspro tra i giudici costituzionali e i governi delle c.d. democrazie illiberali. Ma in relazione alla tematica dell'uso politico della religione, diventa anche funzionale alla strategia populista ogni volta che i giudici siano chiamati ad interferire con loro decisioni con i valori tradizionali storico-religiosi dei popoli; si spiega così perché i simboli religiosi siano divenuti terreno di scontri identitari nei tribunali al punto che: «né i populismi né la stessa Chiesa sono più padroni dei simboli religiosi», e alla fine «a decidere sul significato del simboli religiosi è la normatività secolare», spesso espressa attraverso le sentenze dei tribunali[102].

---

universali ha avuto conseguenze anche all'interno delle stesse religioni occidentali. Cfr. A. Pin, L.P. Vanoni, *Catholicism, Liberalism, Populism*, 46 *BYU L. Rev.* 1301, 2021, 1301 ss.

[99] M. Graber, *Constitutional Democracy in Crisis? The Right-wing Populist Surge*, in *https://verfassungsblog.de*, 2018.

[100] C. Pinelli, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019.

[101] Vedi, a riguardo, G. Silvestri, *Corte costituzionale, sovranità popolare e "tirannia della maggioranza"*, in *Questione Giustizia*, n. 1, 2019: «Il populismo è la versione estrema della «democrazia totalitaria», contrapposta al principio della separazione dei poteri e basata sul presupposto che la volontà generale del popolo fa coincidere sempre l'essere con il dover essere. Esso è in irrimediabile contrasto con il concetto stesso di controllo di legittimità costituzionale delle leggi, il quale è sempre potenzialmente in conflitto con la volontà delle maggioranze politiche, passate e presenti».

[102] O. Roy, *L'Europa è ancora cristiana?* cit., 117. «Alla fine, chi decide sono i tribunali, perché se la Chiesa crede che il marcatore religioso non sia abbastanza religioso, i laici al contrario ritengono che lo sia (ancora) fin troppo. In realtà, oggi, a decidere sul significato del simbolo religioso è la normatività secolare». Secondo l'A., inoltre, «è assurdo voler interpretare la riabilitazione dei simboli culturali cristiani all'interno dello spazio pubblico come il primo passo di una riconquista

8. *Conclusioni*

Le considerazioni che precedono mostrano come l'uso simbolico della religione sia un fenomeno risalente e non interamente circoscrivibile alla ascesa del populismo sovranista. In primo luogo, esso è servito, fin dalla sua nascita dello Stato moderno, come collante sociale utile per fondare una nuova identità nazionale a partire da miti e tradizioni condivise. Come già rilevava Rousseau oltre duecento anni fa, «non è mai esistito e mai esisterà un popolo senza religione; se nessuno gliene desse una se la darebbe da sé o sarebbe ben presto annientato»[103]. È in questa prospettiva che si capisce perché l'uso politico della religione non appaia come un fenomeno che si contrappone alla secolarizzazione, ma ne è anzi un complemento: se da un lato la cultura illuministica ha proclamato la separazione tra ordini e il primato dello Stato anche in materia religiosa, l'esigenza di trovare una identità di valori comuni ha spinto gli ordinamenti utilizzare a tal fine le tradizioni religiose sostenendo, come ricordato da Benjamin Franklin, «la necessità di una religione pubblica in funzione della sua pubblica utilità»[104]. In definitiva, dunque, l'utilizzo politico dei simboli religiosi ha origini connesse al fenomeno della «sacralizzazione della politica nell'epoca moderna» che, pur figlia di molteplici cause, è radicata «nell'idealizzazione umanistica della religione civica dei greci e dei romani, nelle nuove concezioni laiche della vita, della società e dello Stato, nella tradizione rituale e simbolica massonica e, infine, nella cultura illuministica»[105].

In secondo luogo, proprio perché interconnesso al processo di secolarizzazione, il ritorno dei simboli nella sfera pubblica è figlio del fenomeno della deprivatizzazione della religione che, a partire dagli anni 90 dello scorso secolo, ha costretto a ripensare al nesso tra stato secolare e modernità.

L'uso strumentale della religione operato dai populismi si innesca così all'interno di un processo molto più articolato, strettamente interconnesso alla storia e allo sviluppo dello stato liberale. Allo stesso tempo, però, esso rappresenta anche una novità dei nostri tempi, perché, utilizzando in prospettiva post-moderna la religione come identity politics, fa appello alle tradizioni identitarie dei popoli per contrapporsi ai valori dello Stato costituzionale, sancendone anzi il superamento attraverso l'istituzione di ordinamenti dichiaratamente illiberali e promettendo utopisticamente «un ritorno ad un passato in cui il popolo era asseritamente pacificato in natura»[106].

---

delle anime, e questo perché l'intenzione di coloro che la promuovono nulla ha a che fare con gli insegnamenti della Chiesa (…). D'altro canto, il paradosso di questa riabilitazione consiste proprio nell'aver contribuito a secolarizzare la sfera religiosa».

[103] J.J. Rousseau, *Scritti politici*, a cura di M. Garin, vol. II, Bari, 1971, 62.

[104] B. Franklin, *Proposal Relating the Education of Youth in Pennsylvania* (1749), riportato da E. Gentile *Le Religioni della politica*, cit., 27.

[105] E. Gentile, *Le Religioni della politica,* cit., 25.

[106] N. Colaianni, *Populismo, religioni, diritto*, cit., 114.

Sotto questo profilo, la sfida che i populismi lanciano alle nostre società non riguarda tanto (e solo) la ri-politicizzazione della religione, quanto piuttosto la negazione del pluralismo, ovverosia di uno dei valori fondanti lo stato costituzionale post-secolare. Come rilevato in precedenza, la strategia politica sovranista utilizza la religione (ma anche argomentazioni strettamente secolariste) per dividere la società in due gruppi omogenei e distinti, negandone in radice la struttura pluralista e complessa.

Rispondere a questa sfida non è semplice, e costringe ad interrogarsi sulle trasformazioni delle nostre società. Se infatti un tempo la neutralità istituzionale intesa come privatizzazione del fenomeno religioso era considerata come un elemento portante degli ordinamenti liberali, oggi occorre riconoscere che nelle società post-secolari il rapporto tra lo Stato e le religioni è improntato alla logica del pluralismo, che non è semplicemente «uno tra i tanti elementi della secolarizzazione» quanto piuttosto «una situazione sociale in cui persone diverse per appartenenza etnica, visione del mondo, e sistema di valori etici e religiosi convivono pacificamente e interagiscono reciprocamente in modo amichevole»[107].

Osservare il fenomeno da un angolo prospettico realmente pluralista chiede quindi agli interpreti non tanto di cristallizzare, una volta per tutte, l'esatto significato normativo della secolarizzazione, della laicità, della neutralità, ma piuttosto di indagare le ricadute concrete di tali principi all'interno della società contemporanea complessa. Soluzioni in questo senso sono state talvolta avanzate dai giudici europei e nazionali, chiamati – ciascuno nel loro contesto – a sciogliere il delicato intreccio della presenza dei simboli religiosi negli spazi pubblici.

Così, ad esempio, seguendo tale approccio al problema, i giudici della Corte EDU hanno saputo distinguere, nel caso *Eweida e altri v. Regno Unito*, l'utilizzo legittimo di un simbolo religioso (il crocifisso) da parte delle hostess di British Airways, da quello illegittimo da parte delle infermiere inglesi di un ospedale dell'Essex[108]; sebbene simbolo contestato fosse il medesimo, i giudici europei,

[107] P. Berger, *I molti altari della modernità*, cit., rispettivamente 10 e 20.

[108] *Eweida e altri v. Regno Unito*, Corte Edu, 15 gennaio 2013, in cui la Corte ha dovuto pronunciarsi (tra l'altro) sui ricorsi di una dipendente della compagnia britannica British Airways e di un'infermiera di un ospedale di Exter, sospese dal lavoro per non aver rispettato il divieto di indossare un crocifisso durante l'orario lavorativo. Pur riguardando l'utilizzo dello stesso simbolo (una croce di piccole dimensioni portata al collo) da due lavoratrici appartenenti allo stesso sistema normativo di riferimento (il Regno Unito), i giudici di Strasburgo hanno distinto i due casi in ragione del *differente contesto lavorativo* in cui i ricorrenti erano chiamati ad operare, sostenendo la violazione dell'art. 9 della CEDU nel caso della assistente di volo di British Airways, e ritenendo la legittimità delle policy dell'ospedale dell'Essex nel caso della infermiera. Nel primo caso, infatti, i giudici europei hanno ritenuto che le limitazioni imposte a Ms. Eweida, pur giustificate dal legittimo scopo di preservare – attraverso l'uniforme – una certa immagine della compagnia aerea, non fossero proporzionate allo scopo previsto. Nel secondo caso, invece, la Corte ha invece rigettato le pretese della ricorrente, ritenendo che il divieto di indossare il crocifisso negli ospedali fosse giustificato da ragioni oggettive e legate alla tutela della salute intesa come interesse pubblico di carattere generale.

soffermandosi sull'importanza della libertà religiosa all'interno del sistema della Convenzione, hanno ricordato che: «quando un individuo lamenta una restrizione della propria libertà religiosa nei luoghi di lavoro, invece che sostenere che la possibilità di cambiare lavoro potrebbe eliminare ogni interferenza, il miglior approccio dovrebbe essere quello di verificare se, nel bilanciamento complessivo degli interessi in gioco, la restrizione imposta sia o meno proporzionata»[109] . La Corte ha così potuto distinguere i due ricorsi, ragionando non sull'idoneità o meno dei simboli a costituire una violazione di una presunta neutralità in materia religiosa, ma a partire dal bilanciamento tra libertà religiosa dei lavoratori e esigenze dei loro datori, soppesando i diversi interessi in gioco.

Una apertura «mite» a questo approccio pratico nella risoluzione dei conflitti religiosi sembra essere stata adottata, di recente, anche dalle Sezioni Unite della nostra Cassazione[110] che, chiamata ancora una volta a pronunciarsi sulla esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche, ha dapprima ritenuto che *in astratto* l'obbligo di esposizione di tale simbolo contrasterebbe con il principio di laicità dello Stato italiano[111], per poi risolvere la controversia ammettendone l'esposizione in quella *particolare* circostanza. Utilizzando anche la comparazione con le soluzioni adottate in altri ordinamenti[112], infatti, il giudice osserva che, «il venir meno dell'obbligo di esposizione non si traduce automaticamente nel suo contrario, e cioè in un divieto di presenza del crocifisso nelle aule scolastiche»[113] in primis perché la nostra laicità non ha quei connotati di neutralizzazione dello spazio pubblico tipica invece dell'ordinamento francese, ma soprattutto perché la scuola italiana, oltre ad essere un luogo istituzionale, «è anche uno spazio pubblico condiviso in cui la presenza della simbologia religiosa (…) descrive ricognitivamente le fedi, le culture, le tradizioni dello Stato-comunità: di quella comunità di persone che abita tale spazio»[114]. Qualora la presenza dei simboli religiosi (e quindi anche del crocifisso) sia decisa dagli studenti, essa è dunque ammessa

[109] *Eweida e altri v. Regno Unito*, Corte Edu, 15 gennaio 2013, par. 83.

[110] Cassazione, Sez. Un., sent. 9 settembre 2021, n. 24414. Il caso riguardava la vicenda di un docente di scuola superiore sanzionato per avere rimosso il crocifisso dal muro dell'aula, prima dell'inizio delle proprie lezioni; così facendo il professore aveva violato un ordine di servizio che, dando seguito a una deliberazione in tal senso dell'assemblea di classe degli studenti, aveva chiesto che nell'aula fosse esposto il crocifisso.

[111] *Id.* §11.6: «l'esposizione *autoritativa* del crocifisso nelle aule scolastiche pubbliche non è compatibile con il principio supremo di laicità dello Stato. L'obbligo di esporre il crocifisso è espressione di una scelta confessionale. La religione cattolica costituiva un fattore di unità della nazione per il fascismo; ma nella democrazia costituzionale l'identificazione dello Stato con una religione non è più consentita»

[112] Sul punto v. F. Alicino, *L'accomodamento ragionevole e l'equità della laicità italiana. L'esposizione del crocifisso alla luce dell'insegnamento che proviene dalla comparazione*, in *DPCE*, 1/2022, 53 ss.

[113] Cass., Sez. Un., sent. n. 24414 9 settembre 2021*,* § 13.

[114] *Id.*, § 13.2.

perché non vietata «rientrando nell'ambito di autonomia delle singole scuole»[115].

Pur nella complessità del ricorso[116], colpisce il fatto che la Cassazione abbia accolto una soluzione che, invece che misurarsi esclusivamente con la normatività dei principi costituzionali, abbia provato a misurare le *concrete* lesioni della libertà degli alunni e del professore, giungendo ad un accomodamento valido per il caso di specie; «di fronte alla strutturale tensione tra libertà religiosa negativa e positiva» osserva la Corte «non c'è un aspetto di quella libertà destinato a prevalere in maniera assoluta sull'altro, ma c'è un dovere di garantire le diverse libertà di coscienza e le differenti sensibilità»[117]. Prevale qui una concezione della laicità intesa «come metodo» che è caratterizzata «dalla dimensione dello stare insieme improntata alla logica dell'*et et* e non dell'*aut aut*» in cui le soluzioni vanno ricercate «in concreto attraverso un dialogo costruttivo»[118] distinguendo «le reali lesioni della libertà religiosa dalle pure ombre»[119].

[115] *Id.*, § 14.

[116] Che non ha mancato di sollevare critiche da parte della dottrina ecclesiasticista. Cfr. ad esempio, considerazioni, anche di segno diverso, sollevate da M. Toscano, *Il crocifisso 'accomodato'. Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021*, in Rivista telematica *(https://www.statoechiese.it)*», 18/2021, 45 ss.; P. Cavana, *Le Sezioni Unite della Cassazione sul crocifisso a scuola: alla ricerca di un difficile equilibrio tra pulsioni laiciste e giurisprudenza europea*, in Rivista telematica *(https://www.statoechiese.it)*, 2021, 19, 1 ss.; N. Colaianni, *Dal "crocifisso di Stato" al "crocifisso di classe" (nota a margine di Cass., SS. UU., 9 settembre 2021, n. 24414)*, in Rivista telematica *(https://www.statoechiese.it)*, 17/2021, 17 ss.; A. Licastro, *Crocifisso "per scelta". Dall'obbligatorietà alla facoltatività dell'esposizione del crocifisso nelle aule scolastiche (in margine a Cass. civ., sez. un., ord. 9 settembre 2021, n. 24414)*, in Rivista telematica *(https://www.statoechiese.it)*, 21/2021, 17 ss.; M. Ventura, *Il crocifisso dallo Stato-istituzione allo Stato-comunità*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2021, 954 ss.; S. Ceccanti, *Come in Baviera: il crocifisso resta alla parete, se è la scelta della classe*, in *Quaderni costituzionali*, 4/2021, 951 ss.

[117] Cass., Sez. Un., sent. n. 24414 del 2021, § 16.

[118] *Id.*, § 19. La concezione della laicità come metodo era già stata avanzata da A. Barbera, *Il cammino della laicità*, in S. Canestrari, *Laicità e Diritto*, 2007, Bologna, 33 ss.

[119] Pur senza citare direttamente la fonte, la Suprema Corte ha espressamente utilizzato le parole del giudice americano Goldberg nella sentenza *Abington School District v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963) secondo cui: «It is, of course, true that great consequences can grow from small beginnings, but the measure of constitutional adjudication is the ability and willingness to distinguish between real threat and mere shadow». La Corte di Cassazione usa tale citazione per distinguere un precedente caso deciso dal Tribunale di Brescia da quello esaminato nella sentenza di specie, ricordando che si è in presenza di «Real threat nel primo caso; mere shadow nel nostro» (§ 20 cons. in dir.). Sotto il profilo della comparazione, è interessante notare come in generale, la circolazione di idee abbia forse consentito al giudice italiano di trarre ispirazione dalle parole del giudice Goldberg per distinguere i casi in cui un giudice riscontri un reale pericolo per la libertà religiosa da quelli in cui, al contrario, la fattispecie da decidere sembri riguardare solo contese teoriche e/o pretestuose. Si spiegherebbe in questo senso perché il giudice della Cassazione – che nel caso di specie ha «accomodato» la problematica giungendo ad una «soluzione valida» anche se non certo «ottimale» (M. Toscano, *Il crocifisso 'accomodato'. Considerazioni a prima lettura di Corte cass., Sezioni Unite civili, n. 24414 del 2021*, cit., 66) – parrebbe indicare una modalità di risoluzione dei conflitti che, per quanto perfezionabile sotto il profilo giuridico, sembra per lo meno accogliere il suggerimento (avanzato in queste pagine) di spostare le problematiche relative alla esposizione dei simboli religiosi da un piano strettamente conflittuale/dialettico ad un terreno maggiormente conciliante/dialogico.

In definitiva, quindi, il compito degli studiosi «intenti a salvaguardare i principi fondativi dello Stato costituzionale» è quindi quello di allargare il proprio sguardo accompagnando lo studio delle recenti vicende «con la ricerca delle vie per ricostruire quel tessuto plurale della società che oggi appare lacerato o distrutto»[120]. Questo è, del resto, il fine ultimo del principio pluralista: «proteggere le persone quanto al loro identificarsi in una qualche visione del mondo» e «trattarle in modo uguale quale che sia la loro scelta, così da dare a tutti ascolto»[121].

Abstract

Una tendenza comune dei leader populisti contemporanei è quella di utilizzare simbologie e linguaggi religiosi per scopi politico-identitari. Sebbene tale strategia sia emersa in particolar modo negli ultimi dieci anni, la ri-politicizzazione della religione è un fenomeno più risalente, in qualche modo connesso anche con le teorie della secolarizzazione e il loro sviluppo nell'epoca post-secolare. Il presente contributo indaga il legame tra populismo e secolarizzazione, ritenendo che, per combattere la minaccia politico identitaria, le società post-secolari devono ripensare al concetto di secolarizzazione connettendolo maggiormente al principio del pluralismo.

The re-politization of the religion and the paradoxes of the secularization: symbols, identities, populism

Populist leaders are currently using religious symbols in their political rallies in order to forge a common identity. Even if the growing prominence of religion in politics is evident in populist rhetoric, the re-politicization of religion is also linked with the paradoxes of the secularization process. This article investigates the link between populism and secularization arguing that in order to reject the populist threat post-secular society must rethink the secularization theory and enforce the pluralist principle.

[120] C. Pinelli, *Populismo, diritto e società. Uno sguardo costituzionale*, cit.
[121] C. Taylor, *Contro il mito dell'illuminismo*, cit., 21.

L'imposta di soggiorno: uno strumento per rendere più vivibili le destinazioni turistiche o un mezzo per tassare il turismo?

di Anna Cicchetti

Sommario: 1. Premessa di inquadramento. – 2. La *ratio* dell'istituto e le sue finalità. – 3. La determinazione dell'imposta di soggiorno in base al prezzo. – 4. Il gestore della struttura ricettiva e l'evoluzione della sua connotazione giuridica nel tempo. – 5. Riflessioni sulle possibili prospettive future per un nuovo scenario applicativo. Note conclusive.

1. *Premessa di inquadramento*

L'imposta di soggiorno – un tempo di soggiorno e di cura – fu istituita in Italia con la legge 11 dicembre, 1910, n. 863. Essa, applicabile a coloro che avessero soggiornato per un periodo non inferiore a cinque giorni in stabilimenti termali, era funzionalizzata a finanziare i servizi curativi e lo sviluppo delle stazioni termali e climatiche.

Nel tempo, l'istituto mutò più volte il proprio ambito di applicazione[1], ma la svolta più incisiva si ebbe a livello nazionale nel 2009 quando la legge delega n. 42 introdusse nel nostro ordinamento giuridico il c.d. federalismo fiscale in attuazione dell'art. 119 della Cost.[2].

[1] Nel 1921 il r.d.l. n. 1724 estese l'applicazione della tassa di soggiorno ad ogni Comune e nel 1926 fu confermata la sua previsione normativa distinguendo, tuttavia, tra imposta di soggiorno così come la conosciamo oggi e imposta di cura. Nel 1937 venne, poi, costituito un elenco dei Comuni che possedevano i requisiti per essere definiti turistici e che, conseguentemente, avevano la facoltà di decidere se imporre l'imposta di soggiorno. L'istituto fu profondamente rivisto con il d.l. 24 novembre 1938, n. 1926, convertito nella legge 2 giugno 1939, n. 739, in quanto il tributo assunse la natura giuridica di imposta, ancorando il prelievo al settore turistico quale "contropartita" corrisposta da chi soggiornava anche per breve tempo nelle località in cui era istituita, a fronte dell'utilizzo di servizi ivi offerti. È proprio in questo periodo che si incomincia a delineare l'idea dell'imposta di soggiorno quale imposta di scopo, seppure con tutte le precisazioni che al riguardo saranno svolte nel prosieguo. Nel 1989, nell'ambito del processo di riordino della finanza locale, il d.l. n. 66, convertito con legge n. 144 del 1989 soppresse, infine, l'imposta, tranne che in alcune Regioni a statuto speciale. Al riguardo, è interessante richiamare il caso della Regione Sardegna, che con la legge n. 4 del 2006 introdusse un'imposta regionale sugli aeromobili, sulle imbarcazioni e sulle navi da diporto oltre che un'imposta regionale sulle seconde case ad uso turistico. Nel 2007, la stessa Regione adottò poi la legge n. 2 con cui istituì l'imposta di soggiorno, precedentemente abrogata sul territorio nazionale, che superò anche il vaglio della Corte costituzionale proprio in virtù del riconoscimento dell'imposta di soggiorno quale tributo di scopo.

[2] L'art. 119, co. 1, Cost. recita testualmente: *I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei rispettivi bilanci e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea*. In dottrina cfr. F. Gallo, *I capisaldi del federalismo fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, n. 2, 2009, 10215 ss.; L. Tosi,

In quell'occasione l'art. 12, co. 1, lett. d), di detto provvedimento attribuì ai Comuni, nell'ottica di valorizzare la loro autonomia tributaria, la possibilità di introdurre uno o più tributi propri al fine di realizzare opere pubbliche, investimenti pluriennali nei servizi sociali o finanziare gli «oneri derivanti da eventi particolari quali flussi turistici e mobilità urbana».

La delega fu esercitata con il d.lgs. n. 23 del 2011 (noto come federalismo fiscale municipale), il cui art. 4, rubricato proprio "imposta di soggiorno" prevede che «I comuni capoluogo di provincia, le unioni di comuni nonché i comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte possono istituire, con deliberazione del consiglio, un'imposta di soggiorno a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive situate sul proprio territorio, da applicare, secondo criteri di gradualità in proporzione al prezzo, sino a 5 euro per notte di soggiorno. Il relativo gettito è destinato a finanziare interventi in materia di turismo, ivi compresi quelli a sostegno delle strutture ricettive, nonché interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali, nonché dei relativi servizi pubblici locali».

Il medesimo articolo, al comma 3 *bis*, attribuisce la facoltà ai Comuni che hanno sede giuridica nelle isole minori e quelli nel cui territorio insistono le isole minori di istituire il c.d. contributo di sbarco, il cui gettito è destinato ad interventi di «raccolta e smaltimento rifiuti, interventi di recupero e salvaguardia ambientale nonché interventi in materia di turismo, cultura, polizia locale e mobilità nelle isole minori»[3].

Il contributo di sbarco – il cui presupposto a differenza che nell'istituto in esame è da rinvenirsi nell'effettivo sbarco sull'isola e non nel pernottamento – insieme all'imposta di soggiorno con cui condivide la *ratio* istitutiva e ad altri istituti non oggetto della presente trattazione, quale ad esempio, la tassa d'ingresso prevista recentemente per accedere a Venezia dal 2023, costituiscono il risultato di politiche volte, da un lato, a governare i flussi turistici e le ripercussioni in termini di inquinamento ambientale, garantendo una migliore e più efficace fruizione dei servizi nelle destinazioni turistiche anche per chi in esse risiede e, dall'altro, rappresentano una fonte aggiuntiva di entrata per i Comuni che li applicano[4].

A. Giovanardi, *Federalismo fiscale*, (voce), in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006; L Salvini, *Federalismo fiscale*, in *Enc. Dir.,* Milano, Annali X, 2017, 422 ss.

[3] Il contributo di sbarco, già previsto in alcune Regioni, è stato introdotto a livello nazionale dall'articolo 4, comma 2-*bis*, del d.l. 2 marzo 2012, n. 16 convertito, con modificazioni, nella legge 26 aprile 2012, n. 44, e successivamente modificato dall'articolo 33, comma 1, della Legge 28 dicembre 2015, n. 221, che elenca le finalità del gettito.

[4] Il 1° luglio 2022 è stato presentato il regolamento comunale di Venezia per l'istituzione e la disciplina del contributo di accesso alla città. Il testo regolamentare, che dovrà ora essere sottoposto al vaglio delle Commissioni e del Consiglio comunale per il via libera definitivo, prevede che dal 16 gennaio 2023 chi vorrà accedere con o senza vettore alla città di Venezia e alle isole minori della Laguna, dovrà pagare un ticket di ingresso il cui ammontare varia da 3 a 10 euro. La misura è alternativa

La normativa sull'imposta di soggiorno è stata rivista con il d.l. 50 del 2017, convertito nella legge 21 giugno 2017, n. 96 e recentemente dal d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. decreto rilancio)[5] che ne ha innovato fortemente la disciplina.

Dalla ricostruzione appena delineata emerge chiaramente che, benché l'istituto in esame affondi le proprie radici all'inizio del secolo scorso, la sua attualità è ancora molto rilevante, in quanto nel tempo esso è stato considerato come una forma di tassazione del settore turistico, addossata in particolare in capo ai turisti[6], che visitando e soggiornando in quella determinata località turistica godono ed usufruiscono di servizi che impattano in termini di gestione e di spesa pubblica sull'ordinaria erogazione dei medesimi.

In quest'ottica, l'imposta di soggiorno può certamente essere analizzata come uno strumento empirico dell'applicazione del principio comunitario del "chi inquina paga", volto a caricare i costi "dell'inquinamento turistico", inteso anche come maggiore aggravio economico, su coloro che *in primis* lo producono ovverosia i turisti[7].

Questo concetto assieme a quello di capacità di carico turistica costituiscono due esempi di come il turismo se da un lato può determinare una spinta per l'economia, dall'altro altera e incide sull'ambiente circostante, sui servizi offerti alla comunità dei residenti – che peraltro compartecipano alla spesa con il pagamento dei tributi locali – e sul loro stile e qualità di vita.

---

all'imposta di soggiorno, nel senso che il Comune potrà prevedere l'istituzione di entrambe, ma il soggetto passivo, indicato nel regolamento, sarà chiamato a versare in maniera alternativa l'una o l'altra. La *ratio* dell'istituto, oltre all'ovvio contenimento del fenomeno del turismo di massa, da valutare in relazione anche al concetto di capacità di carico turistica, che per una destinazione come Venezia assume un significato del tutto particolare, e al tentativo di programmare e razionalizzare gli accessi per rendere l'ingresso in città più ordinato e facilmente gestibile, è da ricercare anche nel volere aggredire un turismo "mordi e fuggi", incentivando una permanenza più prolungata nella località turistica.

[5] Trattasi del d.l. 19 maggio 2020, n. 34, convertito in legge dalla l. 17 luglio 2020, n. 77, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34, recante misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19,* in *G.U. n. 180 del 18 luglio 2020*.

[6] In realtà, la norma non fa esplicito riferimento al turista, ma a colui che alloggia in una struttura ricettiva, come si avrà modo di specificare nel corso della trattazione. Tuttavia, poiché è evidente che l'applicazione più incisiva dell'imposta di soggiorno nel nostro Paese avvenga nel settore turistico, che genera più del 5% del PIL, la prospettiva di indagine seguita non potrà non tenere conto di questo dato.

[7] La dottrina tributarista distingue la *fiscalità del turismo*, volta a gravare sull'operatore economico che trae vantaggio dal fenomeno turistico dalla *fiscalità sul turismo*, che invece colpisce il turista, in quanto soggetto produttivo del costo turistico ambientale aggiuntivo che si produce in quella località. Evidentemente l'imposta di soggiorno è uno strumento di attuazione della fiscalità sul turismo, anche se entrambe le politiche fiscali sono orientate a fare fronte ai sovraccosti che il turismo, quale fenomeno sociale, culturale ed economico inevitabilmente genera. Sul punto v. A.E. La Scala, *Lineamenti dell'"imposta sul turismo": confini e prospettive*, in "*Tourism Taxation" sostenibilità ambientale e turismo tra fiscalità locale e competitività,* a cura di V. Ficari, G. Scanu, Torino, 2013, 63 ss.

Per far fronte ai fisiologici effetti negativi che l'appetibilità turistica comporta per una destinazione è indispensabile prevedere delle contromisure (un altro esempio può rinvenirsi nel *road pricing*), volte a internalizzare i costi su coloro che contribuiscono maggiormente ad impattare su quel luogo.

Gli aspetti appena evidenziati necessitano di attenta considerazione e di una ponderazione complessiva di tutti gli interessi in gioco da parte degli amministratori locali, in quanto il successo di una destinazione turistica è anche frutto di un accurato e sapiente bilanciamento tra gli effetti positivi che il turismo innegabilmente produce e il contenimento di quelli negativi che spesso genera sulla comunità dei residenti, sull'ambiente circostante e sulla qualità e quantità dei servizi erogati.

Infatti, il modo di vivere, di percepire la bellezza dei luoghi e di fruire dei servizi di una località turistica è molto diverso nella prospettiva del *civis* rispetto a quella dell'ospite. Pertanto, politiche dirette a realizzare la più ampia e variegata offerta possibile per una data destinazione turistica, senza tuttavia alterarne o stravolgerne la vivibilità costituiscono l'obiettivo a cui tendere, non dimenticando che ogni forma di attività correlata al turismo provoca sull'ambiente circostante – inteso quale complesso di bellezze naturali, paesaggio, beni culturali e comunità locali – un impatto che per diventare sostenibile richiede una pianificazione e una programmazione di interventi capaci di soppesare e bilanciare interessi, spesso, contrapposti, trasformandoli in interessi convergenti[8].

Sotto questo profilo, turismo e ambiente sono inscindibilmente legati e le dinamiche dell'uno producono effetti sull'altro in modo costante e reciproco[9]. Di qui la necessità di prevedere strumenti – tra i quali può certamente essere annoverata l'imposta in esame – che abbiano la finalità non solo di fare cassa ma anche di tutelare il depauperamento delle bellezze naturali o la conservazione dei beni culturali e paesaggistici che costituiscono il substrato dell'attività turistica intesa in senso lato e il motivo per il quale i turisti scelgono quella determinata località per il loro soggiorno[10].

---

[8] V. A. Papa, *Il turismo culturale in Italia: multilevel governance e promozione dell'identità culturale locale*, in *Federalismi.it,* n. 4/2007. Sia consentito rinviare anche a A. Cicchetti, *Il PNRR e l'attuazione di una politica per la valorizzazione del patrimonio culturale religioso,* in *Scritti in onore di Maria Immordino*, a cura di G. Corso, F. G. Scoca, A. Ruggeri, G. Verde, Vol. I, Napoli, 2022, 665 ss.

[9] In tema di tributi ambientali v. A. Uricchio, *I tributi ambientali e la fiscalità circolare*, in *Dir. prat. trib*., n. 5/2017, 1849 ss.; C. Sciancalepore*, Cambiamenti climatici e green taxes*, Bari, 2016, 85 ss.

[10] Altri strumenti la cui *ratio* può essere rinvenuta nel perseguimento di un turismo sostenibile possono individuarsi nel *ticket* di ingresso previsto per le città d'arte, nel pagamento di un pedaggio per i bus turistici che si avvicinano al centro delle grandi città o nel contributo di sbarco. Gli esempi riportati, pur differenziandosi dall'imposta di soggiorno in quanto non colpiscono la durata del soggiorno, costituiscono certamente attuazione empirica del principio "chi inquina paga", e sempre di più mirano a fronteggiare il turismo "mordi e fuggi" dove ciò che conta è avere nel proprio "*portfolio* personale" quella destinazione turistica piuttosto che una esperienza piena del viaggio,

2. *La ratio dell'istituto e le sue finalità*

L'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2011 riconosce la possibilità di istituire l'imposta di soggiorno ai Comuni capoluogo di provincia, alle Unioni di Comuni e ai Comuni inclusi negli elenchi regionali delle località turistiche o città d'arte[11].

Pertanto, l'imposta, così come prevista dalla normativa appena richiamata, tenderebbe a "colpire" il soggiorno, inteso *lato sensu* e non solo nella sua accezione strettamente turistica[12], atteso che, da un lato, anche i Comuni non turistici, se capoluoghi di Provincia o facenti parte di una Unione di Comuni, possono prevederne l'applicazione[13].

Tuttavia, la formulazione del sopra richiamato articolo appare un po' disorganica e la sua applicazione distonica, in quanto assimila, dal punto di vista della disciplina, configurazioni territoriali e amministrative molto eterogenee tra loro per poi riservare ai Comuni un trattamento a parte in base alla loro incidenza turistica.

Infatti, sia le Province sia le Unioni di Comuni sono ammessi *sic et simpliciter* ad applicare l'imposta di soggiorno a prescindere dalla loro grandezza, dal numero dei visitatori annui e anche dalla loro connotazione turistica. Il dato potrebbe trovare una spiegazione per i bacini provinciali che per la loro conformazione geografica presentano dimensioni e punti di interesse (anche non squisitamente turistici) tali da alterare il normale numero delle presenze sul territorio e conseguentemente richiedere l'insediamento di strutture ricettive di vario tipo; la stessa valutazione, però, non può essere applicata alle Unioni di Comuni, spesso ubicate in zone non solo non turistiche ma prive o quasi di ricettività alberghiera.

---

alla scoperta del territorio e dei suoi tesori culturali, nel rispetto delle popolazioni residenti, delle culture e dei luoghi visitati. Il turismo a portata di *click*, dove tutto deve essere usufruibile nel poco tempo a disposizione e nel modo più *all inclusive* possibile rischia di alimentare forme di turismo che generano non solo danni ambientali, ma anche ingenti costi a fronte di pochi benefici, finendo per svilire – quando non deturpare irrimediabilmente – località e bellezze naturali che in questo modo non potranno mai essere consegnate alle generazioni future.

[11] V. Ferri, *L'imposta di soggiorno, la finanza dei Comuni e il ruolo delle Regioni*, in G. Bernabei, G. Montanari, *Regionalismo differenziato e coordinamento della finanza pubblica*, Padova, 2019, 263 ss.

[12] Tuttavia, non vi è una piena corrispondenza tra quanto indicato dalla normativa e la disciplina sostanziale dell'istituto, in quanto non solo è difficile scindere dal pernottamento l'elemento turistico, ma esso non è neppure esplicitato. Infatti, all'ospite che alloggia nella struttura non è chiesto di esternare il motivo del suo soggiorno, segno evidente della sua irrilevanza ai fini del pagamento dell'imposta.

[13] Al riguardo, i giudici amministrativi lombardi hanno recentemente confermato la legittimità della soggettività passiva, prevista dal regolamento comunale di Bergamo, per coloro che soggiornano in strutture ricettive per finalità non turistiche. V. TAR Lombardia, Sez. I, Brescia, 6 ottobre 2021, n. 842 in *Foro Amministrativo* (Il) 2021, 10, 1507 e precedentemente Cons. St. sez. V, 23 novembre 2018, n. 6644. Del resto, il concetto di alloggio, richiamato dalla normativa, è disancorato dalla finalità che intende soddisfare, la quale potrà avere una valenza turistica ma anche soddisfare esigenze lavorative, di salute, di istruzione.

Al contrario tutti i Comuni – anche quelli che per la loro conformazione potrebbero essere definiti a vocazione turistica già sulla carta – debbono essere vagliati in termini di presenze e flussi e possono applicare l'imposta solo ove la Regione dia il proprio benestare inserendoli negli appositi elenchi[14], la cui redazione costituisce un ulteriore nodo interpretativo da sciogliere, soprattutto in riferimento ai criteri da applicare.

Peraltro da un'attenta lettura del dato normativo discende che per una corretta applicazione dell'istituto in esame non rilevano la dimensione del territorio da un punto di vista geografico e neppure la sua caratterizzazione turistica, quanto piuttosto che il prelievo fiscale dell'imposta sia collegato al pernottamento dell'ospite in una struttura ricettiva.

Conseguentemente, poiché la quantificazione dell'importo del tributo è correlata al numero di notti nelle quali il turista alloggia nella struttura, pare evidente che l'imposta di soggiorno non possa essere applicata a chi utilizza la struttura e i suoi servizi in *day use* senza pernottarvi[15].

La *ratio* dell'imposta di soggiorno va così ricercata nella scelta di tassare la permanenza della persona (lavoratore, turista, malato, studente) in quella località, in quanto maggiori sono le presenze che vivono quel territorio, più ampia dovrà essere la rete di servizi pubblici da attivare per consentirne la vivibilità.

---

[14] Recentemente il TAR Lombardia, sez. III, 17 dicembre 2020, n. 2525, ha statuito l'illegittimità della deliberazione della Giunta regionale con cui tutti i Comuni della Lombardia erano riconosciuti ed identificati come Comuni turistici o città d'arte, motivando che «se il legislatore avesse voluto dare la possibilità alla singola Regione di autoproclamarsi sic et simpliciter come Regione a vocazione turistica non avrebbe fatto riferimento ad "elenchi regionali", che presuppongono di per sé, come detto, la possibilità, se non la necessità, di eliminare da tali elenchi tutte quelle realtà urbane che non sono né località turistiche né città d'arte». Sulla stessa linea, TAR Molise, 25 luglio 2014, n. 477 che richiamando anche Corte cost. 15 aprile 2008, n. 102, sull'imposta di soggiorno sarda, ha statuito che: *il fatto suscettibile di valutazione economica ai fini dell'applicazione dell'imposta di soggiorno è connesso a una spesa, quella turistica, non avente carattere d'indispensabilità e che costituisce espressione di una manifestazione non meramente fittizia di ricchezza, che trova la propria giustificazione, secondo la giurisprudenza costituzionale, nell'esigenza che i soggetti non residenti nel territorio comunale partecipino ai costi pubblici determinati dalla fruizione del patrimonio culturale e ambientale, anche in funzione di una migliore sostenibilità dei flussi di visitatori e, quindi, in virtù di una vocazione turistica del Comune interessato dall'applicazione dell'imposta, non generica, ma specificamente accertata dalla Regione attraverso l'inserimento dell'ente locale nell'elenco previsto dal ripetuto art. 4 del d.lgs. n. 23/2011.*

[15] In questo modo, infatti, il legislatore ha voluto chiarire che il pagamento del tributo è dovuto da chi soggiorna nelle strutture ricettive individuando, seppure in maniera implicita, nel pernottamento di almeno una notte il presupposto minimo per l'applicazione dell'imposta. Coerentemente a quanto appena sottolineato, la giurisprudenza amministrativa ha escluso l'applicazione dell'imposta di soggiorno a quei soggetti che utilizzano le camere in *day-use*. Cfr. Cons. St., sez. V, 11 marzo 2019, n. 1614.

Risulta, invece, corretto attribuire l'elaborazione dei citati elenchi alle Regioni in coerenza con il riparto di competenze tra Stato e Regioni previsto dall'art. 117 Cost. per il quale, nell'ambito della legislazione concorrente, spetta a queste ultime il coordinamento del sistema tributario[16].

L'istituzione dell'imposta[17] deve avvenire con delibera del Consiglio comunale, sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei titolari delle strutture ricettive e l'esercizio di tale potere rientra nella discrezionalità del singolo soggetto legittimato[18].

La norma prevede, altresì, che la quantificazione dell'imposta sia calcolata nel rispetto dei criteri di gradualità e versata in proporzione al prezzo applicato dalla struttura ricettiva, con un massimo di 5 euro a notte[19].

---

[16] Cfr. TAR Toscana, sez. I, 5 maggio 2017, n. 647, in *Il Foro amm.,* 5/2017, 1133 ss., il quale ha stabilito che «l'attribuzione alla Regione, ai sensi dell'art. 4, d.lg. 14 marzo 2011 n. 23, del compito di predisporre gli elenchi dei Comuni abilitati ad imporre l'imposta di soggiorno, s'inquadra nel riparto di competenze tra Stato e Regioni disegnato dall'art. 117 Cost. che, nell'ambito della legislazione concorrente, assegna alla Regione il coordinamento del sistema tributario. Ne consegue che, anche per ragioni di ordine costituzionale, riveste carattere fondamentale l'accertamento dell'effettiva vocazione turistica del Comune nel quale si intenda istituire l'imposta di soggiorno; accertamento che l'art. 4 del d.lg. n. 23/2011 ha rimesso all'esclusivo scrutinio della Regione (con l'eccezione delle Unioni di Comuni e dei capoluoghi di Provincia, per i quali vige una sorta di presunzione di legge). Pertanto, ove la Regione non abbia dato attuazione alla disposizione citata predisponendo l'apposito elenco dei comuni legittimati ad istituire l'imposta in questione, il Comune non può istituire l'imposta di soggiorno; né vale sostenere che al fine di cui trattasi sarebbe sufficiente l'inclusione nell'elenco dei comuni ad economia prevalentemente turistica adottato ai sensi della l. rg. n. 28/1999 di recepimento del d.lg. n. 114/1998».

[17] È importante richiamare che la norma in esame riconosce la piena applicabilità dell'art. 52 del d.lgs. 446 del 1997, il quale sancisce che «Le province ed i comuni possono disciplinare con regolamento le proprie entrate, anche tributarie, salvo per quanto attiene alla individuazione e definizione delle fattispecie imponibili, dei soggetti passivi e della aliquota massima ei singoli tributi, nel rispetto delle esigenze di semplificazione degli adempimenti dei contribuenti. Per quanto non regolamentato si applicano le disposizioni di legge vigenti».

[18] Sul fatto che la consultazione delle associazioni di categoria dei gestori delle strutture ricettive non sia facoltativa, bensì obbligatoria e previa all'adozione del regolamento che stabilisce nello specifico le modalità di operatività dell'istituto, si è espresso il Tar Campania, 14 maggio 2019, n. 756, sottolineando in tal modo, anche una finalità deflattiva della fase di concertazione, in ordine ad un eventuale successivo contenzioso. Sul tema cfr. anche TAR Lombardia, sez. I, 13 gennaio 2020, n. 21, che ha, tuttavia, limitato l'obbligatorietà della consultazione alla sola fase di predisposizione del regolamento attuativo dell'imposta di soggiorno.

[19] Fa eccezione il Comune di Roma per il quale la legge 30 luglio 2010, n. 122 reintrodusse l'imposta di soggiorno «a carico di coloro che alloggiano nelle strutture ricettive della città, da applicare secondo criteri di gradualità in proporzione alla loro classificazione fino all'importo massimo di 10 euro per notte di soggiorno». L'eccezione in questo caso è giustificata dagli ingenti flussi turistici generati dalla Capitale. Si evidenzia, inoltre, che l'art. 4, co. 1 bis, modificato dall'articolo 46, comma 1-*bis*, del d.l. 26 ottobre 2019, n. 124, convertito con modificazioni dalla Legge 19 dicembre 2019, n. 157, contempla la facoltà di elevare l'imposto dell'imposta di soggiorno fino a 10 euro per notte anche ai Comuni capoluogo di provincia che, «in base all'ultima rilevazione resa

Il gettito è destinato a finanziare interventi in materia di turismo – compresi quelli di sostegno alla ricettività alberghiera – di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali e ambientali nonché quelli relativi ai servizi pubblici locali.

Proprio la formulazione di quest'ultimo aspetto e la sua portata continuano a porre notevoli dubbi interpretativi.

Infatti, la genericità della legge statale, che per la disciplina degli aspetti operativi dell'istituto rinviava ad un regolamento attuativo, il quale non ha però mai visto la luce, ha comportato che i Comuni interpretassero liberamente l'ampiezza delle tipologie di interventi ammessi con il gettito ricavato dall'imposta di soggiorno dando luogo, spesso, a pratiche assai difformi quando non a contenziosi [20].

Al riguardo, la giurisprudenza amministrativa[21] proprio sul presupposto della mancanza di precisione dell'art. 4 del d.lgs. del 2011 ha operato una lettura estensiva dell'articolato normativo, ritenendo legittimi i regolamenti comunali che supportano non solo interventi non direttamente ascrivibili al settore turistico, ma anche quelli volti ad implementare servizi collegati ("relativi" recita la norma) al turismo, tra cui i servizi pubblici locali che producano indiscusse, seb-

---

disponibile da parte delle amministrazioni pubbliche competenti per la raccolta e l'elaborazione di dati statistici, abbiano avuto presenze turistiche in numero venti volte superiore a quello dei residenti», segno della volontà di agganciare l'imposizione e la parametrazione del tributo proprio all'andamento dei flussi turistici. La *ratio* della previsione normativa consiste nell'individuare nell'imposta in esame una contropartita o uno strumento, a seconda della prospettiva prescelta, per la gestione dei servizi in eccesso, rispetto all'ordinarietà, da erogare alla comunità allargata dei residenti e degli ospiti. In dottrina v. F. Gavioli, *L'imposta di soggiorno e il caso del comune di Roma*, in *Fin. trib*., 2011, 378 ss.

[20] Da uno studio condotto da Federalberghi nel 2015 si evince che il gettito dell'imposta di soggiorno nei principali Comuni italiani (Roma, Bologna, Venezia, Milano, Firenze, Rimini) è destinato al: turismo e beni culturali ed ambientali, tra le cui voci si rinvengono le attività di accoglienza e informazione al turista, gare per il marketing e la valorizzazione di nuovi prodotti turistici, programmazione di eventi in Italia e all'estero, partecipazione a fiere e workshop, comunicazione dell'immagine della città, formazione del personale (Roma); Sistema culturale, Turismo e marketing urbano, interventi nel campo della qualità urbana e della manutenzione degli spazi pubblici (Bologna); interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni ambientali, interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali, attività di produzioni culturali e cinematografiche, trasferimento del Teatro La Fenice, organizzazione di eventi anche in collaborazione con vela e municipalità, attività cinematografiche, operatori, come i vigili, che controllano e presidiano il territorio (Venezia); interventi per lo sviluppo e valorizzazione del turismo (servizi turistici, marketing territoriale e identità e manifestazioni della moda del design e tempo libero) e attività culturali (Milano); beni culturali (manutenzioni, fruizioni e recuperi) e beni ambientali (manutenzione, fruizione e recupero), turismo tra cui rientrano gli oneri di gestione del trasporto pubblico locale e dei servizi connessi, i servizi di informazione turistica e i contributi alle istituzioni della moda e della cultura (Firenze); infine Rimini del gettito raccolto nel 2014 ha destinato il 18,8% della spesa ad iniziative in campo turistico, il 33,1% ad interventi di riqualificazione ed il 46,2% ad iniziative culturali di vario genere.

[21] Cfr. *ex multis,* cfr. TAR Abruzzo, 14 gennaio 2019, n. 42; TAR Toscana, 6 febbraio 2013, n. 200; TAR. Lombardia, 28 gennaio 2013, n. 93; TAR Lombardia, 12 luglio 2013, n. 1824.

bene indirette, ripercussioni nella gestione e nella fruizione di una destinazione turistica[22].

Sul punto, è intervenuto anche il Consiglio di Stato, sottolineando come l'ampiezza e la genericità della dicitura utilizzata dal legislatore del 2011 nel definire le finalità dell'imposta di soggiorno ammettano che il suo gettito possa essere impiegato non solo ed esclusivamente nel settore turistico ma anche in quello relativo ai servizi pubblici locali, in quanto «l'imposta di soggiorno per i non residenti si giustifica (…) per via dell'aggravio di spesa per tali servizi derivanti dall'afflusso e dal soggiorno di popolazione non residente»[23].

Al contrario, la giurisprudenza contabile ha assunto un atteggiamento meno flessibile ed estensivo nell'interpretazione della norma in esame, giungendo a considerare legittimo l'impego del gettito derivante dall'imposta di soggiorno solamente per le finalità e gli interventi specificati nell'articolato normativo. Pertanto, secondo tale orientamento l'attinenza con il settore turistico deve essere diretta ed immediata e «la destinazione della spesa non deve essere meramente connessa allo scopo di interventi in materia di turismo»[24].

Questo aspetto resta uno dei punti dolenti dell'impianto normativo, in quanto se da un lato è ragionevole – almeno per i Comuni definiti turistici – la funzionalizzazione degli introiti ricavati dall'imposta di soggiorno al settore turistico, dall'altro risulta assai difficoltoso stabilire in maniera precisa e compiuta gli interventi ammissibili da quelli esclusi, tanto più che il legislatore ha omesso di rendere tale elencazione tassativa. Conseguentemente la discrezionalità degli enti locali trova terreno fertile per utilizzare il tributo in esame per contenere, almeno in parte, i maggiori costi prodotti dall'aumento delle presenze turistiche. Pertanto, allargare l'alveo degli interventi possibili anche a servizi solo indirettamente connessi al turismo non pare privo di logica e neppure in contrasto con il dato normativo, atteso che investire nel comparto turistico non esclude a priori la possibilità di finanziare con tali importi servizi che abbiano come destinatari anche i residenti.

---

[22] In dottrina v. A. Bernardino *Soggiorno e cura* (imposta di), in *Noviss. dig. it*, Vol. XVII, Torino, 1970, 827 ss.; M.S. Giannini, *I proventi degli enti pubblici minori e la riserva di legge*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1957, I, 3 ss.

[23] V. Cons. St. 23 novembre 2018, n. 6644, *cit.*

[24] Cfr. Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per la Campania, n.114 del 2018, la quale esprimendosi sulla possibilità di utilizzare il gettito derivante dall'imposta di soggiorno per l'assunzione stagionale di personale, in particolare a rafforzamento del servizio di vigilanza urbana – ancorché in una località a forte vocazione turistica, ha escluso che siffatta fattispecie possa collegarsi in maniera diretta ed immediata al turismo come vorrebbe la normativa. Ha evidenziato al riguardo la Corte che interpretando diversamente la norma si finirebbe per «includere qualsiasi spesa che sia eventualmente riconducibile a interventi in materia di turismo». Cfr. anche Corte dei Conti, Sez. Puglia, n. 201 del 2015; Corte sei Conti Sez. Emilia Romagna, n. 228 del 2014 e Corte dei Conti, Sez. reg. di controllo per il Veneto, n. 71 del 2019.

Il tema trattato è strettamente collegato e dipendente dalla qualificazione giuridica che si scelga di attribuire allo strumento in esame, aspetto sul quale anche la dottrina e la giurisprudenza sono divise, oscillando per il suo inquadramento tra l'istituto del tributo di scopo – nella sua accezione tipica e atipica –, quello del tributo di scopo atipico e le c.d. imposte di destinazione [25].

Al riguardo, se pare corretto individuare nell'imposta di soggiorno un vincolo di destinazione, la sua lettura in chiave strettamente turistica non convince del tutto, perché è la stessa norma a prevedere altre finalità di impiego delle entrate derivanti dalla sua applicazione, tra cui «interventi di manutenzione, fruizione e recupero dei beni culturali ed ambientali locali» e a individuare quale soggetto passivo chi alloggia in una struttura ricettiva, dilatando l'ampiezza della nozione di ospite. Sotto questo profilo, l'imposta di soggiorno, quale applicazione empirica del sopra richiamato principio "chi inquina paga", troverebbe una idonea collocazione anche tra i tributi municipali aventi finalità ambientali[26]. Questo è tanto più vero se si pone l'attenzione alle Province e alle Unioni di Comuni, che possono applicare l'istituto in rassegna a prescindere dalla dimensione turistica del loro territorio[27].

---

[25] Per una ricostruzione puntuale sul susseguirsi delle diverse tesi sulla classificazione dell'imposta di soggiorno v. C. Ricci, *Tributi di scopo tra giustificazioni politiche e categorie giuridiche*, in *Riv. Trim. dir. Pubbl.,* 2/2021, 366 ss.; De Maio, *Imposta di soggiorno: riflessioni e prospettive in tempi di pandemia*, in *Federalismi.it*, n. 21/2020, 133 ss.; C. Ferrario, *L'imposta di soggiorno: vincolo od opportunità per il settore turistico?*, in *Il diritto degli affari,* 2/2021, 5; G. Beretta, *L'imposta di soggiorno. Amnesie legislative ed esigenze di riforma nell'era della sharing economy*, in *Università Carlo Cattaneo – LIUC, Working paper*, 3, 2017; C. De Benetti, *Exscursus della giurisprudenza amministrativa e contabile in tema di imposta di soggiorno nella perdurante assenza del regolamento governativo di cui all'art. 4 del d.lgs. 23/2021*, in *Giustamm.it*, n. 11/2016; L. Lovecchio, *Il TAR del Veneto "salva" il regolamento comunale istitutivo dell'imposta di soggiorno*, in *Corr. Trib.*, n. 27/2012, 2075 ss.; C. Verrigni, *La nuova imposta di soggiorno ed i primi orientamenti della giustizia amministrativa,* in *Riv. It. Dir. Tur.,* n.5/2012; M. Damiani, *L'imposta di soggiorno: prove di federalismo fiscale "disarticolato*", in *Corr. Trib.,* n. 32/2011, 2630 ss.; C. Scaincalepore, *I vincoli di destinazione delle imposte turistiche locali nell'ordinamento giuridico tributario e finanziario*, in *Bilancio Comunità persona*, *www.dirittoeconti.it* n. 1/2020, 185, il quale inquadra l'imposta di soggiorno tra le imposte di scopo in senso improprio, in quanto volte «alla tutela e alla valorizzazione del patrimonio culturale». Pertanto, continua l'A. «il mancato rispetto del vincolo di destinazione, infatti, potrebbe dar luogo ad azioni giurisdizionali nei confronti dell'amministratore pubblico davanti al giudice sia penale sia amministrativo». Cfr., infine, A. Tomo, *L'imposta di soggiorno tra opportunità di rilancio del turismo e il problematico ruolo degli albergatori: luci e ombre della nuova disciplina*, in *Giur. Imposte,* 1/2020, 70. L'A. definisce l'imposta di soggiorno un tributo dalla debole vincolatività del gettito, motivo per cui «può ritenersi che l'imposta di soggiorno si discosti notevolmente dalla disciplina generale dei tributi di scopo, poiché, sebbene il gettito ricavato dal Comune sia destinato a finanziare "interventi in materia di turismo", in tale disciplina manca qualsiasi riferimento alla peculiarità propria della disciplina dei tributi di scopo». In giurisprudenza v. TAR Molise, n. 477 del 2014, *cit.*; TAR Veneto, sez. III, 10 maggio 2012, n. 653; C. Conti, Sez Riun., 22 settembre 2016, n. 22.

[26] C. Sciancalepore, *Tributi di sbarco tra equa tassazione dei flussi turistici ed esigenze di coordinamento regionale*, in *Azienditalia*, n. 7/2017, 611 ss.; M. Damiani, *L'imposta di soggiorno: prove di federalismo fiscale "disarticolato*", *op. cit.,* 2630 ss.

[27] L'imposta di soggiorno può essere definita anche come esempio di *tourist tax* in cui il sog-

Alla luce delle considerazioni svolte, risulta evidente l'ampia discrezionalità che il legislatore ha voluto attribuire agli amministratori locali nella destinazione del gettito derivante dall'imposta in esame. Pertanto, se pare appropriato ricondurre il tributo tra quelli che presentano un vincolo di destinazione, la sua operatività a "maglie larghe" conduce a parametrarne l'applicazione al singolo caso concreto, definendo di volta in volta i contorni, le tipologie e l'attinenza di possibili interventi con quanto incassato dal relativo gettito.

Il panorama normativo piuttosto lacunoso e generico sul punto e le posizioni diversificate in dottrina e in giurisprudenza sul tema denotano che per ora ai Comuni che istituiscono l'imposta di soggiorno è lasciato un ampio margine di manovra in relazione alla destinazione degli importi. Se, infatti, il vincolo di destinazione è impresso dalla legge, la sua indeterminatezza concede al Comune di dilatare o restringere l'accezione turistica fino a ricomprendervi i servizi pubblici ad esse afferenti e quindi, di fatto, facendovi rientrare qualsivoglia attività che sia funzionalmente collegata – o non manifestamente avulsa – dalla matrice turistica.

Tra l'altro, nel contesto normativo attuale, pare non sorgano vincoli temporali di programmazione in capo agli enti municipali né un loro obbligo ad individuare specifiche opere o interventi da sostenere con il gettito ricavato; elemento quest'ultimo che impatta anche sull'incisività dei controlli e sui loro limiti[28].

In quest'ottica, deve escludersi anche la configurazione di eventuali responsabilità in capo agli enti impositori in relazione alla mancanza di corrispondenza tra quanto dichiarato nel regolamento e gli effettivi usi di tali importi. Infatti, se il Comune non è vincolato *ex ante* ad impegnare determinate somme per la realizzazione di specifici interventi, difficilmente potrà essere imputato di avere distratto risorse e costretto conseguentemente alla restituzione[29]. Pertanto, un controllo operato *ex post* sull'impiego del gettito originato dall'imposta di soggiorno avrà la funzione di garantire trasparenza nelle scelte operate dall'amministrazione e

getto passivo non coincide con il residente del territorio in cui è applicato il tributo. In questo caso manca una correlazione diretta tra soggetto passivo e soggetto beneficiario dell'imposta, generando il fenomeno che in dottrina viene definito di "esportazione fiscale". Sul punto v. A. Tomo, *L'imposta di soggiorno tra opportunità di rilancio del turismo, op. cit.,* 68; A. Zatti, *Tassazione ambientale e federalismo fiscale: potenzialità e sviluppi recenti con riferimento al caso italiano*, in *Riv. Dir. Fin. e Sc. delle Fin*., n. 3/2012, 352 ss.; AA.VV., *La fiscalità del turismo*, a cura di A. Uricchio, G. Selicato, Bari, 2020.

[28] Al riguardo, il Tar Puglia, Lecce, sez. III, 28 sett. 2020, n. 1021 ha statuito che l'art. 4 comma 1 del D.L.gs. n. 23 del 2011 «si limita a prevedere, a valle dell'applicazione dell'imposta, l'obbligo di destinare il gettito ricavato al perseguimento di obiettivi *lato sensu* di promozione turistica. Esso non pone, tuttavia, alcuno specifico ed ulteriore obbligo a monte dell'introduzione dell'imposta o della modifica della sua disciplina regolamentare. Non sussiste, pertanto, nel silenzio della legge, a carico dell'Amministrazione Comunale il dovere di pianificare gli interventi da finanziare, né di motivare le scelte operate».

[29] Sul punto cfr. C. Verrigni, *L'imposta di soggiorno tra criticità e prospettive*, in *Nuovi orientamenti di economia e diritto in tema di tutela ambientale*, a cura di S. Sparacia, F. A. Cimino, Milano, 2019, 276 e ss.

quindi assumerà una valenza più politica che giuridica, dal momento che dall'impianto normativo non scaturiscono obbligazioni specifiche e puntuali al riguardo.

È innegabile che un più rigoroso inquadramento dell'imposta di soggiorno tra i tributi di scopo comporterebbe, sotto il profilo tributario e amministrativo, conseguenze più stringenti, che si allenterebbero ove si identificasse nello strumento solo un vincolo di destinazione.

Le considerazioni svolte conducono a tracciare una differenza tra l'imposta di soggiorno e i tributi di scopo, in quanto questi ultimi danno origine ad una obbligazione tributaria, la cui previsione fa sorgere in capo al soggetto passivo un obbligo di corresponsione e in capo al soggetto impositore un vincolo di destinazione del gettito per le finalità previste dalla normativa. Ciò implicherebbe che se il gettito non fosse destinato ai suddetti scopi si configurerebbe una responsabilità in capo all'ente locale – di cui non vi è traccia nell'articolato normativo – e verrebbero a mancare il presupposto e la *ratio* sottesi all'istituto con la conseguenza che il turista avrebbe il diritto di chiedere il rimborso di ciò che ha versato al Comune; circostanza quest'ultima che, anche ove ritenuta legittima in via interpretativa, sarebbe scarsamente applicata a lato pratico, vista anche la poca incisività in termini di rapporto costi-benefici.

3. *La quantificazione dell'imposta di soggiorno*

Ai sensi dell'art. 4 del più volte citato d.lgs. n. 23 del 2011 l'importo dell'imposta di soggiorno è quantificato secondo criteri di gradualità in proporzione al prezzo e non può superare 5 euro per notte, salvo le eccezioni richiamate.

La correlazione tra l'importo dell'imposta e il prezzo pagato per la prestazione alberghiera, direttamente prevista dalla normativa statale, impone di tratteggiare brevemente l'evoluzione della politica di applicazione dei prezzi alle strutture recettive al fine di comprendere come avviene l'individuazione del *quantum debeatur* da parte del turista.

Prima della legge 17 maggio 1983, n. 217, i prezzi delle strutture ricettive erano amministrati ovverosia imposti dall'autorità pubblica e il soggetto privato veniva solo consultato prima dell'imposizione. Con l'entrata in vigore della prima legge quadro sul turismo si passa ad un sistema di prezzi c.d. concordati tra amministrazione e operatori turistici e solo con la legge 25 agosto 1991, n. 284, si giunge alla liberalizzazione delle tariffe delle strutture recettive.

Ciò ha comportato che i soggetti interessati decidano liberamente i prezzi da applicare nelle strutture con l'obbligo di comunicarli alle Regioni, alle Province e ai Comuni al fine di consentire la pubblicazione dell'annuario ufficiale degli alberghi ad opera dell'Enit[30].

[30] La legge n. 284 del 1991 è stata attuata dal d.m. Turismo, 16 ottobre 1991, in G.U. 28 ottobre 1991, n. 253, il quale, tuttavia, prevedeva l'inderogabilità dei prezzi massimi comunicati,

Il d.lgs. n. 79 del 2011[31], intervenuto sull'argomento, ha ribadito il sistema generalizzato di liberalizzazione dei prezzi (art. 11, co. 1) comprensivo dell'obbligo di comunicare le tariffe praticate secondo quanto disciplinato dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano, ma sul punto si è pronunciata la Corte costituzionale con la nota sentenza n. 80 del 2012[32].

Non è finito sotto l'egida della Corte il secondo comma dell'art. 11 che attribuisce alle Regioni la regolazione della corretta informazione e della pubblicità dei prezzi stabiliti, nonché i controlli sulla effettiva applicazione delle tariffe comunicate, con possibilità di prevedere sanzioni in caso di loro inosservanza.

Pertanto, oggi, spetta all'ente regionale decidere come regolamentare la disciplina dei prezzi delle strutture ricettive presenti sul proprio territorio.

In questo quadro normativo di riferimento, i Comuni, individuati negli elenchi regionali, sono stati chiamati a parametrare il calcolo dell'importo dell'imposta di soggiorno sulla base del prezzo praticato dalla struttura ricettiva, in aderenza al disposto di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2011, ma la loro scelta, motivata da ragioni di semplificazione, è caduta spesso sul criterio della classificazione della struttura ricettiva (hotel, agriturismo, b&b, da un lato e stelle, girasoli, spighe, dall'altro).

Il sistema di classificazione delle strutture ricettive oltre a risalire indietro nel tempo è un tema molto complesso che ha trovato una sua precisa collocazione e trattazione anche all'interno del Codice del turismo[33].

---

individuando in maniera tassativa i casi in cui gli albergatori potevano derogare all'applicazione dei prezzi minimi. Questo aspetto è stato ritenuto dalla sentenza della C. Cost., n. 370 del 1992 invasivo della competenza legislativa delle Regioni, in quanto seppure la disciplina dei prezzi rientrasse nella competenza relativa al *complesso delle relazioni commerciali*, assegnata in via esclusiva allo Stato, quest'ultimo non poteva disciplinare aspetti specifici, non oggetto di attribuzione e che *il legislatore statale aveva inteso riservare alle Regioni*. Così sul punto, L. Righi, *Le strutture ricettive,* in V. Franceschelli, F. Morandi, *Manuale di diritto del turismo*, Torino, 2019, 172. Sulla tematica della disciplina dei prezzi sia consentito rinviare a A. Cicchetti, *La disciplina dell'impresa turistica,* in *Diritto pubblico del turismo*, a cura di M. Gola, T. Groppi, Santarcangelo di Romagna, 2005, 149-150.

[31] D. Lgs. 23 maggio 2011, n. 79m *Codice della normativa statale in tema di ordinamento e mercato del turismo, a norma dell'articolo 14 della legge 28 novembre 2005, n. 246, nonché attuazione della direttiva 2008/122/CE, relativa ai contratti di multiproprietà, contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine, contratti di rivendita e di scambio*, in GU n. 129 del 6-6-2011, Suppl. Ordinario n.139, noto come Codice del turismo.

[32] Trattasi della sentenza della C. Cost., 5 aprile 2012, n. 80.

[33] Non è questa la sede per una trattazione approfondita del tema. Tuttavia, il primo sistema di classificazione delle strutture ricettive avvenne con il R.D.L. 18 gennaio 1937, n. 975, *Classificazione degli alberghi e delle pensioni*, in G.U. 5 luglio 1937, n.153. A questo seguì la legge n. 217 del 1983 che impose a tutte le regioni la classificazione in stelle senza, però, prevedere parametri specifici e uniformi. Il risultato fu una grande disomogeneità di strutture ricettive appartenenti a Regioni diverse a cui si cercò di rimediare con il D.P.C.M. 21 ottobre 2008, *Definizione delle tipologie dei servizi forniti dalle imprese turistiche nell'ambito dell'armonizzazione della classificazione alberghiera,* in G.U. 11 febbraio 2009, n. 34.

In particolare, gli artt. 10 e 15 del d.lgs. n. 79 del 2011, sulla base di quanto operato dal d.p.c.m. del 2008, attribuivano allo Stato la definizione degli standard qualitativi comuni alla classificazione delle strutture ricettive – ad eccezione degli agriturismi – con possibilità per le Regioni di migliorarli o differenziarli in relazione a specifici interessi territoriali.

L'attribuzione della regolamentazione di tali profili alla competenza legislativa statale ha, tuttavia, suscitato dubbi circa la correttezza dell'esercizio della delega da parte del Governo. Infatti, se il Consiglio di Stato[34] aveva giustificato l'intervento statale anche a seguito della Riforma del titolo V della Costituzione, in quanto volto a garantire uniformità degli standard minimi nazionali delle strutture ricettive, la Corte costituzionale con la richiamata sentenza n. 80 del 2012 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 10 e 15 del Codice del turismo per eccesso di delega, lasciando un vuoto normativo in assenza di indicazioni univoche dal punto di vista legislativo[35].

A seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale le Regioni, a cui di fatto è stata demandata la competenza in questo ambito, sono intervenute in maniera diversificata, operando riguardo alle nuove strutture pressoché in conformità con quanto previsto dal citato d.p.c.m., i cui contenuti costituivano il frutto di un lungo confronto con lo Stato, poi sfociato in una Intesa, mentre hanno agito con ampia discrezionalità nei confronti di quelle esistenti, che già avevano ottenuto una classificazione.

Questo *modus operandi* ha, conseguentemente, comportato una disomogeneità tra le Regioni in ordine all'applicazione della categoria in ragione del possesso di determinati requisiti. Infatti, attualmente vi sono strutture che a parità di classificazione presentano servizi differenti e strutture che offrono i medesimi servizi pur appartenendo a categorie diverse.

La scelta applicativa fatta propria dai Comuni ha comportato spesso delle problematicità, come osservato anche dalla giurisprudenza amministrativa, in quanto l'importo della prestazione turistica globalmente intesa (pernottamento più servizi aggiuntivi) può variare in funzione dei servizi offerti, della tipologia di camera selezionata o del periodo annuo scelto (il prezzo di una camera *standard* sarà più basso di quello richiesto per una *suite*, così come il costo del soggiorno – a parità di tipologia di camera – subirà un aumento se comprensivo del servizio di pensione completa piuttosto che di solo pernottamento); fattori che finiscono per non avere alcuna incidenza sul calcolo dell'imposta di soggiorno se essa non

[34] Si tratta del parere n. 307 del 21 gennaio 2011 con cui il Consiglio di Stato ha sostanzialmente avallato l'esercizio della delega da parte del Governo.

[35] Il 24 luglio 2014 fu emanata la l. n. 106, con cui si doveva prevedere una uniformità di classificazione di tutte le strutture ricettive, tenendo conto anche dei parametri europei ed internazionali, affidandone l'attuazione all'adozione di un successivo decreto che, tuttavia, non ha mai visto la luce.

è quantificata con riferimento al prezzo, unico elemento in grado di mutare al variare delle singole voci richiamate[36].

Tale modalità operativa risulta in contrasto anche con quanto previsto dall'art. 53 della Cost., che ancora la spesa alla capacità contributiva del turista laddove all'aumentare del prezzo della prestazione alberghiera dovrebbe corrispondere un ammontare maggiore dell'imposta di soggiorno. Infatti, mentre il prezzo costituisce un parametro oggettivo attraverso cui calcolare l'importo dell'imposta in esame, la classificazione della struttura ricettiva non sempre rappresenta un indice coerente della capacità contributiva dell'ospite[37].

Tuttavia, se il disposto normativo è chiaro nell'agganciare al prezzo il calcolo dell'imposta di soggiorno, fino ad un massimo di 5 euro per notte e in applicazione del principio di gradualità, è altresì vero che la giurisprudenza amministrativa è oramai pressoché allineata nell'interpretare questo criterio con molta flessibilità, applicando i necessari aggiustamenti anche in un'ottica di semplificazione[38].

---

[36] Sul punto v. TAR Puglia, sez. III, Lecce, 17 marzo 2020, n. 333, che ha dichiarato illegittima la deliberazione della Giunta che ha determinato l'imposta di soggiorno prevedendo un importo identico fino ad un numero di pernottamenti pari a sette per tutti i mesi dell'anno. In questo modo, spiega il giudice amministrativo, non si rapporta la misura dell'imposta di soggiorno alla effettiva capacità del contribuente e al concetto di *spesa turistica in quanto espressione di ricchezza*.

[37] Si rammenta che l'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 3 del 2011 ha previsto la possibilità per i Comuni che possono istituire l'imposta di soggiorno di disporre ulteriori modalità applicative del tributo al fine di rendere quanto più effettiva la capacità contributiva del turista all'imposta applicata. In particolare, la norma statuisce che «Con regolamento da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, d'intesa con la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, è dettata la disciplina generale di attuazione dell'imposta di soggiorno. In conformità con quanto stabilito nel predetto regolamento, i comuni, con proprio regolamento da adottare ai sensi dell'articolo 52 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, sentite le associazioni maggiormente rappresentative dei titolari delle strutture ricettive, hanno la facoltà di disporre ulteriori modalità applicative del tributo, nonché di prevedere esenzioni e riduzioni per particolari fattispecie o per determinati periodi di tempo. Nel caso di mancata emanazione del regolamento previsto nel primo periodo del presente comma nel termine ivi indicato, i comuni possono comunque adottare gli atti previsti dal presente articolo». Sul punto in giurisprudenza v. Tar Lombardia, n. 21/2020 e Tar Puglia, n. 333/ 2020, entrambe *cit.*

[38] Cfr. Cons. St., n. 1614 del 2019, cit., che ha statuito: «Ai fini del rispetto del criterio di legge della gradualità in proporzione al prezzo del soggiorno alberghiero non si può pretendere una rigida corrispondenza tra prezzi praticati dalla singola struttura alberghiera e importo dell'imposta di soggiorno». V. anche: TAR. Molise Campobasso,, n. 477 del 2014, *cit.*; e TAR Toscana, che con la sentenza n. 1348 del 2011 ha sancito: «il sistema di commisurazione dell'imposta prescelto dal Comune di Firenze, per quanto non ottimale e come tale perfettibile in prosieguo di tempo con successivi interventi dell'Amministrazione che tengano conto dei rilievi di ordine tecnico posti in luce dagli albergatori, […] non risulta tuttavia illegittimo, in quanto la classificazione delle strutture ricettive in "stelle", "chiavi" e "spighe", alla quale l'imposta si correla, certamente evidenzia, anche per comune esperienza, caratteristiche qualitative via via crescenti delle strutture medesime

4. *Il gestore della struttura ricettiva e l'evoluzione nel tempo della sua connotazione giuridica*

Una novità importante in tema di imposta di soggiorno è stata introdotta recentemente dal decreto Rilancio, intervenuto su un aspetto che da sempre presenta luci ed ombre, ovverosia la configurazione in termini giuridici della responsabilità del gestore della struttura ricettiva.

La normativa di riferimento precedente non è mai stata chiara nel prendere posizione sul ruolo dell'albergatore in ordine alla riscossione dell'imposta di soggiorno e il vuoto creato è stato nel tempo colmato dai regolamenti comunali, emanati in aderenza al disposto di cui all'art. 4, co. 3, del d.lgs. n. 23 del 2011.

Essi, nel silenzio della normativa legislativa statale, hanno cercato, talvolta in via surrettizia, stante la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost., di addossare al gestore una veste giuridica e, conseguentemente delle responsabilità, non espressamente attribuite dalla fonte di grado primario.

Limitandosi ad una lettura fedele del dato normativo, si condivide l'opinione di quella parte di dottrina e di giurisprudenza che in precedenza ha escluso l'albergatore tra le parti dell'obbligazione tributaria rinvenendole, nel caso di specie, esclusivamente nel Comune, quale ente impositore beneficiario e nel turista, soggetto passivo[39].

Tuttavia, è evidente che per ragioni pratiche il gestore della struttura ricettiva rivesta un ruolo specifico e dirimente per l'operatività stessa dell'istituto in esame, fatto questo che porterebbe ad includerlo tra coloro che, pur non essendo parti in senso stretto della obbligazione tributaria, sono comunque tenuti alla riscossione dell'imposta per conto del Comune.

---

cui è collegato un aumento del prezzo richiesto ai clienti, così che indirettamente l'imposta viene a porsi in rapporto di proporzionalità con il prezzo». E ancora: «D'altra parte il sistema prescelto risulta di particolare semplicità applicativa, in ciò favorendo anche gli operatori economici del settore, che vedrebbero aggravati gli oneri operativi sugli stessi gravanti in ipotesi di una commisurazione dell'imposta direttamente parametrata direttamente ai singoli prezzi operati ai diversi clienti». Proprio su quest'ultimo aspetto si segnala la posizione contraria di Federalberghi che in detta pronuncia ravvisa come «nella realtà non esiste alcuna ragione per la quale l'applicazione di una percentuale sul prezzo debba essere più complicata di una tariffazione fissa molto articolata. Inoltre, il riferimento al prezzo consente di tener conto implicitamente ed automaticamente di tutti gli elementi che concorrono a determinarlo, quali la qualità che il mercato riconosce ad una determinata offerta, la stagionalità (alta/bassa), la localizzazione (centrale/periferica), etc. L'adozione di un'imposta commisurata al prezzo consente di incorporare automaticamente alcuni parametri oggettivi, che altrimenti possono essere tenuti in considerazione solo mediante una regolamentazione minuta, che – oltre a complicare inutilmente la materia, rendendola poco comprensibile al turista – può anche risultare regressiva e quindi non equa», in *L'imposta di soggiorno*, *Osservatorio sulla fiscalità locale*, 2015, 36 e 37.

[39] Per tutte in giurisprudenza si v. Cass. Civ. Sez. Un, 24 luglio 2018, n. 19654. In dottrina cfr. L Mercati, *L'imposta di soggiorno, i gestori delle strutture ricettive come agenti contabili "di fatto"*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 2/2017, 257 e 258.

Questo profilo rileva anche per le conseguenze che produce in ambito amministrativo, in quanto dalla configurazione del rapporto che viene in rilievo dipendono il diverso inquadramento della responsabilità dell'albergatore e della giurisdizione da applicare alla fattispecie normativa.

Numerose disposizioni comunali, anche al fine di renderne possibile e fattivo l'incasso dell'imposta di soggiorno, hanno così affidato agli albergatori, non solo compiti informativi e dichiarativi, ma anche l'incarico della riscossione e del successivo riversamento del tributo nelle casse pubbliche, portando la giurisprudenza di legittimità e quella contabile a ravvisare un rapporto di servizio pubblico tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente comunale[40].

Su questa scia, si sono succedute pronunce giurisprudenziali, pressoché unanimi, che hanno provveduto ad equiparare, di fatto, il gestore della struttura ricettiva all'agente contabile, soprattutto in riferimento alla responsabilità per il mancato riversamento nelle casse del Comune di quanto riscosso dal turista.

La *ratio* di tali tesi poggia sul presupposto che il passaggio di denaro dal soggetto passivo – turista – all'albergatore implichi un maneggio di denaro pubblico con conseguente responsabilità anche penale del gestore che, in qualità di agente contabile, ometta il versamento all'ente impositore beneficiario dell'importo versato dall'ospite[41].

Al riguardo la Cassazione penale – seguita dalle Sezioni Unite – ha ravvisato in capo all'albergatore, incaricato di pubblico servizio, accanto alla responsabilità di tipo amministrativo contabile, anche una responsabilità penale per il reato di peculato *ex* art. 314 c.p. in caso di mancato o ritardato pagamento del tributo, in quanto «tale comportamento costituisce un inadempimento non ad un proprio debito pecuniario, ma all'obbligo di consegnare il denaro al suo legittimo proprietario, con la conseguenza che, sottraendo la "*res*" alla disponibilità dell'ente pubblico per un lasso temporale ragionevolmente apprezzabile, egli realizza una inversione del possesso "*uti dominus*"»[42].

---

[40] Questo ragionamento è alla base anche di Cass. Civ. n. 19654 del 2018, cit., che individuando nei regolamenti comunali la fonte con cui attribuire al gestore della struttura ricettiva «attività obbligatorie e funzionali alla realizzazione della potestà impositiva dell'ente locale», fa sorgere tra l'albergatore e il Comune un rapporto di servizio, «con compiti eminentemente contabili, completamente avulso da quello tributario sebbene al medesimo necessariamente funzionalizzato». In linea: C. Conti, E.R. 14 ottobre 2021, n. 325, C. Conti E.R. 8 giugno 2021, n. 206.

[41] È evidente che nel momento in cui l'albergatore è equiparato all'agente contabile, se omette di riversare nelle casse comunali gli importi riscossi dal pagamento dell'imposta di soggiorno, potrà essere chiamato a rispondere per responsabilità di tipo amministrativo contabile, con conseguente giurisdizione della Corte dei Conti. Per una ricostruzione giurisprudenziale sul tema cfr. S. Sergio, *L'imposta di soggiorno: un volano per il turismo?*, in *Federalismi.it*, 9/2019.

[42] Così testualmente: C. Cass., VI Sez. pen., 17 maggio 2018, n. 32058. Sulla stessa scia cfr. C. Cass., VI sez. pen., 21 giugno 2019, n. 27707, secondo la quale «integra il delitto di peculato la condotta posta in essere dal gestore di una struttura ricettiva che si appropri delle somme riscosse a titolo di imposta di soggiorno omettendo di riversarle al Comune, in quanto lo svolgimento

Questo *modus operandi*, seppure criticato in dottrina, in quanto ritenuto troppo gravoso per colui che non risultava essere sostituto d'imposta, è stato pressoché legittimato di fatto dalle sentenze sopra richiamate.

Tuttavia, l'esclusione della qualificazione del gestore quale sostituto d'imposta o anche solo di responsabile della stessa, diventava determinante nel momento in cui l'unico soggetto obbligato al pagamento dell'imposta di soggiorno – ovverosia il turista – fosse inadempiente. Infatti, in questi casi l'albergatore non poteva rispondere al posto dell'ospite né tantomeno in solido con lui per le argomentazioni sopra riportate e ancora di più non gli si poteva contestare una responsabilità penale per il reato di cui all'art. 314 c.p.

La situazione cambia con l'entrata in vigore del decreto Rilancio[43], il quale aggiungendo il co.1 *ter* all'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2011, inquadra l'albergatore

dell'attività ausiliaria di responsabile del versamento, strumentale all'esecuzione dell'obbligazione tributaria intercorrente tra l'ente impositore e il cliente della struttura, determina l'attribuzione della qualifica di incaricato di pubblico servizio in capo al privato cui è demandata la materiale riscossione dell'imposta».

[43] La modifica è contenuta nell'art. 180, co. 3 e 4 del d.l. 34 del 2020, convertito dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, e prevede testualmente: «3. All'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, dopo il comma 1-bis, è inserito il seguente:«1-ter. Il gestore della struttura ricettiva è responsabile del pagamento dell'imposta di soggiorno di cui al comma 1 e del contributo di soggiorno di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale. La dichiarazione deve essere presentata cumulativamente ed esclusivamente in via telematica entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui si è verificato il presupposto impositivo, secondo le modalità approvate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Per l'omessa o infedele presentazione della dichiarazione da parte del responsabile si applica la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma dal 100 al 200 per cento dell'importo dovuto. Per l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno e del contributo di soggiorno si applica la sanzione amministrativa di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471.

4. All'articolo 4, comma 5-ter, del decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96, le parole da "nonché" alla fine del comma sono sostituite dalle seguenti: "con diritto di rivalsa sui soggetti passivi, della presentazione della dichiarazione, nonché degli ulteriori adempimenti previsti dalla legge e dal regolamento comunale. La dichiarazione deve essere presentata cumulativamente ed esclusivamente in via telematica entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui si è verificato il presupposto impositivo, secondo le modalità approvate con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-città ed autonomie locali, da emanare entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Per l'omessa o infedele presentazione della dichiarazione da parte del responsabile si applica la sanzione amministrativa pecuniaria del pagamento di una somma dal 100 al 200 per cento dell'importo dovuto. Per l'omesso, ritardato o parziale versamento dell'imposta di soggiorno e del contributo di soggiorno si applica la sanzione amministrativa di cui all'articolo 13 del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 471».

come responsabile del pagamento dell'imposta scartando, di fatto, la qualificazione di agente contabile, di matrice giurisprudenziale, attribuitagli *de plano* in costanza di vuoto normativo ed incidendo fortemente sul sistema di responsabilità penali e amministrative che oggi gravano sul gestore della struttura ricettiva.

Al riguardo, è importante precisare che a seguito della modifica intervenuta «è mutato il rapporto tra il gestore della struttura ricettiva e l'ente impositore, che dal rapporto di "servizio" per la riscossione dell'imposta è divenuto un rapporto di natura tributaria in cui il gestore ha assunto il ruolo di "responsabile d'imposta", pur rimanendo l'ospite della struttura ricettiva il principale soggetto passivamente legittimato»[44]. Il nuovo dettato normativo ha, pertanto, condotto la giurisprudenza penale ad inaugurare un nuovo orientamento, condiviso anche da una parte della giurisprudenza contabile, che superando il proprio precedente indirizzo interpretativo è giunta a declinare la giurisdizione della Corte dei conti in favore di quella tributaria[45].

Pertanto, attualmente pare si possa affermare con sufficiente certezza che la nuova normativa abbia messo un punto fermo sulla responsabilità diretta del gestore – quale responsabile d'imposta – il quale potrà esercitare il diritto di rivalsa nei confronti del turista che ritardi o ometta – parzialmente o integralmente – il versamento dell'imposta di soggiorno.

Un'impostazione del problema nei termini esposti conduce a condividere la tesi che sostiene la depenalizzazione di fatto del reato di cui all'art. 314 c.p., ad opera della riforma del 2020, prevedendo sanzioni amministrative di importi diversi, a seconda dell'inadempienza ravvisata in capo all'albergatore. Il punto più critico e discusso resta se la nuova disposizione sia applicabile anche a quei casi che si sono verificati prima del 2020 e per i quali non vi sia ancora stata una pronuncia di condanna definitiva[46].

---

[44] Così testualmente Cass. Pen. Sez. VI, 17 marzo 2022, n. 9213, in aderenza a Cass. Pen. Sez. VI, nn. 36317 e 30227 del 2020.

[45] C. Conti Lombardia, 17 gennaio 2022, n. 6. *Contra*: C. Cont, E.R. nn. 325 e 206 del 2021, *cit.* In quest'ultima la Corte ribadisce che anche dopo l'intervento normativo, «il cliente della struttura, e non quest'ultima, è soggetto passivo dell'imposta di soggiorno e, pur essendo stata depenalizzata la condotta illecita del gestore della struttura alberghiera, nulla è cambiato in ordine alla sua responsabilità contabile per omesso riversamento dell'imposta di soggiorno. Invero, il gestore della struttura alberghiera deve provvedere all'incasso della tassa di soggiorno, accantonandola, e successivamente deve versarla al Comune».

[46] Al riguardo è stato evidenziato che «il prescegliere la tesi della depenalizzazione/*abolitio criminis* con effetti iperretroattivi comporterebbe il risultato illogico ed irragionevole di privare per il passato del tutto di sanzione (anche amministrativa o tributaria) la condotta del gestore che ha omesso il versamento dell'imposta – anche se effettivamente riscossa dal cliente», così M. Gambardella, *Il "peculato dell'albergatore": una depenalizzazione che non retroagisce?,* in *Cassazione Penale*, 1, 2021, 187, nota a Cassazione penale , 28 ottobre 2020, n.36317, sez. VI, richiamata in apertura di questa nota. V. anche F. Schippa, *Nuovi confini del peculato nelle dinamiche legate all'imposta di soggiorno. L'omesso o ritardato versamento dell'imposta a seguito del cd. "d.l. rilancio"*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2020, 6.

5. *Riflessioni sulle possibili prospettive future per un nuovo scenario applicativo. Note conclusive*

L'imposta di soggiorno, come disciplinata attualmente, si pone in linea di continuità con i presupposti ispiratori della sua istituzione ovverosia costituire uno strumento a disposizione di Province, Unioni di Comuni e di alcuni Comuni – quelli definiti turistici dagli elenchi regionali – per l'attuazione di una politica turistica locale.

Ovviamente, questo dato porta con sé due conseguenze dirette e ontologicamente legate alla natura del tributo in esame. *In primis*, è, infatti, innegabile che l'imposta di soggiorno sia un mezzo di finanza locale e, soprattutto alla luce del periodo di emergenza sanitaria che tanto negativamente ha inciso sul settore turistico, un modo per fare fronte alle perdite subite e irrobustire le casse comunali[47].

Inoltre, a differenza di altri tributi, nel caso dell'imposta di soggiorno il soggetto passivo non è il residente nel territorio comunale che applica l'imposta, ma chi in esso alloggia.

Questo profilo colloca l'istituto in esame in una posizione meno pesante – in termini di accettazione – rispetto ad altri tributi sia per il turista sia per colui che vive nel Comune impositore. Infatti, il tributo, poiché non grava su colui che esercita il diritto di voto nella scelta della compagine politica locale, da un lato dissolve possibili effetti negativi in termini di consenso e, dall'altro, oltre ad essere versato in tempo di vacanza, è corrisposto dal turista esercitando una libera scelta, quella cioè di volere soggiornare (e pernottare) in quella determinata località. Infatti, l'ospite ha facoltà di individuare una meta diversa, finanche una destinazione situata in un Comune limitrofo che non applica l'imposta in questione e sottrarsi in tal modo alla sua corresponsione.

Tuttavia, non pare che l'istituzione dell'imposta di soggiorno in una destinazione turistica possa costituire un sufficiente deterrente per non sceglierla e

---

Entrambi gli Autori concordano che una modifica in sede di conversione del decreto Rilancio che avesse introdotto una disciplina transitoria sul tema, avrebbe fugato molte perplessità ed evidenziato la portata innovativa della riforma. In termini diversi v. G.L. Gatta, *Omesso versamento della tassa di soggiorno da parte dell'albergatore e peculato: abolitio criminis dopo il "decreto rilancio*?, in *www.sistemapenale.it*, 5 ottobre 2020.

[47] Si ricorda che il decreto Rilancio al fine di contenere, almeno in parte, le ingenti perdite economiche derivanti dal calo dei flussi turistici in Italia a causa dell'emergenza sanitaria da Covid-19 ha previsto l'istituzione di un fondo a compensazione del mancato gettito comunale derivante dall'imposta di soggiorno.

optare per altra meta[48], date anche l'esiguità degli importi[49] e la correlazione tra la nozione di capacità contributiva e quella di spesa turistica sostenuta.

Se dunque i profili appena richiamati sono evidenze oggettive dell'applicazione dell'imposta di soggiorno e finiscono per diventare conseguenze fisiologiche della sua istituzione, diverso è il presupposto che ha animato e continua a guidare il legislatore nella sua previsione, oggi da leggersi in combinato disposto con i principi di matrice eurounitaria che caratterizzano la normativa al riguardo.

La *ratio* originaria dell'istituto – e quella attuale che con essa si pone in linea di continuità – è, infatti, sottesa non solo ad un ampliamento, seppure giustificato, del ventaglio di strumenti di finanza locale accordati ai Comuni, quanto piuttosto all'istituzione e all'incentivazione di mezzi volti ad internalizzare i costi prodotti dall'impatto turistico su un territorio e sui suoi abitanti, addossando quello che può essere definito come "inquinamento turistico" su colui che lo genera ovverosia il turista.

Infatti, l'imposta di soggiorno, concepita come uno strumento di *policy* turistica affidato alla discrezionalità dei Comuni legittimati ad istituirla, in modo che possano vagliare costi e benefici derivanti dalla sua applicazione, mira a contribuire con la sua previsione alla realizzazione di un turismo sostenibile nella

---

[48] Sul tema v. G. Candela, M. Castellani,M. Mussoni, *Imposta di soggiorno: spesa pubblica e tassazione nelle destinazioni turistiche*, in *Politica economia*, XXIX, 293 ss.; C. Ferrario, *L'imposta di soggiorno: vincolo od opportunità, op cit.;* 9, in cui l'A. rileva che «l'esigua entità dell'imposta di soggiorno, in valore assoluto ed in percentuale sulla spesa di soggiorno del turista, non può modificare sensibilmente una domanda che non è perfettamente elastica». Cfr. ancora: L. Rotaris, *Tourist Taxes in Italy: The Choices of the Policy Makers and the Preferences of Tourists*, in *Scienze reg.,* mag-ago 2020, 2, 199 ss.; P. Figini, M. Castellani, L. Vici, *The externalities between tourists and residents: a study of Rimini using discrete choice models*, in S. Becken, *Tourism and the Environment*, Cheltenham, 433 ss.; A. Rinaldi, *Le tasse sul turismo. Quali tipologie scegliere?,* in *Riv. Scien. Tur.,* n. 3/2011, 97 ss.

[49] Sui rilievi appena esposti, non pare possa neppure impattare quanto previsto recentissimamente dalla legge 29 dicembre 2022, n. 197, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025, il cui comma 787 prevede: «All'articolo 4 del decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23, il comma 1-bis è sostituito dal seguente: "1-bis. Nei comuni capoluogo di provincia che, in base all'ultima rilevazione resa disponibile da parte delle amministrazioni pubbliche competenti per la raccolta e l'elaborazione di dati statistici, abbiano avuto presenze turistiche in numero venti volte superiore quello dei residenti, l'imposta di cui al presente articolo può essere applicata fino all'importo massimo di cui all'articolo 14, comma 16, lettera e), del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122. I predetti comuni devono fare riferimento ai dati pubblicati dall'ISTAT riguardanti le presenze turistiche medie registrate nel triennio precedente all'anno in cui viene deliberato l'aumento dell'imposta per il triennio 2023-2025 si considera la media delle presenze turistiche del triennio 2017-2019». Infatti, va tenuto conto che la previsione di un aumento dell'importo dell'imposta di soggiorno è correlata all'impatto che il turismo provoca su quella destinazione e ove essa veda aumentare di venti volte il numero delle presenze turistiche rispetto la propria popolazione di residenti, allora pare giustificarsi anche la necessità di poter contare su entrate *ad hoc* per la gestione di quel carico turistico.

sua dimensione economica, sociale e ambientale facendo concorrere il turista al contenimento dell'impatto negativo che inevitabilmente qualsivoglia forma di turismo produce[50].

Del resto, data l'incidenza del turismo sull'economia nazionale[51] si deve rilevare che l'imposta di soggiorno, ove applicata in maniera sapiente ed efficace, possa costituire un importante fattore di crescita per il sistema Paese, i cui aspetti positivi ricadono circolarmente su tutto il settore interessato e non solo. Infatti, il tributo non grava sui residenti, ma gli importi ottenuti dalla sua corresponsione, se efficacemente gestiti, possono contribuire a conservare, tutelare e valorizzare bellezze e luoghi – e a implementare servizi – fruiti, seppure in maniera diversificata, sia dalla comunità locale sia dai turisti; fattori che a loro volta comporteranno non solo una crescita dei flussi turistici, ma anche un miglioramento della qualità del prodotto turistico che si intende erogare e da cui conseguirà l'archetipo di turista che si vuole accogliere.

In questa prospettiva, l'imposta di soggiorno può costituire uno strumento per il rilancio del turismo in generale e di certe località in particolare, soprattutto dopo la crisi sanitaria che ha causato un arresto del settore turistico su scala pressoché mondiale[52].

Certamente, l'istituto per come disciplinato attualmente presenta delle criticità che esigerebbero un intervento organico e chiarificatore ad opera del legislatore, date sia la rilevanza dello strumento sia l'incisività del turismo nell'economia del nostro Paese.

In primis, non è chiaro quale sia la *ratio* del *discrimen* operato *ex lege* tra i Comuni da un lato – che per poter applicare l'imposta di soggiorno debbono essere "etichettati" dalla Regione come turistici ed essere inseriti nei famosi elenchi – e le Province e le Unioni di Comuni *tout court* dall'altro, i quali senza alcun *check* preventivo in relazione alla loro rilevanza turistica e a prescindere dalla sussistenza di altri prerequisiti possono *de plano* applicare l'imposta.

Come a dire che per i capoluoghi di Provincia e per le Unioni di Comuni o vige una presunzione di legge riguardo alla loro aggettivazione turistica che, tuttavia, non può trovare la propria *ratio* giustificativa nella semplice dimensione

[50] Al riguardo l'OCSE ha definito il turismo sostenibile «l'utilizzo ottimale delle risorse naturali e culturali effettuato per lo sviluppo nazionale sulla base di principi di equità e autosostenibilità, per fornire un'esperienza unica al visitatore e una migliore qualità della vita attraverso una collaborazione tra il governo, il settore privato e la comunità».

[51] Cfr. v. AA. VV. *Turismo in Italia: numeri e potenziale di sviluppo*, in *Questioni di economia e finanza,* n. 505/2019, consultabile su *www.bancaditalia.it*.

[52] L'imposta di soggiorno non è uno strumento solo italiano. Essa è applicata pressoché in tutti i Paesi della UE, come ad esempio, la Francia, la Spagna, la Germania, il Belgio, l'Olanda e anche in America e Giappone, dove tuttavia, l'istituto è a carico non solo del turista, inteso in senso stretto, ma più propriamente del viaggiatore ovverosia di colui che parte dal Paese non solo per vacanze, ma anche per lavoro o altro (c.d. tassa Sayonara).

geografica di questi territori, o addirittura essa non rileva affatto, ed anzi per essi si astrae da simile connotazione.

In entrambi i casi, la scelta normativa, oltre ad apparire illogica e discriminatoria, risulta anche in contrasto con le finalità che il legislatore ha voluto imprimere all'istituto in esame, il cui perno ruota proprio attorno alla centralità dell'aspetto turistico, rinvenibile non solo nell'individuazione del soggetto passivo dell'imposta, ma anche nel collegamento imprescindibile che si viene a creare tra ospite e struttura ricettiva, in quanto solo chi in essa pernotta è obbligato a corrispondere il tributo.

È del resto evidente che l'ospite altro non è che il turista, comunque lo si voglia declinare e a prescindere dalle finalità del suo soggiorno (affari, *wellness, relax*, salute, culto, divertimento…), il quale dovrà versare l'imposta solo per il fatto di alloggiare in una struttura ricettiva ed indipendentemente dal motivo del suo soggiorno. Conseguentemente, non si comprende quale particolare tipologia di ricettività possa essere offerta da territori che appartengano alle Unioni di Comuni o alle Province tale da differenziarsi da quella comunemente e semplicemente definibile turistica, presente nei territori comunali.

Pertanto, se il soggetto passivo dell'imposta è il turista, inteso nella sua accezione più dilatata, non si capisce perché i flussi turistici delle Province e soprattutto delle Unioni di Comuni siano considerati *sic et simpliciter* più ingenti di quelli presenti nei Comuni. In altre parole, non è chiaro quale sia il presupposto giuridico – e prima ancora logico – che giustifichi che un qualsiasi Comune balneare, il quale durante la stagione estiva vede raddoppiare la propria popolazione, debba essere oggetto di un attento, ma pur sempre discrezionale esame da parte della Regione per vedersi riconosciuta la possibilità di applicare l'imposta di soggiorno, mentre l'Unione di Comuni sul cui territorio insistono poche (o addirittura nessuna) strutture ricettive (segno tangibile della scarsa appetibilità turistica) è per legge ammessa ad istituire la tassa.

Sarebbe auspicabile al riguardo un ribaltamento della logica adottata, volta a mettere sotto la lente di ingrandimento quei territori che per conformità e vocazione non solo non possono essere definiti turistici in senso stretto, ma neppure muovono flussi di presenze tali da richiedere l'implementazione di servizi comunali per corrispondere alle relative esigenze.

Nel contesto normativo vigente, anche alla luce delle osservazioni svolte, merita di essere ancora di più attenzionato l'enorme potere attribuito alle Regioni nell'individuazione delle località turistiche da inserire nei discussi elenchi, di cui oggi è innegabile l'obbligatorietà.

Essi, infatti, costituiscono il presupposto imprescindibile attraverso cui le amministrazioni comunali "accreditate" dal livello regionale possono imporre l'imposta di soggiorno. Se da un lato, tuttavia, i criteri attraverso cui selezionare i Comuni turistici debbono essere individuati a monte del procedimento di

selezione e necessitano di una correlazione logica con l'importanza e la mole dei flussi o con il numero delle presenze su quel territorio, resta in capo all'ente regionale un ampio potere discrezionale, capace di incidere fortemente sullo sviluppo turistico futuro dei territori.

Del resto, la normativa di riferimento non indica in alcun modo né i parametri attraverso i quali inserire o escludere un Comune dalla lista né il procedimento per la formazione dei blasonati elenchi, segno evidente che essi sono rimessi all'autonomia legislativa esclusiva residuale di ciascuna Regione, introdotta a seguito della riforma del titolo V della Costituzione[53], che di volta in volta dovrà esaminare l'incidenza dei flussi turistici in quella località anche alla luce dei dati statistici a disposizione[54].

Ciò che quindi colpisce non è tanto l'ampia discrezionalità che gli enti regionali hanno, quanto le conseguenze che dall'esercizio di essa possono derivare; infatti, la Regione attraverso la redazione degli elenchi è in grado di incidere fortemente sullo sviluppo turistico futuro dei territori. In questa prospettiva, diventa fondamentale uno scambio comunicativo e un confronto osmotico e continuo tra i diversi livelli di governo interessati, per la costruzione e l'attuazione di una politica turistica efficiente ed efficace.

Infatti, nulla osta – anzi giova – una fisiologica differenziazione da Regione a Regione nella formazione degli elenchi, correlata alla varietà e alla peculiarità delle caratteristiche dei singoli territori presi in esame, purché essa sia accompagnata da scelte che siano espressione di quei principi di imparzialità, ragionevolezza e trasparenza che impediscono da un lato esclusioni arbitrarie e, dall'altro, un riconoscimento generalizzato della vocazione turistica dovuto ad interpretazioni talvolta troppo dilatate che causerebbero immotivate disomogeneità applicative e che la giurisprudenza amministrativa è più volte intervenuta a dichiarare illegittime, come evidenziato nel corso della trattazione.

Al contempo le Regioni – alle quali è affidato il coordinamento del sistema tributario nell'ambito della legislazione concorrente operata dall'art. 117 Cost. –

---

[53] Sul punto v. anche TAR Liguria, sez. II, 22 gennaio 2019, n.53.

[54] Un sussidio, seppure indiretto, all'individuazione e all'applicazione dei criteri di redazione degli elenchi potrebbe rinvenirsi nella nota elaborata dall'Istat del 19 gennaio 2022, in aderenza a quanto previsto dall'art. 182 della l. n. 77/2020, che classifica i Comuni italiani secondo il criterio della "categoria turistica prevalente" e sulla "densità turistica". La prima consiste nella «vocazione turistica potenziale del Comune individuata prevalentemente sulla base di criteri geografici (vicinanza al mare, altitudine, ecc.) e antropici (grandi Comuni urbani). L'individuazione della categoria turistica prevalente, come indicato dall'art. 182, è vincolata anche alla presenza di condizioni minime relative alle presenze turistiche». La densità turistica è, invece, «espressa da un set consistente di indicatori statistici definiti per misurare la dotazione di infrastrutture ricettive, la presenza di flussi turistici e l'incidenza a livello locale di attività produttive e livelli occupazionali in settori di attività economica *tourism oriented*, cioè riferiti in modo specifico al settore turistico e/o culturale». La nota è consultabile su *www.istat.it*.

hanno l'opportunità di porre in essere una politica turistica equilibrata, che tenga conto delle diverse identità dei territori e che sia in grado di intercettare quelli più "colpiti" nella loro capacità di carico turistica con conseguenze pesanti che si riversano sia sui turisti sia sui residenti in termini di fruizione dei servizi e dei luoghi di vita e di vacanza.

Pertanto, il ruolo della Regione in questo contesto diventa centrale e un banco di prova per esercitare quella competenza esclusiva tanto ambita nel settore turistico, capace di incidere in maniera positiva o negativa sul rilancio dell'economia locale e nazionale. L'ente regionale, infatti, si pone come interlocutore tra lo Stato, competente per la tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali e i Comuni che quotidianamente affrontano le sfide e gli effetti, spesso virtuosi e favorevoli, ma talvolta anche avversi e dannosi, che il turismo provoca sotto molteplici punti di vista.

Sotto questo profilo diventa assai rilevante la correlazione tra la programmazione turistica e le risorse messe a sistema, dove anche gli strumenti di tassazione con un vincolo di destinazione mirata alla valorizzazione e all'efficientamento del settore giocano un ruolo decisivo solo se costituiscono il risultato di un dialogo continuo e costruttivo con ciascun livello territoriale e con ogni operatore della filiera, con particolare riguardo ai gestori delle strutture ricettive.

Infatti, se ormai da tempo molti Comuni promuovono la più ampia partecipazione al processo di decisione sull'applicabilità dell'imposta di soggiorno non limitandola esclusivamente agli albergatori ma allargandola a tutti coloro che si occupano di turismo al fine di una maggiore sensibilizzazione anche sotto il profilo della sua accettazione, altri non hanno ancora compreso l'incisività e – a tratti – l'obbligatorietà dello strumento.

Del resto, la scelta di istituire il tributo in esame, pur rientrando nella discrezionalità dell'ente locale in relazione agli obiettivi di pianificazione (non solo) turistica che vuole raggiungere, non è suo esclusivo appannaggio, in quanto richiede la più ampia concertazione e partecipazione ai fini della sua efficacia in termini di riscossione e versamento.

Al riguardo, per una più incisiva efficacia dell'istituto sarebbe auspicabile procedimentalizzare il percorso di confronto tra l'amministrazione comunale e tutti gli attori della filiera turistica, inserendolo in percorsi pianificati e concertati e predisponendo sedi stabili di discussione (tavoli tematici programmati e cadenzati nel tempo,) che stimolino le parti (pubbliche e private) a collaborare non solo nel momento istitutivo dell'imposta di soggiorno, ma anche e soprattutto nel processo di applicazione e di verifica dei risultati raggiunti.

Un ulteriore punto su cui intervenire riguarda la natura del tributo (tributo di scopo tipico, atipico, o tributo soggetto a mero vincolo di destinazione[55]),

[55] Sulla rilevanza dei vincoli di destinazione v. C. Ricci, *Tributi di scopo tra giustificazioni politiche e categorie giuridiche*, *op. cit.,* 367.

anche al fine di rendere il Comune più responsabile nelle scelte e i controlli più efficaci.

Ad oggi, infatti, il legislatore non ha definito in maniera chiara l'essenza dell'imposta in commento, lasciando spazio alla dottrina e alla giurisprudenza per elaborare orientamenti diversi.

In quest'ottica, la previsione di una forma di tassazione per il settore turistico è pensata quale contropartita per far fronte agli effetti che il turismo produce sulle località e sulle comunità locali nonché come forma di compartecipazione del turista ai costi sostenuti da quel territorio per i servizi a lui erogati, esimendo quantomeno dal sostenimento di ulteriori tributi chi risiede e vive nelle località turistiche.

Manca, invece, il concetto di controprestazione a fronte dell'imposta versata, in quanto il Comune non ha un obbligo di scopo del gettito, non essendo prevista alcuna sanzione in caso di violazione, ma un vincolo di destinazione – dai contorni molto dilatati – previsto direttamente dalla legge delega. Infatti, nell'istituto in esame il vincolo di gettito non rientra nella fattispecie imponibile, comportando che la destinazione finanziaria del tributo rilevi solamente sotto il profilo della trasparenza delle scelte, assumendo un significato e un valore di natura sostanzialmente politici.

Tuttavia, se la normativa attuale lascia alle amministrazioni un ampio margine di manovra sull'utilizzo del gettito sia dal punto di vista della scelta degli interventi, sia dal punto di vista della trasparenza di bilancio, costituisce un esempio virtuoso il comportamento di quei Comuni che individuano alla voce di bilancio relativa all'imposta di soggiorno la corrispondente voce di entrata concernente gli interventi coincidenti con quelli previsti *ex* art. 4 del d.lgs. 23/2011, così delineando e circoscrivendo l'imposta allo scopo turistico culturale che il legislatore ha voluto imprimere ad essa.

Infine, potrebbe diventare un punto di forza la capacità delle amministrazioni che sappiano non solo far comparire una corrispondenza di bilancio, ma siano in grado anche di trasmetterla all'esterno, facendo apprezzare gli interventi in materia turistica sia ai propri residenti, sia ai gestori, sia addirittura ai turisti, in modo che il richiamo e l'attrattiva turistica venga agevolata anche da ciò che l'utilizzo stesso del gettito permette di fare.

Ove, infatti, vi sia una politica comunicativa trasparente e capillare, volta a divulgare come le risorse versate sono allocate ed utilizzate per valorizzare ed implementare servizi di cui godrà anche l'ospite, la percezione del tributo sarà più tollerata.

Da ultimo, pur permanendo la complessità di gestire le fattispecie giuridiche verificatesi *ante* riforma 2020, la modifica introdotta dal decreto Rilancio pare debba essere giudicata in termini positivi, in quanto ha contribuito a fare maggiore chiarezza sull'inquadramento del ruolo del gestore della struttura ricettiva,

identificandolo come responsabile d'imposta con diritto di rivalsa nei confronti dell'ospite-turista inadempiente e al contempo ha riportato la posizione dell'albergatore ad un alveo di responsabilità – quella amministrativa – più coerente alla sua funzione sociale.

Abstract

L'imposta di soggiorno è attualmente oggetto di particolare attenzione da parte di tutti gli stakeholders che operano in ambito turistico, non solo per le recenti modifiche apportate all'istituto, ma anche e soprattutto perché essa può al contempo costituire uno strumento di rilancio o divenire un vincolo per il settore turistico. Soggetto passivo dell'imposta è il turista, che visitando e soggiornando in una determinata località, usufruisce di servizi che impattano in termini di gestione e di spesa pubblica sull'ordinaria erogazione dei medesimi. In quest'ottica, l'imposta in esame costituisce da un lato uno strumento di attuazione del principio comunitario "chi inquina paga" e, dall'altro, un modo per implementare le casse comunali al fine di realizzare una politica turistica capace di bilanciare *pro* e *contra* prodotti dagli ingenti flussi turistici sulla destinazione. L'istituzione dell'imposta è, tuttavia, riservata ai Comuni che sono definiti turistici dalle Regioni attraverso il loro inserimento in appositi elenchi. Diventa allora fondamentale indagare il ruolo dell'ente regionale, ma al contempo vagliare anche le modalità attraverso cui viene amministrata la capacità di spesa turistica affidata agli enti comunali, chiamati a disciplinare attraverso propri regolamenti, presupposti, finalità del gettito, natura del tributo e ruolo del gestore della struttura ricettiva, oggi riconosciuto come responsabile d'imposta con diritto di rivalsa nei confronti del turista inadempiente.

The tourist tax: a tool to make tourism destinations more livable or to tax tourism?

The tourist tax is currently the subject of special attention by all tourism stakeholders, not only because of the recent changes made to the tax but also and especially because it can, at the same time, be a tool to boost tourism or on the contrary a constraint on the tourism sector. The taxable subject is the tourist, who benefits from services that impact the ordinary provision of the same services in terms of management and public expenditures by visiting and staying in a given location. With this in mind, the tourist tax represents, on the one hand, an instrument for implementing the "polluter pays" EU principle and, on the other hand, a way to increase the municipal coffers, which are necessary

to implement a tourism policy capable of balancing the pros and cons of the large tourism flows reaching the destination. The introduction of the tax is, however, reserved for municipalities that are defined as "touristic" by the regions by their inclusion in special lists. It then becomes essential to investigate the role of regions and, at the same time, the way the municipalities manage their tax budget. In fact, municipalities are in charge of regulating through their own regulations, tax prerequisites, tax revenues purposes, tax nature, and the role of the accommodations' managers, who nowadays play the role of tax collectors and can also recourse against the defaulting tourist.

Dissesto degli enti locali e diritti dei soggetti coinvolti. Riflessioni sul rapporto tra esigenze di risanamento, tutela dei creditori e resa dei servizi sociali

di Federica Lombardi

Sommario: 1. Premessa: oggetto, ragioni, obiettivo e metodo dell'indagine. – 2. La disciplina del dissesto finanziario: brevi cenni. – 3. La competenza dell'Osl per ragioni 'temporali'. – 4. L'Osl e l'incerta gestione dei fondi vincolati. – 5. I riflessi del dissesto sull'erogazione dei servizi sociali. – 6. Osservazioni conclusive.

1. *Premessa: oggetto, ragioni, obiettivo e metodo dell'indagine*

Il progressivo aggravarsi della crisi della finanza pubblica e la conseguente incapacità da parte delle Pubbliche amministrazioni (PP.AA.) di far fronte alle obbligazioni assunte costringono sempre più frequentemente i Comuni a fare ricorso alle procedure proprie degli enti deficitari o dissestati, oggi disciplinate dal Titolo VIII, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (TUEL), rubricato «Enti locali deficitari e dissestati»[1].

[1] Fra le procedure di risanamento figura sia il dissesto che il riequilibrio finanziario pluriennale (c.d. predissesto). A quest'ultima procedura (in merito alla quale si rinvia a: P. Tenuta, *Dissesto e predissesto negli enti locali. Analisi e confronti in un'ottica economico-aziendale*, Milano, 2015, 94 ss. e A. Auletta, *L'esecuzione forzata contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2020, 186 ss.), disciplinata dagli artt. 243 *bis* ss., TUEL, gli enti locali fanno spesso ricorso per evitare di subire le gravi conseguenze del dissesto. E però, come condivisibilmente osservato da P. Pupo, *Dissesto finanziario degli enti locali: ambito di competenza dell'O.S.L., azioni esecutive individuali e* par condicio creditorum, Napoli, 2020, 12, sono da segnalare «le gravi criticità sorte in seguito alla sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 2019, la quale – con l'irrigidimento dei meccanismi del c.d. predissesto che ne è derivato – ha aperto scenari drammatici per molti Enti che proprio su tale strumento avevano fatto affidamento onde scongiurare la prospettiva del dissesto finanziario». Con la sentenza in parola, evidenzia l'A. (p. 13, nt. 3), la Corte ha dichiarato incostituzionale la disposizione (art. 1, co. 714, l. 28 dicembre 2015, n. 208, come sostituito dall'art. 1, co. 434, l. 11 dicembre 2016, n. 232, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato») «che consentiva agli enti locali in stato di predissesto di ricorrere all'indebitamento per gestire in disavanzo la spesa corrente per un trentennio. La procedura di prevenzione del dissesto degli enti locali può infatti ritenersi costituzionalmente legittima solo se supportata da un piano di rientro strutturale di breve periodo. Il legislatore statale – sulla base dei principi del federalismo solidale – può destinare nuove risorse per risanare gli enti che amministrano le comunità più povere ma non può consentire agli enti che presentano bilanci strutturalmente deficitari di sopravvivere per decenni attraverso la leva dell'indebitamento. Quest'ultimo – ha rilevato la Corte – deve essere riservato, in conformità all'articolo 119, sesto comma, della Costituzione, alle sole spese di investimento (cosiddetta regola aurea). La disposizione annullata è stata cosí dichiarata in contrasto con gli articoli 81 e 97 della Costituzione sotto tre diversi profili: violazione dell'equilibrio del bilancio, in relazione alla maggiore spesa corrente autorizzata nell'arco del trentennio; violazione dell'equità intergenerazionale, per aver caricato sui futuri amministrati gli oneri conseguenti ai prestiti contratti nel trentennio per alimentare la spesa corrente; violazione del principio di rappresentanza democratica, in

Oggetto principale del presente saggio è proprio il dissesto, il quale sta interessando soprattutto i Comuni delle Regioni del Centro-sud d'Italia, caratterizzati, anche nell'attuale momento storico, da una spiccata fragilità economico-finanziaria[2].

Scopo della disciplina in parola è quello di contemporaneamente consentire il recupero di una situazione finanziaria di riequilibrio, e quindi di normalità gestionale, che altrimenti sarebbe compromessa dai debiti sorti in precedenza, da un lato, e lo svolgimento delle funzioni fondamentali dell'ente in stato di insolvenza, dall'altro[3].

Attori della procedura di risanamento sono dunque l'organo straordinario di liquidazione (Osl) e gli organi istituzionali dell'ente. A questi ultimi spetta la gestione ordinaria, e quindi il compito di assicurare «condizioni stabili di equilibrio della gestione finanziaria, rimuovendo le cause strutturali che hanno determinato il dissesto», mentre al primo è affidata la c.d. gestione liquidatoria, questi dovendo provvedere al «ripiano dell'indebitamento pregresso con i mezzi consentiti dalla legge» (art. 245).

Le conseguenze del dissesto sono diverse e molte di queste sono disciplinate dall'art. 248, TUEL. Tra esse figurano, con specifico riferimento alle somme di competenza dell'Osl, il divieto, fino all'approvazione del bilancio stabilmente riequilibrato, di intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti dell'ente; la cristallizzazione dei crediti; la dilatazione dei tempi di liquidazione di questi ultimi e la possibile riduzione del loro valore.

A dispetto dell'apparente chiarezza, la disciplina del dissesto presenta tuttavia profili d'incertezza di non poco conto. Tra gli altri, alquanto problematica si presenta la definizione dell'ambito di competenza dell'Osl e quello residuo proprio degli organi istituzionali dell'ente locale. Non a caso, è stato necessario più di un intervento da parte dell'Adunanza Plenaria.

L'incertezza definitoria appena segnalata genera ripercussioni alquanto rilevanti: a risentirne sono, in generale, la collettività stanziata sul territorio dell'ente locale dis-

---

quanto sottrae agli elettori e agli amministrati la possibilità di giudicare gli amministratori sulla base dei risultati raggiunti e delle risorse effettivamente impiegate nel corso del loro mandato. In argomento, si veda Corte dei conti, Sez. Autonomie, delib. n. 8/SEZ.AUT/2019/QMIG del 12 aprile 2019, depositata il 7 maggio 2019, recante "Piani di riequilibrio economico finanziario ex art. 243-bis TUEL. Individuazione di criteri di orientamento per la verifica della corretta attuazione degli effetti conseguenti alla sentenza della Corte Costituzionale n. 18 del 14 febbraio 2019"».

[2] Secondo i dati emersi dal Rapporto (relativo al primo semestre dell'anno 2022), sulle attività della Commissione per la stabilità finanziaria degli enti locali, operante presso il Ministero dell'interno (art. 155, TUEL), «Il fenomeno delle criticità finanziarie degli enti locali continua a riguardare, ad oggi, numerose amministrazioni. In particolare, sono 127 i comuni e le province attualmente in dissesto finanziario, in quanto non ancora trascorsi i 5 anni decorrenti dall'anno del bilancio stabilmente riequilibrato. I dati confermano una concentrazione delle dichiarazioni di dissesto nelle regioni meridionali del Paese, in particolare, 33 enti nella regione Sicilia, 39 in Calabria, 27 in Campania. Gli altri casi si riscontrano in Abruzzo (3 casi), in Basilicata (3 casi), nel Lazio (10 casi), 1 caso in Liguria, nelle Marche, in Piemonte, in Molise, in Toscana ed in Umbria, in Lombardia (3 casi), in Puglia (3 casi)».

[3] Sul punto, si v. A. Brancasi, *L'ordinamento contabile*, Torino, 2005, 473 ss. Si v. altresì F. Albo, *Il dissesto finanziario degli enti locali alla luce del decreto legislativo n. 149/2011*, in *Azienditalia*, 3, 2012, 233 ss.

sestato e, in modo particolare, i creditori, i quali, peraltro, sono destinatari di una protezione normativa piuttosto claudicante – non a caso stigmatizzata dalla Corte Edu. Una claudicanza che si avverte più marcata in alcuni ambiti materiali, come quello dei servizi sociali, nel quale il privato che si occupa della loro erogazione finisce per doppiamente sopportare il peso del dissesto: restando per lungo tempo creditore e, nel frattempo, essendogli impedito dalla legge di interrompere la resa del servizio[4].

Con il presente lavoro, dopo aver sinteticamente ripercorso la disciplina del dissesto finanziario, ci si propone dunque di provare a delimitare l'ambito di competenza dell'Osl, alla luce della disciplina vigente e degli orientamenti della giurisprudenza, al fine ultimo di verificare se, nel quadro normativo attuale, la procedura di dissesto sia in grado di garantire, anzitutto, il perseguimento degli interessi pubblici cui il procedimento di risanamento è rivolto, primo fra tutti quello alla tutela dei diritti di credito, nonché lo svolgimento delle funzioni fondamentali dell'ente locale, in particolare riferendosi all'erogazione dei servizi sociali.

2. *La disciplina del dissesto finanziario: brevi cenni*

La procedura di dissesto degli enti locali è stata introdotta nell'ordinamento italiano sul finire degli anni '80 del secolo scorso dal decreto-legge 2 marzo 1989, n. 66 (convertito, con modificazione dalla legge 24 aprile 1989, n. 144), con il quale si prevedeva che le Province ed i Comuni non in grado di «garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi primari, sono tenuti ad approvare, con deliberazione dei rispettivi consigli, il piano di risanamento finanziario per provvedere alla copertura delle passività già esistenti e per assicurare in via permanente condizioni di equilibrio della gestione» (art. 25).

La disciplina del dissesto è stata poi oggetto, nel corso degli anni '90, di vari rimaneggiamenti, attraverso interventi normativi disorganici e stratificati[5], di volta in volta adottati in risposta alle diverse difficoltà applicative riscontrate, i quali hanno fornito la base per delineare l'istituto che sarà oggetto di un disegno normativo compiuto e omogeneo soltanto grazie al decreto legislativo 25 febbraio 1995, n. 77. A quest'ultimo testo legislativo deve essere quindi riconosciuto il merito di aver regolato in maniera razionale e organica l'istituto, attraverso una disciplina unitaria che è stata poi sostanzialmente trasfusa nel TUEL.

E così, nel quadro normativo oggi vigente, «Si ha stato di dissesto finanziario se l'ente non può garantire l'assolvimento delle funzioni e dei servizi

[4] Trattandosi di servizio pubblico essenziale che non può essere interrotto ai sensi dell'art. 331 c.p.

[5] Ci si riferisce al decreto-legge 17 marzo 1992, n. 233 (che ha perso efficacia, non essendo stato convertito in legge), al decreto-legge 18 gennaio 1993, n. 8, convertito con modificazioni dalla legge 19 marzo 1993, n. 68, al decreto del Presidente della Repubblica 24 agosto 1993, n. 378, rubricato «Regolamento recante norme sul risanamento degli enti locali dissestati». Sul punto si v. L. Mercati, *L'ente locale in dissesto: le nuove norme*, in *Giornale dir. amm.*, 3, 1998, 282 ss.

indispensabili ovvero esistono nei confronti dell'ente locale crediti liquidi ed esigibili di terzi cui non si possa fare validamente fronte con le modalità di cui all'articolo 193[6], nonché con le modalità di cui all'articolo 194[7] per le fattispecie ivi previste»[8].

Il dissesto, che ha come fine prioritario il risanamento dell'ente, è altresì

[6] L'art. 193, TUEL, così dispone: «Gli enti locali rispettano durante la gestione e nelle variazioni di bilancio il pareggio finanziario e tutti gli equilibri stabiliti in bilancio per la copertura delle spese correnti e per il finanziamento degli investimenti, secondo le norme contabili recate dal presente testo unico, con particolare riferimento agli equilibri di competenza e di cassa di cui all'art. 162, comma 6. Con periodicità stabilita dal regolamento di contabilità dell'ente locale, e comunque almeno una volta entro il 31 luglio di ciascun anno, l'organo consiliare provvede con delibera a dare atto del permanere degli equilibri generali di bilancio o, in caso di accertamento negativo ad adottare, contestualmente: a) le misure necessarie a ripristinare il pareggio qualora i dati della gestione finanziaria facciano prevedere un disavanzo, di gestione o di amministrazione, per squilibrio della gestione di competenza, di cassa ovvero della gestione dei residui; b) i provvedimenti per il ripiano degli eventuali debiti di cui all'art. 194; c) le iniziative necessarie ad adeguare il fondo crediti di dubbia esigibilità accantonato nel risultato di amministrazione in caso di gravi squilibri riguardanti la gestione dei residui. La deliberazione è allegata al rendiconto dell'esercizio relativo. Ai fini del comma 2, fermo restando quanto stabilito dall'art. 194, comma 2, possono essere utilizzate per l'anno in corso e per i due successivi le possibili economie di spesa e tutte le entrate, ad eccezione di quelle provenienti dall'assunzione di prestiti e di quelle con specifico vincolo di destinazione, nonché i proventi derivanti da alienazione di beni patrimoniali disponibili e da altre entrate in c/capitale con riferimento a squilibri di parte capitale. Ove non possa provvedersi con le modalità sopra indicate è possibile impiegare la quota libera del risultato di amministrazione. Per il ripristino degli equilibri di bilancio e in deroga all'art. 1, comma 169, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, l'ente può modificare le tariffe e le aliquote relative ai tributi di propria competenza entro la data di cui al comma 2. La mancata adozione, da parte dell'ente, dei provvedimenti di riequilibrio previsti dal presente articolo è equiparata ad ogni effetto alla mancata approvazione del bilancio di previsione di cui all'art. 141, con applicazione della procedura prevista dal comma 2 del medesimo articolo».

[7] L'art. 194, TUEL, prevede invece che «Con deliberazione consiliare di cui all'art. 193, comma 2, o con diversa periodicità stabilita dai regolamenti di contabilità, gli enti locali riconoscono la legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da: a) sentenze esecutive; b) copertura di disavanzi di consorzi, di aziende speciali e di istituzioni, nei limiti degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi, purchè sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'art. 114 ed il disavanzo derivi da fatti di gestione; c) ricapitalizzazione, nei limiti e nelle forme previste dal codice civile o da norme speciali, di società di capitali costituite per l'esercizio di servizi pubblici locali; d) procedure espropriative o di occupazione d'urgenza per opere di pubblica utilità; e) acquisizione di beni e servizi, in violazione degli obblighi di cui ai commi 1, 2 e 3 dell'art. 191, nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente, nell'ambito dell'espletamento di pubbliche funzioni e servizi di competenza. Per il pagamento, l'ente può provvedere anche mediante un piano di rateizzazione, della durata di tre anni finanziari compreso quello in corso, convenuto con i creditori. Per il finanziamento delle spese suddette, ove non possa documentalmente provvedersi a norma dell'art. 193, comma 3, l'ente locale può far ricorso a mutui ai sensi degli articoli 202 e seguenti, nonché, in presenza di piani di rateizzazioni con durata diversa da quelli indicati al comma 2, può garantire la copertura finanziaria delle quote annuali previste negli accordi con i creditori in ciascuna annualità dei corrispondenti bilanci, in termini di competenza e di cassa. Nella relativa deliberazione consiliare viene dettagliatamente motivata l'impossibilità di utilizzare altre risorse».

[8] Così dispone l'art. 244, co. 1, TUEL. Sui presupposti del dissesto cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6 gennaio 2012, n. 143, in *www.giustiziaamministrativa.it* (ove sono rinvenibili tutte le sentenze del

«rivolt[o] a garantire la *par condicio* dei creditori mediante una procedura concorsuale che riguarda solo una parte delle attività e delle passività patrimoniali dell'ente e che si svolge in parallelo al perdurare della sua gestione ordinaria»[9].

E così, per un verso, gli organi istituzionali si occupano del 'futuro', attraverso la prosecuzione della gestione ordinaria, garantendo condizioni stabili di equilibrio della situazione finanziaria tramite la rimozione delle cause strutturali che hanno condotto al dissesto; per altro verso, l'Osl si occupa 'del passato', provando a ripianare il pregresso indebitamento tramite una procedura di liquidazione concorsuale. Più nello specifico, l'Osl deve provvedere alla rilevazione della massa passiva, all'acquisizione e alla gestione dei mezzi finanziari disponibili ai fini del risanamento ed alla liquidazione e al pagamento della massa passiva, al cui esito viene redatto il rendiconto di gestione (art. 252, co. 4 e artt. 254, 255 e 256)[10].

Gli effetti del dissesto sono molteplici[11] e proprio per questa ragione è

giudice amministrativo riportate nel presente saggio), secondo cui la decisione di dichiarare lo stato di dissesto finanziario non è frutto di una scelta discrezionale dell'ente, rappresentando piuttosto una determinazione vincolata (ed ineludibile) in presenza dei presupposti di fatto fissati dalla legge. È opportuno altresì segnalare che l'art. 6, co. 2, decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 149 ha introdotto una nuova procedura, c.d. guidata, per il dissesto degli enti locali. La norma prevede che, qualora dalle pronunce della sezione regionale della Corte dei conti emergano 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, la Corte dei conti assegna all'ente un termine ai fini dell'adozione delle misure correttive necessarie. Laddove l'ente locale non provveda, entro il termine assegnato dalla Corte dei conti, ad adottare le misure, la Corte trasmette gli atti al Prefetto (e alla Conferenza permanente per il coordinamento della finanza pubblica), il quale, accertato il perdurante inadempimento dell'ente locale e la sussistenza delle condizioni di grave squilibrio, assegna al Consiglio un termine non superiore a venti giorni per la deliberazione del dissesto. In caso di inerzia del Consiglio, il Prefetto nomina un commissario per la deliberazione dello stato di dissesto. Sul dissesto guidato si v. E. Gori, S. Fissi, *Il dissesto guidato negli enti locali*, Milano, 2012, 56 ss.

[9] Così A. Brancasi, *L'ordinamento contabile* cit., 478.

[10] Come osservato da Consiglio di Stato, ordinanza 21 luglio 2021, n. 5502, «per la copertura del disavanzo dell'ente locale e per il suo risanamento è previsto un intervento sia pure non illimitato dello Stato, con funzione tipica di "pagatore di ultima istanza" all'interno del sistema di finanza pubblica che da esso promana». E però, qualora l'intervento dello Stato non sia sufficiente, «l'art. 256, comma 12, T.u.e.l. prevede che in caso di massa attiva incapiente, tale "*da compromettere il risanamento dell'ente*" il Ministro dell'interno "*può stabilire misure straordinarie per il pagamento integrale della massa passiva della liquidazione, anche in deroga alle norme vigenti*", in questo caso senza tuttavia oneri a carico dello Stato; […] tuttavia, la disposizione ora richiamata, introdotta nel 2016, include tra le misure straordinarie in questione la possibilità che l'ente locale acceda alla "*procedura di riequilibrio finanziario pluriennale prevista dall'articolo 243-bis*", contraddistinta dall'incapacità solo temporanea di fare fronte al servizio del debito e, al pari del dissesto finanziario, dall'intervento di risorse a carico del bilancio dello Stato, ovvero il Fondo di rotazione per assicurare la stabilità finanziaria degli enti locali di cui all'art. 243-*ter* T.u.e.l.».

[11] Sulle conseguenze del dissesto si v., fra i vari, P. Ricci, R. Civitillo, *Dissesto finanziario degli enti locali: conseguenze della gestione e effetti della chiusura*, in *Finanza loc.*, 2015, 2, 46 ss.

fondamentale fare chiarezza in merito alla ripartizione competenziale tra organi ordinari e straordinari, la quale, sebbene possa apparire in teoria piuttosto netta, nella pratica è tutt'altro che certa. Sottoporre un'obbligazione alla gestione dell'uno o dell'altro organo comporta infatti l'applicazione di un ben differente regime giuridico.

Per il vero, lo stato di insolvenza che presuppone la procedura in parola e l'applicazione della relativa disciplina incidono negativamente non solo sui creditori, i cui diritti di credito – come accennato – talvolta sono maturati svolgendo servizi essenziali per la comunità, ma, più in generale, sugli interessi dell'intera collettività.

La gran parte delle conseguenze del dissesto sono disciplinate dall'art. 248, TUEL[12]. Ci si riferisce: alla sospensione dei termini per la deliberazione del bilancio; al divieto, fino all'approvazione del bilancio stabilmente riequilibrato, di intraprendere o proseguire azioni esecutive nei confronti dell'ente per i debiti di competenza dell'organo straordinario di liquidazione[13]; alla mancata (temporanea) produzione di interessi relativamente ai debiti insoluti, alle somme dovute per anticipazioni di cassa già erogate e ai crediti nei confronti dell'ente che rientrano nella competenza dell'Osl, oltre che la loro mancata soggezione a rivalutazione monetaria[14].

---

[12] Tale norma annovera, tra le conseguenze del dissesto, anche la responsabilità sanzionatoria ed interdittiva degli amministratori degli enti locali (co. 5) e del collegio dei revisori (co. 5 *bis*). Sul tema si v. G. Madeo, *Responsabilità amministrativa sanzionatoria da dissesto: tipizzazione di una fattispecie illecita*, in A*zienditalia*, 2021, 1616 ss.; C.E. Marrè Brunenghi, *La responsabilità da dissesto finanziario dell'ente locale e la connessione tra funzione di controllo e funzione giurisdizionale, coessenziali l'uno all'altra attraverso il bene giuridico tutelato*, in *Riv. Corte conti*, 5, 2019, 203 ss.

[13] Su questa norma la giurisprudenza si è espressa più volte. Tra le varie si v. Tar Lombardia, Milano, sez. II, 4 aprile 2020, n. 419, il quale ha precisato che «La disposizione di cui all'art. 248 (conseguenze della dichiarazione di dissesto) del d.lgs. n. 267/2000, comma 2, esclude qualsivoglia possibilità di pagamento di debiti pregressi, se non per il tramite della procedura rimessa all'organo straordinario di liquidazione di cui agli artt. 252 e ss., dello stesso d.lgs. n. 267 del 2000; il divieto di azioni esecutive individuali nei confronti del Comune in stato di dissesto va esteso a tutte le azioni aventi il medesimo contenuto, tra le quali il giudizio di ottemperanza rivolto all'esecuzione di una sentenza, o atto equiparato, del G.O. di condanna al pagamento di una somma di denaro».

[14] Su tale conseguenza del dissesto ha avuto modo di esprimersi più volte la Corte Costituzionale. Ed infatti, Cassazione civile, sez. I, 22 gennaio 2010, n. 1097, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1, 84 ss., mette in evidenza che «Alla luce delle sentenze della Corte cost. nn. 149, 155 e 242 del 1994, l'art. 21, comma 3, d.l. 18 gennaio 1993 n. 8, convertito dalla l. 19 marzo 1993 n. 68, nella parte in cui prevede che, in deroga ad ogni altra disposizione, dalla data di deliberazione di dissesto dell'ente locale i debiti insoluti non producono più interessi, rivalutazione o altro, deve essere interpretato nel senso che esso non impedisce il maturare della rivalutazione, né degli interessi, né l'accertamento e la liquidazione dei relativi diritti, i quali potranno essere fatti valere esecutivamente dal creditore nei confronti dell'ente pubblico, una volta che quest'ultimo sia tornato *in bonis*, tenuto conto che l'ente dissestato non perde la sua capacità processuale, né si verifica alcuna sostituzione dell'organo della procedura agli organi istituzionali dell'ente». Sul punto, si v. anche Corte dei conti,

Gli effetti del dissesto vanno però ben oltre la lettera dell'art. 248. A tal proposito, si pensi al pregiudizio subito dai cittadini per il fatto che, nella prima riunione successiva alla dichiarazione di dissesto, il consiglio dell'ente «è tenuto a deliberare per le imposte e tasse locali di spettanza dell'ente dissestato, diverse dalla tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani, le aliquote e le tariffe di base nella misura massima consentita» (art. 251, TUEL).

Per quanto riguarda invece gli inevitabili (e non sempre propriamente tollerabili) nocumenti arrecati ai diritti di credito, basti por mente, oltre alle conseguenze del dissesto poc'anzi sinteticamente elencate, alla circostanza che, in caso di adozione della procedura semplificata disciplinata dall'art. 258, TUEL, l'Osl può definire transattivamente le pretese dei relativi creditori «offrendo il pagamento di una somma variabile tra il 40 ed il 60 per cento del debito, in relazione all'anzianità dello stesso» (co. 3)[15].

I principali effetti della procedura di risanamento sinteticamente posti in

sez. controllo Regione Campania, 22 dicembre 2009, n. 45, in *Riv. corte conti*, 2009, 6, 99 ss. e Tar Lazio, Roma, sez. II *bis*, 18 agosto 2020, n. 9250. Sul tema si v. anche la recente ordinanza di Cons. St., sez. V, ord. n. 5502/2021, con cui sono state sollevate questioni di legittimità costituzionale dell'art. 248, co. 4, TUEL, per violazione degli artt. 3, 5, 81, 97, 114 e 118 Cost. Il Consiglio di Stato evidenzia che «l'obiettivo primario del risanamento dell'ente locale dissestato è […] strumentale al ripristino delle funzioni e dei servizi di competenza dell'ente incapace di assolvervi ex art. 244 T.u.e.l. a causa dell'indebitamento precedentemente accumulato; […] con il riespandersi degli accessori del credito, divenuti temporaneamente inesigibili ai sensi dell'art. 248, comma 4, T.u.e.l. per tutta la durata della procedura di dissesto, di esso tuttavia finisce per avvantaggiarsi in primo luogo il singolo creditore commerciale, benché già remunerato a tassi di mercato; […] a ciò si contrappone l'ingiustificato sacrificio della collettività di cui il Comune è ente esponenziale, esposto al rischio di un nuovo dissesto e alle negative ripercussioni da esso derivanti tanto sul piano della continuità delle funzioni amministrative e dei servizi pubblici quanto sul piano economico, per le azioni di riequilibrio del bilancio rese necessarie dall'apertura della nuova procedura». Sulle questioni di legittimità sollevate dal Consiglio di Stato si è di recente espressa la Corte costituzionale (24 ottobre 2022, n. 219), dichiarandole infondate per diverse ragioni. Secondo la Corte «L'assunto del giudice rimettente, secondo cui la vigente disciplina sugli accessori del credito attribuirebbe ai creditori degli enti locali in dissesto una tutela eccessiva a scapito della collettività di cui l'ente locale è esponenziale, non tiene conto del fatto che la disciplina sul dissesto (artt. 244 e seguenti t.u. enti locali) contiene una serie di misure volte a consentire, da un lato, che l'OSL gestisca il passivo pregresso (a tutela della massa dei creditori) e, dall'altro lato, che il comune continui a esistere e operare (in quanto ente necessario), con un bilancio autonomo e distinto da quello dell'OSL, finalizzato non solo a gestire gli affari correnti, connessi soprattutto ai servizi essenziali, ma pure ad accantonare risorse per il pagamento di eventuali debiti o accessori che dovessero generarsi in pendenza della gestione liquidatoria». Su tale pronuncia si v. L. Minervini, *Il bilanciamento tra l'interesse al risanamento dell'ente locale e la tutela dei crediti nella procedura di dissesto. Prime osservazioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 24 ottobre 2022, n. 219*, in *Riv. Corte conti*, 5, 2022, 219 ss.

[15] Sul tema, Tar Calabria, Reggio Calabria, 12 febbraio 2021, n. 130, ha però messo in rilievo che «il rifiuto delle transazioni rientra nelle prerogative del creditore». Completata la procedura di dissesto i creditori che non hanno accettato la proposta transattiva ben potranno esercitare i propri crediti nei confronti dell'Ente.

rassegna, soprattutto se osservati al lordo della durata della stessa, il più delle volte eccessiva e tutt'altro che certa[16], mettono in evidenza la sua 'pericolosità' sia per i diritti dei singoli privati, sia per quelli della comunità tutta.

La disciplina del dissesto degli enti locali, infatti, nonostante presenti molteplici similitudini con quella del fallimento[17] e, più in generale, delle procedure concorsuali, si distingue da questa in quanto accanto alla (se non prima della) necessità di garantire la *par condicio creditorum*, vi è quella di risanamento (anche) al fine di consentire la continuità nello svolgimento della funzione pubblica, l'ente locale non potendo, a differenza delle imprese private, cessare di esistere, proprio in ragione della natura degli interessi che ha l'obbligo di perseguire. È stato infatti osservato che «l'azienda che non riesca a mantenere o ripristinare l'equilibrio, divenendo insolvente, prima o poi, esce dal mercato, mentre le istituzioni titolari di funzioni amministrative, anche se insolventi, non sono esposte al rischio del fallimento, ma al più all'operatività di istituti che comportano l'adempimento di quelle funzioni da parte di altri soggetti»[18], come nel caso del dissesto finanziario.

Nondimeno, appare naturale domandarsi, per un verso, «se, e in che misura, il costo del risanamento finanziario debba essere sostenuto dalla comunità locale»[19] e, per altro verso, se e fino a che punto è legittimo 'sacrificare' la tutela dei diritti di credito.

---

[16] Il termine di conclusione del dissesto è disciplinato dall'art. 265, TUEL, secondo cui «Il risanamento dell'ente locale dissestato ha la durata di cinque anni decorrenti da quello per il quale viene redatta l'ipotesi di bilancio stabilmente riequilibrato». Tale termine può essere tuttavia prorogato nel caso in cui ricorrano le condizioni previste dagli artt. 268 *bis* e 268 *ter*, TUEL. La dilatazione dei termini di conclusione della procedura di dissesto può discendere altresì dalle deroghe al termine previsto per la predisposizione del bilancio riequilibrato, individuate dall'art. 259, co. 1 *bis* e 1 *ter*.

[17] Sul punto si v. Cons. St., sez. V, ord. n. 5502/2021, che osserva come il dissesto abbia una fisionomia molto simile al fallimento privatistico che «si è ulteriormente accentuata con l'introduzione di limiti al contributo dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato (artt. 4 e 21 d.l. n. 8 del 1993), da cui è derivata la possibilità che in caso di incapienza della massa attiva – destinata ad essere formata anche attraverso l'alienazione dei beni patrimoniali disponibili dell'ente – i crediti facenti parte della massa passiva subissero una falcidia percentuale». Il Supremo Consesso evidenzia poi che «il processo di omologazione tra dissesto degli enti locali e fallimento privatistico si è poi accentuato con i successivi interventi normativi, realizzati con il già citato decreto legislativo 25 febbraio 1995, n. 77 (*Ordinamento finanziario e contabile degli enti locali*) e il relativo decreto correttivo (decreto legislativo 11 giugno 1996, n. 336), con i quali si sono tra l'altro introdotte delle cause di prelazione dei crediti e si è previsto che l'organo straordinario di liquidazione predisponga un primo piano di rilevazione dei debiti recante l'elenco di quelli esclusi dalla massa passiva della procedura, strumentale all'erogazione del mutuo con la Cassa depositi e prestiti e il pagamento in acconto dei debiti inseriti nel piano di rilevazione».

[18] G. Della Cananea, voce *Finanza pubblica*, in *Enc. Dir.*, 2022, 514 ss., 514. Sul tema si v. anche A. Brancasi, *L'ordinamento contabile* cit., 475 ss.

[19] Così ancora G. Della Cananea, voce *Finanza pubblica* cit., 514.

3. *La competenza dell'Osl per ragioni 'temporali'*

La (seppur sommaria) elencazione delle ricadute più significative della dichiarazione di dissesto svolta nel paragrafo precedente rende evidente quanto sia importante, per un verso, che la relativa disciplina non sconti incertezze interpretative; per altro verso, e nello specifico del presente saggio, che l'ambito competenziale dell'Osl sia chiaramente definito. Ciò in considerazione del fatto che le obbligazioni assunte nei confronti di un ente divenuto dissestato 'vivranno' di un diverso regime giuridico a seconda dell'imputazione alla gestione ordinaria o straordinaria.

A tal proposito, l'art. 252, co. 4, TUEL, dispone che «l'organo straordinario di liquidazione ha competenza relativamente a fatti e atti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato».

La norma in parola è stata oggetto di numerose e contrastanti prese di posizione della giurisprudenza, secondo una parte della quale «i crediti sorti antecedentemente alla dichiarazione di dissesto dell'ente locale ma accertati giudizialmente in epoca posteriore, devono ritenersi sottratti alla specifica competenza dell'organo straordinario di liquidazione»[20].

Siffatta opzione ermeneutica ha costituito uno dei motivi che hanno determinato l'emanazione del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 80, convertito con modificazioni in legge 28 maggio 2004, n. 140, in quanto, «questa interpretazione, limitando la competenza degli organi straordinari di liquidazione ai debiti accertati solo al momento di rilevazione della massa passiva, contraddice la ratio della norma diretta a rendere il più esaustiva possibile l'opera di risanamento degli enti dissestati e sta paralizzando l'attività degli organi straordinari di liquidazione e dei competenti apparati statali interessati, provocando gravi danni agli enti locali»[21].

L'art. 5, co. 2, del su indicato decreto ha così introdotto una disposizione interpretativa degli artt. 252, co. 4, e 254, co. 3, TUEL, disponendo che, ai fini dell'applicazione di tali norme, «si intendono compresi nelle fattispecie ivi previste tutti i debiti correlati ad atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, pur se accertati, anche con provvedimento giurisdizionale, successivamente a tale data ma,

---

[20] Così Consiglio di Stato, sez. V, 3 marzo 2004, n. 1035. Come osserva P. Pupo, *Dissesto finanziario* cit., 46, l'individuazione dell'ambito di comptenza dell'Osl è stata oggetto di soluzioni ermeneutiche diverse e contrastanti che finisce per ridondare negativamente sul principio di parità di trattamento dei creditori (si v. le pronunce riportate dall'A., pp. 64-82).

[21] Così si legge nella Relazione tecnica al disegno di legge (atto senato n. 2869), di «Conversione in legge del decreto-legge 29 marzo 2004, n. 80», i cui contenuti sono riportati da P. Pupo, *Dissesto finanziario* cit., 46-47, nt. 77.

comunque, non oltre quella di approvazione del rendiconto della gestione di cui all'articolo 256, comma 11, del medesimo testo unico»[22].

E però, nonostante la novella normativa, l'orientamento della giurisprudenza in merito al significato da ascrivere all'espressione «atti e fatti di gestione verificatisi entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato» continuava ad essere tutt'altro che univoco. Sul punto si confrontavano in particolare due indirizzi: il primo considerava rilevante il dato formale e quindi la data di adozione dell'atto costitutivo dell'obbligazione[23]; il secondo indirizzo riconosceva invece priorità «non al momento in cui si è strutturalmente realizzata la fattispecie costitutiva dell'obbligazione, bensì al nesso causale e funzionale che lega […] l'obbligazione» al «pregresso» «"*atto o fatto di gestione*"»[24].

Proprio in ragione del contrasto giurisprudenziale appena riferito, il Consiglio di Stato ha deferito la questione all'Adunanza Plenaria, che si è espressa dopo pochi mesi ritenendo «che rientrano nella competenza dell'organo straordinario di liquidazione non solo le poste passive pecuniarie già contabilizzate alla data della dichiarazione di dissesto, ma anche tutte le svariate obbligazioni che, pur se *stricto jure* sorte in seguito, costituiscano comunque la conseguenza diretta ed immediata di "atti e fatti di gestione" pregressi alla dichiarazione di dissesto»[25].

---

[22] In merito all'efficacia di tale disposizione si v. Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015, n. 2263, che così osserva: «La sopravvenuta normativa […], a prescindere dalla sua effettiva portata, ha carattere innovativo e, come tale, è preordinata a disciplinare fattispecie ad essa successive senza effetto retroattivo, definendo i poteri e l'ambito di operatività dell'organo straordinario di liquidazione degli enti dichiarati dissestati dopo la sua entrata in vigore».

[23] In questo senso si v. Consiglio di giustizia amministrativa, 31 luglio 2017, n. 367; Consiglio di Stato, sez. IV, ord. 22 luglio 2019, n. 5139.

[24] Così ha osservato Consiglio di Stato, sez. IV, 20 marzo 2020, n. 1994, con ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria, il quale prosegue evidenziando che «Sviluppando le argomentazioni svolte *in nuce* da questo indirizzo, pertanto, anche un'obbligazione civilisticamente sorta *ex novo* dopo la dichiarazione di dissesto (*recte*, dopo il 31 dicembre dell'anno precedente a quello dell'ipotesi di bilancio riequilibrato, purché prima della chiusura della gestione straordinaria) rientrerebbe nella competenza dell'organo di liquidazione, ove comunque direttamente correlata ad un illegittimo "*atto o fatto di gestione*" antecedente al dissesto, di cui, in un'ottica di analisi economica del diritto, rappresenti nient'altro che l'attuale riflesso pecuniario. Questo è l'orientamento condiviso, fra le varie, da: Consiglio di Stato, sez. IV, 9 aprile 2018, n. 2141; Consiglio di giustizia amministrativa, 5 novembre 2018, n. 700; Consiglio di Stato, sez. IV, 8 luglio 2019, nn. 4737-4741, 4760 e 4776».

[25] Così Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 8 agosto 2020, n. 15, che, a suffragio della tesi espressa, osserva che «la sentenza della Corte costituzionale 21 giugno 2013, n. 154, relativa ad analoghe disposizioni per le obbligazioni rientranti nella gestione commissariale del Comune di Roma (art. 4, comma 8-bis, ultimo periodo, D.L. 25 gennaio 2010, n. 2, convertito, con modificazioni, in L. 26 marzo 2010, n. 42), ha sostenuto che in una procedura concorsuale – tipica di uno stato di dissesto – una norma che ancori ad una certa data il fatto o l'atto genetico dell'obbligazione è logica e coerente, proprio a tutela dell'eguaglianza tra i creditori, mentre

E però, quella che sembrava rappresentare una conclusiva definizione del dibattito non si è rivelata tale in quanto, a distanza di meno di un anno dalla pronuncia dell'organo nomofilattico[26], la Sezione V del Consiglio di Stato ha nuovamente investito della questione l'Adunanza Plenaria, invitandola a rivedere il proprio precedente alla luce di principi espressi dalla Corte Edu[27], secondo cui «l'avvio della procedura di dissesto finanziario a carico di un ente locale e la nomina di un organo straordinario liquidatore, nonché il successivo d.l. n. 80/2004 che impediva i pagamenti delle somme dovute fino al riequilibrio del bilancio dell'ente, non giustificano il mancato pagamento dei debiti accertati in sede giudiziaria, poiché lesiv[i] dei principi in materia di protezione della proprietà e di accesso alla giustizia riconosciuti dalla convenzione europea dei diritti dell'uomo. Ne consegue l'obbligo per lo Stato di appartenenza di pagare

la circostanza che l'accertamento del credito intervenga successivamente è irrilevante ai fini dell'imputazione; e sarebbe irragionevole il contrario, giacché farebbe difetto una regola precisa per individuare i crediti imputabili alla gestione commissariale o a quella ordinaria e tutto sarebbe affidato alla casualità del momento in cui si forma il titolo esecutivo, anche all'esito di una procedura giudiziaria di durata non prevedibile».

[26] Sul potere nomofilattico si v. A. De Siano, *Precedente giudiziario e decisioni della P.A.*, Napoli, 2018, 41 ss.

[27] Il riferimento è alla pronuncia della Corte europea dei diritti umani, De Luca c. Italia – 24 settembre 2013, ricorso n. 43870/04 (in senso conforme si v. anche Pennino c. Italia – 24 settembre 2013, ricorso n. 43892/04). La vicenda che ha consentito alla Corte di Strasburgo di esprimersi riguarda un creditore del Comune di Benevento, che nel 1992 aveva promosso azione di risarcimento danni nei confronti dell'Ente. Tale giudizio si concludeva con una sentenza di accoglimento emessa dal Tribunale di Benevento e passata in giudicato nel 2004. E però, il Comune di Benevento nel 1993 aveva dichiarato lo stato di dissesto finanziario. Il ricorrente, per un verso, presentava istanza di ammissione al passivo – rifiutando però la proposta di decurtazione dell'80% del credito avanzata nel 2006 dall'Osl, che aveva deciso di utilizzare la procedura semplificata – e, per altro verso, proponeva ricorso contro la Repubblica italiana, in virtù dell'articolo 34 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale ricorso veniva accolto dalla Corte di Strasburgo, secondo la quale «un "credito" può costituire un "bene" ai sensi dell'articolo 1 del Protocollo n. 1 se è sufficientemente accertato per essere esigibile». Nel caso scrutinato, per il Giudice europeo vi sarebbe conseguetemente stata: sia la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione – «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale» – in quanto la mancanza di risorse di un Comune non può «giustificare che questo ometta di onorare gli obblighi derivanti da una sentenza definitiva»; sia dell'art. 6, § 1 della Convenzione – «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata […] da un tribunale […], il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile»; sia dell'art. 13 – «Ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone agenti nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali». Per queste ragioni, il Tribunale ha accolto il ricorso condannando lo Stato italiano a risarcire i danni patrimoniali e morali subiti dal ricorrente. Su tale sentenza si v. L. Mercati, *Il dissesto degli enti locali dinanzi alla Corte europea dei diritti umani*, in *Giur. it.*, 2014, 73 ss. Cfr. altresì A. Auletta, *L'esecuzione forzata* cit., 183 ss.

le somme dovute dagli enti locali nei termini e secondo le modalità prescritte dalla convenzione»[28].

Più in particolare, secondo la Corte Edu la pendenza della procedura di dissesto non può comunque determinare una irragionevole e sproporzionata compromissione dei diritti di credito accertati in capo ai privati, in quanto la mancanza di risorse di un comune non può «giustificare che questo ometta di onorare gli obblighi derivanti da una sentenza definitiva».

Peraltro, pur riconoscendo che il diritto ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva non è assoluto, ben potendo subire limitazioni per il perseguimento di un legittimo interesse (come quello corrispondente alla necessità di garantire la parità di trattamento ai creditori), il Giudice europeo ha tuttavia osservato che le limitazioni in parola non possono essere tali da comportare una lesione della sostanza del diritto, senza che vi sia «un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo prefisso». E il principio di proporzionalità risulta chiaramente leso laddove i creditori siano privati per un tempo eccessivamente lungo del loro diritto di presentare e/o coltivare un ricorso innanzi ad un'Autorità giurisdizionale. Sarebbe per ciò evidente sia la lesione del diritto al rispetto dei beni di proprietà privata (tra cui rientrano anche i crediti) garantito dall'art. 1 del Primo Protocollo Addizionale alla Cedu, sia la violazione degli artt. 6 e 13 Cedu, che rispettivamente tutelano il diritto ad un equo processo e a poter presentare un ricorso effettivo innanzi ad un'autorità nazionale.

In ragione delle appena riportate argomentazioni, la Sezione V del Consiglio di Stato ha ritenuto necessaria «un'interpretazione del combinato disposto dell'art. 252 comma 4 del d.lgs. 267 del 2000, nonché dell'art. 5 comma 2 del d.l. 80 del 2004 convertito nella l. 140 del 2004 che debba essere costituzionalmente orientata ed inoltre conforme ai principi dettati dalla Corte Europea dei diritti dell'Uomo» e, conseguentemente, «una rimeditazione della questione alla luce dei principi non affrontati nella pronuncia n. 15/2020, al fine di dirimere contrasti potenziali in proposito, successivi a detta pronuncia».

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato[29] ha però confermato il proprio orientamento ritenendo non vi fosse alcuna violazione di norme costituzionali, né dei paramentri Cedu.

Infatti, l'organo nomofilattico ha osservato che le norme sul dissesto finanziario «sono preordinate al ripristino degli equilibri di bilancio degli enti locali

[28] Così è sintetizzato da Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 12 gennaio 2022, n. 1 il principio espresso dalla Corte Edu nella sentenza resa sul ricorso n. 43780/2004 del 24 settembre 2013 (De Luca c/o Italia).

[29] Cons. St., Ad. Pl., n. 1/2022. Su tale pronuncia si v. D. Di Meo, *Riflessioni su Cons. Stato, Ad. plen., 12 gennaio 2022, n. 1*, in *Riv. Corte conti*, 3, 2022, 55 ss., nonché P. Cosa, *La (mancata) cedevolezza alla giurisprudenza della Corte Edu degli approdi del Cons. Stato in materia di dissesto degli enti locali e crediti vantati da privati*, in *Riv. Corte conti*, 1, 2022, 205 ss.

in crisi, mediante un'apposita procedura di risanamento, delineando una netta separazione di compiti e competenze tra la gestione passata e quella corrente, a tutela della gestione corrente, che sarebbe pregiudicata se in essa confluissero debiti sostanzialmente imputabili alle precedenti gestioni amministrative (che sono state a tal punto fallimentari da determinare il dissesto dell'ente), in modo da garantire, per il futuro, la sostenibilità finanziaria del bilancio ordinario». Dunque, «se lo scopo delle norme sullo stato di dissesto è quello di salvaguardare le funzioni fondamentali dell'ente in stato di insolvenza, permettendogli di recuperare una situazione finanziaria di riequilibrio e, quindi, di normalità gestionale e di capienza finanziaria, che altrimenti sarebbe compromessa dai debiti sorti nel periodo precedente, è evidente che tale interesse pubblico risulta prevalente, in base ad un giudizio di bilanciamento e di razionalità, rispetto agli interessi individuali e patrimoniali dei privati ancorché accertati con provvedimenti giurisdizionali».

Del resto – prosegue la Plenaria – «il dissesto ha assunto una fisionomia analoga al fallimento privatistico, il quale, come è noto, non è sottoposto a termini finali certi senza che, per questo, si sia dubitato della sua legittimità costituzionale, trattandosi peraltro di un istituto diffuso a livello comunitario». Inoltre, «sussistono, anche in costanza di Gestione liquidatoria, contributi dello Stato per il pagamento dell'indebitamento pregresso in rapporto alla popolazione dell'ente dissestato (artt. 4 e 21 d.l. n. 8-1993), e quindi esistono correttivi normativi idonei a realizzare e plasmare l'interesse dei creditori dell'Ente i cui crediti siano confluiti nella Gestione liquidatoria». Infine, «l'attività contrattuale della pubblica amministrazione è stata assoggettata alla normativa sul contrasto ai ritardi dei pagamenti nelle transazioni commerciali, di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231 […]. In tal modo, la remunerazione dei crediti attraverso gli interessi di mora ai sensi del citato d.lgs. n. 231-2002 offre una compensazione al creditore, che si contrappone al rischio che il credito venga attratto nella massa della Gestione liquidatoria».

Sulla scorta del complesso di queste argomentazioni alla Plenaria risulta evidente che «la disciplina sullo stato di dissesto non può ritenersi contraria ad alcun parametro costituzionale, né in via diretta né attraverso il meccanismo della norma interposta ex art. 117, comma 1, Cost.».

La soluzione interpretativa non manca di generare perplessità, in quanto pare in parte contraddire la realizzazione dell'interesse pubblico che nella combinazione con gli altri interessi si presenta, quantomeno nella visione della Plenaria, come prevalente. Invero, secondo l'organo nomofilattico, il perseguimento del risanamento finanziario dell'ente giustificherebbe la 'compromissione' dei crediti sorti in un certo periodo, la quale non si presenterebbe sproporzionata e irragionevole anche perché i relativi titolari potrebbero ottenere una compensazione attraverso gli interessi di mora.

Così ragionando, il Collegio non fa altro che spostare temporalmente in avanti il problema: la possibilità di richiedere il pagamento degli interessi all'Ente, una volta che lo stesso sia tornato *in bonis*, rappresenta, al pari di un'interpretazione ristretta dell'ambito di competenza dell'Osl, un ostacolo al raggiungimento di uno stabile riequilibrio finanziario. Ed infatti, come messo in evidenza dalla Sezione V del Consiglio di Stato nell'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale dell'art. 248, co. 4, TUEL, con la cristallizzazione solo temporanea degli interessi si corre il rischio che «si renda necessario un nuovo intervento straordinario a carico della finanza pubblica» e che «ad un dissesto ne seguano ulteriori»[30].

4. *L'Osl e l'incerta gestione dei fondi vincolati*

Ai fini della corretta delimitazione dell'ambito di competenza dell'Osl appare opportuno soffermarsi, seppur brevemente, anche sulla gestione dei cc.dd. fondi a destinazione vincolata, che costituiscono quelle «risorse (derivanti generalmente da indebitamento o da trasferimenti finalizzati dello Stato o della Regione) alle quali è impresso, per evitare lo sviamento dalle loro finalità, uno specifico vincolo di bilancio e di cassa. In sostanza, si tratta di somme che, in deroga al generale principio dell'unità del bilancio, sono introitate dall'ente per un determinato scopo e sono utilizzabili solo per il pagamento degli interventi ai quali sono finalizzate»[31].

La competenza relativa all'amministrazione di tali fondi viene stabilita dall'art. 255, co. 10, TUEL, secondo cui non spetterebbe all'Osl «l'amministrazione […] dei residui attivi e passivi relativi ai fondi a gestione vincolata». Il motivo dell'esclusione dalla competenza dell'Osl, ad opera dell'art. 255, co. 10, TUEL, delle gestioni vincolate si fonda sul presupposto «che tali fondi, dovendo per definizione essere in equilibrio, non necessitano di alcun tipo di contributo dall'amministrazione straordinaria della liquidazione»[32]. In realtà, a ben vedere, benché in linea di principio i creditori di somme riguardanti fondi

[30] Cons. St., sez. V, ord. n. 5502/2021. Come riferito nella nota 14, le questioni di legittimità costituzionale sollevate dal Consiglio di Stato sono state dichiarate infondate dalla Corte cost. n. 219/2022, la quale ha osservato che «Il dissesto "a catena", che il rimettente imputa all'art. 248, comma 4, t.u. enti locali, non è la conseguenza diretta della norma, ma è attribuibile piuttosto a scelte amministrative dell'ente, il quale – nella pendenza della procedura di dissesto – avrebbe dovuto apprestare misure, anche contabili, idonee a garantire il più rapido ripristino dell'equilibrio finanziario (artt. 259 e seguenti t.u. enti locali)».

[31] Così Corte dei conti, sez. controllo Regione Calabria, deliberazione 17 gennaio 2013, n. 5.

[32] Così si è espresso l'Osservatorio sulla finanza e la contabilità degli enti locali nell'atto di orientamento del 26 ottobre 2018, atto richiamato da Corte dei conti, sez. controllo Regione Campania, 8 maggio 2019.

vincolati dovrebbero beneficiare della certezza delle risorse, anche in questi casi può verificarsi che gli enti locali, a causa di una programmazione e gestione delle spese e delle entrate non corrette, possano assumere obbligazioni che eccedono il vincolo o prive di copertura finanziaria e che quindi si verifichi l'insorgenza di debiti fuori bilancio.

Relativamente ai fondi vincolati è stata però introdotta una disciplina derogatoria dell'art. 255, co. 10: è oggi espressamente stabilito che «in deroga a quanto previsto dall'art. 255, comma 10 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, per i comuni e per le province in stato di dissesto finanziario l'amministrazione dei residui attivi e passivi relativi ai fondi a gestione vincolata compete all'organo straordinario della liquidazione». L'amministrazione dei residui in parola è «gestita separatamente, nell'ambito della gestione straordinaria di liquidazione». Resta comunque nella facoltà dell'Osl «definire anche in via transattiva le partite debitorie, sentiti i creditori»[33]. Tuttavia, nel caso in cui si formino debiti fuori bilancio, è stato osservato che «per la parte eventualmente eccedente il vincolo o nei casi in cui lo stesso non si applichi [anche i titolari di diritti di credito relativi a fondi vincolati] devono concorrere con la generalità dei creditori per soddisfarsi sui beni dell'amministrazione debitrice (massa passiva)»[34].

Dall'analisi della disposizione derogatoria emerge nitidamente che la disciplina della gestione dei fondi vincolati si presenta piuttosto lacunosa: non fornisce indicazioni all'Osl circa la modalità di rilevazione e liquidazione delle somme relative a fondi vincolati, prevedendo solo che i residui debbano essere gestiti separatamente e che l'Osl stesso possa definire transattivamente le partite debitorie in questione. All'Osl sarebbe dunque riconosciuto «un presunto spazio di discrezionalità» nella gestione dei fondi vincolati, che «deve essere esercitato nella prioritaria considerazione dell'incidenza e dei riflessi presenti e futuri di detta gestione su una situazione di conclamata fragilità dell'ente dissestato»[35].

Dalla sintetica descrizione del quadro normativo vigente si ricava dunque, in maniera piuttosto evidente, che anche la disciplina dei fondi vincolati non è in grado di infondere certezza nei creditori, i quali, nonostante l'astratta 'specialità' del credito vantato, in caso di dissesto sono non di rado costretti anch'essi a

[33] Così dispone l'art. 2 *bis*, decreto-legge 24 giugno 2016, n. 113, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2016, n. 160 e successivamente sostituito dall'art 1, co. 457, legge 11 dicembre 2016, n. 232, come modificato dall'art. 36, co. 2, decreto-legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 giugno 2017, n. 96.

[34] Così si legge nell'atto di orientamento dell'Osservatorio sulla finanza e la contabilità degli enti locali del 26 ottobre 2018 cit.

[35] In questo senso si esprime ancora l'Osservatorio sulla finanza e la contabilità degli enti locali nell'atto di orientamento del 26 ottobre 2018 cit. A ben vedere, però, questa interpretazione è in contrasto con quanto sostenuto dalla giurisprudenza secondo cui l'Osl, quando si occupa della rilevazione di somme relative a fondi vincolati, non dispone di poteri discrezionali. In questo senso si è espresso Tar Campania, Napoli, sez. V, 20 febbraio 2020, n. 811.

subire gli effetti del 'disagio' dell'ente debitore, immolando parte dei propri diritti in nome del primario interesse al risanamento, interesse che però non è sempre efficacemente e durevolmente raggiunto.

5. *I riflessi del dissesto sull'erogazione dei servizi sociali*

Fra i fondi a gestione vincolata figurano – secondo l'interpretazione di parte della giurisprudenza – anche i crediti derivanti dall'espletamento di servizi sociali[36] di cui alla legge 8 novembre 2000, n. 328[37]. Eppure, per le ragioni prima esposte, ma – come si vedrà – non solo, ciò non è sufficiente per garantirne la corretta erogazione.

È noto che per servizi sociali si intendono «tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia»[38].

La programmazione e l'organizzazione del sistema integrato dei servizi sociali[39] compete agli Enti locali[40], alle Regioni[41] e allo Stato[42] ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e della l. n. 328/2000, «secondo i princìpi di sussidiarietà[43], cooperazione, efficacia, efficienza ed economicità, omogeneità, copertura finanziaria e patrimoniale, responsabilità ed unicità dell'amministrazione, autonomia organizzativa e regolamentare degli enti locali»[44].

---

[36] Sui servizi sociali la bibliografia è molto ampia. Fra i vari contributi, si v. E. Frediani, *Il terzo settore e i servizi sociali: scritti recenti*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 678 ss.; R. Bin, D. Donati, G. Pitruzzella, *Lineamenti di diritto pubblico per i servizi sociali e sanitari*, IV ed., Torino, 2021; F. Manganaro, V. Molaschi, R. Morzenti Pellegrini, D. Siclari, *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2020; D. Caselli, G. De Angelis, L. De Vita, B. Giullari, S. Lucciarini, A. Rimano, *Il sistema del* procurement *dei servizi sociali in Italia tra concorrenza e concessione*, in *www.camminodiritto.it,* 2, 2021; A. Banchero, *I livelli essenziali delle prestazioni sociali sono diventati realtà? Considerazioni in materia di servizi sociali e sociosanitari, in base alla disciplina della legge 17 luglio 2020, n. 77*, in *Corti supreme e salute*, 2020, 393 ss.; A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2020.

[37] In questo senso si v. Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 7 giugno 2017, n. 3087.

[38] Così dispone l'art. 128, decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112.

[39] Sul tema si v., da ultimo, F.B. Dal Monte, *Per un sistema integrato di interventi e servizi sociali. Sfide e prospettive nel quadro del Pnrr e dopo vent'anni dall'approvazione della l. 328/2000*, in *Regioni*, 2021, 779 ss.

[40] Sul punto si v. artt. 131, d.lgs. n. 112/1998, 6 e 7, l. n. 328/2000.

[41] Sul punto si v. artt. 131, d.lgs. n. 112/1998 e 8, l. n. 328/2000.

[42] Sul punto si v. artt. 129, d.lgs. n. 112/1998 e 9, l. n. 328/2000.

[43] Sul principio di sussidiarietà si v., fra i vari, G. Clemente di San Luca, *Lezioni di diritto amministrativo per il corso di base*, Napoli, 2012, 232 ss.

[44] Art. 1, co. 3, l. n. 328/2000. Sulle funzioni dei vari Enti territoriali si v. M.T.P. Caputi

Alla gestione e all'offerta dei servizi provvedono altresì, attraverso «la progettazione e la realizzazione concertata degli interventi, organismi non lucrativi di utilità sociale, organismi della cooperazione, organizzazioni di volontariato, associazioni ed enti di promozione sociale, fondazioni, enti di patronato e altri soggetti privati»[45].

Nella *governance* multilivello che caratterizza il sistema organizzativo dei servizi sociali, un ruolo fondamentale è svolto dai Comuni cui, fra l'altro, spetta, per un verso, progettare, programmare e realizzare il sistema locale dei servizi sociali in rete; per altro verso, erogare i servizi sociali, nonché autorizzare e accreditare le strutture a ciclo residenziale e semi-residenziale[46], oltre che vigilare sulle stesse; per altro verso ancora, assumere gli obblighi connessi all'eventuale integrazione economica in favore di alcune tipologie di pazienti per i quali si è reso necessario il ricovero presso strutture private residenziali[47].

Jambrenghi, *I servizi sociali*, in *Diritto degli enti locali*, Vol. II, *Le funzioni e l'organizzazione*, a cura di F. Pinto, Torino, 2004, 255 ss., 270 ss. Per quanto riguarda il finanziamento delle politiche sociali, l'art. 4, co. 1 e 2, l. n. 328/2000 prevede che «La realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali si avvale di un finanziamento plurimo a cui concorrono, secondo competenze differenziate e con dotazioni finanziarie afferenti ai rispettivi bilanci, i soggetti di cui all'art. 1, comma 3. Sono a carico dei comuni, singoli e associati, le spese di attivazione degli interventi e dei servizi sociali a favore della persona e della comunità, fatto salvo quanto previsto ai commi 3 e 5». In particolare, «Il Governo predispone ogni tre anni il Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali […] tenendo conto delle risorse finanziarie individuate ai sensi dell'art. 4 nonché delle risorse ordinarie già destinate alla spesa sociale dagli enti locali» (art. 18, co. 1). Le Regioni invece, d'intesa con i Comuni interessati, adottano «il piano regionale degli interventi e dei servizi sociali, provvedendo in particolare all'integrazione socio-sanitaria in coerenza con gli obiettivi del piano sanitario regionale, nonchè al coordinamento con le politiche dell'istruzione, della formazione professionale e del lavoro».

[45] Art. 1, co. 5, l. n. 328/2000.

[46] Per quanto riguarda l'autorizzazione, l'art. 11, co. 1, l. n. 328/2000, prevede che «I servizi e le strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale a gestione pubblica o dei soggetti di cui all'art. 1, comma 5, sono autorizzati dai comuni. L'autorizzazione è rilasciata in conformità ai requisiti stabiliti dalla legge regionale, che recepisce e integra, in relazione alle esigenze locali, i requisiti minimi nazionali determinati ai sensi dell'art. 9, comma 1, lettera c), con decreto del Ministro per la solidarietà sociale». I Comuni provvedono anche, sempre sulla base dei criteri stabiliti dalla Regione e dei requisiti minimi indicati dallo Stato (artt. 8, co. 3, lett. *f*) e 9, co. 1, lett. *c*), all'accreditamento delle strutture e a corrispondere «ai soggetti accreditati tariffe per le prestazioni erogate nell'ambito della programmazione regionale e locale sulla base delle determinazioni di cui all'art. 8, comma 3, lettera n)» (art. 11, co. 3). Sull'autorizzazione e sull'accreditamento si v., da ultimo, R.J. Flacco, *Sussidiarietà e mercato nell'affidamento dei servizi sociali*, in *Foro amm.*, 2, 2020, 361 ss., 368.

[47] Art. 6, l. n. 328/2000. Si v. anche l'art. 2, co. 3 e 4, l. n. 328/2000, secondo cui «I soggetti in condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alle proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali, accedono prioritariamente ai servizi e alle prestazioni erogati dal sistema integrato di interventi e servizi sociali. I parametri per la valutazione

È proprio quest'ultimo obbligo a mettere strettamente in connessione i servizi sociali, peraltro erogati nei confronti di persone indigenti, e la crisi finanziaria che attanaglia endemicamente gli enti locali.

Ed invero, può accade che i Comuni non provvedano al pagamento della quota di propria competenza sugli stessi gravante per il ricovero in strutture autorizzate o accreditate per l'erogazione di servizi sociali o socio-sanitari. In questi casi il prezzo di questi ultimi finisce inevitabilmente per gravare sulle strutture che ospitano gli utenti, le quali non possono interrompere un servizio pubblico essenziale, così di fatto essendo costrette ad accumulare crediti di entità particolarmente elevata nei confronti dei Comuni che, non di rado, giungono a dichiarare lo stato di dissesto finanziario.

La fattispecie diventa oltremodo intricata quando per l'erogazione dei servizi sociali[48] gli enti comunali scelgono la forma organizzativa della convenzione *ex* art. 30, TUEL, tramite la quale gli stessi si associano in Ambiti Territoriali privi di personalità giuridica, designando uno degli associati quale Capofila[49].

Siffatta formula organizzatoria finisce per costituire una sorta di 'gabbia', le sorti finanziarie di ciascun componente dell'Ambito generando conseguenze su tutti gli altri enti locali almeno sotto un duplice profilo: da una parte, lo stato

---

delle condizioni di cui al comma 3 sono definiti dai comuni, sulla base dei criteri generali stabiliti dal Piano nazionale di cui all'art. 18».

[48] Sul punto si v. P. Unibosi, *Sistemi incentivanti nella gestione associata dei servizi sociali*, in *Azienditalia*, 2005, 441 ss.

[49] Gli Ambiti territoriali sono determinati da ciascuna Regione, tramite strumenti di concertazione con gli enti locali interessati, e di regola coincidono con i distretti sanitari già operanti per le prestazioni sanitarie (art. 8, co. 3, lett. a), l. n. 328/2000). I Comuni associati in Ambiti territoriali «provvedono, nell'ambito delle risorse disponibili, ai sensi dell'art. 4, per gli interventi sociali e socio-sanitari, secondo le indicazioni del piano regionale di cui all'art. 18, comma 6, a definire il piano di zona» (art. 19, co. 1). Il piano di zona (in merito al quale si v. M.T.P. Caputi Jambrenghi, *I servizi sociali* cit., 303 ss.; A. Santuari, A. Magno, *Il piano di zona e le forme di gestione associata dei servizi sociali*, in *Non Profit*, 2007, 287 ss.), fra i vari contenuti, individua «gli obiettivi strategici», «le priorità di intervento», «le *modalità organizzative* dei servizi, le risorse finanziarie», definendo «criteri di *ripartizione della spesa a carico di ciascun comune*, delle aziende unità sanitarie locali e degli altri soggetti firmatari dell'accordo» (art. 19, corsivo di chi scrive). Sono quindi gli Enti locali a stabilire le modalità di organizzazione dei servizi. E così, nella Regione Piemonte, ad esempio (art. 9, legge regionale 8 gennaio 2004, n. 1), la forma di gestione ritenuta più idonea a garantire l'efficacia e l'efficienza degli interventi e dei servizi sociali di competenza dei Comuni è quella associata e, in particolare, quella consortile; in Lombardia la programmazione in ambito locale dell'offerta sociale avviene attraverso il piano di zona, che viene approvato dall'Assemblea distrettuale dei Sindaci, Assemblea che «designa un ente capofila individuato tra i comuni del distretto o altro ente con personalità giuridica di diritto pubblico» (art. 18, legge regionale 12 marzo 2008, n. 3). Nella Regione Campania, invece, la legge regionale 23 ottobre 2007, n. 11, specifica che i Comuni, associati in ambiti territoriali, scelgono la forma associativa per la realizzazione del sistema integrato degli interventi e servizi sociali, fra quelle previste dal TUEL (art. 10, co. 2) e individuano, attraverso i propri rappresentanti, il Comune Capofila (art. 19), che ha funzioni di «coordinamento e responsabilità di gestione amministrativa e contabile del piano di zona» (art. 11, co. 3). In Campania la forma associativa generalmente prescelta è quella della convenzione *ex* art. 30, TUEL. Si v., ad esempio, le Convenzioni degli Ambiti Territoriali C03, C04, C9, A4, N 17, B1.

deficitario del Comune Capofila può pregiudicare anche i servizi sociali erogati nei confronti degli utenti dell'intero Ambito territoriale; e, dall'altra parte, l'eventuale inadempimento dei singoli Comuni associati nel provvedere a partecipare economicamente alle risorse dell'Ambito[50] può contribuire a determinare il dissesto del Comune Capofila[51].

Ed infatti, in caso di dissesto del Comune Capofila, gli effetti di questo si estenderebbero anche ai fondi gestiti dallo stesso per l'erogazione dei servizi sociali: tali fondi rientrerebbero quindi nella gestione dell'Osl e, conseguentemente, nel caso vi fossero debiti fuori bilancio, anche i crediti relativi a tale gestione vincolata sarebbero attratti nella massa passiva[52]. Dall'altra parte, qualora uno dei Comuni associati fosse inadempiente nel versamento al Comune Capofila delle quote di propria competenza per l'erogazione dei servizi sociali o,

[50] Come già precisato, i Comuni associati in Ambiti territoriali stabiliscono, nel piano di zona, «i criteri di ripartizione della spesa a carico di ciascun comune» (art. 19, l. n. 328/2000). Nella Regione Campania, la l.r. n. 11/2007 prevede che «I Comuni contribuiscono con risorse proprie alla realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali», che «confluiscono nel fondo unico di ambito di cui all'art. 52 bis» (art. 52). L'art. 52 *bis* stabilisce che «I comuni associati negli ambiti territoriali costituiscono il fondo unico di ambito per la realizzazione del piano di zona attraverso l'istituzione, nel bilancio del comune capofila o della forma associativa prescelta se diversa dalla convenzione, di uno o più capitoli dedicati nei quali confluiscono le risorse destinate al finanziamento del sistema integrato locale. Il fondo unico di ambito è costituito da: a) risorse provenienti dal fondo sociale regionale di cui all'articolo 50; b) risorse del sistema delle autonomie locali di cui all'articolo 52; c) fondi europei a disposizione dell'ambito per la realizzazione di interventi che rientrano nel piano di zona; d) risorse provenienti da altri soggetti del settore pubblico o privato. I comuni associati assicurano la tenuta di una contabilità separata analitica per centri di costo e responsabilità tale da consentire analisi comparative dei costi e dei risultati. Le risorse del FUA non possono essere utilizzate dal comune capofila per altri fini se non quelli previsti dal piano di zona». Anche nella Regione Lazio, con legge regionale 10 agosto 2016, n. 11, è stato specificato che al finanziamento del sistema integrato dei servizi sociali provvedono i Comuni, con il concorso delle Regioni (art. 64). Analoga precisazione si rinviene, ad esempio, nella legge regionalePiemonte, 8 gennaio 2004, n. 1, art. 35.

[51] Ciò in quanto, come già precisato, all'integrazione economica dovuta per il ricovero di utenti bisognosi presso strutture residenziali deve provvedere il Comune nel quale essi hanno la residenza prima del ricovero (art. 6, co. 4, l. n. 328/2000). Ben può accadere, dunque, che sebbene i singoli Comuni abbiano provveduto a versare le quote di propria competenza al Comune Capofila, quest'ultimo possa dichiarare il dissesto inevitabilmente 'coinvolgendo' anche le somme versate dai vari Enti territorialmente competenti. Al contrario è vero però che il dissesto dei Comuni Capofila potrebbe essere determinato, anche solo in parte, dall'inadempimento dei vari Comuni morosi.

[52] Sul punto si v. ordinanza del 23 maggio 2022 del Tribunale Napoli Nord, III sezione civile, Ufficio Esecuzione mobiliare (proc. n. 3088/2021). Nella fattispecie sottoposta al Giudice dell'Esecuzione, una società, titolare di strutture accreditate per lo svolgimento di servizi sociali, notificava atto di pignoramento presso terzi al Comune di Sant'Antimo, nella sua qualità di Comune Capofila dell'Ambito territoriale N17. Il Giudice dell'esecuzione dichiarava però improcedibile il pignoramento, in quanto il Comune Capofila, che oltre ad avere la rappresentanza legale dell'Ambito ne ha anche la gestione amministrativa e contabile, aveva dichiarato lo stato di dissesto finanziario. Ad avviso del Tribunale, dunque, i crediti vantati dalla Società sono di competenza dell'Osl.

a sua volta, dichiarasse lo stato di dissesto, il Comune Capofila rappresenterebbe il soggetto obbligato nei confronti di terzi creditori e, quindi quello 'aggredibile' dagli stessi con azioni di recupero che aggraverebbero la sua situazione finanziaria[53].

Per provare a ridimensionare il peso dei rischi appena segnalati potrebbe farsi ricorso a formule organizzatorie che comportino la creazione di una nuova figura soggettiva dotata di personalità giuridica[54]. Tuttavia, anche questa soluzione non è priva di profili problematici: basti pensare agli ulteriori costi, economici e organizzativi, che un simile rimedio comporta.

Ad ogni modo, appare evidente quanto le debolezze proprie del regime del dissesto degli enti locali possano giungere a travolgere anche l'esercizio di funzioni fondamentali per la collettività: come se il sistema locale dei servizi

[53] In Regione Campania, ad esempio, nelle convenzioni *ex* art. 30, TUEL di diversi Ambiti territoriali è espressamente previsto che qualora i Comuni convenzionati (i quali provvedono al versamento nel bilancio del Comune Capofila della quota di propria competenza necessaria al finanziamento dei servizi sociali) ritardino o omettano il versamento, il Sindaco (o il Dirigente dei Servizi Sociali) del Comune Capofila, previa diffida, provvede, in via coattiva, al recupero delle somme a debito (in questo senso si v.: l'art. 11 della Convenzione *ex* art. 30 del TUEL dell'Ambito Territoriale C 09, anno 2013; l'art.11 della Convenzione *ex* art. 30, TUEL adottata dall'Ambito Territoriale Sociale A 04, anno 2017; l'art. 14 della Convenzione *ex* art. 30, TUEL adottata dall'Ambito Territoriale C 03, anno 2016).

[54] È possibile associarsi, ad esempio attraverso l'Unione dei Comuni (art. 32, TUEL) o mediante lo strumento consortile (art. 31, TUEL). Per il vero, per i servizi sociali, l'art. 114, TUEL, prevede uno specifico «organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali», ossia la «istituzione». Appare ad ogni modo opportuno segnalare che, per quanto riguarda i Consorzi si discute da tempo sulla possibilità dell'utilizzo di tale strumento per la gestione associata dei servizi sociali (sul punto si v. D. Bezzi, *Spunti di riflessione in tema di ammissibilità dello strumento consortile per la gestione associata, tra enti locali, dei servizi sociali*, in *Dir. Regione*, 1995, 162 ss.). Sulla questione, non può non farsi riferimento all'art. 2, co. 186, legge 23 dicembre 2009, n. 191, che ha imposto ai Comuni, ai fini del coordinamento e del contenimento della spesa pubblica, la soppressione dei Consorzi di funzioni fra enti locali. E però, l'art. 14, co. 28, decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, conv. in legge 30 luglio 2010, n. 122, ha previsto che le funzioni fondamentali dei Comuni (fra cui anche la progettazione e gestione dei servizi sociali e l'erogazione delle relative prestazioni, su cui si v. nota successiva) devono essere obbligatoriamente esercitate in forma associata, tramite Unione dei Comuni o convenzione, da parte dei Comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti. Ad oggi sembrerebbe dunque non chiaro se sia possibile o meno l'esercizio associato delle funzioni sociali tramite la costituzione di un Consorzio. Per il vero, vi sono sia diverse leggi regionali che contemplano espressamente tale forma associativa (si pensi all'art. 9, legge regionale Puglia 1° agosto 2015, n. 34, che prevede la possibilità di esercitare le funzioni in forma associata tramite Consorzi; o al già menzionato art. 9, l.r. Piemonte n. 1/2004, secondo cui la forma di gestione ritenuta più idonea a garantire l'efficacia e l'efficienza degli interventi e dei servizi sociali di competenza dei Comuni è quella associata e, in particolare, quella consortile), sia diversi Comuni che hanno scelto di associarsi attraverso l'istituzione di un Consorzio (in Regione Campania, ad esempio, nell'Ambito sociale C08 il 23 dicembre 2019 è stato istituito un «Consorzio dei Servizi sociali e socio-sanitari»).

sociali non soffrisse già di grandi problemi organizzativi[55]. A tal proposito, la circostanza che neppure l'istituto dei fondi vincolati riesca a garantire i servizi minimi essenziali a tutela della persona la dice lunga sulla ineffettività del sistema di risanamento di cui si sta discorrendo.

6. *Osservazioni conclusive*

L'analisi fin qui condotta ha restituito un quadro di preoccupante incertezza legata all'ineffettività del sistema normativo che disciplina il risanamento degli enti locali dissestati. Una ineffettività che, sotto il profilo delle conseguenze, reca un impatto multipolare.

A risentirne sono anzitutto gli interessi pubblici che il legislatore si propone di perseguire, non essendo la normativa in grado, per un verso, di garantire un reale e duraturo risanamento e, per altro verso, di tutelare in maniera congrua i diritti dei creditori.

Diritti – come visto – che talvolta, come nel caso dei servizi sociali, maturano in ragione dell'esercizio di funzioni fondamentali che il dissesto dovrebbe salvaguardare. E così, una disciplina pensata per il risanamento e per consentire all'Ente la prosecuzione dell'esercizio delle proprie funzioni, finisce, dunque, di fatto, proprio per 'ostacolare' il corretto espletamento di funzioni fondamentali, facendo gravare su soggetti privati che materialmente erogano il servizio il prezzo dell'incapacità degli Enti di sostenerne il costo. Ciò comportando, nel caso dei servizi sociali, ingenti difficoltà economiche per le strutture sociali e socio-sanitarie e, conseguentemente, potendo incidere sfavorevolmente (quantomeno) sugli *standard* qualitativi dei servizi erogati e, più in generale, sull'utente 'finale'.

Alla luce delle considerazioni svolte, sembra inevitabile un intervento legislativo, visto che quello interpretativo nomofilattico sortisce, per il vero, non pochi dubbi. Tra questi, ad esempio, figurano di certo quelli che discendono dalla incoerenza in cui pare incorrere l'Adunanza Plenaria[56] in merito all'obiettivo principe del dissesto, ossia il risanamento dell'ente locale. Secondo l'organo nomofilattico, da una parte, per la realizzazione di tale obiettivo, in un'ottica di bilanciamento fra interessi contrapposti[57], sarebbe 'consentito' il pregiudizio dei diritti dei creditori; da un'altra parte, tale pregiudizio sarebbe 'tollerabile', grazie allo strumento 'compensativo' degli interessi di mora.

---

[55] Giova a tal proposito rammentare che la «progettazione e gestione del sistema locale dei servizi sociali» e la «erogazione delle relative prestazioni ai cittadini» rappresenta, per espressa previsione normativa, una delle «funzioni fondamentali» dei Comuni (art. 14, d.l. n. 78/2010, conv. in l. n. 122/2010).

[56] Cons. St., Ad. Pl., n. 1/2022.

[57] Sui principi di buon andamento ed imparzialità, da osservare nel bilanciamento fra interessi contrapposti, si v. G. Clemente di San Luca, *Lezioni di diritto amministrativo* cit., 392 ss.

Le conclusioni della Plenaria si presentano ai limiti del paradosso, paradosso che emerge – come già rammentato – da quanto osservato dallo stesso Consiglio di Stato, che, nel sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 248, co. 4, TUEL, ha evidenziato che il pagamento degli interessi da parte dell'Ente tornato *in bonis* finisce, sebbene non in tempi rapidi, per 'arricchire' il creditore[58] e ostacolare il reale risanamento, correndosi infatti il rischio che a un dissesto ne seguano altri[59].

Insomma, un intervento sulla normativa vigente non sembra proprio evitabile.

A tal proposito, risale allo scorso anno la proposta di legge presentata da un gruppo di deputati riguardante la modifica della disciplina in materia di enti locali in situazione di criticità finanziaria o squilibrio eccessivo[60]. In essa si sottolinea che la indispensabilità di un intervento riformatore discende dalle numerose criticità che nella pratica si riscontrano: tra le altre, la presenza di un numero «non trascurabile» di enti coinvolti nel dissesto con procedure dominate da «ritardi ed inerzie insostenibili»; i «limiti» mostrati dal «riequilibrio finanziario»; la sussistenza di un equivoco di fondo derivante dall'applicazione «di istituti mutuati dal fallimento ad un ente fornitore di beni costituzionalmente protetti»[61].

---

[58] Il quale, anche per questa ragione, potrebbe non essere incentivato ad aderire ad eventuali proposte transattive dell'Osl.

[59] Cons. St., sez. V, ord. n. 5502/2021. Come osservato in precedenza (si v. note 14 e 30), la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Consiglio di Stato è stata dichiarata infondata da Corte cost. n. 219/2022 cit., che però ha evidenziato che «Il tema dell'imputabilità all'ente risanato dei debiti non soddisfatti dall'OSL è stato peraltro segnalato di recente dall'Osservatorio sulla finanza e la contabilità degli enti locali istituito presso il Ministero dell'interno ("Criticità finanziarie degli enti locali. Cause e spunti di riflessione per una riforma delle procedure di prevenzione e risanamento", pubblicato il 12 luglio 2019), il quale, nel valutare gli strumenti posti in essere dal legislatore per fronteggiare le situazioni di crisi degli enti locali – segnatamente, il dissesto, il dissesto guidato e la procedura di riequilibrio finanziario – ne ha messo in luce gli aspetti problematici, riferiti in particolare alla facoltà concessa ai creditori di rifiutare la proposta transattiva formulata dall'OSL, ovvero di chiedere all'ente tornato in bonis eventuali interessi maturati nel corso della procedura. In questa prospettiva, il legislatore, nell'apprestarsi a riformare la normativa sulla crisi finanziaria degli enti locali, potrà prestare adeguata attenzione alle diverse esigenze che si contrappongono».

[60] Proposta di legge n. 3149 del 1° giugno 2021, rubricata «Modifica del titolo VIII della parte seconda del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, in materia di enti locali in situazione di criticità finanziaria o di squilibrio eccessivo».

[61] Nel 'nuovo modello' proposto si intende in particolare potenziare l'affiancamento e l'assistenza tecnica ed un ruolo centrale è ascritto alla sezione regionale di controllo della Corte dei conti la quale avrebbe il compito di indicare, in una relazione annuale, gli enti locali che presentano criticità significative, individuando sia i soggetti che devono essere sottoposti ad una procedura di risanamento, sia la tipologia di percorso da seguire: se quella, meno grave, della criticità finanziaria o quella, più grave, dello squilibrio eccessivo.

Le sorti della proposta di legge in parola sono ancora incerte, almeno quanto agli effetti che essa produrrebbe qualora venisse approvata.

Al netto di un possibile (e auspicato) intervento del legislatore, quel che conclusivamente viene da osservare è che rendere più 'performante' il dissesto servirà solo a ridurre la gravosità delle conseguenze derivanti dall'incapacità dell'ente di assolvere ai propri obblighi.

Tuttavia, resterebbe da indagare seriamente sulle cause che portano gli enti locali a trovarsi in condizioni deficitarie; cause che sono certamente di natura soggettiva, ma anche di natura oggettiva/strutturale, gli enti locali essendo 'vittime' di una irreversibile insufficienza finanziaria.

E pensare che la riforma del Titolo V si proponeva di renderli sotto questo profilo autosufficienti, ciò anche per 'intensificare' la responsabilità degli amministratori. Nondimeno, per quella riforma è da tempo stata celebrata la messa funebre[62]. E dunque, in questo quadro economico-finanziario complessivamente drammatico, il dissesto appare quantomeno una temporanea ancora di salvezza.

[62] L. Antonini, *Un* requiem *per il federalismo fiscale*, in *www.federalismi.it*, 2016.

Abstract

La fragilità finanziaria degli enti locali ha determinato l'aumento del numero di quelli che sono costretti a far ricorso alla procedura di dissesto, il cui scopo principale è il risanamento dell'ente, sebbene, al tempo stesso, vada garantita la continuità dell'esercizio della funzione amministrativa, nonché la *par condicio creditorum*. Nondimeno, anche a causa di una non insignificante incertezza applicativa, la disciplina di cui agli artt. 243 ss., decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, non solo non pare sempre in grado di assicurare il risultato che prioritariamente il legislatore sembra proporsi – ossia il risanamento dell'ente – , ma non di rado determina effetti parecchio pregiudizievoli sui creditori: ciò è particolarmente evidente allorquando i crediti sono maturati in conseguenza dello svolgimento di servizi che attengono a funzioni fondamentali dell'ente, come quelli sociali. Scopo del presente saggio è proprio quello di verificare se la disciplina vigente sia effettivamente in grado di consentire il conseguimento di uno stabile risanamento, senza pregiudicare in maniera 'intollerabile' gli interessi della collettività e, soprattutto, i diritti dei creditori, così di riflesso assicurando lo svolgimento di funzioni fondamentali come, appunto, l'erogazione dei servizi sociali.

Financial distress and rights of parties involved. Reflections on the relationship between financial recovery, credit rights and social services.

A large number of Italian Local Authorities employees financial distress procedure because of financial fragility. This procedure aims to guarantee the financial recovery, the continuity of the administrative function and the *par condicio creditorum*.

Nevertheless, the specific regulation of financial distress (provided by Articles 243 ss. of Legislative Decree n. 267/2000) seems unclear and it appears not able to realize the major public interest of the financial recovery. Moreover it frequently leads detrimental effects for creditors, in particular, it arises when credits are related to services concerning fundamental functions, like social services. The aim of this paper is to check whether the current national legislation is able to realize the financial recovery and to protect the interests of the community, especially, credit rights, to ensure, consequently, the exercise of fundamental functions, such as social services.

Tutela regionale dei minori temporaneamente o definitivamente privati di un ambiente familiare: determinazione degli standard dei diritti sociali e diseguaglianze territoriali

di Antonia Maria Scaravilli

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Diseguaglianze, crisi economica e regionalismo. – 2.1. Nuove povertà e minori in Italia. – 2.2. Diseguaglianze e disordine (costituzionale) delle competenze. – 3. Il Quadro normativo in materia di protezione dei minori "fuori famiglia". – 3.1. Tutela costituzionale e *favor minoris*. – 3.2. Protezione sovranazionale dei minori privati di ambiente familiare. – 3.3. La tutela europea tra *best interest of Child* e *human rights based approach*. – 3.4. L'approccio interno: diritto del minore a una famiglia e temporaneità delle misure di collocazione extra familiare. – 4. Regioni e standard di servizi dedicati ai minori fuori famiglia. – 4.1. Legislazione nazionale e scelte territoriali: *favor legislatoris* e inganno del best interest of child. – 4.2. Competenze regionali alla definizione degli standard minimi dei servizi e dell'assistenza dei minori fuori-famiglia in comunità e il "sistema delle Conferenze". – 5. Le Linee – guida regionali: alcuni esempi a confronto. – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il tema della intensità di tutela riconosciuta ai minori privi di una famiglia fornisce probabilmente più di ogni altro il segno della civiltà giuridica raggiunta da un ordinamento statale contemporaneo.

Appare fuor di dubbio infatti che esso possa rivelare, mettendolo alla prova, il funzionamento di un sistema di garanzie dei diritti della persona e del cittadino proprio quando esso si trova nella fase di maggiore vulnerabilità, rappresentando così emblematicamente la credibilità dell'intero sistema di garanzie accordate all'individuo dalle pubbliche istituzioni.

La condizione di vulnerabilità dei minori *fuori famiglia* e il particolare status giuridico che ad essa si ricollega costituisce infatti un punto di osservazione utile a verificare il grado di prossimità della risposta da parte pubblica alle sollecitazioni provenienti dalle ragioni della uguaglianza e dignità che vi sono implicate, fondate come sono sul principio di eguaglianza formale e di non discriminazione di cui all'art. 3 Cost.: un principio generale "che condiziona tutto l'ordinamento nella sua obbiettiva struttura" (Corte costituzionale, 23 marzo 1966, n. 25), nonché "canone di coerenza nel campo delle norme di diritto" (Corte costituzionale, 30 novembre 1982, n. 204).

2. *Diseguaglianze, crisi economica e regionalismo*

2.1. *Nuove povertà e minori in Italia*

L'attuale grave crisi economica[1] e la conseguenziale svolta *drammatica* sul piano dei poteri democratici, fortemente acuita dalla diffusione della pandemia da Virus Sars-Cov.2, hanno determinato rilevanti conseguenze sulla sovranità statale tradizionale e sul welfare, con inevitabili, forti ripercussioni sui diritti dei minori d'età, componenti più fragili della società, che hanno visto aggravare una condizione preesistente di notevoli diseguaglianze sul piano economico sociale e, inevitabilmente, sul piano educativo. Basti pensare ai dati relativi alla povertà assoluta in Italia che purtroppo appaiono in costante crescita, da riferire nella fase attuale ad oltre due milioni di famiglie[2], non a caso più gravi in relazione alle famiglie più numerose. La categoria dei cosiddetti nuovi poveri, prevalentemente rappresentata da bambini, è infatti anch'essa rappresentata in continuo incremento.[3] Recenti studi dedicati alla stima dell'impatto della crisi economica sulla società italiana e, di conseguenza, sull'andamento nei valori del PIL nel lungo periodo, dimostrano inoltre una crescente relazione tra il ciclo economico ed effetti sul piano demografico, mettendo in luce dati allarmanti relativi alla corrispondenza tra l'aumento del tasso di disoccupazione e la diminuzione della natalità[4], con indubbi

[1] Crisi che in realtà assume i connotati di una dimensione strutturale, dopo quella che ha investito i paesi dell'Eurozona nel 2008, e ancor di più dal triennio 2010-2012, a partire dal cd *Financial Stability Board* per arrivare al *Quantitative Easing,* durante il quale, si afferma, si è prodotta una svolta *drammatica* (sic!) sul piano dei poteri democratici, in cui "senza rimuovere le cause (finanziarie) della crisi, si è dato inizio ad una straordinaria rotazione dell'asse del potere, dai governi e dalla politica, verso il potere magico e salvifico della finanza" – così G. Tremonti, *Lo scenario*, in AA.VV., *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Roma, 2020. Sui rapporti tra la crisi economica e le conseguenze sulla sovranità statale tradizionale e sul welfare cfr. S. Gambino, *Crisi economica e costituzionalismo contemporaneo. Quale futuro europeo per i diritti fondamentali e per lo stato sociale?*, in Rivista elettronica del Centro di Documentazione europea dell'Università Kore di Enna, in www.koreuropa.it, fasc. n. 6/2015, 16.

[2] V Rapporto annuale ISTAT del 9 luglio 2021, che riporta come l'incidenza della povertà assoluta in Italia passi nell'ultimo anno da 6,4 a 7,7 (e al 9,4 nel Mezzogiorno), che naturalmente colpisce le famiglie più numerose, con relativa riduzione del reddito ad esse disponibile (reddito primario delle famiglie sceso di 92,8 miliardi di euro, cioè meno 7,3%, registrandosi correlativamente una cospicua diminuzione delle spese: la difficoltà nel fronteggiare impegni economici incide per il 30,7% al mezzogiorno rispetto a circa il 18% per il centro-nord.

[3] Si veda il Rapporto Caritas 2021, in relazione al dato sui cosiddetti nuovi poveri rilevato nel periodo maggio-settembre del 2019 e confrontato con lo stesso periodo del 2020, da cui emerge un'incidenza di "nuovi poveri" che passa dal 31% al 45%.

[4] Può consultarsi G. Caracciolo, S. Lo Bello e D. Pellegrino, *Alcune valutazioni sul probabile impatto demografico della crisi Covid-19*, in Questioni di Economia e Finanza (Occa-

riflessi sul fronte di un'equa accessibilità ai diritti sociali per i membri della comunità più colpiti dalla crisi[5].

2.2. *Diseguaglianze e disordine (costituzionale) delle competenze*

Proprio sul piano delle diseguaglianze assume peculiare rilievo, per il tema che qui ci occupa, il ritardo – che appare oggi non più giustificabile – nell'approvazione dei livelli essenziali di assistenza dedicata ai minori che versino in una condizione di bisogno, tra cui occorre considerare maggiormente vulnerabili ed esposti proprio i minori fuori famiglia, per ciò stesso meritevoli di particolare attenzione e cura.

L'attesa perdura dalla riforma costituzionale del titolo quinto della Costituzione del 2001, che rimette alla piena competenza legislativa delle Regioni la disciplina dei servizi sociali, e, dunque, delle azioni destinate alla tutela dei minori temporaneamente o definitivamente privati di un ambiente familiare, tenute però a garantirne i "livelli minimi" (o, anche, essenziali) fissati, per esigenze di unitarietà e giustizia sociale, in base alla valutazione dello Stato centrale.

Com'è noto, infatti, il riparto di competenze in materia di prestazioni sociali – diritti sociali "a prestazione" – in base alle previsioni del novellato art. 117 Cost. riserva alla potestà statale il compito di determinare i "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale"[6], lasciando però alle Regioni la competenza legislativa esclusiva, affermata in via residuale, in materia di servizi sociali. Tale assetto istituzionale era stato già in parte anticipato dalle previsioni della legge 8 novembre 2000, n. 328 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi*

---

sional Papers), n. 622- Studio pubblicato dalla Banca d'Italia nel giugno 2021. Lo studio in questione mette in evidenza come ad ogni aumento della disoccupazione di un punto corrisponda la riduzione della natalità di un quarto di punto e dell'immigrazione netta di oltre due punti. A causa della crisi economica, negli effetti legati anche alla diffusione della pandemia Covid, la popolazione italiana in età lavorativa nel 2065 sarà inferiore di 1,6-3,4 milioni rispetto allo scenario base (senza pandemia), con minore crescita del Pil del 17-27% (!).

[5] Per tutti si veda A. Spadaro, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo modello sociale europeo: più sobrio, solidale e sostenibile)*, in www.rivistaaic.it, 4/2011.

[6] "Fin qui rimasti sulla carta: evocati dalla riforma costituzionale del 2001, nessun governo ne ha mai determinato per intero lo spessore" – così M. Ainis, *Demofollia. La Repubblica dei paradossi*, Milano, 2019. Sul tema si veda M. Luciani, *I diritti costituzionali tra Stato e Regione (a proposito dell'art. 117 co. 2 lett. m) della Costituzione)*, in Pol. Dir., 3/2002, 345; C. Pinelli, *Sui livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali (art. 117, comma 2, lett. m), Cost.),* in Dir. pubbl., 2002, 883 ss.; L. Trucco, *I livelli essenziali delle prestazioni e la sostenibilità finanziaria dei diritti sociali*, in www.gruppodipisa.it, 2012.

sociali) che ha fissato i livelli di assistenza sociale (cosiddetti LIVEAS) enumerandone le relative prestazioni, ma senza specificarne i contenuti, rimettendo così, di fatto, alla autonoma determinazione delle singole regioni la individuazione dei livelli essenziali di assistenza sociale da garantire nel territorio. Per questa via, appare del tutto vanificata la uniformità di applicazione degli indirizzi legislativi nazionali e la eguaglianza nel godimento dei diritti sociali riconosciuti ai minori "fuori famiglia", con particolare riferimento al "contenuto essenziale" di tali diritti in svariati casi richiamato dalla Corte costituzionale[7].

La riforma del Titolo V e l'opzione verso il regionalismo, secondo alcuni autori, hanno complicato il compito del welfare-state in Italia e, conseguentemente,"aggravato il problema delle disuguaglianze"[8], le cui implicazioni teoriche si pongono in chiave controintuitiva rispetto ai programmi che tipicamente connotano lo stato sociale e le sue esigenze "centraliste", tra cui le istanze per un progressivo decentramento delle politiche, anche in materia sociale, e la distinzione, sempre più problematica, tra i livelli essenziali delle prestazioni e la categoria dei diritti fondamentali.[9]

3. *Il Quadro normativo in materia di protezione dei minori "fuori famiglia"*

3.1. *Tutela costituzionale e* favor minoris

La tutela costituzionale espressamente accordata al minore muove da una strategia di protezione della famiglia. La Costituzione italiana non dedica al minore un particolare statuto di protezione dei suoi diritti, limitandosi ad inserire un *favor minoris* in un quadro generale di promozione dei diritti del cittadino. Essa prevede infatti, in linea generale, che "la Repubblica riconosce i diritti della famiglia" (art.29); un diritto-dovere dei genitori "a mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio" e l'intervento del legislatore a garantire l'assolvimento dei compiti genitoriali *aliunde* nel caso di incapacità dei genitori naturali (art.30); interventi di natura (non solo) economica da parte delle autorità pubbliche finalizzati ad agevolare la formazione della famiglia e l'adempimento

[7] Tra le numerose pronunce della Corte costituzionale in cui si richiama il "nucleo essenziale dei diritti", si veda la sentenza 11 gennaio 2010 n. 10. In dottrina può farsi riferimento a V. Onida, *Eguaglianza e diritti sociali*, in *Corte costituzionale e principio di eguaglianza*, in Atti del Convegno in ricordo di Livio Paladin, Padova, 2002, 101 ss.

[8] Così A. Morrone, in *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale, 2020, Fascicolo 4.

[9] Secondo A. Morrone, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, cit., il regionalismo all'italiana manifesta un limite culturale legato alla esibizione di autonomia slegata però dalla corrispettiva, necessaria accountability, la qual cosa "non può non condizionare il contenuto di qualunque scelta politica in materia di libertà eguale".

dei relativi compiti, soprattutto per le famiglie numerose, ed a proteggere in particolare la maternità, l'infanzia e la giovane età (art.31).

Il fondamento costituzionale della protezione dei diritti dei minori si ricava, complessivamente, dalle previsioni dedicate alla tutela dei diritti della persona – certamente ricompresivi della persona minore d'età – a partire dal riconoscimento alla pari dignità, al pieno sviluppo della personalità e ai doveri di solidarietà di cui agli art. 2 e 3 della Costituzione ed alla relativa portata in chiave antidiscriminatoria, oltreché, tradizionalmente, dalle enunciazioni relative ai rapporti etico sociali riconducibili all'assetto familiare (artt. 29-31 Cost)[10]. Occorre dunque far riferimento alle garanzie apprestate dalla Costituzione alla famiglia anche quando si affronti il problema della protezione dei minori che ne sono temporaneamente o definitivamente sprovvisti, talvolta proprio in ragione di caratteri della famiglia stessa non compatibili con l'esigenza di tutela accordata al minore, e ciò a causa della mancanza di una disciplina costituzionale espressamente dedicata al minore[11].

Il problema fortunatamente ha trovato nel tempo soluzioni varie, spesso dotate di una certa creatività, sia in sede giurisdizionale che, soprattutto, (per una volta) sul piano legislativo. Si guardi ad esempio ad iniziative atte a compensare le lacune nella formula costituzionale dedicata ai minori, quando non anche a "correggerne" affermazioni incompatibili con l'esigenza di eguaglianza e pari dignità spettanti anche al minore nel caso di una loro lettura rigorosa e puntuale: basti pensare alla formula del terzo comma dell'art. 30 Cost. che subordina la pari tutela della prole nata fuori dal matrimonio all'eventuale mancanza di interessi di segno contrario in capo ai membri della famiglia cd legittima[12].

---

[10] Il necessario collegamento tra le disposizioni costituzionali dedicate al riconoscimento dei diritti inviolabili dell'uomo e al dovere da parte statale di sostituirsi ai genitori nei casi in cui questi si dimostrino incapaci di svolgere le loro funzioni è reso esplicito nella nota sentenza della Corte Costituzionale, 10 febbraio 1981, n. 11, in cui si afferma che gli articoli 2 e 30 della Costituzione, «riconoscendo come fine preminente lo svolgimento della personalità in tutte le sedi proprie, assumono a valore primario la promozione della personalità del soggetto umano in formazione e la sua educazione nel luogo a ciò più idoneo: da ravvisare in primissima istanza nella famiglia di origine, e, soltanto in caso di incapacità di questa, in una famiglia sostitutiva».

[11] Si veda G. Matucci, *Lo statuto costituzionale del minore d'età*, Padova, 2015; A. Arena, *A proposito dello "statuto costituzionale del minore" (Brevi riflessioni a margine di alcune "novità" nel dibattito parlamentare e nella giurisprudenza comune)*, in Consulta OnLine, www.giurcost.org, 2/2016; M. Mengarelli, *La tutela del minore*, in AA.VV., *Cittadini in crescita. Il garante: promozione e protezione,* n. 3/2006, 56.

[12] È il caso della legge 10 dicembre 2012 n. 21912, ove si afferma l'unicità dello stato giuridico dei figli, in piena conformità al principio della "pari dignità sociale" tra condizioni personali in funzione antidiscriminatoria. L'articolo 2 della legge in parola conferisce delega al Governo per la modifica delle disposizioni in materia di filiazione e di dichiarazione dello stato di adottabilità, prevedendo in particolare: la specificazione della nozione di abbandono morale e materiale del figlio, con riguardo all'irrecuperabilità delle capacità genitoriali, fermo restando che le condizioni di indigenza non possano essere di ostacolo all'esercizio del diritto del minore alla propria famiglia;

Ed infatti non mancano in dottrina autorevoli richiami alla necessità di rileggere complessivamente la portata e l'incidenza della disciplina costituzionale che si occupa esplicitamente dei minori – e, in particolare, gli art. 29 e 30 Cost. – alla luce delle disposizioni contenute in Carte dei Diritti "altre", spesso considerate portatrici di enunciati dotati di un carattere maggiormente avanzato in materia di protezione dei minori[13].

3.2. *Protezione sovranazionale dei minori privati di ambiente familiare*

Sul versante sovranazionale, la Convenzione sui diritti del fanciullo, siglata a New York il 20 novembre 1989, e ratificata dall'Italia con legge 27 maggio 1991, n. 176, prevede, all'art. 20, che ogni fanciullo che sia temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare, ovvero che non possa essere lasciato in tale ambiente nel suo proprio interesse, ha diritto ad una protezione e ad aiuti speciali dello Stato, il quale si impegna a prevedere per questi una protezione sostitutiva, conformemente alla legislazione nazionale. Tale protezione sostitutiva deve realizzarsi tenendo conto della necessità di garantire al fanciullo una continuità educativa, della sua appartenenza etnica, religiosa, culturale e linguistica.

L'art. 20 della Convenzione fa espressa menzione di alcune misure attuabili in base alla competenza statale a titolo di protezione sostitutiva del minore temporaneamente o definitivamente privato del suo ambiente familiare: tra queste sono indicate la sistemazione in un'altra famiglia, la kafalah di diritto islamico[14], l'adozione, o, in caso di necessità, il collocamento in un istituto per l'infanzia.

In base alle previsioni della Convenzione, è inoltre compito degli Stati firmatari vigilare affinché il minore non sia separato dalla sua famiglia contro la sua volontà[15], a meno che la relativa decisione assunta dalle autorità competenti

---

la segnalazione ai comuni, da parte dei tribunali dei minori, delle situazioni di indigenza di nuclei familiari che richiedano interventi di sostegno, ed i controlli effettuati dallo stesso tribunale sulle situazioni di disagio segnalate agli enti locali.

In attuazione della delega, con decreto legislativo 28 dicembre 2013, n. 154, viene formalmente introdotto nella disciplina uniforme sui rapporti genitoriali l'istituto dell'affidamento familiare, che il giudice può disporre "in caso di temporanea impossibilità di affidare il minore ad uno dei genitori".

[13] Per tutti, si veda A. Ruggeri, *Unità della famiglia, eguaglianza tra i coniugi, tutela del preminente interesse dei minori*, Riv. Diritti Comparati, www.dirittocomparati.it, n.1/2017.

[14] Consistente nell'affidamento della cura e della protezione del minore ad un soggetto, spesso un parente, che sarà responsabile della sua istruzione ed educazione, nel cui ambito non si darà luogo alla creazione di un nuovo legame parentale tra l'affidatario e il soggetto affidato, che manterrà il vincolo familiare con la famiglia d'origine.

[15] Così l'art. 9 della Convenzione di New York, in cui si specifica ulteriormente che la eventuale decisione di allontanamento del minore dalla famiglia di origine può considerarsi, appunto, necessaria in casi particolari: a titolo di esempio, quando "i genitori maltrattano o trascurano il fanciullo oppure se vivono separati ed una decisione debba essere presa riguardo al luogo di residenza del fanciullo"

non risieda in una valutazione – comunque sottoposta a riserva di revisione giudiziaria – sulla necessità di procedere in questo senso nell'interesse preminente del fanciullo[16].

3.3. *La tutela europea tra best interest of Child e human rights based approach*

Guardando al diritto europeo, la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) non fa espressa menzione del principio del *best interest of child*[17]. Ciononostante, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte europea per i Diritti Umani, le disposizioni letterali della CEDU, soprattutto in materia di protezione dei minori, vanno interpretate in maniera non isolata, ma al contrario guardando alle norme relative alla protezione internazionale dei diritti umani, in armonia con i principi di diritto internazionale[18]. In tal modo il *best interest of Child* è stato ricostruito per via giurisprudenziale, attraverso il metodo dello *human rights-based approach,* giungendosi a identificarne alcune possibili, principali accezioni[19]. In riferimento alla CEDU, il parametro normativo che viene correntemente utilizzato al fine di procedere alla sua integrazione con le previsioni internazionali è l'art.8, dedicato alla protezione della vita privata e familiare, prevedendosi in particolare un divie-

[16] L'art. 3, I°comma, della Convenzione di New York dichiara espressamente che "In tutte le decisioni relative ai fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve essere una considerazione preminente".

[17] Secondo J. Long, il dato non stupisce, considerando il fatto che "il testo non riguarda specificamente le persone di età minore", ricordando come negli anni Cinquanta del XX secolo il principio fosse ancora in via di definizione nel diritto internazionale, in J. Long, *Il principio dei best interest e la tutela dei minori*, www.questionegiustizia.it, 2019, 418; cfr., poi, E. Lamarque, *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano, 2016; S. Romboli, *La natura "relativa" ed il significato di "clausola generale" del principio dell'interesse superiore del minore*, in *La famiglia davanti ai suoi giudici*, a cura di F. Giuffrè, I. Nicotra, Napoli, 2014.

[18] Ormai appaiono costanti in tal senso gli orientamenti giurisprudenziali della Corte EDU, certamente resi possibili anche in base al *consensus* prestato in questa direzione dagli Stati membri del Consiglio d'Europa, e richiamato dalla stessa Corte, ad esempio, in Corte europea dei Diritti dell'Uomo 6 luglio 2010, application n°41615/07, *Neulinger e Shuruk v. Switzerland*: «*there is currently a broad consensus* (…) *in support of the idea that in all decisions concerning children, their best interests must be paramount*».

[19] In Corte europea per i Diritti Umani, sentenza *Gnahore v. Francia*, 19 settembre 2000, par. 59, il principio in parola assume la connotazione di un vero e proprio «*subjective right*», che addirittura «*must come before any other consideration*» per tutte le azioni e decisioni pubbliche e private che riguardino il minore. In *Paradiso e Campanelli c. Italia* 24 gennaio 2017, diviene *legal principle, da tener presente in chiave di tutela dei minori come gruppo.* Infine in *Pini e Bertani c. Romania* (22 settembre 2004) e *Bronda c. Italia* (9 giugno 1998), o, anche, in *N.Ts. e altri c. Georgia* (2 febbraio 2016), in cui *appare nella forma di* una *procedural rule*, preordinata alla garanzia dell'ascolto del minore nei procedimenti che lo riguardino.

to di ingerenza da parte delle autorità pubbliche nell'esercizio dei relativi diritti, fatti salvi i casi in cui le misure adottate siano considerate necessarie per ragioni, tipicamente riconducibili alle società democratiche, di sicurezza pubblica, benessere economico, difesa dell'ordine pubblico, salute e protezione di diritti e libertà.

Ai fini della necessaria integrazione delle paventate lacune della disciplina costituzionale italiana, resa possibile in base ad una rilettura complessiva delle singole disposizioni interne alla luce di *altre* carte di diritti provenienti da *altri* ordinamenti – autorizzata dalla Corte costituzionale italiana[20] e variamente argomentata in dottrina[21]-, assume particolare rilievo la Carta di Nizza (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – CDFUE): anche in questo caso la Carta afferma innanzi tutto un generale diritto al rispetto della vita privata e familiare (art. 7); affermando poi un chiaro quadro di diritti accordati al minore nell'ambito di una disciplina a lui dedicata[22] (art. 24). In particolare, il secondo comma dell'art. 24 prevede il principio secondo cui «in tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente» e, al terzo comma, afferma il diritto del minore ad intrattenere relazioni personali e contatti diretti con entrambi i genitori, fatta salva l'ipotesi in cui ciò sia contrario al suo interesse.

Ad integrare il quadro della protezione accordata al minore a livello europeo concorre infine la Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli, siglata a Strasburgo il 25 gennaio 1996, ratificata dall'Italia con legge 20 marzo 2003, n. 77, che prevede una compiuta disciplina delle procedure che coinvolgono minori di età innanzi all'Autorità giudiziaria.

---

[20] Si veda, per tutte, Corte costituzionale 13 ottobre 1999, n.388.

[21] Ad esempio si veda A. Spadaro, *La "cultura costituzionale" sottesa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fra modelli di riferimento e innovazioni giuridiche*, 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; L. Cappuccio, *La massima espansione delle garanzie tra Costituzione nazionale e Carte dei diritti,* in *Scritti in onore di G. Silvestri*, a cura di A. Ruggeri, I, Torino, 2016; C. Panzera, *Rispetto degli obblighi internazionali e tutela integrata dei diritti sociali*, in Consulta OnLine, www.giurcost.org, 2/2015; C. Salazar, *I diritti sociali nel "gioco delle tre Carte": qualche riflessione*, in AA.VV., *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 cit.

[22] Art. 24 CDFUE: Diritti del minore – 1. I minori hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente. 3. Il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse.

3.4. *L'approccio interno: diritto del minore a una famiglia e temporaneità delle misure di collocazione extra familiare*

Sul piano interno, la disciplina codicistica dedicata alla tutela dei minori da comportamenti dei familiari d'origine che risultino pregiudizievoli nei confronti dei figli prevede una serie di misure che, nei casi più gravi, determinano la perdita della potestà genitoriale e l'allontanamento del minore dalla casa familiare (artt. 330 e ss. Cod.Civ.[23]

Alla tutela dell'interesse primario del minore a crescere e ad essere educato ed assistito nell'ambito di uno schema di tipo familiare è dedicata una normativa speciale – legge 4 maggio 1983 n. 184, rubricata coma "disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", in seguito significativamente riformata, con legge 28 marzo 2001 n. 149, ispirata al conferimento di una maggiore enfasi ad un assetto familiare di sorta anche per i minori fuori famiglia, e significativamente intitolata "Del diritto del minore a una famiglia". La normativa in parola muove dalla considerazione della straordinarietà delle misure volte alla sottrazione del minore al suo ambito familiare di origine, ribadendo la natura temporanea delle soluzioni adottate. In questo senso, la sottrazione del minore alla famiglia, disposta con provvedimento dell'autorità giudiziaria, sentiti i servizi sociali competenti, sancisce "l'insuperabilità delle difficoltà della famiglia di origine ad assicurare al minore un ambiente familiare idoneo"[24].

A partire dalla affermata centralità del "diritto del minore a crescere e ad essere educato nell'ambito della propria famiglia"[25], la nuova formula della

[23] Il Titolo XI del codice civile detta inoltre la disciplina in materia di affiliazione ed affidamento, (cfr. art. 400 CC) specificando che la materia dell'assistenza dei minori debba essere regolata anche dalle leggi speciali. In particolare, la norma si rivolge anche ai minori che sono figli di genitori non conosciuti, o di genitori che non siano in grado di provvedere al loro mantenimento, nonché ai minori ricoverati in istituti di pubblica assistenza o assistiti presso gli stessi per il mantenimento, l'educazione o la rieducazione, o che si trovino in stato di abbandono materiale o morale (art. 401 c.c.). Quanto agli istituti di pubblica assistenza, chiamati dalla disciplina codicistica ad esercitare i poteri tutelari sui minori ivi ricoverati o assistiti ex artt. 343 ss in tutti i casi in cui sia impedito l'esercizio della responsabilità genitoriale o della tutela, sono oggi sostituiti dalle "comunità di tipo familiare", ai sensi della l. n. 183/1983, come modificata dalla l. n. 149/2001, il cui art. 2, IV°comma, prevede che il ricovero in istituto sia superato in favore dell'affido familiare ovvero, quando ciò non sia possibile, mediante inserimento in comunità di tipo familiare, caratterizzate queste ultime come sono da organizzazione e rapporti interpersonali analoghi a quelli di una famiglia.

[24] Per una compiuta rassegna della legislazione di riferimento in materia di affidamento ed adozione del minore può farsi riferimento alle schede di lettura n.190/1 – 5 maggio 2021 del Servizio Studi della Camera dei Deputati – Dipartimento Giustizia, dedicate alle "Modifiche al codice civile e alla legge 4 maggio 1983, n. 184, in materia di affidamento dei minori".

[25]Corollario del diritto del minore a crescere e ad essere educato nell'ambito della propria famiglia essendo anche il diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare, cui è dedicata una successiva legge del 19 ottobre 2015, n. 173, introduttiva di Modifiche alla l. n. 184/1983.

norma – come riformata nel 2001 – sottolinea che le condizioni di indigenza dei genitori o di chi eserciti ora potestà genitoriale non possano ostacolare l'esercizio del diritto alla famiglia da parte del minore, prevedendo a questo scopo idonee provvidenze di natura economica in chiave di aiuto e sostegno a carico dello Stato, delle Regioni e degli Enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, nel rispetto della loro autonomia e nei limiti delle risorse finanziarie disponibili[26].

Tali interventi di competenza pubblica sono indirizzati al fine di prevenire situazioni limite che condurrebbero ad ipotesi di abbandono del minore con conseguente sottrazione all'ambito familiare: in questi casi, infatti, la legge prevede che alla perdurante incapacità della famiglia di origine a provvedere ai bisogni legati alla crescita ed all'educazione del minore soccorrano gli istituti dell'affidamento e della adozione[27].

Si tratta, dunque, dei casi in cui è lo Stato a sostituirsi alla famiglia del minore nella responsabilità di garantire ad esso il pieno esercizio dei diritti che gli sono riconosciuti.

Il legislatore nazionale prevede a tale scopo un intervento con misure di sostegno e di aiuto economico in favore della famiglia, della persona o della comunità a cui i minori fuori-famiglia vengano affidati, da ripartire tra lo Stato, le Regioni e gli Enti Locali in ragione delle proprie competenze e nei limiti delle disponibilità finanziarie dei rispettivi bilanci. Inoltre, con un provvedimento di valenza generale come la l. n. 328/2000, conferisce un vero e proprio "carattere prioritario" alle azioni di aiuto e sostegno domiciliare per le famiglie che assumono compiti di accoglienza di minori in affidamento e ai servizi per l'affido familiare[28].

---

[26]La materia è oggetto di diverse proposte di legge recanti modifiche al codice civile e alla l. n. 184/1983 in materia di affidamento dei minori, relative a profili comuni, come i procedimenti relativi alla decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale e sulle procedure di affidamento dei minori.

In particolare, si segnala la recente proposta di legge – A.C. 2047 – composta da 4 articoli, che, intervenendo sul sistema delle tutele del minore nei procedimenti in tema di responsabilità genitoriale, come definito dal codice civile, e sulle modalità di attuazione dei provvedimenti giurisdizionali di collocazione extra familiare del minore stesso, introduce specifici criteri volti ad orientare l'intervento del giudice, perseguendo il fine di limitare quanto più possibile l'allontanamento dei minori dalla propria famiglia di origine, intervenendo anche sull'ampliamento del contraddittorio e relative garanzie, oltreché sulla definizione di tempi certi per la adozione dei provvedimenti qualificati dall'urgenza.

La proposta di legge *de qua* introduce anche alcune modifiche alla l. n. 184/1983 in tema di affidamento dei minori e di revoca della dichiarazione di adottabilità, prevedendo altresì una disciplina di dettaglio sui criteri per la erogazione di contributi da parte pubblica alle comunità di tipo familiare e agli altri istituti di assistenza.

[27] L'articolo 2 della l. n. 184/1983 disciplina due diversi tipi di affidamento: l'affidamento familiare, in cui si prevede l'affidamento del minore ad un'altra famiglia, meglio se con figli minori, o ad una persona singola che sia in grado di assistere materialmente ed affettivamente il bambino; e l'affidamento presso una comunità di tipo familiare (casa-famiglia) quando non sia possibile procedere ad affidamento familiare.

[28]Così l'art.16 l. n. 328/2000, e, in particolare, il 3° comma, che, nell'ambito del sistema integrato di interventi e servizi sociali, individua come priorità alcune categorie di interventi. Si

4. *Regioni e standard di servizi dedicati ai minori fuori famiglia*

4.1. *Legislazione nazionale e scelte territoriali: favor legislatoris e inganno del best interest of child*

La l. n. 184/1983, dedicata all'adozione e all'affidamento dei minori, come riformata nel 2001, manifesta espressamente quale sia l'ordine di intervento da parte statale nella predisposizione di misure di sostegno al minore temporaneamente privo di adeguato ambiente familiare, nel quadro di un approccio basato sul "diritto del minore ad una famiglia", stabilendo chiaramente quale debba essere l'ordine di intervento da parte pubblica nella individuazione della soluzione, sempre affidata a valutazioni *on a case by case basis*. Occorre dunque procedere privilegiando interventi di sostegno alla famiglia d'origine (art. 1), e solo nel caso in cui risulti impossibile consentire la permanenza del minore nel nucleo familiare originario (la qual cosa deve essere argomentata e indicata nei provvedimenti con cui si dispone l'adozione di misure alternative – art. 2, comma 3 bis) si guarderà all'affidamento del minore ad un'altra famiglia (art. 2, I° comma), lasciando solo ad una soluzione di *extrema ratio* il collocamento dello stesso in comunità di tipo familiare (art. 2, II°comma). Ebbene, nella prassi, l'affidamento in comunità familiare risulta essere invece la regola, (e ciò accade nella maggior parte dei casi e in diverse Regioni), con tutte le conseguenze relative al mancato rispetto dei diritti del minore come disegnati dalla norma, alla consequenziale rivisitazione dell'importanza degli standard richiesti dalla norma ai fini dell'affidamento del minore, e, aspetto non meno rilevante, all'impatto di una tale prassi – priva com'è di una adeguata copertura legislativa – rispetto al piano dei costi affrontati dal sistema finanziario pubblico: basti pensare allo "scarto " esistente tra il contributo erogato alle famiglie affidatarie e le spese di gestione da corrispondere agli enti assistenziali gestori di comunità per minori (a titolo di esempio, la Regione siciliana riconosce attualmente un contributo di circa quattrocento euro mensili alle famiglie affidatarie, a fronte di un compenso fisso mensile per bambino affidato di Euro 1.587,14 oltre alla retta giornaliera di mantenimento consistente in ulteriori euro 27,26, – dunque complessivamente si tratta di circa 2.400 euro di costi da sostenere mensilmente per ciascun minore in affidamento ad enti assistenziali gestori di comunità[29].

---

guardi, in particolare, alle lett. d) ed f), dedicate rispettivamente a "prestazioni di aiuto e sostegno domiciliare, anche con benefici di carattere economico, in particolare per le famiglie che assumono compiti di accoglienza, di cura di disabili fisici, psichici e sensoriali e di altre persone in difficoltà, di minori in affidamento, di anziani"; ed a servizi per l'affido familiare, per sostenere, con qualificati interventi e percorsi formativi, i compiti educativi delle famiglie interessate.

[29] Cfr., da ultimo, il D.R.S. n.722/S8 del 29 giugno 2020, Dipartimento Famiglia e Politiche Sociali – Assessorato della Famiglia, delle Politiche Sociali e del Lavoro – Regione Siciliana.

4.2. *Competenze regionali alla definizione degli standard minimi dei servizi e dell'assistenza dei minori fuori-famiglia in comunità e il "sistema delle Conferenze"*

Volendo concentrare dunque l'attenzione sulla pratica dell'affidamento a comunità familiari, soluzione maggiormente seguita nella prassi in caso di inidoneità della famiglia di origine ad occuparsi del minore, la legge speciale del 1983 richiama chiaramente la necessità di definire gli "standard minimi dei servizi e dell'assistenza" che devono essere forniti dai soggetti affidatari dei minori temporaneamente o definitivamente privati di un ambiente familiare, con particolare riferimento alle comunità di tipo familiare, prevedendo tale onere in capo alle Regioni, "nell'ambito delle proprie competenze e sulla base dei criteri stabiliti dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano" (art. 2).[30] Dalla norma si ricava il chiaro riferimento ad un'unica tipologia di presidio considerata idonea all'accoglienza dei minori, denominata appunto "comunità di tipo familiare"[31].

In base però ad un esame delle strutture dedicate all'accoglienza dei minori "fuori famiglia" e dislocate sull'intero territorio nazionale e della loro qualificazione, emerge una cospicua diversificazione anche in atti normativi sia statali che regionali che rivela una pressoché totale mancanza di uniformità nella tipologia di prestazioni offerte al minore, oltre che un "variegato e non univoco panorama classificatorio delle strutture residenziali per minori che rende arduo il confronto tra i dati esistenti e, conseguentemente, difficile la piena conoscenza e il monitoraggio del fenomeno"[32], richiesto invece dal tenore letterale della norma citata.

Ciò appare essenzialmente dovuto alla mancata definizione di standard minimi dei servizi dedicati ai minori temporaneamente o definitivamente privati di un ambiente familiare, che costituiscono livelli essenziali delle prestazioni da garantirsi su tutto il territorio nazionale, che appare mostrare notevoli ripercussioni sul piano dei principi e delle garanzie di pari opportunità e non discriminazione che certamente vi sono implicati.

Un parziale rimedio a questo incredibile ritardo nell'attuazione della riforma costituzionale del 2001 è rappresentato dall'approvazione di "Linee Guida" – atti di indirizzo e coordinamento approvate nell'ambito di contesti di confronto inte-

---

[30] Sulla relazione tra competenze statali ed autonomie territoriali in tema di livelli essenziali delle prestazioni può farsi riferimento, per tutti, ad A. D'Aloia, *Diritto e Stato autonomistico. Il modello dei livelli essenziali delle prestazioni*, in Le Regioni, 6/2003, 1063.

[31] Il V° comma, art.2, della legge n. 184/1983 prevede espressamente che "Le regioni, nell'ambito delle proprie competenze e sulla base di criteri stabiliti dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, definiscono gli standard minimi dei servizi e dell'assistenza che devono essere forniti dalle comunità di tipo familiare e dagli istituti e verificano periodicamente il rispetto dei medesimi".

[32] Così il Garante nazionale per l'infanzia nel documento "La tutela dei minorenni in comunità" su www.garanteinfanzia.org.

ristituzionali, spesso in sede di Conferenza Stato-Regioni, che "rappresentano un potente strumento di orientamento nazionale delle pratiche dei territori, cui non solo gli amministratori possono far riferimento, ma anche i cittadini".[33]

Infatti, la progressiva assunzione di una *nuova centralità* da parte del sistema delle Conferenze nel nostro paese, come fisiologica conseguenza della grave *perdita* di centralità da parte della legge come strumento ordinamentale per eccellenza, e parametro dei principi informatori delle regolazioni normative di rango secondario, ormai sostituita da una legislazione di tipo provvedimentale ed emergenziale quando non anche da un'attività normativa di matrice governativa (decretazione d'urgenza e su delega legislativa, dpcm, decreti ministeriali), fa rivisitare il sistema delle intese e degli accordi – basati su una condivisione anticipata di indirizzi politici territoriali cha ha una più spiccata vocazione ad interagire con le sedi governative rispetto che a quelle legislative – come alternativa al dibattito parlamentare. Il "sistema delle conferenze" può dunque essere considerato il residuo "momento di unità del Paese".[34]

È dunque il sistema delle Conferenze Stato-Regioni che può essere considerato protagonista della elaborazione di documenti utili alla individuazione di parametri di riferimento univoci in campo socio-assistenziale nella persistente mancata definizione dei LIVEAS, attraverso la elaborazione di Linee-Guida, caratterizzate però dalla mancata cogenza dei contenuti, e in certi casi non recepite da alcuna Regione nell'intero territorio nazionale, determinandosi il permanere di pesanti e discriminanti disomogeneità regionali tra i diversi sistemi di accoglienza[35].

[33] Documento del MLPS – Linee di indirizzo per l'affidamento familiare.

[34] Si veda R. Bin, *Unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive*, in Munus, www.rivistamunus.it, 3/2020. Sul tema l'A. avverte che la "collaborazione istituzionale" che tipicamente caratterizza il confronto nelle sedi delle Conferenze non ha più a che fare con le relazioni tra i diversi livelli di legislazione, in un assetto che si è "liberato di tutti quegli aspetti problematici che si ricollegano all'apparato di procedure e competenze, scritte nella Costituzione e nei regolamenti parlamentari", necessarie al dibattito e alla legislazione parlamentare, svolgendosi piuttosto "in un contesto caratterizzato da bassissima formalizzazione, con tutti i vantaggi e gli svantaggi che ne conseguono", nell'ambito di un rapporto tra livelli istituzionali che si svolge "fuori dalle forme costituzionali".

[35]Per citarne solo alcune, i servizi dedicati ai minori fuori famiglia e regolati legislativamente da competenze delle singole regioni, possono far riferimento alle seguenti:

- "Linee di indirizzo per l'affidamento familiare", approvate dalla Conferenza unificata Governo-Regioni/Province autonome il 25 ottobre 2012;
- "Linee di indirizzo per l'accoglienza nei Servizi residenziali per minorenni, approvate in Conferenza Unificata il 14 dicembre 2017;
- "Linee di indirizzo nazionali per l'intervento con bambini e famiglie in situazione di vulnerabilità", approvate il 21 dicembre 2017 in Conferenza Unificata;
- "Linee Guida sull'infanzia e adolescenza" -lavoro della Direzione Generale per la Cooperazione allo Sviluppo (DGCS) del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale e dell'Agenzia per la Cooperazione allo Sviluppo (AICS);

La legislazione regionale in materia di assistenza appare infatti spesso ancora improntata ai canoni stabiliti dalla l. n. 328/2000, dunque in linea con assetti legislativi precedenti alla riforma costituzionale del 2001. Caratteristica, questa che sembra accomunare Regioni meno attente alla predisposizione di idonei strumenti normativi in attuazione delle rinnovate competenze in materia sociale e Regioni che all'opposto hanno inteso dotarsi di una legislazione organica di riordino dell'intero sistema di assistenza regionale. Ne risulta un sistema istituzionale di accoglienza, assistenza e cura nei confronti dei minori fuori famiglia fortemente diversificato a livello regionale, basato su modelli distinti per ripartizione di competenze tra i vari soggetti istituzionali coinvolti (Regioni-province-comuni) e per grado di intensità di sollecitazione del principio di sussidiarietà, in cui le normative di settore si sovrappongono, ridefinendoli, a parametri di riferimento altrettanto diversificati, giungendosi a delineare modalità di intervento, linee di indirizzo, finalità perseguite, diritti degli utenti, modalità di accesso ai servizi, nomenclature del tutto disomogenee tra territori di presa in carico e residenza dei minori assistiti[36].

5. *Le Linee – guida regionali: alcuni esempi a confronto*

Alcuni casi emblematici ripropongono drammaticamente l'entità di quelle che potrebbero essere definite ipotetiche (altrettante) discriminazioni in atto in danno delle comunità di minori senza-famiglia affidate alle dinamiche del riparto di competenze voluto dalla Costituzione: si guardi all'esempio fornito proprio dalle "linee guida" approvate dalla Regione Lombardia in attuazione delle previsioni di cui all'art. 2 l. n. 149/2001 con D.g.r. 24 maggio 2011 – n. IX/1772: "Linee guida per l'affidamento familiare". Un ponderoso documento realizzato attraverso il confronto con i soggetti, istituzionali e non, chiamati ad intervenire nella realizzazione dell'affidamento familiare dei minori fuori-famiglia, nella consapevolezza della necessità di definire una cornice unitaria di interventi uniformi da parte degli Enti Locali competenti[37]. Il documento in parola si snoda

- "Linee Guida per il diritto allo studio delle alunne e degli alunni fuori famiglia d'origine", la cui conoscenza, peraltro, appare del tutto poco diffusa a livello dei territori, persino dalle istituzioni scolastiche oltreché dalle stesse comunità di accoglienza di minori fuori-famiglia.

[36] Naturalmente non mancano strategie di approccio legislativo altrettanto diversificate tra regioni: talvolta l'indicazione degli obiettivi perseguiti dalle politiche di settore risulta affidata al legislatore, talaltra appare delegata all'esecutivo, lasciando al legislatore a mera definizione dei principi generali e organizzativi dei servizi in parola.

[37] Documento elaborato da un gruppo di approfondimento tecnico della materia costituito dalla Regione Lombardia, composto dai Presidenti Tribunali per i minorenni della Lombardia, da Giudici Onorari, dal Presidente della Camera minorile di Milano, dal Presidente dell'Associazione Italiana Magistrati per i Minori e la Famiglia, da rappresentanti di ASL e Ambiti Territoriali Sociali, da Associazioni Familiari nonché da funzionari regionali.

attraverso quattro capitoli, dedicati all'analisi del contesto di riferimento, all'approfondimento del senso da attribuirsi alla soluzione dell'affido familiare – con un *focus* dedicato agli elementi essenziali contenuti nel "progetto quadro"[38], alla individuazione dei soggetti coinvolti nella realizzazione del sistema dell'affido e delle loro responsabilità, alla concreta realizzazione del percorso di affidamento.

Il "progetto-quadro", documento elaborato dai servizi sociali e sanitari pubblici competenti territorialmente, contiene la descrizione dell'insieme coordinato e integrato degli interventi che saranno messi a disposizione del minore fuori-famiglia sul piano sociale, educativo e sanitario: interventi che sono gestiti e materialmente erogati da equipe specializzate, integrate e multidisciplinari previste dalle norme regionali, nel rispetto delle indicazioni fornite in base alle determinazioni dell'Autorità giudiziaria competente[39]. È interessante rilevare come nel contesto delle Linee Guida lombarde, la sola parte dedicata ai c.d. "elementi essenziali" del progetto-quadro consti di una elencazione di dettaglio articolata su 16 punti[40] – costituenti altrettante azioni destinate al minore

[38] Indicato come elemento necessario ai fini della iniziale presa in carico del minore oggetto di tutela dalle "Linee di indirizzo per l'accoglienza nei servizi residenziali per minorenni" – MLPS, v. 3.2 del 2/12/2016

[39] L'undicesimo Rapporto di Aggiornamento 2020 pubblicato periodicamente dal Gruppo CRC – intitolato "ambiente familiare e misure alternative" sottolinea la significatività delle differenze relative alla previsione e dunque alla esistenza o meno del progetto quadro di titolarità del servizio sociale competente, considerato una " cornice necessaria in cui definire le politiche e gli interventi a sostegno delle famiglie d'origine – al fine di favorire il rientro del bambino/ragazzo in un contesto adeguato – e a cui deve fare riferimento il progetto educativo individualizzato di competenza della comunità di accoglienza". Il Rapporto riferisce che solo nel 67% dei casi è presente il progetto quadro e la famiglia d'origine è destinataria degli interventi solo nel 70% dei casi, denunciando il fatto che "l'assenza del progetto quadro e la non previsione di interventi specifici orientati al possibile recupero della famiglia d'origine mettono a rischio il processo di progettualità integrata" con la conseguenza di far assumere all'accoglienza in comunità l'assetto di un intervento a sé stante.

[40] Il progetto quadro deve contenere i seguenti elementi essenziali:

a) le indicazioni del Servizio al quale è attribuita la responsabilità del progetto e la vigilanza durante l'affidamento, nonché dell'eventuale Associazione familiare coinvolta, con l'obbligo di tenere costantemente informato il Giudice tutelare o il Tribunale per i Minorenni a seconda che si tratti di affidamento consensuale o giudiziale; b) la composizione del nucleo famigliare d'origine, con i dati e la relativa documentazione anagrafica, compresa la raccolta delle informazioni su eventuali altri fratelli del bambino o ragazzo per cui si attiva il progetto, in ordine di genitura, con notizie su altri famigliari significativi, la documentazione inerente la residenza, i documenti sanitari e scolastici gli eventuali permessi di soggiorno, ecc; c) l'indicazione del luogo di residenza del minore e della famiglia affidataria; d) la storia della famiglia di origine, con elementi di conoscenza del ciclo vitale della famiglia stessa, che andrà a connettere gli eventi critici con le modalità relazionali attuate dal soggetto e dal suo sistema famigliare d'origine per superarli; e) la valutazione attenta dei bisogni e delle risorse, interne (personali e familiari) ed esterne -delle reti naturali, della famiglia di origine, compiuta al momento iniziale dell'intervento; f) la valutazione del bambino o ragazzo, dei suoi bisogni intesi come conoscenza delle sue condizioni fisiche, psichiche, affettive,

in affido nell'ambito di un'assistenza minima obbligatoria. Non pare azzardato riscontrare elementi di connaturalità al concetto di *contenuti minimi non derogabili*, come anche al concetto di *diritti sociali a prestazione nel loro nucleo essenziale*, ovvero anche all'idea di *prestazione sociale regionale a garanzia di un diritto sociale che finisce per assumere dimensioni a-territoriali e la connotazione di livello essenziale (…).*

Anche la Regione Veneto si è dotata di un sistema di promozione della pratica dell'affido nel territorio regionale, orientata da una cornice regolativa comune a tutto il territorio, nella consapevolezza della presenza di esperienze fortemente disomogenee e diversificate sia in termini quantitativi che in termini organizzativi nell'ambito dello stesso territorio regionale.

Con Deliberazione di Giunta Regionale n. 3791 del 2 dicembre 2008, la Regione Veneto ha adottato le "Linee Guida 2008 per i Servizi Sociali e Socio Sanitari: L'affido familiare in Veneto. Cultura, orientamenti, responsabilità e buone pratiche per la gestione dei processi di affidamento familiare". Elaborate anch'esse da un gruppo tecnico composto da esperti del settore provenienti dalle aziende sanitarie, dall'università, dai servizi dedicati – cha ha saputo valorizzare esperienze, sia pure fortemente diversificate, ma spesso capaci di rappresentare buone pratiche nella erogazione dei servizi dedicati ai minori fuori-famiglia utili all'intero Territorio regionale – consistono in un Documento approfondito, articolato in Tre Parti – e quindici capitoli – dedicate rispettivamente all'inquadramento generale sul piano giuridico e definitorio oltre ad un'analisi del contesto dell'affidamento familiare sul territorio veneto; al processo dell'affidamento a partire da attività di promozione, informazione e formazione fino all'accompagnamento all'affido; agli aspetti problematici rappresentati da categorie connotate da particolari fragilità e dunque considerate meritevoli di azioni ed interventi dedicati.

---

del livello maturativo globale raggiunto, delle tipologie dei legami con i genitori o con altre figure significative, delle sue risorse personali e relazionali; g) la valutazione dei risultati del progetto riscontrabili a breve e lungo termine; h) la valutazione delle competenze genitoriali e la prognosi di recuperabilità della famiglia di origine, ossia la valutazione del suo potenziale di cambiamento; i) gli impegni che gli operatori dei servizi socio-sanitari, in una logica di integrazione, e le figure affidatarie con funzioni genitoriali e le associazioni familiari/reti familiari si assumono a partire dalla garanzia del preminente interesse del bambino/ragazzo; j) gli obiettivi che si intendono perseguire a breve, medio e lungo termine, i soggetti, i percorsi e le metodologie educative, i compiti di ciascuno, i tempi, sulla base degli elementi derivati dalla situazione famigliare e personale del bambino o ragazzo, che hanno indotto la scelta dell'affidamento; k) le modalità, i tempi di attuazione e la prevedibile durata dell'affidamento (le scadenze temporali), nonché i tempi di verifica del progetto; l) la frequenza e la modalità dei rapporti tra il bambino o il ragazzo e la sua famiglia d'origine; m) la gestione degli aspetti sanitari del bambino o del ragazzo; n) i criteri per gestire sia le situazioni ordinarie che straordinarie della vita quotidiana in particolare le transizioni: i passaggi da un ordine di scuola all'altro, le entrate/uscite da un gruppo o un'esperienza, ecc ; o) le modalità di monitoraggio, di rapporto fra i diversi Servizi, la periodicità delle verifiche fra tutti i soggetti e i servizi coinvolti.

Le linee guida venete contengono una regolamentazione specifica di interventi distinti per categorie di destinatari, con particolare riferimento, a titolo di esempio, alle azioni da attivare per l'affidamento cosiddetto etero – familiare di "bambini piccoli e piccolissimi"; di adolescenti; di bambini e ragazzi stranieri, etc, determinandosi in tal modo una strategia di intervento diversificata, personalizzata in ragione delle caratteristiche dei destinatari delle azioni di assistenza e cura.

Anche in questo caso è interessante guardare ai cosiddetti "elementi essenziali del progetto quadro", così come individuati nell'ambito delle Linee-Guida venete, articolati in n. 11 punti principali[41].

[41] Elementi essenziali oggetto di previsione nel progetto quadro sono: – le indicazioni del servizio al quale è attribuita la responsabilità del progetto e la vigilanza durante l'affidamento, (con l'obbligo di tenere costantemente informato il Giudice tutelare o il Tribunale per i Minorenni a seconda che si tratti di affidamento consensuale o giudiziale); la composizione del nucleo famigliare, con i dati anagrafici, compresa la raccolta delle informazioni su eventuali altri fratelli del bambino o ragazzo per cui si attiva il progetto, in ordine di genitura, con notizie rispetto a chi ha svolto il ruolo di *care-giver* per ciascuno di essi, nonché notizie su altri famigliari significativi; storia, se e dove possibile, trigenerazionale della famiglia di origine, con elementi di conoscenza del ciclo vitale della famiglia stessa, che andrà a connettere gli eventi critici con le modalità relazionali attuate dal soggetto e dal suo sistema famigliare d'origine per superarli; all'interno di questa si dettaglieranno la storia di ciascuno dei due *partners* e la loro storia di coppia, nel suo divenire storico e nel loro progetto comune; la valutazione attenta dei bisogni e delle risorse, interne -personali e familiari- ed esterne -delle reti naturali-, della famiglia di origine, compiuta al momento iniziale dell'intervento; la valutazione comprensiva e aperta del bambino o ragazzo, intesa come conoscenza delle sue condizioni fisiche, psichiche, affettive, del livello maturativo globale raggiunto, delle tipologie dei legami con i genitori o con altre figure significative, delle sue risorse personali e relazionali; fondamentale sarà conoscere e definire: -la presenza di caratteristiche psicopatologiche; -dei particolari bisogni che queste possono indurre, nonché la prognosi evolutiva; -dei possibili fattori protettivi dello sviluppo presenti a livello personale, familiare e comunitario; – la valutazione comprensiva e aperta delle competenze genitoriali e la prognosi di ricuperabilità della famiglia di origine, ossia la valutazione del suo potenziale di cambiamento: questa prognosi viene definita da un insieme composito di informazioni e valutazioni, di cui fanno parte le condizioni fisiche e psichiche di ciascun genitore, la storia di coppia in relazione al progetto generativo, il passaggio dal ruolo coniugale a quello genitoriale, la storia di figli e i modelli genitoriali introiettati, nonché le caratteristiche della loro relazione con il bambino o ragazzo (parte, questa, assai complessa e composita che richiede in alta misura la capacità di collaborare ed integrare le conoscenze tra i diversi servizi); l'indicazione delle tre fasi che normalmente implica il collocamento all'esterno della famiglia: la fase iniziale, la fase intermedia e la fase propedeutica al rientro (per ciascuna fase viene indicato un obiettivo prioritario. La finalità comune alle tre fasi è verificare e promuovere la qualità dei legami familiari in funzione dell'interesse del bambino/ragazzo e, quando si sia valutato che la riunificazione è obiettivo realistico per quel caso, lavorare per la loro ri-tessitura; l'indicazione circa il livello ottimale possibile per quella famiglia di riunificazione familiare, compresa l'indicazione circa le esigenze di visita e incontro con la famiglia di origine sia nelle prime fasi del processo che nelle fasi successive (il processo della riunificazione familiare va pensato sin dall'inizio del processo di allontanamento, non come ultima tappa); la definizione precisa dei risultati attesi per ogni fase, dei risultati intermedi, degli obiettivi di esito, dei tempi per raggiungere quei risultati; il passaggio dal

Dal canto suo, anche la Regione siciliana ha regolamentato la materia dell'affidamento familiare di minori temporaneamente o definitivamente privati di un ambiente familiare, provvedendo in attuazione delle previsioni normative poste con legge regionale 9 maggio 1986, n. 22, dedicata al "Riordino dei servizi e delle attività socio-assistenziali in Sicilia", alla approvazione del "Regolamento-tipo sull'affidamento familiare dei minori", con D.A. n. 481 del 28.02.2005 – Servizio 7 U/O n.4. Il Regolamento in parola pone a carico del Comune di residenza della famiglia d'origine del minore alcune azioni realizzate per il tramite dei servizi sociali, prevedendosi espressamente la necessità di "assicurare ai minori, agli affidatari ed alle famiglie di origine il necessario sostegno psico-sociale per tutta la durata dell'affidamento, nel rispetto del progetto educativo concordato"[42].

Da questa prima, rapida analisi degli interventi normativi regionali descritti, emerge in tutta evidenza il differente approccio delle Regioni nel dotarsi di norme specifiche di dettaglio in materia di definizione di standard nella erogazione di servizi dedicati alle procedure di affidamento dei minori privati di un ambiente familiare, anche se in modo non omogeneo: dalle cinquanta pagine delle Linee guida approvate dalla Regione Lombardia, alle novantacinque pagine delle Linee guida venete, alle quattro pagine del decreto assessoriale siciliano (!)[43].

6. *Conclusioni*

Ancora una volta è dimostrata nella prassi la insufficienza (quando non anche inesistenza) di strumenti in dotazione alle istituzioni statali atti a verificare che "la eguale tutela dei diritti, promessa dalla Costituzione su tutto il territorio nazionale" si traduca in "garanzie effettive dei livelli di godimento dei diritti da parte dei cittadini", compresi quelli minori di età[44].

progetto al piano operativo (che deve contenere ipotesi di lavoro, obiettivi, tappe degli interventi) il quale deve consentire alla famiglia di origine di far fronte ai suoi problemi e raggiungere i risultati previsti (nel piano operativo si indicano risposte concrete alle seguenti domande: quali sostegni per intervenire in maniera efficace con la famiglia di origine del minore? Come si fa il recupero? Abbiamo strumenti per farlo? Quali? Come lavorare con la famiglia di origine e le sue reti? Quale sostegno abbiamo previsto per questa famiglia?); il quadro complessivo degli interventi attivati e dei risultati prodotti e progettati.

[42] La materia è regolata altresì dal D.P.R.S. del 26.05.96, in tema di "Standards strutturali e organizzativi casa famiglia", e dalla Direttiva interassessoriale in materia di Affidamento familiare, Prot. n.320/410 del 17-02-2005, pubblicata in G.U.R.S. n. 11 del 18-3-2005.

[43] Cfr.https://www.regione.veneto.it/web/sociale/pubblicazioni-tutela-minori, https://www.regione.lombardia.it/wps/portal/istituzionale/HP/DettaglioRedazionale/servizi-e-informazioni/Enti-e-Operatori/sistema-sociale-regionale/linee-guida-tutela-minori, http://www.gurs.regione.sicilia.it/Gazzette/g05-14/g05-14-p12.htm.

[44] R. Bin, *Unità e differenziazione: il problema costituzionale e le prospettive,* cit., si spinge ad afferma-

Emerge in tutta evidenza la urgente necessità di avviare un percorso concertato verso la definizione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali da garantire ai minori fuori-famiglia indipendentemente dal territorio di residenza, soprattutto nella fase attuale che stiamo vivendo, che risente degli effetti combinati derivanti dalla crisi fiscale e da cosiddetti "stati di emergenza", dovuti anche alle crisi economiche, ambientali, e sanitarie, – che secondo autorevole dottrina rappresenta oggi la principale condizione economica di quello che è stato definito lo *stato sociale costituzionale*: quest'ultimo, fondamentalmente basato su scelte di natura politica, rivela l'essenza di "progetto di società per la libertà eguale", che "considera i rapporti tra economia, società e politica come parte di un medesimo programma di azione". Tale programma, incentrato appunto sulla realizzazione di un "allineamento delle condizioni di vita", per sua natura esige "centralizzazione e uniformità di trattamento": ciò sollecita una riflessione, sulla urgente necessità di riconfigurare complessivamente la scelta legata alla *regionalizzazione* dei poteri sociali come "un'eccezione…a fortiori nelle situazioni di crisi dello Stato"[45].

Abstract

La presente riflessione è incentrata sul tema della definizione degli standard minimi, costituzionalmente garantiti, dei diritti sociali cosiddetti "a prestazione" riguardanti la tutela dei minori temporaneamente o definitivamente privati di un ambiente familiare – cd minori "fuori famiglia"- a livello regionale. Essa trae spunto dal riparto di competenze in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni sociali che, in base alle previsioni del novellato art.117 Cost, riserva alla potestà statale il compito di determinare "i livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale", lasciando però alle Regioni la competenza legislativa esclusiva, affermata in via residuale, in materia di servizi sociali. Tale assetto istituzionale era stato già in parte anticipato dalle previsioni della l. n. 328/2000 (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*), che ha fissato i livelli essenziali di assistenza sociale (LIVEAS) enumerandone le relative prestazioni, ma non ne ha specificato i contenuti, rimettendo, di fatto, alla autonoma determinazione delle singole regioni la individuazione dei livelli essenziali dell'assistenza sociale da garantire nel territorio. Per questa via risulta vanificata la uniformità di applicazione degli indirizzi legislativi nazionali e la eguaglianza

re che tale eguale tutela costituzionale "non gode di alcuna tutela sistematica, di indici applicabili e di controlli costanti".

[45] A. Morrone, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, cit.

nel godimento dei diritti sociali riconosciuti ai minori "fuori famiglia", con particolare riferimento al "contenuto essenziale " di tali diritti come affermato dalla Corte costituzionale.

Regional protection of children temporarily or permanently deprived of a family environment: determination of social rights standards and territorial inequalities

This paper focuses on definition of the constitutionally guaranteed minimum standards of social rights for the so-called children "without parental care" – minors who are temporarily or permanently deprived of their family environment – at the regional level. It was inspired by the issue of the competence division involved in determining the essential levels of social services. As a matter of fact, on the basis of the provisions of the new Article 117 of the Constitution, the State has the task of defining "the essential levels of services in the field of civil and social right to be guaranteed throughout the national territory", whereas the Regions have the exclusive legislative competence in the field of social services, on a residual basis. This institutional structure had already been partly anticipated by the provisions of Law 328 of 2000 (Framework law for the implementation of the integrated system of social interventions and services) which established the social assistance essential levels (LIVEAS) enumerating the relative benefits, but not specifying their contents. The identification of these levels is, indeed, left to the autonomous determination of the individual regions. Hence, the uniformity of national legislative guidelines application and the equality in the enjoyment of the social rights recognized to the children "without parental care" seem to be thwarted, with particolar reference to the "essential content" of these rights as affirmed by the Constitutional Court.

L'urbanistica nella prospettiva di genere. Alcuni spunti di riflessione*

di Gabriele Torelli

Sommario: 1. L'urbanistica "di genere": le critiche al modello tradizionale di città. – 2. Le proposte dell'urbanistica di genere. – 3. I limiti della "città di prossimità" nel filtro di genere, tra presupposti opinabili e rischio di "ghettizzazione" delle donne. – 4. Urbanistica di genere e sicurezza. – 4.1. Il presidio del territorio nella gestione degli spazi pubblici. – 4.2. La rimodulazione degli spazi pubblici. – 5. Il (talora necessario) coinvolgimento dei poteri sovracomunali: verso il "governo del territorio di genere"?

1. *L'urbanistica "di genere": le critiche al modello tradizionale di città*

L'urbanistica "di genere" è una branca della pianificazione che sta trovando seguito nel dibattito tra architetti, urbanisti e sociologi, giungendo in modo fisiologico anche all'attenzione del giurista[1].

Il tema non è nuovo, perché da alcuni anni è oggetto di analisi in alcune realtà europee (Vienna, Berlino e, più recentemente, Barcellona e Milano, solo per citare gli esempi più noti)[2], che si sono poste l'obiettivo di pianificare la città secondo una prospettiva diversa da quella tradizionale affermatasi nel secolo passato, specialmente in Europa e in Nord America[3].

---

* Il lavoro consiste nello sviluppo dell'intervento "Una visión al urbanismo desde una perspectiva de género", all'interno del convegno "La incorporación de la perspectiva de genero al régimen y las actividades del sector público local", tenutosi presso l'Università di Santiago de Compostela il 25 maggio 2022.

[1] Per i vari riferimenti, si rinvia alle note successive del lavoro, perché si è ritenuto preferibile individuare puntualmente per ciascuna tematica le relative fonti.

[2] Sul punto, si vedano le considerazione dell'ordine degli architetti di Milano, consultabili alla pagina web *https://ordinearchitetti.mi.it/it/formazione/eventi-formativi/verso-unurbanistica-di-genere-milano-vienna-e-barcellona*. Inoltre, con specifico riferimento alla città catalana, si rinvia alla delibera del Consiglio comunale di Barcellona del 22 marzo 2017 rubricata "Mesura de govern Urbanisme amb perspectiva de genere. L'urbanisme de la vida quotidiana", consultabile alla pagina web *https://ajuntament.barcelona.cat/dones/sites/default/files/documentacio/mesuradegovernurbanismeigenere_220317.pdf*.

[3] Per una lettura dei principi fondamentali dell'urbanistica nella prospettiva giuridica, i rinvii sarebbero incredibilmente numerosi. Per esigenze di sintesi e senza pretese di completezza, si rimanda ai lavori che appaiono più significativi in quanto di prospettiva generale, tra cui P. Stella Richter, *Profili funzionali dell'urbanistica*, Milano, 1984 e, più recentemente, dello stesso A., *Diritto urbanistico*, Milano, 2018; M.A. Bartoli e A. Predieri, *Piano regolatore* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Milano, 654 ss.; M.S. Giannini, *Pianificazione* (voce), *ibidem*, 629 ss.; P. Urbani, *Urbanistica* (voce), in *Enc. dir.*, vol. XLV, Milano, 1992, 868 ss.; G. Sciullo, *Pianificazione territoriale ed urbanistica* (voce), in *Dig. disc. pubbl.*, vol. XI, Torino, 1996, 135 ss.; G. Morbidelli, *Pianificazione territoriale ed urbanistica* (voce), in *Enc. giur.*, vol. XXXIII, Roma, 1990. Nella prospettiva dell'urbanista, G. Astengo, *Urbanistica*, in *Enciclopedia universale dell'arte*, vol. XIV, Venezia, 1966, 541 ss. In ultimo, si rinvia alla recentissima voce bibliografica di A. Bartolini, *Urbanistica*, in *Enc. dir.*, Milano, 2022, 1260 ss.

È da questa idea che muove e sviluppa le proprie peculiarità l'urbanistica di genere, da intendersi quale un nuovo approccio alla pianificazione delle aree urbane, che mira ad attuare una cesura netta con il passato, promuovendo un modello pianificatorio capace di considerare ed includere i differenti bisogni e necessità tra i generi[4], contribuendo a migliorare la vita quotidiana di quei soggetti – ovvero le donne – che gli strumenti urbanistici hanno storicamente trascurato[5]. Infatti, l'urbanistica di genere intende evidenziare, e porre rimedio, al fatto che la pianificazione delle città abbia sinora riflesso le disparità tra uomini e donne caratterizzanti la nostra società[6]; in base a questa teoria, le aree urbane sono state ordinate in modo razionale, al fine di facilitare gli spostamenti casa-lavoro dell'uomo lavoratore e capo-famiglia, con l'effetto che gli spazi urbani sono stati ottimizzati per le esigenze e prerogative (quasi esclusivamente) maschili, tralasciando se non del tutto ignorando le "esigenze" delle donne (concetto sul quale si spenderà qualche considerazione *infra*, par. 3)[7]. È un esempio paradigmatico in tal senso quello dei c.d. "quartieri-dormitorio" costruiti negli Stati Uniti nel primo dopoguerra, a cavallo tra la fine degli anni Quaranta e i primi anni Cinquanta del Novecento, ma poi diffusisi anche in diversi contesti europei, concepiti come comode zone residenziali e rifugio dal quotidiano stress della città per l'uomo lavoratore, ma che al contempo rappresentavano una sorta di "*hortus conclusus*" per le casalinghe, costrette a vivere gran parte delle proprie giornate in spazi distanti dalle aree della città destinate alle attività produttive ed ai momenti di socialità[8]. Le difficoltà di spostamento ed una rete di mobilità pubblica spesso sottodimensionata, o comunque non sufficientemente sviluppata, precludevano stimoli ed occasioni lavorative, rallentando di fatto il processo di emancipazione femminile[9].

---

[4] Tra le esponenti delle scienze architettonico-urbanistiche che si sono recentemente occupate del tema, si rinvia alle osservazioni di F. Andreola, *Uno sguardo di genere sulla città*, in *www.dite-aisre.it/uno-sguardo-di-genere-sulla-citta/*, 19 aprile 2022; A. Muzzonigro, *City of care: la cura al governo della città*, *ibidem*; E. Perotti, *Strumenti tradizionali per spazi innovativi: laboratori e prospettiva di genere*, *ibidem*; A. Giuri, *Spazio simbolico e rappresentazione dei generi nella città*, *ibidem*.

[5] Una denuncia datata sulla secondarietà della figura femminile nella società veniva riportata da S. de Beauvoir, *Il secondo sesso*, trad. di R. Cantini e M. Andreose, Milano, 1969.

[6] La disparità di trattamento tra uomini e donne, che si riflette nel settore dell'urbanistica, è denunciata da C. Criado Perez, *Invisibili*, Torino, 2020, trad. di C. Palmieri.

[7] A. Muzzonigro, *City of care: la cura del governo della città*, cit., *passim*.

[8] Un'analisi sulla situazione statunitense è svolta da D. Hayden, *What Would a Non-Sexist City Be Like? Speculations on Housing, Urban Design, and Human Work*, in Sign-*Journal of Women in Culture and Society,* 1980, n. 5, trad. di F. Bottini, *Per una città non sessista*, in *www.cittaconquistatrice.it/per-una-citta-non-sessista-1980/*.

[9] Sul problema della mobilità quale presupposto dell'emancipazione della figura femminile, si rinvia all'interessante studio di Civitas, dal titolo *Smart choices for cities: Gender equality and mobility: mind the gap*!, consultabile in *https://civitas.eu/sites/default/files/civ_pol-an2_m_web.pdf*. Per una analisi sul rapporto tra mobilità e genere, anche con riferimento ai trasporti pubblici, R. Paoletti e S. Sansonetti, *Uno sguardo di genere sulla mobilità*, in *www.ingenere.it/articoli/uno-sguardo-di-genere-sulla-mobilita*, 24 febbraio 2022. Secondo una lettura delle scienze economiche, il rapporto tra infrastrutture e

Le feroci critiche al modello tradizionale di urbanistica sono state dunque incentrate sul fatto che l'uso della città sarebbe stato costruito sui compiti e bisogni riservati agli uomini (attività economico-lavorative e svago su tutti)[10], senza dedicare sufficienti attenzioni ai compiti in passato svolti esclusivamente dalle donne e che, malauguratamente ancora oggi, sono per lo più svolti dalle stesse, quali la cura dei figli e delle attività domestiche[11], per il cui espletamento sono necessari spostamenti brevi a livello di quartiere[12].

Diversamente, un corretto approccio alla pianificazione urbanistica dovrebbe riconsiderare la costruzione di spazi pubblici e collegamenti nella città sotto altre lenti, prestando attenzione non solo alla graduale emancipazione femminile, ma anche agevolando l'affermazione delle donne nel mondo lavorativo, così da rimuovere quelle barriere che rendono ancora difficoltosa la conquista di una posizione apicale: infatti, sebbene la situazione attuale sia certamente più felice rispetto al passato, il percorso verso una effettiva parità di genere nell'ambito del riconoscimento e del prestigio socio-lavorativo non può dirsi ancora compiuto[13].

Tanto premesso, è bene a questo punto esaminare se, ed eventualmente in che modo, la pianificazione urbanistica possa offrire gli strumenti necessari per raggiungere questi obiettivi, disegnando una città (anche) a "dimensione femminile", secondo una prospettiva che rappresenterebbe dunque una naturale evoluzione degli studi sulla *smart city* – intesa come città costruita attorno alle esigenze e ai diritti degli utenti – su cui la letteratura giuridica si è già ampiamente espressa nel recente passato[14].

---

mobilità, da un lato, e profili produttivi dall'altro, è descritto da C. Bognetti, *Infrastrutture*, in *Enc. delle scienze soc.*, vol. IV, Roma, 1994, 720 ss.

[10] Del resto, anche T. Bonetti, *Il diritto del "governo del territorio" in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, 2011, evidenzia come, nell'ultima parte del secolo scorso e nel primo decennio degli anni 2000, il diritto urbanistico si sia sviluppato preminentemente nell'ottica di promuovere lo sviluppo economico delle nostre città. Sul tema, in precedenza, anche G. Caia, *Governo del territorio e attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2003, 707 ss.

[11] L'affermazione secondo la quale le donne svolgono ancora oggi con più frequenza rispetto agli uomini compiti di cura della casa e della famiglia è uno dei presupposti da cui parte il ragionamento della stessa L. Kern, *La città femminista. La lotta per lo spazio in un mondo disegnato da uomini*, Roma, 2021, trad. di N. Pennacchietti. Emblematici i passaggi in cui l'A. esemplifica il proprio pensiero sottintendendo che le attenzioni per i bambini siano tuttora appannaggio (quasi) esclusivo delle donne.

[12] Sono di questo avviso F. Andreolla e A. Muzzonigro, *Milano Atlante di genere di genere*, Milano, 2021, *passim*.

[13] La situazione a livello globale dello svantaggio femminile nel mondo del lavoro è ben descritta e documentata dal report dell'*International Labour Organization*, intitolato *Women at work*, che offre interessanti spunti di analisi. Il documento è consultabile all'indirizzo web *ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/-publ/documents/publication/wcms_457317.pdf*.

[14] Sulla *smart city* la letteratura è copiosa. Senza pretese di completezza, tra i contributi più significativi si ricordano E. Carloni, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, 2016, 235 ss.; E. Carloni e M. Vaquero Pineiro, *Le città intelligenti e l'Europa. Tendenze di fondo e nuove strategie di sviluppo urbano*, in *Ist. fed.*, 2014, 865 ss.; R. Ferrara, *The smart city and the*

Saranno dunque esaminate in modo più concreto le proposte dell'urbanistica di genere, per poi valutarne le possibili modalità di attuazione sul piano giuridico, soffermandosi sulle principali problematiche.

2. *Le proposte dell'urbanistica di genere*

Nella prospettiva sin qui brevemente descritta, il nuovo approccio strategico alle politiche urbane può ricondursi al modello del "*gender mainstreaming*", inteso come complesso di processi e politiche finalizzati ad eliminare le differenze di genere[15]; rientra, pertanto, a pieno titolo nel novero anche la funzione pianificatoria, rivolta a ridisegnare gli spazi urbani secondo una progettualità che intende garantire pari opportunità tra donne e uomini attraverso la trasformazione del tessuto urbano, così da eliminare le disuguaglianze di genere[16] sopra indicate nel diritto a vivere la città[17].

Per evitare il rischio che gli intenti rimangano parole evanescenti, occorre considerare le proposte concrete del *gender mainstreaming* applicato all'ambito urbanistico. In modo forse troppo schematico ed esemplificativo nell'approccio, ma sicuramente vantaggioso in termini di chiarezza espositiva, l'urbanistica di genere si sviluppa su tre principali direttrici, ognuna delle quali rappresenta una proposta alle altrettante critiche mosse al tradizionale modello pianificatorio: la neutralità di genere per gli spazi pubblici, oggi carente; una diversa concezione dell'uso degli spazi pubblici della città, per renderli conformi alle esigenze femminili; una maggiore attenzione al tema della "sicurezza", essendo evidenti i rischi per l'incolumità delle donne, specialmente in certi quartieri e in determinate fasce orarie[18].

---

green economy in Europe: a critical approach, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 635 ss.; R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *Smart Cities for an Intelligent Way of Meeting Social Needs*, in *Le futur du droit administratif. The future of administrative law,* J.B. Auby (diretto da), SciencesPo, LexisNexis, 2019, 431 ss.; M.G. Della Scala, *Lo sviluppo sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, 2018, 788 ss.

[15] V. Lomazzi, *Gender mainstreaming and gender equality in Europe: Policies, legislation and Eurobarometer surveys*, in *Studi di sociologia*, 2018, 23 ss.

[16] Sulla cui persistenza, tra i tanti, L. Ferrajoli, *La questione dell'uguaglianza di genere tra normativa e ineffettività*, in *Notizie di politeia*, 2021, 30 ss.; sugli stessi temi, F. Bilancia, *La parità di genere: il lungo cammino a partire dalla decisione della Corte costituzionale del 1960*, in *Lo Stato*, 2021, 247 ss.; A. Simonati, *La parità di genere*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2021, 9 ss.

[17] Sul concetto di città e sulle relative opportunità offerte a favore della comunità, che vanno ben oltre i confini amministrativi del comune, tra i contributi più rilevanti, G. Piperata, *La città oltre il Comune: nuovi scenari per l'autonomia locale*, in *Ist. fed.*, 2019, num. spec., 135 ss.; F. Cortese, *Dentro il nuovo diritto delle città*, in *Munus*, n.2/2016, V ss., R. Cavallo Perin, *L'ordinamento giuridico della città*, in *Munus*, 2019, 365 ss.; Id., *Beyond the Municipality: the City, its Rights and its Rites*, in *Italian Journal of Public Law*, n.2/2013, 307 ss., in cui la città è definita un «hub of a plurality of networks», a cui si rinvia anche per la copiosa letteratura anglosassone. Doveroso il riferimento anche a J.B. Auby, *Droit de la ville. An introduction*, *ibidem*, 302 ss.; F. Giglioni, *Le città come ordinamento giuridico*, in *Ist. fed.*, 2018, 29 ss.

[18] Per tutti, A. Muzzonigro, *City of care*, cit., *passim*.

È intenzione di chi scrive non indugiare a lungo sulla prima criticità, non tanto per il disinteresse o la sottovalutazione del tema, quanto perché il diritto non pare francamente utile per offrire soluzioni al problema, che si presenta sotto una veste puramente "politica" più che giuridica[19]. Infatti, la contestazione della mancata neutralità degli spazi pubblici si basa su un uso della toponomastica eccessivamente declinata al maschile, mentre per agevolare la costruzione di una "questione identitaria" al femminile, favorendo il senso di immedesimazione delle donne negli spazi urbani, si dovrebbero intitolare un numero maggiore di vie e/o piazze a quelle che si sono contraddistinte per particolari meriti di scienza[20]. In breve, la soluzione al problema passa da una nuova consapevolezza politico-culturale e non da una differente applicazione delle norme.

È invece diverso il ragionamento con riguardo agli altri due profili, ossia l'auspicio di creare spazi pubblici della città conformi alle esigenze delle donne e la questione "sicurezza": in entrambe le ipotesi, infatti, la scienza giuridica sembra offrire degli strumenti per rendere, se non delle risposte certe, quantomeno degli spunti di riflessione nel tentativo di risolvere il problema della disparità di genere.

Nel prosieguo del lavoro, questi due punti verranno esaminati in modo autonomo perché – come si vedrà – i problemi sono diversi: è perciò preferibile proporre ragionamenti distinti.

3. *I limiti della "città di prossimità" nel filtro di genere, tra presupposti opinabili e rischio di "ghettizzazione" delle donne*

Le più significative proposte per la creazione di spazi pubblici della città "conformi alle esigenze delle donne" vanno nella direzione di creare una città "di prossimità", che agevoli gli spostamenti brevi da un luogo all'altro, aggiungendo il filtro di genere al noto concetto della "città in quindici minuti"[21], attrezzando quindi gli spazi urbani in modo tale che le donne riescano più facilmente a fruire di servizi di vicinato poiché, in modo non difforme dal passato, continuano ancora oggi ad essere culturalmente più responsabilizzate, e di conseguenza ad investire un tempo maggiore rispetto agli uomini, nella cura e gestione della famiglia[22].

---

[19] Del resto, la dottrina ha generalmente dedicato attenzioni alla toponomastica in rapporto alle vicende del bilinguismo, con particolare riferimento alla Provincia autonoma di Bolzano: cfr. G. DE VERGOTTINI, *Profili giuridici della toponomastica nella Provincia di Bolzano*, in *Dir. soc.*, 1986, 651 ss.; di recente, S. PENASA, *Bilinguismo e toponomastica: un punto fermo verso il bilanciamento tra primato della lingua italiana e tutela delle minoranze linguistiche?*, in *Le Regioni*, 2019, 249 ss.

[20] A. GIURI, *Spazio simbolico e rappresentazione dei generi nella città*, cit., *passim*.

[21] È noto che il concetto è stato sviluppato dall'urbanista franco-colombiano Carlos Moreno in numerosi lavori: tra i più noti e recenti, si segnala C. MORENO et al., *Introducing the "15-Minute City": Sustainability, Resilience and Place Identity in Future Post-Pandemic Cities*, in *Multidisciplinary Digital Publishing Institute (MDPI)*, *Smart Cities*, n.4/2021, 93 ss., consultabile in *https://www.mdpi.com/2624-6511/4/1/6*.

[22] Sono considerazioni di L. KERN, *La città femminista*, cit., *passim*; F. ANDREOLLA e A. MUZZONIGRO, *Milano Atlante di genere di genere*, cit., *passim*.

Favorire le attività produttive e commerciali in una prospettiva "di vicinato" richiede di rivedere l'approccio iper-razionalistico dell'urbanistica del XX secolo, basato sulla rigida zonizzazione (abbandonando dunque la già menzionata logica dei "quartieri-dormitorio"), perché il modello non sarebbe più in grado di recepire e valorizzare appieno i bisogni emergenti nelle città secondo dinamiche molto più frenetiche rispetto al passato[23]. In questa rinnovata prospettiva, la pianificazione urbanistica potrebbe offrire un contributo decisivo rimodulando gli spazi della città pubblica secondo una logica di prossimità e la promozione di esercizi di vicinato che, favorendo gli spostamenti brevi, agevolerebbero la partecipazione femminile alle attività produttive e più in generale al settore del lavoro, senza imporre un allontanamento dalla zona di residenza, rendendo in questo modo conciliabili le plurime attività che le donne quotidianamente svolgono. O, da altra visuale, pare anche utile considerare il fatto che la logica dei servizi di prossimità potrebbe giovare alla parità di genere agevolando la cura della famiglia da parte degli stessi uomini.

Da qualunque prospettiva si esamini la vicenda, l'obiettivo è comunque quello di costruire spazi urbani in cui ci sia commistione fra tessuto produttivo-commerciale della città e quello residenziale.

Un interessante esempio in questo senso è rinvenibile nel nuovo piano urbanistico generale del comune di Bologna, il quale riconosce la necessità di mantenere sul territorio una presenza diffusa di piccole attività, da intendersi come esercizi commerciali e produttivi, attraverso il divieto, valevole all'interno del territorio urbanizzato, del cambio di destinazione dalla funzione produttiva e commerciale alla funzione residenziale per gli edifici con dimensione non superiore a 250 metri quadri[24].

Questo tipo di politiche urbane, rivolte al mantenimento delle attività di prossimità e dei pubblici esercizi/di vicinato per garantire la "vivibilità" e il "presidio sociale" del territorio urbanizzato[25], sono il presupposto per la creazione di quartieri residenziali multi-uso, in grado di ospitare servizi primari essenziali e, al contempo, risultare attrattivi.

---

[23] Alcune critiche al modello razionalistico di pianificazione sono state mosse anche da giuristi che hanno approfondito il tema della pianificazione a prescindere dalle vicende di genere: cfr. P. Urbani, *Sulla pianificazione urbanistica: modalità di acquisizione dei suoli, garanzia dei servizi pubblici e rigenerazione dei beni comuni*, in *Riv. giur. edil.*, 2019, 303 ss.; in termini ancora più netti, scrive di «fallimento» della pianificazione, F. Giglioni, *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus*, 2016, 272 ss., spec. 277, 307, 312.

[24] Il riferimento è l'azione 2.2C della disciplina di piano "Favorire i servizi e le attività commerciali di vicinato", che ha per l'appunto come obiettivo il mantenimento sul territorio di una presenza diffusa di attività commerciali e pubblici esercizi che rappresentano elementi fondamentali per la vivibilità e il presidio sociale degli spazi pubblici e privati utilizzati quotidianamente.

[25] Non si nasconde, tuttavia, che tale modello non è in assoluto esente da critiche. Infatti, la limitazione a trasformare in residenza un edificio con destinazione produttiva e/o commerciale dovrebbe inevitabilmente condurre ad un aumento spropositato di valore degli immobili residenziali, con conseguente "blocco" del mercato. Inoltre, le attività produttivo-commerciali non potrebbero garantire un presidio del territorio oltre l'orario di lavoro, cosa che invece chi risiede in certe zone garantirebbe proprio perché vive quello spazio nella fascia serale e notturna della giornata.

Tuttavia, nonostante siano più che condivisibili le nobili intenzioni di questo approccio, non si può fare a meno di intravedere alcuni limiti o, finanche, qualche rischio, nell'acritica applicazione dei principi sin qui esaminati.

Il ragionamento sull'urbanistica di genere – si diceva – parte dall'affermazione che occorre (ri)pianificare la città in base alle *esigenze* delle donne, là dove la creazione di servizi di prossimità e gli spostamenti brevi rappresentano il mezzo per raggiungere l'obiettivo.

Il problema diviene quello di individuare tali esigenze.

Al riguardo, emergono dei dubbi – perlomeno sul piano strettamente lavorativo – in ragione dei quali ci si chiede se abbia senso adottare un nuovo modello pianificatorio concepito attorno ai bisogni delle donne quando, per ottenere una effettiva parità di genere, sarebbe invece opportuno che questi vadano sempre più a coincidere con le necessità maschili. Cioè, raggiungere una reale situazione di parità nell'accesso al mondo del lavoro ed alle sue posizioni apicali nei vari settori dovrebbe comportare una graduale convergenza della condizione maschile e femminile nella quotidianità e la conseguente coincidenza di bisogni.

Sotto questo punto di vista, non sembra certo che la contrapposizione tra spazi basata sul genere possa arrecare benefici reali alle donne, proprio perché è opinabile il presupposto del ragionamento: la persistenza di bisogni differenti. Se le necessità devono collimare, pianificare in base al genere appare un controsenso.

Ma c'è di più.

Molti degli studi che propongono di realizzare quartieri «a misura di donna» presuppongono che le donne abbiano esigenze da "casalinga", ovvero che "non possano sfuggire ai loro ruoli tradizionali di madri e mogli"[26]. Evidentemente i rapporti qui citati sono funzionali a denunciare la situazione descritta, ma rimane il fatto che basano il proprio ragionamento su un profilo – quello del collegamento "donna-casalinga" – che ovviamente va modificato, eppure l'urbanistica di genere non sembra il mezzo più adeguato perché la medicina potrebbe rivelarsi più grave del male. Non pare dimostrato l'assunto secondo cui la creazione di quartieri "a misura delle esigenze femminili" sia davvero efficace nella prospettiva dell'emancipazione, potendo piuttosto originare il rischio di una "ghettizzazione" della donna, certamente agevolata nelle sue attività quotidiane e di conciliazione delle mansioni casa-lavoro, ma altrettanto sfavorita nel raggiungimento di posizioni apicali nelle aree lavorative configurabili quali "centri del potere", che rimarrebbero appannaggio degli uomini in altri contesti cittadini.

In breve, al di là delle nobili intenzioni, un'applicazione acritica ed integrale degli auspici dell'urbanistica di genere potrebbe determinare un "effetto boomerang", con il possibile rallentamento dell'affermazione della donna sul piano lavorativo.

Certo, si può obiettare che, a differenza degli uomini, la figura femminile è, nella

[26] Si v. lo studio svolto «La città sicura» svolto dall'Università di Napoli e consultabile all'indirizzo *https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/290277* (pag. 49). Si v. altresì *https://www.dite-aisre.it/alcune-letture-per-una-citta-inclusiva-e-femminista/*.

percezione sociale, quella chiamata ad occuparsi del "focolare", per cui le sarebbe più difficile rispetto all'uomo allontanarsi dalla propria abitazione: ma questo è semmai un (rilevante) problema culturale e l'urbanistica di genere non pare comunque un rimedio consono, per lo meno nel lungo periodo, perché rischia di incentivare la donna a radicarsi in un certo contesto spaziale, con conseguenze negative per gli spostamenti, la crescita e l'affermazione professionale rispetto agli uomini.

Né sembra decisivo, in senso contrario, affermare che nell'attuale periodo storico, in cui l'intero globo sta ancora affrontando la crisi pandemica, le donne possano aspirare a più rapide progressioni di carriera senza spostarsi dalla propria abitazione grazie al lavoro agile (o c.d. *smart working*), divenuto noto ai più a seguito della diffusione del Covid-19[27] come uno degli strumenti di riorganizzazione nella fase emergenziale[28]. Sembra ormai evidente che il lavoro agile non andrà a sostituire *in toto* lo svolgimento della prestazione in presenza, considerazione valida soprattutto per i ruoli dirigenziali, o comunque per chi riveste una posizione datoriale: costoro, infatti, difficilmente svolgeranno le proprie mansioni in modo prevalente dal luogo di dimora. Questa considerazione di buon senso è facilmente dimostrabile con riguardo alle pubbliche amministrazioni[29] perché le linee guida[30] per il ritorno presso gli uffici dei dipendenti pubblici stabiliscono all'art. 2, comma 2, lett. g), il prevalente svolgimento in presenza della prestazione, in particolare con riferimento ai «soggetti titolari di funzioni di coordina-

[27] Per precisione, è comunque bene rilevare che le espressioni "lavoro agile" e "smart working" sono state in effetti utilizzate come sinonimi nel linguaggio giuridico e dei media, ma entrambe si differenziano dal "lavoro da remoto". Come specifica l'art. 6 delle linee guida del 30 novembre 2021, rubricate «Schema di Linee guida in materia di lavoro agile nelle amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 1, comma 6, del decreto del Ministro per la pubblica amministrazione recante modalità organizzative per il rientro in presenza dei lavoratori delle pubbliche amministrazioni», infatti, il "lavoro da remoto" si distingue per l'apposizione di specifici vincoli di orario, tanto è vero che il lavoratore è soggetto ai medesimi obblighi derivanti dallo svolgimento della prestazione lavorativa presso la sede dell'ufficio, in particolare con riferimento ai tempi di connessione. Diversamente, ai sensi dell'art. 18, comma 1, l. 22 maggio 2017, n. 81 – siamo dunque in periodo pre-pandemico – il lavoro agile si caratterizza per la definizione di un accordo tra le parti, anche con forme di organizzazione per fasi, cicli e obiettivi e senza precisi vincoli di orario o di luogo di lavoro. Quest'ultima è, perciò, una tipologia di prestazione svolta senza particolari vincoli temporali, cosicché il lavoratore può organizzarsi con un buon grado di autonomia, che è stata utilizzata appositamente per regolare gli incarichi di lavoro autonomo dei professionisti. Cfr. M. Biasi, *Brevi spunti sul lavoro da remoto "post"- emergenziale, tra legge (lavoro agile) e contrattazione ("smart working")*, in *Il lavoro e previdenza oggi*, 2021, 160 ss. Più in generale, sulle misure che hanno limitato le attività economiche per contrastare la pandemia, M. Cecchetti, *Le limitazioni alla libertà di iniziativa economica privata durante l'emergenza*, in *Riv. AIC*, 2020, 59 ss.

[28] G. Corso, *Emergenza e organizzazione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, n.2/2020, 13 ss.

[29] Per un approfondimento sulle problematiche del rapporto tra p.a. e telelavoro, G. Melis, *Riformare l'amministrazione pubblica a partire dallo smart working*, in *Il Mulino*, 2020, 629 ss.

[30] Le linee guida, la cui adozione è stata prevista dall'art. 1, comma 6, del decreto del Ministro per la pubblica amministrazione dell'8 ottobre 2021, rimarranno in vigore sino alla regolamentazione che sarà inserita nei contratti collettivi nazionali di lavoro, i quali disciplineranno a regime l'istituto per gli aspetti non riservati alla fonte unilaterale.

mento e controllo, dei dirigenti e dei responsabili dei procedimenti (pt. prima, art. 2, comma 2, lett. g)»[31]. Ma analoga considerazione dovrebbe valere anche con riferimento al settore privato, ricordando che l'art. 18, l. 22 maggio 2017, n. 81, cioè la prima normativa organica che si è occupata di regolare il lavoro agile quale "modalità di esecuzione del rapporto di lavoro subordinato", sottintende che il datore non possa fruirne se non in modo residuale[32].

Tutto quanto ritenuto, preme chiarire che non è intenzione contestare il modello della "città in 15 minuti" né la costruzione di un'urbanistica strutturata sulla logica dei servizi di prossimità e sugli spostamenti brevi, soprattutto dopo quanto accaduto a seguito della diffusione della pandemia: al contrario, si ritiene che la creazione della città della "prossimità" e le varie considerazioni sin qui svolte siano utili a prescindere dal genere, in una logica di sostenibilità ambientale e territoriale, la quale ha però poco a che vedere con l'affermazione della donna.

Piuttosto, per motivi di perequazione di genere, sembrerebbe più utile intervenire su altri settori, come ad esempio il sostegno alla paternità per i figli, gli incentivi al lavoro femminile, la parità di salario, la non discriminazione sui luoghi di lavoro, o ancora una maggiore tutela a livello contrattuale per le donne in caso di gravidanza.

Se l'acritica applicazione del modello dell'urbanistica di genere non convince appieno con riguardo all'ambito lavorativo per presupposti ritenuti (in parte) opinabili e, soprattutto, per i rischi di ghettizzazione della figura femminile, altri ragionamenti possono invero proporsi sul rapporto tra, da un lato, la rimodulazione degli spazi e la mobilità cittadina e, dall'altro, la tutela della sicurezza delle donne.

4. *Urbanistica di genere e sicurezza*

I lavori delle scienze urbanistico-architettoniche già sopra citati motivano la necessità di promuovere l'urbanistica di genere anche attraverso una nuova concezione della mobilità *nella* (e verso la) città per assicurare alle donne maggiore sicurezza per la propria incolumità psico-fisica, troppo spesso compromessa da crimini che, non di rado, presentano anche un livello di efferatezza elevato[33].

Nel filtro dell'urbanistica di genere, promuovere la sicurezza significa avanzare diverse proposte.

Tra queste, si può innanzitutto segnalare l'idea di potenziare il trasporto pubblico locale in modo da garantire alle donne la possibilità di spostarsi agevolmente ed in tempi relativamente brevi tra le varie zone della città, diminuendo

[31] È possibile consultare il testo delle linee guida sul ritorno in presenza dei dipendenti pubblici (in particolare incentivata per i dirigenti) e sulla regolazione della prestazione tramite telelavoro al seguente indirizzo web: *https://www.funzionepubblica.gov.it/sites/funzionepubblica.gov.it/files/lineeguidalavoroagile.pdf*.

[32] E. Balletti, *"Smart working" e pari opportunità*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, 2021, 487 ss.

[33] Si fa riferimento, tra gli altri, agli scritti indicati alla nota 4.

il rischio di subire negli spazi pubblici – ed in particolare nelle ore notturne – disturbi e/o approcci sgraditi, che potrebbero finanche eccedere in comportamenti pericolosi per l'incolumità, se non in violenza fisica[34]. Dunque, l'affermazione secondo cui "la città che riduce le distanze, che considera principalmente l'uso di mezzi […] sia dal punto di vista dei tempi sia dei luoghi, è una città più vicina alle donne"[35] si basa sul presupposto che il potenziamento dei servizi di trasporto pubblico locale configuri in sé un modello da seguire per rendere la città più "a misura di donna".

La premessa è fondata se finalizzata ad evitare l'attraversamento in solitaria di aree urbane note per essere insicure, specialmente di notte. Tuttavia, l'utilizzo del mezzo di trasporto pubblico non è necessariamente sicuro, perché al suo interno possono verificarsi delle molestie, ipotesi purtroppo nota e non così infrequente, come tristemente documentato – se mai ce ne fosse stato bisogno – da importanti testate giornalistiche nazionali[36].

È emblematico il fatto che, nel dicembre del 2021, a seguito di ripetute molestie a sfondo sessuale subite da giovani donne nella tratta ferroviaria che serve l'area metropolitana di Milano, sia stata lanciata una petizione online con la proposta di destinare delle carrozze alle sole donne al fine di contrastare la crescente sensazione di insicurezza sui treni[37]. Ne è scaturito un dibattito con vedute diametralmente opposte, alcune delle quali favorevoli all'iniziativa, ritenuta un gesto di doverosa sensibilità ed accortezza verso il genere femminile[38], là dove

[34] È purtroppo evidente come la regolazione del trasporto pubblico locale e, più nello specifico, i contratti di servizio tra amministrazione e gestore, siano generalmente incentrati sulle modalità di scelta del concessionario – e dunque sulla materia "concorrenza" – sulle funzioni di regolazione degli enti competenti, sugli obblighi di servizio pubblico, sugli standard qualitativi minimi e, perciò, sui profili tariffari: cfr. G. de Vergottini, *Concorrenza e servizi agli utenti nel trasporto pubblico regionale e locale*, in F.A. Roversi Monaco, G. Caia, (a cura di), *Il trasporto pubblico locale*, vol. I, Napoli, 2018, 15 ss.; A. Zito, *La politica pubblica dei trasporti tra libertà di movimento ed interessi sociali ed economici: profili concettuali e sistematici*, in *Nuove autonomie*, 2019, 215 ss. Pertanto, ancora troppo poco spazio viene dedicato alle riflessioni sugli obblighi di servizio pubblico in funzione alla prevenzione di pericoli dentro il mezzo. Più in generale, indaga la rinnovata percezione dell'importanza della natura pubblica dei servizi, M. Dugato, *La crisi del concetto di servizio pubblico locale tra apparenza e realtà*, in *Dir. amm.*, 2020, 511 ss. Per una recente analisi sul rapporto tra città e trasporti nell'ottica della sostenibilità, E. Guarnieri, *Città, trasporto pubblico locale e infrastrutture nella stagione della mobilità sostenibile: la sinergia dell'insieme*, in www.*federalismi.it*, 2022, 16.

[35] Al riguardo, si v. le considerazioni sul rapporto tra urbanistica di genere e mobilità alla seguente pagina: *https://www.repubblica.it/cronaca/2022/02/04/news/l_urbanistica_di_genere_cambia_le_citta_e_questo_non_e_un_paese_per_donne-336445755/*.

[36] Sulla documentazione a livello mediatico in tema di molestie e/o violenze sui mezzi pubblici, quali i treni, *https://www.repubblica.it/cronaca/2022/02/04/news/l_urbanistica_di_genere_cambia_le_citta_e_questo_non_e_un_paese_per_donne-336445755/*. Con riferimento ai bus, ad esempio, si v. tra i tanti *https://torino.repubblica.it/cronaca/2022/01/31/news/molestatori_sul_bus_l_intelligenza_artificiale_scopre_i_seriali_-335825669/*.

[37] Per i riferimenti, *https://www.thewom.it/culture/womfactor/carrozze-sole-donne-petizione*.

[38] Così le considerazioni rinvenibili in *https://luce.lanazione.it/primo-trio-hp/vogliamo-viaggiare-sicure-la-petizione-per-destinare-le-carrozze-in-testa-al-treno-soltanto-alle-donne/*.

altre non hanno lesinato feroci critiche alla proposta, ritenendola uno strumento che, a dispetto delle buone intenzioni, non avrebbe fatto altro che contribuire ad una ulteriore ghettizzazione della donna, senza riconoscerle alcuna libertà ma anzi confermandone la subordinazione rispetto all'uomo[39].

Oltre alla questione dei trasporti, sulla quale il confronto è ancora aperto, il rapporto tra urbanistica di genere e sicurezza della donna abbraccia anche altri profili, quali la gestione degli spazi pubblici della città e la loro rimodulazione, con l'obiettivo di assicurare al genere femminile maggiore vivibilità e ridurre i rischi per l'incolumità nello svolgimento delle attività quotidiane.

Diverse sono le azioni su cui l'urbanistica di genere si sta concentrando: tra quelle più note, si ricordano il più puntuale presidio del territorio, anche attraverso una attivazione da parte della società civile, e la rimodulazione degli spazi pubblici al fine di garantire la massima visibilità del contesto.

Sotto il profilo strettamente normativo, si può ragionare su come organizzare queste politiche, il che apre all'interrogativo se simili operazioni possano essere perseguite per tramite delle sole funzioni comunali ovvero se sia necessario il coinvolgimento di altri poteri che esulano dalla scala locale.

Anticipando in parte le successive considerazioni, non sembra che la risposta sia univoca, ma dipenda dal tipo di azione che verrà promossa; è bene, dunque, procedere con quella che in dottrina è già stata definita la "nobile arte del distinguere"[40].

4.1. *Il presidio del territorio nella gestione degli spazi pubblici*

Il presidio del territorio nella gestione degli spazi pubblici della città può avvenire secondo differenti indirizzi.

Il primo richiama una delle più tradizionali funzioni amministrative, ossia quella della salvaguardia della pubblica sicurezza, sintomo della presenza dello "Stato" (inteso come complesso di apparati) sul territorio; a sua volta, tale funzione può svolgersi secondo differenti modalità, quali ad esempio l'uso di un numero più elevato di sistemi di videosorveglianza, la più intensa presenza delle forze dell'ordine, un maggiore utilizzo dell'illuminazione pubblica. A questi metodi, si aggiunge quello del c.d. "presidio di comunità" (*infra*), al quale saranno dedicate alcune considerazioni a parte.

La salvaguardia della pubblica sicurezza pone un problema di competenza, perché il Comune – il quale, nella figura del sindaco suo legale rappresentante *pro tempore*, può pure imporre prescrizioni significative nell'ambito su cui si sta ragionando mediante i noti poteri di ordinanza *ex* art. 54, comma 4, d.lgs. 18 agosto

[39] Si segnalano le considerazioni dell'ex Presidente della Camera, On. Laura Boldrini, dichiarata femminista. L'intervista è rinvenibile all'indirizzo: *https://www.lapressa.it/articoli/societa/carrozze-solo-per-donne-boldrini-e-una-forma-di-ghettizzazione*.

[40] M. Cammelli, *Centro e periferia: l'emergenza fa cadere il velo*, in *Il Mulino*, 2020, 396 ss., spec. 401.

2000, n. 267[41] – non sempre dispone dei poteri necessari e degli strumenti necessari per l'attuazione delle misure stabilite, dovendo talvolta rivolgersi ad altri enti.

Se non sembrano persistere ostacoli decisivi alla capacità decisoria dell'ente locale per il potenziamento dei sistemi di videosorveglianza nei luoghi pubblici[42] a fini di sicurezza urbana[43] – e cioè di deterrenza di fenomeni criminosi ed agevolazione di una proficua collaborazione tra polizia e magistratura[44] – a condizione che vengano rispettate le disposizioni in tema di riservatezza e il principio di proporzionalità[45], non altrettanto può dirsi con riferimento alla scelta di disporre in modo più significativo della presenza delle forze dell'ordine.

In coerenza con il dettato costituzionale[46], la legge riconosce la primazia dello Stato nella gestione della forza pubblica e del controllo del territorio, come la Corte costituzionale non ha mancato di ribadire circa dieci anni fa[47]. Più

[41] Il tema delle ordinanze e, più nello specifico, delle ordinanze sindacali, è stato ampiamente indagato in dottrina. Tra i riferimenti più significativi, si v. F. Cortese, *La sicurezza urbana e il potere di ordinanza del Sindaco tra competenze statali e competenze regionali: come districare l'intreccio?*, in *Le Regioni*, 2010, 123 ss.; V. Cerulli Irelli, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2007, 377 ss.; M. Gnes, *I limiti del potere d'urgenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 641 ss. Più in generale, R. Cavallo Perin, *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, 1990; G. Morbidelli, *Delle ordinanze libere a natura normativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 33 ss.; G. Manfredi, *Potere di ordinanza* [Dir. amm.], in *Diritto on line*, 2019, M. Ramajoli, *Potere di ordinanza e Stato di diritto*, in Aa.Vv., *Studi in onore di A. Romano*, Napoli, 2011, 735 ss.

[42] Ai sensi dell'art. 6, comma 7, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv. dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, la competenza all'installazione dei sistemi di videosorveglianza in luoghi pubblici o aperti al pubblico, per finalità di tutela della sicurezza urbana, spetta al comune. La norma è specificamente funzionale ad evitare reati di violenza sessuale, come stabilito espressamente dal Capo I del d.l. n. 11/2009.

[43] Sul concetto di "sicurezza urbana" e sulle sue tribolate vicende legate ai tentativi del legislatore di attribuire maggiori poteri ai sindaci ed ai conseguenti interventi della Corte costituzionale, si rinvia al recente ed accurato lavoro di M.T. Sempreviva e G. Trombetta, *La sicurezza urbana e la sicurezza integrata. Luci e ombre di due recenti categorie*, in *www.federalismi.it.*, n.16/2022, 251 ss.; sul rapporto tra urbanistica e sicurezza urbana, M. Brocca, *Nuove frontiere del diritto urbanistico: le interazioni con la sicurezza urbana*, in *www.federalismi.it,* n.10/2020, 1 ss.

[44] Per una lettura sul tema S. De Leonardis et al., *Videosorveglianza e sicurezza urbana*, in *Riv. polizia*, 2012, 39 ss.

[45] Per una ricostruzione delle disposizioni normative sulle modalità di installazione degli impianti di videosorveglianza, anche in rapporto al diritto alla riservatezza, cfr. M. Bonazzi, *La videosorveglianza ai fini della tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica, con particolare riferimento alle novità introdotte dalla legge 18 aprile 2017, n. 48*, in *Riv. polizia*, 2018, 545 ss.

[46] L'art. 117 comma 2, Cost. stabilisce che difesa, forze armate, ordine pubblico e sicurezza sono materie di competenza esclusiva dello Stato, ad esclusione della polizia amministrativa locale, che fa riferimento ad un complesso di funzioni a tutela dell'ordine civile.

[47] Corte cost., 6 maggio 2010, n. 167, con commento di P. Bonetti, *L'ordinamento della polizia locale tra Stato e Regioni (commento a Corte cost. sent. 167/2010)*, in *Le Regioni*, 2010, 705 ss., ed in particolare 711, in cui si legge che la sentenza ribadisce la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale per cui ogni tipo di coordinamento in materia di sicurezza tra Stato e regione spetta in via esclusiva alla legislazione statale, come prevede l'art. 118, comma 3, Cost., sicché «la legge

precisamente, ai sensi dell'art. 1, l. 1° aprile 1981, n. 121 («Nuovo ordinamento dell'amministrazione della pubblica sicurezza»), la competenza per le questioni di ordine e sicurezza pubblica sono attribuite al Ministro dell'interno, che è autorità nazionale di pubblica sicurezza e, nell'eseguire le proprie funzioni, si avvale sia del complesso apparato di pubblica sicurezza[48] sia delle articolazioni decentrate del suo dicastero, ossia questura e prefettura[49]. Infatti, ai sensi degli artt. 13 e 14, l. n. 121/1981, il prefetto e il questore sono autorità provinciali di pubblica sicurezza: mentre il primo ha la responsabilità generale dell'ordine e della sicurezza pubblica nella Provincia e sovraintende all'attuazione delle direttive emanate in materia, promuovendo le misure occorrenti e disponendo della forza pubblica[50], il secondo ha la direzione, la responsabilità ed il coordinamento, a livello tecnico-operativo, dei servizi d'ordine e di sicurezza pubblica, avvalendosi perciò della forza pubblica e delle altre forze eventualmente poste a sua disposizione[51].

In breve, sebbene non si ignori l'esistenza di esperienze di raccordo tra livelli di governo per co-definire e delocalizzare le funzioni di sicurezza urbana[52], che

regionale non può neppure unilateralmente prevedere che la polizia locale eserciti in via prioritaria un determinato compito in materia di sicurezza quale è il controllo del territorio». Cfr. anche Id., *Ordine pubblico, sicurezza, polizia locale e immigrazione nel nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, 483 ss.

[48] Comprensivo sia della Polizia di Stato, sia dell'insieme delle altre forze di polizia intese in senso lato elencate nell'art. 16, l. n. 121/1981 (Arma dei carabinieri, Guardia di Finanza, Corpo di Polizia penitenziaria e Corpo forestale dello Stato). A. Fioritto, *Le forme organizzative dell'amministrazione dell'emergenza*, in Aa.Vv., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, cit.,157 ss., ed in particolare 164-165, ricorda come l'Amministrazione di pubblica sicurezza è costituita da una molteplicità di strutture, di cui il Ministero dell'interno può avvalersi. Ne fanno parte tutte le forze di polizia di cui all'art. 16, l. n. 121/1981: Polizia di Stato, Arma dei Carabinieri, Corpo della Guardia di Finanza, Corpo di polizia penitenziaria, Corpo forestale dello Stato. Per completezza, si ricorda che, a seguito del d.lgs. 3 aprile 2018, n. 34, il Corpo forestale dello Stato è oggi incardinato nell'Arma dei Carabinieri: cfr. anche Cfr. G. Caia, *L'ordine e la sicurezza pubblica*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, parte speciale, vol. I, 281 ss.

[49] La funzione di raccordo tra centro e periferia del prefetto è stata oggetto di numerosi studi in dottrina. Tra i principali, M. Cammelli, *Relazioni tra prefettura ed amministrazione provinciale*, in *Reg. gov. loc.*, 1984, 56 ss.; S. Cassese, *L'evoluzione dell'istituto prefettizio*, in *Cons. Stato*, 1990, 555 ss.; L. Vandelli, *I poteri locali*, Bologna, 1990, spec. 318-320; M.C. Mascambruno, *Il prefetto*, Milano, 1992, n. 5-6 e 10 ss.; R. Di Passio, *Il prefetto nel sistema politico-istituzionale*, in *Stato e Regione*, 1978, 25 ss.; A. Tranfaglia, *Il ruolo del ministero dell'interno e del prefetto*, in *Nuova rass.*, 1987, 13 ss.

[50] Per una più approfondita analisi sul potere di disposizione delle forze armate da parte del prefetto, M.C. Mascambruno, *Il prefetto*, cit., 93 ss.

[51] Sulla differente funzione tra prefetto e questore, Id., *op. ult. cit.*, 51, che appunto ricorda come la responsabilità del prefetto sia di natura politica, mentre quella del questore sia a carattere tecnico-operativo. Per completezza, si ricorda infine che l'art. 15 individua come autorità di pubblica sicurezza a livello locale i funzionari preposti ai commissariati di polizia nei comuni diversi da quelli di capoluogo di provincia mentre, se in questi stessi comuni non sono stati istituiti commissariati, il medesimo ruolo è riconosciuto al sindaco in qualità di ufficiale di governo (comma 2).

[52] M. Brocca, *L'altra amministrazione*, *Profili strutturali e funzionali del potere di ordinanza*, Napoli, 141-144, evidenzia che sul piano normativo (statale e regionale) e su quello amministrativo pos-

hanno in passato prodotto anche curiosi tentativi di attribuzione al sindaco di estesi poteri di ordinanza[53], puntualmente bocciati dalla Consulta[54], la competenza a dirigere l'apparato e le risorse di pubblica sicurezza a livello locale spetta alle strutture decentrate dello Stato, con la conseguenza che le amministrazioni locali devono fare a queste riferimento per chiedere la disponibilità delle forze dell'ordine[55]. Sulla c.d. "sicurezza pluralistica" condivisa tra i livelli di governo si è perciò assistito ad una (ri)centralizzazione del protagonismo statale[56].

Il presidio statale può però avere un volto anche meno coercitivo, che potrebbe rivelarsi egualmente efficace in termini di deterrenza nel compiere atti di violenza e/o molestie verso le donne: la maggiore illuminazione degli spazi.

Il tema è afflitto da una lacuna normativa, perché alcuni legislatori regionali hanno sì adottato delle norme sulla regolazione dell'uso della luce, ma per obiettivi rivolti al contrasto dell'inquinamento luminoso[57], con l'intenzione di rendere i comuni "smart" anche sotto il profilo del risparmio energetico (si pensi, ad esempio, alla c.d. illuminazione intelligente)[58], profilo oggi più che mai attuale in ragione della crisi relativa alla disponibilità delle risorse, causata soprattutto dal conflitto russo-ucraino[59]. Diversamente, non risultano in vigore fonti né statali né regionali sull'illuminazione pubblica in rapporto alla sicurezza, se non le c.d. "norme UNI", di natura tecnica e peraltro funzionali a disciplinare l'illuminazione stradale per una corretta circolazione dei veicoli e, per l'effetto, per l'inco-

---

sono rinvenirsi delle importanti iniziative condivise tra Stato e autonomie territoriali – i c.d. patti della sicurezza – che intendono favorire l'esercizio coordinato delle funzioni di polizia di sicurezza. L'impostazione è coerente con l'art. 118, comma 3, Cost., il quale ammette forme di coordinamento Stato-regioni in questa materia. Tuttavia, Brocca rileva anche che nella maggioranza dei casi, il criterio del coordinamento risulta comunque secondario, per cui nelle vicende della sicurezza pubblica permane il rapporto di subordinazione gerarchica del sindaco rispetto agli altri uffici (prefetto e Ministro dell'interno).

[53] Il riferimento è ai c.d. "patti per la sicurezza", promossi nel 2008, in base ai quali venivano attribuiti al sindaco per via legislativa e anche per fonti normative secondarie il potere di ordinanza a libero regime in materia di sicurezza urbana: cfr. M.T. Sempreviva e G. Trombetta, *La sicurezza urbana e la sicurezza integrata. Luci e ombre di due recenti categorie*, cit., 253-254.

[54] Corte. cost. 7 aprile 2011, n. 115. Per alcuni commenti alla pronuncia, V. Cerulli Irelli, *Sindaco legislatore?*, in *Giur. cost.*, 2011, 1600 ss.; G. Tropea, *Una rivoluzionaria sentenza restauratrice (in margine a Corte Cost. n. 115/2011)*, in *Dir. amm.*, 2011, 623 ss.; P. Cerbo, *Principio di legalità e "nuove ed inedite" fattispecie di illecito create dai sindaci*, in *Le Regioni*, 2012, 215 ss.

[55] Più precisamente, il sindaco vanta meri poteri di polizia amministrativa ai sensi degli artt. 158 ss., d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

[56] Così M.T. Sempreviva e G. Trombetta, *La sicurezza urbana*, cit., 254.

[57] E. Fontanari e K. Kurcani, (a cura di), *Lumen: illuminare senza inquinare. Una proposta per Venezia*, Napoli, 2022; ivi, si v. anche K. Kurcani, *L'inquinamento luminoso e la tutela dei centri storici*, 21 ss.

[58] Per un approfondimento sull'illuminazione intelligente, https://www.aecilluminazione.it/aec-smart-system-illuminazione-pubblica-smart-city/.

[59] G. Luchena, *Crisi energetica e aiuti di Stato*, in *Riv. trim. dir. econ.*, 2022, 129 ss.

lumità delle persone[60]. La lacuna normativa non dovrebbe comunque impedire ai comuni di attivarsi per una regolazione della materia, sebbene la mancanza di indirizzi possa costituire uno svantaggio in termini di omogeneità di disciplina e di attribuzione delle risorse economiche necessarie.

Con riferimento, invece, al presidio di comunità, l'urbanistica di genere non intende rievocare lo strumento delle c.d. "ronde"[61], ma un modello di città che promuova l'apertura degli esercizi commerciali anche nelle ore notturne, rendendo così gli spazi urbani meno deserti e – si presume – più sicuri. Certo, anche in questo caso bisognerebbe riflettere bene su quali attività incentivare e quali scoraggiare, per evitare che il rimedio sia peggiore del male, come potrebbe accadere nel caso in cui rimangano aperti solamente quegli esercizi che somministrano bevande alcoliche. Ma il problema è di natura politica, mentre sul piano giuridico si tratta di comprendere come un simile proposito potrebbe attuarsi.

Se è oggi assodato che il comune, nell'esercizio della funzione pianificatoria, può condizionare lo svolgimento di attività economiche e commerciali, è altrettanto noto che la legittimità di questo tipo di azioni non può motivarsi sulla base di una (illegittima) logica protezionistica contraria alla concorrenza ma, al contrario, deve spiegarsi al fine di garantire una maggiore tutela e sostenibilità del territorio in base a interessi ambientali, paesaggistici e culturali[62]. Tanto premesso, però, la regolazione pubblica, da parte del comune, delle attività private, seppur finalizzata alla tutela di diritti fondamentali – come, ad esempio, una (auspicata) sicurezza delle donne attraverso un presidio territoriale – non può certamente giungere a ordinare un'apertura prolungata degli insediamenti commerciali per lo svolgimento di una (per di più teorica) azione di deterrenza, perché significherebbe attribuire al privato l'esecuzione di una sostanziale funzione pubblica, peraltro in difetto di una apposita fonte normativa. In definitiva, imporre per via amministrativa l'apertura prolungata alle ore notturne degli esercizi di vicinato

[60] Peraltro, le norme tecniche in linea generale non dovrebbero valore vincolante, se si pensa al fatto che UNI – Ente italiano di normazione – è un'associazione privata senza fini di lucro fondata nel 1921 e riconosciuta dallo Stato e dall'Unione europea, il quale studia, elabora, approva e pubblica le norme tecniche volontarie, in tutti i settori industriali, commerciali e del terziario. La natura delle norme UNI potrebbe essere cogente solo con riferimento ad un caso particolare, cioè quando sono richiamate o da un contratto o da un bando nel caso di una selezione competitiva da parte dell'amministrazione.

[61] Su cui T. Giupponi, *La sicurezza urbana e i suoi incerti confini, tra ordinanze sindacali e "ronde*, "in *Ist. fed.*, 2011, 707 ss. M. Cecchetti e S. Pajno, *Quando una "ronda" non fa primavera. Usi e abusi della funzione legislativa*, in *www.federalismi.it*, n.10/2009; V. Italia, *La sicurezza urbana. Le ordinanze dei sindaci e gli osservatori volontari,* Milano, 2010. Per uno studio monografico incentrato sul rapporto tra sicurezza e sussidiarietà, G. Tropea, *Sicurezza e sussidiarietà. Premessa per uno studio sui rapporti tra sicurezza pubblica e democrazia amministrativa*, Napoli, 2010.

[62] Sul tema, T. Bonetti, *Pianificazione urbanistica e regolazione delle attività commerciali nei centri storici*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 386 ss., spec. 405 ss.; cf. anche E. Boscolo, *Libertà di svolgimento e dell'attività di commercio: limiti e condizioni all'insediamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2018, 228 ss.; in precedenza, P. Bilancia, *La disciplina del commercio tra legislazione e attività pianificatoria*, in *Le Regioni*, 2005, 743 ss.

non è opzione perseguibile, perché la pianificazione urbanistica non vanta evidentemente un simile potere.

Non va poi dimenticato che nemmeno le regioni potrebbero giungere con legge in sostegno di una simile iniziativa comunale, a causa di probabili contrasti con la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. e con la materia della concorrenza, che la Consulta ha sempre salvaguardato nelle diatribe Stato-Regioni, risolte a favore del primo, al quale sono state riconosciute le competenze in merito alla regolazione degli orari degli esercizi commerciali[63].

Pertanto, ai Comuni non rimane che la strada dell'accordo con gli esercenti interessati, offrendo in cambio delle agevolazioni, come ad esempio quelle di natura fiscale.

4.2. *La rimodulazione degli spazi pubblici*

Nel rapporto tra urbanistica di genere e tutela della sicurezza delle donne nella dimensione urbana, merita qualche riflessione la rimodulazione degli spazi pubblici e delle relative pertinenze, tema che evoca questioni urbanistiche in senso stretto, secondo un approccio distinto, ma comunque connesso, a quanto sinora osservato.

Ripensare l'assetto fisico della città per la salvaguardia della salute psico-fisica delle donne consente di ipotizzare numerose proposte, motivo per cui è utile concentrarsi su quelle oggetto di maggiori attenzioni da parte delle scienze sociologiche ed urbanistiche[64].

Si fa riferimento innanzitutto alla promozione di adeguate politiche per la mobilità, che dovrebbero possibilmente confluire all'interno di un apposito piano di integrazione degli strumenti urbanistici, funzionale a rendere sicure le fermate dei trasporti pubblici: tra le proposte più facilmente attuabili, si segnalano la maggiore illuminazione delle pensiline di attesa e la promozione delle app di tracciamento per condividere la posizione con numeri pre-selezionati.

Ancora, sulla spinta di alcuni studi di recente pubblicati[65], il disegno della

[63] Da alcuni anni, il legislatore statale ha liberalizzato gli esercizi commerciali senza vincoli di orario o giorni festivi attraverso l'art. 31, commi 1 e 2, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv dalla l. 22 dicembre 2011, n. 214, e l'art. 3, comma 1, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. dalla l. 4 agosto 2006, n. 248. La Corte costituzionale ha spiegato che le leggi regionali possono derogare a queste misure solo per ragioni di tutela della salute, dell'ambiente, dell'ambiente urbano, mentre i sindaci possono adottare ordinanze di chiusura e/o limitazione degli orari solo per motivi di ordine pubblico/sicurezza urbana in situazioni contingenti: *ex multis*, Corte cost. 5 ottobre 2016, n.239; 11 marzo 2013, n.38; 8 aprile 2013, n.65, e farebbe lo stesso per leggi che impongono aperture *ex* art. 41 Cost. Per un commento in letteratura, M. Ramajoli, *Le liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il dir. econ.*,n.3/ 2012, 507 ss.

[64] I temi di seguito considerati sono menzionati nel già citato lavoro di L. Kern, *La città femminista*, cit., *passim*.

[65] Si fa riferimento al rapporto *La città si*cura*, a cura di M. Peroglio, L.Dughera e G. Melis, iniziativa promossa dalla Regione Piemonte, consultabile alla pagina web *https://www.docenti.unina.it/webdocenti-be/allegati/materiale-didattico/290277*.

città potrebbe considerare l'ipotesi di riservare specifici parcheggi alle sole donne, attraverso la creazione dei c.d. "parcheggi rosa"[66], ovvero posti auto riservati ed ubicati vicino all'ingresso e/o all'uscita dell'area o della struttura in cui viene parcheggiato il veicolo, o ancora in prossimità delle guardiole o delle macchinette per il pagamento del pedaggio, cioè spazi ritenuti più facilmente controllabili mediante i sistemi di videosorveglianza[67].

Vanno nella stessa direzione le proposte di utilizzo nelle aree verdi pubbliche di piante con una chioma non eccessivamente rigogliosa, e comunque ben curata, al fine di non impedire la visuale degli spazi circostanti[68], tema che richiama a sua volta quello della manutenzione del verde pubblico e, di conseguenza, dei c.d. regolamenti del verde comunale, i quali dovrebbero essere redatti nella consapevolezza che la vegetazione urbana può arrecare danno alla sicurezza creando zone "invisibili"[69]. Rientra nella medesima *ratio* il ripensamento delle recinzioni degli spazi pubblici, da concepire mediante arredi verticali e non orizzontali, in modo tale da favorire la visuale anche da parte di terzi[70].

Se queste sono alcune delle politiche urbane più facilmente applicabili su cui si è concentrato il dibattito nella ridefinizione degli spazi della città, alcuni dubbi sulla loro concreta fattibilità potrebbero emergere sotto il profilo economico a causa della (frequente) penuria delle risorse degli enti locali da destinare a questo tipo di azioni[71]. Tuttavia, nell'attuale periodo storico la tendenza potrebbe invertirsi grazie all'attenzione che il piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) dedica alla riqualificazione delle nostre città – e, perciò, alla pianificazione urbanistica – attraverso la missione n. 5 "Inclusione e coesione sociale"; tanto è vero che l'azione M5C2, rubricata "Rigenerazione urbana e housing sociale",

---

[66] Per dovere di chiarezza, si ricorda che con l'espressione "parcheggi rosa", nel senso qui utilizzato, non si fa riferimento all'innovazione apportata dal nuovo codice della strada che, all'art. 188-*bis*, consente agli enti proprietari della strada di destinare un certo numero di aree di sosta alle donne in gravidanza ed a tutti i genitori che viaggiano in auto con bambini di età inferiore ai due anni, i quali possono beneficiare del posto-auto previo rilascio di apposita autorizzazione da parte del Comune.

[67] Per evitare che questi parcheggi vengano occupati da chiunque si potrebbe pensare all'utilizzo di dissuasori rimovibili automaticamente tramite l'inserimento di una apposita "tessera rosa" messa a disposizione dal Comune per chi ne farà richiesta.

[68] Si fa ancora riferimento al sopra citato rapporto *La città si*cura*, in particolare ai parr. 2.1. ss.

[69] Per un'approfondita analisi sui rapporti tra strumenti di pianificazione comunali e regolamento del verde urbano, V. Giomi, *Il verde pubblico come risorsa comune: da necessario strumento di soddisfacimento di bisogni collettivi a forma di tutela di beni vincolati*, in *www.giustamm.it,* n.4/2016. A. Abrami, *La disciplina giuridica del verde urbano e periurbano*, in *Dir. giur. agr. alim. amb*., 2011, 538 ss. Più specificamente, sul tema dei regolamenti, si rinvia alle riflessioni di B. Grazioli, *I nuovi regolamenti comunali per il verde urbano e la pubblicazione del "verde privato"*, in *Riv. giur. edil*., 2012, 189 ss.

[70] *La città si*cura*, ai par. 6.3.

[71] Si pensi, solo per riportare l'esempio più evidente, al fatto che nelle precedenti considerazioni si è spesso fatto riferimento alla necessità della maggiore illuminazione, che comporta consumi di energia più elevati, soprattutto se si considera l'attuale crisi energetica.

alla quale sono destinati circa nove miliardi di euro, dovrebbe occuparsi anche dei profili della sicurezza urbana, ragione per cui i Comuni disporrebbero di più ingenti risorse rispetto al passato, da rivolgere alle questioni sinora esaminate.

5. *Il (talora necessario) coinvolgimento dei poteri sovracomunali: verso il "governo del territorio di genere"?*

Muovendo verso brevi riflessioni di sintesi, per quanto sinora osservato l'urbanistica di genere è uno strumento che, seppur mosso da giuste e condivisibili intenzioni, presenta luci ed ombre se tradotto sul piano concreto secondo i criteri e gli strumenti indicati dai suoi stessi promotori. Luci perché alcune proposte sono certamente interessanti e meritevoli di sviluppo quando evidenziano la necessità di costruire una città che permetta alle donne di beneficiare di maggiore sicurezza durante i propri spostamenti a piedi o tramite mezzi pubblici, in modo da consentire loro l'instaurazione di un più sereno e profondo legame con gli spazi della città, con meno timori per la propria incolumità. Eppure, anche in questo senso, emerge qualche dubbio, dovuto al fatto che l'attuazione di un simile progetto non debba ritenersi una prerogativa dell'urbanistica di genere, quanto piuttosto un obiettivo di una pianificazione efficace; benché sia indiscutibile il maggiore bisogno delle donne rispetto agli uomini di sentirsi "sicure" nel contesto urbano, la rimodulazione delle aree della città secondo questo modello e le relative accortezze sopra esaminate possono apportare benefici a chiunque. Pertanto, il dibattito sul nuovo disegno degli spazi dovrebbe sì prevedere accortezze particolari per le donne, ma forse non dovrebbe essere polarizzato sulla contrapposizione tra i generi.

Le ombre riguardano invece il tema dei servizi di prossimità e della destinazione di specifici mezzi di trasporto alle sole donne: in entrambi i casi, senza dubitare della bontà delle intenzioni, sono stati paventati dei timori sulla possibile "ghettizzazione" della figura femminile, che potrebbe scontare dei problemi in termini di affermazione nel settore lavorativo (la prima ipotesi) e di discriminazione *a contrario* (la seconda ipotesi).

In sintesi, l'urbanistica di genere offre idee e spunti interessanti, che però andrebbero esaminati senza farsi distrarre da facili slogan affinché possano dare risultati davvero efficaci.

Sotto il profilo più strettamente normativo, l'impressione è che l'urbanistica di genere sconti talvolta dei problemi in termini di concreta applicabilità, per cui è naturale interrogarsi sul suo grado di effettività; mentre alcune azioni costituiscono di fatto una prerogativa di funzioni comunali (rimodulazione degli spazi ed eliminazione delle barriere architettoniche, modifiche al regolamento del verde urbano, ripensamento del posizionamento dei parcheggi), altre sembrano richiedere un intervento, o quantomeno un sostegno, da parte di altre amministrazioni (ricorso alle forze dell'ordine, gestione del servizio di trasporto

pubblico, che spesso è organizzato su una dimensione sovralocale[72]), altre ancora richiedono un intervento legislativo[73] per colmare specifiche lacune normative (la regolazione sull'illuminazione per la sicurezza urbana).

Sono queste le ragioni che suggeriscono di rivedere la dicitura "urbanistica di genere" per avvicinarsi ad un modello più onnicomprensivo dei numerosi interessi in gioco su scala sovralocale. In coerenza con l'evoluzione della disciplina pianificatoria che, negli ultimi decenni, ha (correttamente) ritenuto di ampliare i propri orizzonti anche a quegli interessi riguardanti la città, eppure extra locali – i quali cioè vanno al di là della stretta logica della regolazione dell'uso ordinato del centro urbano, si pensi ad esempio all'ambiente e al paesaggio – si potrebbe riflettere sulla preferibilità dell'espressione "governo del territorio di genere"[74]. Espressione che intende ripensare in modo più generale la funzione pianificatoria anche nella prospettiva della sicurezza delle donne, e che pare più adeguata rispetto allo slogan "urbanistica di genere", considerando le correlate azioni da gestire tramite poteri sovracomunali per raggiungere l'obiettivo (appunto, della sicurezza). Sul piano giuridico, le possibili conseguenze di questa diversa impostazione dovrebbero consistere in una presa di consapevolezza da parte della rappresentanza politica dell'opportunità di un cambio di prospettiva coordinato, che non deleghi interamente alla potestà pianificatoria comunale il tentativo di risolvere il problema, con possibili effetti sulla definizione dei piani territoriali e sul loro rapporto con gli strumenti urbanistici.

Tuttavia, anche il "governo di territorio di genere" non dovrebbe trascurare quegli accorgimenti di cui sopra per raggiungere l'agognato principio della effettiva parità tra uomini e donne, evitando di incorrere nei rischi sopra paventati, che contravvenendo agli obiettivi potrebbero causare derive negative, su tutte l'ulteriore sottolineatura delle differenze tra i generi.

---

[72] Il difficile equilibrio tra dimensione locale e sovralocale nella gestione dei servizi pubblici è, del resto, noto da tempo: in merito, si v. M. Immordino, *Aree metropolitane e autonomia comunale: un difficile equilibrio*, in *Le Regioni*, 1998, 163 ss.

[73] Sul quale, per di più, si apre un dibattito di natura costituzionale, se si considera – come si accennava – che le Regioni hanno legiferato sull'inquinamento luminoso avvalendosi della propria competenza sul governo del territorio; ma qualora la prospettiva fosse quella della sicurezza pubblica, l'art. 117, comma 2, Cost., elenca tale materia tra quelle di competenza esclusiva dello Stato, ad eccezione della polizia amministrativa locale. Presumibilmente, emergerebbero dei contrasti sul versante delle competenze.

[74] Sulla cui maggiore estensione rispetto all'urbanistica, in quanto comprendente altri interessi sensibili che, per l'appunto, afferiscono al territorio globalmente inteso, *ex multis* P. Stella Richter, *La nozione di "governo del territorio" dopo la riforma dell'art. 117 Cost.*, in *Giust, civ.*, n.4/2003, n. 4, 107 ss.; P. Urbani, *Il governo del territorio nel Titolo V della Costituzione*, in *Riv. giur. urb.*, 2003, 50 ss.; S. Amorosino, *Il "governo del territorio" tra Stato, Regioni ed enti locali*, in *Riv. giur. edil.*, 2003, 77 ss.; P.L. Portaluri, *Riflessioni sul "governo del territorio" dopo la riforma del Titolo V*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 357 ss.; R. Leonardi, *Il governo del territorio nel "tiro alla fune" delle competenze tra Stato, regioni ed enti locali*, in *Il Foro amm. T.A.R.*,2003, 212 ss.; M.A. Cabiddu , (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, Torino, 2020, 3 ss. Sugli interessi sensibili – ambientali, paesaggistici, culturali, etc. – afferenti al governo del territorio, V. Cerulli Irelli, *Pianificazione urbanistica e interessi differenziati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1985, 386 ss., e più recentemente P. Chirulli, *Urbanistica e interessi differenziati: dalle tutele parallele alla pianificazione integrata*, in *Dir. amm.*, 2015, 51 ss.

Abstract

Il lavoro offre alcuni spunti di riflessione sulla c.d. "urbanistica di genere", ossia un nuovo modello pianificatorio degli spazi della città pubblica promosso dalle scienze architettoniche, urbanistiche e sociologiche. Il tema si pone anche all'attenzione del giurista, chiamato non solo a valutarne le modalità di applicazione, ma anche le possibili conseguenze negative. Ad una lettura più attenta, infatti, le proposte dell'urbanistica di genere evidenziano alcune contraddizioni che potrebbero rivelarsi controproducenti per le stesse donne e la loro progressiva emancipazione nell'ambito lavorativo. In ultimo, lo studio mira a verificare se le competenze comunali siano sufficienti ad attuare i propositi del nuovo modello pianificatorio o, al contrario, sia opportuno il coinvolgimento di poteri sovralocali.

Urban planning from a gender perspective. Some points for reflection

The paper offers some insights into so-called "gender urbanism", i.e. a new model of planning the city and its spaces promoted by architectural, urban and sociological sciences. The issue also comes to the attention of the jurist, who is called upon not only to assess how the new approach can be applied, but also the negative consequences that might occur. On closer reading, in fact, the proposals of gender urbanism highlight certain contradictions that could prove counterproductive for women themselves and their unceasing emancipation in the working environment. Finally, the study aims at verifying whether municipal competences are sufficient to implement the intentions of the new planning model or, on the contrary, whether supra-local powers should be involved.

Oltre il dogmatismo: la nuova dimensione dell'inefficacia pubblicistica

di Federica Campolo

Sommario: 1. Introduzione: tra inefficacia e invalidità. – 2. L'inefficacia del contratto d'appalto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione. – 3. L'inefficacia nel c.d. Decreto Semplificazioni. – 3.1. L'inefficacia in caso di conferenza di servizi e silenzio assenso. – 3.2. L'inefficacia degli atti inibitori tardivi in seguito alla presentazione della SCIA. – 3.3. Le prime applicazioni giurisprudenziali. – 4. Riflessioni conclusive: verso una nozione elastica di inefficacia.

1. *Introduzione: tra inefficacia e invalidità.*

Gli artt. 120 e ss. del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104[1], in tema di annullamento delle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, e, in seguito, l'introduzione del comma 8 *bis* all'art. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241, ad opera del decreto legge 16 luglio 2020 n. 76, c.d. Decreto Semplificazioni[2], figlio della crisi pandemica, hanno riportato all'attenzione degli interpreti l'istituto dell'inefficacia[3].

Tale categoria, elaborata dalla pandettistica con riferimento al negozio giuridico, viene identificata con la incapacità di un atto di produrre effetti[4]. Ciò si verifica in presenza di un fatto o di una circostanza che ostacoli la realizzazione dell'interesse desiderato.

In accordo con la dottrina civilistica più convincente, l'inefficacia è da intendersi però non in senso assoluto, ma come inidoneità a produrre gli effetti tipici del particolare atto posto in essere[5].

---

[1] Decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 «Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo».

[2] Decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito con modificazioni nella legge 11 settembre 2020, n. 120, recante «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale».

[3] Sulla nozione generale di inefficacia si rimanda, *ex multis*, a M. Ferrara Santamaria, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, I, Milano, 1962, 610 ss; G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969; V. Scalisi, *Inefficacia (dir. priv.),* in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, 1971, 322 ss.; A.M. Sandulli, *Inefficacia (dir.amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1971, 375 ss.; A. Falzea, *Efficacia giuridica*, in A. Falzea, *Voci di teoria generale del diritto*, Milano, 1976, 332 ss; B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Milano, 2003, 921 ss.; F. Modugno, *Efficacia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 2135 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile,* III, Milano, 2019, 523 ss.

[4] Per una ricostruzione delle elaborazioni dottrinali sorte intorno al legame tra giuridicità del fatto e idoneità a produrre effetti si rimanda, fra tutti, a F.G. Scoca, *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979.

[5] Infatti, il negozio inefficace ben potrebbe produrre alcuni effetti, anche se differenti da quelli propri della sua fattispecie negoziale. Sul punto si rimanda a V. Scalisi, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 322 ss.

Come cause di inefficacia vengono indicate l'invalidità dell'atto, nota come inefficacia derivata, e le altre circostanze[6] previste dalla legge o dalle parti, c.d. inefficacia in senso stretto[7].

L'inefficacia in senso stretto è posta principalmente a garanzia di interessi esterni, che impedirebbero la realizzazione del piano negoziale[8].

In merito alla figura dell'invalidità, occorre richiamare le sue manifestazioni della nullità e dell'annullabilità. Il contratto annullabile sarà produttivo di effetti cedevoli e temporanei, poiché destinati a venir meno, con effetto *ex tunc*, in ipotesi di rilevazione dell'invalidità e conseguente rimozione dal mondo giuridico, tramite una sentenza avente carattere costitutivo. Il contratto nullo, diversamente, in quanto affetto da una forma di invalidità più grave, è *ab origine* improduttivo di effetti. La relativa contrarietà all'ordinamento giuridico potrà essere accertata in giudizio da chiunque vi abbia interesse, oltre che rilevata d'ufficio[9].

Tra invalidità e inefficacia sussiste, pertanto, una speciale connessione, dal momento che l'improduttività di effetti è la conseguenza della difformità dell'atto rispetto al suo paradigma legale[10].

La dottrina, in merito al rapporto tra invalidità e inefficacia, ha elaborato diverse ricostruzioni, che hanno dato vita a un dibattito molto complesso[11].

---

[6] Con specifico riferimento al diritto privato, ad esempio, si ha inefficacia nell'eventualità in cui sia stata posta una condizione sospensiva che non si realizzi o quando un contratto, stipulato dal rappresentante senza poteri, non venga ratificato dal falsamente rappresentato.

[7] Cfr. A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi (ristampa anastatica dell'edizione del 1916)*, Padova, 1986, 60.

[8] «*Dato il fondamento eminentemente assiologico della inefficacia, si deve ammettere che ad essa dà luogo ogni fatto, anche non riconducibile alla struttura logica del coelemento, che però incida sulla realizzazione dell'interesse negoziale, in quanto denunzi l'interferenza di interessi esterni incompatibili e prevalenti rispetto all'interesse interno negoziale. […] Si può dire pertanto che l'esistenza di un interesse di per sé giuridicamente rilevante rappresenta la costante di ogni forma di inefficacia in senso proprio; la variabile invece è data dal modo con cui l'interesse rilevante si costituisce e dalla specifica situazione di interessi che di volta in volta interferisce sulla sua realizzazione*». V. Scalisi, *Inefficacia (dir. priv.)*, cit., 333.

[9] Sulla nullità, appaiono di interesse, per esaminare il rapporto tra invalidità e inefficacia, le tradizionali elaborazioni dottrinali volte a equiparare tale categoria con quella dell'inesistenza, sulla base del rapporto biunivoco esistente tra giuridicità del fatto ed efficacia. Simili teorie sono state oggetto di un progressivo ripensamento da parte di quella dottrina che ha messo in discussione che l'efficacia, intesa come capacità di produrre effetti giuridici, costituisca l'unica discriminante nel giudizio di rilevanza giuridica dell'atto negoziale. Si vedano, tra i più recenti nella letteratura giuspubblicistica, A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, 17 ss. e M. D'orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, 6 ss.

[10] Vi è uno speciale nesso che lega l'efficacia non già con la validità stessa, ma con l'invalidità, rappresentandone in certo senso il luogo di proiezione delle conseguenze del suo reale e concreto manifestarsi. Cfr. F. Modugno, *Efficacia*, cit., 2135 ss.

[11] In particolare, attente ricostruzioni dell'evoluzione storico-giuridica di questo rapporto, ne hanno evidenziato due fasi fondamentali. Una prima, caratterizzata dalla c.d. concezione effettuale, dove l'efficacia giuridica assumeva rilievo centrale, in cui l'invalidità era intesa come «*formula rias-*

È stato sostenuto, a titolo esemplificativo, che l'efficacia potrebbe essere identificata come una forma debole di validità, che si sostanzierebbe nell'appartenenza all'ordinamento giuridico. Ciò proprio perché l'atto invalido può produrre comunque effetti, anche se precari[12]. La validità in senso forte consisterebbe nella conformità dell'atto al parametro legale[13].

Secondo un'interpretazione che appare più convincente, l'invalidità è da intendersi come una ragione speciale di inefficacia, che discende dall'atto stesso e viene identificata come inefficacia per invalidità intrinseca. Questa viene distinta dall'inefficacia, quale concetto di ordine generale, che discende da «ragioni che attengono l'effetto»[14].

Di interesse appare la distinzione svolta tra efficacia giuridica ed efficacia pratica attuale, che corrisponderebbe a quella esistente tra invalidità e inefficacia, dove l'atto inefficace mancherebbe della capacità di produrre effetti concreti, mentre l'atto invalido sarebbe privo dell'attitudine a produrre effetti giuridici[15].

Le nozioni di efficacia-inefficacia, elaborate nell'ambito del diritto privato, sono state fatte proprie, senza sostanziali modifiche, dal diritto amministrativo[16], e con una certa facilità[17]. È stato osservato che in questo settore, dove la

---

suntiva di tutte quelle qualificazioni negative che evocano l'idea dell'inefficacia dell'atto giuridico». Una seconda fase, invece, basata sulla c.d. concezione causale, attribuiva prevalenza, sul piano della produzione di effetti, alla norma, per cui la validità/invalidità era connessa alla conformità o meno dell'atto al diritto. Per ulteriori approfondimenti sul punto e per comprendere le ragioni del passaggio a una diversa concezione dogmatica, si rinvia a M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit., 124 ss.

[12] In passato, per questa ragione, l'annullabilità è stata intesa come *species* della validità e non come un'ipotesi di invalidità. Si precisa, inoltre, che anche la nullità talvolta comporta la produzione di effetti giuridici. L'ipotesi tradizionale è quella dell'art. 2126 c.c., relativa al rapporto di lavoro nullo. Sul punto, cfr. *Ivi*, 10 ss. e 125 ss.

[13] Cfr. P. CARNEVALE, *Validità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, cit., 6147 ss.

[14] Tale ricostruzione, che conserva la sua attualità, è stata effettuata, oltre un secolo fa, dal già menzionato A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 60 ss. L'Autore definisce qui l'inefficacia come «*uno stato dell'atto indipendente dalla conformità sua alla norma giuridica che lo disciplina, nel qual stato può trovarsi tanto l'atto valido, quanto l'atto viziato*».

[15] «*L'inefficacia, essendo qualità di un atto, opera senza bisogno di pronuncia giudiziale; l'annullabilità, invece, per essere operativa, deve condurre all'annullamento, mediante pronuncia giudiziale; l'annullabilità. Essendo uno stato anormale, è capace di sanatoria: l'inefficacia, essendo uno stato normale, non può e non deve essere sanata*». Cfr. *Ibidem*.

[16] Va tuttavia notato che la trasposizione della teoria pandettistica all'atto amministrativo, con particolare riferimento al regime dell'invalidità del provvedimento, è stata graduale «*poiché in un primo periodo la dottrina (meglio, i classici) ha prestato una particolare attenzione nel porre in evidenza i caratteri di specialità dell'atto amministrativo, mentre in un secondo stadio (tra gli anni '30 e '40) ha innestato completamente la costruzione civilistica, elaborando la figura dell'atto negoziale*». Cfr. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit., 9 ss.

[17] La facilità con cui le elaborazioni civilistiche in tema di inefficacia sono state recepite dal diritto pubblico sono chiaramente esplicate da A.M. SANDULLI, *Inefficacia (dir.amm.)*, cit., 375 ss., secondo cui «*agli operatori del diritto pubblico le categorie dell'efficacia-inefficacia parvero tanto appropriate agli*

differenza tra invalidità e inefficacia appare ancora più netta[18], la dottrina amministrativista[19] ha provveduto a semplificare il dibattito dottrinale, scongiurando la sovrapposizione tra queste categorie[20].

In accordo con la sistematica classica, efficacia e validità del provvedimento vengono esaminati confrontando i requisiti di validità con le sue condizioni di operatività. I primi incidono sulla vitalità del provvedimento e ineriscono alla sua essenza, le seconde sono relative alla capacità del provvedimento di produrre effetti e costituiscono elementi esterni all'atto[21].

L'analisi sull'efficacia-operatività del provvedimento, in tale prospettiva, era volta a distinguere le diverse tipologie di circostanze su questa incidenti, nonché i limiti temporali e spaziali degli atti amministrativi[22].

---

istituti che essi erano chiamati a utilizzare, che le recepirono immediatamente e senza porre quelle riserve che, più per atteggiamento mentale di cautela che per raziocinio, altre volte avevano assunto di fronte a categorizzazioni e a concettualizzazioni della dottrina; al punto che già col terzo decennio di questo secolo dette categorie erano ormai, se è lecito così esprimersi, popolarizzate, e correntemente – anche se talora non proprio correttamente – applicate dalla burocrazia dei paesi a diritto amministrativo».

[18] Autorevole dottrina ha affermato con forza l'autonomia dell'inefficacia rispetto all'invalidità e «*ad ogni altra categoria predicabile per un atto*». *Ivi, 378*.

[19] Sull'invalidità dell'atto amministrativo si rinvia a B. Cavallo, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, Padova, 1993, 295 ss.; A. Romano Tassone, *Contributo sul tema dell'irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993; P.M. Vipiana, *Introduzione ai vizi di legittimità dell'atto amministrativo*, Padova, 1997; A. Bartolini, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, cit.; M. D'orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, cit.; V. Cerulli Irelli, L. De Lucia, *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009; F. Astone, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, Soveria Mannelli, 2009; A. Cioffi, *Il problema della legittimità nell'ordinamento amministrativo*, Padova, 2012; F. Luciani, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo*, Torino, 2010; M.C. Cavallaro, *Gli elementi del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012; F. Caringella, M. Pastore, *Manuale di Diritto Amministrativo*, V, *L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014; P. Provenzano, *I vizi nella forma e nel procedimento amministrativo*, Milano, 2015.

[20] Ciò perché «*da un lato, la normativa privatistica poneva dei problemi che a quella pubblicistica erano estranei (gli effetti degli atti di diritto privato, essendo in massima parte volontari o volontariamente comandati), dall'altro la giurisprudenza, soprattutto del giudice amministrativo impose con tale forza la distinzione da renderne indeclinabile l'accettazione da parte della pratica e della dottrina. Questo spiega perché nel diritto pubblico, alla contemplazione di un osservatore esterno, la materia si presenta in modi non tormentati e semplificati*». Inoltre, perché l'atto amministrativo è «*per definizione una manifestazione di volontà capace di effetti giuridici, in quanto gli effetti pratici ai quali essa intende sono riconosciuti e protetti dall'ordinamento*». A.M. Sandulli, *Inefficacia (dir.amm.)*, cit., 375-376.

[21] A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 1984, 692 ss. In questi termini M.R. Spasiano, *Il regime dei provvedimenti: l'efficacia*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2021, 289, ove si legge che «*la differenza sostanziale tra inefficacia e invalidità degli atti consiste nella circostanza che mentre la prima è il prodotto di taluni aspetti della volontà delle parti ovvero di elementi estrinseci al negozio, l'invalidità è invece il portato di vizi intrinseci all'atto*».

[22] In tal senso va precisato che l'efficacia del provvedimento amministrativo manifesta «*l'attitudine a produrre un effetto giuridico e non la materiale produzione dello stesso che, peraltro, può derivare direttamente dall'esecuzione del provvedimento amministrativo o richiedere l'adozione di ulteriori atti. D'altronde la produzione degli effetti del provvedimento può (e talora deve) essere sospesa per volontà dell'amministrazione o del giudice*». M.R. Spasiano, *Il regime dei provvedimenti*, cit., 290.

Appare di interesse osservare che la peculiare pertinenza della categoria dell'inefficacia nel diritto amministrativo discende dalla necessità che si avverte, in questa disciplina con maggiore forza che nel diritto privato, di tutelare interessi generali ed esterni[23].

La categoria dell'efficacia pubblicistica è oggi contemplata dalla legge sul procedimento, al suo capo IV-*bis* inserito dall'art. 14 della legge 11 febbraio 2005 n. 15, che ne delinea alcuni aspetti peculiari.

L'art. 21 *bis* si sofferma sull'efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati, prevedendo che questo, di regola, sarà produttivo di effetti solamente a seguito della comunicazione personale al suo destinatario[24]. L'art. 21 *quater*, rubricato «Efficacia ed esecutività del provvedimento», stabilisce, al primo comma, che i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, indicando, al comma successivo, le ipotesi in cui è possibile sospendere la sua efficacia o l'esecuzione. Tale disciplina ha dettato un mutamento nell'interpretazione tradizionale del provvedimento amministrativo – ove questo era ritenuto privo del carattere della recettizietà – offrendo così maggiori garanzie al privato[25].

Preme evidenziare – come si vedrà nei prossimi paragrafi – che l'inefficacia suscita ancora oggi dubbi e riflessioni negli interpreti, che sembrano faticare ad accettare tale categoria così come ricostruita dalla dottrina, in assenza di una disciplina legislativa di carattere generale volta a definirne precisamente la portata, i limiti e il meccanismo di funzionamento. È così che ogni qual volta il Legislatore ricorra alla sanzione della privazione di effetti per un atto giuridico,

[23] A.M. Sandulli, *Inefficacia (dir. amm.)*, cit., 377.

[24] È stato giustamente osservato che tale articolo possiede una portata applicativa più ampia, derivante dai termini decadenziali previsti per ottenere tutela dinnanzi al giudice amministrativo, ove il ricorso va proposto, di regola, entro sessanta giorni dalla comunicazione o piena conoscenza del provvedimento. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 336.

[25] Prima di questo intervento si riteneva che gli atti amministrativi non avessero, di regola, carattere recettizio. Eccezioni erano costituite dagli atti a contenuto normativo e da quegli atti per cui «*il risultato pratico ultimo non è opera esclusiva dell'autorità che li abbia posti in essere, ma può essere conseguito solo col concorso della volontà dei destinatari (p. es., ordini, intimazioni, proposte, richieste, provvedimenti che predispongono la prelazione di cose d'arte da parte dell'Amministrazione)*». A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 666. Sulla teorica dell'atto amministrativo recettizio si veda la ricostruzione offerta da G. Gardini, *L'efficacia dei provvedimenti amministrativi e il tramonto dell'atto amministrativo recettizio "per natura"*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 1011 ss. L'autore, in particolare, mette in luce la *ratio* del Legislatore del 2005, il quale «*mira ad assicurare la piena realizzazione del diritto di difesa, inteso in senso estensivo come possibilità dei cittadini di attenuare gli effetti pregiudizievoli delle decisioni amministrative mediante comportamenti conformi o conseguenti (si pensi all'ottemperanza alle sanzioni), oltre che come facoltà di reazione processuale contro illegittime lesioni della propria sfera giuridica. In altri termini, nello stabilire l'estensione dell'obbligo di comunicazione, il Legislatore privilegia l'esigenza dei destinatari di difendersi e reagire contro i provvedimenti lesivi, e rinunciando all'obbligo di comunicazione per i provvedimenti "a collaborazione obbligatoria", lascia sullo sfondo l'istanza della cooperazione tra amministrazione e privati in vista del miglior svolgimento della funzione pubblica*».

la dottrina maggioritaria, implacabile, condanna tale scelta e cerca di ricondurla alle ricostruzioni dogmatiche tradizionali[26].

2. *L'inefficacia del contratto d'appalto come conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione*

Come anticipato, la nozione di inefficacia, scarsamente oggetto di analisi da parte del moderno diritto amministrativo, è tornata in auge negli ultimi anni grazie al dibattito nato intorno alla sorte del contratto pubblico, a seguito dell'annullamento della relativa aggiudicazione. In particolare, si discuteva su quale fosse la patologia che avrebbe dovuto colpire il contratto e quali fossero le modalità di rimozione dello stesso dal mondo giuridico. Questo dibattito era reso particolarmente acceso dall'incertezza in merito al riparto di giurisdizione, andando a impattare su quella terra di mezzo che si trova al confine tra la conclusione della fase a evidenza pubblica e la stipulazione del contratto[27].

I contrasti giurisprudenziali e dottrinali sul tema sono stati placati dall'intervento del Legislatore europeo, con la direttiva n. 2007/66/CE, c.d. seconda direttiva ricorsi[28]. Questa ha previsto, al suo art. 2 *quinquies*, la privazione di effetti per il contratto aggiudicato illegittimamente, per le ragioni ivi elencate[29], lasciando al diritto nazionale la possibilità di precisare le concrete conseguenze.

La sanzione dell'inefficacia per il contratto stipulato a seguito di un'illegittima aggiudicazione trova una spiegazione ai considerando 13 e 14, che si fonda

[26] Di interesse l'ampia ricostruzione e i richiami al dibattito esistente in tema di inefficacia – in materia di appalti pubblici, ma dotati di una portata generale – operati da V. Lopilato, R. Tuccillo, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, Milano, 2019, 859 ss.

[27] Sulle problematiche legate alla giurisdizione in materia di affidamento di contratti pubblici si veda, fra tutti, M. Lipari, *La giurisdizione*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis diretto da, *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 591 ss.

[28] Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici. Consultabile in *www.eur-lex.europa.eu*.

[29] «*a) se l'amministrazione aggiudicatrice ha aggiudicato un appalto senza previa pubblicazione del bando nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea senza che ciò sia consentito a norma della direttiva 2004/18/CE;*

b) in caso di violazione dell'articolo 1, paragrafo 5, dell'articolo 2, paragrafo 3, o dell'articolo 2 bis, paragrafo 2, della presente direttiva qualora tale violazione abbia privato l'offerente che presenta ricorso della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione della direttiva 2004/18/CE, se quest'ultima violazione ha influito sulle opportunità dell'offerente che presenta ricorso di ottenere l'appalto;

c) nei casi di cui all'articolo 2 ter, lettera c), secondo comma della presente direttiva qualora gli Stati membri abbiano previsto la deroga al termine sospensivo per appalti basati su un accordo quadro e su un sistema dinamico di acquisizione». Consultabile in *www.eur-lex.europa.eu.*

sulla necessità di garantire un'effettiva tutela della concorrenza, principio cardine della disciplina dell'evidenza pubblica, in presenza di gravi violazioni della normativa sui contratti pubblici[30].

Tali indicazioni sono state recepite dal Legislatore nazionale prima agli artt. 245 *bis* e *ter* del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, poi confluite negli artt. 121 e 122 del codice del processo amministrativo.

Come anticipato, prima che l'intervento europeo andasse a chiarire l'impatto dell'annullamento della fase pubblicistica sul contratto, un vivace dibattito aveva animato la dottrina e la giurisprudenza, portando all'elaborazione di diverse tesi, che, in questa sede, vale la pena riproporre brevemente[31].

Secondo un primo orientamento, il contratto sarebbe stato affetto da nullità, talvolta identificata come nullità virtuale, ai sensi dell'art. 1418, comma 1 c.c., e talvolta come nullità strutturale, ai sensi dell'art. 1418, comma 2[32].

I sostenitori della tesi della nullità virtuale, in particolare, ritenevano che la

[30] «*Per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, che secondo la Corte di giustizia rappresenta la violazione più grave del diritto comunitario degli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore, è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto. La carenza di effetti non dovrebbe essere automatica ma dovrebbe essere accertata da un organo di ricorso indipendente o dovrebbe essere il risultato di una decisione di quest'ultimo. La privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere. Le aggiudicazioni mediante affidamenti diretti illegittimi ai sensi della presente direttiva dovrebbero includere tutte le aggiudicazioni di appalti avvenute senza pubblicazione preliminare di un bando di gara nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ai sensi della direttiva 2004/18/CE. Ciò corrisponde a una procedura senza previa indizione di una gara ai sensi della direttiva 2004/17/CE*». Consultabile in *www.eur-lex.europa.eu*.

[31] La dottrina sul punto è numerosissima. Per la ricostruzione del dibattito si rimanda, tra i molti, a. G. Greco, *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm*., 2002, 413 ss.; V. Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, in *Giornale dir. amm*., 2002, 1195 ss; M. Lipari, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto tra nullità, annullabilità ed inefficacia: la giurisdizione esclusiva amministrativa e la reintegrazione in forma specifica*, in *Diritto e formazione*, 2002, 245 ss.; S. Fantini, *Gli effetti sul contratto dell'annullamento dell'aggiudicazione: profili di effettività della tutela giurisdizionale*, in *Urb. app*., 2003, 751 ss.; F. Merusi, *Annullamento dell'atto amministrativo e caducazione del contratto*, in *Foro amm. – T.A.R*., 2004, 569; M. Monteduro, *Invalidità del contratto*, in *Repertorio degli appalti pubblici*, a cura di L. R. Perfetti, II, 2005, 829 ss.; F.G. Scoca, *Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto*, in *Foro amm. – T.A.R*., 2007, 797 ss.; A. Scacchi, *Profili civilistici dell'incidenza dell'annullamento dell'aggiudicazione sul susseguente contratto*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit*., 6, 2009, 1501 ss.; V. Lopilato, *Categorie contrattuali, contratti pubblici e i nuovi rimedi previsti dal decreto legislativo n. 53 del 2010 di attuazione della direttiva ricorsi*, in *Dir. proc. amm*., 2010, 4, 1326; P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, in *Dir. proc. amm.,* 2, 2011, 664 ss.; G. Ferrari, *L'annullamento del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto pubblico e la sorte del contratto già stipulato nella disciplina dettata dal nuovo c.p.a.*, *Giur. merito*, 4, 2011, 0919B; V. Lopilato, R. Tuccillo, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, cit., 851 ss.; A. Botto, S. Castrovinci zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, 2020, 360 ss.

[32] Si vedano V. Cerulli Irelli, *L'annullamento dell'aggiudicazione e la sorte del contratto*, cit., e F. Satta, *L'annullamento dell'aggiudicazione e i suoi effetti sul contratto*, in *Dir. amm*., 2003, 645 ss.

disciplina sull'evidenza pubblica avesse valore imperativo, in quanto costituita da norme di diritto pubblico. La stipulazione di un contratto sulla base di un'aggiudicazione viziata, infatti, si sostanzierebbe in un esercizio illegittimo della funzione amministrativa, non essendo la p.a. dotata di una libera capacità di diritto privato, vincolata come è alle risultanze della fase pubblicistica[33].

Si tratterebbe, invece, di nullità strutturale per l'insussistenza dell'elemento essenziale dell'accordo, poiché l'annullamento dell'aggiudicazione con effetti *ex tunc* determinerebbe una mancanza originaria del consenso dell'Amministrazione, ovvero per la carenza della causa in concreto, identificata nello scambio tra l'opera, il servizio o la fornitura e l'utilizzazione del denaro pubblico[34].

Nella pratica, una simile interpretazione andava a scontrarsi con le esigenze di certezza dei rapporti giuridici nonché di concentrazione ed effettività della tutela giurisdizionale. Da un lato, infatti, l'azione di nullità poteva essere proposta da chiunque fosse interessato, in qualunque tempo, indipendentemente dalla previa proposizione di un ricorso al giudice amministrativo per ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione. Dall'altro lato, il concorrente interessato a contestare la procedura di gara e la successiva stipulazione del contratto avrebbe dovuto, in un primo momento, impugnare l'aggiudicazione innanzi al giudice amministrativo e successivamente il contratto davanti al giudice ordinario, per ottenere la sentenza di accertamento della nullità. In dottrina e giurisprudenza, inoltre, veniva contestata la stessa solidità giuridica di una simile tesi[35], evidenziando, tra

[33] Tesi sostenuta, in particolare, dal giudice amministrativo. Cfr., ad esempio, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 29 maggio 2002, n. 3177, in *Appalti urbanistica edilizia*, 2003, 349; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. II, 7 maggio 2002, n. 802, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, 13 novembre 2002, n. 6281, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 2898, con nota di S. Varone, *La rinegoziazione del contratto successiva all'aggiudicazione fra capacità negoziale delle pubbliche amministrazioni, patologie negoziali e questioni di riparto di giurisdizione*, *ivi*, 145 ss; T.R.G.A. Bolzano, 12 febbraio 2003, n. 48, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 28 gennaio 2003, n. 394, *ivi*; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2003, n. 1218, in *Riv. amm. appalti*, 2003, 78; Cons. Stato, Sez. VI, 19 novembre 2003, n. 7470, in *Red. Giuffrè*, 2003; Cons. Stato, Sez. V, 29 marzo 2006, n. 1591, *ivi*, 2006.

[34] Si veda Cons. Stato, Sez. V, ord. 21 maggio 2004, n. 3355, in *Giust. Civ.,* 2005, I, 2205 ss., con nota di G. Micari, *L'adunanza plenaria di fronte alla problematica ma necessaria sistematicità del diritto (giurisprudenziale) amministrativo*, *ivi*, 2223 ss., che opta per la tesi della nullità per difetto del consenso. Cass., 9 ottobre 1961, n. 2058; Cass., 10 aprile 1978, n. 1668, accolgono invece la tesi della nullità per incompetenza assoluta dell'organo stipulante.

[35] Oltre all'instabilità nei rapporti giuridici che sarebbe derivata dall'accoglimento di una simile tesi, non essendo previsto un termine di decadenza per l'esercizio dell'azione di nullità innanzi al giudice ordinario, in relazione alla nullità virtuale si dubitava che la normativa in tema di evidenza pubblica potesse avere, in via generale e indifferenziata, carattere imperativo. Con riferimento alla tesi della nullità strutturale, invece, veniva osservato che l'art. 1418, comma 2 era pensato per sanzionare la mancanza dell'accordo al momento della stipulazione del contratto e non per motivi sopravvenuti. Infatti, il giudizio di validità del contratto, di regola, deve essere svolto con riferimento alla situazione di fatto e alla normativa in vigore al momento della sua conclusione e su questo non incidono le vicende successive. Per superare tali criticità venne fatto richiamo alla c.d. nullità speciale, per cui l'azione volta

le diverse criticità, che la nullità è una patologia del contratto consistente in un vizio genetico che lo inficia *ab origine*, mentre il contratto pubblico, nel caso di specie, è colpito da una vicenda sopravvenuta all'annullamento giurisdizionale dell'atto conclusivo della procedura di gara.

Secondo un diverso orientamento, il contratto avrebbe dovuto essere qualificato come annullabile[36]. L'annullabilità, in particolare, veniva fatta risalire, a seconda delle diverse interpretazioni, alle seguenti ragioni: l'incapacità di agire della stazione appaltante, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione; l'errore essenziale sulla qualità dell'altro contraente; il difetto di legittimazione negoziale della stazione appaltante.

La principale criticità di questa ricostruzione – oltre al già richiamato difetto di concentrazione della tutela – era data dalla limitazione alla sola pubblica Amministrazione della legittimazione ad adire il giudice ordinario per l'annullamento del contratto, sul discutibile presupposto che la normativa sui contratti pubblici fosse posta esclusivamente a tutela dell'interesse pubblico[37]. In capo all'operatore economico pretermesso sarebbe residuata unicamente la tutela risarcitoria[38].

---

all'accertamento della nullità del contratto sarebbe stata esperibile solo dal soggetto che aveva impugnato l'aggiudicazione. Cfr. A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, 362 ss.

[36] In giurisprudenza si vedano, ad esempio, Cass., Sez. II, 21 febbraio 1995, n. 1885; Cass., Sez. II, 8 maggio 1996, n. 4269; Cass., Sez. I, 28 marzo 1996, n. 2842; Cass., Sez. I, 1° agosto 2002, n. 11427; Cons. Stato, Sez. VI, 1° febbraio 2002, n. 570, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Peculiari T.A.R. Piemonte, Sez. II, 30 gennaio 2007, n. 464, *ivi*; Id, 4 dicembre 2007, n. 3652, *ivi*, che optano per la tesi dell'annullabilità assoluta, quindi azionabile anche dal privato interessato.

[37] La tesi dell'annullabilità si fondava su «*un sistema tarato sulla logica giuscontabilistica dell'evidenza pubblica finalizzata alla tutela del solo interesse della stazione committente a spuntare il migliore rapporto "qualità-prezzo", ma inadeguato rispetto alla rilevata estensione dell'area finalistica della tutela all'interesse generale alla concorrenza e al mercato*». P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, cit. Ancora, di interesse le considerazioni espresse da Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 2949, 3312, a confutazione di questa interpretazione, per cui «*la tesi tradizionale dell'annullabilità relativa del contratto, a ben vedere, finisce col vanificare la tutela del soggetto controinteressato, il quale, pur avendo ottenuto ragione davanti al giudice amministrativo, ove il contratto sia stato già concluso, resta privo di alcun risultato praticamente utile, non essendo in grado di soddisfare la propria aspirazione finale ad essere il contraente; il contratto, infatti, sarebbe impugnabile dinanzi al giudice ordinario su iniziativa della sola Amministrazione soccombente nel giudizio amministrativo ed avrebbe una sua vita autonoma, preclusiva di ogni utilità dell'annullamento dell'aggiudicazione in sede giurisdizionale amministrativa, che non sia quella legata alla possibilità di richiedere il risarcimento del danno per equivalente. Sul piano del buon senso, poi, appare iniquo che l'Amministrazione sia l'unico soggetto legittimato a lamentare la violazione delle norme ad evidenza pubblica per ottenere l'annullamento del contratto quando le illegittimità accertate in tale procedimento di regola non sono subite da essa Amministrazione, ma sono da questa provocate. Senza dire che tale opzione ermeneutica potrebbe finire per risolversi in una facile elusione del principio di effettività della tutela giurisdizionale da parte dell'Amministrazione, mediante l'immediata stipula del contratto pur in presenza di violazioni della par condicio e di illegittimità degli atti di gara, se si considera che il più delle volte ben difficilmente l'annullamento dell'aggiudicazione può essere pronunciato prima della stipulazione del contratto*».

[38] Veniva evidenziato, inoltre, che simile ricostruzione non avrebbe accolto le elementari nozioni civilistiche per cui l'annullabilità è ipotesi residuale rispetto alla nullità, da comminarsi solo

Un'ulteriore tesi era quella della caducazione automatica[39], volta a riconoscere e valorizzare l'inestricabile collegamento tra fase pubblicistica e fase privatistica, innescando un meccanismo rispondente alla regola del *simul stabunt simul cadent*[40]. Una simile ricostruzione era stata criticata da coloro che ritenevano che le due fasi dovessero avere vita autonoma e che, una volta stipulato il contratto, tutte le relative vicende dovessero sottostare alle norme di diritto privato[41].

Anche la teoria dell'inefficacia del contratto era stata prospettata dagli interpreti, prima ancora dell'intervento della direttiva comunitaria[42]. Questa si poneva come "correttivo" della teoria della caducazione automatica, poiché andava a distinguere fase

nelle ipotesi tassativamente previste. Cfr. L. Moscarini, *Vizi del procedimento e invalidità o inefficacia del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2004, 597 ss.

[39] Tesi sostenuta sia dal giudice ordinario che dal giudice amministrativo. Si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 5 maggio 2003, n. 2332, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2003, 1, 1598 ss., con nota di B. De rosa, *Brevi note in ordine alla caducazione automatica del contratto a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di aggiudicazione*, *ivi*, 1605 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2004, 1, 2079; Cass., Sez. I, 26 maggio 2006 n. 12629, in *Giustizia Civile*, 2007, 2, 441; Cass. Sez. I, 27 marzo 2007, n. 7481, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2007, 4-5, 1280; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III ter, 23 gennaio 2007, n. 433, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Cass., Sez. I, Civile, 15 aprile 2008, n. 9906; Cons. Stato, Sez. V, 7 giugno 2013, n. 3133, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2014, 2, 477.

[40] Taluni sostenitori della teoria della caducazione erano giunti a questa conclusione ritenendo che il contratto fosse più correttamente qualificabile come accordo amministrativo integrativo del provvedimento «*ciò in relazione al carattere autoritativo e comunque funzionale, in ogni caso non riconducibile allo schema contrattuale, di molti dei poteri attribuiti alla P.A. tanto nella fase genetica quanto in quella esecutiva del rapporto giuridico connesso all'appalto*». Cfr. E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1, 240 ss.

[41] E. Sticchi Damniani, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm*, 2003, 633 ss. Ancora, questa teoria è stata definita un «*guscio vuoto che descrive, ma non spiega», poiché «designa un evento, un accadimento di fatto, ma nulla dice sui meccanismi che lo provocano e sulle ragioni intrinseche che lo giustificano; descrive la dinamica (quasi fisica) del travolgimento dell'atto "a valle" per effetto dell'annullamento di quello presupposto; ma non spiega le ragioni sostanziali di questa interferenza. A meno che con essa non si intendesse fare riferimento allo schema logico del rapporto di presupposizione tra atti, che però implica l'idea di un ruolo prevalentemente esecutivo del contratto rispetto all'aggiudicazione, quanto meno nel senso che il contratto sarebbe avvinto da un nesso talmente stringente alla presupposta aggiudicazione da giustificare l'applicazione della regola* simul stabunt, simul cadent. *In questo senso la tesi della caducazione automatica finirebbe (forse inconsapevolmente) per dire di più di quella della nullità, poiché andrebbe ben al di là della trasmissione del vizio dall'aggiudicazione al contratto, riducendo il contratto a una mera conseguenza logico-giuridica dell'aggiudicazione*». P. Carpentieri, *Sorte del contratto*, cit.

[42] In giurisprudenza si rimanda nuovamente a Cons. Stato, Sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, per cui «*il contratto d'appalto di opere pubbliche stipulato a seguito di un'aggiudicazione annullata dal giudice amministrativo non è nullo, né annullabile, né soggetto a caducazione automatica conseguente all'intervenuto annullamento dell'aggiudicazione, bensì inefficace per mancanza nella p.a. del requisito della legittimazione a contrarre*», in *Foro amm. – C.d.S.*, 2003, 2949, 3312, richiamata, tra le altre, da Cons. Stato, Sez. V, 28 maggio 2004, n. 3465, in *Riv. della corte dei conti*, 2004, 3, 330; Id, 12 novembre 2004, n. 7346, in *Red. Giuffrè*, 2004; Id, 14 dicembre 2006, n. 7402, in *www.giustizia-amministrativa.it* e Id, 17 dicembre 2008, n. 6292, *ivi*. In dottrina si veda R. Garofoli, *La giurisdizione*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, cit., 3930 ss.

pubblicistica e privatistica, evitando di sanzionare con l'invalidità il contratto, che di per sé era da considerarsi pienamente legittimo, incidendo solo sul piano degli effetti concreti. Al contempo, la tesi dell'inefficacia garantiva il riconoscimento dell'influenza che la normativa sull'evidenza pubblica aveva sul contratto, che finiva con il caratterizzarlo in modo del tutto peculiare rispetto agli ordinari contratti di diritto privato[43].

Riprendendo le categorie esposte nel paragrafo precedente, l'annullamento dell'aggiudicazione sembra divenire così una causa, diversa dall'invalidità, capace di determinare l'inefficacia del contratto, qualificabile, dunque, come inefficacia in senso stretto. Si tratterebbe di una condizione di operatività, di un requisito esterno al contratto il cui venir meno lo renderebbe incapace di modificare concretamente la realtà giuridica, in risposta a un interesse di ordine generale.

Più precisamente, il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, espressione del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica Amministrazione, acquista il valore di condizione di efficacia del contratto[44].

La soluzione dell'inefficacia, come accennato, è stata accolta nel nostro ordinamento, in ottemperanza alla disciplina introdotta dalla c.d. seconda direttiva ricorsi. Tale soluzione è stata considerata lo specchio del pragmatismo del Legislatore europeo, poco incline ai sofismi fini a se stessi[45].

Si crede che l'espediente dell'inefficacia per il contratto d'appalto discendente da un provvedimento di aggiudicazione illegittimo sia compatibile con le categorie giuridiche del diritto nazionale. Questa costituirebbe un'impossibilità di produrre effetti conseguente non a un difetto interno al contratto, ma da una condizione esterna, espressamente prevista dalla legge.

---

[43] Invero, la reciproca influenza tra fase pubblicistica e privatistica è oggi pacificamente riconosciuta. Sul punto è stato significativamente osservato, ancora in P. Carpentieri, *Sorte del contratto*, cit., che «*l'area grigia tra diritto pubblico e diritto privato, sia sul piano dell'azione amministrativa (procedimento/accordo, provvedimento/contratto) che su quello dell'organizzazione (privatizzazioni "fredde", società partecipate pubbliche, fondazioni di partecipazione, etc.) impone inevitabili contaminazioni e non può essere spiegata (sapere cosa), né gestita (sapere come) intestardendosi a voler fare uso dei modelli – pubblicistici o privatistici – "puri", immaginando linee di confine ben definite o compartimenti a tenuta stagna di separazione tra i due "mondi" incomunicabili del diritto pubblico speciale e del diritto privato comune. Il postulato assiomatico della separatezza dei due mondi, quello amministrativo, fino all'aggiudicazione, e quello civile, a partire dal contratto, oltre che urtare con la evidenza dei fatti (che sono continui nell'unitarietà dell'affare economico-sociale), costringe ad acrobazie intellettuali più o meno sterili, per quanto brillanti, che finiscono comunque per scontrarsi con la innaturale impermeabilità e incomunicabilità tra le due fasi, imposta dall'assioma di partenza. Se si accantonasse il quale, invece, probabilmente, si riuscirebbe a vedere le cose come stanno realmente, e cioè che l'unitario affare economico sociale (una p.a. che deve acquistare beni, servizi o lavori sul mercato concorrenziale) non tollera cesure interne e valichi di intraducibilità tra l'area dell'attività coperta dall'art. 97 Cost. (quella amministrativa) e quella più direttamente riconducibile (in parte e salve le numerose clausole esorbitanti) ai dettami del codice civile*».

[44] Cfr. R. Caponigro, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 10, 2009, 2423 ss. Questa, a seconda delle diverse interpretazioni, può assumere i caratteri di condizione risolutiva tacita ovvero di *condicio iuris* negativa, lasciando però inalterato il risultato sul piano pratico. Cfr. P. Carpentieri, *Sorte del contratto (nel nuovo rito degli appalti)*, cit.

[45] Cfr. A. Botto, S. Castrovinci Zenna, cit., 368.

Richiamando le elaborazioni della dottrina in tema di inefficacia, la normativa prevista dal codice del processo amministrativo si inserirebbe nella categoria dell'inefficacia successiva, riconosciuta nelle ipotesi di condizione risolutiva e di sopravvenuta rimozione dell'atto-fatto costitutivo dell'efficacia. In particolare, è proprio questa seconda ipotesi che sembra venire in essere nel caso in esame, dove l'annullamento sopravvenuto dell'aggiudicazione, che aveva attribuito efficacia al contratto, porta alla perdita dell'efficacia così acquisita.

Viene valorizzata, in questo modo, l'elasticità intrinseca alla figura dell'inefficacia, che, in quanto attiene agli effetti e non all'atto, appare caratterizzata da confini cedevoli. Si ritiene, inoltre, che questa normativa abbia il pregio di riscoprire l'inefficacia quale categoria autonoma, indipendente dall'invalidità, come già affermato dalla risalente dottrina e giurisprudenza amministrativa, cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente.

Per completezza espositiva, va aggiunto che le incertezze inerenti alla giurisdizione sono state contemporaneamente risolte grazie all'attribuzione alla giurisdizione esclusiva del g.a. della dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione.

L'attuale disciplina dell'inefficacia del contratto, come ricordato, è contenuta agli artt. 121 e 122 del c.p.a[46].

L'art. 121 si riferisce ai casi in cui l'inefficacia sia conseguenza delle gravi violazioni ivi elencate, per cui il giudice che ha annullato l'aggiudicazione è chiamato a dichiarare l'inefficacia del corrispondente contratto, che può operare, a seconda del caso concreto, con effetti *ex nunc o ex tunc*. Il secondo comma dell'art 121 lascia aperta la possibilità alla conservazione dell'efficacia del contratto quando ciò risponda a un interesse generale dotato di carattere imperativo. Il quinto comma, invece, introduce delle ipotesi – legate a comportamenti tenuti dalla stazione appaltante, capaci di dimostrare il rispetto dei principi di concorrenza e *par condicio* tra gli operatori – in cui non deve essere comminata la sanzione dell'inefficacia.

L'art. 122 delinea l'inefficacia del contratto in tutte le ipotesi di annullamento dell'aggiudicazione per ragioni differenti da quelle elencate all'articolo precedente, affidando tale scelta alla discrezionalità del giudice, da effettuarsi bilanciando diversi fattori, quali l'interesse delle parti e l'effettiva possibilità per il concorrente di conseguire l'aggiudicazione della gara e subentrare nel contratto.

---

[46] Per un'analisi dell'attuale disciplina si rimanda fra i molti a M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile"*, in *www.federalismi.it*, 2010, 7; V. Lopilato, R. Tuccillo, *Effetti delle decisioni giurisdizionali sul contratto*, cit., 852 ss., R. D'Agostino, E*fficacia dell'annullamento ex tunc, ex nunc o a die crastino?*, in *www.giustiziainsieme*.it, 2021, che illustrano le teorie elaborate intorno al concetto di inefficacia a seguito del recepimento della normativa europea.

Dal quadro sinora tratteggiato, emerge con evidenza la flessibilità della disciplina e il notevole margine di discrezionalità lasciato in capo al giudice, espedienti necessari per garantire la tutela sia della libera concorrenza sia dell'interesse pubblico alla celere esecuzione dei contratti[47].

L'inefficacia si inserisce in questo progetto come la figura ideale a colpire il risultato della procedura di aggiudicazione dei contratti pubblici, dove i confini tra fase pubblicistica e fase privatistica appaiano tanto intricati che i caratteri della prima incidono e permangono inevitabilmente nella seconda[48]. Questa, determinando l'improduttività di effetti del contratto, al fine di preservare un'esigenza esterna all'accordo negoziale, non fa altro che tutelare quegli interessi pubblici e privati che connotano l'evidenza pubblica e da cui il negozio giuridico è inevitabilmente pervaso.

Non sembra, invece, che la caducazione del contratto possa farsi dipendere dalla sua invalidità, poiché l'illegittimità dell'aggiudicazione non si riflette automaticamente sulla struttura del programma negoziale[49]. L'invalidità, inoltre, mal si concilierebbe con le previsioni dettate dal codice del processo amministrativo, che lasciano al giudice, secondo le modalità sopra accennate, spazi di discrezionalità atti a calibrare l'operatività della sanzione della privazione di efficacia del contratto, a seconda delle differenti esigenze del caso concreto.

Tale ricostruzione si ritiene compatibile con la considerazione della procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico come composta da due fasi non chirurgicamente distinte, ma capaci di fondersi l'una nell'altra – senza però confondersi – e si considera altresì conforme alla struttura della giurisdizione esclusiva, che, come noto, chiama il giudice amministrativo a occuparsi anche di

[47] È stato sostenuto che l'inefficacia, in questo caso, va intesa come «*nozione complessa la cui operatività è subordinata all'evidenziarsi di interessi pubblici e privati e alla valutazione conclusiva del giudice che deve ponderarli sotto il profilo della proporzionalità delle scelte e dell'effettività della tutela che è chiamato ad assicurare. Un'inefficacia dai caratteri evidentemente più pubblicistici e comunitari rispetto alla caducazione generalizzata*». E. Sticchi Damiani, *Annullamento dell'aggiudicazione e inefficacia funzionale del contratto*, cit.

[48] Il contratto pubblico, come noto, si distingue da quello di diritto privato, oltre che per l'interesse pubblico che muove l'agire della p.a., in ragione della limitazione della libertà contrattuale della stazione appaltante, tenuta al rispetto dei rigidi meccanismi dell'evidenza pubblica. Sul legame tra aggiudicazione e contratto è stato osservato che «*la manifestazione di volontà dell'amministrazione, quindi, è espressa con la scelta del contraente ed è doppiata, ai fini negoziali, con la stipulazione del contratto, per cui sussiste un rapporto di strettissima connessione ed, anzi, di presupposizione necessaria tra gli atti del procedimento ad evidenza pubblica volto all'individuazione del contraente, di cui l'aggiudicazione costituisce il provvedimento conclusivo, ed il contratto stipulato con il soggetto aggiudicatario*». Cfr. R. Caponigro, *Annullamento dell'aggiudicazione ed effetti sul contratto*, cit.

[49] Contrariamente a quanto ipotizzato in queste righe, autorevole dottrina ha ritenuto che l'espediente dell'inefficacia sia indicativo del rifiuto della dottrina e del Legislatore «*di mettere in discussione i postulati ricevuti dalla tradizione*», rifugiandosi «*dietro il paravento agnostico dell'inefficacia*» per evitare di dover indagare l'esatto stato patologico del contratto in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione. Cfr. P. Carpentieri, *Sorte del contratto*, cit.

situazioni di diritto soggettivo, quando queste siano strettamente legate ad altre di interesse legittimo.

In definitiva, la categoria dell'inefficacia appare, in tale ipotesi, non solo la soluzione più pragmatica, ma anche quella più adatta a incidere i contratti pubblici, in ragione della sua sovrapponibilità strutturale nel diritto amministrativo e nel diritto privato, laddove, invece, l'invalidità – caratterizzata da una differente configurazione nell'ambito pubblicistico e in quello privatistico – mal si adatterebbe a dinamiche in cui l'esercizio di potere autoritativo e l'autonomia negoziale risultano saldamente connesse.

3. *L'inefficacia nel c.d. Decreto Semplificazioni*

Come accennato nel paragrafo introduttivo, è stato il d.lgs. n. 76/2020 a mettere nuovamente in luce la categoria giuridica dell'inefficacia[50]. In questo caso la scelta della sanzione della privazione di effetti non è derivata dalla necessità di recepire una direttiva europea, ma è stata autonomamente adottata del Legislatore nazionale, forse condizionato dal pragmatismo che ha caratterizzato la sopra analizzata modifica alla disciplina delle sorti del contratto pubblico a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione. Non si può, infatti, non pensare che l'adozione della patologia dell'inefficacia in materia di appalti pubblici abbia saputo condizionare il modo di esprimersi del Legislatore, fornendo quantomeno un antecedente linguistico di ispirazione.

Il Decreto Semplificazioni è stato elaborato al fine di contribuire al superamento delle conseguenze negative sull'economia legate al blocco dell'intera società dovuto alla crisi pandemica da Covid-19, contesto in cui era fondamentale un approccio caratterizzato da profonda concretezza.

Il d.lgs. n. 76/2020 ha introdotto al suo titolo II delle significative modifiche alla legge sul procedimento e, in particolare, a taluni istituti di semplificazione dell'azione amministrativa. Più precisamente, come affermato nella relazione illustrativa al Decreto, tali interventi hanno lo scopo di «rendere effettivi alcuni

[50] Per un commento generale alle modifiche apportate alla disciplina sul procedimento dal Decreto Semplificazioni si rimanda a F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato",* in *www.federalismi.it*, 2020; T. Chiacchio, *Il procedimento amministrativo dopo il c.d. decreto semplificazione*, in *www.lexitalia.it*, 2021; G. Notarpietro, *Le modifiche al procedimento amministrativo introdotte dal dl semplificazioni*, in *www.rivista.camminodiritto.it*, 2021; A. Manzione, *Il tempo e la responsabilità della P.A. nella visione del legislatore all'epoca della pandemia*, in *www.giustiziainsieme.it,* 2021. Con specifico riferimento alla materia edilizia si veda V. Cavarra, *Le misure generali per la ripresa post-pandemia del comparto edilizio: le innovazioni alla legge n. 241/1990 impattanti sul settore edilizia*, in *Prontuario di edilizia. La normativa per l'edilizia privata dopo la pandemia, tra sostenibilità, digitalizzazione e semplificazione*, a cura di M. Rizzo, Milano, 2021, 28 ss.

istituti e alcune finalità già insite nella legge, tenendo conto delle criticità emerse in fase applicativa, nonché a ridurre i tempi dei procedimenti».

Rilevante ai nostri fini è, come anticipato, l'introduzione all'art. 2 della l. n. 241/1990 del comma 8 *bis*, volto a dare certezza all'inerzia della p.a., negli specifici casi in cui il Legislatore ha attribuito a questa un determinato significato. Tale novità, più precisamente, incide sui seguenti istituti: sulla conferenza dei servizi, sul silenzio tra pp.aa., sul silenzio assenso di cui all'art. 20 della l. n. 241/1990 e, anche se in modo peculiare, sui poteri inibitori in materia di segnalazione certificata di inizio attività, c.d. SCIA.

Il nuovo comma 8 *bis* prevede, in tali ipotesi, che le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei diversi termini ivi previsti, siano prive di effetti.

Per una migliore chiarezza espositiva occorre distinguere le ipotesi di conferenza di servizi e silenzio assenso da quelle relative ai poteri inibitori in caso di SCIA, dal momento che queste presentano talune differenze strutturali non irrilevanti.

3.1. *L'inefficacia in caso di conferenza di servizi e silenzio assenso*

Il primo istituto cui il Decreto Semplificazioni fa riferimento è la conferenza di servizi[51] e, più precisamente, il termine di conclusione della conferenza semplificata di cui all'art. 14 *bis*, l. n. 241/1990. Questo articolo, al comma 2, lettera c), prevede che le Amministrazioni partecipanti alla conferenza di servizi siano chiamate a rendere le proprie determinazioni nel termine perentorio di quarantacinque giorni o di novanta giorni in caso di Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili.

Ancora, è fatta menzione dell'art. 14 *ter*, comma 7, relativo alla determinazione motivata di conclusione della conferenza simultanea, all'esito dell'ultima riunione, da adottarsi sulla base delle posizioni prevalenti espresse dalle Amministrazioni partecipanti. Tale articolo precisa che dovrà intendersi acquisito senza condizioni l'assenso di quelle Amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza o che non abbiano espresso un dissenso valido.

---

[51] Per un approfondimento sull'istituto della conferenza di servizi si rimanda, ad esempio, a R. Galli, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 653 ss.; G. Pagliari, *La conferenza di servizi*, in *Codice dell'azione amministrativa,* cit., 705 ss.; D. D'Orsogna, *La Conferenza di servizi*, in *Diritto Amministrativo*, a cura di F.G. Scoca, Torino, 2021, 235 ss.; G.Vesperini, *La nuova conferenza di servizi*, in *Gior. dir. amm*., 2016, 5, 578 ss.; F. Scalia, *Prospettive e profili problematici della nuova conferenza di servizi*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2016, 6, 625 ss.; S. Battini (a cura di), *La nuova disciplina della conferenza di servizi*, Roma, 2016; F. Sciarretta, *Nuove questioni in tema di Conferenza di Servizi*, *Foro amm.* – C.d.S., 2012, 11, 3037 ss.; F. Basssanini, L. Carbone, *La conferenza di servizi. Il modello e i princìpi*, in *La nuova disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di V. Cerulli Irelli, Napoli, 2006; G.D. Comporti, *Conferenza di servizi*, in *Dizionario di diritto pubblico*, cit., 1220.

Il nuovo comma 8 *bis* stabilisce che le determinazioni giunte oltre i termini ivi indicati saranno improduttive di effetti.

Si tratta chiaramente di una novità che, come affermato dal Legislatore, mira a incentivare le Amministrazioni a rispettare i termini a queste imposti e a rendere così effettiva quella semplificazione cui l'istituto della conferenza di servizi è finalizzato.

L'inefficacia che colpisce l'eventuale atto tardivo si crede costituisca – così come si evince dalla lettera della legge oltre che dalla tradizionale ricostruzione della categoria dell'inefficacia da parte della dottrina amministrativista – una forma di inefficacia in senso stretto, svincolata dall'invalidità dello stesso, in risposta a un interesse esterno. Questo interesse è da identificarsi proprio con gli obiettivi del Decreto Semplificazioni, ovverosia garantire la migliore tutela dell'interesse pubblico attraverso una maggiore certezza sulle conseguenze del mancato rispetto dei termini procedurali.

La medesima finalità è perseguita dal Legislatore con riferimento all'istituto del silenzio assenso[52], sia nella sua forma generale prevista dall'art. 20 della l. n. 241/1990, sia in relazione al silenzio formatosi tra le pubbliche Amministrazioni, ai sensi dell'art. 17 *bis*. È proprio su questa figura – specialmente in relazione ai rapporti tra p.a. e privato – in considerazione della sua grande applicazione pratica, che la modifica legislativa inciderà maggiormente.

Come noto, l'istituto del silenzio assenso è stato introdotto allo scopo di incentivare l'Amministrazione al rispetto dei termini per la conclusione del procedimento, di cui all'art. 2 della l. n. 241/1990. Il meccanismo operativo del silenzio assenso è basato su una finzione giuridica, grazie alla quale l'inerzia della p.a., protratta oltre il termine previsto per il rilascio di uno specifico provvedimento, è equiparata a un atto di assenso.

La dottrina ha riconosciuto le criticità insite in questo strumento procedurale, fortemente legate all'incertezza generata dalla mancanza di un pronunciamento esplicito da parte dell'Amministrazione. Era stato osservato, in particolare, che il silenzio assenso non risulta soddisfacente né per il privato né per la p.a. Il privato, infatti, da un lato, rimaneva in balia dell'Amministrazione, che poteva rimuovere il provvedimento tacito d'assenso attraverso l'esperimento degli strumenti di autotutela pubblicistica, ai sensi dell'art. 20, comma 3 della legge sul procedimento[53], dall'altro faticava a rendere spendibile il provvedimento così

[52] Sul silenzio assenso si vedano, tra i tanti contributi, M. D'Orsogna, R. Lombardi, *Il silenzio assenso*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2017, 968 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, *ivi*, 273 ss.; N. Paolantonio, *Il provvedimento in forma semplificata*, *ivi*, 301 ss.; S. Cogliani, *Il giudizio avverso il silenzio della P.A.: i nuovi poteri del giudice amministrativo*, *ivi*, 309 ss.

[53] Va osservato, inoltre, che, secondo una interpretazione dottrinale, l'obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi in modo espresso non verrebbe meno nei casi di formazione del silenzio

ottenuto, finendo questo per divenire un ostacolo alla circolazione economica. Allo stesso tempo la pubblica Amministrazione si sarebbe privata dell'esercizio della propria attività discrezionale, omettendo quella cura dell'interesse pubblico di cui è garante.[54]

Inoltre, il silenzio assenso generava – e genera tuttora – incertezze anche sul piano giurisprudenziale. Ci si domandava, infatti, se la completezza documentale della domanda fosse un requisito necessario alla formazione del provvedimento tacito[55]. Parte rilevante della giurisprudenza riteneva che il silenzio non si perfezionasse con il semplice decorso del tempo, ma che richiedesse l'esame della sussistenza dei presupposti previsti dalla legge per l'ottenimento del provvedimento richiesto[56].

È in questo precario quadro giuridico che si innesta la riforma dell'art. 2, comma 8 *bis* del codice del procedimento amministrativo. Colpendo con la sanzione dell'inefficacia i provvedimenti tardivi dell'Amministrazione, prodotti oltre i termini di formazione del silenzio assenso, si ottengono differenti risultati pratici:

- si afferma la natura perentoria e non ordinatoria dei termini di conclusione dei procedimenti a istanza di parte[57];

---

significativo. Cfr. A. Travi, *Silenzio-assenso e legittimazione ex lege nella disciplina delle attività private in base al d.p.r. 26 aprile 1992, n. 300,* in *Foro amm.*, 1993, 601 ss.; F. Figorilli, M. Renna, *Commento all'art. 2*, in *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, a cura di A. Bartolini, S. Fantini, G. Ferrari, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010, 105 ss.; A. Police, *Il dovere di concludere il procedimento e il silenzio inadempimento*, cit. 285 ss.

[54] Cfr., *ex multis*, B. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIV, 1995, 156; P. Carpentieri, *Il silenzio assenso nel sistema dell'art. 20, l. 7 agosto 1990 n. 241 e dei reg. governativi 26 aprile 1992 n. 300 e 9 maggio 1994 n. 407: un istituto ancora non adeguatamente disciplinato*, in *Foro amm., 9, 1997, 2585* ss.; V. Parisio, *Il silenzio della pubblica amministrazione tra prospettive attizie e fattuali, alla luce delle novità introdotte dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dalla l. 14 maggio 2005 n. 80*, in *Foro amm. – T.A.R.,* 7-8, 2006, 2798 ss.; A. Scognamiglio, *Silenzio assenso e* «interesse pubblico all'annullamento – il commento, in *Giornale Dir. Amm.,* 2008, 4, 409 ss.; M. Occhiena, F. Saitta, *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2010, 5, 399.

[55] F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit. evidenziano che «*la previsione dell'inefficacia degli atti adottati successivamente alla scadenza del termine ex art. 20 (per limitarsi al caso forse più importante), pur sottraendo all'amministrazione l'occasione di esprimersi tardivamente ("fuori tempo massimo"), non risolve (il problema della definitiva stabilizzazione dei rapporti, comunque minata dal potere di autotutela e) la questione dell'incertezza in cui versano gli interessati rispetto all'intervenuta formazione del silenzio produttivo dei medesimi effetti di un provvedimento di accoglimento. Da un lato, infatti, potrebbero esservi dubbi circa la sussistenza dei requisiti necessari affinché si formi il silenzio, richiedendosi, per ottenere una certezza definitiva, una decisione giurisdizionale; d'altro lato, il campo di applicazione del regime del silenzio-assenso resta non esattamente definito dall'ordinamento*».

[56] Si rimanda, *ex multis*, alle considerazioni e ai riferimenti giurisprudenziali presentati da S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 3, 344 ss. e A. Squazzoni, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso: amministrare giudicando? Un'analisi della giurisprudenza*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 4, 2021, 735 ss.

[57] La giurisprudenza del Consiglio di Stato era ferma nel ritenere la natura meramente

- si prova a rimuovere l'alone di incertezza sul provvedimento tacito, offrendo al privato una regola chiara – da adoperare anche di fronte ai terzi – con cui affermare il valore giuridico del silenzio assenso;
- viene gravata l'Amministrazione di una maggiore pressione a pronunciarsi entro i termini di legge.

Un altro vantaggio che la previsione dell'inefficacia sembra poter attribuire a questa ipotesi è la riduzione del contezioso giurisdizionale. L'aver chiarito, senza margini di dubbio, che il provvedimento tardivo non produce *ex lege* alcun effetto, sembra possa evitare al privato di richiedere anche il solo accertamento della formazione del silenzio assenso.

È stato osservato, inoltre, che laddove un simile giudizio venisse instaurato, il giudice si dovrebbe limitare a una sorta di «certazione notarile» sull'effettivo superamento del tempo previsto per l'Amministrazione per provvedere[58].

Invero, la prima dottrina chiamata a interpretare l'introduzione di questa nuova forma di inefficacia pubblicistica non ha mostrato particolare entusiasmo, criticando sia la validità giuridica della qualificazione in termini di inefficacia dell'atto tardivo, sia svalutando la reale utilità pratica dell'intervento[59].

Come già avvenuto per l'inefficacia del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, sono state offerte letture alternative in merito alla più idonea qualificazione giuridica da attribuirsi all'atto tardivo[60].

In proposito, è stato osservato che l'inefficacia non potrebbe qualificarsi come categoria dogmatica a sé stante, ma sarebbe sempre la conseguenza o dell'invalidità dell'atto o di particolari stati del provvedimento, quali la sospensione o la revoca. Secondo questa interpretazione, pertanto, il Legislatore avrebbe colposamente omesso di precisare l'antecedente logico capace di comportare la

---

ordinatoria dei termini di conclusione del procedimento, ove non diversamente previsto. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 25 giugno 2008 n. 3215, in *Foro amm. – C.d.S.,* 2008, 6, 1845 ss.; Id., 14 gennaio 2009, n.140, *ivi*, 2009, 1, 221 ss.; Cons. Stato, Sez. IV, 3 aprile 2009, n. 2110, *ivi*, 2009, 4, 950, per cui «*il provvedimento tardivo promana da un potere esistente e non può considerarsi viziato solo perché intervenuto* ultra termines».

[58] A. Squazzoni, *L'azione di accertamento con riferimento al silenzio assenso*, cit.

[59] M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni",* in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 3, 2020; M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni) (note a margine di Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034 e T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis, 1 luglio 2020, n. 7476* in *www.giustiziainsieme.it*, 2020; S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, cit., F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit. e M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, in *Il Processo*, 1, 2022, 11 ss.

[60] Cfr. M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*, cit. e M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.

privazione di effetti del provvedimento[61]. Partendo da questa considerazione, sono state prospettate diverse soluzioni per cui il provvedimento tardivo sarebbe annullabile o nullo.

Gli interpreti sembrano maggiormente orientati verso la tesi della nullità, poiché ritenuta l'unica in grado di giustificare l'improduttività di effetti *ab origine* e garantire al contempo una maggiore certezza per i privati[62].

Tuttavia, chi scrive ritiene che nel caso di specie sarebbe preferibile valorizzare la figura dell'inefficacia come autonoma e indipendente rispetto all'invalidità, così come descritta dal Legislatore del Decreto Semplificazioni – guidato da intenti strettamente pragmatici – e, in ogni caso, conformemente alle storiche elaborazioni dottrinali riproposte all'incipit di tale contributo.

Si ritiene, cioè, che la patologia dell'inefficacia, così come ricostruita dalla pandettistica e recepita nel diritto amministrativo, sia una categoria a sé stante che, come più volte ricordato in questa sede, determina l'improduttività di effetti non per ragioni interne all'atto, ma allo scopo di rispondere a un interesse esterno. Nel caso di specie, questa forza capace di rendere *inutiler datur* l'atto tardivo è determinata dal Legislatore nell'interesse a che la p.a. rispetti i termini procedurali a questa imposti, in un'ottica di semplificazione dell'azione amministrativa e di tutela dei rapporti economici.

D'altronde, che fosse preferibile il richiamo alla nullità dell'atto tardivo come presupposto dell'inefficacia non sembra trovare una reale giustificazione nemmeno nel maggiore grado di certezza che questa determinerebbe. Si ritiene, invece, che l'utilizzo del termine inefficacia sia di immediata e più facile comprensione per i privati. La norma, cioè, afferma con una chiarezza tale da non lasciare adito a dubbi, che l'eventuale atto dell'Amministrazione pervenuto oltre i termini di formazione del silenzio assenso non produce alcun effetto.

Si crede, piuttosto, che tale semplicità potrebbe evitare la presentazione di ricorsi giurisdizionali, se le Amministrazioni, ad esempio, indicassero con chiarezza – a partire dai loro siti internet istituzionali – che, oltre lo scadere del termine previsto per la conclusione dei procedimenti ad istanza di parte, questa non potrebbe più pronunciarsi, se non in autotutela, e che l'eventuale provvedimento tardivo non avrebbe alcuna forza vincolante per il privato. Diffondere, oltre che tra gli esperti del settore, la conoscenza di questa novità legislativa, appare un

[61] La tesi dottrinale che nega l'autonomia alla categoria giuridica dell'inefficacia sembra oggi dominante, seppur in contrasto con gli approdi della storica dottrina amministrativista, derivante dalle elaborazioni della pandettistica, di cui si è fatto cenno nel primo paragrafo. Si veda, ad esempio, S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, in *Il diritto dell'economia*, cit.

[62] Per la tesi della nullità optano M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.; M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire*, cit.; S. Vernile, *Ragionevole durata del procedimento e "sorte" dell'atto tardivo*, cit..; F. Fracchia, P. Pantalone, *La fatica di semplificare: procedimenti a geometria variabile, amministrazione difensiva, contratti pubblici ed esigenze di collaborazione del privato "responsabilizzato"*, cit.

onere imprescindibile per la buona riuscita degli obiettivi di semplificazione. Questo sistema potrebbe costituire un reale sprone per le Amministrazioni a rispettare quei termini procedurali divenuti perentori per effetto della modifica legislativa.

In altre parole, il Legislatore, guidato da quello spirito puramente pragmatico che aveva animato anche il Legislatore europeo, pare abbia saputo – forse inconsapevolmente – dare nuova vita a una categoria giuridica, quale l'inefficacia, così confacente al diritto amministrativo, in virtù della sua duttilità e, soprattutto, della sua attitudine a fornire tutela a quegli interessi preminenti, individuati da questo di volta in volta.

3.2. *L'inefficacia degli atti inibitori tardivi in seguito alla presentazione della SCIA*

Più problematico è sicuramente apparso l'inserimento, accanto agli istituti sopra elencati, del riferimento agli atti inibitori, di cui all'art. 19, comma 3 della L. n. 241 del 1990, emanati tardivamente dalle pubbliche Amministrazioni, facendo però espressamente salva la possibilità di pronunciarsi in presenza dei presupposti richiesti per l'annullamento d'ufficio[63].

Va solo accennato in questa sede che la SCIA, diversamente dal silenzio assenso, non è assimilabile, per espressa ammissione dell'art. 19, comma 6 *ter*, a un provvedimento tacito di assenso. Si tratta, invece, come ormai unanimemente riconosciuto, di un atto del privato di c.d. liberalizzazione temperata. Temperata perché, benché il privato abbia la possibilità di dare inizio alla propria attività nel momento stesso della presentazione della segnalazione, in capo all'Amministrazione permane il potere di adottare motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione e di rimozione di eventuali effetti dannosi, entro i limiti di 60 giorni, che si riducono a 30 in materia edilizia[64].

Il Decreto Semplificazioni, con riferimento alla SCIA, va a colpire proprio

[63] In tema di SCIA si rimanda, tra i molti contributi, a L. Fogli, *La scia tra il processo di semplificazione e l'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione*, in *Azienditalia*, 2022, 3, 512; G. Condino, *La segnalazione certificata di inizio attività. Un'occasione mancata di rilancio: commento e analisi dell'attuale architettura dell'istituto*, in *Giustamm.it*, 2021, 5; F. Savo Amodio, *S.c.i.a. e tutela del terzo: la complessa ricerca di un equilibrio*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2020, 1, 14; C. Lamberti, *Segnalazione certificata di inizio attività SCIA – La SCIA tutela le attività economiche e non il terzo*, in *Giur. It.*, 2019, 4, 917; E. Scotti, *La segnalazione di inizio attività*, in *L'azione amministrativa*, a cura di A. Romano, Torino, 2016, 584 ss.; S. Tuccillo, *La s.c.i.a. edilizia alla ricerca di un equilibrio tra il ruolo dell'amministrazione e le ragioni dei privati*, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2016, 1-2, 141 ss.; E. Boscolo, *La S.C.I.A. dopo la legge Madia e i decreti* attuativi, in *Giur.it.*, 2016, 2802 ss.; W. Giulietti, N. Paolantonio, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. Sandulli, cit., 902 ss.

[64] Cfr., *ex multis*, G. Sciullo, *Modelli ricostruttivi di dia e tutela del controinteressato*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2007, 975 ss.; V. Parisio, *Direttiva, Bolkestein, silenzio-assenso, d.i.a., liberalizzazioni temperate, dopo la sentenza del Consiglio di Stato, A.P. 29 luglio 2011 n. 155*, in *Foro amm.- T.A.*R., 2011, 2978 ss.; S.S. Scoca, *Gli atti di autoamministrazione*, in *Giur. It.*, 2014, 7, 1787.

questi poteri inibitori, che non potranno essere esercitati efficacemente oltre i termini indicati, che, anche in questo caso, divengono perentori. In questo modo, il Legislatore ha voluto offrire risposta al bisogno, avvertito dai privati, di dare maggiore chiarezza agli istituti di semplificazione già presenti nel nostro ordinamento, in modo da non dover subire il peso dell'incertezza dovuto all'inazione della pubblica Amministrazione, avendo riguardo alla necessità di sbloccare l'economia.

Il punto critico di questa modifica è stato individuato nell'inciso «fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-*nonies*, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni». I primi interpreti, in particolare, si sono domandati se questo dovesse essere inteso come la possibilità per la p.a. di rimuovere in autotutela i provvedimenti inibitori tardivi da questa pronunciati, ritenuti *ex lege* inefficaci, ovvero come la riaffermazione di quanto già enunciato all'art. 19, comma 4 della legge sul procedimento, cioè del potere, scaduti i termini di 30-60 giorni, di adottare provvedimenti inibitori ove sussistano i requisiti per l'annullamento d'ufficio[65].

È stato sostenuto in proposito che la prima interpretazione sarebbe preferibile perché consentirebbe una lettura unitaria delle disposizioni sul silenzio assenso e la SCIA, ma porterebbe a svalutare l'autotutela, necessaria per il rispetto del principio di legalità[66].

Invero, si crede che le preoccupazioni espresse da autorevole dottrina potrebbero essere alleggerite se si ragionasse secondo quell'ottica strettamente pratica e meno attenta alla dogmatica adottata dal Legislatore. Optando, cioè, per la soluzione interpretativa più lineare e conforme alla lettera della legge, sembrerebbe che il Decreto Semplificazioni abbia voluto confermare la possibilità per la p.a. di adottare quei poteri inibitori entro il termine di 12 mesi, sussistendone l'interesse pubblico e ove sia riscontrata l'illegittimità dell'atto del privato, tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Del resto, non si vede perché il Legislatore avrebbe dovuto ammettere la rimozione in autotutela dell'atto tardivo, laddove questo risulta di per sé inefficace, andando ad aggravare l'azione dell'Amministrazione, senza ottenere reali benefici per il privato.

Se si rivalutasse la figura dell'inefficacia nella sua autonomia, valorizzando la sua chiarezza esplicativa e la sua portata semplificatoria, le modifiche legislative così ricordate potrebbero condurre a un reale miglioramento degli istituti procedurali da queste toccati.

Ancora, si crede sia possibile fornire una lettura unitaria dell'art. 2, comma 8

---

[65] Cfr. M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.; M. Notarpietro, *Le modifiche introdotte al procedimento amministrativo dal decreto semplificazioni*, cit.

[66] M. Macchia, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, cit.

bis, tenendo però in debita considerazione la differenza strutturale degli istituti a questo assoggettati. L'incidenza da un lato sugli atti emessi successivamente alla formazione del silenzio assenso, dall'altro sugli atti inibitori tardivi – entrambi comunque provvedimenti di primo grado – porta a sanzionare, in ogni caso, l'inefficienza della p.a., dando risposta all'interesse alla certezza e celerità dell'azione amministrativa. In ambedue le ipotesi permane la possibilità di esercitare i poteri in autotutela, precisando però che per il silenzio assenso si tratterà di veri e propri provvedimenti di secondo grado, nel caso della SCIA, invece, l'intervento della p.a. sarà di primo grado, perché si innesta su una precedente attività del privato.

D'altro canto, l'elasticità tipica della figura dell'inefficacia si presta ad abbracciare indifferentemente queste diverse tecniche di semplificazione.

3.3. *Le prime applicazioni giurisprudenziali*

Partendo dal presupposto che il diritto amministrativo è capace, forse meglio di ogni altra branca del sapere giuridico, di prendere forma e concretezza nelle aule giudiziarie, si crede fondamentale soffermarsi sul recepimento delle modifiche apportate dal Decreto Semplificazioni nella sua realtà applicativa. A distanza di oltre due anni dalla sua entrata in vigore, la casistica giurisprudenziale appare ancora piuttosto limitata, indice forse dell'effettiva chiarezza della normativa così introdotta e della sua idoneità – come auspicato – a ridurre il contenzioso giurisdizionale.

Di seguito verranno brevemente richiamate tre pronunce, incidenti su diversi istituti.

Una pronuncia che appare significativa è quella resa da T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 26 marzo 2021, n. 3716[67], riguardante il caso più problematico della novella legislativa, cioè l'inefficacia dell'atto inibitorio tardivo, a seguito della presentazione della SCIA da parte di un privato.

Nel caso di specie, il ricorrente aveva domandato l'accertamento della nullità della determinazione dell'Amministrazione – o comunque l'annullamento della stessa – perché giunta oltre il termine di 30 giorni dalla presentazione della SCIA edilizia, non trattandosi di un provvedimento fondato sui presupposti dell'annullamento d'ufficio.

Il Collegio chiamato a pronunciarsi sulla questione ha, in prima battuta, preso atto delle innovazioni apportate all'istituto della SCIA, riconoscendone la *ratio* nella riduzione dei tempi procedimentali e nella definizione delle conseguenze correlate all'inerzia dell'Amministrazione.

Il provvedimento inibitorio tardivo è stato, di conseguenza, ritenuto improduttivo di effetti, in deroga alla regola generale della natura ordinatoria dei

[67] T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 26 marzo 2021, n. 3716 è consultabile in *www.giustizia-amministrativa.it*.

termini procedurali, sancendo l'illegittimità della determinazione così adottata dall'Amministrazione.

Il T.A.R. Roma ha confermato le perplessità avanzate dalla dottrina già richiamata sulla mancata indicazione da parte del Legislatore dell'antecedente logico capace di dare causa all'inefficacia[68], affermando però che, in mancanza di un riferimento espresso del Legislatore, l'inefficacia non può dirsi conseguenza della nullità dell'atto tardivo. Ha avuto modo, inoltre, di chiarire che in capo alla p.a. permane la possibilità di intervenire sulla base dei presupposti di cui all'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990, confermando, così che la consumazione del potere di provvedere alla scadenza del termine di 30/60 giorni non è assoluta.

La pronuncia in esame sembra aver saputo cogliere il pragmatismo della riforma, manifestando, tuttavia, alcune perplessità, riferibili, in special modo, al piano processuale. Nel caso di specie, infatti, il ricorrente ha esperito, alternativamente, l'azione di accertamento della nullità e quella di annullamento dell'atto tardivo. Il Collegio si è trovato nella posizione di dover escludere la prima azione, in mancanza di un appiglio testuale che avvalorasse la tesi della nullità, e di sancire, per converso, una generica illegittimità del provvedimento tardivo.

Il risultato pratico della sentenza risponde alle modifiche apportate dal Decreto Semplificazioni, confermando l'improduttività di effetti del provvedimento inibitorio tardivo, tuttavia, si ritiene che l'azione più idonea al caso di specie sarebbe stata quella di mero accertamento dell'inefficacia, in considerazione della pienezza della tutela giurisdizionale amministrativa, che può essere raggiunta attraverso l'azione ritenuta più adatta allo scopo[69], nonché dell'autonomia dell'inefficacia delineata dal Decreto Semplificazioni.

L'atto tardivo, infatti, come ampiamente ricordato non è da considerarsi strutturalmente invalido, ma diviene improduttivo di effetti in ragione della sua contrarietà a un interesse esterno, così come espressamente sancito dal Legislatore.

Ulteriore elemento significativo, capace di far risaltare la bontà della modifica legislativa, è la scelta da parte del Collegio di definire il giudizio all'esito dell'udienza cautelare, ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo, in considerazione, oltre che della completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, dell'opportunità della sollecita decisione nel merito, vista la manifesta fondatezza del ricorso.

Sull'inefficacia del provvedimento emesso a seguito della formazione del

---

[68] «*La previsione ex lege dell'inefficacia, tuttavia, è stata introdotta senza alcun riferimento al rapporto con eventuali altri vizi di validità dell'atto, con conseguenti problematiche interpretative correlate all'autonomia della categoria pur con la stretta interrelazione sussistente con i vizi di validità, trovando, su di un piano generale, l'inefficacia primariamente radice nei vizi tipici dell'atto amministrativo*», *Ibidem*.

[69] Cfr., *ex multis*, F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2021, 127 ss., L.R. Perfetti, *La* full jurisdiction *come problema. Pienezza della tutela giurisdizionale e teorie del potere, del processo e della costituzione*, in *Persona e Amministrazione*, 2018, 2, 237 ss.; V. Cerulli Irelli, *Giurisdizione amministrativa e pluralità delle azioni (dalla costituzione al codice del processo amministrativo)*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 2, 436 ss.

silenzio assenso ai sensi dell'art. 20 della legge sul procedimento, di rilievo risulta la sentenza del T.A.R. Trieste, Sez. I, 13 aprile 2021, n. 121[70], avente ad oggetto il diniego di un permesso di costruire.

La citata pronuncia è significativa da un lato perché la stessa parte ricorrente ha presentato correttamente domanda di accertamento dell'inefficacia del provvedimento tardivo, e solo in subordine di annullamento, dall'altro perché, con grande semplicità e chiarezza, il Collegio ha recepito la novità legislativa.

Il T.A.R. Trieste, infatti, verificato il superamento dei termini previsti per la conclusione del procedimento, ha accolto il ricorso dichiarando l'inefficacia del provvedimento tardivo. Anche nel caso di specie, il Giudice ha ritenuto sussistessero i presupposti per la definizione del giudizio in sede cautelare, ai sensi dell'art. 60 c.p.a., considerando le questioni di pronta e facile soluzione.

Il T.A.R. ha avuto modo di esplicare il funzionamento del meccanismo di cui all'art. 2, comma 8 *bis* della L. n. 241 del 1990, affermando che tale norma «laddove sanziona esplicitamente con l'inefficacia il provvedimento eventualmente emesso una volta decorso il termine per provvedere e formatosi *per silentium* il provvedimento favorevole, lascia, per l'appunto, intuire che l'amministrazione procedente risulta deprivata, in via definitiva, del relativo potere, similmente a quanto accade nel caso di atti non rientranti nell'ordinaria amministrazione o non urgenti e indifferibili adottati dagli organi amministrativi in regime di proroga (cfr. art. 3 d.l. 16 maggio 1994, n. 293, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, l. 15 luglio 1994, n. 444[71]), e può eventualmente agire solo in autotutela».

Di rilievo, infine, la scelta del giudice amministrativo di porre a carico dell'Amministrazione le spese di lite «nonostante la novità della questione», poiché l'iniziativa edilizia per cui il privato aveva presentato istanza «era da tempo conosciuta dal competente ufficio comunale».

Quanto emerso dalla pronuncia appena delineata porta a ritenere che la novità legislativa, così interpretata, sia in grado di apportare l'auspicata semplificazione e chiarificazione dell'istituto del silenzio assenso, superando le criticità dogmatiche giustamente rilevate dalla dottrina.

Questa pronuncia appare significativa anche perché sembra voler superare quell'interpretazione giurisprudenziale sopra richiamata, particolarmente diffusa in materia edilizia, per cui il silenzio assenso potrebbe formarsi solo in presenza di tutti i requisiti e presupposti previsti dalla legge, in mancanza dei quali la p.a. avrebbe sempre il potere di pronunciarsi in modo esplicito.

Lo strumento dell'inefficacia prescelto dal Legislatore assume così la dimensione di vero pungolo per la p.a. ad agire tempestivamente, caratterizzato dalla semplicità e rapidità dell'accertamento giurisdizionale.

---

[70] T.A.R. Trieste, Sez. I, 13 aprile 2021, n. 121 è consultabile in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[71] L'articolo citato dal T.A.R Trieste, peraltro, prevede la nullità degli atti adottati in sua violazione. In tale ipotesi, quindi, l'inefficacia derivava dalla invalidità stessa dell'atto.

Un'altra pronuncia di interesse riguarda, invece, la formazione del silenzio assenso tra Amministrazioni ai sensi dell'art. 17 *bis* della l. n. 241/1990, emessa dal T.A.R. Salerno[72]. Nel caso in esame, il Collegio ha riconosciuto l'inefficacia del parere tardivo rilasciato dalla Soprintendenza, cui il Comune di Salerno si era adeguato, rigettando la richiesta del privato di autorizzazione paesaggistica, necessaria per la definizione di un procedimento di condono edilizio.

Il ricorrente aveva espressamente domandato l'annullamento del parere della Soprintendenza e di ogni atto a questo consequenziale, affermando l'applicabilità dell'art. 2, comma 8 *bis* del Decreto Semplificazioni. Il T.A.R. ha accolto il ricorso, precisando che la domanda del privato era volta sostanzialmente all'accertamento della formazione in via tacita dell'assenso della Soprintendenza, ritenendo di poter soprassedere, data la relativa carenza di interesse, dal formale annullamento del parere, stante l'inefficacia dello stesso.

Anche con questa sentenza sembra che il T.A.R. Salerno abbia saputo cogliere al meglio la portata semplificatoria dell'intervento legislativo del 2020, per cui, una volta verificata la sua applicabilità *ratione temporis* al caso di specie, al Giudice spetta il solo compito di accertare la tardività dell'atto, la sua conseguente inefficacia e quindi l'avvenuta formazione del silenzio assenso, senza dover procedere all'annullamento dello stesso[73].

Per completezza, va sottolineato che, nonostante l'indubbia positività dell'intento del Legislatore, attraverso l'introduzione della soluzione dell'inefficacia dell'atto tardivo non appare del tutto risolto il problema dell'incertezza dell'azione amministrativa. Come dimostrano anche le sentenze richiamate, infatti, questa può essere definitivamente rimossa solo a seguito della decisione di un Giudice o dell'intervento della stessa p.a., mediante l'emanazione di un atto espresso.

Una soluzione a questo problema è stata offerta, prima, in materia edilizia, dallo stesso Decreto Semplificazioni, che ha modificato l'art. 20, comma 8 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001 n. 380, con riferimento al silenzio assenso formatosi sulla domanda di rilascio di un permesso di costruire. In questo caso è stato previsto che, su richiesta del soggetto interessato, venga compilata dallo sportello unico per l'edilizia «un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento, in assenza di richieste di integrazione documentale o istruttorie inevase e di provvedimenti di diniego; altrimenti, nello stesso termine, comunica all'interessato che tali atti sono intervenuti»[74].

---

[72] Si tratta di T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 14 ottobre 2021, n. 2152, consultabile in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[73] Questo indirizzo è stato confermato in ulteriori sentenze del T.A.R. Campania, come ad esempio, T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 23 giugno 2021 n. 15423; Id, 3 novembre 2021, n. 2319, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*.

[74] Per un approfondimento si rimanda, per esempio, a M. Calabrò, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire*, cit.

Simile previsione è stata, poi, estesa, in via generale, all'istituto del silenzio assenso, di cui all'art. 20 della l. n. 241/1990, con l'introduzione del comma 2 *bis*, ad opera dell'art. 62, comma 1, del decreto legge 31 maggio 2021 n. 77, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2021 n. 108[75], allo scopo di «consentire la piena operatività e il rafforzamento dell'efficacia del silenzio assenso[76]». Il Decreto Semplificazioni *bis*, ha previsto, inoltre – risultando più innovativo del suo modello in materia edilizia – che in caso di richiesta infruttuosa dell'attestazione di formazione del silenzio assenso da parte della p.a., questa potrà essere sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del d.P.R. n. 445 del 2000[77].

Un solo cenno, in ultimo, va rivolto al tema del terzo controinteressato e, in particolare, a come l'introduzione del comma 8 *bis* all'art. 2 della l. n. 241/1990 possa influire negativamente sulla sua tutela, in considerazione del fatto che tale disciplina è stata costruita soprattutto a garanzia dell'istante. Il provvedimento tardivo emanato dalla p.a. e favorevole per il terzo, benché intrinsecamente inefficace, potrebbe, infatti, generare in questi un affidamento sulla correttezza dell'azione amministrativa, conducendolo, ad esempio, nel caso del silenzio assenso, a rinunciare alla proposizione di una tempestiva azione volta all'impugnazione del provvedimento tacito a lui sfavorevole. Non volendosi soffermare in questa sede su tale problematica, basti rilevare che sembrerebbe difficilmente ipotizzabile che il provvedimento tardivo possa ingenerare un affidamento incolpevole nel terzo, dal momento che è la sua semplice emanazione fuori termine a colpirlo con la sanzione dell'inefficacia[78]. Invece, con riferimento alla SCIA, permane invariata l'annosa questione della tutela del terzo, che avrebbe forse potuto trovare, negli interventi legislativi sopra richiamati, un tentativo di risoluzione[79].

---

[75] Decreto Legge 31 maggio 2021, n. 77, «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure», convertito con modificazioni dalla Legge 29 luglio 2021, n. 108.

[76] Come si legge nella relazione illustrativa al Decreto Semplificazioni *bis*.

[77] Sul punto, si rinvia alle considerazioni critiche offerte da M.A. Sandulli, *Silenzio assenso e termine a provvedere. Esiste ancora l'inesauribilità del potere amministrativo?*, cit.

[78] Sull'affidamento del privato si rimanda, tra i contributi dottrinali più recenti, a S. Puddu, *La tutela dell'affidamento del cittadino nel quadro delle trasformazioni del sistema amministrativo*, in *Responsabilità Civile e Previdenza,* 5, 2021, 1767 ss.; G. Serra, *Legittimo affidamento del privato nei confronti della p.a. e riparto di giurisdizione: la storia infinita*, in *www.federalismi.it*, 2021; F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 3, 2018, 823 ss.

[79] Si ricorda, in proposito, che la nota pronuncia Corte costituzionale 13 marzo 2019, n. 45 aveva ritenuto auspicabile un intervento del legislatore «*quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo di sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'Amministrazione e al conseguente effetto estintivo del potere*». Tra i moltissimi contributi sul tema si rimanda, a titolo esemplificativo, a F. Liguori, *La "parentesi amministrativa" della s.c.i.a. e le tutele del* terzo, in *Riv. Giur. Edilizia*, 4, 2019, 281 ss.

4. *Riflessioni conclusive: verso una nozione elastica di inefficacia*

Le modifiche legislative sopra richiamate sono state in grado di dare nuova vita alla categoria dell'inefficacia pubblicistica. Questa, che sembra essere stata adottata più per spirito pragmatico che a seguito di un'attenta analisi dogmatica, si crede sia stata capace di adattarsi perfettamente – e forse inaspettatamente – alle esigenze cui il Legislatore voleva fornire risposta[80].

Nel caso dell'inefficacia dei contratti pubblici, in particolare, l'espediente della privazione di effetti è stato sfruttato dal Legislatore europeo, lontano da quella ricerca esegetica attraverso cui la dottrina e la giurisprudenza italiana avevano tentato di analizzare il problema, con l'intento di gettare luce in quel limbo esistente tra fase pubblicistica e fase privatistica nelle procedure di aggiudicazione. L'inefficacia diviene la sanzione con cui colpire il contratto scaturente da un'aggiudicazione invalida, allo scopo di tutelare uno dei principi fondamentali in materia di contratti pubblici, cioè la concorrenza. In questo caso l'inefficacia non deriva da un vizio strutturale del contratto, ma è autonoma, legata alla necessità di garantire il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica, la cui violazione ha già determinato l'annullamento dell'aggiudicazione.

Grazie alla duttilità di questa categoria possono essere regolate le sue conseguenze a seconda delle esigenze del caso concreto. Come visto, gli artt. 120 e 121 c.p.a. concedono al giudice ampi poteri discrezionali, necessari per comparare i differenti interessi in gioco, potendo così stabilire la retroattività o meno, nonché la comminazione stessa dell'inefficacia.

L'intervento attuato sull'art. 2 della l. n. 241/1990 colpisce il cuore del diritto amministrativo, il procedimento, quello strumento attraverso cui il potere amministrativo può irradiarsi e prendere forma. Gli istituti interessati, come osservato, sono diversi, ma per tutti l'inefficacia che affligge l'atto tardivo costituisce il mezzo per rendere effettiva la semplificazione amministrativa di cui tali istituti sono interpreti, offrendo maggiore certezza ai rapporti tra pubblico e privato. Ciò è reso possibile, ancora una volta, dalla grande elasticità che caratterizza questa categoria.

L'inefficacia, inoltre, non comporta neanche in questi casi la rimozione di

[80] In conclusione sembra utile ricordare la pronuncia Cons. Stato., Ad. plen., 25 maggio 2021, n. 8, secondo cui «*gli atti adottati dal commissario "*ad acta*" dopo che l'amministrazione abbia già provveduto a dare attuazione alla decisione, ovvero quelli che l'amministrazione abbia adottato dopo che il commissario ad acta abbia provveduto, sono da considerare inefficaci e, ove necessario, la loro rimozione può essere richiesta da chi vi abbia interesse, a seconda dei casi, al giudice dell'ottemperanza o al giudice del giudizio sul silenzio*». In questo caso è il giudice amministrativo ad adoperare la categoria giuridica dell'inefficacia, a ulteriore conferma di come questa stia assumendo una nuova importanza nel lessico del diritto pubblico. Per un commento alla citata sentenza, si rimanda a A. Scognamiglio, *Sul potere di provvedere anche dopo la nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio della P.A. (nota ad Ad. Plen. 25 05 2021 n. 8)*, in www.*giustiziainsieme.it*, 2021.

specifici vizi strutturali, ma offre una tutela a interessi di carattere generale, di volta in volta identificati dal Legislatore. In particolare, è la risposta all'esigenza – costituzionalmente riconosciuta – di buon andamento della pubblica Amministrazione.

Anche questa modifica legislativa si avvale della categoria dell'inefficacia intesa come pienamente autonoma e indipendente. Tale soluzione si mostra particolarmente atta a ridurre o quanto meno semplificare il contenzioso giurisdizionale, in ragione dell'immediatezza e chiarezza illustrativa del suo meccanismo operativo e delle sue conseguenze. I primi risultati applicativi sembrano incoraggianti.

Presentare, l'una di seguito all'altra, queste modifiche legislative si crede possa far comprendere come – nonostante le grandi diversità in termini soprattutto di genesi dell'intervento, posizioni giuridiche soggettive coinvolte e obiettivi ricercati – l'inefficacia ivi contemplata presenti caratteri similari, che la rendono così adatta al diritto amministrativo, per le differenti ragioni già esposte.

L'inefficacia che emerge è una figura autonoma, indipendente da qualsivoglia forma di invalidità o presupposto, particolarmente duttile e carica di pragmatismo. Sembra sia stata data così forma a una nuova inefficacia pubblicistica, semplice e lineare, capace di superare i rigidi inquadramenti delle più tradizionali e utilizzate categorie dogmatiche, pur potendosi inserire perfettamente nel solco della ricostruzione esegetica che di questo istituto è stata delineata a partire dall'esperienza di diritto privato, costituendo una sua naturale evoluzione.

Abstract

Il presente saggio intende analizzare la categoria dell'inefficacia pubblicistica, così come venutasi a delineare in conseguenza, prima, dell'adozione degli artt. 120 e ss. del codice del processo amministrativo, con riferimento al destino del contratto pubblico a seguito dell'annullamento della relativa aggiudicazione e, più recentemente, delle modifiche apportate alla legge sul procedimento a opera del c.d. Decreto Semplificazioni.

Si tratta di interventi che incidono su istituti e problematiche molto differenti, ma che appaiono accomunati dal peculiare utilizzo della figura dell'inefficacia: questa, come quasi alla stregua di passe-partout, viene accolta, plasmata e trasformata per il raggiungimento di precisi obiettivi.

Si procederà prima a una sintetica definizione del dibattito dottrinale che ha preceduto e seguito tali evoluzioni, per poi indagare l'incidenza degli interventi legislativi e la più significativa giurisprudenza sul punto, prestando maggiore attenzione, considerata la novità della disciplina, all'inefficacia di cui all'art. 2, comma 8 *bis* della l. n. 241/1990.

Scopo di questa analisi vuole essere quello di dare atto di come l'inefficacia sia oggi caratterizzata da una struttura elastica, capace di andare oltre le severe categorie dogmatiche e di adattarsi, in un'ottica fortemente pragmatica, alle molteplici necessità che vengono a crearsi nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Beyond dogmatism: the new dimension of public ineffectiveness

This essay aims at analysing the category of public ineffectiveness, as it has emerged as a consequence, firstly, of the adoption of articles 120 et seq. of the Code of Administrative Procedure, with reference to the fate of the public contract following the annulment of the tender award, and more recently, of the amendments made to the law on procedure by the so-called Simplification Decree.

These interventions affect very different institutions and issues, but seem to be united by the peculiar use of the figure of ineffectiveness: this, as a sort of passe-partout, is accepted, shaped and transformed to achieve specific objectives.

We shall first proceed to a brief definition of the doctrinal debate that preceded and followed these developments, and then investigate the impact of legislative interventions and the most significant case law on this point, paying greater attention, given the novelty of the discipline, to the ineffectiveness introduced by art. 2, comma 8 *bis* of l. n. 241/1990.

The final purpose of this analysis is to acknowledge how ineffectiveness is today characterised by an elastic structure, capable of going beyond the strict dogmatic categories and adapting, in a strongly pragmatic perspective, to the multiple needs that arise in the exercise of administrative activity.

Baratto amministrativo e sviluppo locale*

di Pierandrea Corleto

Sommario: 1. Piano dell'indagine: oggetto e ragioni dello studio. – 2. Origini e precedenti storici. – 3. L'attuale configurazione del baratto amministrativo. – 3.1. La nuova collocazione sistematica e la spiccata dimensione sociale. – 3.2. Sussidiarietà orizzontale, semplificazione ed evidenza pubblica. – 4. I connessi profili di finanza pubblica: i debiti pregressi. – 4.1. (segue)… le entrate extra-tributarie. – 5. Contabilizzazione, riflessi di bilancio e centralità della «delibera» dell'ente. – 6. Alcuni casi pratici a confronto. – 7. Spunti conclusivi.

1. *Piano dell'indagine: oggetto e ragioni dello studio*

Disciplinato dall'art. 190, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50[1], il baratto amministrativo costituisce una forma di c.d. partenariato sociale[2] e attua il principio

* Lo scritto è la versione rielaborata della relazione tenuta in occasione della XLII Conferenza Scientifica Annuale dell'AISRe (Associazione Italiana di Scienze Regionali), "*Le sfide dei territori nell'era post-covid"*, 8-10 settembre 2021, e orientata, all'interno della linea di ricerca "*Diritto, sostenibilità e sviluppo territoriale: ambiente ed economia*", all'esame delle esperienze di sviluppo e rilancio sostenibile del territorio pugliese.

[1] Se ne riporta il testo per facilità di consultazione. Ai sensi dell'art. 190 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, «gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa».

Mentre si scrive, è *in itinere* il procedimento di approvazione del nuovo codice dei contratti pubblici, il quale reca, nella bozza autorizzata alla diffusione, una norma parzialmente diversa che disciplina il baratto amministrativo. Ci si riferisce al (futuro) art. 201, rubricato «Partenariato sociale».

[2] La formula si riferisce a una particolare forma di contratto avente per oggetto un'attività che deve essere finalizzata al perseguimento di un'utilità sociale a vantaggio della collettività territoriale di riferimento. Senza pretesa d'esaustività, si segnala in proposito la recente monografia, ricca di riferimenti bibliografici, di P. De Nictolis, *Il partenariato sociale. Gli interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo* ex *art. 189 e 190 Codice dei Contratti Pubblici*, Roma, 2021. L'A. si sofferma sul crescente uso che, negli ultimi anni, ha coinvolto lo strumento partenariale. Criticandone un impiego ridotto rispetto alle sue potenzialità, poiché l'amministrazione guarda frequentemente a esso più per le risorse finanziarie private che è in grado di intercettare che

di sussidiarietà orizzontale, collocandosi tra gli istituti vòlti allo sviluppo della cittadinanza attiva[3] per la gestione dei servizi inerenti alla valorizzazione e alla cura del territorio locale[4]. L'istituto intende coniugare la salvaguardia del territorio e dell'ambiente con le esigenze di risparmio pubblico avvertite nell'attuale contrazione economica[5].

Il baratto sottende un sinallagma: l'erogazione di servizi o l'esecuzione di opere da parte del privato sono remunerati per mezzo della rinuncia totale o parziale della pretesa erariale da parte dell'ente pubblico.

La disposizione attribuisce agli enti locali la possibilità di disporre e definire con apposita delibera i criteri alla base della stipulazione di questi contratti di partenariato sociale. I quali, aventi ad oggetto «la pulizia, la manutenzione,

per il possibile apporto della capacità progettuale e innovativa dei privati ai progetti di interesse pubblico, l'opera offre un'esaustiva panoramica generale sull'archetipo del Partenariato pubblico privato, al quale l'A. riconduce il c.d. partenariato sociale.

[3] Il riconoscimento giuridico di un meccanismo volto a incentivare la partecipazione della cittadinanza nello svolgimento di attività di interesse pubblico è una chiara risposta del legislatore italiano all'esigenza di promuovere strumenti «di amministrazione condivisa in grado di sostenere forme di "leale collaborazione" orizzontale, tra amministrazione e cittadini in cui questi ultimi assumono una parte di responsabilità nella gestione della cosa pubblica» (Cfr. A. Corrieri, *Il «baratto amministrativo» tra legislazione e attuazione*, in *www.federalismi.it*, 2021, 12, 72 ss., spec. 73).

[4] In particolare, si tratta di contratti di partenariato attraverso il quale i cittadini, singoli o associati, si impegnano all'esecuzione di prestazioni e opere «latamente riconducibili a finalità di rigenerazione urbana», anche nella sua dimensione paesaggistica. In questi termini si veda F. D'Angelo, *Gli incentivi per la tutela del paesaggio*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2021, 2, 609. Secondo l'A., «l'analisi del quadro normativo vigente consente di individuare un articolato insieme di misure che, sebbene con modalità differenti, mirano a promuovere azioni positivamente incidenti sul paesaggio». Tra le principali, accanto alle sovvenzioni destinate a sostenere l'attività di soggetti pubblici, le agevolazioni fiscali, per definizione, si rivolgono ai privati. Tuttavia, in Italia, a differenza dell'ordinamento statunitense dove le agevolazioni fiscali rappresentano una componente essenziale della *governance* del paesaggio, il ricorso a questi strumenti risulta sporadico e sprovvisto del connotato della sistematicità. In questa riflessione, senza pretese di completezza, può essere ricondotto l'istituto del baratto amministrativo.

[5] Sul tema della collaborazione pubblico-privato, si rinvia al saggio di S. Zebri, *L'evoluzione del baratto amministrativo tra collaborazione civica e partenariato sociale*, in *Riv. Corte Conti*, 2019, 4, 53-69, spec. 53-54. «In un momento storico di crisi (anche di risorse pubbliche) come quello attuale, la collaborazione pubblico-privato acquista nuova valenza consentendo di mettere in rete risorse (anche, ma non solo) economiche; tuttavia, è nella cultura della c.d. cittadinanza attiva che si concretizza il vero salto di qualità; l'attuazione del principio di sussidiarietà sospinge verso una nuova modalità di amministrazione: un'amministrazione "condivisa" per la cura dei beni comuni». Ne deriva che, «la collaborazione pubblico-privato si sostanzia, nell'ambito dell'attuale quadro normativo e culturale di riferimento, nell'amministrazione condivisa dei "beni comuni", che rappresentano l'evoluzione del concetto di "pubblico" in favore di una nuova e più responsabile concezione dei beni da condividere tra concittadini, non solo nel momento del loro uso ma anche nei relativi doveri di cura».

l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade anche per mezzo di attività culturali e di interventi di decoro urbano per il recupero di aree e beni immobili inutilizzati», si concludono sulla base di appositi progetti presentati da privati cittadini, singoli o associati, «purché individuati in relazione a un preciso ambito territoriale».

Il dato normativo è ricco di conseguenze. Anzitutto il ruolo-chiave degli enti locali: il privato non può semplicemente sostituirsi all'Amministrazione senza il consenso di quest'ultima. La disciplina del baratto è dunque da rintracciarsi nei regolamenti dei livelli territoriali locali, i quali individuano altresì l'entità delle riduzioni o esenzioni tributarie in relazione alla tipologia di intervento. Seconda conseguenza degna d'analisi: il baratto usa l'incentivo di matrice tributaria per il perseguimento di finalità sociali. Ne derivano le spiccate potenzialità di questo istituto per l'economia, lo sviluppo e la sostenibilità ambientale.

In quest'ottica, dunque, il baratto si presta ad essere una forma applicativa di precisi principi tra cui: il citato principio di sussidiarietà orizzontale, l'eticità della tassazione, la promozione e valorizzazione del territorio e il principio di solidarietà sociale.

Il contributo verterà pertanto sui singoli elementi identificativi della fattispecie[6] e sulle misure attualmente approntate dagli enti territoriali al fine di cercare un bilanciamento tra economicità – intesa quale principio guida della contrattazione pubblica – e sostenibilità – ritenuta obiettivo compensativo e premiale di scelte partenariali quali, appunto, il baratto. A questo proposito, in ragione dell'appartenenza territoriale, si precisa sin da subito l'interesse locale

[6] Un approfondimento sul tema necessita tuttavia di partire da un assunto metodologico: il baratto amministrativo nella sua applicazione coinvolge numerosi settori del diritto e, pertanto, richiede, oltre a un approfondimento storico, un approccio multilivello che prenda in considerazione una pluralità di discipline giuridiche. A questo proposito si veda T. Pula, *Il baratto amministrativo: profili giuslavoristici*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2017, 2, 336. L'A., confermando il necessario approccio multidisciplinare, si sofferma essenzialmente su profili di carattere giuslavoristico, «dando conto del coinvolgimento dei principi di sussidiarietà orizzontale e di solidarietà sociale nell'attuazione dell'istituto ed analizzando la questione della qualificazione giuridica delle prestazioni rese dai cittadini a titolo di baratto». Ancora, sullo stesso crinale, secondo V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, in *Amm. in cammino*, 3 aprile 2018, spec. 2, la difficoltà di inquadrare giuridicamente l'istituto risiede «nel fatto che, per come costruito dal legislatore, tale istituto va a toccare, per un verso, i principi costituzionali della indisponibilità tributaria, della capacità contributiva, dell'equilibrio di bilancio, del buon andamento (artt. 23, 53, 81,97 Cost.) e dunque aspetti rilevanti della contabilità pubblica, per altro verso, specifiche normative di settore che in un modo o nell'altro attengono al governo del territorio, quali le norme urbanistiche , le norme sul c.d. federalismo demaniale, le nuove norme sui contratti pubblici (il nuovo Codice), le norme sul Terzo settore, con tutte le problematiche connesse alle c.d. imprese sociali». Un istituto che va, dunque, a toccare molteplici profili dell'agire delle amministrazioni pubbliche. Da qui, secondo l'A., l'idea di «una pluralità di fattispecie di baratto amministrativo, appunto di "baratti amministrativi"».

pugliese da cui muove i primi passi la presente ricerca. Da questo crinale l'analisi casistica si allargherà a tutto il territorio nazionale.

2. *Origini e precedenti storici*

Tradizionalmente per "baratto" si intende uno scambio diretto di beni contro beni senza uso della moneta. Con questa definizione l'enciclopedia Treccani allude a uno stadio "primitivo" della vita economica, dovuto alla mancanza di una merce universale accettata quale contropartita nelle transazioni. Progressivamente sostituito dall'uso della moneta, quale mezzo di riduzione dei costi di compravendita, ad esso si tende a ritornare, nelle economie sviluppate, nei periodi di *iper*-inflazione o nelle situazioni di emergenza in cui dilaga la sfiducia nel futuro potere d'acquisto della valuta e cresce la preferenza per contropartite in beni reali.

Nel vigente baratto amministrativo, tuttavia, «non si ha uno scambio di cosa contro cosa, ma un meccanismo complesso»[7] in cui una prestazione di opere o di servizi (eseguita dai cittadini) viene remunerata non in denaro, ma con una rinuncia totale o parziale dell'ente pubblico a un credito tributario: sembrerebbe

[7] Così R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, contributo destinato al volume *La Co-Città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni pubblici e la rigenerazione urbana*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, Napoli, 2018, 61-82. La complessità dell'istituto è insita nel suo peculiare funzionamento. Nello specifico, il rapporto sinallagmatico che si instaura tra il cittadino e l'ente territoriale assolve simultaneamente a due funzioni: «una di tipo economico e una di tipo solidaristico. Sul versante economico, il baratto supplisce alla mancanza reciproca di risorse finanziarie, dell'ente pubblico che non ha liquidità per finanziare un contratto di appalto, del cittadino che non ha risorse per pagare il debito tributario. Sul versante solidaristico, il baratto amministrativo consente forme di "cittadinanza attiva", nella gestione e utilizzo dei "beni pubblici" intesi anche quali "beni comuni" fruibili da parte dell'intera collettività, e in relazione ai quali vi è l'interesse di tutta la collettività al loro decoro, buono stato, fruibilità».

assumere la forma di una *datio in solutum*[8], in cui il cittadino, anziché pagare un debito tributario, vi assolve con una prestazione in natura[9].

Andando per gradi. Analizzare il quadro normativo cui ricondurre l'istituto richiede anzitutto di allargare la visuale e di guardare alle esperienze pregresse. Se è vero che l'innovativo sintagma "baratto amministrativo" viene inserito espressamente nell'ordinamento dal Codice dei contratti pubblici – e data dunque 2016 – , dal punto di vista sostanziale l'istituto conosce numerosi precedenti, «che hanno introdotto forme di scambio tra l'Amministrazione ed il privato cittadino con finalità analoghe a quelle oggi attribuite al baratto amministrativo»[10].

[8] Sulla riconduzione del baratto amministrativo all'istituto civilistico della *datio in solutum* si veda S. Villamena, *«Baratto amministrativo»: prime osservazioni*, in *Riv. giur. edil.*, 2016, 379 ss. Secondo l'A., anche a voler ammettere la correttezza dell'esclusione dei debiti fiscali pregressi dal ventaglio applicativo del baratto amministrativo, non coglie nel segno la convinzione che l'istituto di cui all'art. 1197 c.c. presupponga necessariamente l'inadempimento del debitore. «Nel diritto civile, la sostituzione della prestazione originaria con una diversa (a base della *datio in solutum*) può pacificamente derivare dalla volontà delle parti, e può consistere, purché lecita, in una prestazione di fare, di non fare o di dare. Perché si verifichi l'effetto estintivo dell'obbligazione sono sufficienti due presupposti, ossia: che il creditore presti il proprio consenso all'esecuzione di una prestazione diversa; che questa diversa prestazione sia effettivamente eseguita; poiché solo in tale momento il debitore è liberato; potendo, in caso contrario, il creditore richiedere la prima prestazione promessa. Senza bisogno di ulteriori specificazioni si possono cogliere le analogie col baratto amministrativo. Dunque, l'inadempimento non rileva come elemento necessario della fattispecie. Mentre è necessario il consenso delle parti e l'effettiva esecuzione. Su questa lunghezza d'onda le parti potrebbero ad esempio concordare di sostituire al corrispettivo in denaro per lo svolgimento di un'attività una prestazione diversa. Ad esempio, fra i casi tratti dalla giurisprudenza, attività pubblicitaria in cambio di ospitalità alberghiera. Proprio l'accordo successivo ad uno precedente qualifica la *datio in solutum* rispetto ad altri istituti civilisti. L'esempio più ricorrente è quello con la permuta. Ebbene, la *datio in solutum* aiuta a comprendere che, laddove il privato che ha concluso un baratto amministrativo non eseguisse correttamente l'intervento (prestazione) concordata, oltre ad andare incontro a possibili sanzioni di natura pubblicistica, sarà chiamato a quel punto ad eseguire il pagamento dell'obbligazione tributaria».

[9] A questo proposito si precisa che il termine "baratto" è stato appositamente utilizzato dal legislatore al fine di evidenziare l'onerosità, seppur in senso lato del termine, della prestazione sussidiaria. «Proprio questo aspetto segna il confine tra baratto amministrativo e volontariato: la previsione dell'incentivo fiscale introduce una logica economica incompatibile con lo spirito di solidarietà che contraddistingue l'attività di volontariato, in cui la prestazione è personale, spontanea, gratuita e non soggetta a vincoli obbligatori, come indirettamente confermato anche dal nuovo codice del terzo settore (d.lgs. n. 117/2017)»: così S. Zebri, *L'evoluzione del baratto amministrativo tra collaborazione civica e partenariato sociale*, cit., spec. 53.

[10] Cfr. M. Scognamiglio, *Il baratto amministrativo: orientamenti della giurisprudenza consultiva della corte dei conti*, in *Management locale*, 2020, 1, 5 ss. Una delle ipotesi più risalenti è individuabile nella disciplina in materia di «Orientamento e modernizzazione del settore agricolo». La norma di riferimento è l'art. 15, c. 1, decreto legislativo. 18 maggio 2001, n. 228, «in forza del quale, al fine di facilitare i rapporti tra imprese agricole e Pubblica Amministrazione, si individua nell'imprenditore agricolo il soggetto al quale richiedere prestazioni funzionali alla sistemazione ed

Nell'ambito degli adempimenti tributari diversi dal pagamento di somme in denaro, un primo esempio di "baratto" era contenuto nell'art. 51 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, in tema di manutenzione di strade locali storicamente affidate alla manutenzione degli enti territoriali. La strutturazione dell'istituto permetteva all'ente titolare della manutenzione di trasformare i contributi dei consorziati in prestazioni: individuabili, a loro volta, in giornate di lavoro o in opere determinate. La conversione del contributo dovuto dai singoli proprietari in una prestazione in natura, necessariamente tipizzata, presupponeva la spontanea manifestazione di volontà del soggetto interessato, al quale si applicava la «tariffa per la conversione del tributo nelle prestazioni», deliberata dal Consiglio comunale. Successivamente integrato dal decreto-legge luogotenenziale 1° settembre 1918, n. 1446, questo tipo di baratto risulta tutt'ora vigente ed è utilizzato dai Comuni per l'erogazione di contributi per la manutenzione di strade vicinali e consortili.

Analoghe somiglianze possono ritrovarsi anche nell'ambito di istituti propri del diritto urbanistico. Il primo riferimento è ai contratti di sponsorizzazione[11], cui segue la c.d. «monetizzazione» delle opere di urbanizzazione nei casi di previsione dell'obbligo di dotare l'area coinvolta di opere di interesse pubblico. Questi

alla manutenzione del territorio, alla salvaguardia del paesaggio agrario e forestale, alla cura ed al mantenimento dell'assetto idrogeologico ed a favore della tutela delle vocazioni produttive, in cambio di finanziamenti, concessioni amministrative, riduzioni tariffarie o realizzazione di opere pubbliche».

[11] Originariamente previsti dall'art. 43, l. 27 dicembre 1997, n. 449, la loro disciplina è stata in seguito ripresa dal testo unico sull'ordinamento degli enti locali: art. 119, d.lgs. 18 agosto 200, n. 267. Con questa atipica fattispecie contrattuale un soggetto privato, denominato *sponsor*, si impegna a porre in essere una prestazione a favore del c.d. sponsorizzato identificabile, ad esempio, nel finanziamento di opere pubbliche in cambio della promozione della propria immagine. Sul tema si vedano S.M. Sambri, *Project Financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, vol. 3, Padova, 2013, 11 ss.; S. Zebri, *Il contratto di partenariato sociale ed il nuovo «baratto amministrativo»*, in *Azienditalia – Finanza e Tributi*, 2016, 6, 538 ss. Secondo quest'ultimo, «disposizioni tributarie concernenti interventi di recupero del patrimonio edilizio erano ad esempio già contenute dall'art. 1 del d.lgs. n. 449/1997, ma è nell'art. 43 commi 1, 2 e 3 del medesimo d.lgs. (Contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione, convenzioni con soggetti pubblici o privati, contributi dell'utenza per i servizi pubblici non essenziali e misure di incentivazione della produttività) che cominciava a farsi strada la promozione della collaborazione con i cittadini in funzione dell'innovazione organizzativa della p.A. Nel relativo art. 43, ad esempio, si riconosceva alle Pubbliche Amministrazioni – al fine di favorire l'innovazione dell'organizzazione amministrativa e di realizzare maggiori economie, nonché una migliore qualità dei servizi prestati – la facoltà di stipulare contratti di sponsorizzazione ed accordi di collaborazione con soggetti privati ed associazioni, senza fini di lucro, costituite con atto notarile; ciò per iniziative che dovevano essere dirette al perseguimento di interessi pubblici, escludere forme di conflitto di interesse tra l'attività pubblica e quella privata e comportare risparmi di spesa rispetto agli stanziamenti disposti».

contratti permettono di barattare alcuni *standard* urbanistici con oneri aggiuntivi a destinazione vincolata[12].

Ora, il baratto amministrativo come oggi congegnato mantiene questa struttura e si inserisce nella «pubblica Amministrazione del nuovo Millennio»[13]: la quale si organizza e agisce secondo modelli idonei a consentire una partecipazione crescente del privato cittadino, singolo o in associazioni[14].

L'articolato processo di introduzione dell'istituto vede il primo e diret-

[12] Per una più esaustiva disamina delle pregresse fattispecie di analogo contenuto sostanziale si rimanda nuovamente ad A. Corrieri, *Il «baratto amministrativo»,* cit., spec. 75 ss. Nello specifico, l'A. si sofferma su istituti appartenenti a tre settori: urbanistico, agricolo e il c.d. Terzo settore. Relativamente a quest'ultimo, la disciplina contenuta nel decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 (c.d. Codice del Terzo settore) «offre alle amministrazioni pubbliche modelli di gestione dei beni patrimoniali nel quadro dell'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con la previsione della possibilità da parte dello Stato e degli altri enti territoriali di concedere in comodato beni mobili e immobili (art. 71) agli "enti" tra cui le organizzazioni di volontariato, le imprese sociali e le associazioni di promozione sociale. La finalità della normativa è quella di assicurare una sede istituzionale alle suddette formazioni sociali e contestualmente mantenere in funzionalità beni mobili – anche culturali – altrimenti inutilizzati. Il meccanismo immaginato dal legislatore consente all'ente pubblico di concedere il bene per un arco temporale massimo di cinquant'anni a fronte dell'onere, in capo all'ente del terzo settore, di riqualificarlo a proprie spese».

[13] Espressione mutuata da G. Crepaldi, *Il baratto amministrativo: sussidiarietà, collaborazione ed esigenze di risparmio*, in *Resp. Civile e previdenza*, 2018, 1, 37 ss. Ancora, sul tema si veda V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, cit. Secondo l'A. il baratto amministrativo rappresenta, più di tutti, l'avviata trasformazione del diritto amministrativo italiano. In un contesto che ha perduto l'esclusivo ancoraggio ai finanziamenti pubblici, le pubbliche amministrazioni «hanno dovuto fare i conti con una crescente scarsità di risorse determinata da processi di *spending review* che hanno aperto la strada all'affermazione di istituti di partecipazione dei privati nel perseguimento di interessi pubblici, di cui il baratto amministrativo è, appunto, uno degli esempi più significativi». In particolare, il coinvolgimento dei privati nei processi di rigenerazione urbana propri dell'istituto è espressione, da un lato, dei principi di sussidiarietà orizzontale e di solidarietà; «dall'altro, delle istanze di riqualificazione e riduzione della spesa pubblica, determinate dalla grave crisi economica che ha spinto le autonomie locali ad implementare iniziative e soluzioni dirette ad incentivare l'iniziativa privata nel perseguimento delle finalità pubbliche».

[14] L'ampia partecipazione consente di parlare di amministrazione «condivisa», formula che include nella funzione amministrativa gli enti del terzo settore. Sul punto v. D. Palazzo*, Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, spec. 1-2. L'A. osserva e analizza la peculiare collocazione degli ETS tra pubblico e privato, chiarendo «il fondamento e i limiti del regime promozionale del terzo settore nei rapporti con le pubbliche amministrazioni tra i due "poli" dell'amministrazione condivisa e della tutela del mercato».

Se il rapporto tra Amministrazioni ed ETS si svolge nelle forme della coprogettazione, v'è da dirsi che in generale le esperienze locali si segnalano per la strutturazione di strumenti giuridici di più ampio respiro, che possono esser riferiti tanto agli ETS quanto ai singoli cittadini: i patti di collaborazione. Si tratta di strumenti molto flessibili, applicabili a diversi ambiti del vivere civile. Per un esempio della loro applicazione in ambito culturale, E. Fidelbo, *Strumenti giuridici di valorizzazione del rapporto tra patrimonio culturale e territorio: il caso dei patti di collaborazione tra amministrazioni locali e cittadini*, in *www.aedon.mulino.it*, 2018, 3.

to ascendente normativo, qualificabile quale ipotesi in embrione, nell'art. 11, comma 2, lett. f), decreto legislativo 14 marzo 2011, n. 23[15]. Inserito nell'ambito del percorso di attuazione del c.d. «federalismo fiscale», in materia di Imposta Municipale Secondaria, l'articolo citato consentiva ai Comuni di disporre, tramite norme regolamentari, «esenzioni e agevolazioni, in modo da consentire anche una più piena valorizzazione della sussidiarietà orizzontale». La disposizione, tuttavia, ha avuto vita breve: il citato istituto non ha mai trovato applicazione ed è stato abrogato dalla legge 28 dicembre 2015, n. 208.

Nondimeno, il baratto amministrativo venne poi introdotto, a pochi anni di distanza, nell'ambito delle «Misure di agevolazione della partecipazione delle comunità locali in materia di tutela e valorizzazione del territorio» di cui all'art. 24 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133[16], c.d. decreto "Sblocca Italia" convertito con la legge 11 novembre 2014, n. 164.

Sebbene non vi fosse un esplicito riferimento alla locuzione "baratto amministrativo", l'oggi abrogato[17] art. 24 era rivolto ai Comuni che, con apposito regolamento, potevano esentare totalmente o parzialmente i contribuenti dal pagamento di alcuni tributi locali a fronte di prestazioni rese in natura in favore del territorio. Gli interventi potevano riguardare la pulizia, la manutenzione,

[15] L'intuizione è ripresa da F. Di Noia, *Le attività lavorative prestate nell'ambito del c.d. baratto amministrativo: natura giuridica, disciplina e concorrenza con APU e LSU*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017. Una volta individuate le origini dell'istituto, l'A. prosegue la sua analisi soffermandosi sui profili lavoristici dell'istituto. «Atteso, infatti, che le attività prestate dai cittadini *ex* art. 190 assumono i tratti di vere e proprie prestazioni di lavoro, si pongono alcune questioni riguardanti: a) la natura giuridica del rapporto intercorrente tra cittadini coinvolti ed enti territoriali; b) i caratteri, la disciplina delle attività e gli aspetti comuni al rapporto di lavoro; c) la possibile concorrenza tra l'istituto in oggetto e le attività di pubblica utilità (di seguito: APU) e i lavori socialmente utili (di seguito: LSU), di cui all'art. 26, d.lgs. n. 150/20157».

[16] Se ne riporta il testo per facilità di consultazione. Art. 24, d.l. n. 133/2014: «I comuni possono definire con apposita delibera 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, strade ovvero interventi di decoro urbano, di recupero e riuso, con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati, e 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 e definito, per specifici tributi e per attività individuate dai comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere. Tali riduzioni sono concesse prioritariamente a comunità di cittadini costituite in forme associative stabili e giuridicamente riconosciute».

[17] Si precisa che la norma citata è rimasta in vigore anche successivamente all'introduzione dell'art. 190 del Codice dei contratti pubblici creando, in ragione del contenuto apparentemente analogo, considerevoli problemi applicativi. Solo con l'adozione del decreto legislativo n. 56 del 19 aprile 2017 si è provveduto alla sua abrogazione e, dunque, alla sua definitiva sostituzione con l'attuale disciplina di cui al citato art. 190.

l'abbellimento di aree verdi, piazze, strade ovvero interventi di decoro urbano, di recupero e riuso, con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati, e in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano o extraurbano. Lo scopo era quello di «elevare a dignità giuridica autonoma accordi variamente denominati tra amministrazioni e cittadini per il coinvolgimento attivo di questi ultimi nell'esercizio di attività a vantaggio dell'intera comunità di appartenenza»[18].

Tuttavia, nel tempo, queste forme di collaborazione sono state nella prassi utilizzate per scopi differenti da quelli tipizzati in norma.

Nell'interpretazione offerta, le Amministrazioni comunali hanno progressivamente «ricondotto l'istituto dell'art. 24, nelle prime esperienze applicative, sotto la un poco fantasiosa, forse fuorviante, certamente riduttiva *species* del "baratto amministrativo", talora praticato, inoltre, non in cambio di sconti fiscali, ma a saldo di debiti pregressi di soggetti in condizioni di difficoltà economica, variamente e disinvoltamente circoscrivendone l'ambito operativo alla stregua di soglie reddituali ISEE, di condizioni personali di "morosità/insolvenza incolpevole", nonché dell'ammontare del debito fiscale»[19].

Secondo questa impostazione il baratto amministrativo è stato, quindi, utilizzato per sostenere coloro che, in debito con l'Amministrazione comunale, non fossero in grado di onorare i propri obblighi fiscali[20]: configurandosi, dunque,

---

[18] Così A. Manzione, *Dal baratto amministrativo al partenariato sociale e oltre nel solco della atipicità*, in *La Co-Città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni pubblici e la rigenerazione urbana*, a cura di P. Chirulli, C. Iaione, Napoli, 2018, 109-126.

[19] Così P. Duret, *Baratto amministrativo o simbiosi mutualistica? Divagazioni su recenti prospettive dell'amministrazione locale,* in *Scritti in ricordo di Paolo Cavaleri*, Napoli, 2016, 305-323. Sulla mancata comprensione della portata della norma si veda, anche, l'interessante commento di L. Caianiello, *Baratto amministrativo o simbiosi mutualistica? Il saggio di Paolo Duret*, in *www.labsus.org*, 14 febbraio 2017. «Sul piano strettamente applicativo, rilevano le letture restrittive dell'art. 24, d.l. n. 133/2014. Molte amministrazioni locali, infatti, recepiscono deliberazioni tese a disciplinare ipotesi di (mero) baratto amministrativo, specificamente incentrate sui profili di agevolazione e/o esenzione fiscale, non accogliendo soluzioni di più ampio respiro, pure configurabili alla luce del tenore testuale dell'art. 24, d.l. n. 133/2014. Più in particolare, rilevano le agevolazioni e/o esenzioni concepite per la copertura dei debiti pregressi della cittadinanza (eventualità, come noto, più volte esclusa dalla Corte dei Conti) e le delimitazioni applicative destinate ai soli soggetti che versano in condizioni di difficoltà economiche (peraltro, documentabili sulla base di dichiarazioni ISEE, stati di morosità/insolvenza incolpevole, oltre che dell'ammontare del debito fiscale). Tali fattispecie, dunque, risultano improntate su di una logica remunerativa e sinallagmatica, che si esprime all'interno di una dinamica duale, non invece circolare e spontanea. Ne consegue una sottovalutazione delle potenzialità dell'art. 24, d.l. n. 133/2014, che, pur presentando intrinseche criticità, lascia ampi margini di manovra alle amministrazioni».

[20] Queste conclusioni trovano riscontro in alcuni rimandi a esperienze concrete. La prima tra tutte fu quella del Comune di Invorio, a cui presto seguirono, sulla stessa impronta, numerose altre esperienze, sia di altri comuni minori, ma anche da città come Milano e Bari. In questa direzione il regolamento del piccolo Comune sulle rive del lago Maggiore è stato intitolato: «Regolamento per

«quale strumento di sostegno sociale, rivolto a quei cittadini che si trovano in oggettive difficoltà nell'adempimento dei propri doveri di contribuenti. Questa peculiare declinazione del baratto amministrativo offre al cittadino una duplice possibilità di scelta: pagare il proprio debito fiscale nei modi e nelle forme ordinarie previste dalla legge; oppure, scambiarlo con attività positive da esercitare nei confronti della comunità, che consentono l'applicazione di uno sconto o, addirittura, l'annullamento del debito fiscale»[21].

3. *L'attuale configurazione del baratto amministrativo*

Nel 2016, come detto, il legislatore ha ridefinito l'istituto inserendolo all'interno del Codice dei contratti pubblici, approvato con d.lgs. n. 50/2016.

Tralasciando le problematiche sorte in ragione del delicato rapporto tra i due baratti, oggi risolte dalla sopra citata abrogazione dell'art. 24, d.l. n. 133/2014, un approccio comparativo alla disciplina previgente aiuta a comprenderne l'attuale portata applicativa, le annesse peculiarità e i possibili sviluppi.

Anzitutto, l'art. 190 amplia l'ambito soggettivo dell'istituto così come concepito dall'art. 24 del citato d.l. n. 133/2014. Precedentemente circoscritto ai Comuni, la sua applicazione si estende ora a tutti gli enti territoriali: Province, Città metropolitane e Regioni. Secondo la nuova previsione normativa, infatti, «gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale».

Una seconda differenza investe, poi, l'oggetto del contratto di partenariato sotto il profilo delle attività praticabili. In chiusura della previgente disciplina era, infatti, contenuta la clausola facente riferimento, in genere, alle attività di «valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano ed extraurbano»; accanto alla sua soppressione è stata inserita una nuova ipotesi di «loro valorizzazione

---

l'aiuto alle Fasce Deboli per il pagamento di Tributi Comunali con la forma del "Baratto Amministrativo" ai sensi dell'art. 24 della l. 164/2014». L'impostazione seguita ha visto l'introduzione espressa di valori soglia e di condizioni applicative preferenziali in relazione al rapporto con il fisco: secondo il regolamento possono chiedere volontariamente il baratto amministrativo i residenti maggiorenni con indicatore ISEE non superiore a 8500 euro con tributi comunali non pagati o che hanno ottenuto contributi come inquilini morosi negli ultimi 3 anni. «In questa direzione la norma dell'art. 24 viene ricollegata alla disciplina, peraltro attualmente non applicabile, dell'art. 11, comma 2, lett. f, del d. lgs. n. 23/2011 in tema di IMU secondaria, come sottolinea la recentissima "Nota di approfondimento sull'istituto del baratto amministrativo" del 22 ottobre 2015, redatta dall'IFEL (Istituto per la Finanza e l'Economia Locale), fondazione dell'ANCI» (Così P. Duret, *Baratto amministrativo o simbiosi mutualistica? Divagazioni su recenti prospettive dell'amministrazione locale,* cit., spec. 311).

[21] Così F. Giglioni, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, in *Riv. Trim. di Scienza dell'amministrazione*, 2016, 3, 14 ss.

mediante iniziative culturali di vario genere», che si affianca alle già previste attività di pulizia, manutenzione e abbellimento, in riferimento alle sole «aree verdi, piazze o strade».

Ancora, l'art. 24, d.l. n. 133/2014, contemplava specifici limiti relativamente ai presupposti per l'esenzione o la riduzione della pretesa erariale. I tributi coinvolti dovevano essere «inerenti» alla tipologia di prestazione in natura posta in essere. A questo seguiva una circoscrizione temporale e di ambito applicativo. L'esenzione, infatti, si estendeva solo «per un periodo limitato e definito», «per specifici tributi» e «per attività individuate dai Comuni, in ragione dell'esercizio sussidiario dell'attività posta in essere»[22].

Nell'attuale baratto amministrativo è, invece, abbandonata definitivamente la limitazione temporale posta all'esenzione tributaria[23], cui si accompagna, ancora, l'abolizione del concetto di «inerenza» tra attività svolta e beneficio fiscale: si parla ora esclusivamente di «riduzioni o esenzioni di tributi *corrispondenti* al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione»[24] o, in subordine, «comunque

[22] Sul tema si veda la nota sentenza della Corte dei Conti, sez. reg. contr. Emilia-Romagna, 23 marzo 2016, n. 27. Secondo i giudici, il necessario collegamento tra intervento proposto dai soggetti amministrati, legato alla cura del territorio comunale, e agevolazione tributaria individuava la sua *ratio* e, dunque, la sua funzione, nell'esigenza di «governare gli effetti che il mancato o il ridotto gettito di alcuni tributi locali possono [poteva, n.d.r.] generare sugli stanziamenti dei bilanci di previsione degli enti locali che abbiano preventivamente adottato regolamenti contenenti la disciplina del cd. baratto amministrativo». Pertanto, non era ammessa la possibilità che l'adempimento di tributi locali, anche di esercizi finanziari passati confluiti nella massa dei residui attivi dell'ente medesimo, potesse avvenire attraverso una sorta di *datio in solutum ex* art. 1197 c.c. da parte del cittadino debitore che, invece di effettuare il pagamento del tributo dovuto, poneva in essere una delle attività previste dalla norma e relative alla cura e/o valorizzazione del territorio comunale. In quest'ottica, «tale ipotesi non solo non rientrerebbe nell'ambito di applicazione della norma in quanto difetterebbe il requisito dell'inerenza tra agevolazione tributaria e tipologia di attività svolta dai soggetti amministrati, elementi che, peraltro, devono essere preventivamente individuati nell'atto regolamentare del Comune, ma potrebbe determinare effetti pregiudizievoli sugli equilibri di bilancio considerato che i debiti tributari del cittadino sono iscritti tra i residui attivi dell'ente».

[23] Secondo V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, cit., spec. 7, questo lascerebbe «spazio anche ad una interpretazione di durata *sine die*. Si tratta, tuttavia, di una ipotesi, ovviamente non percorribile, in quanto si pone in evidente contrasto con la durata, questa si esplicitata, dei progetti e degli interventi finalizzati a cui l'istituto si applica».

[24] Sul tema si rimanda a S. Zebri, *L'evoluzione del baratto amministrativo tra collaborazione civica e partenariato sociale*, cit., spec. 64. «La formulazione dell'art. 190 prescinde dal concetto di "inerenza" (cui erano invece legate le agevolazioni tributarie deliberabili ai sensi dell'art. 24 d.l. n. 133/2014), optando per un non meglio definito requisito di "corrispondenza": conseguentemente, stante questa evidente scelta di discontinuità, appare difficile poter interpretare il nuovo requisito della "corrispondenza" in modo sostanzialmente analogo a quello dell'inerenza. Incerto, in questo contesto, se "corrispondenti" al tipo di attività svolta debbano essere le riduzioni o esenzioni in sé (il termine "corrispondenti" si presta, in effetti, ad evocare il concetto di "corrispettivo", quindi di equivalenza economica quale controprestazione) o, genericamente, i tributi oggetto di riduzio-

utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa»[25].

È, così, posta in risalto la differente *ratio* delle due norme: l'art. 190 è il frutto della istituzionalizzazione di un rapporto amministrazioni-cittadini che il precedente art. 24 si era, invece, "limitato" a introdurre in risposta a logiche finanziarie emergenziali. Dirimente l'indicativo inserimento di quest'ultimo in un atto avente forza di legge rubricato «Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive».

3.1. *La nuova collocazione sistematica e la spiccata dimensione sociale*

Delineate le differenze concernenti la formulazione normativa, ulteriore elemento caratterizzante, meritevole di una trattazione specifica, è individuato ancora nella collocazione sistematica: quest'ultima, insieme alla riconduzione del baratto ai contratti di partenariato sociale, consente di svelare i tratti distintivi del nuovo istituto.

Nello specifico, il Codice dei contratti pubblici inserisce il baratto amministrativo tra le forme di partenariato pubblico-privato (PPP). Come noto, le operazioni di PPP sono manifestazione del principio di sussidiarietà orizzontale[26]. Si caratterizzano per la particolare sinergia tra soggetto pubblico e privato

---

ne-esenzione: in quest'ultimo caso andrebbe capito in cosa debba consistere tale "corrispondenza" e in cosa si differenzi dalla non richiamata "inerenza". […] Certo è che le molteplici possibilità interpretative del suddetto requisito espongono a contenzioso ed al rischio di strumentalizzazione dell'agevolazione».

[25] Sulla nuova clausola introdotta dall'art. 190 si veda F. Di Noia, *Baratto amministrativo e profili lavoristici: disciplina dell'istituto e "concorrenza" (apparente?) con alcune misure* workfare *(APU e LSU)*, in *Appalti e lavoro. Disciplina pubblicistica, vol. I*, a cura di D. Garofalo, Torino, 2017, 698 ss. Ragionando sulle differenze tra i due "baratti" l'A. afferma che la disciplina del 2016 «presenta un *quid pluris*, laddove introduce anche una "eccezione" che, tuttavia, rischia di porre nel nulla la regola. Infatti, dopo aver previsto la necessaria sussistenza di un collegamento tra attività svolta e agevolazione, il legislatore affianca una clausola "*omnibus*" («ovvero comunque utili alla comunità di riferimento») che consente di operare riduzioni e/o esenzioni di tributi in alcun modo connessi all'attività prestata in favore dell'ente territoriale. Tali attività, per il solo fatto di essere "utili" alla comunità di appartenenza, sono considerate meritevoli dello sgravio tributario. La ragione di tale previsione è probabilmente rintracciabile, oltre che nella volontà di superare la rigorosa interpretazione offerta dalla giurisprudenza contabile intervenuta sull'istituto, nella volontà di favorire l'elemento sussidiario della partecipazione dei cittadini («in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini») e l'allargamento delle maglie di applicazione dell'istituto».

[26] Espressione del cambio di paradigma relazionale tra pubblico e privato, il principio di sussidiarietà entra a far parte dell'ordinamento giuridico italiano attraverso il diritto comunitario per poi essere direttamente incorporato nella Costituzione della Repubblica Italiana a partire dal 2001.

e riguardano la realizzazione di attività economicamente rilevanti quali, per esempio, la progettazione, la costruzione e la gestione di opere pubbliche o di servizi pubblici[27].

L'apporto del privato si qualifica come sussidiario e, dunque, a supporto del soggetto pubblico che rimane ad ogni modo l'intestatario della funzione svolta: esternalizzata, ma comunque imputabile all'Amministrazione[28]. In quest'ottica, la p.A. è libera di scegliere tra l'esercizio diretto dei propri compiti istituzionali, ovvero il ricorso a questi innovativi strumenti di riconoscimento di un ruolo fondamentale della cittadinanza.

Il Codice dei contratti pubblici fornisce così, in seguito all'intervento delle note Direttive nn. 23/24/25/2014 UE in tema di contratti pubblici e concessio-

---

Ai sensi dell'art. 118, comma 4, Cost., «Stato, Regioni, Province, Città Metropolitane e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio della sussidiarietà». Nella sua connotazione orizzontale, i diversi livelli di governo territoriale devono mettere in atto programmi che favoriscano la partecipazione libera degli amministrati, come singoli o in aggregazioni sociali, alla vita cittadina. Ne deriva in capo al cittadino, quale migliore interprete dei bisogni della comunità, la possibilità di cooperare con le istituzioni nel definire gli interventi che incidano sulle realtà sociali a lui più vicine. Un esempio è individuabile nell'erogazione di servizi che il soggetto pubblico non è in grado di prestare ma che, per quanto possibile, si impegna a sostenere anche finanziariamente attraverso la previsione di contribuzioni.

[27] Per interessanti osservazioni sulla disciplina del partenariato pubblico-privato si segnala lo scritto di C. Napolitano, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali: vedute per una sua funzione sociale*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2019, 2. Partendo dalla nozione elaborata dal diritto unionale, per il quale il partenariato pubblico-privato si riferisce in generale a forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e il mondo delle imprese che mirano a garantire il finanziamento, la costruzione, il rinnovamento, la gestione o la manutenzione di un'infrastruttura o la fornitura di un servizio, l'A. si sofferma in particolare sulla diversa declinazione della citata cooperazione letta rispettivamente «nel prisma del diritto dei beni culturali o in quello dei contratti pubblici».

Ancora, per ulteriori argomentazioni e riferimenti bibliografici, si veda S. Valaguzza, E. Parisi, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico privato*, in *Munus*, 2020, 1, 1 ss.: dopo aver analizzato le norme del Codice dei contratti pubblici in materia di partenariato pubblico privato, gli Autori si occupano di individuare gli elementi giuridici essenziali della figura in oggetto, sulla base di un'analisi sistematica che tiene conto del contesto nazionale e sovranazionale. Oltre a dimostrare le inefficienze e le incoerenze del Codice, il saggio propone una definizione del concetto utilizzabile in diversi quadri normativi, basata sull'espressione "governare gli interessi comuni".

[28] Il tema trattato rimane pertanto estraneo al concetto di privatizzazione. Non interviene, infatti, una riduzione della sfera pubblica in favore dell'iniziativa privata. «Ciò consente all'apparato pubblico di svolgere la sua funzione – eseguire il lavoro o prestare il servizio – utilizzando un soggetto e capitali privati, garantendo comunque il perseguimento del pubblico interesse. È questa, in fondo, la finalità tipica dell'esternalizzazione: quando non riesce a far fronte alla domanda della collettività per assenza o indisponibilità di risorse materiali, intellettuali (il c.d. *know-how*) o solo economiche, l'apparato pubblico procede alla chiamata in sussidiarietà orizzontale *ex* art. 118, comma 4, Cost. 10» (In questi termini si veda ancora C. Napolitano, *Il partenariato pubblico-privato nel diritto dei beni culturali*, cit.).

ni, una disciplina sistematica e completa del partenariato pubblico-privato: la cui valorizzazione sopperisce alla scarsità di risorse pubbliche e, pertanto, muove da esigenze di riequilibrio della finanza pubblica[29].

Tuttavia, come già anticipato, l'art. 190 del Codice riconduce espressamente l'istituto del baratto allo strumento del contratto di «partenariato sociale»[30] che, si intenderà, «differisce dall'ordinario contratto di partenariato pubblico-privato di cui agli artt. 180 ss., con conseguente diversa disciplina applicabile legata al diverso tipo di "oggetto", di "causa" e di contraente privato»[31].

---

[29] Per completezza si riporta il testo dell'art. 3, lett. eee), del Codice dei contratti pubblici, contenente, come si evince dalla rubrica, la definizione di contratto di partenariato pubblico-privato. Quest'ultimo, è un «contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1 *bis*, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat». In altre parole, «l'amministrazione affida attività relative alla realizzazione, manutenzione e gestione di un'opera verso un corrispettivo che è dato dalla disponibilità o sfruttamento economico dell'opera stessa o dalla fornitura di un sevizio che sia in relazione con la sua utilizzazione. Si tratta di contratti la cui funzione è quella non solo di consentire all'amministrazione di ottenere dai privati le risorse necessarie alla realizzazione delle opere, remunerandoli nel modo appena precisato, ma anche di spostare su questi ultimi il rischio derivante dall'attività di sfruttamento economico del bene o di gestione del servizio connesso» (Cfr. D. D'Alessandro, *Un commento agli artt. 189 e 190 del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, in *www.labsus.org*).

[30] Nell'anno della sua introduzione, insieme all'istituto previsto dall'art. 189 del cit. Codice, il Consiglio di Stato ha definito le due disposizioni riconducibili al contratto di partenariato quali strumenti di «minor rilievo economico, ma di sicuro impatto sociale» (Cfr. il parere reso dall'Adunanza del Consiglio di Stato sullo schema di d.lgs. del nuovo Codice dei contratti pubblici: 21 marzo 2016, n. 855). A questo proposito, viene alla luce il rapporto tra il baratto amministrativo e l'art. 189 del nuovo Codice dei contratti, concernente gli «interventi di sussidiarietà orizzontale». Questi ultimi, nello specifico, sono riservati alle formazioni sociali a struttura associativa, quali i consorzi di comprensorio o i gruppi di cittadini organizzati e possono riguardare due specifiche ipotesi: la gestione di aree riservate a verde pubblico e degli immobili di origine rurale; la realizzazione, senza oneri per l'ente, di opere di interesse locale. Per ragioni di sinteticità, per ulteriori approfondimenti sul tema si rimanda specificamente alle considerazioni di D. D'Alessandro, *Un commento agli artt. 189 e 190 del nuovo Codice dei Contratti pubblici*, cit.; V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, cit., spec. 11 ss.

[31] Così S. Zebri, *L'evoluzione del baratto amministrativo tra collaborazione civica e partenariato sociale*, cit., spec. 56-57. L'A. ha inteso soffermarsi con attenzione sulle differenze sussistenti tra partenariato pubblico-privato e contratto di partenariato di cui all'art. 190, definito appunto "sociale". In particolare, seguendo il percorso logico dell'A., quest'ultimo definisce la portata del secondo strumento attraverso l'esplicazione di quattro caratteri novativi: la presenza di criteri e condizioni di stipula necessariamente pre-individuati dall'ente locale; l'oggetto individuato dalla legge, «si tratta

Pertanto, secondo attenta dottrina, che di contro ne evidenzia la dubbia collocazione sistematica[32], il baratto amministrativo, in ragione della configurazione a forte impatto sociale[33], «sembra essere non una *species* del *genus* PPPC, ma un altro genere»[34].

---

infatti di contratti che devono avere ad oggetto progetti presentati da cittadini (senza preferenza per le iniziative più strutturate rispetto alle iniziative individuali) in relazione a determinate attività ed a precisi ambiti territoriali»; l'equilibrio sinallagmatico del rapporto basato sulla "corrispondenza"; la causa (*ex lege*) del contratto di baratto deve mirare «alla realizzazione di una specifica utilità sociale (l'utilità per la comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa, di cui all'art. 190)».

Per ulteriori spunti sulle figure di partenariato sociale come manifestazioni atipiche del generale fenomeno partenariale si rinvia a M. Viggiani, *Le forme di partenariato*, in *Appalti Pubblici. Partenariato pubblico e privato/1. Forme, profili finanziari e internazionali*, a cura di M.A. Cabiddu, M.C. Colombo, vol. VIII, Milano, 2018, spec. 37. Secondo l'A. «le fattispecie regolate agli articoli 189, 190 e 191 del Codice si caratterizzano soprattutto per l'assenza di uno dei presupposti "tipici" dei PPP, ovverosia la necessaria produzione di un flusso di cassa economico attivo, anche accompagnato da un prezzo o da un canone, derivante al partner privato dalla realizzazione, dalla messa in disponibilità o dalla gestione dell'opera».

[32] Sulla dubbia collocazione sistematica e, dunque, sulla più generale opportunità di disciplinare il partenariato sociale attraverso le norme del Codice dei contratti pubblici, si rimanda agli scritti di: S. Villamena, *«Baratto amministrativo»: prime osservazioni*, cit., spec. 385 ss.; G. Fidone, *Il partenariato pubblico privato e le concessioni nel nuovo codice dei contratti pubblici: alcune proposte per miglioramento della disciplina vigente*, in *L'attuazione del nuovo codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, in *www.italiadecide.it*, 2017, 74. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia la differente logica dei contratti di partenariato sociale rispetto alle forme di partenariato pubblico-privato. A questo proposito, «se proprio si volessero mantenere all'interno del Codice, tali contratti dovrebbero più correttamente essere inseriti tra i "contratti esclusi"».

[33] Sul tema si rimanda ancora a V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, cit., spec. 10. Secondo l'A. «questa configurazione a forte impatto sociale, si scontra poi con i tratti distintivi dei contratti di partenariato pubblico-privato che viceversa pongono l'allocazione del rischio a carico del privato e che richiedono l'equilibrio economico finanziario dell'iniziativa, nonché l'applicazione delle regole generali in materia di selezione dei contraenti e di affidamento dell'intervento in ossequio al principio del confronto concorrenziale (artt. 180, 181, d.lgs. n. 50 del 2016)».

[34] Cfr. ancora R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, cit. Dello stesso avviso Corte dei Conti, sez. aut., 29 gennaio 2020, n. 2. «L'istituto del baratto amministrativo sembra atteggiarsi come *genus* contrattuale a sé, non potendo essere assimilato né ai contratti di appalto o di concessione (mancherebbero, tra l'altro, il carattere professionale della prestazione e la finalità di lucro) né ai contratti di partenariato pubblico-privato declinati dal Codice dei contratti pubblici (l'ultimo comma dell'art. 180, infatti, pur richiamando *nominatim* i singoli contratti di partenariato, non menziona il baratto amministrativo). Anzi, esso pone l'esigenza di una disciplina antinomica a quella dettata per gli altri contratti di partenariato pubblico-privato, necessitando di forme e procedure semplificate che favoriscano l'iniziativa solidaristica e che promuovano il recupero dell'ambiente e la crescita socio-culturale della collettività, piuttosto che garantire la libera concorrenza tra gli operatori economici ed assicurare all'ente un vantaggio strettamente economico. Per queste ragioni, la disciplina-quadro dell'istituto del baratto amministrativo risulta appena tratteggiata, dovendo essere completata dai regolamenti degli

A differenza dei contratti di partenariato pubblico-privato, l'espressione "partenariato sociale" non viene definita dalla legge e, pertanto, si qualifica come una fattispecie atipica nella sostanza, manchevole di previsioni invece costitutive delle altre fattispecie di partenariato: si consideri, a tal proposito, la mancanza di previsioni in tema di canone di gestione o di piano economico-finanziario.

Alla complessità delle forme di partenariato pubblico-privato si affianca, così, la elementarità del baratto amministrativo che, oltre al fine solidaristico e sociale, assolve a una precisa e diversa funzione economico-sociale: da un lato, promuovere la valorizzazione della comunità di riferimento; dall'altro, generare lo sgravio tributario corrispondente alla prestazione in natura posta in essere.

A questo si aggiunge un ulteriore dettaglio: le attività rientranti nell'oggetto del baratto, a differenza delle forme di partenariato pubblico-privato elencate nell'art. 180, ultimo comma, non hanno mai come oggetto lo svolgimento di attività di creazione di nuova opera, sostanziandosi al più in forme di recupero e manutenzione dell'esistente.

In sostanza, nel baratto amministrativo risalta la finalità sociale di carattere non lucrativo[35]. I cittadini, a differenza delle ipotesi di PPP, assumono a proprio carico la cura o la valorizzazione di beni comuni senza un fine di lucro; il beneficio che ne traggono è valutabile in termini di esenzione o riduzione dei tributi dovuti e si quantifica nei limiti dell'equivalenza al valore dell'opera prestata[36].

---

enti territoriali, chiamati a definire i criteri e le condizioni del partenariato sociale. […] Deve concludersi, dunque, che il disposto di cui all'art. 190 (non diversamente dall'art. 189) non si limita ad introdurre un mero elemento specializzante all'interno della disciplina del partenariato pubblico-privato, ma si connota di caratteristiche ed esigenze peculiari che necessitano di una deroga ai principi generali in materia di partenariato».

[35] Sul tema della finalità di lucro è intervenuto anche il Ministero dell'ambiente. Con delibera 7 maggio 2018, n. 27, quest'ultimo ha precisato che non si può ricorrere allo strumento del baratto amministrativo «per svolgere attività di natura imprenditoriale, come la creazione o la gestione di chioschi, ristorazione o altre attività a pagamento che interessino aree verdi pubbliche». Nelle stesse linee guida del Ministero si sottolinea anche l'interpretazione fornita dalla Corte dei Conti: «il precetto normativo dell'art. 190 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha ripreso "in massima Nelle stesse linee guida del Ministero si sottolinea anche l'interpretazione fornita dalla Corte dei Conti: «il precetto normativo dell'art. 190 del d.lgs. n. 50 del 2016 ha ripreso "in massima parte le espressioni testuali del precedente art. 24 del d.l n. 133 del 2014" ma ha completato l'istituto attraendolo "nella materia dei contratti pubblici di partenariato sociale", cosicché deve ritenersi che "l'area di intervento concerna i servizi strumentali, le iniziative culturali e il recupero dei beni pubblici, e che l'utilità retrocessa dall'amministrazione per la prestazione eseguita non preveda lucro, bensì riduzione o esenzione dei tributi corrispondenti all'attività svolta dal privato o dall'associazione, in funzione dell'utilità che ne deriva alla pubblica amministrazione locale"».

[36] A questo proposito – in connessione con la mancanza di una finalità propriamente lucrativa – la Corte dei Conti, sezione regionale di controllo per il Veneto, 21 giugno 2016, n. 313, ha osservato che, a fini antielusivi delle regole di evidenza pubblica, andrebbe precluso agli imprenditori di essere parti del contratto di baratto amministrativo. I "cittadini" coinvolti dallo strumento

Una possibile chiave di lettura potrebbe essere ricercata nel dichiarato approccio europeista in ambito di contratti pubblici: ai valori tradizionali della concorrenzialità e della stabilità finanziaria si affianca, prepotentemente, l'impegno di affermare un processo di integrazione all'insegna della dimensione sociale.

3.2. *Sussidiarietà orizzontale, semplificazione ed evidenza pubblica.*

Chiarita la particolare collocazione normativa e posto in risalto lo strumento applicativo del contratto di partenariato sociale, la prosecuzione dell'analisi richiede ora ulteriori approfondimenti.

Come si evince dal dettato normativo, l'istituto del baratto amministrativo opera secondo il modello consensuale di amministrazione pubblica condivisa: inteso «quale modello alternativo alla pianificazione unilaterale della p.A. per specifiche tipologie di interventi di governo del territorio urbano»[37]. In questa

di partenariato sociale, non sono e non devono essere soggetti che operano professionalmente e offrono sul mercato la realizzazione di opere o la prestazione di servizi. Ne deriva la difficile collocazione dei soggetti coinvolti nella nozione di operatore economico (così come concepita dalla disciplina europea), la quale, insieme alla mancanza di un guadagno in senso proprio, esonera l'istituto dall'ambito di applicazione delle direttive europee in tema di appalti e concessioni.

Ora, seppur il nostro Codice dei contratti pubblici possiede, grazie al dettato degli artt. 1 e 4, un ambito più esteso di applicazione rispetto alle direttive europee, è dato pacifico come gli istituti di cittadinanza attiva richiedano forme e procedure applicative più elementari, il tutto al fine di non vanificare ogni iniziativa solidaristica. Secondo R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, cit., «probabilmente non è stata una scelta felice l'aver incluso il baratto amministrativo nel codice dei contratti pubblici. Il mantenimento in una fonte separata avrebbe assicurato una maggiore flessibilità di disciplina, slegandolo dall'osservanza di regole del Codice dei contratti pubblici».

[37] In questi termini A. Cauduro, *Il baratto amministrativo tra partecipazione e detassazione locale*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2 novembre 2020.

Ancora, le ipotesi prestazionali individuate dall'art. 190 pongono in evidenza il tema del raccordo tra funzione di rigenerazione urbana, di cui il baratto risulta strumento applicativo, e le nuove aspirazioni del diritto urbanistico. «Il recupero e la riqualificazione del costruito si impone come una delle direttrici fondamentali della futura attività di pianificazione urbanistica. Questa direzione dell'attività pianificatoria è funzionale alla realizzazione, tra l'altro, del non più procrastinabile obiettivo di evitare un eccessivo consumo del suolo. Il suolo, infatti, viene ormai considerato come bene da proteggere in quanto risorsa non rinnovabile». Ne deriva che le «problematiche poste dalla rigenerazione urbana si interconnettono pienamente con quelle che investono il diritto urbanistico e l'urbanistica in generale […]. Di questo mutamento inizia a essere consapevole anche la giurisprudenza. […] il Consiglio di Stato ha sostenuto che l'urbanistica e il correlativo esercizio del potere di pianificazione non possono essere intesi, sul piano giuridico, soltanto come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, ma devono essere ricostruiti come interventi degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo e armonico del medesimo, uno sviluppo che tenga conto delle potenzialità edificatoria

direzione accanto al richiamato principio di consensualità[38], con cui il provvedimento cede il posto a forme negoziali e al ricorso a strumenti privatistici e atipici, il baratto amministrativo, lo ripetiamo, assume certamente le vesti di strumento per l'affermazione della sussidiarietà orizzontale[39]: volta a consentire

dei suoli, in relazione alle effettive esigenze di abitazione della comunità e alle concrete vocazioni dei luoghi, dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e, quindi, della vita salubre degli abitanti, nonché delle esigenze economico-sociali della comunità radicata sul territorio. Tali interventi, in definitiva, devono tenere conto del modello di sviluppo che s'intende imprimere ai luoghi stessi, in considerazione della loro storia, tradizione, pubblicazione e di una riflessione sul futuro sulla propria stessa essenza, svolta per autorappresentazione e autodeterminazione della comunità medesima, con le decisioni dei propri organi elettivi e, prima ancora, con la partecipazione dei cittadini al procedimento pianificatorio» (Così R. Dipace, *La rigenerazione urbana tra programmazione e pianificazione*, in *Riv. giur. ed.*, 2014, 5, 237 ss. spec. 237-257-258). A completamento del quadro delineato, si rimanda altresì a P.S. Richter, *I sostenitori dell'urbanistica consensuale*, in *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, a cura di P. Urbani, Milano, 2013, spec. 21. Secondo l'A., «oggi non viviamo più in una fase di espansione delle nostre città, ma in una fase in cui il problema è quello del recupero e del riutilizzo dell'esistente, sia esso costituito dai centri storici, sia e ancora più dalle nostre periferie spesso, degradate e carenti di servizi con grandi volumi di opifici dismessi e di costruzioni comunque da riconvertire a nuovi funzioni».

[38] Sul tema si rinvia allo scritto di F. Giglioni, *Limiti e potenzialità del baratto amministrativo*, cit. Soffermandosi sulla differenza tra partenariato pubblico-privato e partenariato sociale e sul conseguente assetto di interessi derivante dal loro utilizzo, l'A. sosterrebbe che «da un punto di vista sistematico appare più corretto ricostruire in termini di accordo di diritto pubblico i partenariati sociali ai quali dovrebbe adottarsi, sia pure come norma di principio, l'art. 11, l. n. 241/1990, e non le disposizioni sui contratti pubblici. La natura dei due istituti appare irrimediabilmente diversa». Da questo crinale l'A. prosegue lamentandone la contraddizione creata dalla collocazione dell'istituto tra i contratti di partenariato pubblico-privato. «Tale inclusione comporta anche l'applicazione delle regole generali in materia di selezione dei contraenti e, soprattutto, di affidamento dell'intervento, che sono previste per il partenariato e per le concessioni e che sono molto più rigorose e rigide di altre disposizioni, quali ad esempio i contratti di sponsorizzazione (art. 19), la realizzazione di opere pubbliche a spese del privato (art. 20) o le ipotesi di interventi per garantire la fruizione pubblica del patrimonio culturale della nazione (art. 151, c. 3). È così evidente la formazione di un paradosso: il baratto amministrativo viene irrigidito, segue regole più rigorose di altre fattispecie che sono catalogate tra quelle di appalto che sono del tutto estranee alle ipotesi di collaborazione pubblico privata. A ciò si aggiungano anche le conseguenze che l'introduzione del baratto nel codice comporta in termini di azionamento degli strumenti di rimedi giurisdizionali e di vigilanza da parte dell'ANAC, la cui azione – come è noto – è tesa a verificare esclusivamente l'economicità, la concorrenza e la trasparenza delle procedure, profili – cioè – che hanno un rilievo non esclusivo nelle esperienze di baratto amministrativo».

[39] Al riguardo giova rinviare al dettato della Sezione delle autonomie della Corte dei Conti contenuto nella deliberazione 14 novembre 2017, n. 26/SEZAUT/2017/QMIG. «Il principio di sussidiarietà orizzontale si pone come principio aperto a raccogliere le esperienze sociali di collaborazione. Gli enti pubblici sono, dunque, chiamati a favorire l'estrinsecarsi dell'attività privata finalizzata alla realizzazione di dette esperienze intervenendo in funzione "sussidiaria". Ogni qualvolta ciò sia possibile, il soggetto privato deve essere preferito, privilegiato e, quindi, sussidiato nello svolgimento dell'attività di interesse generale attraverso opportune attività di programmazione, coordinamento, controllo, promozione ed, eventualmente, anche gestione. L'articolo 118 Cost.

alla «cittadinanza di assumere la produzione di attività di interesse generale anche in funzione della coesione sociale»[40].

Ma non è tutto. Nel quadro delineato, deve risaltare altresì la sua peculiare e parallela capacità semplificativa.

Il baratto amministrativo è da intendersi non soltanto quale espressione del principio di sussidiarietà orizzontale, ma anche quale strumento di semplificazione dell'adempimento tributario. Emerge a questo proposito la trasformazione dell'obbligazione pecuniaria, su richiesta del cittadino, in un intervento a favore della collettività.

Sotto questo profilo, non pochi sono i dubbi circa la natura del baratto in termini di "scambio paritario": la prestazione, non sarebbe, infatti, resa in modo

limita, infatti, l'esercizio delle competenze locali e dispone che gli enti territoriali interpretino in positivo il loro ruolo sussidiario rispettando e favorendo tali forme di assunzione di responsabilità [...]. Naturalmente, resta nell'autonomia del legislatore accompagnare l'attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale con l'individuazione di strumenti di vigilanza e di controllo a protezione delle esigenze collettive che i privati perseguono. Tuttavia, benché il principio di sussidiarietà orizzontale non si presti ad essere applicato in assenza di una norma di legge che gli dia attuazione, è altrettanto vero che le norme costituzionali di principio debbono (nei limiti del possibile) essere applicate direttamente, anche in mancanza di una interposizione legislativa, in quanto le stesse vincolano l'esercizio della funzione amministrativa nell'ambito del margine di discrezionalità spettante alle autorità pubbliche. Sotto tale profilo, il principio di sussidiarietà opera alla pari di altri principi costituzionali che regolano l'attività della pubblica amministrazione, quali i principi di legalità, imparzialità e buon andamento».

[40] Cfr. A. Corrieri, *Il «baratto amministrativo» tra legislazione e attuazione*, cit., spec. 80.

Ancora, sul tema si segala la relazione di G. Arena, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u.c. della Costituzione*, in *Amm. in cammino*, 13 marzo 2003, in occasione del Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, tenutosi a Roma il 7-8 febbraio 2003 ed organizzato da *Astrid* e da *Quelli del 118* (Comitato permanente per l'attuazione dell'art.118, u.c., Cost.). L'A. partendo dalla differenza tra sussidiarietà verticale e orizzontale, discute dell'inscindibile intersezione tra i due principi. Infatti, «una volta individuati i livelli istituzionali più adatti al perseguimento dell'interesse generale attraverso lo svolgimento delle varie funzioni pubbliche, la sussidiarietà (intesa come sussidiarietà orizzontale) consente alle istituzioni titolari di tali funzioni di perseguire l'interesse generale non più da sole, ma insieme con i cittadini, singoli e associati; è come se la sussidiarietà orizzontale aprisse ai soggetti pubblici spazi finora inesplorati per la realizzazione della loro missione costituzionale, consentendo di affiancare alle istituzioni pubbliche i privati non più soltanto come strumenti della loro azione attraverso istituti quali l'appalto o la concessione, bensì quali alleati autonomi, consapevoli e responsabili nella lotta contro un avversario comune, la complessità dei problemi posti dal mondo moderno e per un obiettivo comune, la piena realizzazione di ciascuno. Sussidiarietà verticale ed orizzontale dunque si sostengono e si integrano a vicenda; ed entrambe sono finalizzate alla realizzazione di un interesse generale che grazie al rapporto fra l'art.118, u.c. e l'art. 3, 2°c. non è una mera astrazione, bensì si concretizza in azioni di soggetti pubblici e privati dirette a creare le condizioni per la piena realizzazione di ciascun essere umano. Nel punto di intersezione fra sussidiarietà verticale ed orizzontale, in altri termini, c'è quella persona umana che la nostra Costituzione ha voluto al centro dell'intero sistema istituzionale, con i suoi diritti ed i suoi doveri».

puramente spontaneo, ma rappresenterebbe una sostituzione dell'obbligo tributario.

In questa direzione, «esso contravverrebbe al requisito tipico della volontarietà propria del suddetto scambio pregiudicando la stessa naturale corrispondenza fra le prestazioni corrispettive. In tal senso, l'istituto parrebbe piuttosto costituire una sorta di raccordo tra il cittadino insolvente e il credito privilegiato della pubblica amministrazione mediante un meccanismo di semplificazione procedimentale»[41].

L'attenzione alle esigenze del cittadino-contribuente è, infatti, una realtà legislativa che si va gradualmente affermando, avendo come identificativo il ridimensionamento della concezione di supremazia dello Stato per mezzo di istituti che introducono modalità estintive di tipo collaborativo[42]. Da qui, la stretta correlazione con la *datio in solutum*, di cui si è detto, rinvenibile nell'assolvimento della prestazione pecuniaria per mezzo di altra prestazione ad essa equivalente[43].

Ad ogni modo, le considerazioni riportate non devono indurre in errore. Sarebbe inesatto affermare l'assoluta mancanza della volontarietà. L'accettazione della controprestazione è sempre rimessa alla libera autodeterminazione del privato e la proposta di baratto da parte dell'Amministrazione si configura sempre come preordinata alla promozione di forme di sussidiarietà orizzontale.

Infine, meritevole di riflessione è il tema della «aggiudicazione del baratto». Come già anticipato nel paragrafo precedente, la collocazione dell'istituto all'interno del Codice degli appalti fa pensare al ricorso a procedure di evidenza pub-

---

[41] In questi termini si rinvia nuovamente al saggio di A. Corrieri, *Il «baratto amministrativo» tra legislazione e attuazione*, cit., spec. 80.

[42] Sul tema si veda M.G. Ortoleva, *L'efficacia del ruolo nell'ipotesi di adempimento del debito mediante* "compensazione" *con crediti commerciali*, in *Dir. prat. Trib.*, 2019, 644 ss.

Un esempio è individuabile nella compensazione tra somme a credito e a debito negli enti locali: istituto contemplato dallo Statuto dei diritti del contribuente, che rinvia al regolamento locale delle entrate. Sul tema si rimanda alle considerazioni di A. Milone, *Debiti verso la PA, dal baratto alla compensazione tutte le vie d'usciata alternative*, in *Quotidiano digitale Enti Locali e PA* (*Il Sole 24 Ore*), 23 marzo 2018.

[43] Secondo la Corte Conti, sez. aut., 29 gennaio 2020, n. 2, «deve ritenersi che il baratto amministrativo non si limiti ad introdurre una modalità alternativa di adempimento dell'obbligazione tributaria (una sorta di *datio in solutum* ex art. 1197 c.c.) ma determini una vera e propria deroga al principio dell'indisponibilità del credito tributario, in quanto, come detto, pone l'Amministrazione locale nella condizione di disporre dell'*an* e del *quantum* di un tributo in funzione della realizzazione di un intervento di utilità sociale effettuato a cura e a spese dei contribuenti che ne facciano richiesta. Tale deroga è resa possibile dal fatto che, operando il bilanciamento di interessi, il legislatore si è espresso in favore delle esigenze costituzionalmente garantite dal principio di sussidiarietà orizzontale, consentendo all'ente di rinunciare alla potestà impositiva prevista dalla legge in funzione del recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla comunità di riferimento».

blica per l'individuazione del soggetto autore dell'intervento, così come previsto per le altre ipotesi di partenariato.

Il problema sorge relativamente all'armonizzazione della tematica con il potere di iniziativa, previsto dall'art. 190 cit., in capo alla cittadinanza attiva alla quale compete la presentazione del progetto contenente la proposta all'ente territoriale[44].

Da qui, si pone la questione se l'ente possa limitarsi ad approvare il progetto condiviso o debba attuare una competizione tra i vari aspiranti[45]. Il vistoso vuoto procedurale rimette agli enti territoriali la fissazione dei suddetti criteri e condizioni del partenariato sociale.

Una possibile soluzione è individuata nell'applicazione degli artt. 28 ss. del Codice dei contratti pubblici e dei principi in essi contenuti, a cui seguono le regole per i contratti sotto soglia, disciplinati dall'art. 36 del Codice in combinato ai requisiti generali *ex* art. 80. «In tal senso parrebbe coerente con la finalità dell'istituto l'emissione di un avviso esplorativo da parte dell'ente territoriale una

[44] Come già anticipato in nota n. 33, lo scambio concepito dal baratto amministrativo, «evocherebbe una forma minore di procedimento di partenariato ad iniziativa "pubblica con coinvolgimento dei privati". […] La presentazione del progetto avrebbe così carattere meramente sollecitatorio, finalizzato a definire le condizioni per un contratto sulla base del progetto presentato, facendo scaturire un obbligo in capo alla pubblica amministrazione di avvio del procedimento e la titolarità in capo al soggetto privato di una posizione di interesse pretensivo qualificato e giuridicamente rilevante alla conclusione del procedimento». Da qui, l'incompatibilità della fattispecie con una iniziativa imprenditoriale. «La presentazione del progetto non comporta, infatti, alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti, che devono soggiacere alle consuete procedure di evidenza pubblica» (Cfr. V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, cit., spec. 10-11).

[45] Le tematiche qui affrontate sollevano importanti riflessioni sul rapporto esistente tra concorrenza e solidarietà. Rileva in primo luogo la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In particolare, tra le tante, si segnalano le seguenti sentenze: Corte di giustizia, 21 marzo 2019, C-465/17, sui risvolti della tematica nel campo del trasporto pubblico di emergenza; Corte di giustizia, 28 gennaio 2016, C- 50/14 e Corte di giustizia, 11 dicembre 2014, C-113/13, sulla legittimità delle convenzioni a rimborso con le Odv, a condizione che non siano perseguiti obiettivi diversi da quelli di solidarietà sociale e che non sia tratto alcun profitto dalle prestazioni rese; Corte di giustizia, 29 novembre 2007, C-119/06. In connessione, per approfondimenti di natura dottrinale, si rinvia all'interessante scritto di A. Albanese, *I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 2019, 1, 139. Lo studio mostra come i principi di concorrenza e solidarietà siano profondamente radicati nei trattati e nelle direttive europee e come il principio di solidarietà sia incorporato nella regolamentazione di molte attività economiche. Tuttavia, l'equilibrio tra i due principi nel diritto europeo è ancora incerto e spesso ambiguo. Questa incertezza produce importanti conseguenze anche sulla distinzione tra servizi di interesse economico o non economico, che diventa quindi meno utile per definire il campo di applicazione della disciplina degli appalti pubblici.

volta ricevuta la proposta progettuale da parte della cittadinanza attiva, in modo tale da verificare la presenza di ulteriori soggetti interessati»[46].

Si precisa che, al riconoscimento di un potere di iniziativa del contribuente consegue il sorgere di un interesse pretensivo giuridicamente rilevante alla conclusione del procedimento. Da qui l'obbligo di conclusione procedimentale[47]: precludendo l'ipotesi dell'inerzia amministrativa a fronte dell'iniziativa della parte privata.

In quest'ottica resta, dunque, ferma l'espressa scelta legislativa di assoggettare il baratto-contratto di partenariato sociale alle disposizioni di cui all'art. 179 del Codice dei contratti[48] (ove compatibili) e, con essa, «la necessità che le modalità di individuazione del contraente […] garantiscano partecipazione, trasparenza, pluralismo e non discriminazione. Come confermato dalle numerose pronunce al riguardo della Corte dei conti, il ricorso allo strumento del baratto amministrativo non deve determinare l'elusione delle regole cogenti di evidenza pubblica, né l'aggiramento dei vincoli di finanza pubblica, né l'acquisizione di beni o servizi in violazione di precisi e puntuali divieti stabiliti dalla normativa finanziaria, anche di carattere quantitativo»[49]. Ne deriva, quale precipitato logico della genericità dell'istituto, la centralità della delibera dell'ente territoriale. A quest'ultimo è, infatti, riservato l'onere di fare chiarezza: fissando criteri e condizioni e affrontando gli aspetti procedurali concernenti l'iniziativa, il tipo di procedura di evidenza pubblica e le modalità di garanzia della partecipazione.

4. *I connessi profili di finanza pubblica: i debiti pregressi*

Ciò premesso, l'attuazione del baratto amministrativo richiede ora riflessioni economico-giuridiche concernenti la sua dimensione finanziaria.

[46] Cfr. A. Corrieri, *Il «baratto amministrativo» tra legislazione e attuazione*, cit., spec. 83.

[47] Sul tema si veda M. Baldi, *Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e baratto amministrativo nel d.lgs. n. 50/2016*, in *Urb. App.*, 2016, 962 ss.

[48] Se ne riporta il testo per facilità di consultazione. Art. 179 Codice dei contratti pubblici: «Alle procedure di affidamento di cui alla presente parte si applicano le disposizioni di cui alla parte I (Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni), III (Contratti di concessione), V (Infrastrutture e insediamenti prioritari) e VI (Disposizioni finali e transitorie), in quanto compatibili. Si applicano inoltre, in quanto compatibili con le previsioni della presente parte, le disposizioni della parte II (Contratti di appalto per lavori servizi e forniture), titolo I (Rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia) a seconda che l'importo dei lavori sia pari o superiore alla soglia di cui all'art. 35, ovvero inferiore, nonché le ulteriori disposizioni della parte II indicate all'articolo 164, comma 2. Le disposizioni della presente parte si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi».

[49] Cfr. S. Zebri, *L'evoluzione del baratto amministrativo tra collaborazione civica e partenariato sociale*, cit., spec. 58.

Nello specifico, in ragione dell'indeterminatezza nel contenuto e della mancanza di chiarezza nei caratteri distintivi, l'applicazione della norma ha portato alla produzione di regolamenti comunali molto diversi, specialmente sotto il profilo della tipologia dei benefici fiscali attribuiti[50]. Da qui inevitabile è stato il coinvolgimento delle funzioni[51] della Corte dei Conti ai sensi di quanto previsto dagli artt. 100 e 103 della Costituzione[52].

Il principale problema riscontrato nelle sue dinamiche operative è stato individuato, dalla dottrina e dalle Sezioni regionali di controllo, nell'applicabilità del baratto amministrativo ai debiti fiscali pregressi.

Come si può facilmente intuire, la problematica è di evidente rilevanza contabile poiché incide sul complesso dei «residui attivi», intesi come somme accertate e non riscosse, derivandone l'interessamento del c.d. avanzo di amministrazione e degli equilibri finanziari di bilancio.

A queste considerazioni è seguito ulteriore ragionamento ben più articolato. Secondo le Sezioni regionali l'applicazione ai debiti fiscali pregressi comporterebbe una violazione del principio di indisponibilità tributaria. In questo senso, una prima pronuncia volta alla loro esclusione dal novero delle agevolazioni di cui all'art. 190 è rinvenibile nella sopra citata deliberazione n. 27 della Sezione regionale di controllo per l'Emilia-Romagna, del 23 marzo 2016[53].

---

[50] In termini marcatamente estensivi si è espresso, per esempio, il regolamento del Comune di Milano. In particolare, citando testualmente «il baratto è possibile per estinguere debiti maturati fino al 2013 e per un valore minimo di 1.500 euro, riferiti a tributi comunali quali Ici, Imu, Tarsu, Tares e Tari, violazioni al Codice della strada o a entrate patrimoniali quali canoni e proventi per l'uso dei beni comunali, corrispettivi e tariffe per la fornitura di beni e la prestazione di servizi». In altre parole, ne è derivata un'applicazione sia ai debiti tributari pregressi che alle entrate *extra*-tributarie.

[51] Il baratto amministrativo è venuto all'attenzione della Corte dei Conti sia nello svolgimento della sua funzione consultiva, che si esplica per mezzo di pareri, ma anche attraverso la giurisdizione contabile nel caso di configurazione di responsabilità erariali (sul tema S. Imperiali, *La giurisdizione della corte dei conti nelle materie di contabilità pubblica*, in *www.contabilità-publica.it*, 2016), ovvero attraverso il controllo di legittimità e regolarità finanziaria sui bilanci degli enti territoriali (cfr. G. Colombini, *Il "nuovo" sistema dei controlli della Corte dei conti sui bilanci degli enti territoriali. Spunti di riflessione*, in *Riv. Corte dei Conti*, n. 3-4/2016, 588 ss.).

[52] «La dimensione finanziaria del baratto amministrativo e gli aspetti relativi alla sua contabilizzazione hanno comportato criticità gestionali e dubbi applicativi. In tal senso gli aspetti che la magistratura contabile ha affrontato e chiarito nell'arco del quadriennio 2016-2020, sono costituiti innanzitutto dalla questione dell'utilizzo dei c.d. "residui attivi" e cioè le somme assimilabili a debiti già maturati in precedenza e ancora da riscuotere; poi la questione dell'utilizzo delle c.d. "entrate extra-tributarie" e cioè le entrate diverse dai "tributi" in quanto la norma si riferisce solo a questi ultimi; infine, il ruolo della regolazione locale». Per un'analisi dettagliata si rimanda nuovamente ad A. Corrieri, *Il «baratto amministrativo» tra legislazione e attuazione*, cit., 83.

[53] In tema di capacità giuridica dei "residui attivi" di formare oggetto di baratto amministrativo l'elaborazione giurisprudenziale più recente ho proseguito nella stessa direzione della citata pronuncia, esprimendosi uniformemente in senso negativo. Si rimanda a questo proposito a: Corte

Concernente l'allora vigente art. 24, d.l. n. 133/2014, questa ha fornito l'interpretazione applicata ed estesa all'istituto così come attualmente concepito[54].

In questa direzione, la giurisprudenza è ormai concorde nell'affermare l'impossibilità dei debiti fiscali pregressi di formare oggetto del baratto amministrativo. L'uniformità di vedute fa leva sulla corretta applicazione del principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, derivante dai principi costituzionali individuati dagli articoli 23, 53 e 97 della Costituzione e derogabile nel nostro ordinamento solo in forza di disposizioni di legge.

Ora, il citato principio si è evoluto negli stati democratici configurandosi quale divieto per l'ente di autonoma disposizione dei tributi[55]. In altre parole, l'imposizione di una prestazione può sussistere solamente in corrispondenza di previsioni legislative che, «operando un bilanciamento tra differenti interessi, portino al sacrificio di quelli sottesi all'art. 53 Cost., in favore di altri ugualmente meritevoli di tutela costituzionale»[56].

Da qui, secondo la giurisprudenza contabile, né l'art. 24 né l'istituto vigente disciplinato dal Codice dei contratti pubblici hanno inteso derogare espressamente al fondamentale principio di matrice tributaria: intendendo legittime soltanto le agevolazioni tributarie riguardanti obbligazioni *pro futuro*, sorte suc-

---

dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 6 settembre 2016, n. 225: «viene domandato se nell'ipotesi del baratto amministrativo 'sia consentito (ed eventualmente a che condizioni) l'adempimento dei debiti tributari pregressi relativi ad entrate comunali, mediante l'effettuazione di attività sostitutive del pagamento riconducibili ad una delle attività sussidiarie contemplate dagli artt. 24 e 190'. La risposta al quesito non può che essere negativa in base alle considerazioni che la Sezione ha già svolto nel citato parere n. 172 del 2016 e che vengono richiamate in questa sede»; Corte dei Conti, sez. reg. contr. Piemonte, 14 aprile 2020, n. 35 «l'accettazione di una prestazione in luogo dell'adempimento di un debito tributario, determinerebbe come conseguenza la cancellazione di residui attivi. Ciò, inciderebbe in modo negativo sul risultato di amministrazione in particolar modo qualora dette prestazioni venissero considerate generalmente ammesse e la facoltà venisse riconosciuta a tutti i contribuenti in assenza di una disciplina specifica e tassativa».

[54] In questa direzione si rinvia anche alla già citata deliberazione Corte dei Conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 313/2016. Quest'ultima aggiunge che, «ove riconducibile al principio generale del codice civile sulla compensazione l'istituto esige la necessaria cautela applicativa, dal momento che ai sensi dell'art. 1242, comma 1, primo periodo, c.c. la compensazione, quale modo di estinzione dell'obbligazione alternativo all'adempimento, opera tra crediti reciproci omogenei, liquidi ed esigibili, esclusivamente dal momento in cui i rapporti vengono a coesistere». Motivo per cui «può pertanto "trovare operatività l'istituto della compensazione tra debiti (o crediti) di cui solo uno esistente, essendo l'altro futuro e peraltro del tutto eventuale [...], unicamente a seguito della integrale e soddisfacente realizzazione dell'opera o del servizio" (Sez. controllo Molise n. 12/2016)».

[55] Sul principio di indisponibilità e sulla sua evoluzione si rimanda a E. Corali, *Cittadini, tariffe e tributi. Principi e vincoli costituzionali in materia di prestazione patrimoniali imposte*, Milano, 2009, 13-32.

[56] Cfr. M. Scognamiglio, *Il baratto amministrativo: orientamenti della giurisprudenza consultiva della corte dei conti,* cit.*,* spec. 8.

cessivamente alla previsione regolamentare dell'istituto di cui all'art. 190 da parte dell'ente.

Tuttavia, andando controcorrente, attenta dottrina ha evidenziato che la materia tributaria, come sancito dall'art. 23 della Costituzione, è coperta da riserva di legge, da intendersi come riserva "relativa", nel senso che opera per le norme impositive in senso stretto (quelle che regolano l'*an* e il *quantum* della prestazione), potendo la legge ordinaria assegnare a fonti di rango inferiore l'integrazione di aspetti secondari della disciplina.

Ragion per cui il ruolo della legge è quello di disciplinare «gli elementi essenziali della fattispecie che concorrono a identificare e delimitare la prestazione, demandando a fonti diverse e subordinate, la regolamentazione degli elementi non essenziali o secondari, espressione, quindi della discrezionalità amministrativa dei vari enti»[57].

Caratteristiche tutte presenti nella dettato normativo di cui all'art. 190, che, come detto in precedenza, riconosce la possibilità di "scambio/baratto" tra svolgimento di attività di interesse generale e premialità fiscale; dispone il *quantum* dello scambio, individuato in termini di "corrispondenza"; rimette l'operatività dell'istituto ad apposite deliberazioni di natura regolamentare, volte, nel dettaglio, a stabilire le condizioni e i criteri applicativi di questo strumento di sussidiarietà orizzontale. Ne deriva l'estraneità dell'istituto al concetto di coercitività proprio della fiscalità, facendo orbitare il baratto nell'ambito dell'attività privatistica dell'amministrazione.

A parere di chi scrive, a sostegno di questa impostazione potrebbero essere richiamate delle recenti argomentazioni sul punto della Corte dei Conti.

In questa occasione, senza tuttavia esprimersi sull'ammissibilità dei debiti fiscali pregressi, i giudici contabili hanno evidenziano che, per quanto ne venga richiamato il meccanismo, «il baratto amministrativo non si limita ad introdurre una modalità alternativa di adempimento dell'obbligazione tributaria (una sorta di *datio in solutum ex* art. 1197 c.c.), ma determina una vera e propria deroga al principio della indisponibilità del credito tributario. […] Tale deroga è resa possibile dal fatto che, operando il bilanciamento di interessi, il legislatore si è espresso in favore delle esigenze costituzionalmente garantite dal principio di

[57] In questi termini V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, cit., spec. 25. Proseguendo sul tema l'A. afferma, altresì, che «il baratto amministrativo gravita fuori dall'area giuridica della fiscalità andando a interessare l'esercizio di attività privatistica da parte della pubblica amministrazione, quale è la scelta di individuare nei cittadini, singoli e associati, i soggetti preposti all'esercizio di attività amministrative dietro un "corrispettivo" che si configura come beneficio fiscale. In sostanza, come è stato autorevolmente sottolineato, con il baratto non si discute della "natura" del tributo, del suo presupposto, della sua *ratio*, ecc., né si dispone del gettito, "ma si remunera con il gettito (*id est*: con una riduzione del gettito) una prestazione che l'amministrazione riceve"».

sussidiarietà orizzontale, consentendo all'ente di rinunciare alla potestà impositiva prevista dalla legge in funzione del recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla comunità di riferimento»[58].

Ne deriva, rispetto al suo antecedente normativo a cui la giurisprudenza contabile è ancora legata, una maggiore ampiezza dell'istituto, il quale rimette all'ente territoriale la scelta delle finalità perseguite attraverso l'impiego di questo strumento di rigenerazione urbana[59].

Gioverebbe a questo punto trarre le conclusioni del caso dalle dinamiche del reale[60], le quali vedono numerosi regolamenti sul baratto amministrativo non essere conformi ai pareri delle Sezioni regionali, esponendo gli amministratori ad accertamenti di responsabilità per danno erariale al proprio ente. L'obiettivo da perseguire potrebbe, quindi, identificarsi nell'affermazione che un'impostazione propensa ad andare incontro agli enti territoriali, sempre più in sofferenza nella ricerca di fondi e nell'attività di riscossione, trovi il supporto espresso delle Sezioni regionali di controllo, ovvero veda l'intervento chiarificatore del legislatore.

Anche qui, il ruolo centrale della delibera dell'ente potrebbe rappresentare l'ago della bilancia.

A parere di chi scrive, sarebbe compito dell'Amministrazione territoriale stabilire le serrate condizioni di applicazione del baratto alle ipotesi di debiti confluiti nel residuo attivo dell'ente, coordinando adeguatamente il bilancio annuale di gestione con il corrispettivo bilancio del debito pregresso manchevole di specifico stanziamento in tal senso. In questa direzione, sarebbe quantificato

[58] Cfr. ancora Corte dei Conti, sez. aut., 29 gennaio 2020, n. 2.

[59] Sulla rigenerazione come strumento di valorizzazione si rimanda allo scritto di C. Vitale, *Rigenerare per valorizzare. La rigenerazione urbana "gentile" e la riduzione delle disuguaglianze*, in *www.aedon.mulino.it*, 2021, 2, per il quale «l'introduzione della norma sul partenariato speciale è dunque espressione del *favor* del legislatore per l'istituto della collaborazione tra pubblico e privato, espresso attraverso una semplificazione delle procedure e del quadro normativo di riferimento, che dovrebbe agire come incentivo per le amministrazioni a ricorrere con risultati efficaci a simili strumenti. Per altro verso, l'art. 151, co. 3, si candida verosimilmente a superare le tradizionali dicotomie (tutela/valorizzazione; programmazione/gestione) per interpretare l'esigenza di flessibilità del settore. Non mancano, insomma, nel Codice dei contratti pubblici (oltre all'art. 151, le norme in materia di baratto amministrativo e interventi di sussidiarietà orizzontale) e al Codice del Terzo settore (artt. 55, 56, 71) strumenti che consentano di inserire le diverse ipotesi di collaborazione pubblico privato, anche con riguardo ai beni culturali, nella cornice normativa più idonea».

[60] A questo proposito sia consentito il richiamo al maestro M.S. Giannini, *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, XVIII, Milano, 1940. Nel classico citato, l'A. esponeva l'idea secondo cui la scienza del diritto amministrativo non coglieva la realtà perché troppo concentrata sull'astrazione. L'insegnamento è, quindi, ravvisabile in un approccio metodologico che si opponga all'eccessivo astrattismo e che implichi la sostituzione di un siffatto sistema con l'osservazione diretta dei problemi. L'opera del giurista deve consistere nel «trarre il sistema dal reale».

l'importo che l'ente è disposto ad accettare in compensazione delle prestazioni inadempiute.

Una siffatta manovra garantirebbe il corretto dispiegarsi dell'istituto, ovviando ai fondati timori per gli effetti pregiudizievoli sugli equilibri di bilancio e sul catastrofico effetto induttivo per i cittadini a disattendere il normale adempimento tributario.

4.1. *(segue)… le entrate extra-tributarie.*

Ulteriore *impasse* registrato nel susseguirsi di pronunce della Corte dei Conti è ravvisabile, ancora, nell'estendibilità del baratto amministrativo alle entrate *extra*-tributarie derivanti dall'erogazione di servizi pubblici o da prestazioni a domanda individuale quali, ad esempio, i canoni di concessione.

In linea generale, la mancanza di un espresso divieto legislativo ha fatto propendere i giudici verso l'applicazione del principio di cui alla legge fondamentale sul procedimento amministrativo: secondo l'articolo 1, comma 1 *bis*, della legge 7 agosto 1990 n. 241, infatti, la p.A. nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge non disponga diversamente.

Tuttavia, come detto, la complessità del tema si è prestata a differenti chiavi di lettura nella giurisprudenza di contabilità[61]. Non sono, infatti, mancate interpretazioni di matrice discordante rispetto a quella appena citata. Anche in questo caso ruolo dirimente è ricoperto dall'emblematica formulazione dell'art. 190 del Codice.

Nello specifico, accanto al ragionamento vòlto ad attribuire ruolo chiave

[61] Si segnalano, in particolare, due pronunce agli antipodi: Corte dei Conti, sez. reg. contr. Lombardia, 24 giugno 2016, n. 172 e Corte dei Conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 313/2016. Secondo quanto espresso nella prima deliberazione, «l'assenza di una norma specifica di divieto, unitamente alla carenza di una previsione legislativa speculare all'art. 190 del d.lgs. 50/2016», legittima l'ente di disporre anche dei crediti c.d. *extra*-tributari, la cui disponibilità discende «dalla capacità generale dell'ente locale, nel senso della piena capacità di diritto privato dell'ente locale, alla luce del principio normativo scolpito nell'art. 1, comma 1 *bis*, della legge 7 agosto 1990 n. 241, secondo cui "la pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme del diritto privato, salvo che la legge non disponga altrimenti". […] Al pari di ogni soggetto di diritto comune, la pubblica amministrazione gode dell'autonomia privata ai sensi dell'art.1321 c.c., intesa come capacità di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici di tipo patrimoniale, ovvero di porre in essere atti negoziali atipici (art. 1322 c.c.), purché con causa lecita e meritevole di tutela». In senso opposto, invece, la Sezione regionale di controllo per il Veneto, ricorrendo ad una interpretazione strettamente letterale della norma, ha affermato che il riferimento esplicito al termine "tributi" va interpretato nel senso di non poter essere applicato analogicamente a crediti che fuoriescono dal confine insito alla portata semantica del termine, derivandone, così, una automatica esclusione dell'applicabilità dell'istituto alle entrate *extra*-tributarie.

all'art. 118 Cost. e all'assenza di una previsione normativa speculare a quella del baratto, si è affiancata un'interpretazione meramente letterale della norma, secondo cui l'esplicito riferimento al concetto di tributi comporta la conseguente e automatica esclusione delle cc.dd. entrate *extra*-tributarie.

Rimane tuttavia un punto fermo comune alla giurisprudenza qui citata: il rispetto delle regole di contabilità pubblica. Anche l'interpretazione inclusiva delle suddette entrate ha inteso precisare l'importanza di assicurare il rispetto del principio dell'equilibrio di bilancio: specialmente in ragione della natura sussidiaria e complementare del baratto amministrativo.

Tutto ciò premesso, a seguito del lungo dibattito, il contrasto è stato questa volta definitivamente risolto dall'intervento della già richiamata deliberazione della Sezione delle autonomie n. 2, del 29 gennaio 2020.

In questa occasione il Giudice contabile ha affermato che «nei limiti della capacità giuridica e di agire in ambito privatistico, gli enti territoriali possano predeterminare, in sede regolamentare, i casi in cui, in ossequio al principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118 Cost.), sia possibile concordare, con cittadini singoli o associati che ne facciano richiesta, lo svolgimento di attività socialmente utili nella gestione di aree e beni immobili (quali pulizia, manutenzione, abbellimento di aree verdi, piazze, strade, interventi di decoro urbano, iniziative culturali, recupero e riuso di aree e beni immobili inutilizzati), da compensare con la riduzione o l'estinzione di crediti *extra*-tributari disponibili assicurando il rispetto delle regole di contabilità pubblica e di salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari dell'ente locale, nonché dei principi di trasparenza, di parità di trattamento e di non discriminazione richiamati nelle deliberazioni n. 172/2016/PAR e n. 225/2016/PAR della Sezione regionale di controllo per la Lombardia»[62].

[62] La Sezione delle autonomie pone in premessa il ragionamento seguito alcuni anni prima dai giudici lombardi, secondo cui: «La gestione delle entrate *extra*-tributarie soggiace, al pari delle altre entrate, ai principi in tema di equilibri e di vincoli di bilancio, affinché sia scongiurato il rischio di diminuzione di entrate derivante da politiche espansive sul baratto amministrativo, il quale deve essere concepito quale strumento sussidiario e complementare per assicurare forme di partenariato sociale, nel rispetto della salvaguardia dei vincoli e degli equilibri finanziari dell'ente locale. In attuazione dei vigenti principi di legalità finanziaria, l'ente locale dovrà, pertanto, predeterminare fattispecie tipizzate, quali forme latamente compensative per l'adempimento di debiti *extra*-tributari, basate sulla sostituzione della prestazione personale in luogo del pagamento dell'originaria obbligazione pecuniaria. L'attività personale sostitutiva non può che estrinsecarsi su base volontaria al servizio della collettività di riferimento. Sotto il profilo contabile, la quantificazione in termini monetari della prestazione sostitutiva dovrà essere predeterminata e congruamente correlata alla natura dell'attività da svolgere, secondo criteri obiettivi riferibili alla durata della prestazione (oraria o giornaliera) o al risultato da raggiungere, con previsione degli oneri riflessi, anche di tipo assicurativo e antinfortunistico. L'amministrazione dovrà porre in essere gli strumenti di controllo necessari ad assicurare che la prestazione sostitutiva sia effettivamente eseguita e/o che il risultato prefissato sia completamente raggiunto,

5. *Contabilizzazione, riflessi di bilancio e centralità della «delibera» dell'ente.*

Per quanto premesso, è ormai assodato che l'art. 190 del Codice dei contratti, alla facoltà degli enti locali di deliberare le modalità di conclusione dei citati contratti di partenariato, ricollega l'obbligo di predisporre idonee agevolazioni tributarie a carico dell'amministrazione territoriale.

Per questa ragione, l'attuazione del baratto amministrativo solleva altresì il connesso tema del mancato gettito derivante dalla individuata riduzione o esenzione di tributi corrispondenti al tipo di attività prestata dal cittadino o dall'associazione: ci troviamo, infatti, di fronte a entrate e uscite che non determinano movimenti di cassa effettivi[63], bensì in termini di valore dell'attività sociale prestata in cambio della corrispondente riduzione o esenzione.

In altre parole, «se da un lato indubbiamente l'amministrazione locale realizza con l'istituto un vantaggio pubblico, non soltanto in termini di senso civico, eticità e solidarietà sociale ma anche in utilità al territorio derivante dalla prestazione, non si può non considerare il mancato gettito in termini monetari e la rinuncia a qualsiasi pretesa di tipo economico da parte dell'ente impositore in caso di completo espletamento dell'attività concordata. Questo determina, in ragione dei vincoli di finanza pubblica, la necessità da parte degli enti locali che hanno adottato il regolamento attuativo del baratto di predeterminare, per ogni singolo bilancio d'esercizio, la somma destinata a tale attività e, quindi, la relativa mancata copertura programmata del gettito. Tale assetto, di tutta evidenza, porta a qualificare il baratto amministrativo come una modalità di adempimento dell'obbligazione tributaria diversa dal pagamento e certamente non di natura generalizzata, non potendo tutti i contribuenti potenzialmente interessati accedere al meccanismo in virtù dei limiti finanziari predeterminati da ciascun ente»[64].

Da queste considerazioni, deriva la necessaria uniformità dei criteri principali di priorità di accesso all'istituto. È, così, individuabile la modalità di risoluzione in via anticipata dei profili di discriminazione fiscale in ragione del territorio, a

---

prima di procedere alla contabilizzazione dell'*utilitas* a sgravio, compensazione o riduzione del credito *extra* tributario».

[63] La normativa contabile richiede la registrazione anche delle suddette entrate e spese. A conferma di queste considerazioni si rimanda agli articoli contenuti nel testo unico degli enti locali (TUEL), decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267. In particolare, tra i principali riferimenti si vedano gli artt. 162, comma 4, a dire del quale «sono vietate le gestioni di entrate e di spese che non siano iscritte in bilancio»; 179, comma 3 *bis*, secondo cui le entrate «sono registrate nelle scritture contabili anche se non determinano movimenti di cassa effettivi» e 183, comma 5, che pone, come detto, un obbligo di registrazione delle spese «anche se non determinano movimenti di cassa effettivi».

[64] Così L. Iacobellis, *Adempimento dell'obbligazione tributaria e baratto amministrativo tra sussidiarietà orizzontale, eticità della tassazione, solidarietà sociale, promozione e valorizzazione del territorio,* in Annali del Dipartimento ionico dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro, 2019, 187.

cui si accompagna, però, uno spazio di autonomia delle stesse amministrazioni titolari del «potere di disciplinare in maniera più dettagliata alcuni elementi da valorizzare nella selezione, anche in ragione delle peculiarità economiche, storiche e sociali dell'ambito territoriale interessato»[65].

In quest'ottica, «nel fissare tali criteri e condizioni, gli enti territoriali possono anche indicare le finalità perseguite, che possono essere di volontariato cittadino a titolo gratuito (nel qual caso si esula dal baratto amministrativo), di cittadinanza attiva in cambio di esenzioni/riduzioni tributarie, o più semplicemente di *datio in solutum* del debito tributario per nuclei familiari disagiati»[66].

Da qui, la già evidenziata centralità della "delibera dell'ente".

Assodata l'operatività dell'istituto attraverso il modello della consensualità, il baratto amministrativo non può, difatti, operare *ex lege*.

Occorre, anzitutto, che sia previsto da un regolamento e che il bilancio di previsione stabilisca annualmente l'importo che l'ente è disposto ad accettare in sostituzione della prestazione economica[67].

In altre parole, la delibera avente natura di atto regolamentare rappresenta, insieme all'inserimento degli interventi previsti dalla stessa nei relativi strumenti di programmazione finanziari, il presupposto logico attraverso cui l'ente locale di riferimento può ammettere le esenzioni o le riduzioni.

Sul tema, in ragione dei potenziali riflessi in termini ambientali, si è espresso anche il Ministero dell'Ambiente. Secondo quest'ultimo è necessario «che ciascun ente territoriale si doti, allo scopo, di una previa regolazione a carattere generale, che ne riaffermi il riferimento a specifici progetti finalizzati e l'incidenza su ambiti limitati. La natura regolamentare di tale delibera implica, di riflesso, la competenza del Consiglio ad adottarla non oltre il termine di approvazione del bilancio di previsione, per avere effetto dal primo gennaio dell'anno successivo»[68].

Ne deriva, al fine di garantire gli equilibri economici necessari al suo fun-

[65] In questi termini si veda ancora L. Iacobellis, *Adempimento dell'obbligazione tributaria e baratto*, cit.

[66] In questi termini R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, cit.

[67] Sull'importanza della regolamentazione locale in connessione con il principio di programmazione si rimanda ancora alle esaustive argomentazioni di A. Corrieri, *Il «baratto amministrativo» tra legislazione e attuazione*, cit., spec. 86-87. Stabilita la necessità di una previa regolamentazione locale quale strumento necessario per l'attuazione del partenariato sociale, «il nuovo ordinamento finanziario degli enti territoriali colloca la programmazione a monte del processo di previsione finanziaria e pertanto risulta imprescindibile, anche ai fini della legittimità del procedimento finanziario, la previsione dell'istituto e dei relativi progetti nel "documento unico di programmazione". Tutto ciò deve poi raccordarsi con gli ulteriori elementi della programmazione come il piano esecutivo di gestione e, a meno che l'intervento non riguardi le sole iniziative culturali, anche la programmazione triennale dei lavori pubblici».

[68] Cfr. Delibera del Ministero dell'Ambiente n. 27/2018.

zionamento, l'anticipata stima, da parte dell'ente pubblico, della minore entrata connessa alla riduzione o alla esenzione della tassa locale. Da qui, ogni anno sia i regolamenti sia i bilanci di previsione devono prestabilire i limiti di importo che l'ente è disposto a "barattare", individuando anche il tipo di tributo che condurrà ad una minore entrata.

Sul punto la giurisprudenza contabile ha chiarito, altresì, che l'ente territoriale deve, in sede di deliberazione del regolamento che dispone l'applicazione dell'istituto, adeguatamente motivare le ragioni legate al suo impiego, dimostrandone la convenienza anche economica[69]. «La prestazione offerta dal cittadino, infatti, non solo deve corrispondere, in valore alla misura delle imposte locali agevolate, ma la relativa delibera assunta dall'ente pubblico territoriale deve altresì motivare la decisione di avvalersi dell'istituto del baratto sulla base di una attenta valutazione di tutti gli interessi coinvolti che dimostri la convenienza, anche economica, della scelta effettuata»[70].

A questo proposito, assumono piena rilevanza le esigenze di tutela ambientale e, dunque, i caratteri di sostenibilità propri dell'istituto. La minor convenienza economica rispetto all'affidamento sul mercato necessita di adeguato bilanciamento con i vantaggi esterni al fattore prettamente finanziario. In quest'ottica i regolamenti dovrebbero fissare parametri di misurazione e valutazione dei benefici non economici, quantificabili, però, in termini di crescita sociale, culturale ed ecosistemica.

[69] In altri termini, «nel fissare criteri e condizioni del partenariato sociale, l'ente territoriale dovrà anche compiere una valutazione di tipo economico e sociale, stabilendo per quali interventi si possa optare per il partenariato sociale in luogo dell'affidamento sul mercato, sulla base di un duplice criterio: a) che il partenariato sociale, in termini strettamente economici, sia più economico o quanto meno equivalente, in termini di costi per l'ente territoriale, rispetto a una gara finalizzata ad affidare sul mercato i lavori o i servizi; b) che il partenariato sociale, ove sia meno conveniente sul piano economico rispetto all'affidamento sul mercato, presenti altri tipi di vantaggi, misurabili, che lo fanno ritenere più conveniente. Potranno in tale comparazione rientrare valutazioni afferenti ai vantaggi per l'ambiente, per le categorie sociali svantaggiate (coinvolgimento dei giovani, degli anziani, dei portatori di handicap; inserimento sociale di stranieri, rieducazione di soggetti condannati penalmente, lavoro socialmente utile di detenuti, etc.; destinazione dell'immobile recuperato ad attività in favore di categorie sociali svantaggiate). I regolamenti dovrebbero fissare parametri di misurazione e valutazione di vantaggi non pecuniari, ma comunque misurabili economicamente in termini di crescita sociale e culturale della collettività» (Cfr. R. De Nictolis, *Il baratto amministrativo (o partenariato sociale)*, cit.).

[70] Cfr. la già citata deliberazione della Corte dei Conti, sez. reg. contr. Veneto, n. 313/2016.

6. *Alcuni casi pratici a confronto*

La formula del baratto amministrativo è stata sperimentata finora da un contenuto numero di enti territoriali in Italia.

Nel tentativo di delineare un quando complessivo, si segnala sin da subito che al suo scarso impiego si aggiunge, altresì, la presenza di regolamenti in disuso: spesso relativi al lasso temporale intercorrente tra il 2014 e l'introduzione dell'art. 190 del Codice dei contratti. Questi regolamenti mancano, infatti, di idonei aggiornamenti circa la sopraggiunta disciplina e di continui interventi comunali tesi, sulla scorta di idonei resoconti d'impiego, alla pubblicizzazione dello strumento di cittadinanza attiva e a un suo ripetuto e periodico sfruttamento.

Cercando di analizzare criticamente la casistica si intende, anzitutto, prendere quale campione d'indagine l'esperienza della Provincia di Lecce.

In particolare, alla luce dei dati riscontrati, su 96 Comuni, solo una minoranza ha approvato una delibera e un apposito regolamento di istituzione del baratto.

Tranne alcune eccezioni, ad oggi, le Amministrazioni Salentine più attive si sono rivelate quelle più popolose (di solito con oltre 10mila residenti). Nello specifico, recenti iniziative sono state adottate nei Comuni di Leverano, Galatone, Squinzano, Matino e recentemente dal Comune di Lecce. È interessante vederne il contenuto al fine di trarne, insieme alle argomentazioni svolte, alcuni spunti di natura conclusiva.

Anzitutto, con Delibera di Consiglio Comunale n. 34 del 9 ottobre 2018, il Comune di Leverano si è dotato di apposito regolamento recante la dicitura: "Baratto Amministrativo e istituti di cittadinanza attiva". Più recentemente, dando seguito alla lodevole iniziativa e alle esperienze maturare negli anni precedenti, la Giunta Comunale ha approvato, rinnovando l'impegno assunto, anche per l'anno 2021 le linee guida di attuazione del citato regolamento.

Ai sensi dall'art. 190 del d. lgs. 50/2016, il Comune di Leverano ha introdotto, così, la possibilità per i cittadini, a fronte del riconoscimento di una riduzione e/o esenzione e/o compensazione del pagamento del tributo annuale di competenza, di offrire all'ente, e quindi alla comunità territoriale, una prestazione di pubblica utilità, integrando in via sussidiaria il servizio già svolto direttamente dall'ente. Si specifica, a questo proposito, che il baratto amministrativo è applicabile sempre e solo in "forma volontaria" ai beneficiari individuati dalle stesse linee guida, con limitazione all'annualità di competenza in cui il baratto viene proposto.

Ai sensi del regolamento, possono essere ammessi all'utilizzo del "Baratto Amministrativo" i cittadini singoli o associati in comunità di cittadini costituite in forme stabili e giuridicamente riconosciute, titolari di una propria distinta posi-

zione tributaria per un importo annuale, riferito in questo specifico caso all'anno 2021, non inferiore a 100 €[71].

Le aree di intervento su cui devono ricadere le proposte progettuali avanzate, riguardano i seguenti settori: pulizia, manutenzione e abbellimento delle aree verdi urbane (aiuole, parchi, terreni, ecc.); pulizia e manutenzione di strade e piazze urbane, vie vicinali e altre aree pubbliche; pulizia e manutenzione degli immobili comunali; gestione e cura dei beni culturali e naturali di competenza comunale (biblioteca comunale, teatro comunale, ecc.); pulizia, gestione e manutenzione degli impianti sportivi comunali.

È inoltre precisato che, nel caso in cui l'importo totale delle richieste annuali fosse superiore all'importo complessivo del baratto amministrativo stanziato dal Comune, la graduatoria privilegerà prioritariamente le comunità di cittadini costituite in forme associative stabili e successivamente i cittadini appartenenti alle fasce sociali più deboli, assegnando per questi ultimi un punteggio che tenga conto della fascia ISEE di appartenenza, dello stato di disoccupazione, dello stato di cassa integrazione, del nucleo familiare anche monogenitoriale con figli a carico e della presenza di uno o più componenti del nucleo familiare in possesso di certificazione *handicap*.

Ancora, a ormai sei anni dal suo inserimento nel Codice dei contratti pubblici, anche il Comune di Lecce ha comunicato l'approvazione del regolamento comunale per l'applicazione dell'istituto del baratto amministrativo. Quest'ultimo è entrato in vigore il 1° gennaio 2022 e, a fronte del riconoscimento di una riduzione o esenzione di un tributo comunale, permette al cittadino di offrire alla comunità una propria prestazione di pubblica utilità, integrando in via sussidiaria un servizio già svolto dall'ente.

Come noto, le prestazioni possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree, piazze, strade, interventi a favore del decoro urbano, di recupero e riuso, con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati, e in genere la valorizzazione di una limitata zona del territorio urbano

[71] Al punto "C" del regolamento sono, poi, rinvenibili i requisiti soggettivi richiesti ai proponenti. I singoli cittadini devono: essere residenti nel Comune di Leverano; avere un'età non inferiore ai 18 anni; avere idoneità psico-fisica in relazione alle caratteristiche dell'attività o del servizio da svolgersi; per i cittadini extracomunitari, avere regolare permesso di soggiorno, oppure essere nella condizione di richiedente asilo politico; infine l'assenza di condanne penali. Quanto alle comunità di cittadini costituite in forme associative stabili e giuridicamente riconosciute (Associazioni, Enti del Terzo Settore, ecc.) è, invece necessario: avere la sede legale ovvero l'ambito operativo nel Comune di Leverano; perseguire scopi compatibili con le finalità istituzionali del Comune di Leverano; essere iscritte negli appositi registri regionali o nazionali laddove richiesto dalle normative vigenti. Ad ogni modo, sono escluse dal "baratto amministrativo" le associazioni o comunità di cittadini costituite in forme stabili che siano state oggetto di atti/provvedimenti dell'Autorità in relazione al compimento di azioni contrarie all'ordine pubblico.

o extraurbano. In relazione alla tipologia della prestazione, l'amministrazione cittadina ha stabilito che possono essere riconosciute per un periodo limitato e definito riduzioni o esenzioni nell'applicazione di tributi correlati all'area di intervento oggetto del progetto di baratto proposto.

Possono presentare progetti per accedere al beneficio cittadini maggiorenni singoli o associati in forma stabile e giuridicamente riconosciuta, titolari di una propria distinta posizione tributaria per un importo annuale non inferiore a 80 euro, che non hanno subito condanne penali, né si trovano in situazione di contenzioso tributario con l'amministrazione. Nella graduatoria dei progetti ammessi sono privilegiati quelli presentati da cittadini con livello di ISEE inferiore ai 6.000,00 euro, in stato di disoccupazione, in cassa integrazione, i nuclei familiari con a carico minori o persone con disabilità, oltre ai beneficiari di interventi di sostegno sociale.

Il valore del progetto proposto è quantificato in un monte ore (minimo 8) che può coprire, parzialmente o totalmente, l'importo della pretesa tributaria annualmente riferibile al soggetto, riconoscendo ad ogni ora giornaliera di prestazione il compenso di 10,00 euro.

Annualmente l'amministrazione si impegna a determinare nel bilancio di previsione l'importo complessivo da destinare al baratto amministrativo per ogni annualità interessata. Ai sensi di quanto statuito, spetta alla Giunta individuare, volta per volta, le aree di intervento nell'ambito delle quali cittadini e associazioni potranno presentare, partecipando ad avviso pubblico, i propri progetti per accedere al beneficio e i tributi oggetto di esenzione o riduzione. A ciascun intervento è, inoltre, prevista l'assegnazione di tutor. Sarà interessante seguirne gli sviluppi, le concrete modalità applicative e il suo auspicato effetto propulsivo sugli altri enti territoriali.

Allargando ora l'inquadratura, non si hanno invece notizie di iniziative simili adottate dall'ente Provincia o dalla Regione Puglia.

All'opposto si inserisce tuttavia la lodevole esperienza della Regione Liguria. Con l'entrata in vigore della legge regionale 20 dicembre 2018, n. 24[72], la regione ligure ha previsto l'istituzione da parte della Giunta regionale di apposito Albo dove registrare i Comuni che intendono adottare la formula del "baratto amministrativo" nella versione disciplinata dal Codice dei contratti pubblici.

Il Comune che intende iscriversi all'Albo regionale deve presentare apposita domanda allegando il relativo provvedimento che regolamenta il Baratto amministrativo. L'iscrizione all'Albo obbliga il Comune aderente a redigere formale progetto per il contribuente, tale da identificare periodo e obiettivi di lavoro.

[72] Legge regionale 20 dicembre 2018, n. 24, recante: «Istituzione dell'Albo regionale dei Comuni aderenti al "baratto amministrativo"».

Spetta altresì all'ente comunale l'attività di controllo dell'avvenuto raggiungimento dell'obiettivo e del regolare svolgimento del lavoro stesso.

La Regione, si legge ancora nella norma, «per favorire forme di partenariato sociale concede contributi ai Comuni che attuano il baratto amministrativo nei limiti degli stanziamenti di bilancio. La Giunta regionale fissa annualmente i criteri per la concessione dei contributi per i Comuni iscritti all'Albo di cui alla presente legge». Per l'anno 2019 è stato, per esempio, approvato con il bilancio regionale uno stanziamento di 50.000 euro per finanziare i suddetti contributi.

Proseguendo l'analisi della casistica e spostandosi nuovamente al sud Italia, ad analoghi interventi è giunta anche la Regione Basilicata. Nel tentativo di individuare una soluzione alla difficoltà economica di reperire fondi per la pulizia e la manutenzione dei territori lucani e di porre un'alternativa all'esborso in denaro per il pagamento di tasse e tributi comunali, in data 10 agosto 2022, è stato istituito apposito Albo regionale per tutti i comuni aderenti al baratto amministrativo. L'intento dichiarato è quello di esortare gli enti comunali a dotarsi il prima possibile di un istituto di forte vicinanza e assistenza al cittadino.

Ad eccezione dei casi riportati, non si hanno informazioni di ulteriori iniziative di matrice regionale. Ne deriva, dunque, un quadro particolarmente frammentato che, in assenza di impulsi tesi a coordinare le singole realtà comunali, affida alla sensibilità dei relativi consigli il riconoscimento della possibilità di ricorrere alle "agevolazioni" del baratto amministrativo.

Infine, guardando alle realtà metropolitane, spiccano fra tutte le esperienze di Milano e Roma.

Quanto alla prima, lo stato dell'arte lascia particolarmente perplessi. Le informazioni reperite afferiscono alla presenza di un atto di Giunta Comunale del 24 settembre 2015, il quale ha approvato gli indirizzi per l'avvio della sperimentazione di durata annuale del "Baratto amministrativo per morosità incolpevole".

Secondo quanto stabilito dal relativo avviso pubblico, il baratto poteva essere utilizzato per cancellare debiti maturati fino al 2013 e per un valore minimo di 1.500 €, per tributi comunali quali Ici, Imu, Tarsu, Tares e Tari, violazioni al Codice della Strada o a entrate patrimoniali quali canoni e proventi per l'uso dei beni comunali, corrispettivi e tariffe per la fornitura di beni e la prestazione di servizi. Per accedere all'istituto era necessario dimostrare che l'impossibilità di pagare era legata alla perdita o alla riduzione della capacità reddituale del nucleo familiare a causa di licenziamento, riduzione di reddito consistente (oltre il 30%) per cassa integrazione o riduzione di orario di lavoro, mancato rinnovo del contratto, cessazione di attività libero professionale, problemi di salute o variazioni nella composizione del nucleo familiare che provocano la riduzione del reddito. Di particolare interesse spicca l'inserita connessa iniziativa di preventiva pubbli-

cazione di avviso pubblico per individuare operatori, associazioni o imprese per svolgere l'importante ruolo di tutor o di sponsor nella gestione dei progetti di baratto amministrativo. Purtroppo, non si hanno ad oggi informazioni sulla riuscita della sperimentazione e su eventuali progetti di reiterazione della manovra.

Infine, particolarmente negativa è l'esperienza di Roma Capitale. Nonostante le svariate proposte di recepimento delle disposizioni sul baratto amministrativo, Roma risulta ancora sprovvista di idoneo regolamento. Emblematiche sul punto le considerazioni dell'ex sindaco Virginia Raggi la quale ha affermato che la proposta di inserire il baratto, «a prima vista, appare molto interessante ma in realtà non solo è populista, è anche fortemente deleteria sia per le casse comunali che per tutti i cittadini».

7. *Spunti conclusivi*

Alla luce delle considerazioni espresse nei paragrafi che precedono, il baratto amministrativo si conferma essere un istituto dalle grandi potenzialità ma di scarso impiego in concreto. Nello specifico, la confusione legata all'utilizzo e le sue molteplici criticità sviliscono il fondamentale ruolo di strumento di sostenibilità ambientale e di partecipazione della cittadinanza attiva.

Andando per gradi. Senza voler ripercorrere passo dopo passo i profili trattati, possiamo ormai affermare che il baratto amministrativo è un istituto distinto rispetto alle altre forme riconducibili al principio di sussidiarietà orizzontale di cui al medesimo titolo. Tralasciando i già affrontati problemi legati al suo inserimento nel Codice dei contratti pubblici, la norma contempla, insieme al connesso art. 189 del cit. Codice, attività espressione della nuova visione urbanistica ispirata alla rigenerazione urbana.

Ne deriva uno strumento prioritariamente finalizzato alla individuazione e successiva valorizzazione di beni comuni. Una funzione di particolare rilievo, specialmente, in un contesto caratterizzato da una maggiore concentrazione verso il recupero e riutilizzo dell'esistente.

A questo proposito, non bisognerebbe sottovalutare – al fine di garantire una concreta esplicazione degli effetti benefici del baratto e degli altri strumenti ad esso assimilabili – l'ipotesi di un effettivo coordinamento con i processi ordinari di pianificazione territoriale: a cui, tuttavia, né la norma, né i regolamenti di cui sopra si occupano di fare cenno.

Il limite di una mera introduzione di siffatti strumenti è evidente. La cura del passaggio dal «modello dell'urbanistica per piani al modello del governo di rige-

nerazione urbana»[73] è un'esigenza non trascurabile, le cui ricadute negative sono note anche al nostro Consiglio di Stato. Secondo i Giudici di palazzo Spada, infatti, il potere di pianificazione urbanistica non può limitarsi alla individuazione delle destinazioni delle zone del territorio comunale, ed in particolare alla possibilità e limiti edificatori delle stesse. Al contrario, deve essere rettamente inteso in relazione a un concetto di urbanistica che non è limitato solo alla disciplina coordinata della edificazione dei suoli (e, al massimo, ai tipi di edilizia, distinti per finalità, in tal modo definiti), ma che, per mezzo della disciplina dell'utilizzo delle aree, realizzi anche finalità economico – sociali della comunità locale (non in contrasto ma anzi in armonico rapporto con analoghi interessi di altre comunità territoriali, regionali e dello Stato), nel quadro di rispetto e positiva attuazione di valori costituzionalmente tutelati»[74].

In altre parole, in assenza di una disciplina unitaria, istituti di questo tenore risulterebbero sviliti nella sostanza: restando, nonostante le grandi potenzialità insite nelle previsioni legislative, impantanati nelle regole di un quadro normativo complesso e non coordinato. Gli interventi dei cittadini richiedono, quindi, una configurazione non isolata ma coerente con i connessi strumenti autorizzativi e di programmazione e pianificazione urbanistica.

Per quanto concerne, invece, i criteri e le modalità di realizzazione dei con-

[73] Sul tema si rimanda a V. Manzetti, *Baratto o baratti amministrativi, una questione da dirimere*, cit., spec. 13. Secondo l'opinione dell'A., questo «coordinamento consentirebbe, infatti, il primo passo verso l'inserimento dei processi di valorizzazione delle aree riservate al verde pubblico e degli immobili inutilizzati nel contesto di un più ampia strategia che punti al rilancio dell'intero contesto in cui questi sono inseriti, nell'ottica di un vero e proprio processo di rigenerazione urbana che accede ad una nozione "ampia" di degrado, comprensiva del degrado fisico (urbanistico/edilizio/ambientale) e di quello immateriale (sociale/territoriale), ponendo al centro dell'intervento urbanistico il "diritto dei cittadini alla qualità della vita" declinata nei suoi vari aspetti, urbana, sociale, economica ed ambientale, e che ha portato all'emersione di nuovi strumenti urbanistici attuativi (patti territoriali, contratti di area, patti di collaborazione etc.)».

In questa direzione si veda anche A. Sau, *La rivitalizzazione dei borghi e dei centri storici minori come strumento per il rilancio delle aree interne*, in *www.federalismi.it*, 2018, 3, 3 ss. Passando in rassegna gli istituti di rigenerazione urbana concernenti il coinvolgimento della cittadinanza attiva, con le dovute differenza, «emergono le tracce di una sorta di rivendicazione da parte dei cittadini, non necessariamente legati al bene interessato dall'intervento di recupero o riuso da un vincolo dominicale, del diritto a riappropriarsi della propria città, dei suoi spazi non più vitali, dei suoi luoghi abbandonati con l'obbiettivo di restituire loro nuovi cicli di vita, quasi a voler affermare un nuovo diritto alla città, ossia un diritto ad incidere più direttamente sui processi di urbanizzazione e sul modo in cui le città sono costruite e ricostruite, che si traduce inevitabilmente in un nuovo diritto della città nel quale principi tradizionali, come quelli del recupero e della riqualificazione urbana, si combinano con principi nuovi come quello della riduzione del consumo del suolo e della sostenibilità energetica e ambientale».

[74] Così Cons. Stato, IV, 10 maggio 2012, n. 2710, in *Urb. app.*, 2013, 59 ss. con il commento di P. Urbani.

tratti di partenariato sociale, abbiamo visto che l'effettivo impiego del baratto amministrativo presuppone che i singoli enti territoriali si dotino di un apposito regolamento, individuando nello specifico: le modalità di ricorso allo strumento partenariale, compiendo una valutazione socio-economica relativa alla scelta di attivare il baratto amministrativo in luogo dell'affidamento sul mercato; il relativo procedimento applicabile, al fine di colmare, in mancanza di specifiche linee guida dell'ANAC, le lacune del quadro normativo.

In quest'ottica, tuttavia, accanto al limitato utilizzo lamentato, si affaccia la necessità di un effettivo monitoraggio dell'impatto dell'istituto nelle rispettive realtà territoriali. Sarebbe interessante a questo proposito, insieme ad un più diffuso intervento regionale al fine di ridurre la frammentazione sopra evidenziata, progettare la creazione di un complesso organizzativo in grado di quantificarne il successo in quelle amministrazioni che lo hanno adottato.

Una proposta potrebbe essere quella di individuare a priori un ufficio comunale che si occupi di accompagnare il cittadino nella presentazione del progetto e che, insieme al Settore tributi preposto all'attuazione dello scomputo, riceva le relazioni delle strutture deputate al controllo della corretta esecuzione della singola e peculiare attività progettuale. Il tutto al fine di predisporre una stima e un'adeguata pubblica rendicontazione degli interventi eseguiti.

Solo così, a parere di chi scrive, è possibile esortare sempre più comuni a dotarsi di adeguata regolamentazione e, per coloro che si sono già adoperati, di provvedere alla riconferma – anno dopo anno – della validità dello stesso: con eventuali modifiche alla luce di possibili lamentele presentate dai cittadini o di carenze avvertite dall'ufficio designato al suo monitoraggio.

Sul tema tornano attuali le considerazioni dottrinali mosse in relazione all'antecedente normativo contenuto nell'art. 24 del decreto Sblocca Italia. In ragione della preminente finalità pubblica dell'istituto, «al fine di garantire una piena condivisione delle responsabilità, emerge, la necessità di prevedere strumenti e sedi utili a verificare il perseguimento delle finalità di interesse generale, attraverso, in particolare, la messa a punto di controlli a posteriori sulle attività (sussidiarie) svolte, tesi a confermare la bontà degli interventi ovvero a revocare o sospendere le misure agevolative, in caso di accertate negligenze e speculazioni; parimenti, occorrerebbe garantire un controllo (diffuso) da parte della cittadinanza sulle attività sussidiarie, nonché sull'operato dell'amministrazione. In questa prospettiva, risulta fondamentale valorizzare la comunicazione collaborativa tra l'amministrazione e i cittadini, promuovendo, in particolare, il ricorso ad unità organizzative specializzate, chiamate a svolgere funzioni di raccordo»[75].

Da questo crinale, sarebbe utile prevedere una periodica verifica di impat-

[75] Cfr. L. Caianiello, *Baratto amministrativo o simbiosi mutualistica? Il saggio di Paolo Duret*, cit.

to a cui, a ormai più di sei anni dalla sua introduzione nel Codice dei contratti pubblici, potrebbe seguire un "tagliando" idoneo a fare il punto della situazione; che miri, tra l'altro, a riordinare la materia e risolvere le incongruenze in essa contenute[76].

Le potenzialità dell'istituto sono molteplici e accanto alle contraddittorietà intrinseche alla tecnica legislativa utilizzata, l'inserimento nel Codice dei contratti pubblici – confermando indirettamente la sua plurale configurazione – potrebbe giustificarsi, come già anticipato, in ragione della sua spiccata finalità economica, mitigata, tuttavia, dalla concorrente finalità solidaristica del baratto amministrativo.

La simultanea capacità del baratto amministrativo di assolvere da un lato ad una funzione economica – individuabile nel pagamento di un debito tributario

[76] A questo proposito, come già anticipato in nota 1, si evidenzia che il lavoro di ricerca si è concluso nelle more del percorso di aggiornamento dell'ancora vigente Codice dei contratti pubblici. Per queste ragioni si ritiene opportuno segnalare il recente intervento legislativo, la cui prima diffusione risale al 16 dicembre 2022, che vede la completa sostituzione dell'attuale disciplina di cui al d.lgs. n. 50/'16. Per quanto qui di interesse, la riforma coinvolge anche l'istituto del baratto amministrativo che, alla luce della versione disponibile, risulta essere stato finalmente aggiornato ed inserito, insieme all'articolo 189, all'interno di un'unica fattispecie normativa rubricata «partenariato sociale». Senza che si tema un fuor d'opera rispetto all'economia del presente lavoro, per ragioni di completezza, di attualità della tematica e, soprattutto, in vista di futuri spunti di ricerca se ne riporta il testo non ancora entrato in vigore: «1. Gli enti concedenti stabiliscono, con atto generale e tenuto conto dei bandi-tipo e dei contratti tipo predisposti dall'Autorità di regolazione del settore, i criteri e le condizioni, per la conclusione di contratti di partenariato sociale aventi ad oggetto una o più delle prestazioni seguenti: a) gestione e manutenzione di aree riservate al verde pubblico urbano e di immobili di origine rurale destinati ad attività sociali e culturali, ceduti al Comune in esecuzione di convenzioni e di strumenti urbanistici attuativi; sussiste, per la conclusione di tale contratto, il diritto di prelazione dei cittadini, aventi residenza o domicilio nei comprensori ove insistono i beni e le aree, costituenti un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno i due terzi della proprietà della lottizzazione; i cittadini costituiti in consorzio possono beneficiare, altresì, di incentivi fiscali; b) gestione, manutenzione e valorizzazione di piazze e strade o interventi di decoro urbano e di recupero di aree e beni immobili inutilizzati, per destinarli a fini di interesse generale, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati che, all'uopo, beneficiano di incentivi fiscali direttamente attinenti alla attività svolta dal singolo o dalla associazione, o comunque utile alla comunità territoriale di riferimento; c) compimento di opere di interesse locale, da acquisire al patrimonio indisponibile dell'ente concedente, sulla base di progetti presentati da cittadini, singoli o associati, e a spese di questi ultimi; l'esecuzione delle opere è esente da oneri fiscali e amministrativi, salva l'imposta sul valore aggiunto. 2. Le parti determinano il contenuto dei contratti di partenariato sociale nei limiti imposti dalle disposizioni seguenti, tenendo conto dei bandi-tipo e dei contratti-tipo redatti dall'ANAC. 3. Possono concludere i contratti di partenariato sociale microimprese, piccole e medie imprese, come definite nell'articolo 1, comma 1, lettera o) dell'allegato I.1. 4. Con l'atto generale indicato nel comma 1 sono determinati i modi di esercizio del diritto di prelazione dei cittadini costituiti in consorzi e la natura e la misura degli incentivi fiscali previsti per la conclusione dei contratti di partenariato sociale, nei limiti di quanto previsto con rinvio a leggi speciali dal decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50».

– e dall'altro ad una funzione di tipo solidaristico – rendendo fruibili una serie di beni pubblici in termini di recupero e utilizzo – rimette agli enti territoriali, sfruttando la propria autonomia normativa, il compito di sganciarsi da una visione dell'istituto meramente socio-assistenzialistica.

In quest'ottica è richiesto un impegno propulsivo, diretto alla costruzione e applicazione di regolamenti idonei a delimitare l'ambito del baratto rispetto all'appalto e alla concessione e, allo stesso tempo, istitutivi di strutture organizzative volte a favorire, per mezzo di adeguate risorse fisiche e non, l'indispensabile cooperazione con i cittadini.

Non bisogna dimenticare la vera e profonda essenza dell'istituto: il punto focale della fattispecie è costituito «dalla progettualità dei cittadini, non genericamente espressa, ma calibrata sul territorio da riqualificare e sugli specifici interventi indicati e verosimilmente già dettagliata, così come quella dei "microprogetti" si esprime in "proposte operative di pronta realizzabilità": una progettualità che assume il ruolo di iniziativa all'interno dell'iter procedimentale, anche se non può escludersi che la stessa sia più o meno informalmente sollecitata dal versante istituzionale locale»[77].

[77] Così P. Duret, *Baratto amministrativo o simbiosi mutualistica? Divagazioni su recenti prospettive dell'amministrazione locale,* cit., spec. 312.

Abstract

Introdotto nel 2014 dal decreto "Sblocca Italia", l'istituto del baratto amministrativo trova oggi collocazione normativa nel Capitolo sulle norme in tema di partenariato pubblico e privato del Codice dei contratti pubblici. È, così, attribuito agli enti locali uno strumento attraverso il quale esentare i contribuenti dal pagamento di tributi locali in cambio di prestazioni rese in natura, erogate in favore del territorio di riferimento. Ne deriva una spiccata potenzialità dell'istituto, anche in ottica di sostenibilità ambientale, del quale questo scritto si propone l'obiettivo di scrutinare le possibili linee nodali, il cui superamento permetterebbe una più ampia comprensione e diffusione di questo strumento di partenariato sociale.

Administrative barter and local development

Introduced in 2014 by the decree "Unblock Italy", the institution of administrative barter is now placed in the Chapter on the rules on public and private partnership of the Code of public contracts. Local authorities are thus given a special instrument by which taxpayers are exempted from paying local taxes in exchange for services rendered in kind, which are carried out in favour of the reference territory. This results in a strong potential of the institute, also with a view to environmental sustainability, in the light of which this paper aims to scrutinize the possible nodal lines, whose overcoming would allow a wider understanding and distribution of this social partnership instrument.

Il reddito di cittadinanza e la democrazia fondata sul lavoro. Analisi giuridica dei sussidi di disoccupazione tra Costituzione economica e trappola della povertà

di Rosario Micciché

Sommario: 1. Il reddito di cittadinanza al cospetto della "Costituzione socio-economica" – 2. Il lavoro come fondamento della moderna società: il transito del principio dalla politica al diritto costituzionale – 2.1. Il lavoro nel pensiero liberale in Italia e nell'area anglosassone – 2.2. Il lavoro nella dottrina socialista ed il ruolo politico del lavoratore – 2.3. Il lavoro nella visione del cattolicesimo politico: la dottrina sociale della Chiesa – 2.4. Il lavoro: comune denominatore del pensiero politico moderno. La sua costituzionalizzazione in Italia – 3. Il senso di una Costituzione democratica «fondata sul lavoro» – 4. Reddito di cittadinanza e disoccupazione volontaria. Il confine tra legittima assistenza sociale ed assistenzialismo improduttivo: come distinguerli – 5. La normativa sul reddito di cittadinanza – 5.1. Il lessico giuridico come mistificazione dell'istituto – 6. La mancanza di un legame tra reddito di cittadinanza e partecipazione alla produzione del benessere generale – 7. Il diritto-dovere del lavoro e il principio lavorista nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale – 8. I sussidi agli indigenti come "trappola della povertà": l'analisi economica del diritto applicata al reddito di cittadinanza. Reddito da lavoro e reddito senza lavoro – 9. La volontarietà o meno della disoccupazione nel mercato del lavoro liberalizzato – 10. L'ammontare della prestazione e le sue interferenze con la retribuzione – 11. Mantenimento del reddito di cittadinanza o sua espunzione del sistema? Un modo per salvarlo dopo un'analisi economica delle conseguenze: renderlo coerente con la Costituzione.

1. *Il reddito di cittadinanza al cospetto della "Costituzione socio-economica"*

Il presente studio ha il proposito di scrutinare una parte della recente normativa sul reddito di cittadinanza (in sigla RdC) al fine di verificare se sussistano o meno profili di potenziale contrasto con una o più norme costituzionali e, segnatamente, con quelle in materia di lavoro che compongono il nucleo fondamentale della *Costituzione economica*[1], dandovi una lettura che tenga conto dei più evoluti risultati dell'analisi (anche economica) del diritto.

Infatti, sinora la disciplina del reddito di cittadinanza è stata oggetto di molteplici critiche basate su concetti, parametri e criteri economici, ma non è stato verificato se quei criteri economici abbiano riscontro nella Costituzione: esaminando la normativa, ove risultasse (come vedremo) che una parte della disciplina del reddito di cittadinanza ha natura di sussidio meramente assistenziale che allontana dal mondo del lavoro, occorrerà chiedersi se una tale misura – peraltro

[1] La nozione di Costituzione economica è ampiamente presente nella manualistica per cui *ex plurimis* si v. R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, XVII ed., Torino, 2016, 586 e 590 ss., e A. Celotto-L. Saltari, *Costituzione ragionata*, VII ed., Molfetta, 2020, 100 ss.

di così vasta portata – possa trovare spazio nel nostro sistema giuridico costituzionale. In termini più chiari, nella nostra Costituzione è rinvenibile un *favor* per un sistema assistenzialistico o è invece delineato un sano Stato sociale in un'economia di mercato che predilige il lavoro? È evidente che questa secondo inquadramento è quello esatto ed è legato essenzialmente al concetto di *Costituzione economica.*

Sebbene presso la collettività dei consociati l'espressione *Costituzione economica* sia giunta in voga in tempi recenti in coincidenza con l'introduzione del principio dell'*equilibrio di bilancio* nel nuovo art. 81 Cost., in realtà già prima la formula era utilizzata per indicare le molteplici norme che contraddistinguono il modello economico prescelto nel nostro sistema giuridico, ossia lo "Stato sociale" o *welfare state*. Nel Titolo III della Prima parte della Costituzione dedicato ai «*Rapporti economici*» prevalgono le norme riferite al lavoro con disposizioni di principio e di dettaglio: si tratta delle più puntuali di tutta la Carta, rivaleggiando con quelle sulle garanzie penali e processuali, all'insegna del binomio lavoro-libertà.

Oggi il concetto di "*Costituzione economica*" per riferirsi a quegli articoli della Carta costituzionale che delineano il sistema economico prescelto dai Padri costituenti si è evoluto anche in forza dei principi introdotti con l'adesione italiana all'Unione europea ed ai relativi Trattati, sicché si può ritenere che lo *Stato sociale* tracciato nel 1948 si misura con l'*economia di mercato* nel quadro unionale e si confronta con le *fasi del ciclo economico* focalizzate nell'articolo 81 della Costituzione i cui effetti sul sistema sono disciplinati nel dettaglio dalla legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 e dalla legge rinforzata 24 dicembre 2012, n. 243[2].

Il dato normativo consistente nel richiamo alle *fasi favorevoli ed avverse del ciclo economico* rappresenta il punto di contatto tra il bilancio dello Stato ed i risultati dell'economia privata, tra la politica economica governativo-parlamentare e la produzione reale dell'intero sistema-Paese in termini di beni e servizi in quanto le entrate dello Stato (art. 53 Cost.) sono una variabile dipendente dalla base imponibile rappresentata, innanzitutto, dal prodotto interno lordo annuale del Paese nel suo complesso a partire dalla produzione del lavoro e dell'impresa.

Il paradigma della Costituzione economica si perfeziona attraverso le norme che – accanto al lavoro contemplato tra i principi fondamentali (articoli 1 e 4) – danno risalto alla libertà d'iniziativa economica privata (art. 41, 1° co.), al credito

[2] Sul concetto di «Costituzione economica» si v. recentemente E. De Marco, *"Costituzione economica" e integrazione sovranazionale*, in *Federalismi*, *www.federalismi.it*, n. speciale 5/2019 del 25 ottobre 2019, 89 ss., che riporta le diverse posizioni della dottrina formatasi nei decenni. Si v. altresì M.S. Giannini, *I pubblici poteri negli Stati pluriclasse*, in *Riv. trim. dir. pubblico*, n. 2-3/1979, 390. Ma il concetto è ricorrente o sotteso anche agli studi manualistici di settore: si v. B. Cavallo-G. Di Plinio, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Milano, 1983. Sulla profonda relazione tra Carta fondamentale e sistema economico si v. P. Bilancia, *Modello economico e quadro costituzionale*, Torino, 1996.

e al risparmio espressioni primarie del capitale coacervato e diffuso (art. 47, 1° co.) e alle risorse naturali, dall'energia agli utilizzi del suolo passando per la terra coltivabile (artt. 43 e 44) nel segno della proprietà privata (art. 42) con i connessi limiti via via giustapposti dai Padri costituenti alle enunciazioni generali. Da questo quadro emerge con chiarezza che la Costituzione sancisce il ruolo di quei quattro fattori della produzione[3], ossia lavoro, impresa, capitale (sottoforma di credito e risparmio) e risorse naturali (a partire dalla terra, dal suolo e dall'energia) che sono i fattori creativi del benessere di una società[4].

Oggi, anche al fine di contenere l'espansione del debito pubblico, le scelte di politica economica si confrontano con i risultati dell'economia reale sicché le decisioni di aumento della spesa risultano compatibili con la Costituzione a precise condizioni di copertura finanziaria. A sua volta la copertura finanziaria di una spesa è funzione della produttività della spesa medesima e della destinazione a finalità d'investimento: un aumento di spesa risulta compatibile col sistema *in primis* allorché si sostanzia in politiche economiche espansive, in provvedimenti di crescita economica (aumento del PIL) e in spese per investimenti duraturi.

Dunque, il nucleo delle norme costituzionali su cui ruota l'asse giuridico per la valutazione della compatibilità delle scelte economiche compiute dal legislatore è, innanzitutto, questa "*Costituzione socio-economica*" che ha il proprio perno nel punto di congiunzione tra i parametri procedurali e di copertura finanziaria sanciti nell'art. 81[5] ed i parametri contenutistici fissati nelle norme sul lavoro,

---

[3] L'individuazione dei quattro "fattori della produzione" in lavoro, capitale, risorse naturali (terra, acqua, giacimenti, miniere) e imprenditorialità è pressoché unanime da secoli nella dottrina economica occidentale per cui si v. nella manualistica di economia politica R. McConnell Campbell-S.L. Brue, *Economics: Principles, Problems, and Policies*, 1995-2003, New York, e N.G. Mankiw, *Principi di economia*, trad. it. di P. Canton, 3ª ed., 2004, Bologna. Ciascun fattore è capace di produrre un diverso tipo di reddito nell'ordine rispettivamente denominato retribuzione, interesse, rendita e profitto.

[4] Nella dottrina costituzionalistica lavoro, terra-proprietà e impresa sono trattati in un'unica prospettazione da T. Martines, *Diritto costituzionale*, XIV ed. int. riv. da G. Silvestri, Milano, 2017, 611 ss., in tema di libertà positive e libertà economiche.

[5] Peraltro, l'art. 81 sottoposto allo *stress test* della recente recessione economica conseguente alla crisi pandemico-sanitaria iniziata nel 2020 ha dimostrato sorprendentemente la propria duttilità ed elasticità politica – abbinata ad altri strumenti a partire dal *Recovery and Recilience Facility*, in Italia mediaticamente ribattezzato come *Recovery Fund* che ha dato vita al PNRR – in un contesto unionale che ha saputo cogliere la necessità di abbandonare repentinamente alcuni dogmi dell'*austerity* che nei precedenti anni erano divenuti veri e propri *totem* a fronte dei quali ogni proposta di riforma veniva respinta per stridore con l'indiscutibile tabù dell'equilibrio di bilancio. Ciò è il risultato di quel repentino «*change of mindset*» prospettato per primo da M. Draghi su *Financial Times* del 25 marzo 2020 *Draghi: we face a war against coronavirus and must mobilise accordingly*.

sull'impresa e sugli altri fattori della produzione che connotano – insieme a quelle sulla previdenza ed assistenza – lo Stato sociale moderno.

Questo quadro di regole consente di compiere un'analisi della normativa sul reddito di cittadinanza che abbini il dato economico ed i suoi effetti sul mercato del lavoro con il dato normativo tracciato dai Padri costituenti per la disciplina giuridica dell'economia e del lavoro nel nostro Paese.

2. *Il lavoro come fondamento della moderna società: il transito del principio dalla politica al diritto costituzionale*

L'introduzione del concetto del *lavoro* come *fondamento dell'ordinamento* politico-costituzionale fu sancita dall'Assemblea costituente nella storica seduta del 22 marzo 1947 nella versione proposta da Amintore Fanfani che seppur con diverse sfumature – che ripercorreremo qui di seguito – venne condivisa dalla stragrande maggioranza delle forze politiche presenti in quell'Aula, in quanto il richiamo al *lavoro* costituisce un valore centrale e uno dei punti fermi di tutte le più importanti culture giuridiche e delle relative dottrine politiche che hanno caratterizzato l'evoluzione del moderno pensiero sociale europeo ed occidentale in generale. Infatti, le norme costituzionali rappresentano la condensazione di idee nate nel lungo dibattito culturale e sociale tra le grandi scuole del pensiero – quello liberale, quello cristiano-democratico e quello socialista-marxista – sviluppatosi in una civiltà cresciuta nel suo complesso quando ha intrapreso la strada del maggior benessere diffuso per tutti gli strati della popolazione attraverso gli strumenti capaci di incrementare la produttività e non solo di redistribuire la ricchezza.

2.1. *Il lavoro nel pensiero liberale in Italia e nell'area anglosassone*

La concezione del lavoro nel pensiero liberale italiano del tempo della Costituente affonda le proprie radici nell'eredità lasciata dalla *realpolitik*[6] di Camillo Cavour nel quadro europeo tracciato dal pensiero di David Ricardo.

Secondo Cavour il compito politico di risolvere il problema della povertà attraverso interventi economico-legislativi non si assolve finanziando (o sussidiando, il che in fondo, è equivalente) i bisogni degli abili al lavoro, ma creando le condizioni di lavoro per le masse di inoccupati. Il concetto divenne chiaro

[6] Il concetto di *realpolitik* fu elaborato dal politologo tedesco August Ludwig Von Rochau, in *Principi di realpolitik. Applicazioni allo Stato tedesco*, 2ª ed., Stoccarda, 1859, e venne utilizzato dall'Autore per indicare il virtuoso esempio di Camillo Cavour come modello per la politica tedesca del suo tempo. Al concetto di *realpolitik* venne ricondotto *ex post* anche il pensiero di Nicolò Machiavelli e l'azione di Richelieu e Mazzarino, ma l'esordio del termine avvenne proprio in Von Rochau per riferirsi a Cavour.

quando, da un lato, Cavour impostò la battaglia parlamentare contro l'*asse ecclesiastico* (la cd. *manomorta*), ossia il patrimonio di quegli enti religiosi che sottraevano risorse all'economia produttiva sotto le mentite spoglie di azioni caritatevoli e, dall'altro lato, avviò un vasto programma di lavori pubblici finalizzati all'aumento dell'occupazione nel mondo operaio e contadino. Infatti, facendo tesoro della precedente esperienza inglese, allorché nel Parlamento subalpino si discuteva l'abolizione degli ordini religiosi mendicanti, a chi eccepiva che quegli ordini sfamavano i non abbienti, Cavour obiettò che *l'economia moderna si fonda sul lavoro* e che gli studi più evoluti avevano già allora dimostrato che il benessere individuale e collettivo è conseguenza diretta del lavoro, sicché quegli enti erano "*contrari alla moderna etica del lavoro*" in quanto la loro presenza sollevava gente abile al lavoro dalla ricerca dell'avviamento ad un mestiere[7].

La politica liberale italiana si poneva in linea con le evoluzioni dei moderni liberali inglesi e con le dottrine di David Ricardo e Jeremy Bentham i quali avevano constatato nell'epoca immediatamente precedente come i sussidi ai disoccupati previsti dalla legislazione inglese dell'Età elisabettiana (le cosiddette *Poor Laws*) dessero luogo ad una condizione economica che incastrava i percettori di un sussidio in una gabbia di estraneità rispetto alla produzione, mantenendoli poveri proprio in quanto dipendenti dal sussidio: è quel fenomeno scientificamente descritto come "*trappola della povertà*" che vedremo più avanti.

In Cavour e Ricardo lo sviluppo economico è legato al lavoro.

2.2. *Il lavoro nella dottrina socialista ed il ruolo politico del lavoratore*

La prima forma europea di socialismo fu quella elaborata in Inghilterra da Robert Owen e venne concepita in guisa di lotta alla povertà attraverso il lavoro.

Sebbene gli esperimenti concreti fallirono miseramente a causa dell'eccesso di pianificazione, degli elevati costi di realizzazione delle cittadelle produttive e di una certa mancanza di libertà dei lavoratori nella scelta del lavoro[8], il pensiero di Owen rappresentò una tappa importante nella generale adesione al concetto secondo cui *la crescita economica è ottenuta attraverso il lavoro*, idea per quel tempo

[7] I corsivi sono tratti dai concetti espressi da C. Cavour negli interventi parlamentari dinanzi alla Camera dei Deputati del Parlamento subalpino, nel corso della sessione dedicata alla discussione sulla soppressione degli ordini religiosi mendicanti (ad es. si v. atti parlamentati, seduta del 20 febbraio 1855, 2900).

Cavour in *Extrait sulla legge dei poveri*, opera scritta in Francia nel 1834, esamina l'evoluzione nel corso degli anni della legislazione inglese sul sollievo dalla povertà. Sul pensiero e le opere di Cavour si v. R. Romeo, *Vita di Cavour*, Roma-Bari, 1984, segnatamente 292 ss.

Nel Regno Unito, in quegli stessi anni, l'enfasi per il lavoro condusse addirittura al lavoro obbligatorio nelle *parish workhouse* che tanto ispireranno il pensiero di Karl Marx.

[8] In ciò la concezione del lavoro di Owen differisce profondamente da quella vincente del benessere di Bentham basata sulla libertà del lavoratore.

innovativa che si risolveva nel rifiuto di finanziare i bisogni degli abili al lavoro, per lasciare il posto a scelte economiche volte alla creazione delle condizioni di lavoro per le masse di affamati. Il suo concreto insuccesso portò a definirlo come *socialismo utopistico* anche per distinguerlo da quello poi propugnato da Karl Marx che si autodefinì *socialismo scientifico* per la pretesa di aver risolto le falle in cui era incorso il socialismo di Owen[9].

Parimenti il pensiero comunista di Marx si basa sul lavoro partendo dall'osservazione – nell'Inghilterra del suo tempo – del retaggio delle totalitarie *workhouses* e delle *houses of correction* di elisabettiana concezione, dedicate alla correzione degli "*unwilling to work*", i riluttanti al lavoro. Le *workhouse* furono regolate da diverse legislazioni durate fino all'Ottocento quando vennero via via superate nel corso dell'età vittoriana[10]. In Marx al lavoro è data una connotazione prettamente *classista*, spostando l'accento sul ruolo politico della *classe dei lavoratori* in lotta contro le altre classi sociali. Il lavoro non è, dunque, visto come risultato della collaborazione tra capitale e lavoratori, ma come strumento di ascesa politica basata sul divario numerico che porterà i lavoratori alla presa del potere. Dopo il fallimento del socialismo utopistico di Owen la storia ci ha consegnato anche il fallimento del sedicente socialismo scientifico a causa dell'assenza di libertà economica e giuridica. Il marxismo, comunque, ha avuto nel Mondo Occidentale la funzione di conferire alla *classe proletaria* l'aspirazione a divenire soggetto politico nel momento in cui si trasformò in *classe lavoratrice*, ossia produttiva e partecipe delle dinamiche di crescita economica della società[11].

In Marx la partecipazione politica è legata al lavoro.

---

[9] Nell'esperienza italiana del Novecento, la duplice genesi del Fascismo nato dalla convergenza del socialismo rivoluzionario del primo Mussolini e del nazionalismo di Enrico Corradini e Luigi Federzoni, conferì al Movimento prima e al Partito poi una poliedricità che sul versante economico lo tenne molto vicino ai temi del lavoro, come si evince sin dal "programma sansepolcrista" del 1919 per giungere alla "Carta del Lavoro" del 1927 e alla successiva legislazione produttivista proseguita ancora negli anni '40 con i programmi di bonifica integrale in agricoltura e con la ricostruzione industriale. Tale pensiero politico non verrà, tuttavia, affrontato nel testo perché non ha contribuito alla stesura della Costituzione.

[10] La celeberrima letteratura sociale inglese di età vittoriana – soprattutto attraverso i grandi romanzi di Charles Dickens il cui emblema sono *Le avventure di Oliver Twist* – ci ha consegnati uno spaccato dell'Inghilterra di quegli anni.

[11] I punti deboli dell'impostazione marxista-comunista, oltre al totalitarismo politico e alla soppressione delle libertà civili e religiose, si concretizzarono – con riferimento all'ambito economico – nella demonizzazione della proprietà privata, nell'eccesso di pianificazione e nella negazione del ruolo degli altri fattori della produzione, ossia capitale, risorse naturali e merito imprenditoriale interamente assorbiti dallo Stato totalitario, nonché nella sfiducia verso la crescita individuale con una esaltazione del collettivismo che sottrae all'uomo quell'anelito al miglioramento della propria condizione, attraverso le libere scelte, che ha sempre rappresentato il principale motore del progresso generale.

2.3. *Il lavoro nella visione del cattolicesimo politico: la dottrina sociale della Chiesa*

I partiti politici europei di ispirazione cattolica hanno assunto il pensiero sociale della Chiesa come riferimento ideale delle proposte legislative e costituzionali in materia economica. La dottrina cattolica sul punto si articola essenzialmente sul binario lungo 40 anni che corre tra l'enciclica *Rerum Novarum*, la prima di carattere sociale promulgata il 15 maggio 1891[12] da papa Leone XIII con la quale la Chiesa cattolica esordisce sui temi economici e del lavoro, e l'enciclica *Quadrigesimo Anno,* promulgata il 15 maggio 1931 da papa Pio XI[13]. Anche in questa dottrina il lavoro assume un ruolo preponderante superando la visione puramente caritatevole e pauperista insita nella vecchia concezione cristiana rivolta al sollievo dalla povertà in cui mancava un ruolo dignitoso dell'assistito nelle dinamiche sociali di crescita e di prosperità.

La *Rerum Novarum* di Leone XIII fu motivata, infatti, dalla riflessione sulla condizione operaia e, se da un lato, espresse una netta condanna contro il comunismo[14] e contro la connessa teoria della lotta di classe ritenendola inadatta all'emancipazione degli strati sociali meno abbienti e foriera di un'insignificante battaglia, dall'altro lato si pronunciò in favore dell'accordo tra lavoratori e datori di lavoro, condannando l'ingiustizia di un'eccessiva sperequazione di ricchezza, ammettendo l'intervento dello Stato a tutela dei lavoratori (riposo festivo, limitazioni dell'orario di lavoro) e riconoscendo la liceità delle organizzazioni operaie nell'auspicio che non venissero strumentalizzate a fini politici dai partiti marxisti[15].

La *Quadragesimo Anno* del 1931 fu fortemente ispirata dalla situazione economica mondiale successiva alla Grande Depressione del 1929[16]. Riguardo al rapporto tra capitale e lavoro, quest'ultima enciclica elogia tutti gli sforzi compiuti per mitigare i contrasti, esortando le parti a proseguire in questo cammino e riba-

[12] In Italia nel 1891-1892 fervevano i preparativi per la fondazione del partito socialista dei lavoratori sorto ufficialmente a Genova il 14-15 agosto 1892 durante la convergenza in quella città di manovalanza per le celebrazioni del 400° anniversario della scoperta dell'America.

[13] Questi documenti pontifici sono il frutto non solo del Magistero della Chiesa, ma anche del dibattito e degli studi di prelati e laici di formazione cattolica.

[14] La condanna del comunismo che inizia ad essere configurato dalla Chiesa come un male assoluto è contenuta al n. 112 dell'enciclica.

[15] Il quadro giuridico-economico-politico venne completato dalla riflessione favorevole alla proprietà privata ritenuta istituto di carattere fondamentale per la prosperità di tutte le classi produttive, incluse quelle lavoratrici.

[16] Vi si evidenziarono le implicazioni etiche delle attività economiche, soprattutto nell'epoca dell'industrializzazione, descrivendo con sfumature realisticamente fosche i danni che possono derivare alla società e al singolo uomo sia dal comunismo totalitario sia dal capitalismo incontrollato e ribadendo la necessità di edificare una società giusta e dignitosa per tutti, poggiata su solidarietà e sussidiarietà.

dendo chiaramente che la pace sociale è realizzabile soltanto allorché i lavoratori sono rimunerati con un "salario giusto" per determinare il quale occorre tener conto dei bisogni personali del lavoratore e della sua dignità, permettendogli di mantenere la famiglia in conformità alle condizioni correnti dell'economia[17].

In Leone XIII e Pio XI la percezione di un giusto reddito è legata al lavoro.

2.4. *Il lavoro: comune denominatore del pensiero politico moderno. La sua costituzionalizzazione in Italia*

Dunque, il «principio lavorista»[18] rappresenta il comune denominatore delle differenti dottrine politico-economiche che, seppur con diverse sfaccettature, erano chiaramente approdate nel 1946 al risultato condiviso di individuare nel lavoro il fondamento della nascitura democrazia. Così il lavoro è entrato direttamente nella Costituzione ed è diventato elemento fondante dell'ordinamento giuridico.

Tra le diverse teorie, la dottrina cristiano-sociale del lavoro, depurata degli elementi religiosi, attraverso il filtro della laicità politica della Democrazia cristiana prevalse, come vedremo, in Assemblea costituente in virtù dell'equilibrio insito nella sua costruzione, tendente a dirimere la contesa economico-sociale nell'ottica della prosperità diffusa attraverso la crescita economica e la lotta alla disoccupazione, senza la violenza rivoluzionaria della lotta di classe auspicata da coloro che preferivano mantenere intatti i problemi degli strati meno abbienti per sfruttarne la rabbia a fini sovversivi in campo politico.

Tale concezione venne accolta anche dai liberali nell'ottica della lotta all'ozio parassitario e, infine, dai marxisti (comunisti e socialisti) nella generale consapevolezza che il lavoro rappresenta lo strumento essenziale per l'emancipazione economico-sociale delle classi un tempo subalterne ed adesso protagoniste del campo politico attraverso il suffragio universale democratico.

3. *Il senso di una Costituzione democratica «fondata sul lavoro»*

La formulazione dell'articolo 1 ha suscitato l'attenzione di politici, giuristi e studiosi delle diverse discipline.

Di essa si può dare una lettura prettamente giuridica emergente anche dalla sua genesi rinvenibile dai lavori parlamentari attraverso il franco dibattito politico svolto nella celebre seduta del 22 marzo 1947 e una lettura socio-economica

[17] Per una completa panoramica si v. S. Zamagni, voce *Dottrina sociale della Chiesa* in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012, consultato *on line* il 20 febbraio 2022.

[18] L'espressione ricorre in V. Crisafulli-L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, 6.

(parimenti mediata dai principi ermeneutico-sistematici presenti nella stessa Costituzione) che si riconnette – in perfetta traiettoria ellittica – col principio giuridico della centralità del lavoro.

Iniziando dai lavori parlamentari, è noto che il primo articolo della Costituzione venne circondato di particolari attenzioni in quanto destinato a dare l'impronta a tutto il testo costituzionale anche in forza della collocazione di apertura dei principi fondamentali.

La prima formulazione elaborata dalla Commissione dei Settantacinque non piacque alla quasi totalità dell'Assemblea plenaria perché ritenuta *algida e carente*, ossia incapace di dare un tratto preciso al nascente ordinamento italiano, in quanto nel primo periodo si limitava ad enunciare che «*L'Italia è una Repubblica democratica*» senza conferirle alcuna connotazione sicché su proposta del democristiano Aldo Moro accettata dalla generalità dell'Assemblea fu deciso di inserire un riferimento al lavoro nella consapevolezza condivisa che è il lavoro che libera e nobilita gli uomini e le donne.

Il valore del lavoro era in linea, infatti, come abbiamo visto, con tutte le grandi dottrine politiche di riferimento teorico delle forze parlamentari e si conciliava perfettamente con il clima di sforzo collettivo per la ricostruzione del Paese nel periodo post-bellico. Il repubblicano Pacciardi vide nel riferimento al lavoro la chiara enunciazione che nella legislazione della nascente Repubblica non vi era alcuno spazio «*per gli oziosi e i parassiti*», ma solo per «*i lavoratori di ogni categoria: i contadini come gli operai, gli artigiani come i piccoli proprietari, gli impiegati, gli artisti, i professionisti, tutti coloro insomma che vivono del proprio lavoro*» e che non sperperano i frutti del «*lavoro altrui*».

Si trattava, a quel punto, semplicemente di stabilire in che termini formulare l'introduzione del principio.

Su ispirazione di Palmiro Togliatti, il gruppo comunista presentò un emendamento depositato da Giorgio Amendola finalizzato a dare alla norma il seguente tenore: «*L'Italia è una Repubblica democratica di lavoratori*». Tuttavia, questo emendamento – appoggiato anche dal gruppo socialista allora su posizioni ancora filo-marxiste – venne respinto in quanto ritenuto *classista*: in particolare i liberali con l'on. Guido Cortese sottolinearono il contenuto *antiborghese* della proposta dei gruppi di ispirazione marxista, richiamando letteralmente a senso di «*responsabilità quei partiti che, agitando per primi fini insurrezionali, disavvezzarono dal rispetto alle istituzioni liberali e dalla legalità e facendo ricorso alla violenza determinarono le condizioni per le quali sorse ed avanzò l'infausto fascismo*». Il rimprovero dei liberali ai marxisti era basato anche sulla considerazione del fatto che l'on. Pietro Nenni in campagna elettorale aveva infiammato le piazze con lo *slogan* «borghesia *delenda est*». Era evidente che quella connotazione di parte con la quale l'*emendamento Amendola* intendeva torcere la questione spostando l'accento dal *fattore produttivo del lavoro* alla *classe operaia* introduceva un elemento divisivo nel corpo deliberante.

Comprendendo la delicatezza della questione il democristiano Amintore Fanfani presentò la formula «*L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro*» che con lessico asciutto e equilibrio mirabile risultò vincente in quanto centrava perfettamente la questione eliminando le scorie ideologiche e ponendo l'accento in modo oggettivo sulla *questione del lavoro* nella consapevolezza che fondare la Repubblica sul lavoro significa escludere che l'ordinamento nascente potesse basarsi «*sul privilegio, sulla nobiltà ereditaria*», come pure sul mantenimento di alcuni grazie alle «*fatiche altrui*».

L'Assemblea comprese che la proposta formulata da Fanfani coglieva meglio di ogni altra la sostanza giuridico-economico-sociale e la votò pressoché all'unanimità con l'appoggio anche del Partito comunista e del Partito socialista i quali – abbandonando il tatticismo parlamentare – compresero che il testo avanzato dal gruppo democristiano era da preferire per nettezza e limpidità a tutte le altre iniziative presentate[19].

Ma le implicazioni profonde della decisione compiuta vanno ben oltre, in quanto la scelta di riporre il *fondamento* della Repubblica nel *lavoro* sottende la preminenza, da un canto, di tale fattore della produzione sugli altri pure presenti nel dettato costituzionale e, dall'altro canto, esclude quelle forme di assistenzialismo parassitario che si contrappongano al lavoro. Così si chiude quell'ellissi che lega il concetto strettamente giuridico del lavoro-*fondamento* al concetto sostanziale ed economico del lavoro-*fattore della produzione*; il quadro viene completato in un'ottica sistematica dagli altri elementi presenti nella stessa Costituzione socio-economica che richiamano i diversi fattori della produzione e del benessere già menzionati, dall'impresa alla proprietà, dal credito e risparmio sino alla cooperazione.

Tale impianto costituzionale rappresenta una sfida per il legislatore sul terreno del *metodo della legislazione* in quanto pone la necessità di distinguere la *legittima assistenza sociale* dall'*assistenzialismo improduttivo* poiché il congegno giuridico di quest'ultimo si misura con la possibilità di stridere con l'elemento fondante della Repubblica, ossia il lavoro, sancito nell'art. 1, primo comma, della Costituzione e ribadito in molte altre norme costituzionali.

Questo è il quadro normativo su cui valutare la compatibilità del reddito di cittadinanza con il sistema giuridico.

4. *Reddito di cittadinanza e disoccupazione volontaria. Il confine tra legittima assistenza sociale ed assistenzialismo improduttivo: come distinguerli*

Tra gli interventi che il legislatore ha facoltà di compiere nell'esercizio della propria discrezionalità politica in materia sociale, potrebbe *prima facie* apparire

[19] Per un'analisi della norma si rinvia a V. Crisafulli-L. Paladin, *op. loc. ult. cit.*

arduo rintracciare un confine costituzionale netto, capace di separare recisamente da un lato quelli che rientrano nell'*assistenza sociale* contemplata dalla Costituzione (o, comunque, non incompatibili con essa) e, dall'altro lato, quelli che – dando luogo *sic et simpliciter* ad un *assistenzialismo improduttivo* – possono a certe condizioni stridere con gli articoli 1 e 4 (nonché, come vedremo, gli articoli 35, 36, 37 e 38), talché confliggendo con un supremo principio costituzionale, ossia il *principio lavorista*, possono essere sospettati di un *fumus* d'illegittimità.

Dal complessivo contesto legislativo degli ultimi decenni in ambito sociale e previdenziale si ricava una costante linea di tendenza che ha portato ad adottare misure di riduzione della spesa pubblica su previdenza e assistenza con i costi sociali che ciò ha successivamente comportato. La ragione dei tagli di spesa riposa nel fatto che la previdenza – al pari dell'assistenza socio-sanitaria – è una delle voci più consistenti tra le spese di bilancio.

Il sistema di previdenza sociale (o, appunto, socio-previdenziale) – dedicato al soccorso nei confronti della *forza-lavoro*, ossia della parte di *popolazione abile al lavoro*, nelle fasi non occupazionali ovvero negli eventi avversi del ciclo vitale – è concettualmente diverso da quello socio-assistenziale, rivolto alla parte della *popolazione inabile al lavoro*: quest'ultimo fornisce un sostentamento che consente a ciascun individuo di non rimanere privo di un minimo tenore di vita in una società di mercato improntata, tuttavia, dalla presenza di un *welfare state* e, perciò, vocata tendenzialmente a tutelare i membri della società che non possono provvedere a sé stessi.

Occorre ricordare, innanzitutto, che il *sistema italiano di previdenza sociale* poggia sul *modello*, contemplato dal codice civile, delle *assicurazioni sociali* (art. 1886 c.c.) abbinate inscindibilmente al contratto di lavoro – classificabile tra i modelli di *previdenza sociale di carattere occupazionale* seguiti in tutto il mondo evoluto – il quale, rinviando alla legislazione speciale, prevede una *struttura ternaria* tra datore di lavoro, ente previdenziale e lavoratore, mediante lo schema dell'assicurazione obbligatoria[20].

Oggi tale modello socio-previdenziale è in tendenziale equilibrio economico-finanziario in quanto l'adozione via via integrale del regime contributivo in assenza di inflazione galoppante ha parametrato l'entità delle prestazioni (ossia le pensioni) ai versamenti effettuati durante la vita lavorativa. Gli eventi avversi contro i quali il lavoratore è tutelato mediante il contratto di assicurazione (previdenziale) sociale sono fissati direttamente dalla Costituzione all'art. 38, co. 2, che contempla l'*infortunio*, la *malattia*, l'*invalidità*, la *vecchiaia* (che nello schema assicurativo AGO, assicurazione generale obbligatoria, o AVS, include i casi di *vecchiaia*, *anzianità* e *morte* a tutela di definite categorie di *superstiti*) e *disoccupazione involontaria*[21].

[20] Sulla struttura dei diversi contratti assicurativo-previdenziali si v. M. Cinelli, *Diritto della previdenza sociale*, 15ª ed. int. riv e agg., Torino, 2020.

[21] La tutela del lavoratore contro la disoccupazione involontaria è garantita da diversi stru-

Ad esso si affianca il sistema di tutela socio-assistenziale che accanto a misure di ordine variegato quali la facilitazione all'accesso al diritto all'abitazione (art. 47 Cost.) o la gratuità degli studi (art. 34, co. 2, Cost.) fino ai più alti gradi per i meritevoli non abbienti (art. 34, co. 3, Cost.), ha il proprio perno nell'art. 38, co. 1 e 3, dedicati al mantenimento di quei cittadini che abbiano la *doppia caratteristica* di trovarsi in situazione di *inabilità al lavoro* e di *mancanza di mezzi* di sostentamento.

È evidente che la disoccupazione volontaria, ossia la condizione di chi è indisponibile a lavorare, non è menzionata tra i casi e le forme di tutela ammesse e garantite dalla Costituzione.

Si può porre a questo punto un classico quesito che spesso ricorre quando si esaminano le norme della Carta, e cioè se questo *silenzio del Costituente* sulla *disoccupazione volontaria* lasci impregiudicata la discrezionalità del legislatore in sede di normazione ordinaria per un allargamento delle garanzie verso gli "*unwilling to work*", ossia verso i *riluttanti al lavoro*, ovvero se quel silenzio dia luogo ad una recisa esclusione di interventi di spesa in caso di disoccupazione volontaria degli abili al lavoro riluttanti[22].

La risposta al quesito può giungere solo attraverso un esame ermeneutico di carattere sistematico basato su una visione complessiva che ruoti attorno alle norme sul lavoro onde verificare se da esse scaturisca un'incompatibilità con erogazioni socio-assistenziali in presenza della scelta individuale di dissociarsi volontariamente dal partecipare ai processi produttivi: è di tutta evidenza che

---

menti a partire dalle varie forme di *Cassa integrazione guadagni* (ordinaria, straordinaria, in deroga) fino all'*indennità di disoccupazione* e alla recente normativa sulla Naspi.

[22] La promozione del "reddito di cittadinanza" nel 2018 come proposta politica pare mostrarsi, in fondo, come una reazione al dibattito del decennio precedente che, forse, con una certa superficialità aveva male affrontato il tema degli stimoli all'occupazione con dichiarazioni di membri di diversi Governi che avevano etichettato e biasimato con epiteti sprezzanti coloro che erano privi di lavoro o di reddito sufficiente per una vita indipendente dalla famiglia di origine attraverso vocaboli come "bamboccioni" (audizione dinanzi alle Commissioni riunite Bilancio di Camera e Senato del Ministro dell'Economia e delle Finanze del Governo Prodi II, dott. Tommaso Padoa-Schioppa, si v. *Corriere della Sera* del 4 ottobre 2007 «*Mandiamo i bamboccioni fuori di casa*») o *choosy* e schizzinosi (si v. M. Billeci su *Repubblica* del 22 ottobre 2012 "*Fornero: «I giovani non devono essere troppo 'choosy'*») con riferimento alle parole del Ministro del Lavoro e delle Politiche sociali del Governo Monti, prof.ssa Elsa Fornero e su *Corriere della Sera* in pari data "*Fornero ai giovani: «Sul lavoro non dovete essere schizzinosi». E si scatena la polemica*"). In molti altri casi è stato utilizzato il termine anglosassone *nerd*.

La reazione mediatica e la polemica politica su tali epiteti contribuiranno a generare quella forma di rigetto che ha creato una base di consenso sull'idea di un reddito che potesse restituire dignità ad uno strato della popolazione escluso dalle dinamiche produttive. Vedremo, però, che un fenomeno distorsivo insito nel d.l. n. 4/2019 ha trasformato quel *reddito* in un sussidio assistenzialista slegato dal mondo del lavoro e, anzi, in attrito con esso (si v. il *Sole 24 Ore* del 12 luglio 2021 "*Lavoro stagionale e reddito di cittadinanza: una convivenza possibile Oggi la misura viene considerata un «disincentivo» per la ricerca di impiego. Si tratta di ripensarla, per renderla efficace*" di M. Minenna) a tal punto da indurre a rimeditare la fondatezza delle tanto criticate parole dei Ministri testé menzionate.

l'ammissione di un sussidio in favore degli *abili riluttanti* sortisce un intervento di spesa con caratteri di assistenzialismo improduttivo specie nella misura in cui dovesse emergere un mancato legame tra quel sussidio e un lavoro precedente o successivo. Bisogna, dunque, indagare tra le pieghe dell'ordinamento per verificare se oggi con l'introduzione del reddito di cittadinanza si sia concretizzata per via diretta o indiretta una fattispecie giuridica capace di collidere con le norme costituzionali sul fattore-lavoro e sugli altri fattori della produzione e del benessere da cui dipendente la prosperità della Nazione.

5. *La normativa sul reddito di cittadinanza*

Nel nostro ordinamento ha recentemente visto la luce un nuovo istituto previsto dal decreto-legge 28 gennaio 2019, n. 4 (convertito con modifiche dalla legge 28 marzo 2019, n. 26) noto come il «*reddito di cittadinanza*»: in realtà il decreto con una disciplina, in un certo senso, ricercatamente contorta e aggrovigliata regola una serie di misure diverse tra loro, intrecciate in modo da legarne per fini politici l'approvazione in un'unica deliberazione parlamentare.

Infatti – a parte la cosiddetta normativa su «*quota 100*»» contenuta nel Capo II del medesimo decreto e che non è oggetto di questo studio in quanto verte sulla materia dell'anzianità contributiva e dell'età anagrafica della *forza-lavoro* necessaria per il maturare del diritto alla prestazione di previdenza sociale (ossia della pensione di cui all'art. 38, co. 2, Cost.) e non sull'indagine intorno alle supposte tutele dei *riluttanti al lavoro* né sull'assistenza sociale – nello stesso Capo I è disciplinata in modo intersecato con il reddito di cittadinanza anche la cosiddetta «*pensione di cittadinanza*» che in realtà è semplicemente un'integrazione o aumento delle pensioni esistenti in relazione all'incedere dell'età e alla composizione del nucleo familiare, sicché si tratta anche in questo caso di una misura attinente alla previdenza sociale (in particolare alla consistenza della prestazione di pensione o di assegno sociale) e non già di una misura di mero assistenzialismo improduttivo perché destinata a soggetti non più in età lavorativa[23].

Parimenti nella normativa compare diverse volte il richiamo alla condizione di inabilità grave e di non-autosufficienza innescando anche in questo caso un groviglio normativo con una condizione che attiene ad un piano diverso in quanto le provvidenze pubbliche in favore dei disabili e non-autosufficienti sono regolate dalla Costituzione nell'art. 38, co. 1, e sono meritevoli di tutela a prescindere dal loro legame con la disciplina di altri istituti[24].

[23] L'intrinseca diversità tra reddito di cittadinanza e pensione di cittadinanza è confermata dalla giurisprudenza costituzionale nelle recenti sentenze n. 126 del 21 giugno 2021 (6.2 *in diritto*) e n. 19 del 25 gennaio 2022 (punto 4 *in diritto*).

[24] Al fine di moltiplicare la confusione, nel dibattito politico e mediatico spesso i discorsi sul

È, dunque, materia di preliminare approfondimento la valutazione di tale intreccio onde verificare se esso sia ineluttabile ed inestricabile perché così deliberatamente costruito dal legislatore ovvero se si tratti di misure che possono essere esaminate distintamente tra loro riconducendo ognuna di esse all'alveo che le è proprio in linea con quel compito di discernimento che è caratteristica dell'atteggiamento dell'ermeneuta dinanzi ad ogni legge. Sicuramente questo seconda impostazione è preferibile in quanto l'*intenzione del legislatore* rappresenta un *canone ermeneutico* che non va confuso con le finalità del compilatore né con la volontà del proponente, ma costituisce un principio da porre in armonia con il significato proprio dei termini giuridici e, soprattutto, con i valori costituzionali in un'ottica sistematica.

Un indice che depone in tale direzione è contenuto nello stesso testo normativo nelle parti in cui dissipa il groviglio ogniqualvolta nel disciplinare obblighi specifici li limita ai soli soggetti abili al lavoro ed in età lavorativa, ossia a coloro che potenzialmente sono parte della forza-lavoro e che in concreto non partecipano ai processi produttivi, come è evidente dal tenore letterale dell'art. 4 del d.l. n. 4/2019 che esonera dal "Patto per il lavoro" gli *over* 65 ed i portatori di disabilità a certe condizioni.

Posto, dunque, che il d.l. n. 4/2019, lungi dall'aver introdotto un singolo istituto, ha in realtà inserito una serie di meccanismi che – sebbene dotati di una disciplina parzialmente parallela – sono tra loro indipendenti, si può affrontare l'esame del solo *reddito di cittadinanza* in senso stretto sicché le seguenti riflessioni non investiranno le parti della normativa che attengono alla disciplina pensionistica e quelle che implementano la tutela per i disabili e i non-autosufficienti, ma riguardano solo ed unicamente i punti della nuova disciplina che permettono di erogare una prestazione monetaria pubblica in favore di soggetti abili al lavoro ed in età lavorativa onde scrutinare se il decreto-legge n. 4 del 2019 abbia introdotto una misura a vantaggio dei *riluttanti al lavoro* dando luogo direttamente o indirettamente ad una condizione che – anziché sollevare la situazione economica degli inoccupati – li intrappola nella povertà in stridente contrasto con la predilezione per il fattore-lavoro come fattore produttivo del benessere, elemento fondante dell'ordinamento ai sensi dell'articolo 1 della Costituzione, oltre che dovere civile ai sensi dell'articolo 4 della medesima Carta.

---

reddito di *cittadinanza* vengono intrecciati in un'unica trama con commenti su un altro istituto, ossia il *reddito di emergenza*, introdotto in Italia con l'art. 82 del decreto-legge 20 maggio 2020, n. 34 con l'intento di alleviare lo stato di sofferenza causato a molte categorie produttive dalla crisi economica seguita all'epidemia di *coronavirus*. Anche in questo versante non bisogna fare confusione perché si tratta di istituti giuridici completamente diversi.

Parimenti, il reddito di cittadinanza differisce dal "reddito di inclusione" introdotto nella precedente XVII legislatura dal decreto legislativo 15 settembre 2017, n. 147.

5.1. *Il lessico giuridico come mistificazione dell'istituto*

Il reddito di cittadinanza ha una denominazione che testimonia immediatamente la scelta di una formula mentitoria da parte del legislatore: viene, infatti, definito *reddito* ciò che ai sensi della stessa normativa non è tale poiché secondo l'art. 3, co. 4, del decreto-legge n. 4 del 2019, lo strumento in questione è escluso espressamente dalla categoria dei redditi veri e propri e dall'assoggettamento alla disciplina della relativa imposta. Dunque, non è un reddito, ma semplicemente un *beneficio* come lo denomina in varie parti il decreto istitutivo o un mero *sussidio*. Del resto lo strumento in questione a causa della sua estraneità ai fattori produttivi sui quali è strutturata l'imposta sul reddito (redditi da immobili, da capitale, da lavoro e d'impresa) non rientra nella definizione di cui all'art. 6 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 601 che contempla *qualunque provento* ottenuto dalla redditività dei fattori produttivi di un individuo (rendite, interessi, salari e stipendi, profitti)[25].

Inoltre, anche la seconda parte della locuzione con cui è denominato lo strumento è fuorviante in quanto il richiamo alla *cittadinanza* è smentito dal dato normativo che all'art. 2, co. 2, lett. *a*) include tra i beneficiari, oltre ai cittadini, anche gli stranieri appartenenti ad un Paese membro dell'Unione europea e gli extracomunitari[26] in possesso di un permesso di soggiorno di lungo periodo e quelli residenti in Italia da un certo numero di anni[27]. Parimenti dal godimento dello strumento sono esclusi i cittadini italiani residenti o domiciliati all'estero. Quindi, ciò che rileva non è tanto il possesso della cittadinanza, quanto la condizione della permanenza sul territorio italiano, ossia la stanzialità nel nostro Paese da parte di cittadini e stranieri.

Pertanto, lo strumento piuttosto che *reddito di cittadinanza*[28] può più propriamente essere definito in termini giuridici come *sussidio di stanza*, legato com'è alla presenza stanziale sul territorio a prescindere dalla cittadinanza e contraddistinto dalla natura sussidiaria e ausiliaria-assistenziale anziché dalla natura reddituale.

---

[25] Sul concetto di reddito si v. P. Russo, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Milano, 2002, 5 ss., e S. La Rosa, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2004, 4 ss.

[26] Esulano dall'esame qui sviluppato le norme che menzionano i rifugiati politici e altre categorie di soggetti.

[27] Sulla legittimità dell'esclusione degli stranieri extracomunitari privi di permesso di soggiorno di lungo periodo si v. la recente sent. Corte cost. n. 19/2022. Precedentemente la Consulta aveva anche respinto le questioni di costituzionalità sollevate in relazione all'esclusione e alla perdita del beneficio per coloro che sono percossi da misure cautelari personali e da condanne penali (si v. le sentenze della Corte costituzionale n. 122 del 2020 e n. 126 del 2021).

[28] Si v. S. Spattini-G. Impellizzeri, *Il reddito di cittadinanza non è un reddito di cittadinanza*, in M. Marocco-S. Spattini (a cura di), *Diritto al lavoro, contrasto alla povertà, politica attiva, inclusione sociale: le tante (troppe?) funzioni del reddito di cittadinanza all'italiana*, 2019, in *www.adapt.it*.

6. *La mancanza di un legame tra reddito di cittadinanza e partecipazione alla produzione del benessere generale*

Dopo questa precisazione di carattere giuridico-lessicale, si può passare ad un esame della disciplina positiva. Lo strumento in questione viene definito in un modo tale da vedersi attribuite finalità molteplici e diverse, talvolta contrastanti o divergenti tra loro[29], come emerge con chiarezza dal tenore dell'art. 1 che lo qualifica al contempo come misura:

di politica attiva del lavoro a garanzia del diritto al lavoro;

di contrasto alla povertà;

di contrasto alla disuguaglianza e all'esclusione sociale;

diretta a favorire una serie di diritti quali quelli all'informazione, all'istruzione, alla formazione e alla cultura attraverso politiche volte al sostegno economico e all'inserimento sociale dei soggetti a rischio di emarginazione nella società e nel mondo del lavoro[30].

Il contrasto alla povertà, ad esempio, è un fine ben diverso ed altrettanto nobile rispetto al contrasto alle diseguaglianze, ma è vitale perché legato alla sopravvivenza degli indigenti, ed entrambi sono in un certo senso superiori rispetto al diritto alla formazione, mentre le politiche attive del lavoro implicano interventi più complessi rispetto alle mere elargizioni monetarie, coinvolgendo i datori di lavoro ed i soggetti pubblici e privati incaricati di mediare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro.

In termini più chiari si può affermare che uno stesso intervento non può fungere da misura di contrasto alla povertà e da strumento di politica attiva del lavoro (incentivo al lavoro) poiché la prima esclude lo svolgimento di un'attività lavorativa mentre il secondo la pone come presupposto o come risultato, in disparte il fatto che nel campo della formazione il sussidio va elargito *subordinatamente* alla frequenza di un corso e non già concesso a prescindere.

È evidente che questi richiami ai diritti sanciti dalla Carta non sono certo pleonastici[31], ma sicuramente inseriti in guisa di asserzioni pretenziosamente apodittiche poiché hanno la palese e nuda finalità di cercare un appiglio che agganci lo strumento in un modo o in un altro a norme costituzionali poste a tutela di diritti fondamentali: lo scopo pare quello di precostituire uno scudo poliedrico alla disciplina onde darle riparo su più fronti qualora ne fosse sostenuta l'incompatibilità col sistema.

A questo punto occorre chiedersi quali possano essere i criteri per discerne-

[29] Questo aspetto è ampiamente esaminato in S. Spattini-G. Impellizzeri, *op. ult. cit.*

[30] L'eterogeneità dei fini giustapposti dal legislatore emerge dalla giurisprudenza costituzionale (si v. sentt. n. 122 del 2020, n. 126 del 2021 e n. 19 del 2022.

[31] La corrente del *giusrealismo* offre strumenti capaci di spiegare come l'effettiva operatività della norma prevalga sulle enfatiche enunciazioni formali.

re se una misura che contempla erogazioni monetarie in favore di soggetti abili al lavoro in stato di disoccupazione in età lavorativa possa collidere con il fondamento costituzionale del lavoro. Il primo criterio è la *volontarietà* o meno della disoccupazione, mentre il secondo criterio è l'ammontare dello strumento rispetto alle dinamiche salariali e alla soglia di povertà in quanto la distanza o vicinanza dal salario minimo e medio rende ragione di un'interferenza capace di generare uno *spiazzamento di mercato*, mentre la distanza o vicinanza con la soglia di povertà consente di dissipare il dubbio sulla qualificazione ed i fini dello strumento.

Ma prima di passare a questo esame occorre vedere come dottrina e giurisprudenza costituzionale leggono le norme della Carta fondamentale in materia di lavoro.

7. *Il diritto-dovere del lavoro e il principio lavorista nella dottrina e nella giurisprudenza costituzionale*

La dottrina ha variamente approcciato l'interpretazione degli articoli 1 e 4 della Costituzione e la questione dell'importanza da attribuire al principio lavorista in essi presente.

Ferma restando la libertà di lavoro come assenza di costrizione, da un lato, e come facoltà – dall'altro lato – di esercitare un lavoro liberamente scelto e conforme alle proprie capacità ed attitudini, eminente dottrina[32] afferma che il lavoro nella Costituzione si manifesta, oltre che come diritto del cittadino, anche come dovere di solidarietà politica, economica e sociale di cui all'art. 2 della Costituzione: in tale senso, chi – essendo abile al lavoro ed in età lavorativa – è sprovvisto di lavoro è tenuto ad adoperarsi per svolgerne uno al fine di contribuire ai doveri di solidarietà verso gli altri, anziché ritenersi unicamente destinatario di solidarietà da parte dei consociati.

Una brillante dottrina[33] sottolinea l'elemento precettivo comunque ricavabile da una norma programmatica come l'art. 4 della Costituzione, mentre altra parte della dottrina in quella norma vede delineato "*il programma dei pubblici poteri (il legislatore ed il governo centrale e locali) di perseguire una politica economica rivolta a raggiungere l'obiettivo della piena o maggiore occupazione al fine di contrastare il fenomeno della inoccupazione e della disoccupazione*"[34].

In tale quadro, il Costituente ha tracciato per il legislatore la strada per risolvere la piaga della disoccupazione che lascia senza reddito alcuni strati della popolazione nella sollecitazione ad adottare strumenti di politica economica che

[32] T. Martines, *Diritto costituzionale*, cit., 566 e 620.

[33] R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, cit., 584.

[34] Così A. Celotto-L. Saltari, *Costituzione ragionata*, cit., 15 richiamando anche la giurisprudenza costituzionale.

generino lavoro e non già misure di mero sussidio, come il reddito di cittadinanza specie se giungono ad un livello tale da interferire persino con l'offerta di lavoro esistente.

La giurisprudenza costituzionale, con riferimento all'art. 4 della Costituzione, riconnette al lavoro la libertà della persona umana[35] in linea con l'art. 36 della Costituzione che – per i soggetti abili al lavoro – lega anche la dignità di ciascuno alla retribuzione derivante dal lavoro[36].

La Consulta legge nelle norme costituzionali sul lavoro l'obiettivo di «*indirizzare l'attività di tutti i pubblici poteri, e dello stesso legislatore, alla creazione di condizioni economiche, sociali e giuridiche che consentano l'impiego di tutti i cittadini idonei al lavoro*»[37] con l'obiettivo della *piena occupazione* o della *massima occupazione* in funzione alle relazioni economiche esistenti e alle risorse disponibili[38].

Posto che la Costituzione all'art. 4, co. 2, stabilisce il dovere di ciascun cittadino di svolgere un lavoro secondo le proprie scelte e possibilità al fine di concorre al benessere materiale e spirituale della società e considerato, tuttavia, che si tratta di un dovere incoercibile sul piano soggettivo in un sistema liberale e democratico come quello italiano, non si può certamente accedere alla tesi dottrinaria secondo la quale coloro che – pur essendo abili – violino il dovere civile di lavorare sottraendovisi volontariamente possano andare incontro a sanzionabilità indiretta attraverso l'esclusione dall'assistenza e dal godimento dei diritti politici[39]. Cionondimeno l'art. 4 è stato inteso come uno scopo assegnato dal Costituente alla legislazione ordinaria[40] affinché il potere legislativo adotti misure volte ad incentivare il lavoro sicché, anche sotto tale aspetto, un *favor* legislativo verso misure di spesa che allontanino i cittadini abili al lavoro dall'occupabilità stride col principio lavorista.

Vero è che la dottrina, commentando nel complesso la giurisprudenza costituzionale, ha osservato che la Consulta non ha attribuito sinora al principio lavorista una portata cogente tale da determinare pronunce dirompenti rispetto alle scelte del legislatore, ma è altrettanto vero che il contenzioso portato all'attenzione della Corte costituzionale ha riguardato vertenze il cui *thema decidendum* insisteva su un confronto volta per volta tra due diversi ambiti del lavoro: in altri termini le questioni sottoposte al vaglio del Giudice delle Leggi riguardavano la

[35] In tal senso sent. Corte cost. n. 45 del 1965, punto 3 *in diritto*.

[36] Quale dignità (art. 36, co. 1, Cost.), quale sviluppo della personalità (art. 2 Cost.), quale partecipazione all'organizzazione sociale (art. 3, co. 2, Cost.) è possibile rinvenire in una disposizione come quella dell'art. 3, co. 15, del decreto-legge n. 4 del 2019 che tratta l'adulto da infante sottraendogli in un dato mese una parte del denaro non speso nel mese precedente?

[37] Sempre sent. Corte cost. n. 45 del 1965.

[38] Si v. la sent. Corte cost. n. 130 del 16 luglio 1973.

[39] Si v. G.M. Lombardi, *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967.

[40] Si v. V. Crisafulli-L. Paladin, *Commentario breve*, cit., 40, con citazione di R. Scognamiglio.

possibilità di estendere o meno ad un settore talune regole o tutele previste in un altro, dando vita ad un raffronto tra lavoro pubblico e lavoro privato[41], tra lavoro autonomo e lavoro subordinato[42], tra lavoro maschile e femminile[43], tra diritti previdenziali di un settore lavorativo e un altro. Ma in quei confronti sempre di lavoro si è trattato: sono state, in sostanza, sempre questioni riguardanti il lavoro e giammai il "non-lavoro". Nella giurisprudenza costituzionale – sia pur riconoscendo che dal principio lavorista contenuto nella Costituzione non discende un predeterminato vincolo di tutela di taluni modi e forme in cui si svolge il lavoro[44] – con particolare riferimento all'art. 4 è costantemente ribadita l'«*importanza sociale del lavoro*»[45] e non di reddito sganciato dal lavoro.

Se, dunque, sinora gli articoli 1 e 4 che affermano il *principio lavorista* non hanno potuto dispiegare a pieno effetti travolgenti nei confronti di una norma di legge, ciò è dovuto esclusivamente al fatto che mai sino a questo momento il legislatore aveva deciso, in via diretta o indiretta, di incentivare il non-lavoro, né in modo voluto ed espresso né quale conseguenza non voluta di una qualche scelta normativa: altro è discutere se una regola prevista per i dipendenti del settore industriale possa essere estesa ai quelli del settore commerciale – quesito a fronte del quale la Consulta lascia al legislatore la discrezionalità di ponderare gli interessi in gioco sicché il principio lavorista non è violato in quanto di lavoro sempre si discute (semmai può essere violato un altro principio come quello dell'uguaglianza sostanziale o di ragionevolezza di cui all'art. 3, co. 2) – , altro è affrontare seriamente il tema della compatibilità con la Costituzione di una misura che sussidia il non-lavoro.

Già da tempo la dottrina e la giurisprudenza costituzionale hanno evidenziato come tutte le norme della Carta sono idonee a costituire metro di giudizio sulla legittimità delle leggi, sconfessando l'ipotesi – da taluno inizialmente ventilata – di immaginare che la Legge Fondamentale fosse scomponibile in norme dal significato più o meno pregnante. Ciò fu affermato da subito, a partire dalla

[41] Si v. le sentt. della Corte costituzionale n. 5 del 20 gennaio 1971 e n. 194 del 28 luglio 1976.

[42] Si v. la sent. Corte cost. n. 130 del 1973 nella quale si esclude che siano costituzionalmente illegittime le differenze nella disciplina di dettaglio tra lavoro autonomo e lavoro subordinato sulla tutela del credito per il compenso dell'attività espletata.

[43] Si v. la sent. Corte cost. n. 105 del 23 maggio 2018 in cui, peraltro, sono invocate diverse norme costituzionali sul lavoro, ma non gli articoli 1 e 4: la complessità delle questioni lavoristiche è tale da sollevare vari conflitti tra le diverse forme di lavoro e, tuttavia, mai in passato il complesso quadro delle norme costituzionali sul lavoro era stato sottoposto ad un obliquo conflitto con norme tese ad offrire forme di tutela al non-lavoro e alla disoccupazione volontaria. Tali norme non possono sottrarsi al giudizio di costituzionalità attraverso meccanismi volti a bypassare i principi costituzionali sul lavoro come espressione primaria di operosità umana in tutte le sue forme ed applicazioni.

[44] In tal senso si v. ancora la sent. Corte cost. n. 130 del 1973.

[45] In tal senso le sentenze della Corte costituzionale n. 3 del 26 gennaio 1957 e n. 16 del 15 febbraio 1980, nonché la sentenza n. 5 del 1971 già citata.

statuizione con la quale fu sancito che persino la distinzione tra norme programmatiche e norme precettive fosse irrilevante ai fini del giudizio di costituzionalità aggiungendo che l'illegittimità di una legge può anche discendere dal conflitto con una norma di principio. In effetti ogni enunciato della Costituzione ha un contenuto precettivo anche nella misura in cui rivolgendosi al legislatore imprime una direzione e non un'altra o nella misura in cui enunciando un principio esclude quello opposto.

E, se da una parte bisogna riconoscere che statisticamente vi sono alcuni articoli che più di frequente si sono prestati a fungere da parametro di giudizio, dall'altra parte è altrettanto vero che la recente esperienza mostra che anche qualche disposizione mai evocata fino ad una certa epoca nel corso dei giudizi, può in un dato momento entrare in gioco: ciò si verifica semplicemente perché solo in quel momento si assiste all'adozione di una legge che va a stridere con quella precisa disposizione costituzionale o col principio in essa enunciato[46].

Del resto un ordinamento giuridico (per di più privo di sovranità monetaria) può reggersi solo se poggia sulla sostenibilità economica delle scelte legislative di spesa. La concettualizzazione della categoria di "Costituzione economica" in Italia ha avuto un percorso indipendente e, tuttavia, convergente o quantomeno parallelo rispetto allo scenario internazionale in cui si sono sviluppate diverse correnti di studio ed approfondimento delle regole giuridiche (e, soprattutto, dei loro effetti concreti) attraverso strumenti economici.

Il riferimento all'abbinamento analitico tra diritto ed economia conduce immediatamente alla teoria dell'«*analisi economica del diritto*», sorta negli Stati Uniti e diffusasi in tutto il Mondo occidentale[47], nonché alla corrente dell'«economia costituzionale»[48] e al filone del *giusrealismo*.

L'*analisi economica del diritto*, in fondo, non è una semplice teoria o una corrente di pensiero, ma è piuttosto un *metodo* che rappresenta il punto di approdo di

[46] È il caso dell'articolo 1, comma 2, venuto in auge nelle recenti sentenze sull'illegittimità di alcune forme di premio di maggioranza previste da leggi elettorali (sentt. n. 1 del 13 gennaio 2014 e n. 35 del 9 febbraio 2017): sebbene le disposizioni in cui la Costituzione menziona le leggi elettorali siano collocate in tutt'altra parte del testo ed in particolare nell'art. 72 – che detta, per la verità, solo norme di procedura parlamentare – la sostanza della legge elettorale si ricava esaminando la Carta nel suo complesso sicché i parametri di riferimento sono rintracciabili, da un canto, nell'art. 48 e dall'altro canto proprio nella sovranità popolare che caratterizza il nostro sistema democratico. È la ricchezza concettuale di tale articolo che in pochi semplici termini contiene principi fondamentali ad aver scardinato il meccanismo con il quale erano congegnate quelle leggi attinenti ad una materia *politicamente* "molto sensibile".

[47] …sulle orme del pensiero del grande studioso italo-americano Guido Calabresi formulato attraverso una serie di articoli pubblicati tra gli anni '60 e '70 del Novecento.

[48] … elaborata dallo statunitense James M. Buchanan, Premio Nobel nel 1986.

una riflessione ad ampio spettro che, a partire da casi specifici, ha svelato alcuni meccanismi decisionali del legislatore ed ha identificato anche gli strumenti per esaminare quelle decisioni dall'esterno. L'analisi economica, in realtà, sebbene in modo a volte inconsapevole, è sempre stata sottesa al *processo di elaborazione delle regole* in quanto un intervento normativo nella maggior parte dei casi implica un mutamento dei rapporti preesistenti poiché uno dei principali fini del legiferare è rappresentato dall'intenzione di modificare (ossia dal fine riformatore) in certo verso piuttosto che in un altro la situazione pregressa spostando un asse, cambiando i rapporti di forza, generando un nuovo equilibrio anche nelle relazioni economiche. Per tale ragione l'analisi economica, benché sorta in ambito civilistico, oggi – sia come *metodo di elaborazione* che come *metodo di interpretazione* delle norme – abbraccia molti ambiti del sapere giuridico[49]. La stessa "*trappola della povertà*" osservata dal pensiero classico – su cui ci si soffermerà a breve – è inquadrabile come fattispecie antesignana dell'analisi economica del diritto.

L'*economia costituzionale* consente di valutare le scelte politiche sull'allocazione delle risorse pubbliche disponibili, la correttezza o meno delle scelte adottate rispetto a scelte alternative e la compatibilità delle decisioni di politica economica rispetto al quadro costituzionale esistente. Nell'osservazione delle trasformazioni dell'ordinamento il *Costituzionalismo economico* mette anche in guardia l'interprete rispetto alla presenza di decisioni di politica economica finalizzate non già al perseguimento dell'interesse generale quanto piuttosto alla crescita del consenso elettorale di una forza politica.

Il *giusrealismo* o *realismo giuridico* – in dissenso rispetto alle estreme conseguenze del *positivismo* giuridico e alle esasperazioni del formalismo costituzionale, e senza ricorrere d'altra parte all'etica presente nel *giusnaturalismo* rispetto al quale nega ogni affinità – focalizza l'attenzione sul modo concreto ed effettivo in cui una data regola viene applicata. In tale ottica ciò che conta non sono le declamazioni di principio talvolta enfaticamente proferite dal legislatore nella formulazione della norma, ma rileva ciò che in concreto è derivato dall'applicazione di quella norma. Si tratta di un esito non distante da quello che viene definito in Italia come *diritto vivente*, ossia la verifica e l'analisi di quale sia stata l'applicazione empirica della norma.

Questi strumenti concettuali e teorici vengono oggi utilizzati nelle riflessioni sui testi di legge e possono essere adoperati anche per scrutinare il reddito di cittadinanza.

[49] Si v. di recente G. Calabresi, *The Future of Law and Economics*, Yale, 2016, in cui chiarisce che né il diritto né l'economica si trovano in condizione di subalternità l'uno rispetto all'altra, ma la loro interazione spiega il funzionamento dell'ordinamento fornendo chiavi interpretative.

8. *I sussidi agli indigenti come "trappola della povertà": l'analisi economica del diritto applicata al reddito di cittadinanza. Reddito da lavoro e reddito senza lavoro*

In termini scientifici la "*trappola della povertà*" più volte evocata o "*circolo vizioso della povertà*" è una situazione ampiamente nota alla dottrina giuridico-economica nello studio degli effetti indiretti e contraddittori di interventi legislativi di lotta all'indigenza[50]. Infatti, per *trappola della povertà* si intende la situazione riscontrabile allorché in presenza di sussidi non vi è alcun incentivo per le persone con redditi bassi o nulli a cercare un lavoro, in quanto ogni reddito addizionale causerebbe la perdita totale o parziale di benefici sociali o aumenti delle imposte[51]. Si ha, dunque, *trappola della povertà*[52] quando – una volta introdotto il sussidio – un individuo che iniziasse a percepire un reddito da lavoro potrebbe trovarsi in una situazione peggiore o identica a quella precedente in cui riceveva il sussidio senza lavorare: per quanto paradossale questa condizione possa apparire, essa è facilmente riscontrabile in tutti i sistemi in cui lo Stato eroga sussidi ai disoccupati senza indurli a cercare un'occupazione. Per evitare che si verifichino questi effetti perversi e contraddittori gli strumenti concepiti per la lotta alla povertà per gli abili al lavoro devono avere una durata temporanea ed una portata decrescente per poi essere sostituiti nel tempo da incentivi all'occupazione come ad esempio la detassazione del lavoro o gli stanziamenti per le assunzioni[53].

---

[50] L'elaborazione del concetto di "*trappola della povertà*" si deve a D. Ricardo il cui pensiero in favore della produttività del lavoro e degli altri fattori si trova complessivamente espresso nella sua più celebre opera, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Londra, 1817 (trad. it. *Principi di economia politica e dell'imposta*, Torino, 2006) nella quale suggerisce di abolire le leggi che, sussidiando la povertà, sortiscono l'effetto di perpetuarla. Sul pensiero di Ricardo si v. P. Sraffa-M.H. Dobb, *The Works and Correspondence of David Ricardo*, Cambridge, II ed., 1973.

In anni recenti la medesima locuzione è adoperata anche per indicare un fenomeno diverso di carattere macro-economico: si v. A. Kraay-D. McKenzie, *Do Poverty Traps Exist? Assessing the Evidence* in *Journal of Economic Perspectives*, 28(3), 127-148, 2014.

[51] In merito agli studi sugli effetti distorsivi degli strumenti di lotta alla povertà che finiscono per creare una "cultura della povertà" si v. N.G. Mankiw, *Principi di economia*, cit., 319-320.

[52] La *trappola della povertà* (in inglese *poverty trap*) spiegata da Ricardo agisce secondo lo stesso schema della *trappola della liquidità* (*liquidity trap*) illustrata da J.M. Keynes (si v. *The General Theory of Employment, Interest and Money*, London, 1936, trad. it. a cura di Alberto Campolongo, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Collezione Storia e dottrine economiche, Torino, 1947 e, recentemente, riedita a cura di G. La Malfa e G. Farese, Milano, Mondadori, Collana *I Meridiani*, 2019) al cui concetto si ispira sin dal nome. Si tratta, infatti, di *due trappole dell'improduttività* molto simili: come nessuno si priva delle proprie energie lavorative e del proprio tempo libero se il lavoro non viene pagato più dell'ozio (trappola della povertà), allo stesso modo nessuno si priva del capitale per darlo in prestito se la rimunerazione in interessi per prestiti (ed investimenti) non è maggiore dell'interesse per i depositi (trappola della liquidità). Nella trappola della povertà risulta ingabbiato il fattore-lavoro; nella trappola della liquidità risulta ingabbiato il fattore-capitale.

[53] Milton Friedman nel suo studio sul rapporto costi/opportunità ha spiegato che

A questo punto occorre chiedersi se queste valutazioni sono solo frutto di un esame economico o se, piuttosto, nella *Costituzione vivente* si rinvengono indici economici capaci di portare a simili conclusioni.

Tali conclusioni – cui è giunto il pensiero dell'economica classica – erano ben noti al corpo deliberante dell'Assemblea costituente poiché costituivano il substrato culturale comune di un ceto politico intellettualmente elevato.

Infatti, esaminando il testo della Costituzione si potrebbe avere a prima vista l'impressione che in esso non sia presente il tema della lotta alla povertà e degli strumenti per contrastarla che, infatti, non compaiono in nessuna disposizione. Ma questa sarebbe una lettura senza dubbio superficiale in quanto nel 1946-48 era impossibile trascurare la povertà proprio perché nel clima post-bellico era sotto gli occhi di tutti. In realtà la lotta alla povertà è sottesa a tutto l'impianto della Costituzione economica che è retto dal precipuo strumento di quella lotta: il lavoro.

Così e solo così si spiega la quantità di norme dedicate al lavoro e il suo legame con il reddito per eccellenza: la retribuzione. Nell'articolo 4 Cost. il richiamo al *progresso materiale e spirituale* della società nient'altro è se non l'aulica formulazione scelta dai Costituenti per indicare la *lotta alla povertà* che si realizza, dunque, attraverso il lavoro e non attraverso i sussidi: come abbiamo già visto i sussidi non sono mai contemplati dal Costituente in relazione ai soggetti abili al lavoro in età lavorativa e la disoccupazione involontaria non è contemplata dagli interventi di *welfare state* dell'art. 38 Cost.

Il legame funzionale inscindibile tra occupazione e lotta alla povertà corre attraverso il reddito-retribuzione che dal lavoro trae origine (art. 36, co. 1, e 37,

---

"*non esistono pasti gratis*" intendendo che un bene che si presenta come gratuito per un individuo, in realtà nasconde sempre un costo: il prezzo pagato dalla società nel rinunciare all'opportunità di destinare ad usi alternativi le risorse umane e materiali adoperate per produrre quel medesimo bene (M. FRIEDMAN, *Nessun pasto è gratis*, Centro di ricerca e documentazione Luigi Einaudi, Torino, 1978). Sviluppando tale concetto si ricava che quando una persona riceve denaro senza aver offerto in cambio nessuna controprestazione, è chiaro che un'altra persona ha dovuto lavorare per produrre quel denaro.

Allo stesso celebre Autore è attribuita la nota deduzione – divenuta ormai quasi un brocardo pressoché unanimemente condiviso – secondo cui: "*Se tu paghi la gente che non lavora e la tassi quando lavora, non esser sorpreso se produci disoccupazione*". Al di là della paternità del brocardo, occorre rilevare che esso enuncia una realtà fattuale incontrovertibile, inquadrabile all'interno della teoria economica dei *disincentivi*. Il principio dell'incentivo al lavoro anziché al parassitismo si ritrova anche in filosofie lontane dal Mondo Occidentale, in quelle culture che nell'Estremo Oriente hanno storicamente sposato la logica del lavoro: il riferimento corre immediatamente all'altrettanto celebre massima di Confucio che affermava: "*se in riva ad un fiume incontri un affamato e gli dai un pesce lo ciberai per un solo giorno; se gli insegni a pescare saprà sfamarsi a lungo da solo*".

co. 1 e 3, Cost.) e porta ad escludere la compatibilità costituzionale di benefici valevoli *sine die* per i riluttanti al lavoro e per i disoccupati volontari: infatti il reddito di cittadinanza, così come è oggi formulato, contrasta col lavoro anziché agevolarlo poiché si pone in antitesi con la retribuzione e genera una "*trappola della povertà*".

I sussidi alla povertà, lungi dall'alleviarla, sortiscono il risultato di alimentarla e perpetuarla all'infinito ove non accompagnati e superati da strumenti capaci di generare lavoro.

In particolare l'art. 38 Cost. in materia di assistenza e previdenza sociale distingue nettamente le tutele da apprestare agli *inabili al lavoro* (1° e 3° co.) da quelle dedicate agli *abili al lavoro*, ossia i lavoratori *disoccupati involontari*, in cerca di prima occupazione o in situazione di perdita del lavoro[54]. Invece, la disoccupazione volontaria, ossia la situazione di chi si rifiuta di lavorare non è contemplata tra le tutele da porre a carico dei contribuenti o della collettività tramite la fiscalità generale[55] (art. 53 Cost.) o tramite indebitamento (art. 81 Cost.).

Ma ancor prima l'articolo 4 configura il lavoro sia come diritto ad un'occupazione sia come dovere di concorrere al *progresso materiale e spirituale* della società, mentre l'articolo 35 lo tutela in tutte le sue forme ed applicazioni, lungo la stessa scia – e ad un rango superiore – tracciata dal legislatore del '42 che nel libro V del codice civile intitolato al «*Lavoro*» disciplina non solo il lavoro dipendente e subordinato, ma anche il lavoro autonomo e intellettuale nonché l'attività d'impresa in forma individuale e societaria, ovvero tutte le forme di produzione economica legate alle energie fisiche, intellettuali, mentali e materiali delle donne e degli uomini. Dalla combinazione tra l'art. 4 e l'art. 35 emerge quella direttiva costituzionale della *piena occupazione* declinata in termini di *massima occupazione possibile* in relazione alle risorse disponibili nel Paese in un dato momento[56] e si delinea il diritto al *lavoro* di cui il *reddito è mero corollario*: non sussiste per gli abili al lavoro un diritto a ricevere un reddito privo di un equivalente sforzo in termini di contributo alla crescita materiale e morale della società.

Il legislatore del 2019 ha mostrato palesemente di ignorare il fenomeno della "trappola della povertà"[57] incentivando ulteriormente il mantenimento della con-

[54] La differenza sostanziale tra le provvidenze per gli inabili al lavoro e per i disoccupati da inserire nel mercato del lavoro è sottesa ad un *obiter dictum* della Corte costituzionale nella sentenza n. 126 del 2021 (6.2 *in diritto*).

[55] In termini più chiari, per chi è abile al lavoro ed in età lavorativa non è possibile configurare – come vedremo – un diritto incondizionato ad essere economicamente mantenuto con oneri a carico della collettività per un tempo indefinito.

[56] Si v. V. Crisafulli-L. Paladin, *Commentario breve alla Costituzione*, cit., 34 ss.

[57] La pregiudizievole situazione di "trappola della povertà" come allontanamento dal mercato del lavoro in cui vengono avvolti i beneficiari del reddito di cittadinanza si manifesta anche attraverso il comma 7 dell'articolo 5 che riconosce benefici tariffari sulle forniture di energia elettrice e gas naturale: ove un soggetto titolare del sussidio dovesse ricevere un'offerta di lavoro, nel caso in

dizione d'indigenza allorché l'articolo 3, co. 8 e 9, del d.l. n. 4/2019 ha sorprendentemente stabilito in modo espresso che un subentro anche lieve e parziale di nuove entrate retributive comporta una riduzione automatica ed immediata del sussidio, intrappolando così il beneficiario nella dipendenza dall'erogazione pubblica ed allontanandolo da qualunque stimolo alla ricerca di un lavoro[58]. È pleonastico ritenere che possa costituire incentivo reale quanto previsto nel periodo finale del comma 9 testé citato o negli articoli 8 e 9 che paiono formulati al solo fine di precostituire una replica o *excusatio non petita* nei confronti di una futura accusa di assistenzialismo: la difficoltà di applicazione della normativa di cui all'articolo 8 risiede, ancora una volta, nella fallace costruzione di un circuito che, come una finzione, ruota attorno al Centro per l'impiego, il quale – come ci accingiamo a vedere – non riveste oggi per volontà dello stesso legislatore né il ruolo di monopolista né quello di attore principale nel mercato del lavoro.

9. *La volontarietà o meno della disoccupazione nel mercato del lavoro liberalizzato*

Il legislatore era ben consapevole dell'insostenibilità giuridico-costituzionale

---

cui accettasse vedrebbe non solo diminuire proporzionalmente il RdC, ma anche peggiorare la sua situazione economica complessiva con rincari delle tariffe per le utenze domestiche. Che il legislatore potesse incorrere in una tale schizofrenia era ritenuta una situazione ipotetica da parte della dottrina economica: si v. ancora N.G. Mankiw, *op. ult. cit.*, 320 «*qualunque individuo che sia retribuito… per il proprio lavoro*» meno di quanto percepisce a titolo di sussidio «*non ha alcun interesse… a lavorare: infatti, per ogni euro che guadagna ne riceve uno in meno dallo Stato*».

Quanto ha inciso tutto ciò sul dilagare del "lavoro nero"? Si v. in proposito il *Sole 24 Ore* del 31 ottobre 2019 "*Reddito di cittadinanza, così la Gdf va a caccia del lavoro nero*" di I. Cimmarusti e il *Corriere della Sera* del 16 ottobre 2020 "*Prendono il reddito di cittadinanza ma lavorano in nero: ecco come i furbetti del sussidio ingannano lo Stato*" di A. Crispino.

La portata criminogena legata anche alle autocertificazioni, ormai, emerge con rituale scadenza settimanale attraverso la cronaca giornalistica.

L'articolo 7 del d.l. n. 4/2019 sulle sanzioni è norma non meno problematica di tutto il resto del testo normativo e meriterebbe un approfondimento a sé stante per comprendere, ad esempio, le ragioni dell'ammissione al beneficio degli autori del delitto di truffa semplice o di associazione a delinquere semplice.

La Corte costituzionale nella sentenza n. 126 del 2021 (6.2.2 in diritto) solo incidentalmente lambisce la relazione avversa che si instaura tra il sussidio e i redditi da lavoro, ma non affronta la questione poiché il *petitum* della vertenza portata all'attenzione del Giudice delle Legge atteneva a tutt'altra materia.

[58] Anche in questo caso violando il principio della capacità giuridica soggettiva il legislatore tiene a riferimento le "entrate familiari". Viene da chiedersi quale possa essere l'obiettivo di una politica economica tendente a bloccare nella povertà sussidiata intere famiglie legando il destino di tutti i componenti anche in caso di occupabilità di un singolo membro e, così, paralizzando la laboriosità individuale. L'impiego trovato da un componente diviene, infatti, penalità per il resto della famiglia.

(artt. 1, 4, 35 e 38 Cost.) oltre che economico-finanziaria (art. 81 Cost.) di un sussidio per la disoccupazione volontaria poiché nell'articolo 1 del decreto-legge n. 4/2019 si è premurato di precisare i fini di politica attiva del lavoro e di lotta alla povertà nonché gli altri scopi già menzionati, e per di più nell'art. 4 già cennato, ha subordinato l'erogazione del beneficio alla dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro da parte non solo del beneficiario-istante, ma addirittura di tutti i componenti maggiorenni del nucleo familiare[59].

Dunque, *prima facie*, la situazione di disoccupazione tutelata sembrerebbe essere quella involontaria, ma a ben vedere il discorso è più complesso.

Infatti, in Italia attualmente – dopo l'abolizione del monopolio nel servizio pubblico di collocamento iniziata col d. lgs. 23 dicembre 1997, n. 469 (c.d. *Pacchetto Treu*) e proseguita con la successiva legislazione, inclusa la liberalizzazione del mercato del lavoro attraverso l'ammissione delle società di intermediazione, ed infine, soprattutto, con la chiamata libera e diretta da parte dei datori di lavoro – i Centri per l'impiego non godono di un regime di esclusività nella gestione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, ma costituiscono semplicemente uno degli innumerevoli canali attraverso i quali quell'incontro avviene e nella realtà essi non sono affatto il canale più importante[60].

Tuttavia, con innegabile strabismo, il legislatore ha ignorato di considerare le conseguenze della liberalizzazione già avvenuta da decenni e, senza modificarla, ha anzi, immaginato di rilanciare i Centri per l'impego (mediante la previsione dell'art. 12, co. 3) rafforzandoli con l'assunzione – attraverso un piano straordinario di potenziamento – di nuove professionalità note sotto il nome di "*navigator*"[61]. Il legislatore ha, così, mostrando di fraintendere le cause della marginalità dei Centri medesimi scambiandole con gli effetti: infatti, lo scarso ruolo dei Centri per l'impiego nelle dinamiche occupazionali è da ricondurre alla libertà del mercato del lavoro e non già (o comunque non via principale) alla mancanza di personale[62].

---

[59] Si tralascia in questa sede l'esame dell'incongruenza di una richiesta congiunta che investe più persone perché potenzialmente lesiva dei diritti soggettivi: *quid iuris* se un componente in possesso dei requisiti non ottiene il sussidio a causa del rifiuto del proprio familiare di rendere quella dichiarazione, ostando così all'erogazione? Non è razionale subordinare l'accoglimento di una domanda di un soggetto ad un obbligo di fare (in questo caso di dichiarare) da parte di un terzo perché ciò viola il principio-cardine della capacità giuridica soggettiva (art. 3, co. 1, Cost. e art. 1 c.c.). Viene da chiedersi quanto abbia inciso su questo punto la questione dei "*bamboccioni*" del 2007 sulla lentezza dei giovani italiani nel lasciare l'abitazione familiare già segnalata in una precedente nota.

[60] La questione è ben nota alla dottrina giuslavoristica: si v. ampiamente sul punto M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, 2ª ed., Torino, 2005.

[61] Sulla figura del *navigator* si v. G.L. Macrì, *La istituzione della figura del navigator a supporto dell'attuazione del reddito di cittadinanza*, 2020, in *www.adapt.it*.

[62] Peraltro, l'assunzione dei navigator è avvenuta mediante contratto a tempo deter-

È, quindi, altamente probabile che la dichiarazione di immediata disponibilità al lavoro rappresenti solo un passaggio procedurale di carattere meramente formale e burocratico da inserire tra gli allegati dell'istanza senza che sia destinata a produrre reali conseguenze giuridiche poiché da essa non discendono effetti immediati e concreti.

Il tessuto normativo, infatti, apparentemente costruisce con l'articolo 4 un percorso di inserimento al lavoro[63] attraverso l'iscrizione ad una piattaforma, la convocazione presso i Centri per l'impiego, la stipula di un "patto per il lavoro" o "patto di servizio" ai sensi degli articoli 12 e 20 del d. lgs. 14 agosto 2015, n. 150, lo svolgimento di un limitato numero di ore settimanali (da 8 a 16, ossia circa 2 ore giornaliere peraltro spesso non scattate in concreto) in attività in favore dei servizi comunali. Dopo altri oneri accessori – come la potenziale (teorica?) frequenza di corsi di formazione – la normativa prevede che il percorso dovrebbe chiudersi con un numero di offerte di lavoro variabile fino ad un massimo di 3, rifiutate le quali il beneficiario perde il godimento dello strumento.

Cionondimeno, la suddetta drastica conseguenza deriva unicamente dal rifiuto di offerte di lavoro pervenute attraverso i Centri per l'impiego, mentre nessuna conseguenza è prevista nel caso in cui il beneficiario rifiuti offerte di lavoro giunte attraverso altri canali incluse quelle formulate direttamente da un datore di lavoro, sicché è possibile che pur in presenza – è questo il punto! – di possibilità assunzionali il beneficiato non perda il sussidio a dispetto dell'inattività concreta nella ricerca di un lavoro e malgrado uno o più concreti rifiuti occorsi al di fuori del circuito dei Centri per l'impiego, attraverso cioè quegli altri canali di incontro tra domanda ed offerta di lavoro ammessi dal nostro ordinamento con la liberalizzazione del mercato. Il sussidio viene perpetuato semplicemente perché la legge offre la possibilità di rifiutare senza conseguenze offerte giunte *aliunde* rispetto al canale predefinito dal legislatore del 2019. Ciò dimostra che il sussidio è, in realtà, completamente sganciato dal lavoro e favorisce casi occulti di disoccupazione volontaria in contrasto con le norme costituzionali sul lavoro (art. 1, 4 e 35) e sullo stato sociale (art. 38). Al fine di evitare tutto ciò e di rendere rilevanti anche le offerte di lavoro giunte al di fuori del circuito dei Centri per l'Impiego, la normativa andrebbe corretta ponendo anche in capo al beneficiario l'onere di ricercare il lavoro e di dimostrare concretamente al Centro

---

minato creando una nuova sacca di precariato in seno al settore pubblico presso quelle strutture che dovrebbero favorire la ricerca di lavoro: assegnare ad un futuro soggetto in cerca di nuova occupazione la funzione di trovare un lavoro ad un beneficiato da un sussidio di povertà non è certamente stata una buona idea.

[63] Anche in questo caso, la *collegialità familistica* dell'obbligo non rende chiaro cosa accada ai diversi componenti di un nucleo familiare ove uno di essi rifiuti di adempiere agli oneri del percorso. Il legislatore pare essere incorso ripetutamente in un'amnesia del concetto di diritto soggettivo dando una potenzialità straripante alla funzione coattiva degli allegati e delle dichiarazioni.

per l'Impiego di compiuto tale ricerca inviando il proprio *curriculum* alle aziende, candidandosi a selezioni e reclutamenti di personale, partecipando a concorsi pubblici, svolgendo colloqui presso le imprese in cerca di manodopera anche in relazione al proprio titolo di studi.

Dal complesso della normativa emerge, dunque, la possibilità che il reddito di cittadinanza possa anche essere goduto da soggetti abili al lavoro in età lavorativa che siano riluttanti al lavoro, predisponendosi ad un atteggiamento speculativo o quantomeno attendista nei confronti delle ipotetiche offerte rilevanti *ope legis* unicamente se provenienti dai Centri per l'Impiego i quali, però, dal 1997 non godono più di alcun monopolio nel collocamento, con il risultato di continuare a godere del sussidio senza un fattivo impegno personale nella ricerca del lavoro attraverso gli altri canali o direttamente offrendo la propria disponibilità alle aziende.

Dalla superiore conclusione deriva che il reddito di cittadinanza limitatamente ai soggetti abili al lavoro ed in età lavorativa, è stato legislativamente congegnato attraverso meccanismi che escludono scientemente la possibilità per la domanda di intercettare l'offerta di lavoro, trasformando le rispettive curve in due traiettorie destinate a non incontrarsi se non ad elevati livelli di reddito non compatibili con le attuali dinamiche salariali (come vedremo anche più avanti).

In definitiva, l'articolo 4, co. 8, del d.l. n. 4/2019 è sospetto d'incostituzionalità in relazione agli articoli 1, 4, 35, 36, 37 e 38 nella parte in cui, non ponendo in capo al beneficiario l'obbligo di adoperarsi nella ricerca di un'occupazione, esclude dal computo delle offerte occupazionali valutabili quelle presenti sul mercato del lavoro al di fuori del circuito dei Centri per l'Impiego permettendo la percezione del sussidio anche in caso di riluttanza al lavoro e di disoccupazione volontaria.

10. *L'ammontare della prestazione e le sue interferenze con la retribuzione da lavoro*

A questo punto occorre chiedersi quando l'ammontare della prestazione legislativamente predeterminato possa confligge con l'articolo 1 della Costituzione. Il conflitto tra il reddito di cittadinanza e la norma costituzionale può instaurarsi allorché l'ammontare del sussidio si allontani dalla soglia di povertà e si avvicini al "reddito minimo" o "al reddito medio", ossia ad un livello di reddito capace di interferire con uno degli elementi del lavoro, ossia la retribuzione: infatti, la nostra Costituzione non contiene una definizione di reddito minimo, ma all'art. 36 sancisce che il lavoratore ha diritto ad una "*retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*", cioè il lavoratore ha diritto a qualcosa in più rispetto al reddito minimo, ad una retribuzione più alta del minimo vitale.

In Italia il livello delle retribuzioni non è determinato da una legge che fissi la retribuzione oraria minima come accade ad esempio nella Repubblica federale tedesca dove una normativa degli anni scorsi ha introdotto la paga oraria minima lorda di € 8,50 poi cresciuta a € 9,35 che sviluppa uno stipendio lordo mensile di circa € 1.600 ovvero in Francia dove la paga oraria minima è pari € 10,03 lordi[64].

In molti Paesi europei è stata anche creata una legislazione finalizzata alla lotta alla povertà, con lo scopo di attribuire un sussidio di sussistenza: è il caso ad esempio del *programma Hartz IV* tedesco che parte da circa 424 euro mensili per il percettore *single* ed aumenta in caso di figli e di spese per l'abitazione (canone di locazione e spese di riscaldamento)[65].

L'esempio tedesco rende palese che il punto di partenza del sussidio di lotta alla povertà è diverso e distante dal livello del salario minimo, separati da una cifra lorda di circa mille euro.

Poiché in Italia una disciplina del reddito minimo non esiste[66], possiamo

[64] Si v. *Il Sole 24* ore del 20 giugno 2019, *Salario minimo, ecco come funziona nei Paesi Ue che l'hanno adottato* di A. Magnani dove si legge che una normativa sul salario minimo garantito non è stata adottata oltre che in Italia neanche in Austria, Cipro, Danimarca, Finlandia e Svezia, mentre è stata adottata negli altri Paesi.

Su scala oraria nei Paesi che lo hanno introdotto, il reddito minimo oscilla da 1,62 euro della Bulgaria a quasi 12 euro del Lussemburgo, mentre in termini mensili la situazione è così articolata:

NAZIONE	Reddito minimo lordo mensile	NAZIONE	Reddito minimo lordo mensile
Lettonia	430 euro	Ungheria	464 euro
Romania	446 euro	Croazia	506 euro
Rep. Ceca	519 euro	Slovacchia	520 euro
Polonia	523 euro	Estonia	540 euro
Lituania	555 euro	10) Francia	1.521 euro
11) Germania	1.557 euro	12) Belgio	1. 594 euro
13) Paesi Bassi	1.616 euro	14) Irlanda	1.656 euro
15) Lussemburgo	2.071 euro	Fonte: *Sole 24 ore*	

Sebbene non indicati nella superiore tabella, hanno adottato legislazioni sul salario minimo Spagna, Portogallo, Malta, Bulgaria, Grecia e Slovenia.

[65] Si v. *Il Sole 24* ore del 16 marzo 2019, *Jobcenter, come si fa a trovare lavoro in Germania* di I. Bufacchi.

[66] Sulla Proposta di Direttiva unionale relativa a salari minimi adeguati nell'UE COM(2020)682 si v. il dossier di documentazione n. 130 del 13 gennaio 2021 redatto dal Servizio Studi della Camera dei Deputati per l'XI Commissione permanente (Lavoro) consultabile sul sito della Camera dei Deputati (link: *documenti.camera.it/leg18/dossier/testi/LA0209*).

anche impostare un confronto col reddito medio onde verificarne la contiguità col reddito di cittadinanza premettendo che ove il divario fosse poco cospicuo, il contrasto tra lo strumento italiano e l'articolo 1 della Costituzione e le norme costituzionali sulla retribuzione sarebbe ancor più stridente.

Infatti, parafrasando la *legge di Gresham*, secondo cui la *moneta cattiva scaccia quella buona*, allo stesso modo si deve ritenere che il reddito ottenuto inoperosamente scaccia quello derivante dalle fatiche del lavoro.

In Italia, la *no-tax area* per i redditi bassi ai fini dell'imposta personale è collocata alla soglia degli 8000 euro lordi annui e gli scaglioni più affollati sono il secondo (da 15 a 28 mila euro lordi) ed il terzo (da 28 a 55 mila euro lordi) con aliquota rispettivamente al 27% e al 38%, mentre il reddito medio del contribuente italiano si colloca tra i 28 e i 38 mila euro lordi, livello che si avvicina molto alla metà della soglia del più alto scaglione che scatta a partire da 75 mila euro lordi.

Quindi su un reddito medio, non minimo, intorno ai 30 mila euro lordi annui per un lavoratore, la singola mensilità in Italia è pari ad un netto (dopo le ritenute previdenziali) di circa euro 1.500 il che equivale a circa 9 euro netti l'ora[67].

I redditi più bassi, ossia quelli degli operai non specializzati o quelli dei commessi di commercio al dettaglio, non raggiungono la cifra di mille euro netti mensili, con soglie iniziali anche di 850 o 900 euro netti in base ai contratti collettivi applicabili[68] per una paga oraria di circa 6 euro netti. In Italia anche nel pubblico impiego i dipendenti con le più basse mansioni appartenenti a categorie di lavoratori non laureati percepiscono retribuzioni nette che si aggirano intorno a 1.000 euro (ad esempio i bidelli della scuola pubblica oggi denominati collaboratori scolastici, mentre lo stipendio base di un vigile del fuoco si aggira intorno ai 20.000 euro lordi annui, pari ad un netto mensile di circa 1.200 euro).

Se, dunque, il reddito di cittadinanza si avvicina a questo ordine di grandezze, i sospetti della sua incostituzionalità sono destinati ad acquisire consistenza per conflitto con le norme sul binomio lavoro-retribuzione.

In virtù del combinato disposto tra l'articolo 3, co. 1, e l'art. 2, co. 6, del

---

[67] Una retribuzione di 30.000 euro lordi a seguito di tassazione al 38% di Irpef si riduce a circa 19.000 euro netti (tenendo conto della progressività e della *no-tax area*, oltre che degli effetti distorsivi del complesso della normativa fiscale nonché dell'effetto delle addizionali regionali e comunali sull'IRPEF) che su 13 mensilità danno un reddito mensile di circa 1530 euro per 36/38 ore settimanali sicché la retribuzione netta per ora lavorata – sottraendo anche i contributi previdenziali a carico del lavoratore – risulta essere pari a meno di 9 euro. Dunque, in Italia il reddito medio è di circa 9 euro netti l'ora. Pertanto, il reddito minimo dovrebbe necessariamente collocarsi al di sotto di tale cifra di almeno un 30%, ossia intorno a 5 o 6 € netti per ora.

[68] In merito al basso livello delle retribuzioni nette in Italia e al legame con i flussi migratori in uscita dal nostro Paese verso le economie con stipendi più elevati si v. *Il Sole 24 ore* del 17 febbraio 2019*, Retribuzioni, calo del 4,3% in 7 anni. Perché il problema dell'Italia sono gli stipendi* di A. Magnani.

d.l. n. 4/2019 un beneficiario del sussidio percepisce 780 euro al mese netti che possono arrivare fino a 1.330 euro netti al mese nel caso in cui il nucleo familiare sia composto da due adulti e un figlio maggiorenne o due minorenni[69].

Occorre tener presente che secondo l'Istat con riferimento all'anno 2020 la soglia di povertà assoluta per un *single* oscilla tra gli 839, 78 € di chi vive in una metropoli del Nord e i 569,56 € di chi vive in un'area rurale del Mezzogiorno per una media mensile nazionale di 700 €, mentre per un nucleo familiare composto da 2 genitori ed un figlio minore di età compresa tra 3 e 10 anni la suddetta soglia fluttua tra i 1.415,36 e i 1.032,34 € per una media mensile nazionale di circa 1.200 €[70]. Dunque, in Italia vi sono retribuzioni che legalmente si collocano al di sotto della soglia di povertà assoluta o al confine con essa.

Queste cifre raffrontate con i dati numerico-normativi sull'ammontare del reddito di cittadinanza e con i dati giuridico-contrattuali sulle retribuzioni in Italia rendono evidente che il reddito di cittadinanza è ben superiore alla misura di uno strumento di lotta alla povertà assoluta per la sussistenza degli indigenti perché raggiunge un livello maggiore rispetto alla soglia in questione e può in certi casi collocarsi a ridosso del livello del reddito medio da lavoro, oltrepassando la paga oraria minima e superando la retribuzione delle fasce di lavoratori con le mansioni più umili[71].

Tutto ciò provoca un fenomeno di *spiazzamento* nel mercato del lavoro ed ha generato un'introduzione *di fatto* del salario minimo in quanto nessun percettore del sussidio è più disponibile ad offrire le proprie prestazioni lavorative per una retribuzione inferiore al reddito di cittadinanza. Quello che in termini economici è uno spiazzamento di mercato, in termini giuridici è un conflitto tra la disciplina normativa del beneficio in questione ed il quadro costituzionale concernente il legame tra lavoro e retribuzione.

Il confronto numerico-monetario – lungi dal consistere in un parametro meramente economico o metagiuridico – è un pregnante elemento di diritto in quanto l'ammontare del reddito di cittadinanza è disciplinato dalla legge ed è, dunque, un elemento legislativo al pari del livello delle retribuzioni derivante dell'interpretazione e dall'applicazione dell'art. 36, co. 1, della Costituzione compiute dalla giurisprudenza italiana.

Del resto la realtà che emerge anche in questi giorni nella vita concreta dei lavoratori e delle imprese riflette una distorsione nel mercato del lavoro causata dal reddito di cittadinanza che sta producendo il mancato incontro tra domanda

---

[69] A tale cifra possono sommarsi altri benefici previsti dalle normative nazionali e locali legate all'abitazione e al numero di componenti del nucleo familiare.

[70] I dati sono tratti dal calcolatore Istat disponibile sul sito dell'Istituto alla pagina: *www.istat.it/it/dati-analisi-e-prodotti/contenuti-interattivi/soglia-di-povertà*.

[71] L'ammontare del RdC si aggira intorno al doppio della consistenza dell'assegno sociale *standard* pari a 460 euro (ove non subentrino interventi capaci di innalzarlo).

ed offerta per tutte quelle mansioni la cui retribuzione netta mensile non supera il livello del *sussidio di stanza*, dal lavoro stagionale al lavoro *part-time* fino al lavoro a tempo pieno ed indeterminato per le mansioni più modeste non specializzate.

Nel quadro delle norme costituzionali non si rinviene per gli abili al lavoro in età lavorativa alcun *diritto ad un reddito* sganciato dal lavoro poiché dall'esame sistematico degli articoli 1, 4 e 35 nonché dal complesso delle norme che compongono la Costituzione socio-economica, il reddito si configura come attributo e corollario del lavoro: non sussiste per gli abili al lavoro un diritto a ricevere un reddito privo di un equivalente sforzo in termini di contributo al progresso materiale e morale della società attraverso l'impiego delle proprie energie psico-fisiche ed intellettuali. Il *reddito* non è grandezza indipendente dai fattori della produzione quanto piuttosto è un risultato che si ottiene quale variabile dipendente del lavoro, dell'impresa, degli investimenti (capitale), dell'utilizzo delle risorse naturali (terra, giacimenti).

Dunque, il legislatore per dare pieno sviluppo al dettato costituzionale è tenuto ad adoperare le risorse pubbliche in favore di misure che abbiano quale effetto la massima occupazione e a rivedere uno strumento come il reddito di cittadinanza che ha mostrato nei fatti e negli effetti un palese stridore con il principio lavorista in quanto – lungi dal costituire esclusivamente un sollievo per uno strato marginale della popolazione escluso suo malgrado dai processi produttivi – ha creato un situazione in cui un'intera fascia della forza-lavoro è stata allontanata dal concorso alla produzione della crescita nazionale divenendo precipuamente elemento di spesa per il bilancio dello Stato alimentato dai versamenti tributari di altri cittadini (art. 53 Cost). Inoltre, per rispondere al quesito formulato nelle precedenti pagine, deve ritenersi che dalla cornice costituzionale emerge che la discrezionalità del legislatore nell'introdurre misure di assistenzialismo non può spingersi ad un livello tale da interferire con le dinamiche del lavoro elargendo un sussidio alla disoccupazione (di fatto) volontaria che raggiunga un livello monetario così elevato da ostacolare l'incontro tra domanda e offerta di lavoro anche tenendo conto del titolo di studio (artt. 33 e 34 Cost.), mentre rientra nella detta discrezionalità un sussidio di lotta alla povertà che si collochi ad un livello inferiore delle retribuzioni più basse o che consideri la pregressa partecipazione dell'individuo alla produttività del Paese (disoccupazione involontaria)[72].

[72] Qualche considerazione prettamente economica sullo stallo dei consumi e sulla crescita dei depositi bancari infruttiferi può ancor meglio chiarire gli effetti distorsivi e la mancata realizzazione delle previsioni. Qualcuno aveva, infatti, ipotizzato che una crescita potesse, comunque, derivare in via indiretta da un rilancio dei consumi connesso all'erogazione del reddito di cittadinanza; orbene anche tale previsione collaterale benefica non si è verificata poiché già nel 2019, primo anno di applicazione del reddito di cittadinanza, pur in assenza degli infausti effetti della pandemia esplosa nel 2020, i consumi non sono affatto cresciuti (si v. in tal senso V. De Ceglia su *Repubblica – Eco-*

11. *Mantenimento del reddito di cittadinanza o espunzione dal sistema?Un modo per salvarlo dopo un'analisi economica delle sue conseguenze: renderlo coerente con la Costituzione*

In conclusione, l'attuale formulazione della normativa sul reddito di cittadinanza rivolta ai soggetti abili al lavoro contrasta con le norme della Costituzione socio-economica italiana e, in particolare:

con l'art. 1 che fonda il sistema giuridico sul lavoro e non su sussidi erogabili *sine die* anche a fronte di un'inerzia nella ricerca di un'occupazione da parte del percettore;

con l'art. 4 che inquadra il lavoro come strumento generale di lotta alla povertà, mentre il sussidio costituisce un disincentivo alla ricerca di un lavoro;

con l'art. 35 che tutela tutte le forme e le applicazioni del lavoro e che in combinato disposto con l'art. 4 non riconosce alcun valore alla scelta del non-lavoro;

con l'art. 36 che lega al lavoro e non all'inoperosità il reddito-retribuzione che assicura un'esistenza libera e dignitosa;

con l'art. 37 nella parte in cui implica che un reddito capace di dare un'esistenza libera e dignitosa è concepibile solo come conseguenza di una pari attività lavorativa;

con l'art. 38 che riconosce mezzi di sussistenza sganciati dal lavoro solo in presenza di un'inabilità allo svolgimento di un'attività lavorativa;

con lo stesso art. 38 nella parte in cui a chi è abile al lavoro riconosce mezzi di sussistenza per la disoccupazione solo se essa sia involontaria.

È appena il caso di sottolineare che dal punto di vista economico un sussidio corrisponde ad una *tassazione negativa* (tassazione invertita) sicché la sua prolungata (e non temporanea) erogazione che vanifica le capacità lavorative

---

nomia e Finanza dell'8 novembre 2019, *In Italia consumi fermi da 10 anni: "Se non crescono, non c'è futuro"* dove è citato anche uno studio dell'European House Ambrosetti) . Anzi, contrariamente ad ogni previsione, negli ultimi anni si è verificata un consistente aumento del risparmio (si v. M. Casadei e M. Finizio sul Sole 24 Ore del 18 novembre 2020, *Più soldi in banca, crescita record dei depositi: ecco le province dove si risparmia di più* da dove si ricava che la crescita dei depositi bancari ha riguardato di più le province del Sud Italia, ossia i territori in cui più consistente è stato l'intervento del reddito di cittadinanza), sicché si può ritenere che – in termini di grandezze macro-economiche – le disponibilità liquide introdotte dal reddito di cittadinanza non hanno prodotto alcun rilancio dei consumi, nonostante le preventive contromisure adottate dal Governo, sortendo paradossalmente il risultato di un incremento della ricchezza in condizione di statica attesa a dispetto persino della scarsissima rimunerativà legata all'azzeramento dei tassi d'interesse. L'aumento dei depositi infruttiferi è un dato che lascia trasparire una sfiducia nelle prospettive di crescita: infatti l'aumento del risparmio non investito è indice di incertezza sul futuro dell'economia del Paese, incertezza cui certamente contribuiscono le misure che non destinano risorse all'aumento delle produttività e agli incentivi occupazionali. Bisogna anche chiedersi se l'appiattimento dei consumi contestuale ad un aumento dei depositi in presenza di misure di sostegno ai non-abbienti rappresenti un indice della presenza di lavoro nero come si apprende quotidianamente attraverso la cronaca.

potenzialmente spendibili dai percettori sul mercato ed impedisce il loro trasformarsi in capacità contributive stride con l'art. 53 della Costituzione trasformando in onere per il bilancio il sostentamento di soggetti che lavorando potrebbero partecipare alla platea dei contribuenti.

L'ampiezza dello spettro di norme coinvolte evidenzia che l'intero sistema è congegnato per reggersi sulla produttività e sul lavoro cui sono direttamente ed indirettamente legate le norme costituzionali sui rapporti economici.

Il contrasto con il principio lavorista e con il diritto-dovere di lavorare sancito dalla Costituzione per gli abili al lavoro ed in età lavorativa emerge con chiarezza anche dal comma 6 dell'articolo 3 del d.l. n. 4/2019 laddove il legislatore non pone alcun limite alle proroghe come risulta evidente dalle parole "ciascun rinnovo" le quali lasciano intendere che il beneficio potrebbe prolungarsi *sine die*, ferma restando la necessità di rifinanziamento della misura.

Alla luce delle considerazioni svolte, l'attuale configurazione giuridica del reddito di cittadinanza limitatamente alla platea di beneficiari abili al lavoro dà luogo ad un insanabile contrasto con il principio lavorista che fonda la Costituzione socio-economica del nostro Paese sulla produttività dei fattori proprio a partire dalla forza-lavoro.

Al fine di salvare lo strumento e le sue nobili finalità occorre renderlo conforme alla Costituzione attraverso aggiustamenti che, senza svilire la natura di sussidio e di lotta all'esclusione sociale e alla povertà, evitino il dispiegarsi di quegli effetti che lo pongono in contrasto con l'occupabilità dei beneficiari.

Benché sinora non ne abbia fatto uso, il legislatore dispone di tecniche capaci di rendere la misura coerente con i fini impressi nella Costituzione onde evitarne un sospetto di illegittimità, ponendo altresì riparo alle critiche del mondo produttivo e alle insofferenze della classe dei contribuenti che rischiano di generare tensioni sociali[73].

Senza pretesa di esaustività, volendo brevemente accennare ad alcuni congegni normativi utilizzati dalla legislazione di altri Paesi, si può rimarcare come, ad esempio, in Belgio è previsto che – al fine di poter continuare a godere di determinati sussidi – il soggetto beneficiario debba dar prova all'ufficio pubblico competente (che svolge funzioni analoghe a quelle del Centro per l'impiego) di essersi adoperato per cercare un lavoro e non già attendere passivamente che da quell'Ufficio giunga una proposta[74].

---

[73] Bisogna tener presente che il sistema previdenziale generale ha un equilibrio basato sul modello contributivo e sul finanziamento a capitalizzazione sicché ogni prestazione posta a carico della previdenza sociale che non abbia un'alimentazione nei contributi o premi pagati dai lavoratori riceve copertura finanziaria solo attraverso la fiscalità generale, ossia attraverso il complesso delle entrate fiscali statali, ovvero attraverso l'indebitamento nei casi in cui ciò è consentito dal nuovo art. 81 della Costituzione.

[74] Si v. il dossier di documentazione *I diritti di previdenza sociale in Belgio* elaborato dagli uffici della Commissione europea, luglio 2012, 27 ss., pubblicato sul sito *www.ec.europa.eu*.

L'ufficio belga che si occupa dell'erogazione del servizio è *Office national de l'emploi* ovvero a seconda dei casi la *Caisse auxiliaire de paiement des allocations de chômage*.

In altri sistemi europei è stabilito che, onde scongiurare il pericolo che la ricerca di lavoro sia fittizia, il beneficio sia, comunque, decrescente nel tempo allo scopo di sollecitare l'interessato ad adoperarsi fattivamente per trovare un'occupazione.

Quanto all'interferenza tra lavoro e Rdc si deve osservare che il legislatore non ha tenuto nella dovuta considerazione le condizioni attuali del mercato del lavoro in Italia (non dissimili da quelle europee) nella parte in cui ha trascurato l'importanza dei meccanismi legislativi a tutela del lavoro stagionale ovvero occasionale o, comunque, del lavoro a tempo determinato omettendo di elaborare congegni che consentano di mantenere il beneficio a favore di chi accetti un lavoro sebbene precario, sospendendo l'erogazione solo per i mesi di lavoro.

Dunque, il reddito di cittadinanza può essere mantenuto a condizione di essere trasformato e ricondotto nella cornice della Carta Fondamentale e del sistema giuslavoristico italiano trasformandosi in una *nuova forma di assicurazione sociale*[75] contro la povertà per i soggetti abili al lavoro, volenterosi nella ricerca di un'occupazione e rimasti ai margini dei processi produttivi e collocandolo – quale esito dell'analisi economica concreta dei suoi effetti empirici – in una scia compatibile con la Costituzione socio-economica, con l'ordinamento complessivo, con i parametri di sostenibilità finanziaria di lungo termine e con i diritti della classe dei contribuenti. Tale condizione si realizza suddividendo lo strumento e correggendo la normativa attuale stabilendo che:

- gli interventi attinenti alle finalità di cui all'art. 38, co. 1, Cost. per disabili e non-autosufficienti siano confermati e distinti dagli altri;
- la finalità di lotta alla povertà sia separata da quella di politica attiva del lavoro e dalla tutela per le fasi di inoccupazione suddividendo lo strumento del RdC in più filoni distinti aventi diverso ammontare; nelle politiche attive del lavoro la spesa deve essere erogata al percettore tramite i datori di lavoro a fronte di un lavoro da svolgere; l'elevazione sociale del cittadino abile lavoro avviene, infatti, ai sensi della Costituzione nella misura in cui riesce ad essere partecipe dei processi e dei contesti produttivi (art. 46 Cost.) che come formazioni sociali consentono lo svolgimento della sua personalità (art. 2 Cost.); gli strumenti di formazione professionale devono essere separati dal sussidio di povertà e subordinati alla frequenza con profitto di corsi di avviamento ad un mestiere;

[75] L'allungamento della prospettiva di vita genera maggiori spese di carattere pensionistico per gli eventi direttamente previsti dalla Costituzione e ciò impone al decisore politico di non distrarre risorse del *welfare state* in favore di soggetti in condizione di produrre; infatti, sussiste una considerevole differenza tra il reddito di cittadinanza, la tutela contro la disoccupazione involontaria e le pensioni di vecchiaia, anzianità ed inabilità. Queste ultime forniscono un reddito a chi non è più in condizione di lavorare, la tutela contro la disoccupazione involontaria assicura una garanzia sociale in favore di chi ha perso il lavoro, mentre il reddito di cittadinanza elargisce, allo stato attuale, denaro a prescindere da una precedente contribuzione al sistema di previdenza sociale, indipendentemente dalla ricerca effettiva di un lavoro e nonostante la mancata partecipazione al ciclo produttivo.

- in un mercato del lavoro liberalizzato come quello italiano la ricerca di lavoro divenga anche onere del beneficiario e non del solo Centro per l'impiego al fine di non stridere con il requisito dell'involontarietà della disoccupazione di cui all'art. 38, co. 2, Cost.; il beneficiato deve provare dinanzi al Centro per l'impiego a cadenza, ad esempio, trimestrale o semestrale di aver fattivamente cercato lavoro, inviando il proprio *curriculum* alle aziende, candidandosi a selezioni e reclutamenti di personale, partecipando a concorsi pubblici, svolgendo colloqui presso le imprese in cerca di manodopera anche in relazione al proprio titolo di studi;
- il riconoscimento del sussidio per i casi di disoccupazione involontaria – liberato dall'attuale *fumus* paternalistico – abbia la configurazione di *diritto soggettivo* legato al sistema delle assicurazioni sociali e una durata temporanea prestabilita nella vita di ciascun soggetto abile al lavoro al di fuori di ogni inquadramento familistico (dunque a prescindere da Isee familiari e dichiarazioni di parenti e affini); tale diritto soggettivo deve divenire fruibile ed attivabile da parte di ciascun individuo in una o più soluzioni nel corso dell'età lavorativa a tutela delle fasi di disoccupazione involontaria attualmente non coperte dagli strumenti di previdenza sociale esistenti (cassa integrazione, indennità di disoccupazione, Naspi, ecc.);
- l'importo dell'erogazione per i casi di mera lotta alla povertà senza finalità di avviamento al lavoro deve essere rivisto avvicinandolo ad una soglia più coerente con il soddisfacimento dei bisogni primari ed essenziali dimodoché non inferisca con il livello delle retribuzioni, onde scongiurare che l'ammontare del sussidio interferendo con il livello del reddito da lavoro finisca per collidere con l'art. 1 della Costituzione assicurando, tuttavia, anche un legame con il reddito pregresso e, quindi, con la contribuzione;
- l'importo sia in ogni caso decrescente nel tempo onde evitare che il sussidio interferisca a lungo con l'andamento delle retribuzioni;

la normativa sia corretta introducendo la sospensione senza disincentivi per chi trova lavoro a tempo determinato, stagionale o occasionale allo scopo di rispettare l'art. 35 Cost.

Questi correttivi, eliminando anche gli elementi di spiazzamento del mercato del lavoro presenti nella normativa attuale, conducono a mantenere intatta la possibilità di salvaguardare nel tempo lo strumento riformandolo, specie in un'epoca di crisi economica, senza tuttavia sottrarre – in vista dell'auspicabile (e forse imminente?) ripresa – all'economia del Paese forze e capacità produttive.

Nella parte finale della XVIII Legislatura, ossia pochi anni dopo l'introduzione del reddito di cittadinanza, il Governo Draghi nella legge di bilancio per il 2022, prendendo atto della farraginosità della normativa ha introdotto – in concomitanza con alcune misure connesse al Piano di ripresa e resilienza e agli auspici di ripresa economica postulati all'inizio di quell'anno prima della crisi

bellica tra Russia e Ucraina – alcune prime modifiche per lo più concernenti la riduzione del numero delle offerte di lavoro rifiutabili[76].

Successivamente, proprio in questi giorni, agli esordi della XIX Legislatura, il nuovo Governo Meloni ha elaborato il testo del disegno di legge per il nuovo bilancio dello Stato (annuale per l'esercizio 2023 e triennale 2023-2025) che prevede un forte ridimensionamento della disciplina del reddito di cittadinanza per i soggetti abili al lavoro con una drastica soluzione consistente in una sostanziale abolizione nell'arco di sette o otto mesi nel nuovo anno. Dunque, nell'alternativa tra riforma dello strumento finalizzata a renderlo coerente con la Costituzione e abolizione pura e semplice, il Governo e la nuova maggioranza parlamentare pare abbiano scelto la seconda opzione. Si tratta *prima facie* di una prospettiva molto dura che esclude ogni possibilità di salvare l'istituto riformandolo, ma in realtà vi sono una serie di indicazioni che consentono di preconizzare una riforma delle politiche sociali con l'introduzione di strumenti diversi per la lotta alla povertà e per i sussidi in caso di disoccupazione involontaria: infatti l'abolizione *sic et simpliciter* dello strumento senza accompagnare un così vasto strato della popolazione verso la prospettiva del lavoro attraverso percorsi diversificati e collegati alla formazione professionale e agli incentivi alle assunzioni potrebbe avere ripercussioni molto forti dal punto di vista sociale.

Attualmente non sono noti i contenuti che il Governo e la nuova maggioranza parlamentare uscita dalle elezioni del 25 settembre 2022 intendono conferire alle politiche sociali, ma pare che sia stato scartato il meccanismo di decrescita dell'ammontare del sussidio come incentivo alla ricerca del lavoro rendendo così via via la retribuzione offerta dal mercato più appetibile rispetto al sussidio, mentre l'orientamento prevalente sembra diretto all'introduzione di incentivi all'assunzione dei percettori del RdC da parte delle aziende mediante detassazione del lavoro riducendone così il costo.

Non è tuttavia da escludere che nei prossimi mesi il dibattito politico ed economico non si orienti verso un più articolato ventaglio di strumenti che tenga conto della nuova crisi economica causata dal contesto bellico nell'Europa orientale, dalle politiche monetarie della Banca centrale europea e dalle speculazioni sul prezzo del gas, che provocando rincari ai beni di prima necessità e al costo del denaro sta generando imprevedibili difficoltà economiche agli strati meno abbienti della popolazione.

---

[76] Il Presidente del Consiglio, Prof. Mario Draghi, nel corso di vari interventi pubblici aveva espresso riserve sulla misura ribadendole anche nello svolgimento della seduta pubblica della Camera del Deputati del 20 luglio 2022 («*il reddito di cittadinanza è una cosa buona, ma se non funziona è cattiva*») quando pur mantenendo formalmente la fiducia parlamentare dei presenti in Aula, ha di fatto perso il sostegno della maggioranza politica che sosteneva l'Esecutivo a causa del mancato appoggio del Movimento Cinque Stelle alla mozione pura e semplice su cui il Governo aveva chiesto il voto.

Ciò potrebbe indurre, allo spirare del quel termine di sette o otto mesi residui per l'attuale configurazione del RdC, ad adottare una riforma del sussidio che – anche correggendone la denominazione giuridica – di fatto non abolisca del tutto l'intervento statale in favore dei soggetti privi di occupazione, ma introduca quei correttivi parziali e via via crescenti che imbocchino, comunque, la strada che porti a trasformare la disciplina del sussidio per renderlo coerente con l'economia di mercato di uno Stato sociale delineata dalla Costituzione, distinguendo la misura di lotta alla povertà assoluta da quella di garanzia per il periodo di disoccupazione involontaria e allontanando lo spettro del perpetuarsi di forme di assistenzialismo improduttivo che – sviando un ampio strato della popolazione dalle dinamiche del lavoro – rischia di porre soggetti potenzialmente attivi ai margini della società ingabbiandoli in una moderna *trappola della povertà* sotto forma di perenne dipendenza dal sussidio pubblico e privandoli di quell'anelito all'elevazione materiale e spirituale presente nella Costituzione (artt. 2 e 46) che solo il lavoro può consentire.

La pluralità degli strumenti da mettere in campo è lineare, del resto, con la pluralità di funzioni che il legislatore aveva preteso di attribuire al reddito di cittadinanza con l'art. 1 del d.l. n. 4/2019.

In definitiva, preso atto che da più parti si auspicava una correzione dello strumento e che la configurazione del reddito di cittadinanza così come concepito della disciplina inziale – oltre ad essere stata oggetto di critiche da diverse forze politiche e da diversi attori sociali – confligge in alcuni considerevoli punti col principio lavorista impresso nella Costituzione economico-sociale, ma che la sua completa abolizione rischia di stridere con altri aspetti del contesto normativo di uno Stato sociale, la seconda parte del 2023 svelerà se la reale scelta del legislatore consisterà nella generale eliminazione di ogni misura in favore degli abili al lavoro in stato di disoccupazione ovvero nell'introduzione di una misura – differente per nome e per concetto – che con modifiche più o meno forti preveda una tutela per la fasce più deboli della popolazione abbinata agli incentivi per formazione e lavoro.

Si tratta di una sfida notevole perché da un lato il reddito di cittadinanza contiene le molte criticità evidenziate, ma una normativa che implichi sua totale abolizione senza una o più misure alternative si presta ad andare in urto con altri non meno importanti valori costituzionali legati alla solidarietà tra i consociati e alla dignità della persona umana. È un delicato bilanciamento di interessi di fronte al quale spetta alla discrezionalità legislatore il compito di trovare il fragile punto di equilibrio nel complessivo quadro costituzionale.

Abstract

L'introduzione del reddito di cittadinanza ha preteso di costituire uno strumento tanto per la lotta alla povertà quanto per incentivare l'ingresso nel mondo del lavoro in guisa di misura di politica attiva. Nei fatti questo strumento ha generato una classica "trappola della povertà" confermata anche dal metodo dell'analisi economica del diritto, allontanando i disoccupati e gli indigenti dalla ricerca del lavoro. Questo effetto si pone in contrasto con le norme costituzionali sul lavoro sicché il legislatore dovrebbe intervenire modificando la misura onde evitare le distorsioni e favorire il lavoro, senza dimenticare la tutela delle fasce più deboli della popolazione.

Citizenship income and democracy based on work.
Legal analysis of unemployment benefits between economic constitution and poverty trap

The italian tool called "reddito di cittadinanza" (or citizenship income) aspired to be a measure both for the fight against poverty and for the encouragement to enter the labour market. In fact, this tool has generated a typical "poverty trap" also confirmed by the method of economic analysis of the law (EAL) and consequentially the poor people have not iniziative to look for a job. This effect conflicts against the constitutional italian rules about labour so that the legislator should intervene to modify the measure in order to avoid distortions and stimulate the job search, without forgetting the protection of the weakest sections of the population.

La Convenzione di Faro e le espressioni di cultura immateriale in Italia: il caso dell'ecomuseo*

di Agnese Mussatti

Sommario: 1. Introduzione – 2. Il problema della definizione di patrimonio culturale. – 3. La Convenzione di Faro e il patrimonio culturale immateriale. – 4. Il ruolo dei meccanismi di partecipazione: la valorizzazione del patrimonio culturale tra Convenzione di Faro e ordinamento italiano. – 5. Il caso dell'ecomuseo. – 6. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

La ratifica da parte dell'Italia, con l. 1° ottobre 2020, n. 133, della Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società – che nella versione abbreviata porta il nome della città che nel 2005 ne ha ospitato la presentazione, la portoghese Faro – giunge a seguito di un travagliato *iter* parlamentare che ne ha lungamente ostacolato l'approvazione[1]. Benché limitata all'enunciazione programmatica di principi, la Convenzione costituisce una rilevante e composita dichiarazione di intenti: obiettivo del presente contributo consisterà nel delinearne la portata applicativa, misurandone l'impatto nell'ordinamento interno alla luce del mutamento che il testo propone nell'approccio complessivo alla materia culturale. A riguardo, va immediatamente evidenziato che, nella Convenzione, la nozione di *cultural heritage* è stata definita secondo criteri soggettivi e di contesto, in modo dunque aperto a mutevoli interpretazioni e sulla base di criteri esterni alla nozione stessa, che ne considerino l'attitudine a interagire con le esistenti dinamiche sociali, economiche e ambientali[2].

A fronte di tale novità, l'indagine prenderà in esame l'impatto della Convenzione di Faro sulla disciplina del patrimonio culturale immateriale[3], muovendo

* L'autrice ringrazia la Prof.ssa Annalisa Gualdani, il Prof. Andrea Averardi e il Dott. Andrea Magliari per il prezioso supporto fornito durante la redazione di questo articolo.

[1] A partire dalla sua sottoscrizione, nel 2013, fino al 23 settembre 2020, giorno in cui la Camera dei deputati ne ha disposto l'adozione.

[2] Cfr. il Preambolo e gli artt. 1 e 2 della Convenzione, analizzati nei paragrafi successivi. Sulla Convenzione di Faro si vedano, *ex multis*, C. Carmosino, *La Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore del patrimonio culturale per la società*, in *Aedon*, 1/2013; D. Manacorda, *La "Convenzione di Faro" e la tradizione culturale italiana*, in *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia. Atti del convegno*, *Il Capitale culturale*, 5/2016, 28 ss.; P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico),* in *Federalismi.it*, 4/2017; C. D'Alessandro, *La ratifica della Convenzione di Faro e il difficile inserimento del cultural heritage nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Società dir.*, 10/2020, 208; A. Gualdani, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?,* in *Aedon*, 3/2020.

[3] Secondo la medesima logica caratterizzante le critiche sollevate riguardo alla definizione

dalla constatazione per cui i pochi e ambigui cenni all'interno della normativa di settore impediscono al momento il delinearsi di una disciplina organica e strutturata. Invero, pur non costituendo i c.d. beni immateriali oggetto di diretto interesse della Convenzione, nella definizione aperta e dinamica di *cultural heritage* appena richiamata la distinzione materiale-immateriale pare pacificamente accolta in virtù di un diverso parametro di identificazione, che risiede nel coinvolgimento di individui e comunità e nel riconoscimento della strumentalità del patrimonio culturale rispetto a questioni socialmente rilevanti. Tale dimensione soggettiva e socialmente orientata costituirà anche il perno delle riflessioni successive, volte ad individuare il sostrato normativo idoneo a sorreggere ed implementare nel nostro ordinamento i principi esposti nella Convenzione in materia di partecipazione della società civile alla valorizzazione del patrimonio culturale.

Sulla base di simili premesse, il caso dell'ecomuseo – modello di valorizzazione del territorio alimentato dalle attività di individui, gruppi e associazioni orientati al paradigma di gestione *bottom-up* – servirà anzitutto a inquadrare i meccanismi di partecipazione cui la Convenzione fa riferimento nel testo. L'attenzione di questa indagine si sposterà infine sul cospicuo numero di casi, all'interno della legislazione regionale in materia di ecomusei, nei quali la nozione di patrimonio culturale è espressamente estesa alle sue manifestazioni immateriali: il dato permetterà di svolgere riflessioni conclusive sul tema dell'intangibilità e sullo stato attuale della disciplina in materia.

2. *Il problema della definizione di patrimonio culturale*

Avendo in mente gli obiettivi appena esposti, nel presente paragrafo si darà preliminarmente conto delle principali criticità sollevate a seguito della ratifica della Convenzione in esame, con particolare riferimento alla questione terminologica che la controversa traduzione di *cultural heritage* ha generato.

Per quanto il punto sia stato già largamente affrontato, si deve ricordare che l'utilizzo del termine *cultural heritage* per definire «l'insieme delle risorse ereditate dal passato che alcune persone identificano [...] come riflesso ed espressione dei loro valori, credenze, conoscenze e tradizioni», comprensivo di «tutti gli aspetti dell'ambiente che sono il risultato dell'interazione nel corso del tempo fra le

di patrimonio culturale di cui alla Convenzione di Faro (cfr. il par. 2 di questo contributo), la traduzione di '*intangible cultural heritage*' con 'patrimonio culturale immateriale' sarebbe impropria secondo parte della dottrina, in quanto colpevole di aver incluso nel perimetro della nozione codicistica espressioni che, oltre a non rientrare a livello teorico nella definizione, mal si conciliano con gli strumenti giuridici di tutela ivi previsti. Preso atto di tale effettivo disallineamento, ai c.d. beni culturali immateriali fanno tuttavia esplicito riferimento diversi autorevoli contributi: si veda, ad esempio, l'intero *Aedon* n. 1/2014.

persone e i luoghi»[4], ha sollevato non pochi dubbi interpretativi in ordine alla sua corretta traduzione in lingua italiana, principalmente oscillante tra i termini *patrimonio* ed *eredità* culturale[5]. La *Traduzione non ufficiale in italiano* inserita in Gazzetta Ufficiale (S.G., n. 263 del 23/10/2020), come noto, ha infine optato per la prima delle due alternative, generando sul punto una certa confusione terminologica rispetto alla definizione positiva di patrimonio culturale prevista dall'art. 2 del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, recante il *Codice dei beni culturali e del paesaggio*[6].

La questione, tutt'altro che isolata al mero dato lessicale, contiene in sé un importante presupposto teorico, dal momento che la scelta della locuzione 'patrimonio' andrebbe ad incidere su un quadro normativo sul punto già giuridicamente "saturo", poiché compiutamente definito dagli istituti e strumenti previsti nell'intero *corpus* normativo del Codice, rischiando di generare, agli occhi di parte della dottrina[7], pericolosi fraintendimenti in ordine all'individuazione della corretta estensione della nozione proposta nel testo di Faro.

A tale orientamento sembra tuttavia possibile opporre almeno le seguenti due riflessioni.

Relativamente alla pretesa confusione che l'inclusione del patrimonio culturale di cui all'art. 2 Conv. genererebbe rispetto alla definizione già esistente nel Codice, l'argomento necessita di essere affrontato alla luce della congenita

---

[4] Entrambe le citazioni si riferiscono all'art. 2 della Convenzione, in traduzione non ufficiale in lingua italiana.

[5] Sulle argomentazioni relative all'utilizzo di tale ultima locuzione si vedano P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro*, cit., p. 19; G. Severini, P. Carpentieri, La *ratifica della Convenzione di Faro «sul valore del patrimonio culturale per la società»: politically correct vs. tutela dei beni culturali?*, *ivi*, 8/2021, p. 227 ss. e *passim*. Cenni alla questione anche in L. Zagato, *The Notion of "Heritage Community" in the Council of Europe's Faro Convention. Its Impact on the European Legal Framework*, in *Between Imagined Communities of Practice: Participation, Territory and the Making of Heritage,* Göttingen, 2015, p. 145.

[6] Per dovere di completezza, si noti inoltre che in francese – seconda lingua ufficiale della Convenzione – l'equivalente di *cultural heritage* è stato precisamente individuato nel termine '*patrimoine culturel*'. La nozione francese, a livello giuridico, ricalcava inizialmente quella italiana, di stampo prettamente materiale («*Le patrimoine s'entend, au sens du présent code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique*»); tuttavia, nel 2016, all'art. L1 del *Code du patrimoine* è stato aggiunto un secondo *alinéa* (art. 55 l. n. 2016-925), che ha esteso al concetto di patrimonio proprio *les éléments du patrimoine culturel immatériel*. Sebbene sia stato osservato che nel 2005 tale estensione non fosse ancora prevista e che dunque la traduzione in *patrimoine culturel* risultasse impropria, giova sottolineare che l'art. 1, secondo *alinéa*, specifica espressamente che l'inclusione del patrimonio culturale immateriale è «*au sens de l'article 2 de la convention internationale pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel*», ratificata dalla Francia nel 2006. Il disallineamento cronologico sollevato non pare dunque argomentazione sufficiente rispetto al dato giuridico rilevabile e alla generica tendenza in materia di intangibilità. Si segnala in ogni caso che la Francia non ha per il momento proceduto né alla sottoscrizione, né alla ratifica della Convenzione di Faro.

[7] Il recente contributo di Severini e Carpentieri citato costituisce, a titolo esemplificativo, netta presa di posizione sul punto.

polisemia che la locuzione possiede, ponendosi peraltro sulla scia delle molteplici definizioni "a geometrie variabili" esistenti[8]. Si prenda in considerazione, anzitutto, il contesto internazionale, all'interno del quale si rinvengono differenti estensioni semantiche della nozione di patrimonio culturale già da tempo recepite nel nostro ordinamento[9]. L'Italia ha infatti ratificato, tra gli altri, il patrimonio culturale di *outstanding universal value* di cui alla Convenzione UNESCO per la Protezione del Patrimonio Mondiale Culturale e Naturale del 1972, e, qualche decennio più tardi, il patrimonio culturale immateriale di cui alla Convenzione UNESCO del 2003 per la Salvaguardia del Patrimonio Culturale Immateriale[10].

L'ulteriore osservazione, implicitamente suggerita, che tali Convezioni costituiscano parte dell'attuale impianto legislativo interno consente inoltre di rilevare che anche a livello nazionale il concetto non risulta univocamente definito. La definizione dell'art. 2 Cod., secondo la quale il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e paesaggistici, a loro volta circoscritti alle sole *cose* mobili o immobili, rappresenta certamente l'accezione cui si conforma l'intero *corpus* del Codice[11], compresi i relativi strumenti di tutela e valorizzazione ivi predisposti; tuttavia, si avrà modo di approfondire in seguito (cfr. par 3) come il vigente sistema normativo presenti, proprio alla luce delle progressive aperture al settore dell'immaterialità, alcune incongruenze interne. Invero, la dinamica definizione proposta dalla Convenzione di Faro, più vicina all'estesa accezione di cultura di stretta derivazione antropologica sposata dall'art. 9, co. 1 Cost.[12], trascenderebbe il significato della nozione fornita a livello codicistico secondo un c.d. modello a cerchi concentrici[13]. Il *cultural heritage* di Faro, includendo implicitamente nel medesimo concetto anche la dimensione immateriale – dal

[8] Polisemia di cui si ha effettivo riscontro nel recente contributo di L. Casini, voce *Patrimonio culturale*, in *Funzioni amministrative. Enciclopedia del Diritto, I Tematici*, Vol. 3, Milano, 2022, p. 817 ss.

[9] Sul punto si veda anche A. Lupo, La nozione positiva di patrimonio culturale alla prova del diritto globale, in *Aedon*, 2/2019.

[10] Leggi di ratifica 6 aprile 1977, n. 184 e 27 settembre 2007, n. 167.

[11] Sebbene A. Tarasco, *Diversità e immaterialità del patrimonio culturale: una lacuna (sempre più solo) italiana*, in *Foro amm. – C.d.S.,* 7-8/2008, p. 2262 osservi come la definizione dell'art. 2 Cod. strida con lo stesso art. 1, nel quale l'espressione 'patrimonio culturale' «evoca per il suo naturale campo semantico l'idea della onnicomprensività e dell'universalità delle espressioni di civiltà dell'uomo e delle sue proiezioni sociali». A. Lupo, *La nozione positiva di patrimonio*, cit., evidenzia inoltre l'affinità tra il comma secondo di tale art. 1 Cod. («La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale concorrono a preservare la memoria della comunità nazionale e del suo territorio e a promuovere lo sviluppo della cultura») e l'art. 2 della Convenzione di Faro.

[12] Si veda sul punto più approfonditamente *infra*.

[13] L'espressione è di P. Carpentieri, *La Convenzione di Faro,* cit., p. 16 ss. Tra tali cerchi concentrici, «il più ampio è costituito dal testo della Convenzione di Faro, quello intermedio dalla Convenzione di Parigi sui beni culturali immateriali del 2003 e quello più "piccolo" dalla nozione giuridica di patrimonio culturale (materiale) del codice di settore».

momento che la definizione non pare considerare la tangibilità delle sue manifestazioni criterio utile a delimitarne la portata – potrebbe tra l'altro costituire utile strumento di implementazione della Convenzione UNESCO del 2003, la cui operatività è al momento limitata a quanto stabilito dall'art. 7-*bis* del Codice, che considera unicamente i casi in cui le c.d. espressioni di identità culturale collettiva siano rappresentate da testimonianze *materiali*[14] e sussistano i presupposti e le condizioni di applicabilità dell'art. 10 Cod. Invero, i distinti contenuti delle due Convenzioni – e il diverso sostrato storico e politico dal quale i due documenti hanno avuto origine[15] – potrebbero presentare, se posti a sistema, interessanti punti di contatto: oltre alla definizione inclusiva di *cultural heritage*, l'approccio stesso che Faro promuove in materia di partecipazione della società civile non è estraneo ai principi di UNESCO 2003; la Convenzione di Faro, nello specifico caso italiano, consentirebbe allora di rileggere i contenuti di quest'ultima sulla base di simili intersezioni.

In secondo luogo, è importante segnalare che la pretesa confusione lessicale andrebbe in ogni caso considerata alla luce del carattere programmatico e scarsamente precettivo delle disposizioni di Faro, le quali, per espressa previsione[16], non possiedono efficacia diretta in grado di generare diritti senza l'intervento di ulteriori provvedimenti interni. La Convenzione, circoscrivendo inoltre la portata della definizione di patrimonio culturale ai soli fini di quanto disposto nel testo

[14] Al requisito di necessaria materialità pare peraltro allinearsi anche il comma 1-*bis* dell'art. 52 del Codice del 2004, introdotto dal d.l. 8 agosto 2013, n. 91 e convertito, con modificazioni, dalla l. 7 ottobre 2013, n. 112: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 7-*bis*, i comuni, sentito il soprintendente, individuano altresì *i locali* [corsivo aggiunto], a chiunque appartenenti, nei quali si svolgono attività di artigianato tradizionale e altre attività commerciali tradizionali, riconosciute quali espressione dell'identità culturale collettiva ai sensi delle convenzioni UNESCO di cui al medesimo articolo 7-*bis*, al fine di assicurarne apposite forme di promozione e salvaguardia, nel rispetto della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione».

[15] Nel caso della Convenzione di Faro, la feroce distruzione del patrimonio culturale provocata dal conflitto nell'area dell'ex-Jugoslavia, percepita come attacco alla stessa identità culturale delle comunità ivi risiedenti, ha profondamente condizionato la portata dei principi esposti. Si veda in merito C. Carmosino, *La Convenzione quadro*, cit. Resta tuttavia innegabile che la Convenzione di Faro, successiva alla Convenzione UNESCO del 2003 di soltanto due anni, abbia subito anche l'influenza di quest'ultima, specie per quanto concerne la particolare nozione di *cultural heritage*: secondo *l'Explanatory Report*, il documento era stato originariamente concepito come protocollo addizionale ad esistenti convenzioni del Consiglio d'Europa; tuttavia, «*early consultations led to the conclusion that such protocols could not provide a sufficiently broad basis to pursue these objectives. Even when taken together, these Conventions do not deal with all aspects of the cultural heritage as it is now defined, particularly its intangible aspects*.».

[16] Cfr. art. 6, lett. c: «*No provision of this Convention shall be interpreted so as to create enforceable rights*»; così anche Explanatory Report, Preliminary Note: «*This is a Framework Convention. It sets out principles and broad areas for action which have been agreed between states Party. No provision of this Convention is capable of conveying rights to individuals solely through national ratification without legislative action by individual states Party*».

(cfr. art. 2), veicola piuttosto una concezione evolutiva e dinamica del concetto che è avvertita a prescindere dallo stadio raggiunto dall'impianto positivo italiano. Pertanto, non essendo desumibile alcuna pretesa giuridica immediatamente azionabile dalle determinazioni emergenti nella Convenzione, il patrimonio culturale di cui all'art. 2 del Codice, che ruota attorno alla tipicità e alla materialità delle sue componenti, non subirebbe alcuno stravolgimento diretto e immediato nel suo significato; costituirebbe invece punto di partenza e di riferimento utile a considerare una diversa prospettiva in materia, sulla scorta dell'ampia cornice giuridica che l'art. 9 Cost. offre in tal senso.

Muovendo da tali considerazioni preliminari, nei paragrafi successivi verrà dato conto di come la definizione di *cultural heritage* nei termini dell'art. 2 della Convenzione non sia nemmeno funzionale all'attivazione di un particolare regime di tutela, atto a proteggere i beni coinvolti; al contrario, si cercherà di trasferire l'attenzione sul valore che la protezione e l'utilizzo di tale patrimonio possiedono rispetto ad obiettivi ulteriori ed esterni al patrimonio stesso. Basti al momento concludere, pertanto, che le osservazioni seguenti in tema di patrimonio culturale e immaterialità considereranno di tale *cultural heritage* il significato giuridicamente più esteso, in relazione alle più rilevanti dinamiche sociali, economiche e ambientali.

3. *La Convenzione di Faro e il patrimonio culturale immateriale*

All'interno dell'ordinamento giuridico italiano, il concetto di patrimonio culturale immateriale non gode di una puntuale e completa definizione, né, parimenti, pare agevole identificare rilevanti strumenti normativi volti a regolarne le diverse forme di estrinsecazione. L'espressione, come già segnalato, è infatti assente nel Codice dei beni culturali e del paesaggio, in cui trova spazio una nozione di patrimonio culturale saldamente ancorata ai requisiti di materialità e tipicità. Solo l'art. 7-*bis* richiama indirettamente la locuzione riferendosi alla Convenzione UNESCO del 2003 (dedicata appunto alla salvaguardia di tale patrimonio immateriale), ma la portata dell'articolo, a ben vedere, risulta poi incentrata sulla diversa formulazione 'espressioni di identità culturale collettiva', giuridicamente rilevanti, tra l'altro, solo se aderenti proprio ai requisiti di materialità e tipicità appena nominati.

Il dato assume particolare rilevanza se confrontato con la caratterizzazione in senso aperto e «liminale»[17] di cultura di cui all'art. 9, co. 1 Cost., che incorag-

[17] Come noto, l'espressione è di M. S. Giannini, *I beni culturali, in Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1976. Sull'accezione estesa del concetto costituzionale di cultura: S. Cassese, *I beni culturali da Bottai a Spadolini*, in *Rassegna degli Archivi di Stato*, 1-2-3/1975; T. De Mauro, *Qualche premessa teorica alla nozione di cultura e bene culturale*, in *Il Comune democratico*, 10/1978. Tra le opere monografiche, si vedano anche

gerebbe invece l'inclusione, accanto ai beni culturali *res*, delle sue manifestazioni immateriali[18]. Non fonderebbe peraltro nessun vincolo alla portata semantica della nozione di cultura il rimando del secondo comma alla *tutela* del patrimonio storico e artistico della Nazione: al contrario, questo andrebbe interpretato alla luce dello stretto rapporto di strumentalità che intercorre tra le due proposizioni, le quali costituzionalizzano la c.d. funzione culturale, inserendola fra i principi cardine dell'ordinamento giuridico italiano[19]. La tutela delle espressioni culturali che assumono rilievo ai sensi dell'art. 9 Cost. non rimane pertanto fine a se stessa, ma è prodromica alla valorizzazione[20]; è finalizzata, cioè, alla fruizione e al godimento pubblico, i quali a loro volta costituiscono i principali strumenti di realizzazione dell'obiettivo di elevazione culturale insito nella *ratio* complessiva dell'articolo. In questo senso può considerarsi assolta la strumentalità della tutela di cui al secondo comma, la quale è infatti rivolta allo sviluppo della cultura e della ricerca scientifica e tecnica secondo gli specifici dettami costituzionali[21].

Relativamente al concetto di *cultural heritage* promosso dalla Convenzione di Faro, è stato da più parti evidenziato come questo sia più correttamente riferibile proprio ad una nozione di cultura *tout court*, modellata sulla base degli studi delle scienze antropologiche, stante il carattere aperto e liminale che ne qualifica anche in questo caso il significato. Per tale ragione, il *cultural heritage* di Faro trascende-

---

M. Ainis, *Cultura e politica. Il modello costituzionale*, Padova, 1991; S. Mastropasqua, *Cultura e scuola nel sistema costituzionale italiano*, Milano, 1980, p. 15. Sul concetto di cultura in antropologia, nell'accezione "descrittiva" che omette giudizi di valore e ne tratteggia invece il carattere onnicomprensivo, si vedano i saggi di F. Boas, A.L. Kroeber e B. Malinowski, per i quali si rimanda a *Il concetto di cultura*, a cura di P. Rossi, Torino, 1970.

[18] A. Gualdani, *I beni culturali immateriali: una categoria in cerca di autonomia*, in *Aedon*, 1/2019, sottolinea in merito: «Muovendo dall'interpretazione che le scienze sociologiche e antropologiche hanno fornito al termine cultura, contenuto nell'art. 9 Cost., quale "espressione dei modi di vita creati e trasmessi da una generazione all'altra tra i membri di una particolare società", non si può che concludere che le manifestazioni ed espressioni identitarie della Nazione siano entrate a far parte dell'oggetto di tutela pensato dal Costituente, atteso che il lemma cultura va inteso in un'accezione ampia, riferita non solo alle qualità mentali, ma estesa all'insieme dei comportamenti e delle credenze umane. […] Se si accoglie tale visione – corroborata oggi dal novellato art. 117 Cost. sulla tutela, valorizzazione e promozione – non può che concludersi che, giusto il collegamento tra la cultura e la tutela del patrimonio storico artistico della Nazione, l'idea di una protezione dei beni culturali immateriali sia da sempre stata presente nel nostro ordinamento e che le convenzioni internazionali abbiano costituito soltanto l'occasione per acquisire tale presa di coscienza».

[19] Cfr. G. Rolla, *Beni culturali e funzione sociale*, in *Le Regioni*, 1987, p. 62 ss.

[20] Così G. Severini, *Commento agli artt. 1 e 2*, in *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2011, p. 20.

[21] Si vedano a riguardo G. Volpe, *Tutela del patrimonio storico-artistico nella problematica della definizione delle materie regionali*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1971, p. 375; R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 222; M. Ainis, cit., p. 10 ss. Sulla funzione di tale secondo comma anche F. Merusi, *Sub art. 9*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna, 1975, p. 441 ss.

rebbe il campo semantico del solo patrimonio culturale immateriale – dunque compreso ma non coincidente con la formula della Convenzione – secondo lo schema a cerchi concentrici già richiamato.

Eppure, incanalare la portata dei principi di Faro nel più ristretto settore dell'immaterialità servirà, da un lato, ad agevolare l'analisi sull'impatto giuridico di tale Convenzione all'interno dell'ordinamento vigente e, dall'altro, a stimolare uno studio più approfondito sulle potenzialità espansive di una disciplina che, allo stato attuale, rimane legata alla dimensione esclusivamente tangibile del patrimonio culturale. Se invero di patrimonio e bene culturale si è detto esistere una nutrita varietà di definizioni c.d. a geometrie variabili (cfr. par. 2) – in virtù dei numerosi casi in cui il legislatore, su più fronti e a più livelli, si è occupato di determinarne la portata – lo stesso non può dirsi per l'aggettivo 'immateriale' a questi associato, i cui riferimenti normativi non sono generalmente accompagnati dall'esplicita dichiarazione di cosa effettivamente si intenda per 'patrimonio culturale *immateriale*' o 'bene culturale *immateriale*'. L'intangibilità rientrerebbe, in questo senso, nel perimetro dei c.d. concetti giuridici indeterminati[22], ossia delle nozioni che il legislatore non definisce compiutamente nel significato, delegando questo compito alla discrezionalità tecnica di esperti del settore. Nel caso di specie, il problema risulta tuttavia collocarsi in senso logicamente anteriore. Poiché infatti la dimensione immateriale è assente all'interno delle disposizioni del Codice e rintracciabile solo negli sporadici e non coordinati riferimenti normativi *extra Codicem* di cui tra poco si farà menzione, il problema, più che incentrato sull'elaborazione dei confini della sua indeterminatezza, risulterebbe essere, invece, se e in quali termini possa dirsi esistente un vero e proprio concetto giuridico di patrimonio culturale immateriale e dunque se l'atteggiamento del legislatore non suggerisca piuttosto una certa riluttanza ad intervenire in maniera più ordinata sul tema[23]. La messa a sistema di tale questione con la spinta pro-

[22] In tema di concetti giuridici indeterminati nel diritto amministrativo si vedano, *ex multis*, S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa*, Milano, 1993; D. De Pretis, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; ma anche, più recente: M. Clarich, M. Ramajoli, *Diritto amministrativo e clausole generali: un dialogo*, Pisa, 2021. Relativamente allo specifico settore culturale: M.S. Giannini, *I beni culturali*, cit.; G. Morbidelli, *Art.* 10, in *Codice dei beni culturali e del* paesaggio, a cura di M.A. Sandulli, Milano, 2012, spec. p. 126; G. Severini, *Tutela del patrimonio culturale, discrezionalità tecnica e principio di* proporzionalità, in Aedon, 3/2016; A. Bartolini, *Il bene culturale e le sue plurime concezioni*, in *Dir. Amm.*, 2/2019, 223 ss. Più in generale, a livello teorico, in relazione alla questione definitoria e alla vaghezza del linguaggio, si segnalano anche, ma senza pretese di completezza: A. Falzea, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, I, Milano, 1999; C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1999; E. Fabiani, voce *Clausola generale*, in *Enc. dir.*, *Annali*, V, Milano, 2012; nonché più di recente G. Pino, *L'interpretazione nel diritto*, Giappichelli, 2021.

[23] A tal proposito, si suggerisce un confronto con le riflessioni svolte dal T.A.R. Lazio, sez. II quater, 19 maggio 2021, n. 5864 e dal Cons. St., sez. VI, 28 giugno 2022, ord. n. 5357, relativamente alla mancata attuazione di un c.d. Codice delle attività culturali (legge 6 luglio 2002 n. 137).

pulsiva che la Convenzione di Faro parrebbe invece generare sull'ordinamento vigente servirà precisamente a proporre una possibile nuova chiave di lettura del significato di un vero e proprio concetto giuridico (indeterminato) di patrimonio culturale immateriale.

Diventa necessario, allora, procedere allargando lo sguardo alle più rilevanti e recenti aperture *extra Codicem* al tema dell'immaterialità, proponendone una breve ricognizione, utile a delineare un quadro normativo più completo e attendibile entro cui collocare la questione e le riflessioni dei paragrafi successivi[24].

Procedendo a ritroso, si tengano anzitutto in considerazione i provvedimenti varati a seguito delle gravi conseguenze economiche che l'emergenza sanitaria in atto ha provocato anche nel settore culturale: il d.l. 19 maggio 2020, n. 34 (c.d. Decreto rilancio), convertito con modificazioni dalla l. 17 luglio 2020, n. 77[25], ha espressamente incluso il patrimonio culturale immateriale tra gli obiettivi di intervento del c.d. Fondo per la cultura (art. 184)[26]; all'art. 185-*bis*, dedicato agli investimenti volti alla riqualificazione e alla valorizzazione del patrimonio culturale immateriale, è stata successivamente aggiunta l'ulteriore precisazione relativa alla natura di tale patrimonio, che è identificato con le espressioni culturali riconosciute e definite dalla citata Convenzione UNESCO del 2003: il relativo stanziamento di fondi è dunque subordinato alla qualificazione di patrimonio immateriale nei termini di quanto stabilito all'interno di tale Convenzione. Rimane tuttavia poco chiaro se i parametri cui è ricondotto il patrimonio dell'art. 185-*bis* si intendano estesi anche al semplice riferimento dell'art. 184, dove nulla è specificato a riguardo. In questo caso, infatti, ad una constatazione di natura puramente formale in merito all'inclusione di espressioni intangibili all'interno delle più recenti disposizioni in materia di cultura resterebbero opponibili due osservazioni di carattere sostanziale: in primo luogo, che, limitando il perimetro di tale patrimonio al contenuto della Convenzione UNESCO del 2003, si ren-

Sul punto cfr. anche *infra*. Il settore delle attività culturali è stato escluso dal perimetro di indagine di questo scritto per esigenze logiche del testo, ma rimane un elemento fondamentale rispetto al più generico tentativo di ricostruire il significato di patrimonio culturale immateriale (cfr. nota seguente).

[24] Per esigenze logiche del testo, il perimetro di tale indagine verrà circoscritto alle fonti che più strettamente si riferiscono al patrimonio culturale immateriale di stampo tradizionale-identitario, di matrice UNESCO, e che più direttamente sollevano questioni terminologiche. Verranno volontariamente tralasciate le fonti che invece si riferiscono alle c.d. attività culturali: si veda in tal senso L. Casini, voce *Patrimonio culturale*, cit., p. 828; l'A. include una accezione di patrimonio culturale immateriale relativa proprio a tali attività culturali: nello specifico, spettacolo dal vivo, cinema e audiovisivo.

[25] *Misure urgenti in materia di salute, sostegno al lavoro e all'economia, nonché di politiche sociali connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*.

[26] Ne ha in un certo senso corroborato la portata il recente d.l. 22 marzo 2021, n. 41, che all'art. 36 ha previsto l'incremento per l'anno 2021 dei fondi stanziati in tale *Fondo per la cultura*.

derebbe necessario, di conseguenza, coordinare tali nuove previsioni con quanto disposto dall'art. 7-*bis* del Codice, che della Convenzione ha previsto l'implementazione e sui quali limiti ci si è già soffermati; in secondo luogo, che l'identificazione esclusiva di tale patrimonio culturale immateriale con l'oggetto della Convenzione UNESCO del 2003 comporterebbe l'ulteriore ridimensionamento delle espressioni in questione a forme tipiche, individuate nelle c.d. "liste"[27], di stampo unicamente tradizionale e identitario, lasciando da parte riflessioni più estese rispetto ad una composita qualificazione del patrimonio in questione.

Lungi dal restare isolate, simili questioni definitorie costituiscono vero e proprio *fil rouge* delle fonti statali in materia. Si pensi alla l. 8 marzo 2017, n. 44[28], che ha introdotto nella l. 77/2006, dedicata a misure speciali di tutela e fruizione dei siti italiani inseriti nella *«lista del patrimonio mondiale»*[29], i c.d. *elementi* del patrimonio culturale immateriale. Anche in questo caso, l'estensione della nozione di patrimonio alle sue estrinsecazioni intangibili costituisce fondamentale testimonianza della tendenza sopra richiamata; tuttavia, la natura e i piani di gestione e misure di sostegno di cui agli artt. 3 e 4 risultano nuovamente circoscritti all'ambito oggettivo individuato dalla Convenzione UNESCO del 2003 e dalle relative liste[30]. Sembrerebbe pertanto desumibile che, a fronte della registrata propensione ad includere l'aggettivo 'immateriale' nelle più recenti disposizioni in materia di cultura, il legislatore non risulti al momento intenzionato ad espandere la relativa nozione al di là delle espressioni di identità culturale collettiva di cui alle Convenzioni UNESCO del 2003 e del 2005, sulla cui necessaria aderenza ai requisiti di materialità e tipicità ci si è già diffusamente soffermati.

Sul punto è intervenuta anche la più recente giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Lazio, sez. II quater, 19 maggio 2021, n. 5864) che relativamente all'art. 7-*bis* del Codice e alle espressioni ivi contemplate ha rimarcato a più riprese la diversità ontologica dei beni giuridici ordinariamente protetti dal Codice rispetto

[27] La Lista Rappresentativa del Patrimonio Culturale immateriale (*Representative List of the Intangible Cultural Heritage of Humanity*) e la Lista del Patrimonio Immateriale che necessita di urgente tutela (*List of Intangible Cultural Heritage in Need of Urgent Safeguarding*). La qualificazione di *intangible cultural heritage* avviene dunque a seguito di una candidatura e del relativo procedimento di iscrizione.

[28] *Modifiche alla legge 20 febbraio 2006, n. 77, concernenti la tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale immateriale.*

[29] La rubrica completa reca, anche a seguito della modifica in esame, *Misure speciali di tutela e fruizione dei siti e degli elementi italiani di interesse culturale, paesaggistico e ambientale, inseriti nella «lista del patrimonio mondiale», posti sotto la tutela dell'UNESCO*).

[30] Si vedano sul punto il D.M 17 gennaio 2019 e D.M. 10 agosto 2020, che ai sensi della *Circolare del Segretario Generale 28 maggio 2019, n. 24, relativa ai Criteri e modalità di erogazione dei fondi destinati alle misure di sostegno previste dall'articolo 4 della legge 20 febbraio 2006, n.77*, hanno provveduto allo stanziamento di fondi volti alla realizzazione di piani di salvaguardia per alcuni degli elementi del patrimonio culturale immateriale inseriti nella Lista UNESCO dedicata (il Saper fare liutario di Cremona, l'Opera dei Pupi Siciliani e la Falconeria, per citarne alcuni).

a quelli introdotti da tali Convenzioni, oltre alla difformità dell'ambito applicativo, già evidenziata dalla Relazione illustrativa al d.lgs. 62/2008, che al riguardo sosteneva si trattasse di «settori disciplinari contigui ma non perfettamente coincidenti». Alla diversità ontologica di fondo – che, si specifica, nel caso delle espressioni culturali di identità collettiva scaturisce inoltre da un diverso processo identificativo, c.d. *bottom-up*, sul quale ci si soffermerà più avanti – corrisponde l'ulteriore divergenza in ordine agli strumenti di tutela, attualmente modellati sulla conservazione di forme materiali di cultura. La cautela con la quale il legislatore ha finora trattato la qualificazione sostanziale del patrimonio intangibile pare allora coerente, a ben vedere, rispetto all'impianto normativo di strumenti e regole esistenti: se tali nuove aperture in tema di immaterialità costituiscono formale attestazione di un orientamento che pare confermato anche dalla recente ratifica della Convenzione di Faro in esame, risulta a maggior ragione necessaria, ai fini di un effettivo coordinamento con le previsioni vigenti, una riflessione più approfondita sul concetto stesso di bene giuridico culturale che si intende proteggere e sulle forme di estrinsecazione ammesse dai relativi strumenti di tutela[31].

Proseguendo nella ricognizione, si noti inoltre che in virtù del conferimento di potestà legislativa concorrente in capo a Stato e regioni ex art. 117, co. 3 Cost., all'interno della copiosa produzione normativa regionale in materia di cultura i riferimenti al tema dell'immaterialità risultano perfino più consistenti. Si tenga anzitutto in considerazione la natura delle funzioni nominate in Costituzione al citato comma terzo dell'art. 117: valorizzazione dei beni culturali e ambientali e promozione e organizzazione delle attività culturali[32]. A differenza della tutela di cui alla lett. *s*, co. 2 del medesimo articolo – relativamente alla quale emerge la difficoltà segnalata di estensione dei relativi precetti e strumenti giuridici alle esigenze delle entità immateriali – in entrambi i casi citati la Costituzione pare fondare un diverso atteggiamento dell'autorità pubblica, più agevolmente conciliabile con le caratteristiche delle espressioni culturali in esame. Invero, specifici interventi da parte del legislatore regionale si ritrovano sia nell'ambito dei c.d. *beni* culturali immateriali di stampo tradizionale, che possiedono specifica valenza testimoniale, sia nella distinta categoria delle *attività* culturali, orientate al futuro e

[31] Si veda, da ultimo, anche Cons. St., sez. VI, 28 giugno 2022, ord. n. 5357, cit.

[32] Al concetto di attività culturali fanno progressivamente cenno, dagli anni Settanta in avanti, alcuni provvedimenti della legislazione italiana relativi alla riallocazione di funzioni amministrative in favore delle regioni. Il d.lgs. 112/98 si è occupato, in questo senso, di fornirne la principale definizione: secondo l'art. 148, lett. *f*, si tratta di attività «rivolte a formare e diffondere espressioni della cultura e dell'arte». La giurisprudenza costituzionale (sentt. Corte cost. nn. 255 e 256 del 2004, nn. 205 e 285 del 2005) ha successivamente incluso nella nozione anche la materia spettacolo: sul tema si vedano C. Barbati, *Lo spettacolo: il difficile percorso delle riforme (dalla Costituzione del 1948 al "nuovo" Titolo V e "ritorno")*, in *Aedon*, 1/2003; S. Foà, *La gestione dei beni culturali*, Torino, 2001; E. Vincenti, *Attività culturali e spettacolo*, in G. Corso, V. Lopilato, *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali. Parte speciale*, Milano, 2006.

alla rappresentazione e promozione di opere dell'ingegno e attualmente escluse dagli istituti contemplati dal Codice[33], come ribadito dalla citata sentenza del T.A.R. Lazio: le attività culturali «possono essere utilmente protette solo mediante strumenti giuridici di tipo totalmente diverso, espressione di politiche di tutela attive, tant'è che il legislatore utilizza la diversa terminologia di "promozione" delle attività culturali in contrapposizione alla "tutela" dei beni culturali. […] la sede per l'introduzione normativa degli strumenti di sostegno per perseguire tale finalità avrebbe dovuto essere quella del Codice delle attività culturali, che, secondo il disegno dell'originaria legge di delega del 2002, avrebbe dovuto accompagnarsi alla codificazione della disciplina sui beni culturali»[34].

L'interesse per le peculiarità culturali del territorio manifestato a livello regionale rappresenta una solida testimonianza delle aperture al settore dell'immaterialità sinora segnalate; in tal senso, gli esempi forniti dalla legislazione regionale in materia di ecomusei ne costituiscono ulteriore attestazione, a riprova del fatto che l'ecomuseo, giuridicamente definito a livello locale, costituisce concreto esempio di implementazione dei principi e delle definizioni della Convenzione di Faro, annoverabile anche tra le c.d. buone pratiche del *Faro Convention Action Plan*[35]. Tenendo tuttavia in considerazione quanto precedentemente osservato

[33] Si vedano le numerose disposizioni dedicate al patrimonio orale linguistico, il Registro delle Eredità Immateriali della Regione Sicilia (decreto assessoriale 26 luglio 2005, n. 77) o le leggi in materia di spettacolo e attività cinematografiche. A titolo esemplificativo: ll. rr. nn. 26/1990, 37/1997 e 1/2005 (nello specifico art. 7) della Regione Piemonte volte alla promozione della conoscenza dell'originale patrimonio linguistico del territorio; nella Regione Sicilia, l. r. 6 maggio 1981, n. 85 a favore dello studio del dialetto siciliano e delle lingue delle minoranze etniche nelle scuole dell'Isola e la l. r. 9 ottobre 1998, n. 26 sulla salvaguardia e valorizzazione del patrimonio storico, culturale e linguistico delle comunità siciliane di origine albanese e delle altre minoranze linguistiche. Su spettacolo e attività cinematografiche: l. r. 29 aprile 2004, n. 6 e l. r. 12 maggio 2004, n. 7 della Regione Puglia; l. r. 9 ottobre 2009, n. 25 della Regione Veneto; l. r. 9 novembre 2010, n. 36 della Regione Valle d'Aosta; i Testi Unici della Regione Toscana (l. r. 25 febbraio 2010, n. 21 recante *Testo Unico delle disposizioni in materia di beni, istituti e attività culturali*) e della Regione Liguria (l. r. 31 ottobre 2006, n. 33 e successive modificazioni).

[34] Cfr. a riguardo art. 10, co. 1, l. 137/2002. Prosegue inoltre la Consulta: «proprio dalla mancata attuazione di tale "completamento" di tutela scaturiscono i problemi […] lamentati già dai primi commentatori, evidenziando che nella normativa italiana manca una disciplina organica delle attività culturali, essendo la disciplina concentrata solo sul prodotto finale (beni)».

[35] *https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/faro-action-plan*. Si segnala in proposito, nella sezione *Faro active members* (*https://www.coe.int/en/web/culture-and-heritage/faro-active-members*), la presenza – in maniera peraltro preponderante – di casi italiani, tra cui il noto *Faro Venezia* (*https://farovenezia.org/*). Di simile ispirazione anche la *Rete Faro Italia*, composta da comunità patrimoniali, istituzioni e associazioni (*https://www.coe.int/it/web/venice/rete-faro-italia*). Si segnala infine, tra le buone prassi italiane, la recente sottoscrizione della Convenzione di Faro da parte del Comune di Castiglione del Lago (PG), tramite deliberazione consiliare del 29 dicembre 2020. L'adesione comunale si inserisce nel quadro delle azioni compiute dall'Associazione Trasimeno, di cui fanno

in merito alla questione definitoria in materia di patrimonio intangibile – e prospettandone al momento scarsa risolvibilità – gioverà distinguere e considerare separatamente, anche ai fini del presente articolo, riflessioni volte a metterne in risalto la dimensione identitaria e partecipativa, anche in relazione a dinamiche esterne al patrimonio stesso, quali, in particolare, quelle sociali, economiche o ambientali indicate dalla stessa Convenzione.

4. *Il ruolo dei meccanismi di partecipazione: la valorizzazione del patrimonio culturale tra Convenzione di Faro e ordinamento italiano*

La ricostruzione della particolare accezione di patrimonio culturale sposata dalla Convenzione di Faro – e i tentativi di inquadrarne la portata nell'impianto normativo vigente – necessitano di essere ulteriormente approfonditi in virtù della forte impronta soggettiva posseduta dal testo. In altri termini, giova a questo punto rilevare che l'*oggetto* del patrimonio culturale si qualifica, rivelandone l'essenza, solo a seguito di una identificazione che è invece *soggettiva*, come espressamente previsto dall'art. 2 Conv.: il patrimonio culturale è un insieme di risorse che alcune persone identificano quale riflesso dei propri valori, credenze, conoscenze e tradizioni; è il risultato dell'interazione nel tempo tra luoghi e persone. Non pare pertanto esistere nelle delimitazioni di una definizione data, alla quale è necessario uniformarsi: al contrario, il patrimonio culturale di cui alla Convenzione di Faro risulta essere tale in quanto riconosciuto da chi *personalmente* ne individua un valore[36].

Alla medesima prospettiva aderisce anche il concetto di *heritage community*[37] di cui allo stesso art. 2 citato, lett. *b*: «persone che attribuiscono valore ad aspetti specifici del patrimonio culturale che esse desiderano, nel quadro di un'azione pubblica, sostenere e trasmettere alle generazioni future», adottando dunque un

parte i Comuni di Castiglione del Lago, Paciano e Piegaro, volta a favorire l'attuazione dei principi della Convenzione in esame.

[36] Si veda sul punto L. Zagato, *The Notion of "Heritage Community"*, cit., p. 144. L'A. enfatizza la scelta di utilizzare *people* al posto di *everyone* o *individuals*, che ben sottolinea il profilo collettivo della nozione di *cultural heritage* proposta dalla Convenzione di Faro. Sul punto si noti anche il generico richiamo ad una qualificazione della cultura in senso profondamente identitario, come rinvenibile a partire dalle elaborazioni del c.d. Gruppo di Friburgo e, parallelamente, dalle aperture di diverse Convenzioni UNESCO sul tema, che hanno progressivamente incluso nel concetto tutte le espressioni, anche intangibili, dirette a determinare l'identità di una società. Cfr. più approfonditamente M. Ferri, *L'evoluzione del diritto di partecipare alla vita culturale e del concetto di diritti culturali nel diritto internazionale*, in *La Comunità Internazionale*, vol. 69, 2/2014, pp. 211 ss.

[37] Tradotto in 'comunità patrimoniale' nella versione italiana non ufficiale allegata alla legge di ratifica n. 133/2020.

diverso criterio di identificazione che di tale patrimonio misuri la culturalità in relazione ad un'attitudine esterna al sostegno dello sviluppo umano e al miglioramento della qualità della vita, indipendentemente dalla forma posseduta[38]. Non una definizione "dall'alto", pertanto, ma un atteggiamento che, soggettivamente, si muove dal basso e percorre due distinte direttrici: da una parte, ciò che finora è stato descritto come riconoscimento dell'estrinsecazione oggettiva di patrimonio culturale; dall'altra, l'ulteriore atteggiamento, perfino più attivo, di partecipazione al suo costante arricchimento (cfr. art. 4, lett. *a*)[39].

Alla riconosciuta propensione ad intercettare dinamiche estranee alla qualificazione canonica di patrimonio culturale corrisponde peraltro quanto precedentemente accennato in merito al diverso piano di azione su cui la ratifica della Convenzione di Faro interviene. La definizione di *cultural heritage* nei termini dell'art. 2 non è infatti funzionale all'attivazione di un particolare regime di tutela, atto a proteggere i beni coinvolti e dunque improntato alla definizione *oggettiva* di patrimonio; al contrario, l'enfasi è proiettata sul valore che la protezione e il suo utilizzo possiedono rispetto ad obiettivi ulteriori ed esterni al patrimonio stesso, *soggettivamente* misurati. L'inclusione dei diritti relativi al *cultural heritage* tra i diritti umani, in quanto inerenti al diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità[40] (art. 1), trasferisce agli stessi una specifica valenza sociale: per espressa dichiarazione della Convenzione, i diritti in questione hanno come obiettivo lo sviluppo umano e la qualità della vita; la costruzione di una società pacifica e democratica; lo sviluppo sostenibile e la promozione della diversità

[38] Il concetto di comunità non scaturisce soltanto dalla vicinanza geografica o storica tra individui, ma può ugualmente configurarsi anche a seguito del riconoscimento di qualunque interesse comune che valichi gli ordinari confini regionali o nazionali. In questo senso l'*Explanatory Report*, cit., p. 6: «*An interest in, for example, archaeology, can create an "archaeological community" whose members are linked only by the cultural heritage which forms the focus of their activities*».

[39] Sul ruolo della comunità nella identificazione e partecipazione attiva alla costruzione del patrimonio culturale: C. Carmosino, *La Convenzione quadro,* cit.; M. Cornu, *Safeguarding Heritage: from Legal Rights over Objects to Legal Rights for Individuals and Communities*?, in *Cultural Heritage Ethics. Between Theory and Practice*, Cambridge, 2014, pp. 197-203; M. Ferri, cit.; L. Zagato, *The Notion of "Heritage Community"*, cit.; A. Gualdani, *I beni culturali immateriali: ancora senza ali?*, in *Aedon*, 1/2014. Secondo l'A. l'apporto di associazioni, pro loco, terzo settore e di tutti i «custodi delle tradizioni di una comunità» nel contesto del territorio locale costituisce imprescindibile fattore di potenziamento e valorizzazione delle misure di individuazione e di promozione del patrimonio culturale immateriale, in particolare per quanto attiene alla determinazione delle finalità cui tale promozione deve tendere.

[40] Cfr. art. 27, *Dichiarazione Universale dei Diritti Umani*: «Ogni individuo ha diritto di prendere parte liberamente alla vita culturale della comunità, di godere delle arti e di partecipare al progresso scientifico ed ai suoi benefici.»; art. 15, par. 1 lett. *a* del *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali*.

culturale. Tutela, conservazione e valorizzazione di tale patrimonio vengono pertanto in rilievo nella loro finalità *strumentale* allo sviluppo di un preciso ideale di società. Alle stesse, a seguito della ratifica, «non possono derivare limitazioni rispetto ai livelli garantiti dalla Costituzione e dalla vigente legislazione in materia» (art. 3, co. 2, l. 133/2020) e proprio il mantenimento di tali standard di tutela e valorizzazione permette di agire direttamente sulle politiche culturali funzionali al raggiungimento di obiettivi socialmente utili[41].

Sintetizzando quanto finora osservato, parrebbe allora che la Convenzione di Faro non miri a fondare un nuovo e diverso diritto *del* patrimonio culturale, che implicherebbe un cambiamento nel regime giuridico di tutela considerato, ma suggerisca invece l'esistenza di un diritto *al* patrimonio culturale[42], nel quale la persona (*rectius*: le persone) è direttamente coinvolta nel diritto a trarre beneficio da tale patrimonio e a contribuire al suo arricchimento (art. 4, lett. *a*). Ciò che rileva, nella prospettiva abbracciata dalla Convenzione, non è il valore intrinseco del patrimonio in sé considerato, ma la sua utilità – e pertanto la sua funzionalità – rispetto alle politiche culturali di costruzione di società democratiche e sostenibili.

Giova a questo punto rilevare che gli impulsi emergenti nella Convenzione di Faro relativamente al coinvolgimento della società civile nella valorizzazione del patrimonio culturale – e dunque in merito alla direttrice "più attiva" tra le due precedentemente individuate – trovano nel nostro ordinamento uno scenario di istituti e forme di sinergia e collaborazione già diffusamente accolti all'interno di numerosi atti normativi.

Principio cardine e fondamento di tali meccanismi partecipativi risiede anzitutto nella sussidiarietà c.d. orizzontale dell'art. 118 u.c. della Costituzione, che promuove e valorizza l'iniziativa privata in forma singola o associata per lo svolgimento di attività di interesse generale, le quali, per quanto qui rileva, operano anche in ossequio ai principi costituzionali di libertà e pluralismo culturale[43].

A tale disposizione di carattere generale fanno inoltre seguito specifiche previsioni in materia di cultura. All'interno del Codice Urbani, la generica enunciazione del *favor* che la Repubblica accorda alla «partecipazione dei soggetti, singoli o associati, alla valorizzazione del patrimonio culturale» (art. 6, co. 3) sorregge i più puntuali richiami degli artt. 111 e 112: il primo, precisamente rubricato «attività di valorizzazione», ammette all'esercizio di queste ultime la

[41] Si veda sul punto *Explanatory Report*, cit. In particolare, pp. 4-6. Così anche A. Gualdani, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro*, cit., p. 2 ss.

[42] Cfr. sul tema C. Carmosino, *La Convenzione quadro*, cit.; R. Cavallo Perin, *Il diritto al bene culturale*, in *Dir. amm*, 4/2016; A Gualdani, *L'Italia ratifica la Convenzione di Faro*, cit., p. 4; D. Manacorda, *La "Convenzione di Faro" e la tradizione culturale italiana*, cit., p. 28 ss.

[43] Cfr. specificamente in materia di cultura N. Aicardi, *L'ordinamento amministrativo dei beni culturali. La sussidiarietà nella tutela e nella valorizzazione*, Torino, 2002.

concorrenza, cooperazione e partecipazione di soggetti privati e ne riconosce, al comma quarto, la specifica utilità sociale («la valorizzazione ad iniziativa privata è attività socialmente utile e ne è riconosciuta la finalità di solidarietà sociale»); il secondo assegna invece alla forma dell'accordo tra pubblica amministrazione e privati (o associazioni culturali e di volontariato che abbiano per statuto finalità di promozione e diffusione della conoscenza dei beni culturali) la regolazione di servizi strumentali comuni destinati alla fruizione e alla valorizzazione di beni culturali.

Rilevano sul punto due ulteriori fonti normative. Il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recante il *Codice dei contratti pubblici*, individua agli artt. 189 e 190 i c.d. interventi di sussidiarietà orizzontale e il baratto amministrativo[44], entrambi volti a promuovere forme di collaborazione tra ente pubblico e cittadinanza per la realizzazione di opere di interesse locale, nel primo caso, e interventi di manutenzione, riuso e valorizzazione di aree e beni immobili inutilizzati tramite la realizzazione di contratti di partenariato sociale, nel secondo. Benché di indiretta attinenza alla materia culturale, merita un cenno anche l'art. 22 del medesimo Codice, che introduce l'istituto del c.d. dibattito pubblico per i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull'ambiente, sulla città o sull'assetto del territorio. Definito dall'art. 2 del DPCM 10 maggio 2018, n.76[45] come «processo di informazione, partecipazione e confronto pubblico sull'opportunità, sulle soluzioni progettuali di opere, su progetti o interventi di cui all'Allegato 1» di detto DPCM, del dibattito pubblico la giurisprudenza costituzionale[46] ha inoltre enfatizzato il valore di «strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto» e di «fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione».

Nella medesima direzione si colloca anche l'art. 55 del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 (*Codice del terzo settore*), all'interno del quale si stabilisce che, in occasione della programmazione e organizzazione a livello territoriale degli interventi e dei ser-

[44] Sebbene tali istituti non sfuggano alle critiche di chi individua diversi profili di problematicità, tra l'altro, nella previsione di esenzioni o riduzioni fiscali. Cfr. F. Giglioni, *Le ragioni per dire no al "baratto amministrativo"*, in *www.labsus.it*, 2015.

[45] *Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico.*

[46] Corte cost., 14 dicembre 2018, n. 235, che richiama inoltre il parere del Consiglio di Stato n. 855 del 1° aprile 2016 sullo schema di d.lgs. recante il *Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*. L'istituto si pone inoltre in prospettiva di parziale superamento dell'esclusione dell'istruttoria pubblica secondo quanto previsto dal Capo III della legge 241/1990. Si veda in merito anche l'art. 17 dello Statuto della Regione Emilia-Romagna, che ha precisamente introdotto l'istituto dell'istruttoria pubblica a livello regionale; sul punto è intervenuta la Corte costituzionale, con sentenza 6 dicembre 2004, n. 379.

vizi nei settori delle c.d. attività di interesse generale (art. 5 del Codice in esame[47]) le amministrazioni pubbliche attivino forme di co-programmazione e co-progettazione, assicurando il coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore[48].

Costituisce inoltre dato particolarmente rilevante l'adozione da parte di taluni comuni italiani di regolamenti ex art. 7 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (*Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*) per la gestione dei beni comuni urbani; a riguardo, si segnala in particolare la predisposizione di un regolamento-tipo avviata in collaborazione con il Comune di Bologna e il progetto *Labsus* (Laboratorio per la sussidiarietà)[49], recentemente aggiornata e culminata nel *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura, la rigenerazione e la gestione condivisa dei beni comuni urbani*, la cui primaria finalità è precisamente individuata nella disciplina delle forme di collaborazione tra cittadini e autorità pubblica secondo il modello organizzativo dell'amministrazione condivisa. Nella definizione di «beni comuni urbani», peraltro, sono specificamente inclusi anche i beni immateriali, cui è attribuita speciale funzionalità rispetto «al benessere della comunità e dei suoi membri, all'esercizio dei diritti fondamentali della persona ed all'interesse delle generazioni future» (art. 2)[50].

[47] Tra le quali sono inclusi interventi di tutela e valorizzazione del patrimonio culturale e del paesaggio (lett. *f*); organizzazione e gestione di attività culturali, artistiche o ricreative di interesse sociale, incluse attività, anche editoriali, di promozione e diffusione della cultura e della pratica del volontariato e delle attività di interesse generale (lett. *i*); organizzazione e gestione di attività turistiche di interesse sociale, culturale o religioso (lett. *k*).

[48] La recente sentenza della Corte costituzionale, 26 giugno 2020, n. 131 ha espressamente rilevato in merito a tale articolo come questo rappresenti «una delle più significative attuazioni del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, Cost.». Relativamente a tale ultima disposizione la Corte ha peraltro specificato che «nella suddetta disposizione costituzionale, valorizzando l'originaria socialità dell'uomo (sentenza n. 75 del 1992), si è voluto superare l'idea per cui solo l'azione del sistema pubblico è intrinsecamente idonea allo svolgimento di attività di interesse generale e si è riconosciuto che tali attività ben possono, invece, essere perseguite anche da una 'autonoma iniziativa dei cittadini' che, in linea di continuità con quelle espressioni della società solidale, risulta ancora oggi fortemente radicata nel tessuto comunitario del nostro Paese».

[49] *https://www.labsus.org/*.

[50] Sul rapporto tra beni comuni e beni immateriali si vedano i lavori della c.d. Commissione Rodotà sui Beni Pubblici (in particolare, il *Disegno di legge delega al Governo per la novellazione del Capo II del Titolo I del Libro III del Codice civile* e la *Relazione di accompagnamento*), che ha in proposito sottolineato la necessità di rivedere la tassonomia relativa ai beni pubblici presente nel Codice civile alla luce di «ingiustificabili assenze», tra le quali quella dei beni immateriali. Proponendo la revisione della formulazione dell'art. 810 cc al fine di qualificare come beni le cose materiali e *immateriali* le cui utilità possono essere oggetto di diritti, la definizione di beni comuni proposta si sviluppa precisamente nei medesimi termini dell'art. 2 citato nel testo: cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona, compatibilmente con l'esigenza prioritaria della loro preservazione a vantaggio delle generazioni future. Sul punto, tra gli altri, S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni*, Bologna, 1990; U. Mattei, *Beni comuni: un manifesto*, Roma-Bari, 2011; S. Settis, *Paesaggio, Costituzione, Cemento*, Torino, 2011; id., *Azione popolare. Cittadini per il bene comune*, Torino, 2012;

La ricostruzione dei diversi istituti che costellano lo scenario giuridico italiano in materia di partecipazione dei privati alla valorizzazione del patrimonio culturale[51] costituisce indubbiamente un valido dato di partenza che va tuttavia parametrato agli impulsi ulteriori che la Convenzione di Faro propone, i quali caldeggiano una rivalutazione più approfondita e radicale della prospettiva finora adottata in ordine ai rapporti pubblico-privato e alle relazioni Stato-regioni. La centralità assegnata al ruolo delle comunità nella definizione stessa del patrimonio culturale e la rilevanza assunta dalla dimensione locale e territoriale costituiscono infatti novità significative nel panorama giuridico italiano: alla luce delle individuate forme di collaborazione, resta tuttavia innegabile che 'iniziativa privata' assume altro significato rispetto al termine 'comunità', di cui viene sottolineato il carattere identitario che ne stimola l'azione[52]. Simili processi *bottom-up* nella identificazione e successiva valorizzazione del patrimonio culturale non sono tuttavia *ancora* sufficienti a far scattare le misure di tutela previste dal Codice: così si è precisamente espressa la recente sentenza del T.A.R. Lazio n. 5864/2021 già citata a più riprese, nella quale si sottolinea inoltre come gli strumenti ivi predisposti – essendo il Codice peraltro dei *beni* culturali (nell'accezione materiale criticamente considerata) – risultino ugualmente inidonei rispetto al patrimonio culturale cui le convenzioni internazionali citate (Faro da ultimo) fanno riferimento, per le quali sarebbe invece necessaria una legge specificamente dedicata alla materia trattata.

5. *Il caso dell'ecomuseo*

Della direzione intrapresa dalla Convenzione di Faro si è dunque finora evidenziata la dimensione partecipativa e profondamente identitaria che orienta l'adozione di politiche culturali, oltre all'accezione marcatamente estesa con la quale si identifica il *cultural heritage* cui la Convenzione intende riferirsi. Parimenti, si è già accennato in fase introduttiva come i principi e le definizioni emergenti dal testo di Faro mal si concilino con l'impianto normativo predisposto dal vigente *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, i cui strumenti di tutela e valorizza-

Cultural Commons: A New Perspective on the Production and Evolution of Cultures, a cura di W. Santagata ed E. Bertacchini, Northampton, 2012; P. Maddalena, *La nozione di "beni comuni", nel contesto di una revisione costituzionale degli assetti proprietari previsti dal Codice civile*, in *giustiziainsieme.it*, 2021.

[51] Riflessioni più approfondite sul tema nei recenti contributi di A. Simonati, *Il ruolo della cittadinanza nella valorizzazione dei beni culturali alla luce della Convenzione di Faro: niente di nuovo sotto il sole?*, in *Riv. giur. urb.*, 2/2021, p. 248 ss.; A. Magliari, *La collaborazione pubblico-privato nella programmazione degli interventi di valorizzazione dei beni culturali: criticità e prospettive*, in *Il coinvolgimento degli enti privati nella valorizzazione e nella gestione dei beni culturali pubblici*, a cura di F.G. Albisinni, Napoli, 2022.

[52] Cfr. sul punto F. Cavazzoni, *Il ruolo dei privati nella conservazione e nella valorizzazione dei beni culturali*, in *Astrid-online.it*.

zione hanno ad oggetto forme tipiche e materiali di cultura. Tuttavia, esiste una realtà normativa e sostanziale in relazione alla quale non sembrano intercorrere significative differenze in ordine ad obiettivi e principi di sviluppo. Il concetto di ecomuseo, infatti, sul cui significato sono progressivamente intervenute numerose definizioni[53], si articola sulla base dei medesimi cardini teorici: territorio, comunità e partecipazione.

Accanto alle formulazioni concettuali più note – si prenda ad esempio la breve e riassuntiva «l'ecomuseo è un *patto* con il quale una comunità si impegna a prendersi cura di un territorio» (Maggi, 2001)[54] – a partire dal 1995 la legislazione regionale[55] in tema di ecomusei ha conosciuto una florida fase di sviluppo, durante la quale la nozione è stata dotata di autonoma dignità giuridica, seppur tuttora oscillante, quanto alla locuzione utilizzata per definirne l'essenza, tra i termini 'istituzione culturale' e 'forma museale'[56] o, più genericamente, 'strumen-

[53] Hugues de Varine e George Henri Rivière, esponenti della c.d. *Nouvelle Muséologie*, possono essere considerati padri della prima definizione teorica di ecomuseo, negli anni Settanta. Si vedano anche, successivamente, P. Boylan, *Is Yours A 'Classic' Museum or an Ecomuseum/ 'New' Museum?*, in *Museums Journal*, 4/1992; P. Davis, *Ecomuseums: a Sense of Place*, Londra, 1999; M. Maggi, *Gli ecomusei. Che cosa sono, che cosa possono diventare*, Torino, 2001; Id., *Ecomusei. Guida europea*, Torino, 2002; R. Riva, *Il metaprogetto dell'ecomuseo*, Milano, 2008. Sul punto anche la c.d. *Carta di Catania* (2007); il c.d. *Manifesto strategico degli ecomusei italiani* (2015); la c.d. *Carta di cooperazione di Milano "Ecomusei e paesaggi culturali"* (2016), redatta nell'ambito del forum ICOM *Ecomuseums and Community museum*.

[54] Degne di nota, anche ai fini del presente articolo, sono inoltre la definizione di Rivière *(*«Un ecomuseo è un›istituzione che gestisce, studia, esplora con fini scientifici, educativi e culturali in genere, il patrimonio globale di una certa comunità, comprendente la totalità dell›ambiente naturale e culturale di questa comunità. Un ecomuseo è uno strumento che un potere e una popolazione concepiscono, fabbricano e esplorano assieme. Questo potere, con gli esperti, le agevolazioni, le risorse che fornisce. Questa popolazione, secondo le proprie aspirazioni, con le proprie culture, con le proprie capacità di accesso. Un ecomuseo è uno specchio in cui questa popolazione si guarda, per riconoscersi, cercando la spiegazione del territorio al quale appartiene, assieme a quelle popolazioni che ›hanno preceduta, nella discontinuità o nella continuità delle generazioni»*)* e quella che compare all'interno del *Manifesto strategico*, cit. («Gli ecomusei si configurano come processi partecipati di riconoscimento, di gestione e tutela del patrimonio locale ai fini dello sviluppo sociale, ambientale ed economico sostenibile; identità progettuali attraverso le quali riconnettere tecniche, culture, produzioni, aspirazioni di un territorio omogeneo ai suoi beni culturali e alle sue specificità; percorsi creativi e inclusivi fondati sulla partecipazione attiva degli abitanti e la collaborazione di enti e associazioni»).

[55] A livello nazionale si segnala tuttavia l'esistenza delle seguenti proposte, il cui iter è stato ripetutamente bloccato: il Disegno di Legge n. 902 recante *Disposizione in materia di istituzione degli ecomusei per la valorizzazione della cultura e tradizione locali*, presentato al Senato nel 2008; le Proposte di legge n. 2804 recante la *Legge quadro sugli ecomusei* e n. 2646, intitolata *Disposizioni in materia di istituzione degli ecomusei per la valorizzazione della cultura e delle tradizioni locali*, presentate alla Camera dei deputati rispettivamente nel 2009 e nel 2014.

[56] A titolo esemplificativo: Sardegna, l.r. 14/2006; Toscana, l.r. 21/2010; Sicilia, l.r. 16/2014; Friuli-Venezia Giulia, l.r. 23/2015.

to', 'luogo' o 'territorio'[57]. A prescindere da simili rilievi terminologici, ciò che qui preme evidenziare è l'uniforme attenzione – che accomuna la legislazione nazionale alla Convenzione in esame – alla partecipazione della società civile nella gestione dei patrimoni coinvolti.

Valga come esempio, in proposito, il caso della Regione Piemonte, la prima ad aver espressamente regolato la materia con l. r. 14 marzo 1995, n. 31, successivamente modificata con l. r. 3 agosto 2018, n. 13, ai sensi della quale «Gli ecomusei sono strumenti culturali di interesse generale e di *utilità sociale* orientati a uno *sviluppo locale sostenibile*, volti a recuperare, conservare, valorizzare e trasmettere il patrimonio identitario, culturale, sociale, ambientale, materiale e immateriale di un territorio omogeneo, attraverso la *partecipazione* delle comunità locali in tutte le loro componenti» (art. 1, co. 1). Seguono simili statuizioni – dalle quali sono già chiaramente desumibili richiami marcati alla funzione sociale dell'ecomuseo – disposizioni specifiche sul coinvolgimento delle comunità, sulla base di una c.d. esperienza locale, per la candidatura e il successivo riconoscimento a livello istituzionale dell'ecomuseo (art. 3), procedimento per il quale è inoltre richiesto, tra i vari «elementi prioritari», che vengano stabilite modalità di coinvolgimento attivo delle diverse componenti della comunità locale nell'elaborazione del processo ecomuseale, nella gestione e nell'organizzazione delle attività (art. 4). L'utilizzo stesso del termine 'riconoscimento' costituisce novità lessicale degna di nota: originariamente, nella legge del 1995, degli ecomusei era prevista l'*istituzione*, promossa dalla Regione. Le allusioni concettuali che una simile sostituzione possiede sono facilmente intuibili: il coinvolgimento delle comunità, protagoniste nella stessa identificazione del patrimonio locale, assume rilevanza tale da influire sulla relativa azione dell'ente pubblico, il quale si limita a *riconoscere* – e non *istituire* – qualcosa di già esistente[58]. Particolarmente interessante ai nostri fini è inoltre il comma quarto dell'art. 1, secondo cui «gli ecomusei adottano logiche di rete e processi partecipati, su ispirazione […] dei trattati internazionali dedicati alla salvaguardia dei patrimoni culturali materiali e *immateriali* della società, nel rispetto delle norme nazionali», relativamente al quale la ratifica della Convenzione di Faro non può che intervenire a rafforzarne la portata.

Il caso della Regione Piemonte non può peraltro dirsi isolato: negli stessi termini delle disposizioni così evidenziate si sostanzia la maggior parte delle leggi regionali in materia. Al concetto di ecomuseo, benché variamente definito, sono sempre accostati riferimenti alla doverosa partecipazione di «comunità, intese come custodi del patrimonio e del cambiamento» (l. r. 15 novembre 2019, n. 24,

[57] A titolo esemplificativo: Umbria, l.r. 34/2007; Lazio, l.r. 24/2019.

[58] Si veda in proposito quanto dichiarato nella *Carta di Catania*, cit. Sul concetto di riconoscimento, attualmente, ruotano pressoché tutte le leggi regionali vigenti in materia di ecomusei. Sul punto G. Garro, *La Legislazione Italiana Sugli Ecomusei*, in *Nuova Museologia,* n. 36/2017.

Regione Lazio), di enti, associazioni, o «altri organismi pubblici o privati anche appositamente costituiti» (l. r. 10 agosto 2012, n. 30, Regione Veneto), oltre ai numerosi cenni ai temi della sostenibilità ambientale, economica e sociale[59], che richiamano gli artt. 9 e 10 della Convenzione di Faro. Lo stesso può dirsi per l'approccio integrato di cui all'art. 11 Conv. – da sviluppare all'interno di un «quadro giuridico, finanziario e professionale che permetta l'azione congiunta di autorità pubbliche, esperti, proprietari, investitori, imprese, organizzazioni non governative e società civile», incoraggiando «iniziative volontarie che integrino i ruoli delle autorità pubbliche» – e per la partecipazione di cui all'art. 12[60], che chiaramente evocano la medesima tendenza.

Successivamente al tema della partecipazione, giova in secondo luogo soffermarsi su un dato ugualmente rilevante, che emerge pressoché nella totalità delle leggi regionali in materia di ecomusei. Sono infatti rilevabili espliciti richiami alla nozione di patrimonio culturale immateriale: oltre al citato caso della l. r. 13/2018 della Regione Piemonte («Gli ecomusei […] sono strumenti culturali […] volti a recuperare, conservare, valorizzare e trasmettere il patrimonio identitario, culturale, sociale, ambientale, materiale e *immateriale* di un territorio omogeneo»), si segnala a titolo puramente esemplificativo la l. r. 14 dicembre 2007, n. 34 della Regione Umbria, in cui la nozione compare sia in occasione delle dichiarazioni di ordine generale dell'art. 1, co.1, sia successivamente per quanto attiene alle specifiche finalità elencate (art. 2, co. 1, lett. *e*: «valorizzazione dei patrimoni *immateriali* quali i saperi, le tecniche, le competenze, le pratiche locali, i dialetti, i canti, le feste e le tradizioni gastronomiche, attraverso attività rivolte alla loro catalogazione, conoscenza e alla promozione della loro trasmissione» – formula ripresa negli stessi termini dall'art. 19, lett. *d* della l. r. 25 febbraio 2010, n. 21 della Regione Toscana) e infine ancora tra i criteri di riconoscimento dell'art. 4, co.1, lett. *d* («presenza di beni di comunità, ovvero di elementi patrimoniali,

[59] «L'ecomuseo è un'istituzione culturale volta a rappresentare, valorizzare e comunicare al pubblico i caratteri, il paesaggio, la memoria e l'identità di un territorio e della popolazione che vi è storicamente insediata, anche al fine di orientarne lo sviluppo futuro in una logica di sostenibilità, responsabilità e partecipazione dei soggetti pubblici e privati e della comunità locale in senso lato», art. 11, l.r. 14/2006 Regione Sardegna. Cfr. sul punto G. Garro, cit., p. 34; M. Cerquetti, *Dal materiale all'immateriale. Verso un approccio sostenibile alla gestione del contesto glocale*, in *Il Capitale culturale*, *Supplementi*, 2015, pp. 261-62; G. Reina, *L'ecomuseo fra territorio e comunità*, in Id., *Gli ecomusei. Una risorsa per il futuro*, Venezia, 2014, pp. 77-80.

[60] Le Parti si impegnano a: (a) incoraggiare ciascuno a partecipare: – al processo di identificazione, studio, interpretazione, protezione, conservazione e presentazione dell'eredità culturale; – alla riflessione e al dibattito pubblico sulle opportunità e sulle sfide che l'eredità culturale rappresenta; (b) prendere in considerazione il valore attribuito da ogni comunità patrimoniale all'eredità culturale in cui si identifica; (c) riconoscere il ruolo delle organizzazioni di volontariato, sia come partner nelle attività, sia come portatori di critica costruttiva nei confronti delle politiche per l'eredità culturale; (d) promuovere azioni per migliorare l'accesso all'eredità culturale, in particolare per i giovani e le persone svantaggiate, al fine di aumentare la consapevolezza sul suo valore, sulla necessità di conservarlo e preservarlo e sui benefici che ne possono derivare.

materiali e *immateriali*, naturalistici e ambientali di riconosciuto valore, in primo luogo per le stesse comunità»).

Simili riferimenti ad espressioni immateriali di cultura – cui potrebbero fare seguito considerazioni sulla tendenza del legislatore sopra richiamata in merito all'inclusione di nozioni più estese in tema di patrimonio – scaturiscono dalla caratterizzazione stessa dell'ecomuseo, il cui carattere culturale è soggettivamente determinato dalle comunità ivi risiedenti e dunque ampio e mutevole nella sua estrinsecazione, negli stessi termini di quanto previsto all'art. 2 della Convenzione di Faro. L'argomento richiama quanto precedentemente osservato in merito ai limiti di espansione attualmente concessi alla definizione di patrimonio culturale immateriale, circoscritta alle c.d. espressioni di identità culturale collettiva di cui all'art. 7-*bis* del Codice e alle quali pure fanno riferimento, a ben vedere, anche le più recenti disposizioni in materia. Pertanto, benché la questione definitoria in ordine alla nozione di patrimonio immateriale necessiti ugualmente riflessioni più approfondite in grado di delinearne una struttura più composita, che oltrepassi la dimensione tradizionale e identitaria del patrimonio di singole comunità, rimane innegabile che l'affinità concettuale rilevabile tra Faro ed ecomusei costituisca anche in tema di immaterialità un significativo impulso al dibattito attualmente in corso, anche a livello internazionale, relativamente alla dignità giuridica riconoscibile in capo alle molteplici forme di immaterialità.

Giova inoltre segnalare che all'affinità teorica sopra richiamata, messa in risalto dai numerosi parallelismi concettuali agevolmente tracciabili tra legislazione regionale e Convenzione di Faro, si accosta una realtà pratica di concrete esperienze ecomuseali che ne attesta l'efficacia anche nella fase di concreta applicazione, seppur limitata alla salvaguardia di patrimoni culturali locali circoscritti alle tradizioni di comunità patrimoniali ristrette. A tal proposito, diventa di notevole incisività la scelta di organizzare l'ecomuseo in un territorio geograficamente e culturalmente delimitato all'interno del quale far convergere sottogruppi rappresentativi di singole tradizioni ed espressioni culturali – materiali e immateriali – che confluiscono complessivamente nel concetto eterogeneo ed esteso di patrimonio culturale inteso dalla Convenzione.

Valga come esempio il caso *dell'Ecomuseo del Biellese*[61] – dal 2000 in possesso del riconoscimento ufficiale da parte della Regione Piemonte – attualmente costituito da 15 c.d. "cellule"[62] che ne ritraggono il composito insieme di saperi,

[61] *https://www.atl.biella.it/ecomuseo*. Si veda anche C. Da Re, *La comunità e il suo paesaggio: l'azione degli ecomusei per lo sviluppo sostenibile. Le iniziative di salvaguardia del paesaggio biellese*, in *Citizens of Europe. Culture e diritti*, a cura di L. Zagato e M. Vecco, Venezia, 2015, p. 253 ss.

[62] Ecomuseo della vitivinicoltura; Ecomuseo del Cossatese e del Baragge; Casa Museo dell'Alta Valle del Cervo; Ecomuseo della Terracotta; Fabbrica della Ruota; Museo Laboratorio del Mortigliengo; Ex Mulino Susta; Ecomuseo della Civiltà Montanara; Ecomuseo della Tradizione Costruttiva; Museo dell'Oro e della Bessa; Ecomuseo della lavorazione del ferro; Centro di documentazione sulla lavorazione del ferro; Città dell'arte – Fondazione Pistoletto; Oasi Zegna; Museo Laboratorio dell'Oro e della Pietra.

tecniche e conoscenze che ha caratterizzato la storia locale e lo sviluppo industriale del territorio. La scelta di riunire espressioni culturali eterogenee nel quadro di un collettivo *Ecomuseo del biellese* è stata inoltre frutto della volontà di raccogliere progetti di valorizzazione e salvaguardia già esistenti, curati in gran parte dalla popolazione residente. Pare allora ulteriormente soddisfatto il fondamentale requisito della partecipazione e del coinvolgimento attivo della cittadinanza, tema che è peraltro significativamente presente all'interno di realtà ecomuseali di diverse regioni italiane. Oltre al caso, ancora piemontese, dell'Ecomuseo *Colombano Romean* di Salbertrand, che in collaborazione con l'Università degli Studi di Torino ha coinvolto la popolazione in un processo di «riappropriazione del territorio» culminato nella creazione della c.d. mappa di comunità di Salbertrand[63], degno di nota è anche l'*Ecomuseo del Sale e del Mare di Cervia*[64], in Emilia-Romagna. Collettore di numerose c.d. "antenne", nell'Ecomuseo di Cervia la componente partecipativa di cooperazione con le comunità locali ha costituito principale motore di sviluppo nella fase iniziale di nascita dell'ecomuseo ed è attualmente sfociata nel lavoro dei c.d. facilitatori, riuniti nell'Associazione *FESTA*, che collabora con la citata Associazione *FARO Venezia*, la quale ne riconosce il lavoro svolto precisamente in applicazione dei principi della Convenzione di Faro.

Costituiscono infine un significativo esempio di coinvolgimento della cittadinanza in attività mirate alla specifica valorizzazione e salvaguardia del patrimonio immateriale locale i casi dell'*Ecomuseo del Vanoi*[65], in provincia di Trento, e dell'*Ecomuseo del Casentino*[66], in Toscana. Il primo è infatti promotore, dal 2016, di un progetto di riscoperta della tradizione del teatro popolare tramite la rappresentazione di quattro drammi sacri ottocenteschi storicamente messi in scena dagli abitanti della zona, unito all'attività scientifica di ricerca e collezione di saggi sul tema[67], all'attivazione di laboratori scolastici e all'istituzione di uno spazio espositivo permanente. Il secondo, invece, che presenta una ricca sezione dedicata alle attività e ai progetti in vigore sul territorio, ha recentemente avviato, tra gli altri, un progetto di costruzione del c.d. *Atlante del patrimonio immateriale del Casentino e della Valtiberina*, ispirato ai principi della Convenzione UNESCO del 2003, e il progetto *LISTEN – Landscape in Sounds through Eco-Museums network*, volto alla valorizzazione del patrimonio immateriale custodito negli archivi orali[68] e alla promozione dei relativi territori coinvolti.

---

[63] Cfr. C. Da Re, cit., p. 272.

[64] *https://ecomuseocervia.it/it/*.

[65] *https://www.ecomuseo.vanoi.it/*.

[66] *https://ecomuseo.casentino.toscana.it/*.

[67] Culminata nel volume *I drammi sacri: beni culturali, reliquie o fossili? Riflessioni a partire dalla valle del Vanoi*, a cura di Q. Antonelli e A. Longo, Fondazione Museo Storico del Trentino, 2018.

[68] Tra i quali la *Banca della Memoria*, archivio video-digitale custode della cultura materiale e immateriale del Casentino, e l'*Archivio Anna Maria Bruzzone*, dedicato alla memoria dell'esperienza manicomiale aretina.

6. *Considerazioni conclusive*

All'interno del presente contributo, la ratifica della Convenzione di Faro è stata inquadrata in virtù di uno specifico obiettivo di indagine: identificarne le potenzialità applicative alla luce delle categorie giuridiche vigenti, declinandone successivamente l'impatto e l'eventuale carica innovativa nel settore dell'immaterialità. L'analisi appena conclusa è stata inoltre orientata allo studio del caso dell'ecomuseo come disciplinato dalla legislazione regionale in materia: l'esempio ha offerto l'occasione di misurare le concrete possibilità di applicazione dei principi emergenti nel testo di Faro.

L'indagine si è sviluppata attorno al concetto di patrimonio culturale e ai meccanismi di partecipazione e inclusione della società civile nella definizione e arricchimento di tale patrimonio. Sulla base di quanto stabilito a livello codicistico, è stata adottata una prospettiva che tenesse ugualmente conto della tendenza globale alla considerazione di un'idea più fluida e onnicomprensiva di patrimonio culturale, calata in un contesto politico e sociale definito in grado di plasmarne ulteriormente i già flessibili confini definitori. Invero, si è rilevato come a venire in rilievo non fosse il significato di patrimonio culturale in sé, ma la sua funzionalità sul piano delle politiche culturali, volte, nel testo della Convenzione, alla realizzazione di un modello di *governance* ormai ampiamente accolto: la partecipazione e la responsabilità condivisa tra attori istituzionali, da un lato, e comunità, individui e società civile dall'altro. In questo senso, le espressioni immateriali culturali – in particolare quelle identificate dalla Convenzione UNESCO del 2003 – ben si inseriscono in una prospettiva politicamente e socialmente contestualizzata, nella quale la coesistenza di pratiche e tradizioni differenti contribuisce alla costruzione di una società democratica. Se è dunque impensabile ragionare su una modifica diretta del concetto di bene culturale di cui al Codice del 2004 tramite la sola ratifica della Convenzione di Faro – la quale peraltro, per sua natura, non presenta alcuna ambizione a riguardo – appare invece senz'altro esplorabile la possibilità di muoversi (anche) su un diverso piano d'azione, che sfrutti le potenzialità espansive che l'ampiezza e la flessibilità di tale Convenzione sono in grado di offrire, specie sul terreno della partecipazione attiva di individui, associazioni e comunità alla salvaguardia e gestione del patrimonio culturale.

L'esempio dell'ecomuseo, come pratica partecipata di valorizzazione del territorio che include forme immateriali di cultura nello spettro dell'azione di determinate comunità, costituisce rilevante testimonianza dell'affinità di alcune disposizioni normative con lo spirito della Convenzione di Faro, nonché efficace strumento di salvaguardia e valorizzazione del *cultural heritage* come inteso dalla Convenzione, riguardo al quale è agevole prospettare ulteriori occasioni di concreta applicazione. Si tratta tuttavia non solo di un espediente utile ad adempiere finalità puramente esplicative: alle stesse è sotteso l'intento di rimarcare come

la ratifica della Convenzione di Faro possieda, oltre alle intrinseche potenzialità espansive, sostanziale idoneità a ravvivare ulteriormente il dibattito e le possibilità di evoluzione in materia di intangibilità, all'interno di un quadro normativo nel quale si iniziano a scorgere riferimenti progressivamente più estesi e frequenti al concetto di patrimonio culturale immateriale.

Abstract

L'inclusione della c.d. Convenzione di Faro all'interno dell'ordinamento giuridico italiano impone di misurarne l'impatto alla luce del mutamento che il documento propone nell'approccio complessivo alla materia culturale. La nozione di *cultural heritage*, soggettivamente e contestualmente definita, orienterà la trattazione verso una puntuale riflessione sul tema della partecipazione, alla luce della centralità assunta dalla società civile, nel duplice significato di collettore delle c.d. *heritage communities* e di scenario d'incontro e sviluppo di tendenze economiche, politiche e ambientali. Prendendo in esame lo specifico settore del patrimonio culturale immateriale, il contributo ne valuterà le potenzialità espansive, servendosi del caso dell'ecomuseo come efficace esempio di pratica applicativa che rivela particolare affinità con lo spirito e i principi della Convenzione di Faro.

The Faro Convention and the Intangible Cultural Heritage in Italy: the Case of the Ecomuseum

The inclusion of the so-called Faro Convention within the Italian legal system requires assessing its impact in light of the proposed changes in the overall approach to cultural matters. The notion of cultural heritage, subjectively and contextually defined, will orient the article towards a specific reflection on the theme of participation, given the central role assumed by civil society, in the twofold meaning of collector of the so-called heritage communities and meeting scenario of economic, political, and environmental trends. By examining the specific sector of intangible cultural heritage, this contribution will assess its expansion potential, using the case of the ecomuseum as a practical example of application practice that reveals a remarkable affinity with the spirit and principles of the Faro Convention.

Le comunità energetiche nuova declinazione del paradigma sussidiario

di Piergiorgio Novaro

Sommario: 1. L'impulso a diversificare le fonti di approvvigionamento energetico. – 2. Considerazioni preliminari sull'attuale configurazione del settore elettrico. – 3. I tratti salienti delle comunità energetiche nella disciplina europea e nazionale. – 3.1 La comunità energetica rinnovabile. – 3.2 La comunità energetica dei cittadini. – 4. La partecipazione degli enti locali alle comunità energetiche. – 5. Le forme giuridiche che le comunità partecipate dagli enti locali possono assumere in concreto. – 5.1 I modelli societari. – 5.2 I modelli della liberalità. – 6. Le comunità energetiche come nuova declinazione del paradigma sussidiario.

1. *L'impulso a diversificare le fonti di approvvigionamento energetico*

I recenti e drammatici sviluppi del contesto internazionale hanno reso di piana evidenza, se mai ce ne fosse stato bisogno, come l'attualità e l'urgenza di diversificare le fonti di approvvigionamento energetico investa interessi pubblici connessi non solo alla sostenibilità ambientale dei sistemi energetici – o alla transizione ecologica, se si vuole ricorrere ad un'espressione particolarmente in voga[1] – ma anche alla sicurezza energetica di cui all'art. 134 del Trattato di Lisbona e, non da ultimo, alla competitività stessa dei sistemi economici nazionali.

[1] Nel materia in oggetto, il concetto di transizione ecologia assume peraltro i contorni più specifici della transizione energetica, oggetto di un ampio dibattito dottrinale poiché esso implica una molteplicità di aspetti quali ad esempio gli strumenti finanziari e di politica industriale che devono necessariamente essere posti in essere dalle Istituzioni europee e nazionali al fine di mitigare i costi sociali della riconversione industriale nell'ottica della decarbonizzazione, come analizzato da L. Ammannati, *Transizione energetica, "just transition" e finanza*, in Riv. Trim. Dir. Econ., 2022, 289, ovvero nell'ottica delle politiche energetiche di matrice europea derivanti dal *Clean energy package* 2030 e dal *Green deal europeo* come sostenuto da M. Vetrò, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. profili di "governance": efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in Riv. It. Dir. Pub. Com., 2022, 53, sul punto anche P. Bocquillon, T. Maltby, *EU Energy Policy Integration as Embedded Intergovernmentalism: The Case of Energy Union Governance Regulation*, in Journal of European Integration, 2020, 42, 1. La transizione energetica si innesta peraltro nel più ampio discorso dell'impatto della trasformazione digitale anche sugli strumenti di regolazione pubblica, attraverso l'introduzione di innovazioni tecnologiche quali le c.d. *smart grids* e il c.d. *smart metering*, come sottolineato da M. Tresca, *La trasformazione digitale del settore energetico: strumenti di regolazione e nuovi attori* in Dir. Cost., 2022, 199; sul punto anche A. G. Renske, *Implementing Ecological Governance in EU Energy Law: The Role of Technology Neutral Legislative Design in Fostering Innovation*, in European Energy and Environmental Law Review, 2018, Vol. 27, 6 e A. Houtman – L. Reins, *Energy Transition in the EU: Targets, Market Regulation and Law*, in The Palgrave Handbook of Zero Carbon Energy Systems and Energy Transitions a cura di G. Wood, V. Onyango, K. Yenneti, M.A. Liakopoulou, *Palgrave Studies in Energy Transitions*, 2022.

Il contesto geopolitico corrente ha perciò contribuito ad accendere i riflettori su alcuni istituti giuridici, riconducibili essenzialmente alla semplificazione in materia di autoproduzione di energia, che a tal fine sono stati introdotti dal legislatore europeo già a partire dal 2018, ma che non hanno goduto di particolare attenzione nel dibattito pubblico e dottrinale tanto europeo quanto nazionale fino ad oggi.

Tra questi istituti, per innovatività e complessità spiccano certamente le comunità energetiche, le quali nella logica del legislatore europeo possono essere considerate espressione di un fenomeno aggregativo dal basso che mira alla decentralizzazione e alla localizzazione delle fonti di produzione dell'energia rinnovabile e, in particolar modo, dell'energia elettrica.

È bene subito precisare che il diritto europeo ha previsto due distinte tipologie di comunità energetica: la comunità energetica rinnovabile (anche nota con l'acronimo CER) e la comunità energetica dei cittadini (anche nota con l'acronimo CEC).

Fermo restando che si avrà modo di meglio analizzare le caratteristiche di entrambe nel prosieguo, è opportuno anticipare che la prima concerne tutte le fonti di energia rinnovabile, anche quindi l'energia termica, la seconda solo l'energia elettrica prodotta non necessariamente o esclusivamente da fonti rinnovabili.

Posto che le conclusioni cui si giungerà rispetto alle CER (non però le CEC, come si è detto) trovano applicazione tanto che queste abbiano ad oggetto energia termica quanto energia elettrica, ovvero una combinazione di entrambe, il presente scritto per esigenze di sintesi si concentrerà solo sulla produzione di energia elettrica. In relazione a quest'ultima è infatti possibile cogliere appieno la portata dirompente che le comunità energetiche possono avere in una prospettiva di medio e lungo termine.

In effetti, la produzione di energia termica da fonti rinnovabili (o a queste assimilate quali la termovalorizzazione dei rifiuti) presenta già una spiccata localizzazione per due fattori essenziali.

Il primo fattore è fisico e tecnologico, in quanto la distanza massima tra fonte produzione di energia termica e punto di consegna è dettata dal fattore di dispersione sancito dalle leggi della termodinamica in relazione alle tecnologie di trasmissione del calore oggi disponibili; ne deriva che allo stato attuale gli impianti di consumo collettivo di energia termica da fonti rinnovabili non possono che avere una portata limitata al livello locale.

Il secondo fattore è invece giuridico, dovuto alla mancanza di una disciplina settoriale di matrice europea per le ragioni di cui sopra che rendono la materia di scarso interesse in un'ottica transfrontaliera, a differenza dell'energia termica connessa allo sfruttamento di idrocarburi (in massima parte coincidente oggi con il gas naturale) che è soggetta ad una disciplina assimilabile a quella dell'energia elettrica.

Le comunità energetiche, come prefigurate dal legislatore europeo del 2018-2019, possono essere considerate come il punto di approdo di un intenso dibattito che ha visto la luce negli anni più recenti circa la necessità di superare l'attuale configurazione dei settori energetici, ancora prevalentemente basati sullo sfruttamento degli idrocarburi fossili e su un numero relativamente limitato di grandi imprese energetiche, attraverso la spinta verso il c.d. decentramento energetico[2]. Vale a dire un'inversione radicale delle linee di sviluppo dell'industria energetica, che si attua attraverso la localizzazione delle fonti di produzione di energia rinnovabile, anche nell'ottica di realizzare quella che è stata definita una vera e propria democrazia energetica[3].

Le comunità energetiche paiono così dare risposta a queste richieste che pervengono dal basso, quale strumento organizzativo per soddisfare bisogni collettivi di accesso all'energia che tenga conto non solo dei profili economici a questo relativi, ma che dia l'opportuno peso anche agli aspetti sociali ed ambientali.

Nella concezione del legislatore europeo, le comunità energetiche divengono dei soggetti di diritto che canalizzano le anzidette istanze dal basso, ammettendo la partecipazione tanto di soggetti privati, quanto di soggetti pubblici.

La dimensione locale del fenomeno nel senso sopra precisato induce così ad una riflessione riguardo al ruolo che gli enti locali possono svolgere nel guidare la prossima rivoluzione energetica.

Nel nostro ordinamento, peraltro, è agevole presumere che gli enti locali svolgeranno un ruolo fondamentale di propulsione e aggregazione delle istanze che vengono dalle collettività di riferimento, non foss'altro a causa delle funzioni relative alla cura degli interessi della collettività, che questi hanno storicamente espletato anche attraverso l'erogazione di prestazioni di servizi.

È plausibile perciò pensare che gli enti locali (e i soggetti da questi par-

---

[2] R. Miccù, M. Berardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in federalismi.it 4, 2022, 617 ciò che ne risulta è un «*doppio decentramento»: da un modello energetico di tipo gerarchico e centralizzato, fondato su una rigida polarizzazione dei rapporti tra produttore e utente finale di energia, a un sistema di produzione dell'energia decentralizzato (e tecnologicamente complesso), orientato verso una vera e propria "democratizzazione" dell'energia, e nel quale il consumatore risulta primariamente coinvolto*». Come sostenuto da J. P. Tomain, *The Democratization of Energy*, in Vanderbilt Journal Of Transnational Law, 48, 2015, 1143 «*local government can serve as "policy laboratories" that engage in regulatory experimentation, which should promote efficiency gains through competition, develop best practices for the local use and distribution of energy, engage in public education through the accumulation and dissemination of local knowledge, enable localities to scale energy activities to the tasks most suitable to them, and search for cooperative solutions with and among other layers of government*»;

[3] B. Van veelen, D. Van der horst, *What is Energy Democracy? Connecting social science energy research and political theory*, in Energy research and social science., 46, 2018, 21 «*At its heart, the energy democracy movement has sought to change the socio economic relations embedded in the energy systems by encouraging greater public involvement and control*»; K. Szulecki, *Conceptualising Energy Democracy*, in Environmental Politics, 2018, 27, 24, «*the concept of 'energy democracy' remains suggested rather than defined as a process in which the ownership and control of energy production and governance moves from a centralized to a dispersed mode*».

tecipati) possano contribuire attivamente allo sviluppo e alla diffusione di tali comunità proprio in ragione dei benefici sociali, ambientali e, non da ultimo, economici che queste devono necessariamente ricercare[4].

Inoltre, la possibilità di contestuale partecipazione di soggetti pubblici e privati rende imprescindibile esaminare i modelli dove tale compartecipazione risulta legittima nell'attuale quadro normativo. Questi sono stati selezionati nell'analisi che segue secondo un criterio di compatibilità con gli scopi e le caratteristiche che il legislatore europeo e nazionale attribuiscono alle comunità energetiche.

2. *Considerazioni preliminari sull'attuale configurazione del settore elettrico*

Affinché possa essere apprezzato appieno il predetto impatto delle comunità energetiche nel settore elettrico è d'uopo svolgere alcune considerazioni preliminari circa la genesi ed i contorni dell'attuale configurazione industriale del settore.

Lo sviluppo in senso moderno del settore elettrico in Italia ha avuto essenziale impulso con la nazionalizzazione e la creazione dell'ENEL quale ente pubblico economico operante in regime di monopolio legale ad opera della legge 6 dicembre 1962, n. 1643[5]. La politica industriale relativa alle fonti di produzione di energia elettrica ha perciò lungamente risentito del regime monopolistico attribuito all'*incumbent*, sì da assumere una connotazione fortemente accentrata. In altri termini, le scelte strategiche in merito alla distribuzione sul territorio degli impianti di generazione e al c.d. mix energetico hanno risentito della dimensione nazionale dell'ente pubblico e della sua soggezione alle *policies* elaborate dal governo centrale.

Sono sfuggiti a questa logica solo fenomeni assai marginali che oggi tendono ad essere riconosciuti come precursori delle future comunità, vale a dire fenomeni consortili o cooperativi fatti salvi dalla legge di nazionalizzazione a causa della loro collocazione in aree periferiche del Paese (prevalentemente sull'arco alpino) e estremamente limitate quanto ad energia prodotta rispetto al

[4] In particolare, nelle leggi regionali che man mano si stanno approvando sul tema, un ruolo particolarmente rilevante è riconosciuto agli enti locali per contrastare la c.d. povertà energetica. Tra queste, la l.r. Emilia Romagna, 27 maggio 2022 n. 5, la l.r. Puglia 9 maggio 2019 n. 45.

[5] Per un approfondimento sulla nazionalizzazione della produzione di energia elettrica, anche rinnovabili, si rinvia a M. A. Sandulli, *Le concessioni per le grandi derivazioni di acqua a scopo idroelettrico: evoluzione normativa e questioni aperte sull'uso di una risorsa strategica*, in federalismi.it, 2013. La nazionalizzazione porto all'espropriazione di circa 1300 imprese che già operavano nel settore, con notevoli conseguenze anche sul valore economico degli impianti trasferiti come osservavano P. Rescigno, *Sull' indennizzo alle imprese elettriche e sul calcolo degli interessi*, in Giurisprudenza italiana, 1976, 3, 243 e F. Canfora, *Cambiamento dell' oggetto sociale, recesso dei soci e tutela del credito in materia di nazionalizzazione delle imprese elettriche*, in Rassegna giuridica dell'ENEL, 1974, 1, 84.

fabbisogno nazionale.

Un tentativo di diversificazione delle fonti di produzione dell'energia elettrica è stato promosso dal diritto europeo con la ben nota liberalizzazione dell'attività di produzione, recepita nel diritto nazionale all'art. 8 del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79[6]. Questo intervento normativo ha perseguito, essenzialmente, l'obiettivo di aprire alla concorrenza il mercato della generazione dell'energia elettrica, al fine di favorire nuovi investimenti da parte dei potenziali concorrenti e, dunque, innescare una dinamica dei prezzi al ribasso tipica appunto dei mercati concorrenziali.

A vent'anni di distanza, questi obbiettivi paiono tuttavia essere raggiunti solo in parte: i dati più recenti forniti dal regolatore nazionale mostrano un mercato della generazione sì concorrenziale, perché caratterizzato da un numero assai elevato di operatori, ma ancora dominato da pochi grandi gruppi industriali, se si pensa che i primi 5 operatori su un totale di circa 14700 operatori attivi nella generazione hanno contribuito nel 2020 per il 44.9% alla produzione totale lorda[7].

Questo risultato si spiega per due ordini di ragioni. La prima è che la liberalizzazione di matrice europea sconta una visione industriale del settore ancora tradizionale che si fonda principalmente sull'iniziativa di soggetti imprenditoriali di grandi dimensioni. Non a caso l'apertura di questi mercati a livello europeo ha determinato – almeno in un primo momento e in misura ancora oggi si è visto preponderante – l'ingresso nei vari mercati nazionali di operatori economici già operanti in precedenza (i vari campioni nazionali) o risultati da forme di aggregazione e trasformazione delle aziende controllate da enti locali[8].

La seconda è che l'unica alternativa rispetto a detto mercato consentita fino agli ultimi sviluppi normativi, cui faremo riferimento subito appresso, è stata

---

[6] G. G. Gentile, *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in Rassegna giuridica dell'energia elettrica, 1999, fasc. 2-3 pag. 285.

[7] Fonte ARERA, Relazione annuale, stato dei servizi 2020, vol. 1. Inoltre, è assai indicativo che circa la metà della potenza lorda annuale è prodotta dal 2% degli operatori. Un altro dato a nostro avviso particolarmente indicativo è rappresentato dal numero di operatori in possesso di una quota di mercato superiore allo 1% (già di per sé irrisoria come soglia): 13. *In summa*, facendo una semplicissima operazione algebrica sulla base degli ultimi dati a disposizione dell'ARERA, il 2% degli operatori produce la metà dell'energia elettrica (373 operatori), lo 0,09% possiede una quota di mercato superiore al 1% (13 operatori), lo 0.03% (i primi 5) producono insieme quasi il 45% dell'energia elettrica.

[8] Il fenomeno non è infatti solo italiano, ma comune ai mercati nazionali oggetto delle politiche di liberalizzazione eurounitarie, i quali sono tutti caratterizzati da una forte concentrazione di posizioni rilevanti in capo ad un numero ristretto di grandi gruppi societari che peraltro agiscono di norma in più di un mercato nazionale come risulta dall'analisi condotta da R.J. Hewitt, N. Bradley, A.B. Compagnucci, C. Barlagne, A. Ceglarz, R. Cremades, M. Mckneen, I.M. Otto, *Social Innovation in Community Energy in Europe: A Review of the Evidence*, in Frontiers in Energy Research, 7, 2019.

l'autoproduzione con conseguente autoconsumo individuale da fonte rinnovabile, con facoltà prevista *ex lege* di cedere l'energia prodotta in eccesso a condizioni non di mercato ma fissate dal regolatore.

Di conseguenza e per semplificare il discorso, l'apparente ingresso massiccio di nuovi operatori nel mercato è dovuto principalmente ai meccanismi tariffari incentivanti riguardanti la produzione di energia da fonti rinnovabili (conto energia, scambio sul posto etc…) posti in essere dal governo nazionale che tutto sono fuorché meccanismi pro-concorrenziali nel senso preconizzato da Littlechild[9]. Questi meccanismi non sono basati infatti su logiche di mercato, comprensibilmente, ma non sono adatti neanche ad aumentare i livelli di concorrenzialità, poiché in assenza di correlati meccanismi di aggregazione dell'offerta, hanno determinato un solo apparente ingresso nel mercato di una miriade di soggetti che non possono essere considerati reali *competitors* dei grandi gruppi industriali, poiché in possesso di una quota di mercato impalpabile.

Il risultato è dunque un mercato che sfiora l'oligopolio dove i meccanismi di determinazione del prezzo dell'energia sono appannaggio dell'agone concorrenziale dei *big players*, non avendo gli altri alcuna reale capacità di incidere sul prezzo di mercato, né particolare interesse in merito se non forse continuare a percepire tariffe incentivanti.

Non a caso, il considerando 6 della direttiva 2019/944/UE[10] pone come centrale nella nuova impostazione propugnata dall'ultimo pacchetto energia «*il passaggio dalla produzione in grandi impianti di generazione centralizzati a una produzione decentrata di elettricità da fonti rinnovabili e verso mercati a basse emissioni di carbonio* [che] *richiede un adeguamento delle attuali norme sulla compravendita di energia elettrica e un cambiamento dei ruoli all'interno del mercato*»[11].

[9] Il riferimento è al padre delle liberalizzazioni inglesi Sir Littlechild, il quale sosteneva appunto che la regolazione avrebbe avuto il compito principale, secondo una sua celebre espressione, di "holding the fort", vale a dire il compito di guidare ordinatamente la transizione verso la piena concorrenza, che riflette in parte «*the fact that it is not possible to move from a nationalized monopoly to a competitive industry in a single step. The regulator needs the authority and duty to complete the process of transition (as does the Secretary of State), otherwise obstacles to competition might remain in place*», M. E. Beesley – S. C. Littlechild, *The regulation of privatised monopolies in the United Kingdom*, in RAND Journal of Economics, 1989, 3, 464.

[10] La direttiva in questione è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 210.

[11] Questa posizione era stata peraltro già assunta dalla Commissione, nella comunicazione del 15 luglio 2015 «Avvio del processo di consultazione pubblica sul nuovo assetto del mercato dell'energia», COM(2015) 340 final.

3. *I tratti salienti delle comunità energetiche nella disciplina europea e nazionale*

In via complementare rispetto alla liberalizzazione, il legislatore europeo ha introdotto due istituti dotati di una forte carica innovativa, poiché ispirati ad una logica opposta di tipo partecipativo finalizzata ad incentivare, in vario grado, l'autoproduzione di energia elettrica e, in misura non necessariamente prevalente, l'autoconsumo: la comunità energetica rinnovabile e la comunità energetica dei cittadini.

In entrambi i casi, le comunità energetiche sono indubbiamente espressione di un fenomeno aggregativo dal basso, giacché organizzarsi in dette comunità è una facoltà riconosciuta ai singoli attori della filiera elettrica, con particolare riguardo a quelli che operano nei segmenti finali della stessa.

Il recepimento da parte del legislatore nazionale degli istituti di matrice europea è risultato in parte carente sotto almeno due aspetti: la tempestività e la fedeltà rispetto al testo della direttiva.

Riguardo al primo profilo, basti considerare che nessuna delle due direttive europee che hanno introdotto gli istituti che saranno di seguito analizzati è stata recepita nei termini e che con riferimento al mancato recepimento della direttiva del 2019 la Commissione Europea ha avviato nei nostri confronti una procedura d'infrazione formale[12].

Sotto il secondo profilo, invece, si avrà modo di mettere in evidenza i profili di deviazione della disciplina nazionale rispetto alla disciplina europea nell'analisi dei tratti salienti che segue per ciascuna tipologia di comunità. In via di sintesi, ad avviso di scrive, questi possono ricondursi a quattro: a) scopo; b) partecipazione; c) attività; d) forma giuridica.

Va inoltre preliminarmente sottolineato che, in relazione agli istituti in commento, paiono delinearsi due distinti piani relazionali: quello che attiene alle posizioni giuridiche soggettive delle comunità e quello che attiene alle posizioni giuridiche soggettive dei membri di esse.

Con riferimento alle prime, a seconda delle caratteristiche proprie di ciascuno dei due modelli, la comunità sarà titolare di facoltà e di obblighi, vale a dire la comunità ha capacità di porre in essere negozi giuridici propri negli ambiti in cui essa può esplicare la propria attività sulla base del dettato normativo.

Con riferimento alle seconde, occorre precisare che i membri della comunità godono di un doppio *status* giuridico: quello derivante dalla qualifica di membro, da cui deriva una serie di diritti ed obblighi, esplicazione dell'autonomia negoziale che si sostanzia nei rapporti di diritto privato discendenti dal contratto di tipo associativo che costituisce la comunità; quello derivante dalla qualifica del singolo membro alla luce del diritto speciale europeo applicabile.

[12] Procedura d'infrazione n. 2021/0059.

A titolo esemplificativo, se un soggetto è qualificabile come cliente finale alla luce della disciplina settoriale in materia di energia elettrica, questo continuerà a mantenere inalterate le prerogative che da tale qualificazione discendono anche in caso di partecipazione alla comunità. Allo stesso modo, se il soggetto membro è un gestore di un sistema di distribuzione, manterrà invariata tale qualifica anche se l'attività di distribuzione dovesse essere attribuita alla comunità nel suo complesso.

Questa duplicità produce alcuni dubbi interpretativi in ordine alla concreta configurazione delle comunità, che saranno di volta in volta evidenziate nel corso della presente trattazione.

3.1. *La comunità energetica rinnovabile*

Le comunità energetiche rinnovabili trovano collocazione nel diritto europeo all'art. 22 della direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, il quale tuttavia presenta una disciplina essenziale che fissa i criteri cardine sottesi alla definizione del nuovo istituto, rimettendo in larga parte alla discrezionalità degli Stati membri la configurazione degli aspetti più propriamente applicativi.

Nel nostro ordinamento, la direttiva in esame ha avuto dapprima una provvisoria trasposizione ad opera dell'art. 42-bis del decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162 come introdotto dal decreto mille proroghe 2020[13] – limitatamente però al solo istituto in questione e, più genericamente, all'autoconsumo da fonti rinnovabili – poi è stato definitivamente recepito all'art. 31 del decreto legislativo n. 199 del 8 novembre 2021, questa volta di attuazione dell'intera direttiva del 2018.

a) Scopo

Cominciando l'analisi dal primo dei quattro elementi chiave sopra richiamati, è possibile rilevare immediatamente una discrasia tra la normativa europea e la normativa nazionale.

L'art. 2 punto 16 della direttiva stabilisce infatti che la comunità persegue lo scopo principale di «*fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi azionisti o membri o alle aree locali in cui opera, piuttosto che profitti finanziari*». Al contrario, per l'art. 31 del citato d.lgs. n. 199/2021 l'obiettivo principale della comunità è quello di «*fornire benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità ai suoi soci o membri o alle aree locali in cui opera la comunità e non quello di realizzare profitti finanziari*».

Il confronto tra il testo delle due disposizioni appena riportate induce a svolgere tre considerazioni.

[13] Decreto conv. con mod. dalla l. 28 febbraio 2020 n. 8.

In primo luogo, non si può non evidenziare l'assai peculiare ricorso da parte di entrambe le norme all'espressione "profitti finanziari", il cui significato in relazione al caso di specie appare quantomeno oscuro e apre a due alternative: o si intende tale espressione in senso lato, quale l'utilizzo impreciso da parte del legislatore europeo (e *obtorto collo* anche di quello nazionale) dell'aggettivo finanziario, ritenendo perciò che la *voluntas legis* sia nel senso di riferirsi più latamente ai profitti *tout court*, dunque un riferimento in ultima istanza allo scopo di lucro; o si intende l'espressione in senso più restrittivo, intendendo dunque la specificazione quale riferimento a possibili plusvalenze finanziarie accessorie rispetto all'attività principale.

Sul piano sistematico pare preferibile la prima lettura, dal momento che la seconda porterebbe all'applicazione di un divieto assai puntuale – limitato cioè alla dimensione finanziaria di eventuali profitti e dunque, in ultima analisi, alla capacità di questi soggetti di accedere a strumenti finanziari con gli utili generati dall'attività economica loro propria – che non ha precedenti in materia di capacità imprenditoriale di soggetti giuridici sia pubblici che privati, e imporrebbe dunque una più precisa definizione delle caratteristiche di tale divieto al fine di renderlo applicabile.

In secondo luogo, non si può non sottolineare una erronea trasposizione da parte del legislatore italiano del contenuto della direttiva in punto di scopo. Quest'ultimo infatti esclude la possibilità che le comunità in questione possano perseguire uno scopo di lucro («*e non quello di*»), laddove la direttiva fa divieto che il lucro sia lo scopo principale («*piuttosto che*»).

Questa limitazione dello scopo introdotta dal legislatore nazionale non pare consentita dalla direttiva europea, che sul punto non ammette discrezionalità degli Stati membri. Non è perciò immune da eventuali censure da parte della Commissione europea.

In terzo luogo, posto che lo scopo di lucro non debba essere l'obiettivo prioritario delle comunità, le disposizioni in commento mettono in risalto lo scopo mutualistico di queste che si concretizza nella realizzazione di benefici ambientali, economici e sociali rilevanti tanto all'interno nei confronti dei partecipanti quanto all'esterno nei confronti di non meglio specificate "aree locali" in cui la comunità si trova ad operare.

b) Partecipazione

Venendo ora al secondo elemento di ordine soggettivo, si è già detto che nell'ottica del legislatore europeo le comunità sono espressione di un fenomeno aggregativo. Nel caso di specie la comunità di energia rinnovabile coinvolge soggetti che fino ad ora sono stati considerati come l'ultimo segmento di una visione lineare della filiera energetica che va idealmente dalla produzione di energia fino alla sua utilizzazione finale. La Direttiva del 2018, in cambio, mira a stravolgere

l'impostazione industriale tradizionale del settore introducendo forti elementi di circolarità della filiera laddove concede ai consumatori finali dell'energia di divenire al contempo produttori, con neologismo anglosassone *prosumers*[14].

L'art. 22 della direttiva, infatti, impone agli Stati membri di garantire che «*i clienti finali, in particolare i clienti domestici, abbiano il diritto di partecipare a comunità di energia rinnovabile, mantenendo al contempo i loro diritti o doveri in qualità di clienti finali*». Quali siano precisamente questi "diritti" o "doveri" non è espressamente stabilito, così come non è stabilito dalla direttiva all'art. 2 sulle definizioni cosa debba intendersi per clienti finali.

Quest'ultima espressione sembra ricalcare invero la qualifica costantemente attribuita dalle direttive in materia di energia elettrica al «*cliente che acquista energia elettrica per uso proprio*»[15].

In questo modo si spiega perché, secondo le disposizioni prima menzionate, possono partecipare alla CER solo «*persone fisiche, PMI, enti territoriali e autorità locali, ivi incluse le amministrazioni comunali, gli enti di ricerca e formazione, gli enti religiosi, quelli del terzo settore e di protezione ambientale*», con esclusione di quelle imprese per le quali questa partecipazione costituisca battività commerciale e industriale principale. Queste ultime infatti non avrebbero la qualifica di clienti finali nel senso sopra precisato.

In questa prospettiva, in assenza di chiare definizioni nel senso sopra precisato, pare plausibile ritenere che i membri della CER mantengano la loro qualifica di cliente finale anche nel caso in cui la partecipazione alla comunità *de jure et de facto* sottragga questi alle ordinarie regole di mercato previste dalla disciplina settoriale.

Nel silenzio di entrambe le disposizioni, anche in parallelo con quanto si dirà appresso per le CEC, quanto ai diritti e ai doveri dei clienti finali, letto in disposto con l'art. 22 par. 4 lett. f) secondo cui la partecipazione alle comunità di energia rinnovabile deve essere aperta a tutti i consumatori, è stato inteso da alcuni nel senso che i membri delle CER manterrebbero il diritto proprio dei clienti finali dell'energia elettrica di cambiare fornitore, come sancito dall'art. 12 della direttiva 2019/944/UE[16].

---

[14] Il termine *prosumer* è un neologismo coniato A. Toffler, *La terza ondata*, (ed. it. a cura di L. Berti), Milano, Sperlin e Kupfer, 1987 che deriva dall'unione dei termini *producer* (produttore) e *consumer* (consumatore). Numerosi contributi si sono occupati di questa figura con riferimento al settore energetico, tra questi sia consentito rimandare a A.M. benedetti, *Lo scambio dei ruoli ovvero l'utente che produce energia: la regolazione convenzionale dello «scambio sul posto»*, in *Annuario di diritto dell'energia. Regole e mercato delle energie rinnovabili* a cura di G. Napolitano, A. Zoppini, Bologna, Il Mulino, 2013, pp. 189, D. Murru, *La regolazione dei* prosumer, in *La Transizione Energetica* a cura di L. Ammannati, Giappichelli, Torino, 159 e, da ultimo a R. Miccù, M. Berardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, in federalismi.it 4, 2022, 621.

[15] Così anche nel quadro normativo vigente l'art. 2 punto 13) della direttiva 2019/944/UE.

[16] R. Miccù, M. Berardi, *Premesse ad uno studio sulle Energy communities: tra governance dell'efficienza energetica e sussidiarietà orizzontale*, cit., 632.

Il ricorso al termine consumatore anziché cliente finale, potrebbe far propendere per il riconoscimento del diritto di "libera uscita" solo a quei clienti finali che siano qualificabili anche come consumatori ai sensi del codice del consumo.

Ne deriva che a questi continueranno comunque a fruire dei diritti previsti dalla direttiva 2019/944/UE alla cui analisi si rinvia, primo fra tutti il diritto di cambiare fornitore.

L'applicazione *sic et simpliciter* alle comunità del diritto di cambiare fornitore, tipico di una logica di mercato concorrenziale, è destinata tuttavia ad avere rilevanti ripercussioni riguardo all'esigenza opposta delle comunità di mantenere un'adeguata stabilità interna soprattutto laddove questa si faccia carico di rilevanti investimenti al fine di realizzare il proprio scopo sociale.

In altri termini, se il diritto del cliente finale di recedere *ad nutum* dai contratti di fornitura ha una sua logica in un'ottica pro-concorrenziale, esso appare meno coerente nella logica mutualistica che invece caratterizza l'istituto in commento[17]. Nel primo caso infatti, posto che il rapporto che si instaura tra venditore al dettaglio e cliente finale è un rapporto sinallagmatico ascrivibile ad un contratto di somministrazione per adesione, il diritto in esame evita che il venditore possa contrattualmente inserire costi di transizione (ad esempio, penali per recesso dal contratto prima di un certo termine) aventi un effetto distorsivo della concorrenza. Per contro, nel caso di adesione volontaria ad una comunità energetica e dunque di compartecipazione agli investimenti in impianti da fonti rinnovabili che in varia misura ciò comporta, la possibilità del membro avente qualifica di cliente finale di recedere *ad nutum* dal contratto può comportare dei disequilibri rispetto al piano industriale della comunità.

Sul punto, in assenza di un chiaro riferimento normativo, sarebbe corretto estendere per analogia l'applicazione dell'art. 12 della direttiva 2019/944/UE di cui oltre.

In realtà, un riferimento normativo chiaro poteva rinvenirsi nella disciplina transitoria dettata in materia dall'art. 42 bis del d.l. n. 162/2019 prima citato laddove si prevedeva espressamente che i membri mantenessero «*i loro diritti di cliente finale, compreso quello di scegliere il proprio venditore*» e soprattutto che questi potessero «*recedere in ogni momento dalla configurazione di autoconsumo, fermi restando*

[17] Contrario al riconoscimento di una facoltà di recesso *ad nutum* è anche E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in Orizz. Dir. Comm., 2020, 143 secondo cui «*il membro della comunità che non sta avvalendosi di alcun servizio di fornitura o di aggregazione può non essergli riconosciuto il recesso ad nutum, quando sceglie il proprio fornitore o aggregatore, non essendovi nel caso di specie alcun cambio di erogatore del relativo servizio*». Sul punto sia consentito di dissentire, proprio in ragione delle considerazioni sopra esposte circa il duplice piano di rapporti che si instaurano tra comunità e membri. Condivisibile invece appare l'ulteriore considerazione dello stesso Autore secondo cui il recesso *ad nutum* è meccanismo che non trova riscontro nei modelli associativi del codice civile, tutti estranei alla logica della partecipazione aperta, E. Cusa, *Gli utilizzatori dei marchi collettivi*, in AIDA 2015 a cura di L.C. Ubertazzi, 2015, Milano, Giuffrè, 323.

eventuali corrispettivi concordati in caso di recesso anticipato per la compartecipazione agli investimenti sostenuti, che devono comunque risultare equi e proporzionati».

Questa seconda disposizione appare particolarmente pregevole nell'ottica di perseguire un equo bilanciamento tra la tutela della flessibilità della posizione del singolo membro, da un lato, e la protezione della certezza dei rapporti interni alla comunità, tanto in senso orizzontale tra i membri quanto in senso verticale tra i membri e la comunità – soggetto giuridico. La soluzione adottata dal legislatore del 2019 in effetti rimetteva la definizione del bilanciamento all'autonomia negoziale delle parti, attribuendo semmai al giudice il giudizio circa l'equità e la proporzionalità di detti meccanismi.

Aldilà del dato normativo, questa soluzione può essere ritenuta un ottimale metro di comparazione al fine di risolvere la questione in una prospettiva futura.

c) Attività

Quanto all'ambito di applicazione oggettiva della normativa in esame, occorre preliminarmente precisare che la direttiva del 2018 trova applicazione tanto nei confronti della produzione di energia elettrica da fonte rinnovabile quanto nei confronti della produzione di energia termica dalla stessa fonte.

Il riferimento alla nozione di cliente finale, nel senso sopra precisato, non presente per quanto concerne la disciplina dell'energia termica, non dovrebbe tuttavia lasciare propendere per una limitazione dell'oggetto delle CER alla sola energia elettrica. In effetti, l'art. 22 della direttiva parla genericamente di "energia da fonte rinnovabile", con ciò dovendosi necessariamente intendere entrambe le energie, sulla base del presupposto che là dove il legislatore della direttiva ha inteso riferirsi specificamente ad una di esse lo ha fatto[18].

Sul punto il legislatore nazionale chiarisce la portata delle CER prevedendo all'art. 31 comma 2 lett. f) del d.lgs. n. 199/2021 che «*la comunità può produrre altre forme di energia da fonti rinnovabili finalizzate all'utilizzo da parte dei membri*».

Va da sé comunque che, sebbene sia teoricamente ipotizzabile una CER che produca esclusivamente energia termica, sul piano pratico è assai più probabile che nel caso in cui la CER produca anche energia termica, questa sia il risultato della produzione di energia elettrica attraverso la c.d. cogenerazione.

Quanto invece alle attività dell'attuale filiera del settore elettrico che le CER possono legittimamente espletare, esse attengono essenzialmente alla produzione, allo stoccaggio e alla vendita all'ingrosso o al dettaglio[19]. La direttiva del

[18] Così, ad esempio, l'art. 21 dedicato agli autoconsumatori di energia da fonti rinnovabili) prevede espressamente che questi possano «produrre energia rinnovabile, anche per il proprio consumo; immagazzinare e vendere le eccedenze di produzione di energia elettrica rinnovabile».

[19] Lo stoccaggio ha una sua compiuta definizione oggi all'art. 3 comma 6 del d.lgs. 8 novembre 2021 n. 210. Quanto all'attività di vendita, invece, essa deve essere ritenuta ammessa in linea

2018 prevede infatti che le comunità possano «*produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile*», oltre che ovviamente «*scambiare, all'interno della stessa comunità, l'energia rinnovabile prodotta*».

Dalla lettera dell'art. 22 par. 4 lett. b) della direttiva si evince poi che dette comunità possano anche fornire «*servizi di aggregazione, o altri servizi energetici commerciali*». Più specifica, invece, appare la disposizione di cui al comma 2 lett. f) del citato art. 31 laddove si legge che, in coerenza con lo scopo imposto dal solo legislatore nazionale, la CER può «*promuovere interventi integrati di domotica, interventi di efficienza energetica, nonché offrire servizi di ricarica dei veicoli elettrici ai propri membri e assumere il ruolo di società di vendita al dettaglio e può offrire servizi ancillari e di flessibilità*».

Va detto peraltro che sempre in base all'articolo della disciplina nazionale in commento, le descritte attività sono indicate secondo un criterio di priorità. Si dispone infatti che l'energia autoprodotta sia utilizzata prioritariamente per l'autoconsumo istantaneo *in situ* o, alternativamente, per la condivisione interna, residuando la possibilità di accumulo o di vendita solo per la parte eccedente il fabbisogno in tempo reale della comunità[20]. Questo ordine di priorità è tuttavia assente nella disciplina europea.

Ancora una volta le disposizioni richiamate rimarcano la diversa impostazione di fondo tra le due legislazioni sopra illustrate con riferimento allo scopo. La direttiva consente infatti alla CER di offrire altri servizi energetici "commerciali", presupponendo dunque che sempre secondo un criterio di non prevalenza, la comunità possa offrire servizi a mercato. Diversamente, i servizi accessori previsti dal legislatore italiano e la possibile attribuzione di "società di vendita al dettaglio" sembrerebbero contraddire l'assenza di scopo di lucro, al netto delle considerazioni che saranno svolte nel prosieguo.

Inoltre, non può sollevare una certa perplessità il riferimento del legislatore nazionale allo strumento societario. Parrebbe trattarsi assai probabilmente di una imprecisione terminologica dal momento che l'attività di vendita dell'energia elettrica è definita libera dall'art. 1 del decreto legislativo16 marzo, n. 79/1999 e che il decreto in questione non pone particolari limitazioni soggettive all'esercizio delle attività in esso contemplate. Ne deriva perciò che quale che sia la forma giuridica prescelta dalla costituenda comunità, questa dovrebbe poter svolgere questa attività accessoria al pari delle comunità costitute in forma societaria. Inoltre, vale forse la pena di sottolineare che l'attività di "vendita al dettaglio" non è formalmente prevista tra le attività del settore elettrico disciplinate dalle direttive del pacchetto energia e, conseguentemente dal decreto del 1999. La distinzione tra attività di vendita "all'ingrosso" e di vendita "al dettaglio" di derivazione dal settore del commercio, sebbene generalmente utilizzata nel

di principio tanto la vendita all'ingrosso quanto quella ai clienti finali, dal momento che ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 79/1999 entrambe sono attività libere.

[20] In questo senso si esprime anche ARERA nella delibera n. 318/2020/R/EEL.

linguaggio comune, si ricava semmai nella disciplina appena richiamata dalla definizione di matrice eurounitaria di cliente grossista, come «qualsiasi persona fisica o giuridica che acquista energia elettrica a scopo di rivendita all'interno o all'esterno del sistema in cui è stabilita».

d) Forma giuridica

Anche con riferimento alla veste giuridica che queste comunità possono assumere è lecito mettere in luce una discrasia tra normativa europea e nazionale. In linea con la consueta neutralità del diritto europeo, la direttiva nulla dispone. All'opposto il più volte citato art. 31 prevede esplicitamente che la CER sia un "soggetto di diritto autonomo", il quale, stante la congerie di soggetti ammessi a partecipare, non può che avere natura associativa di diritto privato.

Avendo riguardo a ciò, tre aspetti appaiono maggiormente rilevanti.

Il primo aspetto riguarda l'attribuzione di soggetto di diritto autonomo alla comunità. Questo lascia presupporre che nel nostro ordinamento le CER siano dotate di personalità giuridica.

Il secondo aspetto riguarda l'esercizio dei poteri di controllo in seno al nuovo soggetto giuridico. *Ça va de soi*, la direttiva non affronta il tema. La disposizione italiana contiene invece la pleonastica precisazione secondo cui i poteri di controllo in relazione a tali soggetti possono appartenere solo ai medesimi soggetti ammessi dalla legge a partecipare (*sic*!). Mentre il regolatore nazionale ha aggiunto che la comunità – soggetto giuridico è controllata «*da azionisti o membri che sono situati nelle vicinanze degli impianti di produzione di energia da fonti rinnovabili che appartengono e sono sviluppati dal soggetto giuridico in questione*»[21]. Si presume che per "vicinanze" l'Autorità abbia inteso riferirsi alla cabina di derivazione primaria, estensione massima che tali comunità possono raggiungere. Anche qui tuttavia non può non cogliersi la deriva tautologica della definizione.

Il terzo elemento riguarda le modalità di partecipazione, di cui si è già detto al punto precedente. Nella prospettiva che qui preme, la facoltà per i membri di recedere dal contratto di comunità deve necessariamente trovare riscontro nelle modalità di recesso previste per ciascuno dei modelli tipizzati, anche al fine di valutare possibili deroghe rispetto allo schema tipico.

3.2. *La comunità energetica dei cittadini*

La comunità energetica dei cittadini (CEC), trova collocazione invece nell'ultimo pacchetto energia, più precisamente all'art. 16 della direttiva 2019/944/UE. Anche questa norma segue il medesimo approccio descritto in relazione alla

[21] ARERA delibera n. 318/2020/R/EEL.

CER, limitandosi perciò a fornire i requisiti ed i criteri fondamentali cui queste comunità devono conformarsi.

Nel nostro ordinamento l'istituto è stato recepito all'art. 14 del decreto legislativo 8 novembre 2021 n. 210, mettendo così fine alla procedura d'infrazione n. 2021/0059 avviata nei confronti del nostro Paese per mancato recepimento entro il 31 dicembre 2020 della direttiva.

Rispetto alle comunità di energia rinnovabile appena descritte le comunità energetiche dei cittadini presentano fondamentali elementi di differenziazione, che per maggiore semplicità espositiva sono di seguito suddivisi in base ai quattro elementi già presi a riferimento.

a) Scopo

La discrasia prima evidenziata tra normativa europea e nazionale rispetto allo scopo delle CER si avverte in maniera ancora più evidente con riferimento alle CEC.

La direttiva 2019/944/UE riporta infatti la medesima espressione già richiamata con riferimento all'altra tipologia di comunità.

Per converso e sorprendentemente, il legislatore nazionale stabilisce che l'atto costitutivo della CEC «*deve individuare quale scopo principale il perseguimento, a favore dei membri o dei soci o del territorio in cui opera, di benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, non potendo costituire i profitti finanziari lo scopo principale della comunità*».

Orbene, a parità di definizioni nelle direttive europee, il legislatore ammette che le CEC possano ricercare il conseguimento di profitti – sull'aggettivazione si rimanda a quanto già detto in precedenza – seppure in misura non prevalente rispetto allo scopo solidaristico. Questa vulgata appare certamente più coerente con la direttiva rispetto all'impostazione seguita per le CER, sebbene non si comprendano del tutto le ragioni della divergenza. Rispetto a due definizioni identiche fornite dal legislatore europeo, il legislatore nazionale conferma ancora una volta una certa "elasticità" nell'interpretazione dei testi delle direttive.

Le ragioni della mancata esclusione espressa dello scopo di lucro in questo caso pare in realtà comprendersi meglio in relazione alla partecipazione e alle attività che queste comunità possono espletare.

In altri termini, pur privilegiando un approccio di tipo solidaristico, l'ampia gamma di attività che queste comunità possono espletare (ivi compresa la fornitura di energia a membri che non sono al contempo produttori, per esempio) rende del tutto coerente la possibilità che vi siano imprese pubbliche o private che generino profitti dalla partecipazione alle comunità fornendo l'energia da loro prodotta ai membri di queste o, per la quantità di energia prodotta in eccesso rispetto alla domanda della comunità, anche a terzi.

Queste comunità non sono affatto estranee invero alla logica di mercato. Ciò deve ritenersi consentito, sempreché resti il vincolo solidaristico tra gli appartenenti alla comunità, vale a dire che l'unico ed esclusivo scopo di questa non sia la creazione di un mercato chiuso ai non membri, con evidente distorsione delle regole generali previste dal decreto n. 79/1999 di liberalizzazione del settore elettrico. Come si legge al considerando (46), infatti, «*le comunità energetiche dei cittadini costituiscono un nuovo tipo di soggetto in virtù della loro struttura di affiliazione, dei loro requisiti di governance e della loro finalità. Dovrebbero poter operare sul mercato a condizioni paritarie, senza recare distorsioni alla concorrenza*».

Per il diritto europeo, dunque le CEC sono dei veri e propri soggetti che operano sui mercati del settore elettrico in concomitanza con le imprese "tradizionali" presenti nel settore. Pur iscrivendosi anche queste comunità in una logica partecipativa – aggregativa come le precedenti, il perseguimento di uno scopo di lucro da parte di alcuni membri della comunità non è escluso, sebbene questo non possa assurgere allo scopo principale della comunità.

b) Partecipazione

Sotto il profilo soggettivo, l'adesione a dette comunità è aperta a tutti i soggetti interessati, pubblici o privati. Non è prevista perciò alcuna limitazione rispetto ai soggetti imprenditoriali, come è prevista per le CER.

Possono partecipare a queste comunità perciò anche soggetti privati o società pubbliche che esercitino in via prevalente attività economiche connesse al settore elettrico. Con riguardo a questi ultimi, il considerando (44) si limita infatti ad affermare che «*i poteri decisionali all'interno di una comunità energetica dei cittadini dovrebbero essere riservati a quei membri o soci che non esercitano un'attività commerciale su larga scala e per i quali il settore energetico non costituisce uno degli ambiti principali dell'attività economica*». A questa affermazione non corrisponde però alcuna prescrizione nell'articolato della direttiva, per cui essa deve essere interpretata come un mero orientamento fornito dalle Istituzioni europee, non già un obbligo per gli Stati Membri.

D'altronde, l'art. 14 del d.lgs. n. 210/2021 non contiene specifiche prescrizioni sul punto, limitandosi a recepire la possibilità di partecipare in capo a tutti i soggetti interessati a prescindere dalla loro qualificazione alla luce della disciplina settoriale in materia di energia elettrica.

Anche in questo caso i diritti e gli obblighi associati allo *status* di membro della comunità variano a seconda della qualifica del singolo partecipante alla luce della normativa settoriale in materia di energia elettrica.

Così, in linea con la corrispondente disposizione europea, l'art. 14 comma 4 lett. a) consente ai membri di recedere con le medesime garanzie e i medesimi diritti previsti dall'art. 7, mentre la successiva lett. b) stabilisce che i membri

mantengono i diritti e gli obblighi legati alla loro qualità di clienti civili ovvero di clienti attivi[22].

Ne deriva perciò che tutti i membri della comunità hanno diritto di recedere liberamente dal contratto associativo, mentre qualora questi abbiano anche la qualifica di clienti finali potranno vantare oltre a ciò gli ulteriori diritti a questo riconosciuti dal d.lgs. n. 210/2021[23].

Con riferimento al primo diritto, va segnalato che anche l'art. 14 in commento presenta un meccanismo di bilanciamento tra l'esigenza di flessibilità nella partecipazione e di stabilità dei rapporti sopra evidenziata con riferimento alle CER. Il comma 5 consente infatti alla comunità di prevedere il pagamento di una somma di danaro in caso di recesso anticipato che in ogni caso deve risultare proporzionata e non può comunque eccedere la perdita economica direttamente subita dalla comunità a seguito dello scioglimento anticipato del vincolo, anche in relazione ai costi legati a eventuali pacchetti di investimenti o servizi già forniti al membro.

c) Attività

Sotto il profilo oggettivo, le attività che queste comunità possono esercitare non sono limitate all'autoproduzione/autoconsumo in via prioritaria, come abbiamo visto prima per le CER.

Sul punto normativa europea e nazionale sono coerenti sancendo la partecipazione della comunità a tutte le attività previste dalla disciplina settoriale.

Sul punto, mentre il legislatore europeo stabilisce in termini generali che queste comunità possano «*accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica*», la normativa italiana appare più specifica, poiché consente loro di «*partecipare agli ambiti costituti dalla generazione, dalla distribuzione, dalla fornitura, dal consumo, dall'aggregazione, o dallo stoccaggio dell'energia elettrica ovvero dalla prestazione di servizi di efficienza energetica, di servizi di ricarica dei veicoli elettrici o di altri servizi energetici*».

Resta esclusa da questo ambito l'attività di trasmissione che per ovvie ragioni non rileva nel caso in esame in quanto di dimensione necessariamente nazionale.

In questa prospettiva particolare attenzione va rivolta all'attività di distribuzione, per la quale la direttiva conferisce agli Stati membri «*il potere di autorizzare le comunità energetiche dei cittadini a diventare gestori del sistema di distribuzione nell'ambito del regime generale o quali gestori del sistema di distribuzione chiuso*» (Considerando 47).

Così, l'art. 14 comma 7 della legge nazionale prevede che nei casi di gestio-

[22] Ai sensi delle definizioni contenute all'art. 2 della direttiva 2019/944/UE, cliente civile è quello che acquista energia elettrica per il proprio consumo domestico, escluse le attività commerciali o professionali; cliente attivo, invece, è quello che consuma o conserva l'energia elettrica prodotta nei propri locali oppure vende l'energia elettrica autoprodotta.

[23] Tra questi, ad esempio, rientrano anche gli ulteriori "diritti contrattuali dei clienti finali" di cui all'art. 5 del medesimo decreto.

ne della rete di distribuzione da parte della comunità, queste possano richiedere una previa autorizzazione del Ministero della transizione ecologica al fine di stipulare una convenzione di sub-concessione con l'impresa di distribuzione concessionaria della porzione di rete interessata[24]. Le reti di distribuzione gestite dalle comunità energetiche dei cittadini sono così equiparate alle «*reti pubbliche di distribuzione con obbligo di connessione dei terzi, indipendentemente dalla proprietà della rete*».

L'espressione non particolarmente precisa del legislatore sta ad indicare che le CEC possono anche divenire subconcessionari delle reti pubbliche di distribuzione. Come conseguenza saranno soggette alla medesima attività regolatoria prevista dall'ARERA per questa attività ai sensi dell'art. 9 del d.lgs. n. 79/1999. In costanza del rapporto sub-concessorio potranno semmai realizzare investimenti per migliorare od estendere ulteriormente il sistema di distribuzione, con la precisazione – come già avviene – che le opere infrastrutturali eventualmente realizzate sono di proprietà della comunità fino alla scadenza della sub-concessione, salvo poi successivamente essere acquisiti al patrimonio indisponibile degli enti competenti, previa corresponsione del valore di subentro da parte del nuovo concessionario/sub-concessionario.

Peraltro, il legislatore nazionale sembra ampliare ancora di più il novero delle attività consentite, non tanto in relazione ai servizi legati alla mobilità elettrica, che pur non essendo ricompresi nei tradizionali mercati di cui si compone la filiera, trovano oggi il loro ingresso nella regolamentazione del settore all'art. 33 della citata direttiva, quanto piuttosto in relazione al rendimento energetico e, più in generale, agli "altri servizi energetici". L'impostazione del diritto nazionale apre perciò alla possibilità per le CEC di agire come E.S.CO. e di concludere con i propri membri e anche con i terzi (non ci sono divieti di sorta) contratti di rendimento energetico, anche noti nella prassi internazionale come EPC (*Energy Performance Contracts*). Inoltre, il vago riferimento a non meglio definiti servizi energetici altri, lascia intendere la *voluntas legis* di non irrigidire con una predeterminazione legislativa puntuale l'azione di queste comunità.

Ciò sta a significare che, almeno secondo le intenzioni del legislatore nazionale e in parte anche di quello europeo, queste comunità possono potenzialmente aspirare alla completa autosufficienza energetica, fornendo ai propri membri tutta la gamma di servizi correlati all'uso di energia elettrica.

d) Forma giuridica

Anche con riferimento alle CEC non troviamo particolari prescrizioni in merito alla forma giuridica che queste devono assumere.

[24] Queste a norma dell'art. 9 del d.lgs. n. 79/1999 continuano ad essere le imprese distributrici che già operavano alla data di entrata in vigore della l.n. 1643/1962, oggi prevalentemente appartenenti al gruppo ENEL e quelle società cooperative di produzione e distribuzione che furono esentate dalla nazionalizzazione.

Per quanto concerne il diritto europeo, vale quanto già detto circa la neutralità delle forme. Per quanto riguarda il diritto nazionale, invece, esso si limita ad affermare che la comunità energetica dei cittadini è un soggetto di diritto privato che può assumere qualsiasi forma giuridica. Restano perciò invariate anche rispetto a questa seconda tipologia di comunità le considerazioni svolte in punto di forma giuridica della prima tipologia.

4 *La partecipazione degli enti locali alle comunità energetiche*

Delineate nei loro tratti essenziali le caratteristiche delle comunità energetiche, centrale per l'analisi in corso diviene adesso valutare quali implicazioni possa avere la partecipazione a queste da parte degli enti locali e dei soggetti da questi controllati.

Entrambi gli istituti di origine eurounitaria riconoscono, si è visto, la facoltà per le pubbliche amministrazioni di divenirne membri. Si è detto poi in apertura che nel nostro ordinamento la dimensione locale delle comunità e il tradizionale ruolo degli enti locali nel soddisfare i bisogni delle collettività di riferimento anche attraverso la produzione di beni e servizi, rende questi probabili protagonisti del cambiamento energetico nel prossimo futuro.

L'esame prima svolto circa gli elementi chiave delle comunità porta inevitabilmente ad interrogarsi sulle conseguenze connesse alla partecipazione di soggetti pubblici *à droit administratif*, al fine di sciogliere alcuni nodi fondamentali riguardo in particolare a: a) la sottoposizione alle regole della contrattualistica pubblica; b) la compatibilità con il regime degli aiuti di stato; c) la forma giuridica che queste possono concretamente assumere.

In ordine al primo punto, è necessario tenere distinti due piani: il piano del rapporto associativo che lega il membro alla comunità e il piano del rapporto giuridico che si instaura tra il membro e la comunità rispetto all'erogazione dei servizi e dei beni. In altri termini, la questione dell'applicazione del codice dei contratti pubblici va considerata tanto in relazione alla partecipazione dell'ente pubblico al contratto associativo, quanto in relazione all'affidamento dei contratti di servizi o di forniture (somministrazione di energia) tra la comunità-soggetto giuridico e l'ente.

Del primo si è già detto in precedenza e si tornerà a dire in sede di approfondimento del terzo punto. Per il momento basti qui considerare che è pacifico che la scelta da parte dell'ente pubblico di partecipare alla comunità, esuli dall'ambito di applicazione oggettivo del codice, poiché appunto non attiene ad un contratto commutativo a titolo oneroso, quali i contratti pubblici definiti dall'art. 3 del decreto legislativo 16 aprile 2016, n. 50.

Del secondo, invece, va detto che di esso si può trovare un'esplicita rego-

lamentazione all'art. 14 comma 5 del d.lgs. n. 210/2010 laddove, con una formulazione invero assai poco felice, si stabilisce che «*i membri o soci delle comunità energetiche dei cittadini regolano i loro rapporti tramite un contratto di diritto privato, individuando un soggetto responsabile, ivi inclusi la Comunità stessa, un membro o socio di essa o un soggetto terzo*».

Avendo riguardo a questi contratti, la questione è di ben più ardua soluzione.

È fuori di dubbio infatti che i rapporti negoziali che si instaurano tra comunità e membri siano contratti commutativi a titolo oneroso che rientrano astrattamente nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici. Questo vale tanto per la somministrazione di energia ai propri membri, quanto per i servizi accessori[25].

In questa prospettiva, la partecipazione degli enti pubblici alle comunità energetiche pone effettivamente dei problemi di compatibilità con le regole dell'evidenza pubblica. È assai noto infatti, che a seguito delle posizioni assunte nel tempo dalla giurisprudenza europea, le uniche modalità ammesse di affidamento diretto di un contratto pubblico in alternativa all'evidenza pubblica sono nei confronti di un soggetto giuridico che sia in una relazione *in house providing* con l'amministrazione aggiudicatrice o che sia stato selezionato a seguito di una gara a doppio oggetto[26].

In linea di principio e *de jure condito*, dunque, la partecipazione alla comunità energetica di un ente pubblico non esimerebbe lo stesso dall'affidare a seguito di gara la somministrazione dell'energia e/o i servizi energetici, qualora questi configurino un appalto di forniture o un appalto di servizi nell'ottica del diritto europeo dei contratti pubblici. Seguendo questo ragionamento, dunque, l'unico modo per la comunità di esercitare la propria attività nei confronti dell'ente pubblico membro sarebbe l'aggiudicazione della gara da questo indetta per l'affidamento dell'appalto.

Ciò nondimeno, una tale impostazione porta ad una contraddizione. La partecipazione alla gara della comunità produce *ex natura* un'alterazione dei mercati di riferimento incompatibile con il principio di concorrenza. Si è visto infatti che lo scopo perseguito attraverso una partecipazione è il conseguimento di benefici sociali, ambientali e anche economici. Il vincolo mutualistico che caratterizza questi nuovi soggetti rispetto ai propri membri li colloca al di fuori delle logiche di mercato per quanto concerne i rapporti interni, ragion per cui eventuali ope-

[25] Anche nella sua configurazione più semplice, di comunità che si occupa esclusivamente di regolare lo scambio di energia prodotta e consumata dai membri, ciascun membro stipula un contratto di somministrazione di energia con eventuale permuta per quella parte di energia prodotta dai propri impianti. A maggior ragione nei casi in cui la comunità stessa è titolare di impianti che producono energia elettrica da somministrare ai propri membri o, ancora, nel caso in cui la comunità offra servizi di rendimento energetico, di mobilità elettrica e quant'altro.

[26] La costruzione operata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dei due istituti è assai nota a partire della sentenza *Teckal* (CGUE causa C-107/98) per il primo e dalla sentenza *Acoset* (CGUE causa C-196/08).

ratori economici terzi non sarebbero messi in condizioni di partecipare ad armi pari alla gara.

L'aperta violazione del principio di concorrenza, riconosciuta in casi analoghi dalla Corte di Giustizia ogni qualvolta le amministrazioni utilizzano modalità di affidamento in contrasto con le regole di mercato, porta alla contraddizione per cui le pubbliche amministrazioni sarebbero legittimate a partecipare alle comunità dalla normativa sopra richiamata, salvo poi non poter fruire delle prestazioni di questa perché contrarie al principio di concorrenza[27].

Un modo per uscire dall'*empasse* sarebbe ritenere che le disposizioni in materia di comunità energetiche configurino esse stesse norme derogatorie rispetto all'evidenza pubblica, introducendo una modalità di affidamento diretto altra rispetto a quelle già contemplate dalla disciplina in materia di contratti pubblici, ovvero che queste siano escluse dall'ambito di applicazione del codice, in quanto afferenti alla sfera dell'autoproduzione. Sul punto si avrà modo di ritornare nelle conclusioni.

In ordine al secondo punto, la presenza di pubbliche amministrazioni e imprese all'interno della comunità e, in ragione di ciò, la compresenza di fonti di finanziamento pubbliche e private in relazione all'attività della comunità, impone di affrontare la questione se eventuali benefici economici riconosciuti alle imprese partecipanti (fra tutti, un minor costo dell'energia) possa o meno configurare un aiuto di Stato.

Si è visto infatti che la disciplina in materia di CER consente la partecipazione alle PMI, mentre la disciplina in materia di CEC non pone limiti espliciti alla partecipazione di imprese. Per contro, è superfluo aggiungere che la normativa europea degli aiuti di Stato non trova applicazione quando il partecipante è qualificabile come consumatore.

La risposta a questo secondo quesito è assai più semplice. Dall'analisi in merito all'elemento della partecipazione emerge infatti che gli istituti europei in commento hanno una struttura aperta, tale da ritenere insussistente nel caso di specie il carattere della selettività, che dalla sentenza *Altmark* in poi è elemento essenziale di una misura qualificabile come aiuto di Stato[28].

Peraltro, è forse il caso di precisare che non contrasta con l'elemento della selettività la previsione statutaria di una comunità che, compatibilmente con quanto sopra descritto, subordini l'ingresso e l'uscita dei membri al ricorrere di determinate condizioni – in relazione, si è detto ad esempio, agli investimenti effettuati etc… – purché queste condizioni siano applicabili a tutti i membri o a determinate categorie di questi, senza discriminazione. Il requisito della selettività si avvera infatti in relazione al mercato di riferimento, per cui se dette condizioni si applicano indistintamente a una o più categorie di soggetti, possono non

[27] CGUE, causa c-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*.

[28] CGUE causa c-280/00 *Altmark*.

generare alterazioni dei livelli concorrenziali tali da contrastare con la normativa in materia di aiuti di Stato.

5. *Le forme giuridiche che le comunità partecipate dagli enti locali possono assumere in concreto*

La disciplina positiva relativa ai due istituti risulta essere piuttosto scarna circa la forma giuridica che queste potranno assumere, limitandosi a contemplare che le nuove comunità vedranno la luce necessariamente quali contratti associativi di diritto privato[29].

In via preliminare rispetto all'analisi che si è in procinto di compiere, è bene rammentare che le comunità energetiche sono configurate dalla disciplina sopra descritta quali centri autonomi di imputazione di rapporti giuridici. Questa caratteristica dunque determina nel nostro ordinamento la necessità di esplorare i modelli in grado di attribuire a questi personalità giuridica, dal momento che l'attribuzione di soggettività giuridica deve ritenersi non solo un fenomeno fortemente derogatorio rispetto alla regola generale, e dunque limitato esclusivamente a quella casistica in cui – *faute de mieux* – giurisprudenza e dottrina hanno finito per attribuire un grado di autonomia attenuata a situazioni in cui si registravano de facto centri di imputazione di rapporti giuridici.

Inoltre, l'attribuzione della personalità giuridica consente di attuare la *fictio* dello schermo della responsabilità dei membri, presupposto indefettibile se si vuole attribuire alle comunità un'autonoma capacità di effettuare gli investimenti necessari allo sviluppo della produzione da fonti rinnovabili, data la congerie di soggetti che possono ambire allo *status* di membro secondo quanto detto in precedenza.

A tal proposito, nel nostro ordinamento l'acquisizione della personalità giuridica può esclusivamente seguire tre percorsi distinti: a) il riconoscimento prefettizio; b) l'iscrizione al registro delle imprese; b) l'iscrizione al registro unico nazionale degli enti del terzo settore (RUNTS).

Il riconoscimento prefettizio è stabilito all'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000, una norma a carattere generale. Abrogando il meccanismo della concessione stabilito all'art. 12 c.c., questo stabilisce che «*le associazioni, le fondazioni e le altre istituzioni di carattere privato acquistano la personalità giuridica mediante il riconoscimento determinato dall'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso le prefetture*»[30].

[29] Inutile precisare infatti che, in linea con la neutralità delle forme giuridiche propugnata dalle Istituzioni europee e della posizione assunta dal legislatore nazionale come prima descritto, le comunità sono costituite con contratto associativo di diritto privato, poiché l'attribuzione di personalità giuridica di diritto pubblico non può che avvenire per legge.

[30] Salvo quanto espressamente disposto da leggi speciali e dal diritto ecclesiastico.

La disposizione presenta un carattere aperto, poiché trova applicazione anche rispetto a modelli atipici, vale a dire ad altre (non meglio precisate) istituzioni di carattere privato.

Per converso, l'acquisizione della personalità attraverso l'iscrizione ai pubblici registri avviene invece sulla base di discipline speciali per i soli modelli tipici ivi contemplati[31].

La partecipazione di soggetti pubblici alle comunità impone perciò di tenere in considerazione le possibili deviazioni che questa comporta rispetto ai predetti schemi associativi di diritto privato, sulla base dei quali queste comunità possono essere effettivamente costituite. Queste deviazioni possono essere essenzialmente ricondotte, in generale, alla capacità dell'ente pubblico di partecipare al nuovo soggetto e, in particolare, ai modelli giuridici che possono astrattamente trovare applicazione.

Ciò premesso, l'estensione della capacità degli enti pubblici di ricorrere a modelli negoziali associativi di diritto privato trova una disciplina puntuale nel testo unico sulle società partecipate. Questa effettua una distinzione tra modelli societari e modelli tipici della liberalità, di cui al libro I del codice civile.

Con riferimento ai primi, il d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175 (testo unico sulle società a partecipazione pubblica, d'ora in avanti anche TUSP) introduce limitazioni in merito alla forma giuridica che queste società possono assumere e alle finalità con queste perseguite. L'art. 3 infatti esclude la partecipazione a società di persone, lasciando ampio margine di discrezionalità in merito alla costituzione o acquisizione di partecipazioni in società di capitali, che possono anche assumere forma consortile o cooperativa.

Delle finalità si dirà più precisamente con riferimento all'analisi dei modelli societari, mentre è bene precisare sin da subito che queste non devono essere confuse con lo scopo di lucro.

Si è già detto infatti che le comunità energetiche non possono perseguire uno scopo di lucro (o comunque in maniera non prevalente). Ciò non si pone in contraddizione con l'utilizzo dei modelli delle società di capitali, giacché da tempo ormai la dottrina civilistica e amministrativistica riconoscono la compatibilità del modello societario con uno scopo di lucro attenuato o, addirittura, assente[32]. È noto altresì che l'ordinamento ha conosciuto una rilevante evoluzione in tale senso, che è andata oltre la distinzione tra lucro soggettivo e lucro oggettivo,

[31] Più precisamente, l'acquisizione della personalità giridica da parte delle società di capitali è pacificamente ricondotta dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione all'iscrizione nel registro delle imprese (da ultimo, *ex multis*, Cass. Civ., sez. trib., 9 agosto 2017 n. 19834). Il codice del terzo settore stabilisce, altresì, che le associazioni e le fondazioni "del terzo settore" acquisiscono la personalità giuridica con l'iscrizione al RUNTS.

[32] È nota sul punto la ricostruzione di G. Marasà, *Le società senza scopo di lucro*, Milano, Giuffrè, 1984.

valida tuttora anche nel discorso *in itinere*, contemplando anche la coerenza tra il modello societario e il perseguimento di scopi ulteriori o complementari rispetto al mero lucro: si pensi al concetto di impresa sociale, di società benefit o, ancora, all'estensione della qualificazione ONLUS anche a modelli societari[33].

Nel corso della presente trattazione, perciò, è possibile analizzare detti modelli senza ulteriore necessità di interrogarsi con la compatibilità di questi in relazione allo scopo previsto per le comunità, come descritto in precedenza.

Diverso è il discorso relativo ai modelli del libro I del codice civile. L'art. 1 comma 4 lett. b) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175 fa salve le disposizioni di legge riguardanti la partecipazione di amministrazioni pubbliche a enti associativi diversi dalle società e a fondazioni. D'altronde, è pacifica in dottrina l'attrazione della capacità degli enti pubblici di partecipare ad associazione e fondazioni alla generale capacità di diritto privato di cui all'art. 1 comma 1 *bis* della legge sul procedimento amministrativo[34].

Su cosa abbia voluto fare riferimento il legislatore con l'espressione "enti associativi diversi dalle società" non si rinvengono apprezzabili contributi giurisprudenziali o dottrinali[35]. Di certo, la lettera della disposizione lascia intendere che l'espressione non si può ritenere limitata al modello dell'associazione (riconosciuta o non) di stampo codicistico. Non si rinvengono invece particolari ostacoli interpretativi a ritenere tale espressione compatibile con modelli associativi atipici che, ai sensi dell'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000, possono acquisire personalità giuridica.

Sulla scorta dell'art. 3 TUSP e della normativa precedentemente richiamata in materia di acquisizione della personalità giuridica, si ritiene preferibile proseguire l'indagine sui modelli associativi che concretamente possono essere utilizzati, analizzando dapprima i modelli tipici che l'ordinamento civile mette a disposizione, limitando tuttavia l'oggetto a quelli che possono astrattamente possedere i requisiti previsti dalle disposizioni richiamate finora.

Sul punto si può subito affermare senza tema di smentita che "*no model fits it all*", nessuno degli schemi tipici risulta pienamente adeguato rispetto agli istituti in esame.

Le ragioni dell'inadeguatezza dei modelli tipizzati oggi a disposizione si

[33] Sulle società benefit i contributi dottrinali sono assai numerosi, tra i più recenti si segnalano A. Balestra, *Le società benefit in Italia. Tra bene comune e identità*, in Econ. Pubb., 2022, 117; G.M. Nori, *La società benefit un (nuovo?) mezzo per (non) fare impresa*, in Riv. dir. soc., 2021, 787; G. Marasà, *Scopo di lucro e scopo di beneficio comune nelle società benefit*, in Orizz. Dir. Commer., 2017, 1.

[34] Sul punto la Dottrina è sostanzialmente unanime, A. Romano Tassone, *Le fondazioni di diritto amministrativo: un nuovo modello*, in *Fondazioni e attività amministrativa. Atti del Convegno di Palermo, 13 maggio 2005* a cura di S. Raimondi, R. Ursi, Torino, Giappichelli, 2006, 33.

[35] In un caso isolato la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto rientrasse in detta categoria un consorzio istituito tuttavia per legge come ente pubblico economico, TAR Puglia, Lecce, sez. III, 2 aprile 2020 n. 434.

fonda, principalmente, su due caratteristiche particolarmente innovative delle comunità energetiche.

La prima caratteristica attiene all'organizzazione necessaria per esercitare le attività che rientrano nell'oggetto sociale e all'esercizio dei poteri di controllo: più numerose saranno le attività attribuite alla comunità, maggiore sarà la complessità organizzativa richiesta per realizzarle; inoltre, più spiccato sarà il ruolo della comunità nella realizzazione degli investimenti necessari per la produzione di energia, maggiori saranno le implicazioni patrimoniali e finanziarie (questa volta sì finanziarie) che ne derivano.

La seconda caratteristica attiene alle modalità di partecipazione aperta e, conseguentemente, alla congerie di soggetti che ne deriva (soggetti pubblici, imprese, consumatori, enti del terzo settore etc…).

5.1. *I modelli societari*

Per quanto concerne i modelli societari, in conformità a quanto già espresso in merito all'art. 3 TUSP, vengono in rilievo: i) società di capitali *tout court*; ii) società di capitali aventi forma consortile; iii) società di capitali aventi forma cooperativa. Nessuno di questi tre modelli è esente da difetti.

Il modello delle società di capitali rappresenta certamente il modello più adeguato per quelle comunità le cui attività richiedono necessariamente che siano organizzate secondo una logica di impresa, per via della complessità delle attività economiche esercitate e/o della necessità di realizzare investimenti.

Tuttavia essi presentano alcune criticità sotto l'aspetto dello scopo e della partecipazione.

In ordine al primo aspetto, l'art. 4 TUSP pone stringenti limiti quanto agli scopi che gli enti pubblici possono perseguire attraverso le società. Rispetto alle generali finalità di cui al comma 4, occorre tuttavia rilevare che con il d.lgs. 16 giugno 2017 n. 100, l'articolo in commento è stato integrato con la previsione di cui al comma 7 che consente la partecipazione in società aventi come oggetto sociale prevalente la produzione di energia da fonti rinnovabili[36].

In ordine al secondo aspetto, si segnala la contraddittorietà tra la partecipazione aperta e il ricorso allo strumento della società a partecipazione pubblica, dal momento che l'art. 7 comma 5 TUSP prescrive il ricorso a procedure ad evidenza pubblica nel caso in cui sia prevista la partecipazione all'atto costitutivo di soci privati.

[36] Inoltre, è stato sostenuto che questa previsione non sarebbe applicabile alle società a totale partecipazione pubblica, di cui oltre, dal momento che l'art. 4 comma 4 TUSP sancisce per le società in house come oggetto esclusivo uno di quelli indicati alle lettere a), b), d) ed e) del comma 2, escludendo dunque il comma 7 appena richiamato, T. Favaro, *Regolare la «transizione energetica»: Stato, mercato, innovazione*, CEDAM, Padova, 2020, 171.

Questa antinomia rischia di rappresentare un forte impedimento alla facoltà degli enti locali di costituire comunità energetiche in forma societaria, giacché non è pensabile applicare una procedura ad evidenza pubblica per l'ammissione alla comunità di un nuovo socio privato, anche perché non è chiaro su quali basi il confronto competitivo dovrebbe essere impostato, essendo questo in piena contraddizione con i meccanismi partecipativi auspicati dal legislatore europeo.

Ne deriva che anche in questo caso, diverrebbe necessaria un'ulteriore forzatura interpretativa, nel senso di privilegiare la specialità della disciplina delle comunità – che però sul punto nulla statuiscono espressamente e quindi l'eventuale deroga dovrebbe fondarsi sulla qualificazione come aperta della partecipazione stessa – rispetto alla norma chiara ed inequivocabile dell'art. 7 TUSP.

Diversamente, si potrebbe intendere la partecipazione dei soggetti privati previsti dalla normativa in materia di comunità energetiche, quale ipotesi espressa di partecipazione dei privati al capitale di società *in house* in linea con quanto disposto oggi all'art. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e, parallelamente, all'art. 16 TUSP, che recepiscono entrambi il disposto dell'art. 12 della direttiva 2014/24/UE, laddove si ammette la partecipazione di soggetti privati al capitale di società *in house* «*ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata*».

Questa modifica all'elemento della partecipazione introdotta per la prima volta dalla direttiva appena richiamata non ha avuto sinora una reale applicazione, avendo la giurisprudenza registrato un orientamento assai restrittivo volto a ricondurre tale eccezionale deroga alle sole ipotesi di partecipazione dei privati imposte da una norma di rango primario[37].

Ancora una volta, in assenza di riferimenti normativi o giurisprudenziali di sorta l'interprete è chiamato ad una forzatura ritenendo che le modalità di partecipazione di cui alla richiamata disciplina sulle comunità energetiche rappresentino delle "prescrizioni" nel senso riconosciuto dalla giurisprudenza[38].

[37] Questa posizione è stata assunta dalla giurisprudenza amministrativa già nelle more della trasposizione della direttiva nel nostro ordinamento e non più abbandonata con le note sentenze Cons. Stato, sez. V, 11 settembre 2015, n. 4235; Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2660. Anche la Dottrina si è schierata sulle medesime posizioni anche sulla scorta del testo della direttiva nelle lingue ufficiali di lavoro, S. Foà, D. Greco, *L'*in house providing *nelle direttive appalti 20142014: norme incondizionate e limiti dell'interpretazione conforme,* in *www.federalismi.it,* n. 15, 2015, 6, cit.; D.U. Galetta, G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e* in house providing: *novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in Riv. it. dir. pubbl. comun., 2016, 371 ss.

[38] Inoltre, occorre tenere in considerazione che in tempi non recenti la Corte dei conti si è espressa in senso non favorevole rispetto alla possibilità di affidare ad una società in house il servizio di produzione di energia da fonti rinnovabili, ritenendo dubbio che l'attività di realizzazione di impianti di produzione di energia rinnovabile «*costituisca un bisogno della comunità locale che possa essere soddisfatto solo a seguito di un intervento diretto dell'ente locale*» (Corte Conti, sez. contr. Lombardia, del. 15 settembre 2010 n. 861). A distanza di appena dieci anni, sbalordisce quanto lontane siano le conclusioni dei giudici contabili rispetto alla sensibilità odierna.

Si assiste dunque ad una distonia di fondo tra l'impostazione seguita dal TUSP e la logica sottesa agli istituti di matrice eurounitaria in commento.

Quanto invece alle singole tipologie di società, occorre subito escludere il ricorso allo strumento consortile giacché l'art. 2602 c.c. non ammette la partecipazione di persone fisiche o giuridiche che non rivestano la qualifica di imprenditore, mentre abbiamo visto che alla comunità energetiche partecipano di norma anche consumatori[39]. Anche in questo caso sostenere la possibilità di ricorrere allo strumento consortile implicherebbe un'altra forzatura nel senso di sostenere la specialità della disciplina delle comunità rispetto a quella delle società pubbliche.

Per quanto concerne invece le restanti tipologie, entrambe ammissibili, occorre tenere in considerazione due ulteriori aspetti, corollari se vogliamo della questione della partecipazione: il carattere "aperto" di questa e il controllo.

Dell'importanza della prima nell'impostazione giuridica seguita dal legislatore per le comunità si è già detto; anche la seconda però è questione non da poco per gli enti locali o altri soggetti imprenditoriali che dovessero contribuire fortemente al finanziamento degli investimenti richiesti, poiché essa attiene all'influenza strategica che questi sono in grado di esercitare sullo sviluppo della comunità.

Nel caso delle società di capitali *tout court*, le norme civilistiche sull'acquisizione o la perdita della qualità di socio si dovrebbero conciliare con l'esigenza di garantire il diritto di cambiare fornitore di ascendenza europea.

Il fatto che la partecipazione sia aperta a tutti i soggetti che abbiano le caratteristiche individuate dalla normativa prima esaminata, infatti, non è in contrasto con previsioni statutarie che condizionino l'ammissione del nuovo socio ad una previa valutazione del soddisfacimento da parte di questo dei requisiti individuati dalla stessa società. A meno che non si voglia intendere la partecipazione aperta alla stregua quasi di un obbligo a contrarre del monopolista, circostanza che richiederebbe quanto meno un'espressa previsione legislativa, giacché fortemente limitativa dell'autonomia negoziale della costituenda comunità.

Inoltre, in un'ottica di *shareholding democracy*, si potrebbero anche prevedere particolari categorie di azioni senza diritti amministrativi da dedicare a specifiche categorie di soci[40].

---

[39] Sono escluse ovviamente da questa casistica i modelli consortili di diritto speciale tra enti pubblici.

[40] Si tratta in definitiva di promuovere logiche di democrazia partecipativa attraverso forme di azionariato diffuso tra gli utenti del servizio, sul punto sia consentito il rinvio a P. Novaro, *L'*in house providing, in *Diritto dei contratti pubblici* a cura di F. Mastragostino, Giappichelli, Torino, 2021, 129 e R. Cavallo perin, *La razionalizzazione dell'amministrazione indiretta: enti strumentali, società ed altri organismi nella prospettiva della riforma della p.a.*, in *L'amministrazione che cambia: fonti, regole e percorsi di una nuova stagione di riforme* a cura di F. Mastragostino, G. Piperata, C. Tubertini, Bologna, BUP, 2016, 124.

Ciò che rileva semmai è la facoltà del socio di sciogliere unilateralmente il vincolo sociale. Sul punto, pur essendo la facoltà di recesso del socio rimessa alla libera determinazione delle parti dall'art. 2473 c.c. è quantomeno dibattuta in dottrina la legittimità di una clausola statutaria che consenta il recesso *ad nutum*[41].

Su posizioni perlopiù negative si colloca invece la giurisprudenza della suprema Corte, secondo cui occorre dare un'interpretazione restrittiva delle norme che prevedono le ipotesi di recesso del socio di società di capitali, al fine di non incrementare a dismisura le cause che legittimano l'uscita dalla società. Per la giurisprudenza, infatti, l'estensione della disciplina del recesso *ad nutum* al di là delle ipotesi normativamente previste «*trova ostacolo in esigenze di certezza e di tutela dei creditori sociali, i quali, facendo affidamento solo sul patrimonio sociale, hanno interesse al mantenimento della sua integrità*»[42].

Nel caso di cui ci occupiamo si dovrebbe dunque sostenere che i meccanismi di partecipazione aperta descritti avanti configurino un'ipotesi di diritto speciale di recesso *ad nutum*. Sul punto, tuttavia, com'è intuitivo, non ci sono elementi a conforto né di matrice giurisprudenziale né dottrinale, data l'assoluta novità degli istituti di cui ci occupiamo. Questa soluzione appare ammissibile sul piano teorico, temeraria sul piano applicativo. Ciò in ragione dei rischi inerenti all'equilibrio economico finanziario delle attività svolte dalla comunità in ragione di una concezione troppo flessibile dei legami societari.

Quanto invece al controllo, queste società presentano poi meccanismi di *governance* che bene possono rappresentare il differente peso che i soci possono vantare in ragione delle quote di capitale detenute.

A conclusioni parzialmente divergenti si giunge invece per le società cooperative[43]. Queste fondano infatti la partecipazione dei soci sul postulato della c.d. porta aperta e sull'elemento del capitale variabile di cui all'art. 2511 c.c.[44].

---

[41] M. Stella richter, *In tema di recesso dalla società a responsabilità limitata*, in Riv. Dir. Comm. 2020, 2, 273, G. Zanarone, *Della società a responsabilità limitata*, in Commentario Schlesinger, Milano, Giuffrè 2010, 590.

[42] Cass. civ., sez. I, 21 febbraio 2020 n. 4716, conforme Cass. civ., sez. I, 29 marzo 2019 n. 8962.

[43] Tra queste, potrebbe trovare spazio anche il modello della c.d. cooperativa di comunità, sebbene come è stato rivelato da attenta Dottrina, G. Capo, *Le cooperative di comunità*, in Giur. comm. 2021, 623 «*manca in Italia una disciplina organica delle cooperative di comunità di fonte statale; disciplina della quale, tenuto conto della progressiva e sempre più rilevante espansione del fenomeno e dell'emanazione di diverse leggi regionali, di carattere fondamentalmente promozionale, sembra ormai avvertirsi l'esigenza, in un'ottica di necessaria razionalizzazione del quadro normativo*». Sulla possibile applicazione del modello delle cooperative di comunità alle comunità energetiche si sono interrogati anche A. Grignani, M. Gozzellino, A. Sciullo, D. Padovan, *Community Cooperative: A New Legal Form for Enhancing Social Capital for the Development of Renewable Energy Communities in Italy*, in Energies 2021, 14, 7029 sulla base del presupposto che «*is a specific type of cooperative that has been emerging in the Italian socio-legal context and which, more than other forms of legally recognized grassroots initiatives, is characterized by a very strong connection with the territory where the activities are located*».

[44] G. Fauceglia, *Il futuro della società cooperativa: la fine dell'umanizzazione e la scelta dell'efficienza*, in Giur. Comm., 2019, 4, 567.

Per le società cooperative dunque un certo grado di variabilità della compagine sociale è insita nel modello, pur senza giungere alla partecipazione totalmente aperta, come sembrerebbe dalla lettura delle disposizioni europee.

Del resto, l'art. 2532 c.c. presenta una disciplina ben più flessibile circa l'autonomia convenzionale per la definizione di ipotesi di recesso, le quali possono assumere il contenuto più vario, in termini sia di presupposti sia di eventuali limiti o condizioni di efficacia della dichiarazione di recesso[45].

Per quanto concerne invece la questione relativa al controllo o, nel caso di specie per meglio dire della capacità di alcuni soci di avere un'influenza determinante sugli orientamenti strategici della società, occorre rilevare come le società cooperative si fondano sul principio di democraticità nella gestione, secondo cui ciascun socio ha un voto in assemblea. Questo principio ha tuttavia due eccezioni. La prima è prevista all'art. 2538 c.c. comma 3 che consente allo statuto di attribuire ai soci persone giuridiche fino ad un massimo di cinque voti. Ben poca cosa questa, tuttavia, nel ragionamento in corso soprattutto per comunità-cooperative con elevato numero di soci.

Più interessante forse, nell'ottica che qui preme, la deroga al principio di cui all'art. 2543 c.c. comma 2, in ragione del contributo di ciascun socio allo scambio mutualistico, solo però in relazione all'esercizio del diritto di voto per la composizione dell'organo di governo[46]. In questo caso dunque maggiore è l'apporto del socio della comunità alla realizzazione dello scopo della medesima maggiore potrà essere il peso della decisione di questo sulla nomina della *governance*, fermo restando che detta circostanza non determina di per sé un'equiparazione ai poteri di influenza strategica della società propria dei soci di maggioranza di una società non cooperativa.

---

[45] Cass. civ. sez. I, 3 novembre 2017 n. 26190 e Trib. Napoli, Sez. spec. Impresa, 12 settembre 2019 n. 8035, secondo cui «*il legislatore, pertanto, per le società cooperative, diversamente da quanto previsto per le società per azioni, per cui vale il limite di cui all'art. 2437 c.c., valorizzando l'autonomia negoziale dei soci, consente attraverso lo statuto, di ampliare il novero delle cause di recesso previste dalla legge*».

[46] G. Fauceglia, *Il futuro della società cooperativa: la fine dell'umanizzazione e la scelta dell'efficienza*, in Giur. Comm., 2019, 4, 570, secondo cui «*si tratta, però, di deroga al principio democratico esclusivamente limitata all'esercizio del diritto di voto nell'assemblea per la nomina dell'organo di controllo, non idonea in quanto tale ad elidere in termini assoluti il principio, anche se essa, comunque, può dirsi rappresentare una "tendenza", che trova conferma in altri fenomeni del diritto generale delle società cooperative, quale quello dell'introduzione di nuovi strumenti finalizzati a favorire la capitalizzazione della società*». A conclusioni non dissimili giunge peraltro E. Capobianco, *La nuova mutualità nelle società cooperative*, in Riv. Notariato, 2004, 3, 640, «*il principio di democraticità nella gestione (il c.d. principio «una testa=un voto») può subire limitazioni allorquando, nella prospettiva segnalata dall'art. 45 Cost., si tratti di valorizzare la "clausola generale"*» sebbene l'Autore precisi che è possibile derogare al principio ai sensi dell'art. 2538 comma 4, solo per quelle società cooperative i cui soci siano imprese.

5.2. *I modelli della liberalità*

Esaurito il discorso sul modello delle società di capitali, è possibile rivolgere l'attenzione ai modelli previsti dal libro I del codice civile.

La grande varietà di soggetti che per legge possono aspirare a divenire membri delle comunità, sommato alla necessità che questa sia configurata come autonomo centro di imputazione di rapporti, suggerisce di prendere in considerazione le associazioni riconosciute e le fondazioni di partecipazione.

Le prime sono certamente preferibili alle associazioni non riconosciute perché dotate di personalità giuridica e di schermo patrimoniale, requisiti imprescindibili per attribuire all'associazione gli investimenti necessari per la realizzazione degli impianti e la relativa responsabilità.

Le seconde si caratterizzano per la rilevanza attribuita nello statuto non solo all'elemento patrimoniale, ma anche all'elemento personale, consentendo il coinvolgimento del fondatore e dei partecipanti nella gestione della fondazione attraverso meccanismi di rappresentazione negli organi di questa[47]. Vero è che questa tipologia di fondazione non è propriamente un modello tipizzato dal diritto positivo, in quanto sorto nella prassi proprio come variante atipica rispetto alla fondazione disciplinata dagli artt. 14 e seguenti c.c.. Pur tuttavia la grande diffusione del modello e la sedimentazione delle regole pretorie sviluppatesi intorno a questo possono consentire di assimilare la fondazione di partecipazione ai modelli tipici nell'ottica che qui preme.

Anche in relazione ai modelli del libro I, il problema della compatibilità dello scopo non si pone certamente per le CER, dove abbiamo visto che lo scopo di lucro è assente, e in maniera ridotta per le CEC posto che queste possono perseguire uno scopo di lucro, sebbene in maniera non prevalente.

Il ricorso a questi modelli caratterizzati dal perseguimento di finalità di utilità generale deve ritenersi sicuramente consentito non solo per le CER, poiché è il legislatore stesso ad escludere il perseguimento di uno scopo di lucro, ma anche per le CEC laddove lo scopo di lucro venga inteso in senso oggettivo e non già soggettivo[48].

In relazione alle specificità proprie dei nuovi istituti di matrice europea e a quelle derivanti dalla partecipazione di soggetti pubblici, i modelli in esame presentano semmai due principali punti di debolezza.

Il primo punto concerne il novero di attività che queste comunità possono

[47] A. Police, *Le fondazioni di partecipazione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo* a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 394.

[48] Il Consiglio di Stato, del resto, ha affermato in merito alla partecipazione di amministrazioni pubbliche a contratti associativi che lo scopo di lucro non attiene alla finalità perseguita dall'ente con la partecipazione, bensì al metodo con il quale una data finalità è perseguita (Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2019 n. 578).

espletare. Nell'ottica del legislatore tanto europeo quanto nazionale le comunità energetiche hanno le potenzialità per soddisfare in larga parte i bisogni energetici dei membri fornendo, in prospettiva futura, servizi energetici accessori che possono essere riferiti allo stoccaggio, all'efficientamento energetico, alla mobilità elettrica e così via, secondo un approccio olistico che mira all'autosufficienza energetica delle comunità.

Se così è, in una prospettiva di medio termine il complesso delle attività svolte dalle suddette comunità parrebbe richiedere un'organizzazione di tipo imprenditoriale complessa, che mal si attaglia alle modalità canoniche di espletamento delle attività proprie di queste formazioni sociali.

Il ricorso a questi strumenti parrebbe perciò più appropriato in una prospettiva di breve termine – nella fase cioè di primo avvio del fenomeno – o per quelle comunità che dovessero mantenere una dimensione assai contenuta, vale a dire con un numero non troppo elevato di membri e un oggetto sociale semplice.

All'opposto, nel caso in cui le comunità dovessero crescere per dimensione e attività, si avvertirebbe immediatamente l'inadeguatezza di strumenti teorizzati per il perseguimento di (semplici) scopi di liberalità, rispetto ad un'organizzazione che richiede una maggiore strutturazione di tipo, se vogliamo, aziendale. In questa prospettiva, caso limite sono le comunità energetiche dei cittadini, qualora dovessero effettivamente rappresentare dei *players* alternativi al modello di impresa elettrica che oggi domina il mercato europeo, come auspicano le stesse Istituzioni europee nei considerando della direttiva del 2019.

Viene da sé che, se la comunità energetica è frutto dell'impulso e della capacità di innovare ed intercettare i bisogni della collettività di riferimento da parte degli enti locali, è più probabile trovarsi di fronte a comunità caratterizzate da una certa complessità sotto il profilo soggettivo e oggettivo[49].

L'adeguatezza o meno dei modelli qui esaminati rispetto allo scopo concreto della comunità, insomma, dovrebbe essere oggetto di un'approfondita analisi preventiva riguardo alle prospettive di sviluppo della stessa da parte dei membri fondatori.

Parallelamente con quanto già evidenziato per le società di capitali, la seconda questione attiene principalmente alla compatibilità di questi modelli con il requisito della partecipazione aperta e al controllo.

Quanto alla partecipazione, il problema qui assume dei connotati molto diversi rispetto alle società di capitali. Lì si è visto la giurisprudenza ha individuato un bilanciamento di interessi tra l'autonomia del singolo a sciogliere il vincolo associativo e l'esigenza (precipua) di stabilità patrimoniale dell'ente morale anche nei confronti dei terzi.

[49] Piuttosto che a esperienze semplici, come potrebbe essere un'associazione tra pochi imprenditori privati con sede nel medesimo comprensorio che decidono di condividere l'energia prodotta dagli impianti di ciascuno.

Posto che anche con riferimento a questi modelli la partecipazione "aperta" deve necessariamente essere intesa in relazione ad un divieto di discriminazione tra soggetti aventi le medesime caratteristiche, ben potendo lo statuto determinare le condizioni e i requisiti per acquisire la qualifica di socio, in linea con quanto già più volte affermato, la questione qui assume connotati prettamente patrimoniali.

Più precisamente, nel caso dei modelli in esame non si rinvengono in linea di principio restrizioni normative alla capacità dei soggetti di acquisire o rinunciare alla partecipazione. Ciò che invece concretamente determina un ostacolo all'implementazione di questi modelli riguarda le conseguenze patrimoniali che l'ingresso o l'uscita del socio determina sul patrimonio di questo e della comunità.

Per quanto concerne l'associazione, il patrimonio è costituito dagli apporti dei soci più eventualmente altre fonti di finanziamento che l'associazione in qualità di autonomo centro di imputazione riesce ad ottenere, anche attraverso l'esercizio delle attività proprie della comunità, nel senso sopra descritto.

Tuttavia, è assai noto come ai sensi dell'art. 24 c.c. comma 4 in caso di recesso i soci «*non possono ripetere i contributi versati, né hanno alcun diritto sul patrimonio dell'associazione*». Questa previsione ha l'effetto di limitare fortemente il contributo dei singoli associati allo sforzo finanziario necessario per costruire gli impianti, così come eventuali conferimenti in natura, ad esempio trasferire all'associazione un diritto reale sui propri impianti etc…

Questa caratteristica propria dello strumento associativo porterebbe nei fatti a svuotare di contenuto il diritto di uscire dalla comunità da parte degli associati, se non possono ripetere quanto conferito. L'unico modo sarebbe in base ad un'apposita clausola statutaria e solo in caso di estinzione dell'associazione.

In alternativa, per ovviare a questo problema la messa a disposizione degli impianti da parte dei soci dovrebbe avvenire esclusivamente sulla base di diritti obbligazionari. Il che, da un lato, consentirebbe di superare il problema sopra evidenziato, una volta che l'associato va via resterebbero rapporti esclusivamente contrattuali tra soggetto e comunità, ad esempio un contratto di comodato d'uso degli impianti o dei tetti su cui la comunità ha installato pannelli fotovoltaici, se invece si è conferito un diritto reale di superficie si torna punto e a capo.

Dall'altro, però, questa circostanza indebolirebbe fortemente la posizione della comunità nei confronti dei terzi. Quale intermediario finanziario acconsentirebbe a finanziare un investimento proposto da un'associazione che ha un patrimonio risicato e in pancia solo contratti stipulati con i propri associati? Queste associazioni finirebbero assai probabilmente per divenire dei ricettori di finanziamenti pubblici, ammesso che sia praticabile un finanziamento pubblico ad un soggetto che a parte la presenza di enti pubblici all'interno non darebbe alcuna affidabilità circa la stabilità nel tempo dei rapporti con gli associati e la capacità di portare a termine un *business plan* per questo motivo.

Ciò peraltro contrasterebbe anche con la *ratio* stessa degli istituti, che è appunto stimolare forme di aggregazione dal basso, anche dunque coinvolgendo fonti di finanziamento private proprie dei soci, eventualmente accompagnate a finanziamenti pubblici, al fine di accelerare il processo di diversificazione delle fonti di approvvigionamento energetico.

Alle medesime conclusioni si può giungere per le fondazioni di partecipazione. Anche qui il patrimonio della fondazione si compone delle donazioni dei soci. Con la differenza che i soci perdono totalmente la proprietà dei beni donati, senza neanche la possibilità di riaverli questi in caso di estinzione della fondazione, perché in questa ipotesi o lo statuto ne prevede la devoluzione ad un ente morale che persegue finalità analoghe o se ne occupa l'autorità governativa. Un tale modello troverebbe applicazione solo nel caso (improbabile) che i soci partecipino con mero spirito di liberalità, pronti a rinunciare ai loro conferimenti.

In assenza però di conferimenti di rilievo (ad esempio, si ripete, gli impianti dei soci, diritti di superficie etc…) la fondazione sarebbe solo un centro di coordinamento dei servizi necessari per far funzionare la comunità, non avendo un patrimonio tale da consentire di realizzare essa stessa gli investimenti necessari allo sviluppo della capacità di produzione di energia da fonte rinnovabile. Questa funzione però risulta estranea alla *ratio* stessa dello strumento in analisi quale patrimonio adespota[50].

In conclusione, l'associazione in linea puramente teorica sarebbe anche compatibile con il concetto di comunità che persegue finalità non di puro lucro, ma mal si concilia con una comunità che produce beni e servizi essenziali per la collettività di riferimento in vista dell'autosufficienza energetica, che si traducono in attività economiche complesse e che esulano dalle logiche di mercato non per natura ma per lo scopo solidaristico che le comunità perseguono. La fondazione di partecipazione, invece esula totalmente dal concetto di comunità nel senso più volte precisato, non potendo andare oltre il concetto di patrimonio dedicato ad uno scopo.

Quanto invece al controllo, posto che le modalità di nomina degli organi di gestione di questi enti morali sono rimessi interamente all'autonomia dei fondatori/costituenti, il problema assume una dimensione del tutto marginale proprio in ragione delle forti limitazioni appena illustrate che caratterizzano questi modelli.

[50] F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, vol. I, 2004 CEDAM, Padova, 284.

6. *Le comunità energetiche come nuova declinazione del paradigma sussidiario*

L'analisi sin qui condotta ha dimostrato come le comunità energetiche presentino degli elementi di singolarità ed innovatività sì da non avere precedenti nell'attuale panorama ordinamentale. Esse, tuttavia, presentano una disciplina che si limita a dipingerne i tratti essenziali, richiedendo per forza di cose in sede di applicazione l'innesto con le discipline nazionali in materia di contratti associativi e, nel nostro caso si è detto, dei modelli di persona giuridica di diritto privato.

In questo senso, la partecipazione degli enti locali o, più in generale dei soggetti afferenti alla sfera pubblica da questi controllati, acuisce la questione circa l'applicabilità o meno dei predetti modelli associativi agli istituti di matrice europea.

Si è visto, infatti, che la capacità degli enti pubblici di stipulare contratti associativi di diritto privato, che vedano la presenza anche di soggetti privati, trova oggi una sua organica definizione nel TUSP. Si è tentato di dimostrare però come il testo unico, anche in ragione della sua stretta aderenza al precipitato della giurisprudenza europea in materia di tutela della concorrenza, rischia di divenire un potenziale ostacolo alla costituzione in futuro delle comunità, poiché impone l'applicazione senza deroghe e senza eccezioni dei principi dell'evidenza pubblica.

In effetti, il TUSP muove da una concezione incentrata prioritariamente su una logica di scambio che si concretizza in ultima analisi nel divieto di alterare i meccanismi concorrenziali. La logica di fondo del TUSP si ispira alla dicotomica alternativa tra autoproduzione e mercato, in conformità al diritto europeo della concorrenza.

L'esame sin qui condotto ha messo in evidenza come, nell'impostazione generale del TUSP, una prima alternativa rispetto al ricorso alle procedure ad evidenza pubblica attiene alla sfera dell'autoproduzione nel senso però conosciuto al momento dell'emanazione dell'atto legislativo, vale a dire al modello del c.d. *in house providing*, il quale tuttavia non appare immediatamente applicabile ai fini della costituzione di una comunità energetica, sulla scorta delle considerazioni sopra effettuate[51].

Una seconda alternativa si riferisce alla possibilità per le pubbliche amministrazioni di partecipare ad "enti associativi diversi dalle società" e alle fondazioni.

---

[51] Come sostenuto da R. Cavallo Perin, *Il modulo "derogatorio": in autoproduzione o* in house providing, in, *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica* a cura di H. Bonura, M. Cassano, Torino, 2011, 119, l'*in house providing* è definizione di ciò che appartiene all'organizzazione pubblica e dunque limite esterno alle regole sulla concorrenza dell'Unione Europea, che iniziano ad operare ove l'organizzazione stessa, lungi dal trattenere su di sé la produzione di beni o servizi, si rivolge a terzi.

In effetti, l'esclusione delle partecipazioni in detti enti morali dal campo di applicazione del testo unico risiede su un duplice presupposto.

Il primo presupposto è di ordine soggettivo, poiché il testo unico ha ad oggetto la partecipazione delle amministrazioni a società e gli enti in commento società non sono.

Il secondo presupposto è di ordine oggettivo. Nella visione del legislatore del 2016 l'acquisizione di partecipazioni in queste persone giuridiche non contrasta con i principi generali in materia di concorrenza, giacché essa esula da una logica puramente di scambio. La partecipazione a questi soggetti, infatti, non pone gli interessi perseguiti dai membri pubblici in contrapposizione con gli interessi perseguiti dai membri privati. Essi si pongono semmai in un rapporto di convergenza in vista del perseguimento in comune di una finalità di pubblica utilità.

L'analisi che ha preceduto conduce a ritenere che questi strumenti siano largamente inadeguati a dare forma giuridica definita alle comunità, pur presentando l'indubbio vantaggio di derogare all'applicazione rigida dell'evidenza pubblica che si pone in contrasto con la *ratio* stessa degli istituti eurounitari.

Ciò nondimeno l'analisi giuridica delle caratteristiche principali di questo genere di enti morali consente di mettere in luce l'elemento della convergenza di interessi, la cui rilevanza diviene essenziale nel ragionamento che si è in procinto di compiere.

Nella prospettiva del legislatore europeo e nazionale, infatti, i partecipanti alle comunità energetiche sono mossi da una comunione di intenti, che si concretizza negli aspetti mutualistici e solidaristici tipici dello scopo di queste, non già da una contrapposizione di interessi propria di una logica di mercato.

In altri termini, il rapporto associativo tra pubbliche amministrazioni e soggetti privati[52] nelle comunità si basa non su una relazione di scambio che realizza una dinamica negoziale e sinallagmatica, bensì su un «*rapporto di cooperazione nel quale pubblico e privato non si limitano a scambiarsi utilità nello svolgimento di un'azione diretta a realizzare un intervento pubblico, bensì collaborano pienamente per il raggiungimento di tale obiettivo*»[53].

L'inadeguatezza a vari gradi degli strumenti associativi prima analizzati rispetto alle peculiarità delle comunità energetiche ci induce allora ad esplorare

---

[52] L'espressione è ispirata all'opinione di G. Berti, *Introduzione*, in *Rapporti associativi tra amministrazioni pubbliche e imprese* a cura di G. Berti, Bologna, Il Mulino, 1994, 11 secondo cui «*il procedere per associazione tra pubblico e privato è la caratteristica maggiormente indicativa della transizione tra gli ordinamenti di ieri e quelli di domani*».

[53] G. Piperata, *Introduzione. La collaborazione pubblico-privato nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo* a cura di F. Mastragostino, Giappichelli, Torino, 2011, 8. Il ragionamento prende spunto dalle riflessioni dell'Autore circa la poliedricità dei rapporti nei quali può essere presente una dinamica collaborativa tra pubblico e privato.

la possibilità di ulteriori strumenti giuridici con cui è possibile realizzare questa convergenza di interessi ovvero questa collaborazione tra pubblico e privato per il raggiungimento di un obiettivo congiunto[54].

In questa prospettiva, poiché pubblico e privato altro non fanno se non porre in essere una *partnership* per il raggiungimento di uno scopo comune, viene quasi naturale rivolgere la speculazione allo strumento del partenariato pubblico privato di origine europea.

Prima di proseguire l'analisi in questa direzione è tuttavia imprescindibile sgomberare il campo da una facile quanto erronea assimilazione del concetto europeo di partenariato con il diritto europeo degli appalti e delle concessioni pubblici. Con riferimento ai PPP infatti è facile incappare in una errata sineddoche per cui si tende a ricondurre il tutto (il partenariato) alla descrizione di una parte di esso (l'appalto, la concessione).

Diversamente, come rilevato da attenta dottrina, il concetto di partenariato non si riferisce ad un principio o ad un istituto particolare, quanto piuttosto ad «*uno "schema ricostruttivo", che descrive modelli di relazioni stabili tra soggetti pubblici e privati, in funzione del perseguimento di obiettivi sostanzialmente coincidenti, in un'ottica che privilegia il principio del buon andamento dell'amministrazione pubblica e l'efficienza dell'azione amministrativa*»[55].

Nel diritto europeo, infatti, il partenariato assume molteplici dimensioni a seconda del campo di applicazione[56]. Questo rappresenta inoltre un genere di modelli negoziali caratterizzati da un elevato tasso di atipicità che trova applicazione tanto nel campo della contrattualistica pubblica quanto nel campo della sussidiarietà[57].

Così, è talmente noto che il concetto di partenariato assuma nel diritto europeo la qualifica di archetipo dei modelli contrattuali caratterizzati dal trasferimento in misura prevalente del rischio in capo al privato, da non richiedere alcun approfondimento in questa sede[58].

---

[54] Non esclude la possibilità di esplorare l'applicazione di modelli nuovi anche M. Meli, *Autoconsumo di energia rinnovabile e nuove forme di* energy sharing, in NLCC, 2020, 3, 632 secondo cui le comunità sono «*una fattispecie che realizza una forma di comproprietà dei mezzi di produzione (dell'energia rinnovabile) ed una gestione condivisa dei meccanismi di distribuzione: tutti gli utenti, in altre parole, possono diventare produttori, consumatori e gestori, dando vita ad un nuovo modello di sviluppo del settore*».

[55] F. Mastragostino, *Premessa*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, XVIII.

[56] Così il partenariato è principio che infonde le politiche di coesione dell'Unione europea, come stabilito all'art. 8 del regolamento n. 2021/1060/UE.

[57] Secondo la Dottrina, i modelli contrattuali attraverso i quali possono esplicarsi le operazioni in PPP sono caratterizzati da una forte atipicità, come sostenuto da M.P. chiti, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova Direttiva concessioni*, in www.studiolegalechiti.it e A. Travi, *Il partenariato pubblico privato: i confini incerti di una categoria*, in A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, 16, secondo il quale «*in discussione non è la tipicità o meno del contratto, che è un profilo irrilevante, una volta che sia stata riconosciuta la capacità di diritto privato dell'amministrazione*».

[58] Questa l'opinione di M. Ricchi, *L'architettura dei contratti di concessione e di partenariato pubblico*

Per converso, il concetto di partenariato assume anche una valenza sociale. Nel diritto europeo, il partenariato è uno dei principi chiave dell'attuazione dei fondi dell'Unione europea a gestione concorrente, in particolare il Fondo sociale europeo (FSE).

Coerentemente, il partenariato è anche istituto che connota il diritto nazionale del terzo settore. L'art. 55 del codice del terzo settore individua infatti il partenariato quale una delle modalità di «*coinvolgimento attivo degli enti del Terzo settore*». La giurisprudenza amministrativa ha recentemente sostenuto che «*il modello configurato dall'art. 55 del d. lgs. n. 117 del 2017, infatti, non si basa sulla corresponsione di prezzi e corrispettivi dalla parte pubblica a quella privata, ma sulla convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private per la programmazione e la progettazione, in comune, di servizi e interventi diretti a elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, secondo una sfera relazionale che si colloca al di là del mero scambio utilitaristico*»[59].

La dottrina, del resto, non è nuova a prefigurare il ricorso a modelli negoziali di partenariato anche al di fuori di una logica prettamente di scambio. È stato sostenuto così che il PPP rappresenta «*uno dei risvolti giuridici del principio di sussidiarietà sociale ed amministrativa poiché codesto nuovo istituto implica – come traspare dal suo nome – un incontro di volontà tra soggetti pubblici e privati per realizzare congiuntamente iniziative di pubblico interesse*»[60].

---

privato nel nuovo Codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 50 del 2016, in Riv. Giur. Mezz., 2016, p. 815, secondo cui i contratti di cui all'art. 180, comma 8 del Codice dei contratti pubblici attengono «*ai contratti di Ppp, specie del* genus *più ampio dei contratto di concessione europeo*»; negli stessi termini, sebbene con riferimento alla Direttiva 2014/23/UE si è espresso M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico privato e la Direttiva concessioni*, in *Finanza di Progetto e Ppp: temi europei, istituti nazionali e operatività* a cura di G.F. CARTEI, M. RICCHI, Napoli, ESI, 2015, 13. Secondo un avverso profilo, invece, la nuova disciplina europea non altererebbe il rapporto di genere a specie già in passato maggioritariamente riconosciuto al contratto atipico di PPP rispetto al contratto (oggi) tipico di concessione. Secondo questa impostazione, pertanto, i PPP conserverebbero maggiore autonomia nella delimitazione della disciplina applicabile e, di conseguenza, verrebbe meno l'analogica applicazione di concetti introdotti *ex novo* per le concessioni "europee", in termini soprattutto di trasferimento del rischio e di finanziamento. A favore di questa seconda visione sembra schierarsi il Consiglio di Stato, il quale nel parere rilasciato sullo schema di decreto non ha esitato a definire la disciplina contenuta nella predetta parte IV come appunto «archetipo generale del PPP» (Cons. St., Comm. spec., 30 marzo 2017, parere n. 782). Dello stesso avviso G. SANTI, *Il partenariato pubblico-privato ed il contratto di concessione. Il contraente generale*, a cura di F. MASTRAGOSTINO in Diritto dei contratti pubblici a cura di F. MASTRAGOSTINO, Torino, Giappichelli, 2021, 141, secondo cui «*ai contratti di partenariato troverà applicazione la disciplina dell'appalto o della concessione qualora detti contratti siano comunque riconducibili alla definizione rinvenibile nelle rispettive Direttive comunitarie*»; F. DI CRISTINA, *Il partenariato pubblico privato quale "archetipo generale"*, in Giorn. dir. amm. 2016, 4, 484.

[59] Cons. Stato, sez. III, 4 aprile 2022 n. 2439.

[60] M.P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in a cura di M.P. CHITI, *Il partenariato pubblico-privato. concessioni, finanza di progetto, società miste, fondazioni* a cura di M.P. CHITI, ESI, Napoli, 2019, 6. C. IAIONE, *Il diritto all'innovazione sostenibile per l'investimento*

È appena il caso di sottolineare, poi, che il ricorso al partenariato consente anche di configurare la comunità come autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici. Da tempo infatti il diritto europeo ha riconosciuto la possibilità anche di costituire un nuovo soggetto giuridico tramite partenariato: il c.d. partenariato pubblico privato istituzionalizzato (PPPI). A tal proposito, è ancora valida l'affermazione della Commissione secondo cui a livello europeo non esiste una normativa specifica sulla costituzione dei PPPI, né sulla forma giuridica che questi debbano assumere in concreto[61]. Il diritto europeo sulla scorta delle pronunce della Corte di giustizia si è invece limitato ad impedire che la costituzione del nuovo soggetto possa essere elusiva dell'applicazione del diritto dei contratti pubblici, sempreché però la costituzione del nuovo soggetto non celi in realtà l'affidamento di un contratto pubblico in contrasto con le regole dell'evidenza pubblica.

Ciò tuttavia non impedisce di ritenere che, in forza della neutralità del diritto europeo sulle forme giuridiche e la natura dei soggetti di diritto, privati e amministrazioni possano costituire un PPPI per lo svolgimento di attività che sono fuori dal campo di applicazione della contrattualistica pubblica.

Posto dunque che non si ravvisano ostacoli nell'estendere l'applicazione del *genus* del partenariato anche al di fuori delle ipotesi regolate dalla disciplina dei contratti pubblici, non resta che accertare se le comunità energetiche possano rientrare nel paradigma sussidiario.

A tal proposito, occorre rilevare che sebbene ci sia un consenso generale sul contenuto della sussidiarietà orizzontale nel senso che «*l'azione dei poteri pubblici deve essere contenuta entro i limiti di quanto è necessario per supplire all'inadeguatezza dei privati a provvedere ai bisogni sociali*»[62], ciò non implica necessariamente che l'intervento del pubblico e l'intervento del privato debbano porsi in opposizione, per cui l'avanzare dell'uno implica di per sé l'arretrare dell'altro.

Invero, accanto ad una impostazione che riconduce la sussidiarietà orizzontale ad alterità[63], è andata negli ultimi anni consolidandosi una posizione che

---

Nelle infrastrutture sociali. Un'analisi empirica, in Riv. Giur. Edil., 2021, 304 ritiene che questo sia un dato comune anche in altri ordinamenti, dove «*è emersa forte la volontà di dare vita a nuove forme di governance più complessa del mero binomio pubblico-privato soprattutto nel settore dei servizi e delle infrastrutture sociali. Queste nuove forme di governance vedono il cittadino-utente non più come un mero fruitore del servizio bensì come un soggetto che, portatore di una capacità di agire per l'interesse generale, è in grado di svolgere un ruolo determinante all'interno di formule partenariali che finora hanno visto istituzioni pubbliche e operatori privati come unici protagonisti*». Concorda con questa impostazione anche S. Amorosino, *Il Terzo settore tra pubblici poteri ed autonomia sociale*, in Rass. dir. civ., 2019, 304.

[61] Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI) (2008/C 91/02).

[62] F. Trimarchi banfi, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in Dir. Amm. 2020, 3.

[63] Sul punto F. Maisto, *Sussidiarietà: autonomie e coesione sociale*, Rass. dir. civ., 2017, 1360; P. Perlingieri, *La sussidiarietà nel diritto privato*, in Rass. dir. civ., 2016, 687.

non esclude l'applicazione del principio anche in ipotesi in cui il perseguimento dell'interesse generale avviene per mezzo di una collaborazione tra pubblico e privato[64].

Così alcuni Autori non hanno mancato di mettere in luce l'esistenza di due distinte letture alternative. La prima, più frequente, delimita gli interventi di sussidiarietà orizzontale alla mera predisposizione di strumenti di sostegno dell'iniziativa privata; la seconda, meno frequente ma decisamente più affascinante nella prospettiva che qui preme anche alla luce delle evoluzioni normative oggetto di analisi, «*pertinente al testo della norma e rilevantissima in numerosi contesti*», attiene a quegli strumenti tesi a «*stimolare l'attivazione di forze private*», anche perché «*mirati all'incremento delle forme di semplificazione, di partecipazione, o quantomeno di avvicinamento dei privati all'azione dell'amministrazione*»[65].

Altri Autori hanno parlato di ipotesi di vera e propria «*cooperazione sussidiaria*»[66] o ancora che il principio in esame legittimi gli enti locali a «*creare strutture organizzative a geometria variabile con compiti assegnati ad enti pubblici o a questi ultimi in collaborazione con formazioni sociali oppure integralmente attribuiti a formazioni sociali*»[67]. Di qui, la possibilità di ricorrere a forme di partenariato in una prospettiva sussidiaria[68].

---

[64] Tra gli autorevoli esponenti della tesi più risalente G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in Dir. Pubbl., 2002, 19 secondo cui la sussidiarietà orizzontale riguarda «*la distribuzione tra privati, da un lato e pubblici poteri dall'altro dei compiti di erogazione di servizi e benefici, dovendosi stabilire se essi spettano agli uni o agli altri secondo il principio di sussidiarietà (principio che in tal caso, se ritenuto applicabile, dà la preferenza ai privati, salvo che si dimostri che nessun privato è disponibile o riesce a raggiungere i risultati ritenuti ottimali o comunque migliori di quelli raggiunti o raggiungibili dai poteri pubblici)*».

[65] D. DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, Il Mulino, 2013, 164.

[66] F. GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Diritto e società*, 2016, 310. Per un approfondimento sulle principali questioni legate ai processi di collaborazione tra amministrazioni pubbliche e territorio in vista della produzione congiunta di beni e servizi si rinvia a S. PROFETI, V. TARDITI, *Le pratiche collaborative per la co-produzione di beni e servizi: quale ruolo per gli Enti locali?*, in Ist. del Feder., 2019, 861.

[67] F. MANGANARO, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*, 2014, 56. Inoltre, come sostenuto da D. DONATI, *Il paradigma sussidiario,* cit., 199, circa la possibilità di estendere il concetto di "cittadini singoli o associati" anche alle imprese «*si conferma l'esigenza, insita nel modello sussidiario, del perseguimento di un interesse generale, cui va ad aggiungersi, per la specifica attività che l'impresa svolge, l'elemento dell'assenza di un guadagno in senso soggettivo per il sussidiante*».

[68] M.A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in federalismi.it, 2012, 3, 2 secondo cui l'elemento caratterizzante del partenariato è «*il mantenimento di una relazione di coalizione tra pubblico e privato, che manca evidentemente nelle esternalizzazioni (caratterizzate dalla tendenza all'autonoma responsabilizzazione, organizzativa e gestionale, del privato) e nelle mere partecipazioni, mentre non è sempre estranea (e anzi secondo alcuni autori è insita) al rapporto di sussidiarietà*». A. DI GIOVANNI, *Il contratto di partenariato pubblico privato tra sussidiarietà e solidarietà*, Giappichelli, Torino, 2012, 30 ritiene che «*attraverso l'esperienza del partenariato si possono gettare le basi per il passaggio da una società integrativa ad una società sussidiaria*».

Ne deriva che la configurazione delle comunità energetiche come modello di cooperazione nel senso sopra descritto non osta in linea di principio all'applicazione a queste del paradigma sussidiario.

Un ulteriore elemento da tenere in considerazione è la partecipazione estesa anche ad imprese, che abbiamo visto connotare la disciplina delle comunità energetiche. Parimenti, questo aspetto non osta alla possibile riconduzione di queste alla sussidiarietà orizzontale.

Anche in questo caso, occorre liberarsi infatti dall'erronea assunzione che la sussidiarietà sia un fenomeno da relegare al «*limbo delle attività non profit, utili solo a garantire servizi in settori non remunerativi*»[69]. Da tempo, infatti, la Dottrina ha ammesso la riconduzione al principio in esame di tutte quelle ipotesi in cui «*le amministrazioni pubbliche sviluppano con le imprese rapporti di collaborazione, al fine di ottenere da esse prestazioni aggiuntive come conseguenza del sostegno ricevuto dalle amministrazioni*»[70].

Posto che né la configurazione in termini mutualistici né la partecipazione estesa anche alle imprese possono essere di ostacolo alla sussunzione delle comunità al fenomeno della sussidiarietà, non resta che esaminare *à rebours* la sussistenza nella fattispecie del *prius* logico per la riconduzione all'art. 118 comma 4 Cost.: la presenza di un interesse generale.

Ai sensi dell'art. 118 comma 4 Cost., presupposto per l'applicazione del principio di sussidiarietà invero è che le attività oggetto dell'intervento siano qualificate come attività di interesse generale. Resta da chiedersi allora se possano essere considerate tali le attività che la disciplina sopra richiamata consente di svolgere alle comunità.

Per rispondere a questo interrogativo, è gioco forza rifarsi alla teoria degli interessi. Questa fonda la distinzione tra interesse pubblico ed interesse generale nel momento genetico in cui l'interesse viene ad esistenza: il primo diviene tale a seguito di attribuzione *ex lege* alla cura di un'amministrazione pubblica; il secondo trova definizione all'esito di processi storico sociali, appunto perché condiviso da una determinata collettività in un determinato contesto storico, a prescindere da un espresso riconoscimento legislativo[71].

---

[69] F. Manganaro, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, cit., 60. Secondo D. Donati, *Il paradigma sussidiario*, cit., 246 «*se proprio per questa ragione si è escluso il lucro dal novero degli interessi che possono costituire oggetto dell'intervento in regime sussidiario, questa esclusione non comporta affatto l'esclusione dal modello sussidiario di attività economicamente rilevanti, potendo bene essere tali le prestazioni che si offrono per spirito di liberalità e solidarietà. È dunque l'interesse a non poter coincidere con il lucro, e non il modulo organizzativo o la qualifica del soggetto sussidiante*».

[70] Sul punto anche G. F. Cartei, *Finanza di progetto e modelli partenariali pubblico-privati: profili critici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici* a cura di G. F. Cartei, Napoli, 2008, 245 e F. Giglioni, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Pisa, PUP, 2012.

[71] In questi termini si esprime V. Cerulli Irelli, *Sussidiarietà, (dir. amm.)* (voce), in Enc. dir., Agg. VII, 2003, 5. Della stessa opinione anche D. Donati, *Il paradigma sussidiario*, cit., 248, il quale

Se così è, arduo appare il compito di chi volesse sostenere che le attività oggetto delle comunità energetiche non rivestano oggi interesse generale, alla luce delle esigenze di diversificazione delle fonti di approvvigionamento energetico, di diminuzione dalla dipendenza dai combustibili fossili e dalle importazioni anche per ragioni di sicurezza (energetica e non solo), illustrate in apertura.

Dall'analisi che precede si è visto che il ricorso al concetto di partenariato pubblico privato con riferimento alle comunità energetiche presenta essenzialmente tre vantaggi.

Il primo è il superamento degli elementi di criticità presenti, in vario grado, in ciascuno dei modelli di contratto associativo già presenti nel nostro ordinamento e selezionati *supra* per la loro possibile attitudine a soddisfare le esigenze sottese alla costituzione di una comunità energetica. L'atipicità propria dei negozi di partenariato consente perciò di configurare un modello associativo *taylor made*.

Il secondo è la possibilità di derogare ragionevolmente agli stringenti limiti dell'evidenza pubblica come configurati nel TUSP, nella misura in cui ciò contrasti con la *ratio* degli istituti in parola. Questo consente infatti di attrarre la collaborazione pubblico – privato alla sfera della sussidiarietà, in linea con le finalità stesse delle comunità energetiche di origine europea.

Il terzo e ultimo vantaggio consiste nella possibilità di dotare il PPP di personalità giuridica. Della neutralità del diritto europeo rispetto al ricorso ad un PPPI si è già detto, occorre ora aggiungere che questa circostanza non contrasta nemmeno con il quadro normativo nazionale in materia di attribuzione di personalità giuridica. Si è visto infatti, che l'art. 1 del d.P.R. n. 361/2000 consente l'acquisizione di personalità giuridica anche ad "altre istituzioni di carattere privato", oltre che alle fattispecie tipizzate, così come il TUSP esclude l'applicazione dello stesso a non meglio specificati enti associativi. Ciò lascia propendere dunque per una estensione dei concetti appena richiamati anche ai PPPI atipici.

L'atipicità del modello di collaborazione pubblico-privato proposto consente inoltre di meglio conformare il nuovo soggetto alle esigenze delle comunità di riferimento, non solo sotto il profilo funzionale ma anche sotto il profilo strutturale.

Con riferimento al primo profilo, infatti, l'istituto proposto differisce rispetto ai modelli tipici descritti avanti per il fatto che non presenta le limitazioni che sono state analizzate per ciascuno di questi. Con riferimento al secondo profilo, invece, l'istituto in esame consente di prefigurare una *governance* anche disancorata agli schemi maggiormente utilizzati dai modelli tipici (che pure niente vieta di prendere a riferimento in relazione al singolo caso concreto), che si componga di strutture interne (atipiche) in grado di adeguatamente rappresentare le istanze

---

richiamando gli articoli della Costituzione ove sempre si fa riferimento al concetto di interesse generale «*il senso con cui viene usata l'espressione "interesse generale" fa sempre inevitabilmente pensare all'origine dell'interesse (che è appunto generale della comunità) e mai nella sua allocazione in seno ad un'amministrazione*».

che derivano da una così eterogenea partecipazione e al contempo in grado di coordinare le attività che i membri della comunità sono chiamati a svolgere *uti singuli et uti universi*.

Ne consegue che le comunità energetiche potrebbero trovare adeguata implementazione nel nostro ordinamento ricorrendo allo strumento del PPPI che, però, rispetto alla fattispecie più battuta della società mista, assumerebbe una declinazione particolare del paradigma sussidiario in forza dello scopo necessariamente mutualistico impresso dal legislatore europeo e nazionale. In questo modo le comunità energetiche diverrebbero archetipo di un'ulteriore configurazione del modello atipico del partenariato avente una accentuata valenza sociale, in un'espressione: un partenariato pubblico privato istituzionalizzato sociale (PPPIS).

In conclusione, il nuovo istituto si configura come una nuova specificazione del genere partenariato di matrice europea, caratterizzata da un affievolimento della logica di sinallagmatica propria delle altre *species* di partenariato, che sinora sono invalse nella prassi precipuamente nell'ottica di rappresentare un'alternativa ai più tradizionali modelli negoziali della contrattualistica pubblica e, dunque, in una prospettiva di mercato. Poiché l'istituto che qui si propone va ricondotto al *genus* del PPP, che forma un elenco aperto in quanto – si è visto – esso ricomprendere una serie di modelli contrattuali atipici, esso è capace inoltre di trovare immediata implementazione sul piano applicativo, non necessitando un intervento specifico del legislatore europeo o nazionale. Tale soluzione potrebbe perciò rappresentare uno strumento concreto per dare impulso alla creazione di comunità energetiche e rappresentare una valida alternativa ai modelli tipici descritti nel corso della presente trattazione.

Abstract

Il presente articolo esamina i nuovi istituti di matrice eurounitaria delle comunità energetiche attraverso una ricostruzione degli elementi essenziali di queste alla luce del diritto europeo e nazionale applicabile. L'attenzione è rivolta precipuamente al ruolo che gli enti locali possono rivestire nel dare impulso all'implementazione di questi nuovi modelli giuridici e alle problematiche che emergono in sede applicativa dalla partecipazione di queste amministrazioni alle comunità a causa delle limitazioni presenti nel quadro normativo vigente in materia di partecipazione a contratti di tipo associativo.

Dopo aver descritto i principali modelli tipici contemplati dal nostro ordinamento che potrebbero essere utilizzati per la costituzione delle future comunità energetiche, il presente articolo propone di declinare gli istituti in esame alla luce del paradigma sussidiario. A tal fine, introduce l'ipotesi di comunità energetica come nuovo modello di partenariato: un partenariato pubblico-privato istituzionalizzato sociale (PPPIS).

Energy Communities as a New Dimension of Subsidiarity Paradigm

The present article examines Energy communities as new European legal models by unravelling their fundamental legal elements in the light of both European and National legal frameworks. The article focuses mainly on the role local authorities may play in order to give impulse in applying those legal models along with problems that may arise from the participation of local authorities to those communities, because of constraints the current legal framework may present in case of participation of local authorities to corporation and similia.

After having described the main legal models provided by the Italian legal system who may be used for future energy communities, the present article proposes to read energy communities in the light of the subsidiarity paradigm. For that purpose it introduces the hypothesis of energy community based on a new model of partnership: the institutionalised social public-private partnership (ISPPP).

La dottrina dialoga con la giurisprudenza

La partecipazione di interessi e di istanze al procedimento legislativo nello Statuto della Regione Sicilia

di Laura Lorello

Sommario: Introduzione. – 1. L'art. 12.3 dello Statuto siciliano. – 2. La partecipazione al procedimento di formazione della legge: l'esperienza delle altre Regioni a statuto speciale. – 3. La partecipazione al procedimento di formazione della legge: l'esperienza delle Regioni a statuto ordinario. – 4. La partecipazione alla formazione della legge regionale nei regolamenti dei Consigli regionali. – 5. L'intervento del giudice costituzionale sul profilo della partecipazione al procedimento di formazione della legge. – 5.1. La sentenza n. 379 del 2004. – 5.2. La sentenza n. 235 del 2018. – 6. Considerazioni conclusive.

Introduzione

La XVIII legislatura dell'Assemblea Regionale Siciliana, appena conclusa, ha visto l'approvazione di 131 leggi[1]. Come accade a livello nazionale, anche nella Regione Sicilia si è registrata una preponderanza di leggi di iniziativa governativa, ben 75, rispetto a quelle di iniziativa parlamentare, 56, benché relativamente all'attivazione del procedimento legislativo, nel quinquennio 2017-2022, vi siano state 1107 proposte di iniziativa parlamentare e 172 di iniziativa governativa. In termini percentuali, sono state approvate, sul totale di quelle presentate da ciascuno, il 5% delle proposte di iniziativa parlamentare e il 43% di quelle di iniziativa governativa[2]. È ben nota, a riguardo, la considerazione di come la maggior forza di quest'ultima sia da ricollegarsi al ruolo del Presidente della Regione e del suo esecutivo, che, grazie, al meccanismo elettorale, assume una posizione centrale nel processo di produzione normativa. Sotto il profilo dei tempi di approvazione, la metà delle leggi ha concluso il suo iter entro 30 giorni (65); per la restante metà l'iter si è chiuso entro 90 giorni per 22 leggi, entro 180 giorni per 15 leggi, entro 360 per 18 leggi e oltre 360 giorni per le restanti 11[3].

Se si guarda all'attività di istruttoria legislativa svolta dalle Commissioni parlamentari dell'ARS nel periodo considerato, si può osservare un consistente numero di sedute (2423)[4], variamente distribuite, tra l'altro, in ddl assegnati per l'esame (1212, 178 poi effettivamente trasmessi all'Aula), in ddl trasmessi alla II Commissione Bilancio per il parere relativo agli effetti finanziari delle disposizioni esaminate (74), in ddl ricevuti per l'espressione del parere (268), e in richieste

[1] ARS, *Rapporto sulla Legislazione. Le Leggi e l'attività dell'Assemblea Regionale Siciliana nella XVII Legislatura*, novembre 2022, 9 ss.

[2] *Ibidem*, 36.

[3] *Ibidem*, 10.

[4] *Ibidem*, 59.

di parere su atti del governo (329)[5]. A ciò si aggiunge un elevato numero di audizioni (2486)[6], eseguite per acquisire elementi conoscitivi utili ai fini dell'analisi di testi, ma anche per permettere di estendere il proprio esame alle istanze provenienti dalle diverse categorie sociali e professionali[7].

Proprio sotto questo profilo va evidenziato che lo Statuto siciliano, all'art. 12.3, possiede, unico del panorama regionale italiano, una previsione relativa alla partecipazione di istanze e di interessi della comunità regionale al procedimento di formazione della legge. Sull'analisi di questa disposizione si svolgeranno le considerazioni che seguono.

1. *L'art. 12.3 dello Statuto siciliano*

L' art. 12.3 dello Statuto della Regione Sicilia prevede che «I progetti di legge sono elaborati dalle Commissioni dell'Assemblea regionale con la partecipazione delle rappresentanze degli interessi professionali e degli organi tecnici regionali»[8]. In questa disposizione è possibile, innanzitutto, leggere il rilievo della prospettiva della partecipazione, che avrebbe trovato posto nella dimensione del pluralismo sancita dall'art. 2 Cost., un pluralismo indirizzato e funzionale alla solidarietà politica, economia e sociale. In tal senso, nel momento costituente, l'idea della partecipazione era ritenuta necessaria nella scelta di disegnare il parlamento come luogo di acquisizione e composizione dei diversi interessi della collettività, tanto a livello centrale, quanto a livello regionale; e trovava ulteriore riferimento espresso nel comma 2 dell'art. 3, come partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica

[5] *Ibidem*, 63.

[6] *Ibidem*, 59.

[7] Il *Rapporto sulla Legislazione* citato, 63, riporta un totale di 2486 audizioni svolte dalle Commissioni, 65 dalla Commissione I Affari istituzionali, 137 dalla Commissione II Bilancio, 224 dalla Commissione III Attività produttive, 271 dalla Commissione IV Ambiente Territorio e Mobilità, 263 dalla Commissione V Cultura Formazione e Lavoro, 477 dalla Commissione VI Salute Servizi Sociali e Sanitari, 170 dalla Commissione per l'Esame delle Questioni concernenti l'Attività dell'Unione Europea, 465 dalla Commissione di Inchiesta e Vigilanza sul Fenomeno della Mafia e della Corruzione in Sicilia, 67 dalla Commissione per la Revisione dello Statuto della Regione e per l'esame dei disegni di legge in Materia Statutaria, 5 dalla Commissione Speciale sul Fenomeno del Randagismo, 6 dalla Commissione Speciale in Materia di Contenimento della Spesa Relativa agli Assegni Vitalizi per i Deputati Cessati dal Mandato, 168 dalla Commissione Speciale di Indagine di Studio per il Monitoraggio dell'attuazione delle Leggi e la Valutazione degli Effetti delle Politiche Regionali, per la Delegificazione e la Semplificazione Normativa.

[8] Si tratta di un elemento innovativo, come ricorda L. Salamone (*Gli istituti di partecipazione popolare*, in *Lineamenti di Diritto costituzionale della Regione Siciliana*, a cura di A. Ruggeri e G. Verde, Torino, 2012, 287 ss.), che valorizza in modo deciso il profilo della partecipazione, al di là della previsione di forme dirette, pur contemplate dallo Statuto siciliano dallo stesso art. 12.

e sociale del Paese, in ragione della quale era necessario rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale[9].

Questa partecipazione, dunque, doveva assumere una forma idonea a consentire l'espressione e la canalizzazione delle diverse istanze della società, ricomponendone il conflitto nella sintesi parlamentare e rendendo, così, attuabile la decisione assunta.

Nell'impianto dello Statuto siciliano, poi, la partecipazione degli interessi, richiamata dall'art. 12.3, rafforzava la capacità dell'ente regionale di farsi autentico rappresentante della collettività del territorio. Qui risulta significativo che la partecipazione dei corpi sociali sia inserita in modo strutturale nel procedimento di formazione della legge e nella fase dell'istruttoria legislativa, rivestendola del compito di portare dentro l'iter legislativo interessi e richieste al di là o al di fuori del normale canale di trasmissione degli stessi, cioè i partiti politici.

In particolare, l'art. 12.3 configura l'apporto degli interessi professionali e degli organi tecnici regionali come *generale*, cioè presente in tutti i tipi di iniziativa legislativa, popolare, dei consigli comunali e provinciali[10]; ciò si evince dal fatto che la previsione del terzo comma chiuda la disposizione dell'art. 12, permettendo un riferimento all'iniziativa legislativa nel suo complesso.

La concreta declinazione delle modalità di svolgimento della partecipazione è, poi, affidata agli artt. artt. 71, 72 e 73 del Regolamento Generale dell'Ars. L'art. 72[11], in particolare, configura la partecipazione dei soli rappresentanti degli interessi professionali come *obbligatoria*, nel caso in cui il testo proposto riguardi «problemi economici e sindacali». Per quanto, come indicato dall'art. 72.2, la valutazione del ricorrere dei presupposti della partecipazione spetti alle commissioni, sulla base dell'oggetto del disegno di legge, resta il rilievo della previsione dell'art. 72.2, che salda la presenza e il contributo dei rappresentanti degli interessi professionali all'analisi di questioni di tipo economico e sindacale, contribuendo a valorizzare il loro apporto nel percorso decisionale. Questo viene anche definito dal comma 3 dell'art. 72, che ne rivela il carattere consultivo e non decisionale, escludendo che i rappresentanti professionali e degli organi tecnici possano esprimere un voto.

In sostanza, l'art. 12.3 dello Statuto e poi l'art. 72 del Regolamento generale dell'Ars istituzionalizzano una modalità partecipativa nel percorso di formazione

---

[9] Si veda A. Savignano, *Partecipazione politica*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 1 ss.

[10] Così M. Di Piazza, *Normativa di attuazione statutaria ed esperienza partecipativa popolare al procedimento legislativo nelle commissioni parlamentari dell'A.R.S.*

[11] Art. 72 «1. La partecipazione dei rappresentanti degli interessi professionali è obbligatoria quando la materia del progetto di legge riguarda problemi economici e sindacali. 2. La partecipazione dei rappresentanti degli organi tecnici e degli esperti è decisa dalla commissione con riferimento all'oggetto del disegno di legge. 3. I rappresentanti degli interessi professionali e degli organi tecnici non hanno voto».

della legge, che si innesta nell'attività delle commissioni legislative e che può dare alle stesse tutti gli elementi utili per una decisione concertata ed efficace.

In tal senso, occorre garantire qualità alla rappresentanza che accede alle commissioni. In questa prospettiva, l'art. 71.1 del Regolamento Generale dell'Ars precisa che i rappresentati sono scelti in base ad appositi elenchi, che vengono formati all'inizio di ogni legislatura dalla Segreteria Generale dell'Assemblea, e che sono dalla stessa aggiornati ogni anno[12]. Nel caso di organi tecnici, l'art. 71.2 specifica che essi devono appartenere all'organico dell'amministrazione centrale o periferica della regione o degli enti locali controllati, ovvero devono fare parte dei ruoli dei professori delle università del territorio siciliano[13].

La centralità della commissione nella gestione dell'apporto dei rappresentanti di interessi tecnici e di esperti è confermata dall'art. 73 del Regolamento generale dell'Ars[14]. Il comma 1, infatti, affida al Presidente della commissione il compito di stabilire il numero dei «rappresentanti degli interessi professionali e i portatori di interessi generali e diffusi», che possono intervenire alle riunioni delle commissioni. Allo stesso modo, la commissione stabilisce, volta per volta, il numero dei «rappresentanti degli organi tecnici e (de)gli esperti» che possono essere coinvolti, autorizzati con successivo atto del Presidente dell'Assemblea.

Ed è ancora la commissione a valutare il possibile coinvolgimento dei rappresentanti degli interessi professionali e dei portatori di interessi generali e diffusi nell'elaborazione dell'intero disegno di legge.

In definitiva, la commissione viene configurata come *motore* della partecipazione, nelle sue diverse forme, all'interno del procedimento di formazione della legge regionale. E ciò ha trovato conferma nella prassi parlamentare dell'Assemblea[15].

---

[12] Art. 71: «1. I rappresentanti degli interessi professionali che partecipano, in seno alle commissioni dell'Assemblea alla elaborazione dei progetti di legge, ai sensi dell'articolo 12 dello Statuto, sono scelti in base ad elenchi predisposti all'inizio di ogni legislatura e annualmente aggiornati a cura della Segreteria generale dell'Assemblea. Tali elenchi sono composti dai rappresentanti regionali delle organizzazioni dei lavoratori, dei datori di lavoro, degli organi professionali. 2. I rappresentanti degli organi tecnici regionali devono appartenere agli organici dell'Amministrazione centrale o periferica della Regione e degli enti pubblici da questa controllati, oppure ai ruoli dei professori delle Università siciliane. 3. Le commissioni possono inoltre avvalersi di esperti di particolare competenza nella materia che forma oggetto del disegno di legge in discussione».

[13] Resta comunque nella disponibilità della commissione la possibilità di richiedere l'apporto di esperti dotati di competenze particolari, in riferimento alla materia trattata del disegno di legge, art. 71.3.

[14] Art. 73 «1. I rappresentanti degli interessi professionali e i portatori di interessi generali e diffusi possono intervenire alle riunioni delle commissioni nel numero di volta in volta stabilito dal presidente della commissione. 2. La commissione valuta i casi in cui è opportuno che i soggetti di cui al comma precedente partecipino alla elaborazione dell'intero disegno di legge. 3. I rappresentanti degli organi tecnici e gli esperti sono chiamati a intervenire nel numero che sarà di volta in volta stabilito dalla commissione ed autorizzato dal Presidente dell'Assemblea».

[15] Così M. Di Piazza, *Normativa di attuazione statutaria*, cit. Va precisato che la forma di partecipazione delineata dall'art. 12.3 Stat. Sic. e dagli artt. 71-73 del Regolamento Generale dell'Ars

2. *La partecipazione al procedimento di formazione della legge: l'esperienza delle altre Regioni a statuto speciale*

Il rilievo che la partecipazione di interessi professionali e tecnici al procedimento di formazione della legge assume nello Statuto siciliano non si ritrova negli altri Statuti speciali, che, diversamente, la collocano all'interno dei regolamenti dei consigli regionali.

Nel caso della Regione Sardegna, occorre fare riferimento all'art. 43 del Regolamento consiliare, che prevede che le commissioni possano svolgere audizioni ed acquisire informazioni e documenti dal Presidente della Regione e dagli Assessori interessati e, previa intesa con questi, da funzionari dell'Amministrazione regionale, così come da funzionari di enti ed aziende dipendenti dalla Regione e, sempre nell'ambito regionale, da amministratori o dirigenti di enti pubblici e di aziende private, rappresentanti di sindacati, di categorie economiche, di interessi diffusi e di gruppi sociali, di esperti, che vengono così inseriti nel percorso dell'istruttoria legislativa. Le commissioni possono, inoltre, sentire parlamentari, rappresentanti e dirigenti di settori dell'Amministrazione statale e altri organi estranei alla Regione[16].

Inoltre l'art. 44 introduce la possibilità che le commissioni richiedano un parere su un progetto di legge o di un atto di programmazione ad organi estranei alla Regione[17].

Nel Regolamento consiliare della Regione Val D'Aosta, l'art. 23 prevede la partecipazione alle sedute delle commissioni del Presidente della Regione o degli

---

ha natura diversa dalle indagini conoscitive prevista dall'art. 63 bis dello stesso Regolamento, che rappresentano strumenti dell'attività istruttoria ordinaria degli organi legislativi.

[16] Art. 42 Regolamento Consiglio regionale Sardegna «1. Le Commissioni, per una migliore conoscenza degli argomenti sottoposti al loro esame, possono, informandone il Presidente del Consiglio, sentire il Presidente della Regione e gli Assessori interessati e possono, altresì, previa intesa con questi, convocare funzionari dell'Amministrazione regionale e acquisire per loro tramite documenti e informazioni. 2. Le Commissioni possono inoltre sentire, anche per acquisire informazioni e documenti, sempre in relazione agli argomenti in esame, informandone il Presidente del Consiglio e previa intesa con i relativi responsabili istituzionali, funzionari di enti ed aziende dipendenti dalla Regione e, sempre nell'ambito della Sardegna, amministratori o dirigenti di enti pubblici e di aziende private, rappresentanti di sindacati, di categorie economiche, di interessi diffusi e di gruppi sociali, di esperti. 3. Sempre ai fini indicati ai commi 1 e 2 le Commissioni possono chiedere, tramite il Presidente del Consiglio, di sentire parlamentari, rappresentanti e dirigenti di settori dell'Amministrazione statale e altri organi estranei alla Regione. 4. Nel corso delle audizioni non si dà luogo né a votazioni né ad espressioni di voto».

[17] Art. 44 Regolamento Consiglio regionale Sardegna «1. Ove la Commissione a maggioranza assoluta dei suoi componenti ritenga che su un progetto di legge o atto di programmazione sia opportuno chiedere un parere ad organi estranei alla Regione, ne deve fare richiesta tramite il Presidente del Consiglio. 2. Nella richiesta deve essere specificato il termine oltre il quale la Commissione riprenderà la discussione dell'argomento». Il successivo art. 44 si occupa dei pareri resi all'assemblea da organi interni».

Assessori per acquisire informazioni e chiarimenti sulle questioni di loro competenza o per fornire notizie e documenti necessari per lo svolgimento delle loro attività[18]. E il successivo art. 25 stabilisce che le commissioni possano consultare rappresentanti di enti pubblici, locali e non, di sindacati dei lavoratori, di organizzazioni di categoria e di altre organizzazioni e associazioni sociali, economiche e culturali, per l'esame dei singoli argomenti o progetti di legge e, quindi, in sede di istruttoria legislativa; ma possono anche avvalersi di esperti esterni all'Amministrazione e di funzionari della Regione e degli uffici da essa dipendenti[19].

Riguardo alla Regione Friuli Venezia Giulia, nell'art. 92 del Regolamento del Consiglio si ritrova una disciplina espressa dell'istruttoria legislativa, che viene aperta in primo luogo al Presidente della Regione o all'Assessore competente, per l'acquisizione di informazioni, anche attraverso la predisposizione di apposite relazioni tecniche[20]. Nel successivo art. 96 si stabilisce la possibilità, in pre-

[18] Art. 23 Regolamento Consiglio regionale Val D'Aosta «1. Le Commissioni hanno facoltà di invitare ad intervenire alle loro sedute il Presidente della Regione o gli Assessori per avere informazioni e chiarimenti sulle questioni di loro competenza. 2. Il Presidente del Consiglio, il Presidente della Regione e gli Assessori hanno diritto di intervenire alle sedute delle Commissioni per fare comunicazioni, per illustrare gli argomenti di rispettiva competenza e per depositare emendamenti. 20 3. I Consiglieri che hanno assunto l'iniziativa di proposte di legge o di altri provvedimenti possono intervenire alle riunioni delle Commissioni competenti per illustrarli personalmente e per depositare emendamenti. 21 4. Le Commissioni hanno facoltà di chiedere al Presidente della Regione e agli Assessori informazioni, notizie e documenti necessari per l'espletamento della loro attività».

[19] Art. 25 Regolamento Consiglio regionale Val D'Aosta «1. Le Commissioni possono deliberare di avvalersi, per le materie di loro competenza, della consultazione dei rappresentanti di enti pubblici, locali e non, di sindacati dei lavoratori, di organizzazioni di categoria e di altre organizzazioni e associazioni sociali, economiche e culturali, per l'esame dei singoli argomenti o progetti di legge. 2. Possono inoltre avvalersi della consultazione di esperti esterni all'Amministrazione, nonché, previa autorizzazione degli amministratori competenti, di funzionari della Regione e degli uffici da essa dipendenti. 3. La decisione di effettuare la consultazione, nel caso la stessa comporti oneri di spesa a carico del bilancio del Consiglio, è comunicata al Presidente del Consiglio il quale la sottopone all'autorizzazione dell'Ufficio di Presidenza. 4. Le Commissioni possono effettuare sopralluoghi o delegarvi alcuni dei propri componenti, secondo le modalità previste per le consultazioni. In tali casi non si applicano le regole che disciplinano le modalità di svolgimento delle riunioni delle Commissioni. 22 5. L'effettuazione di consultazioni non può determinare il mancato rispetto dei termini posti alla Commissione ai sensi dell'articolo 28 del presente Regolamento».

[20] Art. 92 Regolamento Consiglio della Regione Friuli Venezia Giulia «(Istruttoria legislativa in Commissione) 1. L'istruttoria legislativa è diretta alla corretta formulazione dei progetti di legge, anche in base alle regole per la redazione dei testi normativi. 2. Compatibilmente con l'organizzazione e la programmazione dei lavori, e nel rispetto dei principi di economicità e speditezza, l'istruttoria legislativa è diretta a raccogliere elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità, l'efficacia, gli effetti finanziari e la relativa copertura delle disposizioni contenute nel progetto di legge. 3. Per l'acquisizione degli elementi di cui al comma 2 la Commissione può richiedere al Presidente della Regione o all'Assessore competente di fornire informazioni anche attraverso la predisposizione di apposite relazioni tecniche. La Commissione, qualora abbia all'esame progetti

senza di espresse disposizioni legislative, di richiedere pareri di organismi esterni al Consiglio su progetti di legge o loro parti[21]. Ma è di rilievo l'art. 98, che abilita la commissione, nel corso dell'istruttoria legislativa, all'audizione di soggetti ritenuti direttamente o indirettamente interessati alla materia trattata o comunque in grado di fornire dati, informazioni e notizie utili, coinvolgendo, quindi, nella stessa l'apporto di soggetti esterni[22].

Infine, nel Regolamento del Consiglio Regionale del Trentino Alto Adige l'art. 32.4 dispone che le commissioni possano richiedere agli Assessori competenti ed ai Consiglieri proponenti il disegno di legge, informazioni, notizie e documenti e, al successivo comma 9, affida alla commissione la facoltà di valersi, se ritenuto necessario, della collaborazione di elementi tecnici estranei al Consiglio, che vengono così inseriti nello svolgimento dell'istruttoria legislativa, o la facoltà di sentire singoli Consiglieri[23].

---

di legge che non siano corredati della relazione tecnica di cui all'articolo 86 bis, acquisisce dai proponenti la relazione medesima; per le proposte di iniziativa consiliare e popolare la relazione tecnico-finanziaria è redatta con il supporto della Segreteria generale del Consiglio regionale. La richiesta contiene la fissazione dei termini entro i quali devono essere comunicati i dati e le informazioni alla Commissione. 4. Nella relazione della Commissione per l'Assemblea sono riportati i passaggi istruttori svolti».

[21] Art. 96 Regolamento Consiglio della Regione Friuli Venezia Giulia «(Pareri di organismi esterni) 1. Qualora disposizioni di legge prevedano l'espressione di pareri da parte di organismi esterni al Consiglio su progetti di legge o loro parti, gli stessi sono trasmessi, a cura del Presidente del Consiglio, agli organismi medesimi affinché questi esprimano il parere alla Commissione competente nel termine di sette giorni. 2. Decorso il termine di cui al comma 1 senza che il parere sia stato espresso, la Commissione può comunque procedere prescindendo dal parere medesimo».

[22] Art. 98 Regolamento Consiglio della Regione Friuli Venezia Giulia «(Audizioni nell'istruttoria legislativa) 1. Le Commissioni, nell'ambito della propria attività referente sui progetti di legge, possono invitare ad apposite audizioni i soggetti ritenuti direttamente o indirettamente interessati alla materia in esame o comunque in grado di fornire dati, informazioni e notizie utili ai fini dell'istruttoria legislativa. 2. Lo svolgimento delle audizioni, l'elenco dei soggetti da invitare e il calendario delle audizioni sono deliberati dall'Ufficio di Presidenza e comunicati tempestivamente ai componenti della Commissione che possono proporre, entro il termine fissato dall'Ufficio di Presidenza, eventuali integrazioni dell'elenco dei soggetti da audire. 3. Le audizioni si svolgono, di norma, in seduta plenaria, salvo che la Commissione incarichi una delegazione ristretta dei propri membri; in ogni caso alle audizioni può partecipare, con diritto di parola, ogni altro Consigliere, anche se non faccia parte della Commissione, previa comunicazione al Presidente della Commissione stessa».

[23] Art. 32 Regolamento Consiglio della Regione Trantino Alto Adige «(Esame dei disegni di legge nelle Commissione). 1. Il Presidente di ciascuna Commissione, dopo ogni adunanza, comunica al Presidente del Consiglio i nomi degli assenti ingiustificati. 2. In caso di forzata e prolungata assenza, il Consigliere deve ottenere dal Presidente del Consiglio preventivo congedo, nel qual caso egli è considerato assente giustificato. 3. Il Presidente della Commissione deve inviare l'avviso di convocazione in tempo utile, per dare la possibilità ai membri delle Commissioni, domiciliati in località distanti dalla sede del Consiglio, di intervenire alle sedute. Il mancato avviso di assenza equivale ad assenza ingiustificata. 4. Le Commissioni, per l'adempimento dei compiti loro assegnati, possono richiedere

Da questa, pur rapida, analisi si ricava come le istanze di partecipazione, benché presenti nelle altre regioni a statuto speciale, rimangono affidate alle previsioni dei regolamenti consiliari, senza assumere quel rilievo e quella dignità che posseggono nella regione Sicilia, ovvero la qualità di norma statutaria.

Guardando ai Regolamenti delle Assemblee legislative nazionali, si osserva come il coinvolgimento di apporti esterni nel procedimento di formazione della legge risulti limitato alle istanze di tipo tecnico. In particolare, nel Regolamento del Senato l'art. 46 assegna alle commissioni la facoltà di richiedere informazioni o chiarimenti su «questioni, anche politiche, in rapporto alle materie di loro competenza», nei soli confronti dei rappresentanti del governo[24]; allo stesso modo, esse possono richiedere ai soli ministri, e alle amministrazioni o agli enti controllati, di fornire «notizie ed elementi di carattere amministrativo o tecnico occorrenti per integrare l'informazione sulle questioni in esame»[25].

---

agli Assessori competenti ed ai Consiglieri proponenti il disegno di legge, informazioni, notizie e documenti. 5. Hanno inoltre facoltà di richiedere la presenza di quegli Assessori che possono fornire chiarimenti sulle materie in discussione. 6. Indipendentemente dalla facoltà della Commissione di cui sopra, il Consigliere proponente il disegno di legge ha diritto di intervenire alle sedute della Commissione per illustrare il disegno di legge in discussione e, a tal fine, gli viene data regolare comunicazione delle convocazioni. 7. Se il disegno di legge è di iniziativa popolare, la Commissione può convocare il primo firmatario per illustrare il disegno stesso. 8. Nel caso in cui il disegno di legge sia proposto da più Consiglieri, il diritto di intervento compete al primo dei firmatari. 9. È in facoltà della Commissione di valersi, qualora lo ritenga necessario, della collaborazione di elementi tecnici estranei al Consiglio, come pure è in facoltà della Commissione di sentire singoli Consiglieri che presentino motivate domande scritte. 10. La Giunta regionale può chiedere che determinate Commissioni siano convocate per comunicazioni o chiarimenti che essa intende fornire. 11. Qualora un disegno di legge sia approvato integralmente da una Commissione all'unanimità, così nelle sue disposizioni come nella motivazione stessa, la Commissione può astenersi dal fare una relazione scritta e proporre oralmente al Consiglio che la discussione abbia luogo sul testo del disegno medesimo. 12. La Commissione decide quali dei suoi lavori, nell'interesse dello Stato e della Regione, debbano rimanere segreti».

[24] Art. 46 Regolamento Senato «(Informazioni e chiarimenti richiesti dalle Commissioni al Governo – Comunicazioni dei rappresentanti del Governo). 1. Le Commissioni hanno facoltà di chiedere ai rappresentanti del Governo informazioni o chiarimenti su questioni, anche politiche, in rapporto alle materie di loro competenza. Le informative del Governo, ad eccezione di quelle previste dall'articolo 105, comma 1-bis, hanno luogo presso le Commissioni anche in sede congiunta dei due rami del Parlamento. 2. Le Commissioni possono altresì chiedere ai rappresentanti del Governo di riferire, anche per iscritto, in merito all'esecuzione di leggi e all'attuazione data ad ordini del giorno, mozioni e risoluzioni approvati dal Senato o accettati dal Governo. Ciascuna Commissione, al fine di conoscere lo stato di attuazione di leggi già in vigore nelle materie di sua competenza, può nominare uno o più relatori che, acquisiti gli elementi conoscitivi, riferiscano alla Commissione entro il termine loro assegnato. 3. I rappresentanti del Governo possono intervenire alle sedute delle Commissioni per farvi comunicazioni anche in sede congiunta dei due rami del Parlamento».

[25] Art. 47 Regolamento Senato «(Acquisizione di elementi informativi su disegni di legge e affari assegnati alle Commissioni). 1. In relazione ai disegni di legge e in generale agli affari ad esse assegnati, le Commissioni possono chiedere ai Ministri di disporre che dalle rispettive Amministra-

Il Regolamento della Camera, come è noto, pur possedendo una diffusa disciplina dell'istruttoria legislativa in commissione, all'art. 79 configura la possibilità della partecipazione del solo governo. Infatti, il comma 4 dell'art. 79 attribuisce alla commissione competente la possibilità di acquisire «gli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni contenute nel testo», richiedendo al governo di «fornire dati e informazioni, anche con la predisposizione di apposite relazioni tecniche»[26], confermando,

zioni e dagli Enti sottoposti al loro controllo, anche mediante l'intervento personale alle sedute di singoli funzionari ed amministratori, siano forniti notizie ed elementi di carattere amministrativo o tecnico occorrenti per integrare l'informazione sulle questioni in esame. 1-bis. In relazione ai pareri sulle nomine governative ad esse assegnati, le Commissioni possono procedere all'audizione del candidato proposto dal Governo. L'audizione ha luogo anche in sede congiunta dei due rami del Parlamento». Il successivo art. 48 è dedicato alle indagini conoscitive.

[26] Art. 79 Regolamento Camera «1. Le Commissioni in sede referente organizzano i propri lavori secondo principî di economia procedurale. Per ciascun procedimento, l'ufficio di presidenza integrato dai rappresentanti dei Gruppi, con la maggioranza prevista dall'articolo 23, comma 6, ovvero, in mancanza di questa, il presidente della Commissione determina i modi della sua organizzazione, compreso lo svolgimento di attività conoscitive e istruttorie; stabilisce altresì, di norma dopo la scelta del testo base, i termini per la presentazione e le modalità per l'esame degli emendamenti. Il procedimento è organizzato in modo tale da assicurare che esso si concluda almeno quarantotto ore prima della data stabilita nel calendario dei lavori per l'iscrizione del progetto di legge all'ordine del giorno dell'Assemblea. 2. Il procedimento per l'esame dei progetti di legge in sede referente è costituito dall'esame preliminare con l'acquisizione dei necessari elementi informativi, dalla formulazione del testo degli articoli e dalla deliberazione sul conferimento del mandato a riferire all'Assemblea. 3. La discussione in sede referente è introdotta dal presidente della Commissione o da un relatore da lui incaricato, che richiede al Governo i dati e gli elementi informativi necessari per i fini indicati ai commi 4 e 11. 4. Nel corso dell'esame in sede referente, la Commissione provvede ad acquisire gli elementi di conoscenza necessari per verificare la qualità e l'efficacia delle disposizioni contenute nel testo. L'istruttoria prende a tal fine in considerazione i seguenti aspetti: a) la necessità dell'intervento legislativo, con riguardo alla possibilità di conseguirne i fini mediante il ricorso a fonti diverse dalla legge; b) la conformità della disciplina proposta alla Costituzione, la sua compatibilità con la normativa dell'Unione europea e il rispetto delle competenze delle regioni e delle autonomie locali; c) la definizione degli obiettivi dell'intervento e la congruità dei mezzi individuati per conseguirli, l'adeguatezza dei termini previsti per l'attuazione della disciplina, nonché gli oneri per la pubblica amministrazione, i cittadini e le imprese; d) l'inequivocità e la chiarezza del significato delle definizioni e delle disposizioni, nonché la congrua sistemazione della materia in articoli e commi. 5. Per l'acquisizione degli elementi di cui al comma 4, la Commissione può richiedere al Governo di fornire dati e informazioni, anche con la predisposizione di apposite relazioni tecniche. La Commissione si avvale inoltre delle procedure di cui al capo XXXIII e agli articoli 146 e 148. 6. Le procedure previste dal comma 5 sono promosse quando ne facciano richiesta almeno quattro componenti della Commissione, salvo che l'ufficio di presidenza integrato dai rappresentanti dei Gruppi, con la maggioranza prevista dall'articolo 23, comma 6, ovvero, in mancanza di questa, il presidente della Commissione giudichi l'oggetto della richiesta non essenziale per il compimento dell'istruttoria legislativa. L'ufficio di presidenza integrato dai rappresentanti dei Gruppi, con la maggioranza prevista dall'articolo 23, comma 6, ovvero, in mancanza di questa, il presidente della Commissione stabilisce, sentito il Governo, il ter-

dunque, un impianto chiuso all'accesso di eventuali, diverse istanze di partecipazione.

Le ragioni di questa duplice chiusura possono forse ricondursi alla centralità attribuita dai Costituenti ai partiti politici, attorno ai quali dovevano ruotare i processi di decisione, e il procedimento legislativo in particolare, in quanto essi

---

mine entro il quale il Governo stesso deve comunicare le informazioni e i dati ad esso richiesti relativamente ai progetti di legge inseriti nel programma dei lavori dell'Assemblea. La Commissione non procede alle deliberazioni conclusive riguardanti ciascun articolo fino a quando non siano pervenuti i dati e le informazioni al riguardo richiesti al Governo, salvo che esso dichiari di non poterli fornire, indicandone il motivo. 7. Qualora il Governo non fornisca nei tempi stabiliti i dati e le informazioni richiesti dalla Commissione senza indicarne il motivo, la Conferenza dei presidenti di Gruppo, con la maggioranza prevista dall'articolo 23, comma 6, ovvero, in mancanza di questa, il Presidente della Camera stabilisce un nuovo termine per la presentazione della relazione all'Assemblea di cui all'articolo 81. Del tardivo o mancato adempimento da parte del Governo è dato conto in tale relazione. 8. Nell'esame in sede referente eccezioni pregiudiziali, sospensive o comunque volte ad impedire l'adempimento dell'obbligo della Commissione di riferire all'Assemblea non possono essere poste in votazione; di esse dovrà però farsi menzione nella relazione della Commissione. 9. La Commissione può nominare un Comitato ristretto, composto in modo da garantire la partecipazione proporzionale delle minoranze, al quale affida l'ulteriore svolgimento dell'istruttoria e la formulazione delle proposte relative al testo degli articoli. 10. Per garantire il rispetto del termine previsto dal comma 1, terzo periodo, le deliberazioni per la formulazione del testo degli articoli possono avere luogo secondo principî di economia procedurale, assicurando comunque che per ogni articolo siano posti in votazione, di norma, almeno due emendamenti, indicati da ciascun Gruppo, anche interamente sostitutivi del testo proposto dal relatore. 11. La Commissione introduce nel testo norme per il coordinamento della disciplina da esso recata con la normativa vigente, curando che siano espressamente indicate le disposizioni conseguentemente abrogate. 12. Al termine della discussione la Commissione nomina un relatore, al quale conferisce il mandato di riferire sul testo da essa predisposto; nomina altresì un Comitato di nove membri, composto in modo da garantire la partecipazione proporzionale delle minoranze, per la discussione davanti all'Assemblea e per il compito indicato nel comma 3 dell'articolo 86. I Gruppi dissenzienti possono designare, anche congiuntamente, relatori di minoranza. Ciascuna relazione di minoranza reca un proprio testo, anche parzialmente alternativo al testo della Commissione, formulato in articoli corrispondenti a quest'ultimo. 13. Le relazioni per l'Assemblea danno conto delle risultanze dell'istruttoria legislativa svolta dalla Commissione con riguardo agli aspetti indicati nel comma 4. 14. La relazione della maggioranza e, se presentate, quelle di minoranza sono stampate e distribuite almeno ventiquattro ore prima che si apra la discussione, tranne che, per urgenza, l'Assemblea deliberi un termine più breve. Qualora l'Assemblea autorizzi la relazione orale, sono stampati e distribuiti nello stesso termine il testo della Commissione e i testi alternativi eventualmente presentati dai relatori di minoranza. 15. Qualora un progetto di legge sia approvato integralmente da una Commissione permanente all'unanimità, tanto nelle sue disposizioni quanto nella motivazione della sua relazione, la Commissione stessa può proporre all'Assemblea che si discuta sul testo del proponente adottandone la relazione». La disposizione rinvia al Capo XXXIII «Delle procedure di indagine, informazione e controllo in Commissione» e agli artt. 146 e 148, relativi, rispettivamente, all'espressione dei pareri da parte del Cnel e alla richiesta di informazioni , chiarimenti e documenti alla Corte dei Conti, sotto il profilo della procedura da seguire. L'art. 144 si occupa poi delle indagini conoscitive e l'art. 145 contempla il coinvolgimento, attraverso il governo, dell'Istat per «compiere rilevazioni, elaborazioni e studi statistici».

costituivano il primo e fondamentale canale di partecipazione politica[27]. Il rilievo ricevuto dall'art. 49 li rivestiva del ruolo di rappresentati del popolo per eccellenza, chiamati a raccogliere e canalizzare gli interessi e i bisogni della collettività e ad esprimerne in modo unitario ed esclusivo la volontà. Questo disegno avrebbe mostrato i suoi limiti nell'imprevista crisi dei partiti politici, portata alla luce dalle inchieste degli anni '90 e maturata nell'approvazione della riforma elettorale del 1993, una crisi che ha portato all'attenzione l'esigenza di immaginare canali diversi e alternativi attraverso i quali realizzare le istanze partecipative nel sistema costituzionale.

3. *La partecipazione al procedimento di formazione della legge: l'esperienza delle Regioni a statuto ordinario*

Se si esaminano gli statuti delle Regioni ordinarie, nella prospettiva della partecipazione alla formazione della legge, il quadro appare più variegato. Le Regioni a statuto ordinario, infatti, hanno goduto, in generale, della stagione riformatrice successiva alla modifica del Titolo V della Costituzione del 2001, e, quindi, esprimono maggiormente, a confronto con le Regioni a statuto speciale, le istanze di partecipazione e di coinvolgimento delle rispettive collettività locali ai processi di decisione.

Un'attenzione particolare alla partecipazione e agli istituti in cui è possibile attuarla si ritrova in tutti gli statuti, ad eccezione di quelli del Lazio e del Molise.

Così, ad esempio, lo Statuto della Regione Piemonte (art. 2) lega alla dimensione partecipativa l'esercizio della propria autonomia, per realizzare l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini alle funzioni legislativa e amministrativa e coinvolge nelle scelte legislative e di governo, attraverso le consultazione, i sindacati dei lavoratori, le organizzazioni di categoria, le formazioni sociali, le istituzioni culturali, le associazioni e le autonomie funzionali e gli organismi della comunità regionale[28]. Esplicitamente, poi, si prevede che le Commissioni permanenti e

[27] Si veda G. Pasquino, *Art. 49*, in *Commentario della Costituzione, Rapporti politici – Art. 48-52*, a cura di G. Pasquino, A. Coccia, E. Bettinelli, E. Rossi, Bologna-Roma, 1992, 2 ss., 4. Sui partiti politici nel sistema costituzionale italiano si vedano tra gli altri V. Crisafulli, *Partiti, Parlamento, Governo*, in *Stato, Popolo e Governo*, Milano, 1985; P. Ridola, *Partiti politici*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, 66 ss.; C. Rossano, *Partiti politici*, in *Enc giur.*, vol. XXII, Roma, 1990; S. Bartole, *Partiti politici*, in *Nov. Dig. Disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 705 ss.; G. Rizzoni, *Art. 49*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, M. Olivetti, vol. I, Torino, 2006, 981 ss.

[28] Art. 2 Statuto Piemonte «(Autonomia e partecipazione): 1. La Regione opera nell'ambito dei poteri riconosciuti dalla Costituzione e dalle leggi dello Stato ed esercita la propria autonomia per realizzare l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini all'attività politica, economica e sociale della comunità regionale e nazionale. 2. La Regione riconosce che la partecipazione dei cittadini

speciali possano sentire, in relazione alla materia trattata, rappresentanti e dirigenti degli enti locali, così come sindacati di lavoratori, organizzazioni di categoria, associazioni, istituzioni scientifiche e culturali e altri organismi sociali[29].

Allo stesso modo lo Statuto della Regione Lombardia attribuisce al consiglio regionale e alla giunta il potere di consultare le rappresentanze degli interessi sui testi normativi e sugli atti di programmazione, specie se produttivi di effetti economici[30]. Inoltre è espressamente stabilita la partecipazione degli enti locali e delle forze economiche e sociali alla formazione a attuazione delle leggi[31].

---

alle scelte politiche, alla funzione legislativa ed amministrativa e al controllo dei poteri pubblici è condizione essenziale per lo sviluppo della vita democratica e per la salvaguardia dei diritti di uguaglianza e di libertà di tutti i cittadini. 3. La Regione valorizza il costituirsi di ogni associazione che intende concorrere con metodo democratico alla vita della Regione e in particolare sostiene le iniziative per la realizzazione dei diritti e favorisce le forme di solidarietà sociale, l'associazionismo e il volontariato, assicurandone la partecipazione e la consultazione nello svolgimento delle funzioni regionali. 4. La Regione coinvolge nelle scelte legislative e di governo il sistema degli enti locali e consulta, ritenendo il loro apporto elemento fondamentale della politica regionale, i sindacati dei lavoratori, le organizzazioni di categoria, le formazioni sociali, le istituzioni culturali, le associazioni, le autonomie funzionali e gli organismi in cui si articola la comunità regionale e, quando la materia lo richieda, gli elettori della Regione secondo le forme previste dallo Statuto e dal Regolamento. 5. La Regione predispone indagini conoscitive sulle materie di sua competenza anche a mezzo di organi e strumenti di consultazione e ricerca».

[29] Art. 32 Statuto Piemonte «(Poteri di consultazione delle Commissioni). 1. Le Commissioni permanenti e speciali hanno facoltà di sentire, in funzione della materia trattata, i rappresentanti e i dirigenti degli enti locali, i sindacati dei lavoratori, le organizzazioni di categoria, le associazioni, le istituzioni scientifiche e culturali e gli altri organismi sociali. 2. Le Commissioni possono avvalersi di esperti, entro i limiti fissati dal Regolamento o deliberati dal Consiglio regionale. 3. È esclusa in ogni caso la partecipazione e la presenza di membri estranei al Consiglio alle sedute delle Commissioni in cui si procede alla stesura e all'approvazione di documenti, relazioni e pareri]14 . 4. Le Commissioni possono effettuare sopralluoghi o delegarvi alcuni dei propri componenti, secondo le modalità stabilite dal Regolamento».

[30] Art. 8 Statuto Lombardia (Partecipazione) «1. La Regione: a) promuove la partecipazione dei cittadini, singoli o associati, e il partenariato con le forze sociali ed economiche per la formazione delle politiche e per l'esercizio delle funzioni legislative e amministrative; b) favorisce la più ampia diffusione tra i cittadini dei risultati delle sue attività legislative e amministrative, utilizzando adeguate risorse informative e tecnologiche. 2. Il Consiglio regionale e la Giunta, nell'ambito delle rispettive competenze, consultano le rappresentanze degli interessi sui testi normativi e sugli atti di programmazione, con particolare riguardo ai provvedimenti che comportano effetti economici. 3. La Regione promuove processi partecipativi valorizzando le iniziative autonome, quelle dei soggetti sociali organizzati e quelle delle competenze diffuse nella comunità regionale».

[31] Art. 36 Statuto Lombardia «(Partecipazione al procedimento legislativo) 1. La Regione promuove, nella formazione e attuazione delle leggi, la partecipazione degli enti locali e delle forze sociali ed economiche. 2. Il regolamento generale stabilisce le modalità con le quali ciascuna commissione è tenuta ad informare dei progetti di legge ad essa assegnati gli enti e le associazioni individuati dal suo ufficio di presidenza, secondo criteri fissati nello stesso regolamento generale, nonché le modalità della loro audizione. 3. Le osservazioni e le proposte pervenute sono esaminate dalla commissione. Il mancato accoglimento deve essere motivato».

Anche lo Statuto della Regione Veneto prevede la promozione della partecipazione di formazioni sociali, utenti e associazioni che perseguono interessi generali ai «processi di determinazione delle proprie scelte legislative e amministrative»[32], affidando al regolamento del consiglio regionale la definizione delle modalità di consultazione di enti locali, cittadini, organizzazioni sindacali, sociali, economiche e professionali[33].

Di rilievo è poi lo statuto della Regione Emilia Romagna, che, dopo aver promosso in generale le forme di associazione dei cittadini (artt. 7, 15.2), si impegna ad assicurare alle organizzazioni, che esprimono interessi diffusi o collettivi, il diritto «di fare conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni e valutazioni sulle materie di competenza regionale», con adeguati meccanismi di consultazione[34]. A questo scopo il successivo art. 17 istituisce una vera e propria

[32] Art. 9 Statuto Veneto «(Partecipazione.) 1. La Regione promuove la partecipazione ai processi di determinazione delle proprie scelte legislative e amministrative da parte dei cittadini, delle formazioni sociali, degli utenti e delle associazioni che perseguono la tutela di interessi generali. 2. La Regione, allo scopo di rendere effettiva la partecipazione, assicura il diritto di accesso e un'informazione ampia, diffusa, pluralista e neutrale in ordine alla propria attività».

[33] Art. 44 Statuto Veneto «(Funzioni delle commissioni consiliari). 1. Le commissioni esaminano preventivamente i progetti di legge e di regolamento e gli altri provvedimenti di competenza del Consiglio regionale. 2. Nell'ambito delle materie di rispettiva competenza, le commissioni possono disporre lo svolgimento di attività conoscitive e acquisire informazioni, dati, documenti o altro materiale comunque utile alla loro attività. Le commissioni hanno sempre facoltà di ordinare l'esibizione di atti e documenti e di convocare, previa comunicazione alla Giunta regionale, i dirigenti regionali e gli amministratori ovvero i dirigenti degli organismi di diritto pubblico dipendenti o partecipati dalla Regione. I convocati hanno l'obbligo di fornire alle commissioni tutte le informazioni e i dati che vengono loro richiesti. I componenti delle commissioni sono tenuti al segreto nei casi specificamente determinati dalla legge. 3. Il Regolamento disciplina le modalità con le quali enti locali, cittadini, organizzazioni sindacali, sociali, economiche e professionali sono consultati dalle commissioni consiliari. 4. Il Regolamento stabilisce adeguate forme di pubblicità dell'ordine del giorno e dei lavori delle commissioni».

[34] Art. 15 Statuto Emilia Romagna – «Diritti di partecipazione 1. La Regione, nell'ambito delle facoltà che le sono costituzionalmente riconosciute, riconosce e garantisce a tutti coloro che risiedono in un Comune del territorio regionale i diritti di partecipazione contemplati nel presente titolo, ivi compreso il diritto di voto nei referendum e nelle altre forme di consultazione popolare. 2. La Regione riconosce e favorisce, nel rispetto della loro autonomia, forme democratiche di associazionismo e di autogestione ed assicura alle organizzazioni che esprimono interessi diffusi o collettivi il diritto di fare conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni e valutazioni sulle materie di competenza regionale, mediante appropriati meccanismi di consultazione. 3 Qualunque soggetto portatore di interessi generali o privati, nonché i portatori di interessi diffusi in forma associata, cui possa derivare un pregiudizio da un atto regionale, ha facoltà di intervenire nel procedimento di formazione dello stesso, secondo le modalità stabilite dallo Statuto e dalle leggi regionali. 4 Le leggi regionali definiscono i limiti e le norme di attuazione degli istituti di democrazia diretta contemplati nel presente titolo». In sostanza, qui viene riconosciuta la possibilità generale di un intervento al procedimento di formazione di un atto regionale, in caso di pregiudizio per i soggetti portatori di interessi diffusi o generali».

istruttoria pubblica, da attivarsi per l'adozione di atti normativi o amministrativi generali. Tale istruttoria assume le forme di un contraddittorio pubblico, aperto ad associazioni, comitati o gruppi di cittadini portatori di un interesse non individuale, e dello stesso contraddittorio dovrà dare conto il provvedimento che verrà assunto[35]. In attuazione di questa istruttoria, l'art .19, per rendere effettivo il diritto di partecipazione delle associazioni al procedimento legislativo, affida al Consiglio la formazione di un albo generale, diviso per singole commissioni consiliari, che ricomprende tutte le associazioni di interesse generale che fanno richiesta di partecipazione al procedimento di approvazione della legge e degli indirizzi programmatici generali[36]. Ancora, l'art. 31 pone tra i principi del regolamento consiliare, nella prospettiva della valorizzazione del ruolo delle commissioni consiliari, la realizzazione della «partecipazione dei singoli cittadini e della società civile alla formazione delle scelte politiche, dal momento dell'iniziativa»[37].

Un riferimento espresso all'istruttoria pubblica si ritrova anche nello Statuto della Regione Basilicata, che, dopo aver introdotto all'art. 3 la previsione generale della consultazione delle rappresentanze degli interessi da parte di consiglio regionale e giunta, promuovendo la partecipazione dei cittadini «alle

[35] Art. 17 Statuto Emilia Romagna «(Istruttoria pubblica) 1. Nei procedimenti riguardanti la formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale, l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da istruttoria pubblica. 2. L'istruttoria si svolge in forma di pubblico contraddittorio, cui possono partecipare, anche per il tramite o con l'assistenza di un esperto, oltre ai Consiglieri regionali ed alla Giunta regionale, associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale. Il provvedimento finale è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie. 3. L'Assemblea legislativa indice l'istruttoria, anche su richiesta di non meno di cinquemila persone, individuando il soggetto responsabile del procedimento. 4. La legge regionale disciplina le modalità di attuazione dell'istruttoria pubblica, stabilendo i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento».

[36] Art. 19 Statuto Emilia Romagna «(Assemblea legislativa e modalità di consultazione.) 1. La Regione opera con atti e norme per rendere effettivo il diritto alla partecipazione delle associazioni al procedimento legislativo ed alla definizione degli indirizzi politico-programmatici più generali, perseguendo la parità di condizioni nella rappresentanza dei vari interessi, anche contribuendo a rimuovere le cause che di fatto ostacolano tale diritto. 2. L'Assemblea legislativa disciplina i criteri e le modalità d'iscrizione e di tenuta dell'albo generale, articolato per singole Commissioni assembleari, di tutte le associazioni che richiedano di partecipare all'attività regionale di cui al comma 1 e le cui finalità siano improntate a scopi d'interesse generale». L'art. 19.3 prevede la definizione di un protocollo di consultazione delle associazioni, cui si attengono le commissioni per lo svolgimento delle consultazioni, art. 19.4

[37] Art. 31.1 b) Statuto Emilia Romagna «Principi del regolamento interno: b) la valorizzazione del procedimento legislativo, del ruolo dei relatori e delle Commissioni assembleari, nella fase istruttoria e referente, per favorire la partecipazione dei singoli cittadini e della società civile alla formazione delle scelte politiche, dal momento dell'iniziativa. In tale ambito il relatore è nominato non appena l'atto di iniziativa legislativa è presentato all'Assemblea e il procedimento si svolge nelle Commissioni assembleari».

scelte di pianificazione e programmazione»[38], stabilisce che, ai fini dell'adozione di atti amministrativi e di programmazione generali, può svolgersi una istruttoria pubblica, aperta ad «associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale»[39]. In questo caso è previsto l'obbligo di indicare le risultanze dell'istruttoria nella motivazione dell'atto adottato. Inoltre, in base al successivo art. 20, le commissioni consiliari permanenti possono audire, nel corso del procedimento di formazione della legge, i «rappresentanti di enti locali, di organizzazioni sindacali ed imprenditoriali o di altre formazioni sociali e singoli cittadini»[40].

Nello Statuto della Regione Toscana si ritrovano disposizioni volte a favorire la partecipazione «dei cittadini, dei residenti e dei soggetti sociali organizzati», nella forma, tra le altre, dello «intervento nelle fasi formali di consultazione»[41]; in modo simile nello Statuto della Regione Umbria si parla di «partecipazione dei cittadini, singoli e associati, all'esercizio delle funzioni legislative, amministrative e di governo degli organi e delle istituzioni regionali»[42]; nello Statuto della Regio-

[38] Art. 3 Statuto Basilicata «(La partecipazione) 1. La Regione persegue e realizza l'effettiva partecipazione di tutti i cittadini nell'esercizio dell'attività politica, legislativa, economica e sociale. 2. La Regione garantisce la più ampia comunicazione ai cittadini delle sue attività e assicura la trasparenza dell'azione amministrativa ed un'informazione ampia, diffusa, pluralista ed imparziale. 3. Il Consiglio regionale e la Giunta, nell'ambito delle rispettive competenze, consultano le rappresentanze degli interessi. 4. La Regione promuove la partecipazione dei cittadini, in particolare, alle scelte di pianificazione e programmazione, nonché alle scelte influenti sui diritti fondamentali della persona, sulla tutela della salute e dell'ambiente».

[39] Art. 16 Statuto Basilicata «(L'istruttoria pubblica) 1. Nei procedimenti riguardanti la formazione di atti amministrativi di programmazione o di carattere generale, l'adozione del provvedimento finale può essere preceduta da istruttoria pubblica, cui possono partecipare, anche per il tramite o con l'assistenza di un esperto, associazioni, comitati e gruppi di cittadini portatori di un interesse a carattere non individuale. 2. Il provvedimento adottato in conclusione del procedimento è motivato con riferimento alle risultanze istruttorie. 3. Il procedimento e i casi in cui può procedersi a istruttoria pubblica sono disciplinati dalla legge».

[40] Art. 30.2 Statuto Basilicata «2. Le Commissioni intervengono nel procedimento di formazione della legge e possono svolgere indagini conoscitive dirette ad acquisire notizie e documenti; possono, altresì, disporre l'audizione del Presidente della Giunta o di Assessori o di Dirigenti della Regione e invitare ad un'audizione rappresentanti di enti locali, di organizzazioni sindacali ed imprenditoriali o di altre formazioni sociali e singoli cittadini».

[41] Art. 72.1 Statuto Toscana «(Principi) 1. La legge promuove, secondo i principi dell' articolo 3 , la partecipazione dei cittadini, dei residenti e dei soggetti sociali organizzati, nelle diverse forme: come iniziativa autonoma verso l'amministrazione, come libero apporto propositivo alle iniziative regionali, come intervento nelle fasi formali di consultazione, come contributo alla verifica degli effetti delle politiche regionali. 2. La Regione, per favorire la partecipazione, garantisce politiche attive dirette alla semplicità delle procedure, alla trasparenza amministrativa, alla funzionalità degli strumenti informativi. 3. I partiti politici sono strumenti fondamentali della partecipazione».

[42] Art. 20 Statuto Umbria «(Istituti di partecipazione.) 1. La Regione, al fine di creare nuovi spazi di democrazia diretta e di inclusione sociale, riconosce e garantisce la partecipazione dei cittadini, singoli e associati, all'esercizio delle funzioni legislative, amministrative e di governo

ne Marche si garantisce «la più ampia partecipazione delle forze sociali all'esercizio dell'attività legislativa e amministrativa»[43], partecipazione rafforzata dal successivo art. 39, che fa riferimento al coinvolgimento di cittadini e cittadine e delle loro «formazioni politiche, sociali, economiche e delle autonomie funzionali ai processi decisionali»[44]; ancora nello Statuto della Liguria, all'art. 6 si promuove la partecipazione in generale di cittadini, residenti e soggetti sociali organizzati e si valorizzano e sostengono «gli apporti propositivi alle iniziative regionali»[45].

Nello Statuto dell'Abruzzo, come già in quello emiliano, l'affermazione della partecipazione di cittadini, residenti e di soggetti sociali organizzati allo svolgimento di funzioni regionali[46] e la promozione di forme democratiche di

degli organi e delle istituzioni regionali. 2. La partecipazione si attua mediante l'iniziativa legislativa e referendaria, il diritto di petizione e la consultazione. 3. La petizione consiste nel diritto, riconosciuto a tutti i cittadini, di richiedere all'Assemblea legislativa l'adozione di provvedimenti e di esporre comuni necessità. 4. La legge regionale stabilisce gli ambiti, i limiti e le modalità della partecipazione e delle forme di consultazione, assicurando la disponibilità di servizi e di tecnologie adeguate».

[43] Art. 2 Statuto Marche «(Europa, autonomie e formazioni sociali) 1. La Regione opera nel quadro dei principi fondamentali e delle norme dell'Unione europea perseguendo la valorizzazione delle politiche comunitarie e la collaborazione con le altre Regioni d'Europa, garantendo altresì la propria partecipazione alla vita dell'Unione e al processo di integrazione della stessa, nel rispetto delle diverse culture. 2. La Regione si impegna a promuovere accordi e intese con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni e nell'interesse delle rispettive collettività. 3. Riconosce il carattere policentrico della società marchigiana ed in particolare il suo esprimersi nelle diverse articolazioni democratiche delle autonomie locali, funzionali e sociali. 4. Riconosce e pone a fondamento della propria azione lo sviluppo delle autonomie locali secondo i principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. 5. Garantisce la più ampia partecipazione delle forze sociali all'esercizio dell'attività legislativa e amministrativa. 6. Valorizza le autonomie funzionali e ne favorisce la partecipazione alla propria attività. 7. Favorisce, sulla base del principio di sussidiarietà, l'iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento delle attività di interesse generale».

[44] Art. 39 Statuto Marche «(Informazione e partecipazione) 1. La Regione predispone gli strumenti necessari per consentire l'informazione costante su ogni aspetto dell'attività istituzionale e la partecipazione delle cittadine e dei cittadini, delle loro formazioni politiche, sociali, economiche e delle autonomie funzionali ai processi decisionali. 2. La legge regionale stabilisce le modalità per assicurare adeguate forme di raccordo tra il Consiglio regionale e le organizzazioni della società marchigiana per la determinazione e l'attuazione della politica regionale».

[45] Art. 6.2 Statuto Liguria (Partecipazione dei cittadini), si aggiunge anche «il coinvolgimento dei cittadini per l'indicazione dei candidati nella consultazione elettorale regionale». Riferimenti più generali a forme di partecipazione sono presenti anche nello Statuto della Puglia, art. 13 (Capo I Partecipazione), che garantisce modalità di coinvolgimento nelle scelte regionali di enti locali, autonomie funzionali, formazioni sociali e soggetti portatori di interessi diffusi; e nello Statuto della Calabria, che promuove la partecipazione «dei singoli, delle formazioni sociali e politiche e di tutte le componenti della Comunità calabrese, nonché delle comunità dei calabresi nel mondo alla vita delle istituzioni regionali, al fine di realizzare una democrazia compiuta e lo sviluppo civile delle popolazioni», art. 4.1 (Partecipazione popolare), e affida alla legge la previsione di forme di consultazione di «organismi rappresentativi di istanze sociali diffuse» (art. 4.2).

[46] Art. 12.2 Statuto Abruzzo «(La partecipazione). 2. La Regione riconosce e promuove la

associazionismo si accompagna all'istituzione di Albo regionale della Partecipazione, che individua le «organizzazioni, anche temporanee, che esprimono interessi diffusi o collettivi», cui viene riconosciuto «diritto di fare conoscere, scambiare e sostenere pubblicamente le loro opinioni, proposte e valutazioni sulle materie di competenza regionale, sia nelle scelte di programmazione e pianificazione che nella loro attuazione amministrativa»[47].

4. *La partecipazione alla formazione della legge regionale nei regolamenti dei Consigli regionali*

Spostando l'analisi sui regolamenti dei Consigli regionali, si può osservare come, anche in questo caso, sia diffusa la previsione di modalità di partecipazione o consultazione di soggetti esterni nel procedimento di formazione della legge da parte delle Commissioni consiliari.

Così è previsto nel Regolamento del Consiglio regionale Piemonte, che attribuisce alle commissioni permanenti e speciali al facoltà di sentire, in relazione alla materia trattata, rappresentanti e dirigenti di enti locali, sindacati dei lavoratori, organizzazioni di categoria, associazioni, istituzioni scientifiche e culturali e altri organismi sociali[48]; anche il Regolamento del Consiglio regionale Lombardia prevede apposite audizioni delle commissioni consiliari, anche su richiesta dei soggetti interessati, sui progetti di legge[49], stabilendo che delle proposte e delle osservazioni ricevute nel corso delle audizioni le commissioni «si avvalgono, ai

partecipazione allo svolgimento delle funzioni regionali dei cittadini, dei residenti e dei soggetti sociali organizzati in forme democratiche».

[47] Art. 12.3 Statuto Abruzzo «3. La Regione riconosce e favorisce, nel rispetto della loro autonomia, forme democratiche di associazionismo ed assicura alle organizzazioni, anche temporanee, che esprimono interessi diffusi o collettivi il diritto di fare conoscere, scambiare e sostenere pubblicamente le loro opinioni, proposte e valutazioni sulle materie di competenza regionale, sia nelle scelte di programmazione e pianificazione che nella loro attuazione amministrativa. A tal fine la legge regionale istituisce e disciplina l'Albo Regionale della Partecipazione, prevede l'istituzione di Consulte Tematiche costituite dai soggetti iscritti all'Albo ed individua e disciplina ulteriori meccanismi di consultazione».

[48] Art. 41.1 Regolamento Consiglio Piemonte «(Le consultazioni) 1. Le Commissioni permanenti e speciali hanno facoltà di sentire, in funzione della materia trattata, i rappresentanti e i dirigenti degli Enti locali, i sindacati dei lavoratori, le organizzazioni di categoria, le associazioni, le istituzioni scientifiche e culturali e gli altri organismi sociali. Quando esse deliberano in tal senso, ne fanno richiesta al Presidente del Consiglio. Nel corso delle consultazioni i Consiglieri possono richiedere chiarimenti ai consultati».

[49] Art. 44.1 Regolamento del Consiglio regionale Lombardia «(Forme di partecipazione al procedimento legislativo ai sensi dell'articolo 36 dello Statuto) 1. Le commissioni consiliari, anche su richiesta dei soggetti interessati, procedono alle audizioni sui progetti di legge ad esse assegnati secondo le modalità e i criteri indicati nel presente articolo».

fini dell'istruttoria legislativa»[50]; allo stesso modo il Regolamento del Consiglio regionale Veneto garantisce la partecipazione di tutti i cittadini, singoli e associati, all'esercizio della funzione legislativa, di programmazione e amministrativa di carattere generale, con riferimento a progetti di legge e regolamenti regionali, a proposte di piani e progetti regionali e a proposte di provvedimenti amministrativi generali[51] e specifica, tra le modalità della partecipazione, la presentazione di pareri e proposte di modifica «per collaborare alla formazione di provvedimenti legislativi», la consultazione di «enti, associazioni e organizzazioni in tutti gli altri casi in cui è prevista come obbligatoria dalla legge regionale» e di «cittadini, singoli o associati tutte le volte» che le commissioni consiliari lo ritengano utile per acquisire ulteriori elementi[52].

In termini più specifici si esprime il Regolamento del Consiglio regionale dell'Emilia Romagna, che dichiaratamente si impegna a favorire «la partecipazione dei cittadini e della collettività regionale all'attività istituzionale, al procedimento legislativo e alla definizione degli indirizzi politico-programmatici»[53].

[50] Art. 44.1 Regolamento del Consiglio regionale Lombardia «Le commissioni si avvalgono, ai fini dell'istruttoria legislativa, delle proposte e delle osservazioni ricevute nel corso delle audizioni, garantendo a tutti i propri componenti, alla Giunta regionale e ai partecipanti la conoscenza delle stesse». Nel comma 3 il Regolamento indica i criteri per individuare i soggetti da consultare: «a) rappresentatività; b) radicamento sul territorio; c) diretto interesse al provvedimento; d) utilità dell'audizione per il compimento dell'istruttoria legislativa». La ricca attività conoscitiva nell'istruttoria legislativa comprende poi il Consiglio delle Autonomie Locali (artt. 44 bis e ter), altri organismi esterni al Consiglio regionale (art. 44 quater) e i rappresentanti degli Enti (art. 45).

[51] Art. 55 Regolamento Consiglio regionale Veneto «(Oggetto della partecipazione). 1. In attuazione degli articoli 9, 21 e 44 dello Statuto, il Consiglio regionale garantisce la partecipazione di tutti i cittadini, singoli e associati, all'esercizio della funzione legislativa, di programmazione e amministrativa di carattere generale della Regione. 2. La partecipazione ai processi di determinazione delle scelte legislative e amministrative ha per oggetto, in particolare: a) i progetti di legge e di regolamento regionali; b) le proposte di piani e programmi regionali; c) le proposte di provvedimenti amministrativi di carattere generale».

[52] Art. 57 Regolamento Consiglio regionale Veneto «(Modalità della partecipazione). 1. La partecipazione dei cittadini singoli e associati, fermo restando il potere di iniziativa popolare per leggi e regolamenti di cui all' articolo 20 dello Statuto, disciplinato con legge regionale, si esplica mediante: a) la presentazione da parte dei cittadini, singoli o associati, di pareri e proposte di modifica, per collaborare alla formazione di provvedimenti legislativi; b) la consultazione obbligatoria dei soggetti che si siano avvalsi del diritto di cui alla lettera a), allorché ne faccia richiesta un numero di componenti la competente commissione consiliare che rappresentino un quarto dei voti attribuiti in commissione; c) la consultazione di enti, associazioni e organizzazioni in tutti gli altri casi in cui è prevista come obbligatoria dalla legge regionale; d) la consultazione di cittadini, singoli o associati tutte le volte in cui è ritenuta opportuna dalle commissioni consiliari, al fine di acquisire elementi utili alle loro attività». Il successivo art. 58.1 specifica le forme di consultazione: audizione diretta, invito ad esprimere pareri o proposte scritte, forum e altre forme di e-democracy.

[53] Art. 40.1 Regolamento del Consiglio regionale Emilia Romagna «(Informazione e promozione della partecipazione) 1. L'Assemblea legislativa promuove l'informazione, la conoscenza e la trasparenza delle procedure e degli atti regionali di sua competenza e opera per favorire la

All'Ufficio di presidenza è demandato il compito di compilare l'albo generale delle associazioni, in attuazione dello Statuto (art. 19), da aggiornare periodicamente, albo che individua gli enti, gli organismi e le associazioni che possono inviare osservazioni, proposte e richieste ai audizione alle commissioni consiliari, sulla base delle relative competenze[54].

Una partecipazione alla fase dell'istruttoria legislativa è poi prevista nel Regolamento del Consiglio regionale della Toscana, che attribuisce alle commissioni consiliari il potere di effettuare consultazioni volte ad acquisire «osservazioni e proposte sugli atti assegnati per l'espressione del parere referente»[55]. I soggetti consultabili comprendono le assemblee rappresentative degli enti locali, singoli enti locali, comunità di cittadini e di residenti, enti e organismi pubblici e privati, associazioni di categoria ed esperti[56]. Così anche il Regolamento del Consiglio regionale delle Marche, il cui art. 97.1 prevede la partecipazione all'attività delle commissioni di cittadini e loro associazioni riguardo a «proposte di legge, di regolamento o di atto amministrativo assegnate al loro esame o comunque su questioni di particolare interesse sulle quali debbano svolgere un'attività istruttoria»[57]. Rilevante è l'ampiezza dell'elenco dei soggetti consultabili: rappresentanze di associazioni o organizzazioni operanti nei diversi settori della comunità, rappresentanti di enti pubblici e privati, di associazioni rappresentative degli enti locali, di singoli enti locali, cittadini, organizzazioni sindacali, personale dell'amministrazione regionale, di enti, agenzie, aziende dipendenti o vigilati, di

partecipazione dei cittadini e della collettività regionale all'attività istituzionale, al procedimento legislativo e alla definizione degli indirizzi politico-programmatici».

[54] Art. 42.3 Regolamento del Consiglio regionale Veneto «(Modalità di consultazione delle Commissioni assembleari.) 3. Enti, organismi e associazioni possono far pervenire osservazioni, proposte e richieste di essere ascoltati su temi attinenti alle competenze della Regione, che sono esaminate dalle relative commissioni». L'art. 43 prevede la facoltà per le commissioni di svolgere udienze conoscitive e l'art. 44 inserisce la possibilità di audizioni di rappresentanti di enti, associazioni o persone competenti in riferimento alla materia trattata.

[55] Art. 52.1 Regolamento Consiglio regionale Toscana «(Consultazioni) 1. Le commissioni, al fine di promuovere, secondo i principi dell'articolo 3 dello Statuto, la più ampia partecipazione dei soggetti interessati alla fase istruttoria di atti normativi e di programmazione, possono effettuar e consultazioni finalizzate ad acquisire osservazioni e proposte sugli atti assegna ti per l'espressione del parere referente».

[56] Art. 52.1 Regolamento Consiglio regionale Toscana «2. Alle consultazioni possono essere invitati le associazioni rappresentative degli enti locali e alcuni o singoli enti locali per acquisire osservazioni e proposte su atti di loro specifico interesse per i quali non è richiesto il parere obbligatorio del Consiglio delle autonomie locali, nonché comunità di cittadini e di residenti, enti e organismi pubblici e privati, associazioni di categoria ed esperti».

[57] Art. 97.1 Regolamento Consiglio regionale Marche «(Consultazione e partecipazione all'attività delle Commissioni) 1. Le Commissioni favoriscono la partecipazione dei cittadini e delle loro associazioni in relazione alle proposte di legge, di regolamento o di atto amministrativo assegnate al loro esame o comunque su questioni di particolare interesse sulle quali debbano svolgere un'attività istruttoria».

società partecipate dalla Regione o di altre amministrazioni,[58] soggetti che possono anche, di loro iniziativa, fornire alle commissioni consiliari informazioni, documenti, pareri, osservazioni e proposte o chiedere di essere convocati per una audizione.

Una partecipazione espressa alla fase istruttoria dell'esame dei progetti di legge nelle commissioni consiliari si legge ancora nel Regolamento del Consiglio regionale della Liguria, in riferimento ad organismi territoriali, economici, sociali[59]; nel Regolamento del Consiglio regionale del Lazio, per l'esame preventivo delle proposte assegnate, riguardo ai rappresentanti degli enti locali, dei sindacati dei lavoratori, degli organismi sociali, dei dirigenti responsabili di enti strumentali, di aziende dipendenti dalla Regione, dei dirigenti dei dipartimenti della Regione, con la previsione che i relativi pareri, osservazioni e proposte siano trasmessi dalle commissioni all'assemblea, insieme a quelli delle commissioni[60]; e nel Regolamento del Consiglio regionale della Basilicata, per progetti di legge o di regolamento o atti amministrativi in riferimento alle «rappresentanze della società civile»[61].

[58] Art. 97.2 e 3 Regolamento Consiglio regionale Marche «2. A tale scopo possono procedere ad audizioni di: rappresentanze di associazioni o organizzazioni operanti nei diversi settori della comunità, rappresentanti di enti pubblici e privati, di associazioni rappresentative degli enti locali, di singoli enti locali, cittadini, organizzazioni sindacali, personale dell'amministrazione regionale, di enti, agenzie, aziende dipendenti o vigilati, di società partecipate dalla Regione o di altre amministrazioni. 3. I soggetti di cui al comma 2 possono far pervenire in ogni momento alle Commissioni informazioni, documenti, pareri, osservazioni, proposte su temi attinenti alle loro competenze, che sono dalle stesse esaminate, ovvero chiedere di essere convocati in audizione».

[59] Art. 87.1 Regolamento Consiglio regionale Liguria «(Consultazioni) 1. Nell'esame di progetti di legge o degli altri provvedimenti ovvero nella predisposizione delle relazioni di cui all'articolo 92 può avere luogo una fase istruttoria, attraverso consultazioni da parte delle Commissioni dirette a conoscere le posizioni degli organismi territoriali, economici, sociali. Sulle consultazioni decide la Commissione a maggioranza dei presenti; vengono, invece, senz'altro effettuate a seguito di richiesta motivata, in relazione all'argomento in esame, da parte di un numero di Commissari in grado di esprimere un terzo dei Consiglieri regionali».

[60] Art. 60. Regolamento Consiglio regionale Lazio «(Audizioni in Commissione consiliare) 1. Le Commissioni consiliari, per l'esame preventivo delle proposte ad esse assegnate, possono avvalersi della consultazione o partecipazione dei rappresentanti degli enti locali, dei sindacati dei lavoratori, degli organismi sociali che possono avervi interesse, dei dirigenti responsabili di enti strumentali, di aziende dipendenti dalla Regione, dei dirigenti dei dipartimenti della Regione»; 2. Ciascun consigliere, per l'esame preventivo delle proposte assegnate e in relazione a fatti ed eventi di particolare rilevanza, può chiedere all'Ufficio di Presidenza della Commissione consiliare competente di cui fa parte l'audizione dei soggetti di cui al comma 1»; 4. La Commissione consiliare formula i propri pareri, le proprie osservazioni e proposte conclusive e le rimette all'Aula insieme ai pareri, alle proposte ed alle osservazioni formulate dai soggetti di cui ai commi 1 e 2 che hanno partecipato alle audizioni».

[61] Art. 29.1 Regolamento Consiglio regionale Basilicata «(Consultazione per le Commissioni) 1. Le Commissioni consiliari, in relazione ai singoli progetti di legge o di regolamento o ad atti amministrativi in esame, stabiliscono i modi ed i tempi della consultazione delle rappresentanze della società civile, dandone comunicazione al Presidente del Consiglio».

In termini più generali si esprime il Regolamento del Consiglio regionale dell'Abruzzo, prevedendo la possibilità che delegazioni di organi di associazioni sindacali o di categoria o rappresentanze di enti o persone giuridiche possano chiedere al presidente del Consiglio regionale di essere sentite «su materie di competenza del Consiglio»[62]; quello della Campania, che si limita a disporre la promozione di idonee forme di consultazione «come strumento di miglioramento della qualità normativa»[63]; quello della Puglia, che sottopone ad un'apposita richiesta al presidente del Consiglio regionale la possibilità per la commissione di ascoltare i rappresentanti delle province e dei comuni, insieme ad organi e associazioni a carattere regionale esterni al Consiglio o singoli esperti della materia trattata[64]; e, infine, quello della Calabria, che parla di audizione eseguite dalle commissioni, anche «in considerazione le richieste di consultazione avanzate dagli Enti locali e dalla diverse articolazioni della società civile»[65].

Da questa indagine sugli Statuti e sui Regolamenti dei Consigli regionali è possibile, in sostanza, riccavare la grande centralità degli istituti di partecipazione ai processi di decisione, e al procedimento legislativo in particolare, all'interno del nuovo impianto dell'autonomia regionale, disegnato dalla riforma costituzionale del 2001. Un impianto che trova i propri elementi strutturali nel coinvolgimento delle comunità locali, quali enti esponenziali e rappresentativi dei relativi interessi, nella valorizzazione del loro apporto ai diversi livelli di governo, sulla base del principio di sussidiarietà. Questa prospettiva, seppur limitata all'ingresso di interessi professionali e tecnici, era già stata colta dal legislatore statutario siciliano, che, per primo, ha aperto il procedimento di formazione della legge

[62] Art. 148.1 Regolamento Consiglio regionale Abruzzo «(Delle delegazioni) 1. Le delegazioni che siano espressione di organi di associazioni sindacali o di categoria o, comunque, rappresentanze di Enti o persone giuridiche, possono rivolgere richiesta al Presidente per essere sentite su materie di competenza del Consiglio». È lo Statuto (art. 23.3), diversamente, a stabilire che le commissioni possono disporre l'audizione di rappresentanti di enti locali, di organizzazioni sindacali ed imprenditoriali, professionali o di altre formazioni sociali.

[63] Art. 88. Regolamento Consiglio regionale Campania «(Consultazioni) 1. La Regione Campania promuove idonee forme di consultazione come strumento di miglioramento della qualità normativa, secondo i principi di partecipazione sanciti nello Statuto».

[64] Art. 24 Regolamento Consiglio regionale Puglia «(Richiesta o proposta di ascolto) Ove una Commissione deliberi di ascoltare, per le materie di sua competenza, i rappresentanti delle Province e dei Comuni della Regione od organi e associazioni a carattere regionale estranei al Consiglio o singoli esperti sulla materia, ne deve fare richiesta al Presidente del Consiglio. Analoga richiesta può essere fatta dalla Giunta. Il Presidente del Consiglio, sentita la Giunta, ha, a sua volta, facoltà di proporre alla Commissione di ascoltare, su materie di loro competenza i rappresentanti delle Province e dei Comuni della Regione o di organi di associazioni a carattere regionale estranei al Consiglio che ne abbiano fatto richiesta allo stesso Presidente del Consiglio. In tal caso, la Commissione interessata delibera sulla proposta del Presidente del Consiglio».

[65] Art. 117.2 Regolamento Consiglio regionale Calabria «(Consultazioni) 2. Le Commissioni prendono altresì in considerazione le richieste di consultazione avanzate dagli Enti locali e dalla diverse articolazioni della società civile».

alle istanze partecipative, anticipando il percorso che il revisore costituzionale avrebbe seguito più di cinquanta anni dopo.

5. *L'intervento del giudice costituzionale sul profilo della partecipazione al procedimento di formazione della legge*

L'attenzione al profilo della partecipazione di istanze e interessi ai procedimenti di decisione è emersa anche nella giurisprudenza costituzionale. In particolare, si considerano di rilievo due pronunce: la sentenza n. 379 del 2004 e la sentenza n. 235 del 2018.

5.1. *La sentenza n. 379 del 2004*

Nella prima decisione oggetto del controllo della Corte Costituzionale era lo Statuto della Regione Emilia Romagna, approvato nel 2004. Diversi erano i profili censurati[66], relativi al riconoscimento del diritto di voto agli immigrati residenti e più in generale ai diritti di partecipazione per tutti i residenti nel territorio regionale (art. 2.1 f) e art. 15.1 delibera statutaria); all'attribuzione alla regione, nelle materie di propria competenza, del potere di dare esecuzione agli accordi internazionali stipulati dallo Stato (art. 13.1 a) delibera statutaria); ancora alla previsione di una istruttoria «in forma di contradditorio pubblico» (art. 17 delibera statutaria); al diritto di partecipazione al procedimento legislativo per tutte le associazioni che lo richiedessero (art. 19 delibera statutaria); all'affidamento di funzioni agli enti locali, sulla base dell'art. 118 Cost. (art. 24.4 delibera statutaria); all'individuazione delle funzioni della città metropolitana di Bologna (art. 26.3 delibera statutaria); al potere dell'Assemblea di discutere e approvare il programma di governo predisposto dal Presidente della regione (art. 28.2 delibera statutaria); alla introduzione di un regime di incompatibilità tra la carica di assessore e quella di consigliere regionale (art. 45.2 delibera statutaria); all'attribuzione alla giunta del potere di disciplinare l'esecuzione dei regolamenti comunitari «nei limiti stabiliti dalla legge regionale» (art. 49.2 delibera statutaria) e, infine, all'assegnazione alla regione del potere di regolamentari il rapporto di lavoro del personale regionale (art. 62.3 delibera statutaria)[67].

[66] Si trattava degli articoli 2, comma 1, lettera f); 15, comma 1; 13, comma 1, lettera a); 17; 19; 24, comma 4; 26, comma 3; 28, comma 2; 45, comma 2; 49, comma 2; 62, comma 3, della delibera statutaria della Regione Emilia-Romagna, approvata in prima deliberazione il giorno I luglio 2004, ed in seconda deliberazione il giorno 14 settembre 2004, per violazione degli articoli 1; 3; 48; 49; 97; 114; 123; 117, secondo comma, lettere a), f), l), p); 117, terzo comma; 117, quinto comma, anche in relazione all'art. 6, comma 1, della legge 5 giugno 2003, n. 131 (Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3); 118, primo e secondo comma; 121, secondo comma; 122, primo comma; 123; 126; 138 della Costituzione, Cons. dir. 1.

[67] Corte Costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379, Cons. dir. 1.

In riferimento all'aspetto della partecipazione, le disposizioni di interesse dello Statuto emiliano sono l'art. 17 e l'art. 19.

L'art. 17 stabilisce la possibilità di svolgere un'istruttoria pubblica in vista dell'approvazione del provvedimento finale nei procedimenti volti alla formazione di atti normativi o amministrativi di carattere generale. Il Governo sosteneva che tale integrazione della procedura producesse una violazione dei «canoni di buona amministrazione», per gli atti amministrativi, e della «riserva del potere legislativo» del Consiglio regionale, per gli atti legislativi.

A riguardo, la Corte chiarisce che l'inserimento della fase istruttoria disegnata dalla Statuto costituisce esempio di «istituti già sperimentati e funzionanti, anche il alcune democrazie contemporanee»[68], istituti che, lungi dall'*espropriare* gli organi legislativi del loro potere o dall'*ostacolare* o *ritardare* l'attività degli organi della pubblica amministrazione, hanno l'obiettivo di «migliorare» e «rendere più trasparenti le procedure di raccordo degli organi rappresentativi con i soggetti più interessati dalle diverse politiche pubbliche»[69]. La partecipazione di questi soggetti si pone, quindi, nelle parole della Corte, come strumento di trasparenza dei procedimenti di decisione e come garanzia di maggiore efficienza. Ciò trova conferma nel fatto che la stessa disposizione dello Statuto mira ad assicurare questo effetto, affidando al legislatore regionale la disciplina delle «modalità di attuazione dell'istruttoria pubblica, stabilendo i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento»[70]. In sostanza, la dimensione plurale della società democratica sembra richiedere che i processi di decisione, per essere aderenti alle esigenze e ai bisogni che essa esprime, siano arricchiti dell'apporto di soggetti e organismi ulteriori rispetto ai titolari della rappresentanza politica, senza che ciò possa in alcun modo compromettere il ruolo centrale che i partiti posseggono. La loro centralità nel percorso della decisione politica, riconosciuta dall'art. 49 Cost., non solo non viene messa in discussione dalla disposizione statutaria emiliana, ma può ricevere beneficio dalla consultazione di «soggetti sociali ed economici su alcuni oggetti di cui siano particolarmente esperti»[71]. Nessun danno, dunque, per la «riserva di potere legislativo del Consiglio regionale o per il principio di buona amministrazione per gli atti amministrativi», che, secondo la Corte, sono garantiti dalla previsione di un'apposita legge regionale, cui viene affidata, come detto, la disciplina delle «modalità di attuazione dell'istruttoria pubblica, stabilendo i termini per la conclusione delle singole fasi e dell'intero procedimento» e la definizione di precisi tempi del suo svolgimento e della sua conclusione[72]. La Corte chiarisce anche che non vi è divieto per il legislatore

[68] Corte Costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379, Cons. dir. 5.

[69] *Ibidem.*

[70] *Ibidem.*

[71] *Ibidem.*

[72] *Ibidem.*

statutario di prevedere una motivazione del provvedimento adottato in relazione allo svolgimento dell'istruttoria e ai suoi atti; e ciò perché da un lato la legge n. 241 del 1990, invocata dal Governo ricorrente, all'art. 3.2 «non impone, ma certo non vieta, la motivazione degli atti normativi»; e dall'altro lato la previsione della motivazione di atti sia legislativi che amministrativi generali è «la regola nell'ordinamento comunitario», alla quale la Regione Emilia Romagna ha deciso di adeguarsi[73].

Questo passaggio, relativo alla motivazione degli atti di natura normativa, può richiamare la fondamentale funzione che la motivazione svolge in un contesto democratico: rendere, infatti, conoscibili i presupposti e le ragioni della decisione politica accresce il legame tra l'istituzione politica e la società, rafforza la legittimazione delle sue deliberazioni e può contribuire a ridurre quel distacco sempre più profondo tra i cittadini e la politica.

In riferimento all'art. 19, le censure mosse dal Governo investivano le modalità di consultazione, da parte degli organi consiliari, di «soggetti associativi», portatori di interessi generali, i quali avessero fatto esplicita richiesta di partecipare a «fasi preliminari del procedimento legislativo» e alla «definizione degli indirizzi politico-programmatici più generali»[74]. In particolare, una tale previsione secondo il Governo si poneva in contrasto con l'autonomia del Consiglio regionale, sancita dall'art. 121 Cost.; con il principio di coerenza, riconducibile all'art. 3 Cost., poiché questa forma partecipativa risultava non congruente con l'impianto rappresentativo del sistema delineato dallo Statuto regionale; e, infine, con le modalità di esercizio della sovranità popolare, che vedono i partiti politici quali essenziali canali della partecipazione e primi e unici attori nel funzionamento delle assemblee legislative[75].

Anche in questo caso la Corte ritiene infondate le doglianze del Governo ed afferma, diversamente, che i «rapporti fra le istituzioni rappresentative e frazioni della cosiddetta società civile» appartengono da tempo all'esperienza regionale italiana. La disposizione censurata dà una forma definita e «trasparente» a questa variegata gamma di relazioni, con il chiaro obiettivo di renderle stabili ed utili alla definizione dell'atto legislativo. In alcun modo ciò può ledere l'autonomia degli organi rappresentativi, né tantomeno il ruolo delle formazioni politiche che in queste operano[76].

Lo scopo della disposizione statutaria, per la Corte, è solo quello di definire i percorsi procedurali attraverso i quali gli organi consiliari possono avvalersi dell'apporto di «organismi associativi rappresentativi di significative frazioni del corpo sociale»; un apporto che appare importante nel processo di decisione e

[73] *Ibidem.*

[74] *Ibidem.*

[75] Corte Costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379, Cons. dir. 1.

[76] Corte Costituzionale, sentenza 6 dicembre 2004, n. 379, Cons. dir. 6.

che va assicurato «in termini più sostanziali che nel passato»[77]. Le modalità previste dalla disposizione statutaria, la formazione di un apposito albo e la definizione di un «protocollo di consultazione», costituiscono poi garanzia sufficiente che la «funzionalità delle istituzioni regionali» non risulterà compromessa e che la consultazione verrà modulata nel rispetto della loro piena efficienza.

Si ricava, dunque, come il giudice costituzionale intenda valorizzare profondamente l'importanza della dimensione partecipativa, che appare di particolare rilievo a livello regionale, quel livello che nel 2001 aveva ricevuto un forte rilancio con la riforma del titolo V della Costituzione e che nel 2004, anno della sentenza n. 379, cercava di consolidarsi attraverso la stagione dei nuovi statuti regionali. In questo contesto, la dimensione partecipativa sembra configurarsi come fattezza della nuova identità dell'autonomia regionale, modellata sul rafforzamento del legame tra l'ente regione e la sua comunità politica e sulla formalizzazione di canali di consultazione e partecipazione che rendano viva questa autonomia e la mantengano vitale nel tempo. Questo legame, inoltre, non sostituisce ma si affianca a quello, più risalente e *ordinario*, dato dalla rappresentanza politica affidata ai partiti, legame che, anzi, può ricevere dall'apporto partecipativo rinnovato vigore.

5.2. *La sentenza n. 235 del 2018*

La decisione n. 235 del 2018[78] trae origine dall'impugnazione, da parte del Governo, dell'art. 7.2, 5 e 12 della legge della Regione Puglia n. 28 del 2017[79], nella parte in cui estendeva lo svolgimento del dibattito pubblico, per opere, progetti o interventi di particolare impatto per la comunità regionale, anche alle opere di rilievo nazionale[80].

Va premesso che l'istituto del dibattito pubblico[81] ha assunto, in tempi recenti, una crescente centralità nell'ordinamento italiano. È stata la Regione Toscana la prima a dotarsi di un'apposita legge a riguardo, la l. r. n. 69 del 2007[82],

[77] *Ibidem.*

[78] Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235.

[79] L. r. Puglia 13 luglio 2017, n. 28 «Legge sulla partecipazione».

[80] Le opere interessate riguardavano l'ambito ambientale, paesaggistico, sociale, territoriale, culturale ed economico, Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 1.

[81] Sul complesso tema del dibattito pubblico si richiamano, tra gli altri, A. Averardi, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici – L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia*, in *Gior. dir. amm.*, 4, 2016, 536 ss., C.E. Gallo, *Il dibattito pubblico nel codice degli appalti: realtà e prospettive*, in *Autonomie locali, democrazia deliberativa e partecipativa, sussidiarietà*, a cura di R. Balduzzi, R. Lombardi, Pisa, 2018, 125 ss., A. Pizzorolli, *L'istituto del "dibattito pubblico" sulle grandi opere*, in *Rass. parl.*, 2018, 455 ss.

[82] L. r. Toscana 27 dicembre 2007, n. 69 «Norme sulla promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali».

poi sostituita dalla l. r. n. 6 del 2013[83] «Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali».

A questo primo intervento normativo ha fatto seguito la l. r. Emilia Romagna n. 3 del 2010[84], che è stata abrogata dalla successiva l. r. n. 15 del 2018 «Legge sulla partecipazione all'elaborazione delle politiche pubbliche»[85], la l. r. Marche n. 31 del 2020 «Disposizioni in materia di partecipazione all'elaborazione e alla valutazione delle politiche pubbliche»[86] e la l. r. Puglia n. 28 del 2017 «Legge sulla partecipazione»[87]. Va anche aggiunto che previsioni relativi agli istituti di partecipazione in generale si ritrovano negli Statuti delle regioni ad autonomia ordinaria, ad eccezione di Lazio e Molise, come già evidenziato.

A livello nazionale l'istituto del dibattito pubblico ha trovato ingresso nell'ordinamento con il Dlgs 18/4/2016, n. 50 «Codice dei contratti pubblici»[88]

[83] L. r. Toscana 2 agosto 2013, n. 46 «Dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali». La legge del 2007 era stata configurata come "legge a tempo", nel senso che prevedeva la propria abrogazione al 31 dicembre 2012, termine poi prorogato al 31 marzo 2013 dalla l. r. n. 72 del 2021. In sostanza, il Consiglio regionale, entro la data indicata, avrebbe dovuto compiere una valutazione del funzionamento e della diffusione delle procedure di partecipazione previste, verificando la possibilità di eventuali modifiche volte a migliorale. Ciò è avvenuto con la legge n. 46 del 2013, si veda V. De Santis, *La nuova legge della Regione Toscana in materia di dibattito pubblico regionale e promozione della partecipazione*, in *Osservatorio Aic*, 10, 2013

[84] L. r. Emilia Romagna 9 febbraio 2010, n. 3 «Norme per la definizione, riordino e promozione delle procedure di consultazione e partecipazione alla elaborazione delle politiche regionali e locali».

[85] L. r. Emilia Romagna 22 ottobre 2018, n. 15.

[86] L. r. Marche 23 luglio 2020, n. 21.

[87] L. r. Puglia 13 luglio 2017, n. 28. Per un'analisi delle legislazione regionale in materia di dibattito pubblico si veda P. Vipiana, *La legislazione regionale sul dibattito pubblico, anche alla luce della sentenza della Corte costituzionale n. 235/2018*, in *Le istituzioni del federalismo*, 3, 2020, 679 ss., spec. 682 ss., che evidenzia come anche in altre regioni vi siano leggi che richiamano istituti di partecipazione, come la l. r. Umbria n. 14 del 2018, la l. Prov. Aut. Trento n. 3 del 2006 e la l. Prov. Auto. Bolzano n. 22 del 2018, 684.

[88] Art. 22, Dlgs n. 50 del 2016 «**(Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico)** 1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall'amministrazione e relativi agli stessi lavori. 2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, in relazione ai nuovi interventi avviati dopo la data di entrata in vigore del medesimo decreto, sono fissati i criteri per l'individuazione delle opere di cui al comma 1, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, e sono altresì definiti le modalità

e con il successivo Dpcm di attuazione 10/5/2018, n. 78 «Regolamento recante modalità di svolgimento, tipologie e soglie dimensionali delle opere sottoposte a dibattito pubblico»[89].

In riferimento alla l. r. Puglia del 2018, la previsione dell'art. 7, secondo il Governo ricorrente, era in contrasto con l'art. 117.2 m) Cost., poiché l'intervento regionale nella realizzazione di opere pubbliche era suscettibile di incidere sui livelli essenziali delle prestazioni minime concernenti i diritti civili e sociali, affidati alla potestà esclusiva dello Stato; era in contrasto con l'art. 117.3 Cost., riguardo ai principi stabiliti dalla legge statale (l. 23/8/2004, n. 239 «Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia»), in materia di produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia; con l'art. 118 Cost., perché interferiva con la disciplina del procedimento di dibattito pubblico per opere di competenza statale; e con l'art. 97.1 Cost., per l'aggravio che lo svolgimento del dibattito pubblico regionale avrebbe arrecato al buon andamento della pubblica amministrazione[90].

La Corte ritiene fondate le censure sollevate riguardo all'art. 7.2 e 5 della legge regionale[91], riconoscendo che la disciplina introdotta era effettivamente riferita, per «la sua ampiezza e genericità»[92] non solo alle opere regionali ma anche a quelle di rilievo nazionale e ne era prova l'elencazione esplicita al comma 5 di quelle su sui la regione doveva esprimersi[93].

Tuttavia, anche in questo caso, si può cogliere nelle parole della Corte la volontà di valorizzare la partecipazione ai procedimenti di decisione, nella forma

---

di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura. Con il medesimo decreto sono altresì stabilite le modalità di monitoraggio sull'applicazione dell'istituto del dibattito pubblico. A tal fine è istituita, senza oneri a carico della finanza pubblica, una commissione presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, con il compito di raccogliere e pubblicare informazioni sui dibattiti pubblici in corso di svolgimento o conclusi e di proporre raccomandazioni per lo svolgimento del dibattito pubblico sulla base dell'esperienza maturata. Per la partecipazione alle attività della commissione non sono dovuti compensi, gettoni, emolumenti, indennità o rimborsi di spese comunque denominati. 3. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente l'opera soggetta a dibattito pubblico indice e cura lo svolgimento della procedura esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal decreto di cui al comma 2. 4. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenza di servizi relativa all'opera sottoposta al dibattito pubblico».

[89] Il primo caso di applicazione dell'istituto del dibattito pubblico per le opere del PNRR è stata la realizzazione della circonvallazione ferroviaria di Trento (prevista dall'art. 44 del Dl 31/5/2021 n. 77, «Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure»), la cui procedura si è chiusa nel febbraio 2022.

[90] Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 1.

[91] Non fondata è, invece, la censura relativa all'art. 7.12, Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 9

[92] Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 2.

[93] Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 4, 5, 8.

del dibattito pubblico, poiché questa da «garanzia che vengano adeguatamente in rilievo le esigenze e i problemi dei territori incisi dall'opera, atteso che le posizioni emergenti a livello locale, facenti capo a soggetti pubblici e privati, possono e debbono trovare spazio nel dibattito pubblico statale» un dibattito che viene configurato come «fisiologicamente teso a consentire di convogliare in tale sede contributi, confronti e conflitti con cittadini, associazioni ed istituzioni di ogni livello»[94].

Questo aspetto viene, poi, ulteriormente sviluppato dal giudice costituzionale, nel considerare il dibattito pubblico come «strumento essenziale di coinvolgimento delle collettività locali nelle scelte di localizzazione e realizzazione di grandi opere aventi rilevante impatto ambientale, economico e sociale sul territorio coinvolto»[95]. Uno strumento che la Corte qualifica come «fondamentale tappa nel cammino della cultura della partecipazione»; e che ritiene «prezioso» nella dinamica della «democrazia partecipativa», poiché mira ad *alimentare* il dialogo tra interessi diversi, in modo da aprire alla possibilità di altre, eventuali «soluzioni progettuali più soddisfacenti» e in modo da comporre in via preventiva i *potenziali conflitti* che potrebbero sorgere, rendendo i provvedimenti inefficaci e inattuati[96].

Anche riguardo al dibattito pubblico, dunque, si ricava la conferma dell'importanza della partecipazione degli interessi, il cui coinvolgimento diventa necessario per rendere virtuoso il procedimento di decisione e per assicurare concreta attuazione agli atti che ne sono esito.

6. *Considerazioni conclusive*

L'esigenza di garantire la dimensione partecipativa nei processi di decisione pubblica, come si è visto nelle pagine precedenti, ha trovato spazio a livello regionale, pur se con accenti diversi, negli Statuti ordinari e nei Regolamenti dei Consigli regionali; minore è stata l'attenzione nel caso degli Statuti speciali, con l'unica eccezione dello Statuto siciliano, riguardo al procedimento legislativo. A livello statale, come visto, nulla si riscontra nei regolamenti delle Camere e solo di recente è stata introdotta una disciplina generale del dibattito pubblico nel Codice dei contratti pubblici del 2016.

Appare evidente che modellare il procedimento di formazione della legge

[94] Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 4.

[95] Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 6.1. Qui la Corte riprende la definizione contenuta nel parere del Consiglio di Stato espresso sullo schema del Dlgs n. 450 del 2016.

[96] Corte Costituzionale, sentenza 14 dicembre 2018, n. 235, Cons. dir. 6.1.

anche sul coinvolgimento dei soggetti portatori di interessi generali e diffusi[97] significa aprire il momento di costruzione della decisione politica alla collettività, ben oltre i confini dell'istituto del dibattito pubblico, limitato, per sua natura, alle opere pubbliche, e anche oltre il ruolo consolidato dei partiti politici, per lungo tempo considerati terminali unici di quegli interessi.

In questa prospettiva, le previsione dell'art. 12.3 dello Statuto siciliano, come già ricordato, può essere ricollegata alla dimensione più ampia della partecipazione, come tracciata dall'art. 3.2 della Costituzione repubblicana, che si attua nell'organizzazione politica, economica e sociale del Paese. Il senso di questa formulazione[98] è stato esplicitato, in prevalenza, riconducendo la partecipazione politica al solo canale dei partiti, ovvero immaginando che il principio di partecipazione politica dell'art. 3.2 trovasse la sua unica o prevalente forma nell'associazione partitica, oggetto, come è noto, di un'apposita previsione costituzionale, l'art. 49[99].

Ma proprio la crisi, ormai risalente, dei partiti politici e la loro difficoltà di farsi reali portatori della complessità e della varietà delle istanze della società contemporanea[100], interroga e richiede di individuare percorsi di partecipazione politica diversi e più efficaci, che siano in grado di recuperare lo scollamento tra formazioni politiche e collettività, scollamento che si riflette sul rapporto tra Istituzioni e cittadini. Si fa, dunque, strada l'esigenza di riempire di un significato nuovo la partecipazione politica, liberandola dalla «incorporazione nei partiti»[101] e restituendole una natura autonoma.

Una nuova declinazione della partecipazione politica si affianca, così, ad altri

[97] Su questo profilo si veda U. Allegretti, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, Relazione generale al Convegno «La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive», Firenze, 2-3 aprile 2009, che ritiene vi siano «significativi incroci» tra partecipazione e sussidiarietà (9), riconoscendo nell'art. 118 Cost. un principio di natura generale, che *adombra* «la partecipazione, come ulteriore principio che vincola tutte le istituzioni e coinvolge soprattutto i cittadini singoli», 9.

[98] Si veda A. Savignano, *Partecipazione politica*, cit., 11, che evidenzia come i giuristi si siano lasciati (più) attrarre dall'eguaglianza sostanziale, *riducendo* «la partecipazione (…) a un riflesso automatico o a un corollario di quest'ultima».

[99] Ancora A. Savignano, *Partecipazione politica*, cit., 11, ricorda che tale conclusione fu oggetto di un concorde orientamento in sede di Assemblea Costituente, che prospettò un *legame indissolubile* tra democrazia e partiti, insieme all'impossibilità di assicurare la partecipazione politica «se non per il tramite dei partiti medesimi». Riguardo ai lavori dell'Assemblea Costituente, P. Mezzanotte, *Principio democratico e partecipazione alla decisione pubblica*, in *federalismi.it*, 32, 2020, 138 ss., ricorda come nel progetto di Costituzione della Commissione dei Settantacinque la formulazione ora collocata nella parte finale del comma 2 dell'art. 3 «la partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese», era, invece, inserita nell'art. 1, dopo l'affermazione della carattere democratico della Repubblica, 143.

[100] A. Savignano, *Partecipazione politica*, cit., 11, parla di partiti «divenuti organi di deformazione più che di ricezione delle richieste sociali».

[101] A. Savignano, *Partecipazione politica*, cit., 12.

strumenti, quali il potenziamento degli istituti di democrazia diretta o la ricerca di formule di democrazia diverse e sussidiarie rispetto a quella rappresentativa, come la democrazia deliberativa e quella partecipativa[102], che possano colmarne le mancanze e provare a rimediarne i difetti[103].

Sotto questo aspetto, se i partiti non sono più in grado di assorbire tutte le domande che provengono dalla complessità sociale, la decisione politica, assunta sulla base di ciò che essi esprimono può vedere intaccata la sua legittimazione, proprio perché difetta sotto il profilo dell'inclusività e della completezza[104]. Diviene, allora, necessario *compensare* questa incompletezza, configurando modalità di accesso degli interessi rimasti esclusi.

Qui, l'ingresso delle istanze, nel processo di formazione della decisione, nelle tipologie prospettate ad esempio dall'art. 12.3 dello Statuto siciliano, può contribuire a rendere la prima più rispondente e più vicina alla comunità e, per questo, più accettata e legittimata. E la scelta partecipativa può, in definitiva, rappresentare una via per realizzare una «democratizzazione» della stessa democrazia[105], per rafforzarne principi e fondamenti e per difenderla dalle sempre più diffuse derive autoritarie di questo tempo così difficile ed incerto.

---

[102] Ancora A. Savignano*, Partecipazione politica*, cit., 13, riscontra il positivo inserimento negli statuti delle regioni ordinarie di disposizioni volte a garantire la partecipazione di una pluralità di soggetti alla determinazione della politica regionale. Se, invece, si tratta di confermare la centralità dei partiti nella gestione della partecipazione politica, l'A. ritiene necessario incidere sulla loro organizzazione interna e sul metodo democratico che dovrebbe connotarla, 13.

[103] P. Mezzanotte, *Principio democratico*, cit., 149 ritiene che «l'emersione degli interessi meno visibili o meno forti sarebbe in grado di compensare quel distanziamento tra istituzioni e realtà sociale che accompagna le difficoltà del sistema rappresentativo».

[104] P. Mezzanotte, *Principio democratico*, 141 ss., spec. 144 parla di *sfrangiamento* della sovranità, in «modalità espressive differenziate».

[105] U. Allegretti, *Democrazia partecipativa*, cit., 3, si veda anche U. Allegretti, *La democrazia partecipativa in Italia e in Europa*, in *Rivista AIC*, 1, 2011 e A. Valastro, *Partecipazione, politiche pubbliche, diritti*, Relazione introduttiva alle giornate di studio su «Le regole della partecipazione. Cultura giuridica e dinamiche istituzionali dei processi partecipativi», Perugia, 11-12 marzo 2010.

Abstract

La partecipazione degli interessi ai processi di decisione politica e al procedimento di formazione della legge rappresenta un importante strumento per rendere la decisione efficace e rispettata. Istituti partecipativi sono previsti in forme diverse dai regolamenti dei Consigli regionali. Diversamente per la Sicilia vi è un'apposita previsione inserita nello Statuto, l'art. 12.3, che prevede che «I progetti di legge sono elaborati dalle Commissioni dell'Assemblea regionale con la partecipazione delle rappresentanze degli interessi professionali e degli organi tecnici regionali». L'importanza dell'apporto di soggetti che esprimono gli interessi della comunità è stata anche oggetto di pronunce della Corte Costituzionale in due decisioni del 2004 e del 2018, che ne hanno evidenziato il valore per una società democratica.

The participation of interests and requests in the legislative procedure in the Statute of the Region of Sicily

The participation of interests in the political decision-making process and in the law-making process is an important tool for making the decision effective and respected. Participatory institutions are provided for in forms other than the regulations of the Regional Councils. Unlike for Sicily, there is a special provision included in the Statute, Art. 12.3, which provides that «Draft laws are drawn up by the Commissions of the Regional Assembly with the participation of representatives of professional interests and regional technical bodies». The importance of the contribution of subjects expressing the interests of the community was also the subject of rulings by the Constitutional Court in two decisions of 2004 and 2018, which highlighted its value for a democratic society.

La natura del *remand*: tra misura cautelare atipica e sentenza sommaria

di Manlio Lisanti

Sommario: 1. Le ordinanze propulsive. – 2. Applicazione del remand negli orientamenti dei Tribunali Amministrativi Regionali. – 3. Rilievi critici del Consiglio di Stato. – 4. Limiti al riesercizio del potere in sede di remand. – 5. Possibile soluzione della problematica in base alla natura assunta dal remand.

1. *Le ordinanze propulsive*

Il Codice del processo amministrativo ha introdotto il principio di atipicità delle misure cautelari col quale è stato attribuito al giudice quell'ampio potere volto a mantenere l'effettività del bene della vita per tutta la durata del processo[1]. Viene quindi consentito al giudice di calibrare la misura cautelare in base alle esigenze del caso concreto, svincolandosi dalla sola misura sospensiva dell'efficacia del provvedimento[2] e ammettendo ulteriori rimedi, adottabili per dare tutela interinale anche agli interessi legittimi oppositivi[3] (pure nei casi in cui il ricorrente invochi il potere di autotutela o comunque sanzionatorio dell'amministrazione), agli interessi pretensivi, e ai diritti soggettivi.

Proprio con questo intento hanno trovato applicazione misure a contenuto negativo, propulsive, sostitutive e ordinatorie (che hanno carattere patrimoniale e che di norma si riferiscono a diritti soggettivi).

Più nello specifico, con il meccanismo messo a punto dalla innovazione legislativa delle ordinanze propulsive, il giudice, oltre a sospendere il provvedimento, stimola allo stesso tempo il suo riesame da parte dell'amministrazione, la quale dovrà perciò ripetere la propria attività valutativo – discrezionale con un nuovo vaglio, di norma tenendo conto delle linee guida offerte dal giudice amministrativo, senza tuttavia un obbligo specifico in tal senso[4].

---

[1] F.G. Scoca, *Processo cautelare amministrativo e costituzione, Nota a Corte Cost., 1° febbraio 1982, n. 8*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1983, 311; A. Bianchi, *Denuncia di inizio attività in materia edilizia e tutela giurisdizionale del terzo*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 197. Quest'ultimo Autore sottolinea che la stessa fase del processo contribuisce al concreto esercizio del potere amministrativo, il quale si sostanzia nel bilanciamento di interessi, tra quelli pubblici e quelli privati, comprimibili, come spesso ricordato dalla CEDU, tenendo come riferimento principale il criterio di proporzionalità. In ordine al fondamentale criterio di proporzionalità si rinvia a S. Cognetti, *Clausole generali nel diritto amministrativo. Principi di ragionevolezza e di proporzionalità*, in *Giur. it.*, 2012, 1197 ss.

[2] E. Follieri, *Il giudizio cautelare amministrativo*, Rimini, 1992, 243.

[3] R. Musone, *Gli sviluppi del divieto di motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, 316.

[4] M.A. Sandulli, *La fase cautelare,* in *Dir. Proc. Amm.*, 2010, 1130. L'Autrice individua nel rapporto che viene instaurato dal giudice della fase cautelare con l'amministrazione un vero e proprio

Le prime aperture verso l'applicabilità delle ordinanze cautelari propulsive sono avvenute con riferimento all'ambito degli esami e delle procedure concorsuali, nelle quali il giudice amministrativo aveva iniziato a emanare provvedimenti cautelari di ammissione con riserva alle procedure. Si producevano, così, gli effetti che il provvedimento impugnato aveva negato[5], e cioè l'ammissione ad una fase successiva della procedura selettiva o l'inserimento nella eventuale graduatoria.

La tutela che l'istituto è riuscito a garantire agli interessi dei singoli ne ha certamente favorito la diffusione, ed infatti il meccanismo delle ordinanze propulsive si è diffuso ben oltre il campo dei concorsi pubblici, estendendosi a quei casi in cui l'esercizio del potere non è risultato pienamente espletato.

Per quanto riguarda la sua origine, la tecnica del remand sembra prendere le mosse da un "trapianto" giuridico[6], mutuando un istituto dall'esperienza statunitense, fondato sul concetto di «*vacation and remand*», a mezzo del quale, come per il nostro istituto domestico, si richiedeva una nuova ponderazione di interessi all'amministrazione, ma con una particolare attenzione alla motivazione del provvedimento[7].

---

dialogo che gli consente di orientare il vaglio amministrativo e di raggiungere tendenzialmente, in una fase esecutiva, un ampio soddisfacimento del bene della vita, altrimenti non raggiungibile se non attraverso una forzatura dei limiti imposti dal principio di separazione dei poteri.

[5] Le titubanze relative alla introduzione nel processo amministrativo di strumenti cautelari diversi dalla sola sospensiva emergevano, e per vero continuano ad emergere, in dottrina in relazione alle modifiche del rapporto sostanziale, talmente radicali da rendere inutile la successiva definizione del giudizio. Proprio le ordinanze propulsive furono tacciate di essere provvedimenti a contenuto «materialmente sostitutivo» e in questo modo «esorbitando dai limiti connaturati al giudizio cautelare che dovrebbe essere improntato, pur nel caso di interessi pretensivi, all'adozione di misure d'urgenza di contenuto positivo, determinate autonomamente dal giudice con efficacia meramente interinale»: L. Perfetti, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 93.

[6] Riguardo ai cosiddetti trapianti giuridici, la dottrina comparatistica ha, per l'appunto messo a regime un complesso meccanismo per spiegare come prenderebbero l'avvio e si concluderebbero le contaminazioni giuridiche che spesso hanno accompagnato la storia evolutiva degli ordinamenti. Per G. Frankenberg, *Constitutional Transfer: The Ikea Theory Revisited,* in *Int'l J. Const. L.,* 2010, 563, il procedimento di trapianto si sviluppa in più fasi che vanno dall'estrapolazione dell'istituto alla sua idealizzazione, all'adattamento nel nuovo "corpo" giuridico. A tal riguardo si veda anche R. Michaels, *"One Size Can Fit All" – Some Heretical Thoughts on the Mass Production of Legal Transplant,* a cura di G. Frankenberg, *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture,* Cheltenham (UK) e Northampton (USA), 2013, 56 ss.

[7] G. Lombardo, *Il controllo giudiziale dell'azione amministrativa negli Stati Uniti: considerazioni sulla "hard look doctrine"*, in *Dir. Amm.*, 1994, 543; G. Tropea, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo,* in *Dir. Amm.*, 2003, 531. Secondo altri Autori il remand, come concepito nell'esperienza statunitense, non risultava vincolante per l'amministrazione, costringendola ad un *facere*. Sul punto si confronti E. Cardi, *La manifestazione di interessi nei procedimenti amministrativi*, Rimini, 1983, II, 144.

Probabilmente ispirata da quanto avveniva oltreoceano, parte della giurisprudenza, confortata anche dalla riforma della legge 205 del 2000[8], aveva iniziato a considerare il remand come uno strumento attraverso il quale fosse possibile dare una tutela particolarmente ampia ad ogni situazione soggettiva sottoposta alla già mutata concezione del vaglio giurisdizionale, non più basato su un sindacato sull'atto ma sul procedimento[9].

I dubbi che furono subito sollevati facevano riferimento, infondo come accade anche oggi, alla tendenziale inamovibilità dell'ordinanza, al timore che con il provvedimento cautelare il giudice avrebbe potuto attribuire, col semplice vaglio sul *fumus*, ciò che solo la decisione giudiziale poteva attribuire e, infine, al timore che il giudice in questo modo si rendesse esso stesso amministratore. Per tutte queste ragioni, lo strumento cautelare propulsivo doveva e deve rimanere residuale, subordinato in ogni caso all'esistenza, nel provvedimento impugnato, di un vizio procedimentale[10] che ne sia il presupposto logico giuridico.

2. *Applicazione del remand negli orientamenti dei Tribunali Amministrativi Regionali*

Secondo l'orientamento giurisprudenziale maggiormente diffuso nei Tribunali Amministrativi Regionali, il remand si caratterizza essenzialmente per essere lo strumento cautelare col quale l'amministrazione è incaricata dal giudice di riesaminare il proprio *iter* decisionale ed addivenire ad un nuovo atto, ovviamente non meramente confermativo del precedente, il quale, essendo espressione di una funzione amministrativa, porta ad una pronuncia di cessata materia del contendere qualora risulti satisfattivo degli interessi del ricorrente o, in alternativa, ad una pronuncia di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse, poiché l'interesse all'annullamento si sposterebbe sul nuovo provvedimento che, pertanto, dovrà necessariamente essere impugnato con motivi aggiunti.

Di tale meccanismo viene dato chiaramente conto, tra molte, in una deci-

---

[8] La legge richiamata è stata certamente frutto del recepimento di un dialogo sinergico tra dottrina e giurisprudenza, sfociato poi nella sistemazione normativa. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo di legittimità e tutele cautelari,* Padova, 2002, 176.

[9] D. CAMINITI, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva*, in *Foro Amm.*, 1061. L'Autrice sottolinea giustamente come la dottrina aveva, a partire dagli anni '80, teorizzato la necessità di tutelare gli interessi legittimi pretensivi già nella fase cautelare. Come accennato, l'unica tutela cautelare possibile consisteva solo ed esclusivamente nella sospensiva. A tal riguardo, si richiama l'opera di E. FOLLIERI, *Giudizio cautelare amministrativo e interessi tutelati*, Milano, 1981, 33 ss.

[10] Come si vedrà nel prosieguo, soprattutto riguardo alla carenza motivazionale. R. GAROFOLI, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, in *Dir. proc. Amm.*, 2002, 857; G. TROPEA, *La c.d. motivazione "successiva" tra attività di sanatoria e giudizio amministrativo*, cit.; R. MUSONE, *Gli sviluppi del divieto di motivazione postuma del provvedimento amministrativo*, cit.

sione del T.A.R. Lazio – Roma[11]. In quella circostanza il riesercizio del potere aveva condotto l'amministrazione resistente ad emanare un provvedimento non meramente confermativo, il quale, non impugnato dalla parte ricorrente con motivi aggiunti, conduceva all'improcedibilità del ricorso.

In un altro caso, in materia di contrattualistica pubblica, il T.A.R. Campania – Napoli[12] dichiarava l'improcedibilità del ricorso introduttivo, essendo stato quest'ultimo superato dal provvedimento emanato all'esito del remand. Nel caso di specie, il T.A.R. Campania riteneva che la valutazione relativa a delle false dichiarazioni sui requisiti di affidabilità professionale previsti dall'art. 80, comma 5, lett. c), c-bis) e c-ter) non fosse stata svolta seguendo i criteri dell'Adunanza Plenaria n. 16 del 28 agosto 2020: secondo il Collegio la valutazione della stazione appaltante avrebbe dovuto essere scevra da qualunque automatismo, mentre, al contrario, risultava carente della valutazione in concreto dei criteri di integrità ed affidabilità della società aggiudicatrice.

Infatti, la stessa Adunanza Plenaria richiamata impone all'amministrazione una ponderazione dell'effettiva portata della dichiarazione falsa o carente offerta dall'operatore economico, rifiutando qualunque automatismo escludente, limitativo del generale principio del *favor partecipationis*. La valutazione, pertanto, non poteva che essere rimessa alla stessa amministrazione in virtù del principio di separazione dei poteri che trova affermazione nell'art. 34, co. 2, c.p.a.; diversamente infatti il giudice avrebbe statuito su un potere amministrativo non completamente esercitato[13].

Di qui l'ordinanza propulsiva con la quale veniva disposto il remand.

Dalla sua applicazione pratica si può desumere che il perimetro entro il quale troverebbe applicazione l'istituto rientrerebbe tra quei casi in cui il provvedimento sia frutto di un incompleto esercizio del potere attribuito all'amministrazione *ex lege*. Mancherebbe infatti un tassello non irrilevante che non permetterebbe di ritenere il potere amministrativo completamente consumato per quegli elementi di fatto e diritto già esistenti al momento dell'istruttoria ma da questa non ricavabili[14]. In definitiva, rispetto all'impossibilità per il giudice di addentrarsi nel merito, non potendo effettuare quel bilanciamento di interessi spettante all'amministrazione, eppure a lui richiesto dal ricorrente, soccorre il rimedio cautelare del remand[15].

---

[11] TAR Lazio, Roma, 15 febbraio 2022 n. 1821.

[12] TAR Campania, Napoli, 9 giugno 2021, n. 3909.

[13] Si verrebbe in questo modo a determinare un "abuso" di potere giurisdizionale che ecederebbe i suoi limiti per invadere quelli dell'amministrazione. G. Tropea, *Spigolature in tema di abuso del processo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1262.

[14] L. Ferrara, *La preclusione procedimentale dopo la novella del preavviso di diniego: alla ricerca di un modello di rapporto e di giustizia*, in *Dir. Amm.*, 2021, 573.

[15] Infatti, l'art. 34, co. 2, c.p.a. tende proprio ad evitare che il giudice si sostituisca all'amministrazione, con una palese violazione degli equilibri tra poteri, esercitando una cognizione sui

Come si vedrà in seguito, però, se da un lato tale strumento consente di ottenere il riesercizio e l'esaurimento della discrezionalità amministrativa e la conseguente possibilità per il giudice di pronunciarsi, dall'altro il carattere strumentale del rimedio cautelare si affievolisce, fin quasi a scomparire davanti a tali provvedimenti emanati all'esito dell'ordinanza. Soprattutto, appare come una contraddizione in termini affermare che una misura cautelare, per definizione rimovibile e temporanea, possa ordinare interinalmente il riesercizio del potere amministrativo[16].

Tale orientamento è anche giustificato da quella circolarità che esiste tra processo amministrativo e procedimento, ravvisabile anche in sede di ottemperanza, oltre che davanti a quei provvedimenti cautelari propulsivi, tra i quali trova spazio il remand, attraverso il quale si rimette in gioco l'intero assetto di interessi cristallizzato inizialmente nell'atto del quale si chiede l'annullamento.

L'effetto è che l'amministrazione riceve indietro l'intero potere decisionale grazie al quale edita un nuovo provvedimento.

La conseguenza, fatta propria dalla maggior parte delle decisioni di primo grado, consisterebbe quindi in ciò: che il provvedimento adottato a seguito di remand sia pienamente sostitutivo di quello precedente, senza che questo possa far dubitare della natura strumentale della misura cautelare, in quanto destinata solo a stimolare il riesercizio del potere[17].

Attraverso il riesercizio del potere a seguito di remand, si produrrebbe una sostituzione completa rispetto al precedente provvedimento (ovviamente fatta eccezione per gli atti meramente confermativi), con la conseguenza che, ponendo nel nulla il primo, si concretizzerebbe l'effetto definitivo di quella che resta pur sempre una misura cautelare.

---

rapporti amministrativi ancora non vagliati. Non sembra peraltro superata la visione di parte della dottrina, secondo la quale all'esito del remand si concretizzerebbe una interferenza tra il potere giudiziale e quello amministrativo: la stessa motivazione dell'ordinanza è già in sé un'indicazione per come l'amministrazione dovrà rieditare il potere, facendosi il giudice, in questo modo, seppur larvato, "*discutibilmente amministratore*". S. Tarullo, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro Amm.*, 2000, 2488; L. Perfetti, *Tutela cautelare inaudita altera parte nel processo amministrativo. Effettività della tutela ed effettività del giudizio,* cit.

[16] Sulla permanenza dei concetti di interinalità e di strumentalità, intesi come indefettibili si confronti R. Caponigro, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale*, in *Foro Amm.*, 2015, 969.

[17] M. Andreis, *Tutela cautelare, diniego di provvedimento e remand,* In *Urbanistica e appalti*, 2009, 630 e 632. L'Autore riprende la distinzione fornita da Piero Calamandrei, secondo il quale la tutela cautelare ha funzione conservativa ma allo stesso tempo anticipatoria della sentenza di merito; si veda P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico della tutela cautelare,* Padova, 1936. L'Autore, nel suo commento alla sentenza T.A.R. Lecce, sez. II, del 7 gennaio 2009, n. 10, precisa inoltre che l'ordinanza cautelare richiesta, a fronte di un provvedimento negativo, ha portata innovativa, come ricorda anche A. Travi, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudizio amministrativo e pubblica amministrazione,* in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 167 ss., la problematica sta nella provvisorietà del provvedimento cautelare che distingue tale misura dalla decisione di merito.

Il nuovo assetto di interessi, che promana dalla restituzione del potere all'amministrazione, sarebbe quindi espressione di una funzione amministrativa e non di sola ottemperanza alla pronuncia cautelare, con la conseguenza che, come anticipato, il procedimento iniziale sarà dichiarato estinto per cessata materia del contendere qualora il nuovo provvedimento abbia carattere satisfattivo degli interessi del privato, ovvero dovrà essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, qualora sia confermativo del precedente provvedimento impugnato. Ciò sulla base del fatto che l'interesse all'annullamento trasmigrerebbe in capo al secondo provvedimento, che è frutto di un nuovo ed autonomo esercizio di potere[18].

Gli approdi cui giunge la giurisprudenza dei tribunali regionali qui illustrata generano, tuttavia, una pluralità di criticità – che, come si vedrà, non sono sfuggite all'esame del Consiglio di Stato – connesse alla perdurante stabilità del provvedimento cautelare, tale da confondersi con la decisione finale, e al rispetto della perimetrazione che il giudice opera nell'ordinanza cautelare di rinvio.

3. *Rilievi critici del Consiglio di Stato*

Il Consiglio di Stato ha più volte affermato l'erroneità delle sentenze di primo grado che hanno dichiarato l'improcedibilità del ricorso principale sulla base del fatto che il provvedimento impugnato interamente sostituito da quello successivo emesso a seguito di remand determini o la carenza di interesse (se confermativo del provvedimento precedente) oppure la cessata materia del contendere (nel caso in cui il secondo provvedimento sia attributivo del bene della vita).

Le sentenze della Sez. VI, n. 4938 del 13 agosto 2018 e la n. 1180 del 15 marzo 2017, riprendono il costante orientamento secondo il quale il provvedimento di riesame non determini la sopravvenuta carenza di interesse alla definizione del giudizio, o la cessazione della materia del contendere, a maggior ragione quando il provvedimento "ulteriore" è del medesimo contenuto sostanziale di quello già impugnato[19].

I Giudici di Palazzo Spada hanno infatti rilevato che, qualora un'ordinanza cautelare disponga la rinnovazione dell'attività amministrativa, ciò non consen-

[18] In questo modo il provvedimento cautelare perderebbe la sua caratteristica di strumentalità rispetto alla statuizione venendo invece ad assumere una veste di definitorietà non prevista. A conferma di quanto esposto si rinvia a F. G. Scoca., *Prospettive della tutela cautelare*, in *La riforma della giustizia amministrativa in Italia e in Spagna*, a cura di S. Raimondi, R. Ursi, Milano, 2002, 229; A. Romano, *Tutela cautelare nel processo amministrativo e giurisdizione di merito*, in *Foro it.*, 1987, 2491.

[19] Cons. Stato, 25 gennaio 2016, n. 222; Cons. Stato, 30 luglio 2013, n. 4004; Cons. Stato, 31 luglio 2012, n. 4389; Cons. Stato, 20 gennaio 2011, n. 396.

tirebbe il superamento della necessità di una statuizione di merito. Infatti, solo con l'accoglimento del ricorso, e dunque con una sentenza che valuti e riconosca i vizi del provvedimento, sommariamente rilevati in fase cautelare, si può attribuire la necessaria stabilità al rapporto amministrativo[20].

Ne consegue che le vicende successive all'emanazione di un'ordinanza propulsiva non dovrebbero incidere sulla perdurante sussistenza dell'interesse del ricorrente a conoscere della legittimità del provvedimento originariamente impugnato, rilevando inoltre rispetto all'accertamento di eventuali responsabilità a fini risarcitori e alle spese del giudizio.

Attraverso la pronuncia estintiva del processo, ciò che viene leso è l'interesse di entrambe le parti a conoscere della fondatezza o meno del ricorso introduttivo, in quanto, se questo risultasse fondato, non solo sussisterebbe un interesse specifico alla rimozione dall'ordinamento del provvedimento impugnato, ma sussisterebbe altresì l'interesse a domandare un eventuale risarcimento del danno, che in tal modo sarebbe impedito, in violazione di principi costituzionali contenuti negli articoli 3, 24 e 113 Cost.

Tuttavia, nel caso in cui il secondo provvedimento sopravvenuto abbia effettivamente soddisfatto il bene della vita, il problema relativo al profilo risarcitorio non poterebbe essere preso in considerazione, anche alla luce del fatto che una eventuale dichiarazione della cessazione della materia del contendere presupporrebbe, per stesso riconoscimento dell'amministrazione, l'illegittimità del provvedimento inizialmente impugnato. Conseguentemente non sarebbe inibita la possibilità di proporre ricorso ai fini risarcitori, fondando il presupposto oggettivo della domanda proprio sul riconoscimento da parte della stessa amministrazione della propria condotta illegale[21].

I dubbi sollevati dal Consiglio di Stato resterebbero in piedi per quanto riguarda invece la sopravvenuta carenza di interesse a conoscere dell'illegittimità del provvedimento originariamente impugnato, seguito da un secondo provvedimento non satisfattivo (ma non meramente confermativo del precedente).

Secondo i Giudici di Palazzo Spada, l'interesse a conoscere della fondatezza del ricorso sussisterebbe anche dal lato della pubblica amministrazione, e si concretizzerebbe nel fatto che, qualora il ricorso introduttivo risultasse infondato, la sentenza di reiezione condurrebbe alla caducazione del provvedimento succes-

[20] Cons. Stato, n. 4389/2012.

[21] Va puntualizzato che in dottrina e giurisprudenza un certo orientamento evidenzia come il valore di statuizione può essere riconosciuto al provvedimento cautelare quando il riesercizio del potere avviene tenendo conto della discrezionalità amministrativa, e cioè quando il giudice abbia solo imposto, col suo provvedimento cautelare, il riesercizio del potere in modo formale, senza alcuna indicazione sul suo esercizio. In questo caso il provvedimento determinerà cessazione della materia del contendere. A conferma di ciò si confronti D. Caminiti, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva,* cit.

sivo, emesso a seguito di remand, e alla reviviscenza del primo provvedimento attinto dal provvedimento cautelare.

Il remand costituisce allora lo spunto necessario per intraprendere anche un ulteriore esame del processo amministrativo. Dalle sentenze esaminate promana l'annoso problema che involge la stabilità e durevolezza del provvedimento cautelare: della preferibile emanazione di una rapida pronuncia di merito piuttosto che di un'ordinanza cautelare, la quale, nonostante i suoi caratteri di precarietà e rimovibilità, restituendo l'intero potere all'amministrazione, di fatto pone nel nulla un provvedimento del quale il ricorrente ha chiesto l'annullamento[22].

L'utilizzo incauto dello strumento del remand potrebbe portare non solo a violare i principi fondamentali della tutela cautelare, cioè i caratteri della strumentalità, della interinalità e della continenza dei rimedi attribuiti al giudice[23], ma anche a mettere a rischio eventuali rapporti tra enti pubblici sotto il profilo del principio di proporzionalità[24]. In questo modo si frustrerebbe lo scopo della misura cautelare stessa, che deve servire non solo e non tanto a conservare lo stato di fatto esistente, quanto a garantire anche quegli effetti innovativi che potrebbero diventare inattuabili se differiti fino al merito[25], tuttavia in modo provvisorio e anticipato.

La problematicità del meccanismo del remand si manifesta rispetto proprio al carattere servente della misura cautelare nei confronti della decisione finale, senza che possa sostituirsi a questa con effetti irreversibili, come avviene, al contrario, attraverso la declaratoria di cessazione della materia del contendere o di carenza di interesse.

Vi è poi sullo sfondo un principio particolarmente rilevante, secondo il quale l'agire dell'amministrazione non può prescindere dall'applicazione delle norme e dalla valutazione dei fatti, con un continuo rinvio dalla norma al fatto e viceversa. L'esercizio del potere quindi "*o è, o non è*"[26] e di conseguenza non può

---

[22] R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positivo alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.; M. Sanino, *Il processo cautelare*, in *Verso il nuovo processo amministrativo*, a cura di V. Cerulli Irelli, Torino, 2000, 249; E. Follieri, *Il nuovo giudizio cautelare: art. 3 l. 21 luglio 2000, n. 205*, in *Cons. Stato*, 2001, 479 ss.

[23] P. Lazzara, *La tutela mediante "remand" in materia di abilitazione scientifica nazionale,* in *Foro Amministrativo*, 2014, 1323 ss.; A. Proto Pisani, *Procedimenti cautelari*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma, 1991, 3.

[24] M. R. Spasiano, *Il conflitto giurisdizionale fra interessi pubblici nel prisma del sindacato dell'eccesso di potere,* in *Dir. Proc. Amm.*, fasc. 2, 2020, 207.

[25] P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari,* Padova, 1936, 21, secondo il quale «la nota veramente tipica dei provvedimenti cautelari: i quali non sono mai fine a se stessi, ma sono immancabilmente preordinati alla emanazione di un ulteriore provvedimento definitivo, di cui essi preventivamente assicurano la fruttuosità pratica. Essi nascono, per così dire, al servizio di un provvedimento definitivo, coll'ufficio di predisporre il terreno e di approntare i mezzi meglio atti alla sua riuscita».

[26] A. Travi, *Misure cautelari di contenuto positivo e rapporti fra giudice amministrativo e pubblica amministrazione,* cit.

in alcun modo essere qualificato come interinale o provvisorio, poiché questo, per sua natura, ha carattere definitivo ed è autonomamente efficace ad incidere sulla sfera giuridica dei singoli. La conseguenza sarebbe il sovvertimento del processo principale e l'inutilità della sentenza di merito.

Anche le pronunce del Consiglio di Stato che hanno inizialmente aperto la strada al remand hanno comunque evidenziato i limiti entro i quali lo strumento cautelare può essere utilizzato, fissando coordinate operative e sistematiche cui informare la riedizione del potere, che quindi non verrebbe restituito nella sua integrità all'amministrazione, ma solo limitatamente agli aspetti evidenziati dal giudice. Pertanto, l'amministrazione non potrebbe limitare la propria attività conformativa alla mera rimozione del provvedimento negativo impugnato, spezzando così il legame funzionale e procedimentale sussistente tra ordine giudiziale e la conseguente conformazione allo stesso, il quale si concretizza nella riedizione del potere all'interno del perimetro concesso dal giudice[27].

D'altro canto, se è vero che il giudice non può esprimersi riguardo a poteri non ancora esercitati, è anche vero che può benissimo individuarli e circoscriverli[28].

Sebbene la necessità di assicurare tutela al bene della vita, nelle more del giudizio, obblighi alla conservazione della effettività della stessa, anche attraverso l'adozione delle più ampie misure atipiche, non si potrebbe comunque ammettere che una fase a cognizione sommaria come quella cautelare possa comportare effetti definitivi, azzerando la funzione del processo, riducendolo alla fine, all'obbligo di un'autotutela in capo all'amministrazione, e anticipando gli effetti della sentenza[29].

Così intesa, la vera natura del remand non sarebbe tanto quella di misura cautelare, quanto di tutela sommaria o semplificata[30].

L'orientamento del Consiglio di Stato si corrobora anche alla luce della sentenza n. 6824 dell'11 ottobre 2021, nella quale ci si domanda se l'effetto della sopravvenienza di un provvedimento favorevole possa determinare o l'improcedibilità del ricorso (in quel caso, di primo grado) per sopravvenuta carenza

---

[27] Cons. Stato, 4 febbraio 2013, n. 651; Cons. Stato, 19 febbraio 2007, n. 833.

[28] Quanto affermato discenderebbe infatti dall'idea che si è diffusa in dottrina di procedimento "aperto", in quanto la pubblica amministrazione sarebbe garante di interessi concreti, connessi al mutare delle esigenze concrete e della realtà circostante. Pugliese, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo,* Napoli, 1989, 298 ss.; G. Sorrentino, *Ordinanza cautelare e jus superveniens,* in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, 451.

[29] M.A. Sandulli, *La fase cautelare,* cit. L'Autrice a tale riguardo auspica, a fronte della sempre maggiore rilevanza che ha assunto la fase cautelare, anche a causa dell'ampliamento delle misure adottabili oltre la mera sospensiva del provvedimento, una rapida definizione del giudizio attraverso il merito, anche per mezzo della sua anticipazione in fase cautelare, ove possibile, per mezzo delle decisioni in forma semplificata.

[30] M. Andreis, *Tutela sommaria e tutela cautelare nel processo amministrativo,* Milano, 1996, 77 ss.

di interesse, o la cessazione della materia del contendere ovvero l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato ai fini risarcitori.

Per il Consiglio di Stato il punto nodale che viene ad evidenziarsi, e che dovrebbe essere preso in considerazione per poter ricostruire l'istituto del remand, riguarda proprio la differenza che esiste tra la sentenza che dichiara la cessazione della materia del contendere e quella che dichiara l'improcedibilità per carenza di interesse. La prima, infatti, è notoriamente una sentenza di merito[31] e pertanto idonea al passaggio in giudicato nella misura in cui accerta che gli interessi ritenuti lesi dal privato sono stati ormai pienamente soddisfatti, mentre la declaratoria di improcedibilità rientra tra le decisioni di rito.

È in virtù di questa differenza sostanziale che andrebbe letto il dettato dall'art. 34, comma 3 del c.p.a., che prevede comunque l'accertamento dell'illegittimità dell'atto se risulta l'interesse ai fini risarcitori del ricorrente.

In queste circostanze possono essere individuate tre varianti: la prima, relativa all'impossibilità di ottenere il bene della vita sperato, conduce alla improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse; la seconda che comporta la piena soddisfazione del bene della vita conduce alla cessazione della materia del contendere; e la terza, che impone l'adozione di una sentenza di accertamento della illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a.

Dunque, è lo stesso art. 34, co. 3 c.p.a. ad imporre espressamente che, per consentire la tutela risarcitoria, sia necessario accertare l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, sia quello oggetto di ricorso per motivi aggiunti, sopravvenuto all'esito di ordinanza propulsiva, sia quello originariamente impugnato.

Allora, non possono essere determinate aprioristicamente e in modo automatico, sulla sola base del venire ad esistenza di un nuovo provvedimento, né la cessazione della materia del contendere, né la sopravvenuta carenza di interesse. La valutazione deve essere fatta caso per caso, pena il sacrificio dell'interesse risarcitorio del privato, divenuto incontestabile in ambito amministrativo.

4. *Limiti al riesercizio del potere in sede di remand*

La tutela cautelare del remand, come visto, pone parecchi dubbi interpretativi, sulla natura stessa del rimedio in esame.

Centrale risulta la problematica connessa all'eventuale assenza di limiti che il giudice impone nell'ordinanza cautelare, nel momento in cui restituisce il potere valutativo in capo all'amministrazione.

Il rischio che si delinea è quello di consentire che un'ordinanza cautelare

[31] Si dovrà trattare di una sentenza di merito, per scongiurare il rischio di incorrere, diversamente opinando, in una elusione dell'obbligo di pronunciare sulla domanda, come precisato nella decisione del Cons. Stato, 15 marzo 2021, n. 2224.

abbia una portata maggiormente satisfattiva[32] rispetto alla sentenza, e che i suoi effetti si consolidino al di fuori del processo di merito, con la conseguenza che ad un accertamento sommario corrisponderebbero i vantaggi di una sentenza[33].

Il procedimento cautelare, in tal modo, non risulterebbe subordinato al processo di merito, ma a questo collegato in via funzionale, avuto riguardo all'importanza che ricopre ed agli effetti che produce, talvolta non eliminabili neanche all'esito di una sentenza di segno contrario[34].

Per scongiurare accavallamenti tra gli effetti del provvedimento adottato in sede cautelare e l'eventuale ultrattività della soddisfazione, è stata considerata l'ordinanza che dispone il remand alla stregua di una sentenza breve o sommaria.

Questo perché l'esito dell'ordinanza con la quale viene rimesso il potere all'amministrazione è per un verso potenzialmente definitivo, mentre la valutazione che il giudice è tenuto a svolgere, e che concerne concretamente la motivazione del provvedimento con riguardo al *fumus*[35], dovrà già prevedere la fondata configurazione di un vizio del provvedimento.

Si nota poi nelle decisioni giurisprudenziali[36] che a questo particolare stru-

[32] Appare opportuno puntualizzare che gli aspetti problematici dell'applicazione dell'istituto in esame non si estendono alle misure cautelari in generale, è infatti ormai pienamente cristallizzato l'orientamento secondo il quale la tutela cautelare vada applicata a garanzia di tutte le situazioni protette sottoposte al controllo giurisdizionale. Perciò è chiaro che «essa debba poter usufruire di tutte le misure rese necessarie dalle esigenze di tutela proprie della situazione di cui si tratta», e perciò deve necessariamente essere atipica e non limitata all'adozione della misura sospensiva dell'efficacia, o dell'esecuzione, del provvedimento. V. Cerulli Irelli, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. it. Dir. Pubb. Com.*, 2008, 433. Tuttavia, la necessità di dare tutela agli interessi che il cittadino lamenta come lesi, non può essere risolta solo attraverso la pronuncia cautelare. Sembra scontato ribadire che la valutazione operata in fase cautelare attiene solo ad un *fumus* e, laddove la statuizione cautelare si stabilizzasse mancherebbe ogni approfondimento necessario volto ad accertare i vizi dell'atto impugnato, vizi che sia il cittadino che l'amministrazione hanno il diritto di conoscere come fondati o meno.

[33] P. Lazzara, *La tutela mediante "remand" in materia di abilitazione scientifica nazionale,* cit.

[34] B. Lubrano, *Limiti e poteri dell'ordinanza cautelare nel processo amministrativo*, *in Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1187.

[35] S. Tarullo, *La tutela cautelare nel processo amministrativo tra vicende interne, vicende comunitarie e prospettive di riforma*, in *Foro Amm.*, 2000, 2488. L'Autore distingue le ipotesi di remand dalla più ampia categoria delle ordinanze propulsive, alla quale pure afferiscono. Infatti, l'ordinanza con la quale il giudice opera il remand impone un *facere* all'amministrazione, che consiste nella rivalutazione del provvedimento alla luce della motivazione offerta dal giudice sul *fumus*; quindi, attraverso delle vere e proprie istruzioni fornite all'amministrazione, mentre per mezzo dell'ordinanza propulsiva l'amministrazione effettua il riesame ad ampio spettro del provvedimento, sulla base delle censure contenute nel ricorso.

[36] Alcuni casi di recente vagliati dal TAR Lazio hanno avuto ad oggetto il mancato esame di elementi integrativi presentati dalla parte in sede di osservazioni scritte (TAR Lazio, ord. 10 settembre 2021, n. 4907); la rivalutazione dell'obbligo per i minori di età compresa fra i 6 e gli 11 anni di indossare la mascherina in ambito scolastico alla luce delle specifiche indicazioni dettate dal

mento cautelare si fa spesso ricorso laddove venga rilevato un vizio procedimentale, consistente specialmente nel difetto di motivazione o nel difetto d'istruttoria. Il motivo risiede nella circostanza per cui l'intervento ordinato dal giudice si riferisce ad ambiti che sfuggono alla sua cognizione, trattandosi di poteri non ancora esercitati e sui quali l'amministrazione ha parzialmente esercitato il proprio potere[37]. Diversamente, nei casi in cui si tratti di vizi non strettamente procedimentali, il ruolo del giudice in sede cautelare non potrebbe spingersi fino al punto di indicare all'amministrazione quale sia la corretta applicazione normativa alla quale avrebbe dovuto attenersi, senza, allo stesso tempo, anticipare le considerazioni di diritto della parte motiva della sentenza, la quale verrebbe interamente assorbita dall'ordinanza.

Ad aumentare la problematicità dell'istituto si profila anche la dubbia circostanza per la quale il riesercizio del potere disposto con l'ordinanza propulsiva dia luogo effettivamente ad un nuovo provvedimento sopravvenuto, che quindi dovrà essere impugnato per vizi autonomi, per il semplice fatto che non ci si troverebbe davanti ad una violazione o elusione del giudicato[38] qualora l'amministrazione non si adeguasse all'ordinanza con la quale è disposto il riesame: con tutta semplicità l'amministrazione potrebbe travalicare i confini dell'ordinanza cautelare con la quale è stato disposto il remand, alla luce del fatto che lo spazio che le verrebbe concesso supererebbe i limiti dell'ordinanza stessa. L'attività svolta sarebbe formalmente e sostanzialmente amministrativo-discrezionale, e dunque necessariamente priva di un obbligo conformativo[39].

CTS nel documento "Misure di prevenzione e raccomandazioni per gli studenti delle scuole di ogni ordine e grado per la ripresa dell'anno scolastico 2020-2021", prevedendo la possibilità di rimuovere la mascherina «in condizione di staticità (i.e. bambini seduti al banco) con il rispetto della distanza di almeno un metro e l'assenza di situazioni che prevedano la possibilità di aerosolizzazione (es. canto)» ed anche tenendo conto, eventualmente e alla luce dei dati scientifici, della situazione epidemiologica locale come suggerito dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel documento del 21 agosto 2020 richiamato dal CTS nel citato verbale n. 104 (TAR Lazio, ord. 13 febbraio 2021, n. 873); il riesame della domanda alla luce delle censure articolate con il ricorso affinché venga espressa una motivazione puntuale, afferente agli elementi di fatto e alle ragioni giuridiche (TAR Lazio, ord. n. 4996/2020); vengono ritenute fondate le censure proposte con i motivi aggiunti di eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione (TAR Lazio, ord. 10 ottobre 2019, n. 6546).

[37] F. Cintioli, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo,* in *Urbanistica e appalti*, 2001, 237.

[38] La questione riguarda essenzialmente se il mancato o errato riesercizio del potere ordinato dal giudice possa o meno costituire violazione o elusione del giudicato e, pertanto, possa essere adottato lo strumento dell'ottemperanza. La distinzione tra violazione ed elusione è andata via via sfumando, poiché si è ritenuto che il vero oggetto del giudizio di ottemperanza fosse la verifica della rispondenza tra *dictum* giudiziale e adempimento dell'amministrazione, senza che possa rilevare la natura del potere riesercitato, sia esso vincolato o discrezionale. Quindi sarebbe il ricorrente a dover "scegliere" se far valere vizi di legittimità del provvedimento sopravvenuto o piuttosto far valere la difformità rispetto al provvedimento giudiziale. D. Caminiti, *Possibile efficacia ultrattiva della misura cautelare propulsiva,* cit.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa,* Il Mulino, 1994, 32 ss.

[39] P. Lazzara, *La tutela mediante "remand" in materia di abilitazione scientifica nazionale,* cit.

Secondo una diversa prospettiva, tale provvedimento potrebbe essere invece oggetto di ottemperanza, dato che l'applicazione del giudicato a formazione progressiva consente al giudice di esercitare ampi poteri, che gli permettono di ampliare la propria statuizione oltre la mera esecuzione della sentenza e di completare la determinazione dal punto di vista cognitivo[40].

Se infatti si considerasse il rimedio come una sorta di autotutela imposta giudizialmente, l'amministrazione potrebbe senza problemi superare il dettato del provvedimento cautelare, annullando il precedente provvedimento, magari emanandone uno radicalmente nuovo, determinando alternativamente l'eliminazione o il rinnovamento della lesione al bene della vita attraverso un provvedimento totalmente differente[41].

In realtà, va tenuto bene a mente che il riesercizio del potere è attribuito all'amministrazione sulla base di un provvedimento giudiziale, al quale l'amministrazione deve dare esecuzione, applicandosi il rimedio dell'ottemperanza[42].

5. *Possibile soluzione della problematica in base alla natura assunta dal remand*

La riedizione del potere a seguito di remand si interseca inevitabilmente con il problema della consumazione del potere a seguito di una pronuncia giudiziale.

Per parte della giurisprudenza[43] l'ordinanza cautelare propulsiva, secondo la teoria dello one shot temperato, impone all'amministrazione il totale riesame della vicenda; dunque, la cognizione del giudice non è più limitata soltanto a quanto dedotto nel ricorso introduttivo ma si amplia con nuove questioni afferenti alla fondatezza delle pretese del ricorrente[44]. Vengono così rivalutati per

[40] F. Manganaro, *Il giudizio di ottemperanza come rimedio alle lacune dell'accertamento*, in *Dir. Proc. Amm.,* 2018, 534; P. Carpentieri, *Azione di adempimento e discrezionalità tecnica (alla luce del codice del processo amministrativo)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2013, 385; C. Calabrò, *Giudicato, diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 2003. Per una diversa prospettiva, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1979, 228.

[41] Cons. Stato, 5 dicembre 2013, n. 5781.

[42] A. Sandulli, *Gli effetti dell'esecuzione dell'appello cautelare sulla sentenza amministrativa di primo grado*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2021, p. 724.

[43] Il connubio tra ordinanza propulsiva e motivi aggiunti incanala irrimediabilmente l'attività amministrativa esaurendo ogni spazio di discrezionalità: TAR Campania, 28 luglio 2014, n. 4339.

[44] Sotto questo aspetto sono riscontrabili alcuni punti di contatto con altri strumenti processuali che sono a loro volta indice del ruolo attivo del giudice amministrativo. Infatti, come avviene per gli strumenti istruttori che incidono sul riparto dell'onere probatorio e sul principio di non contestazione, anche con il remand dovrebbe venire progressivamente ridotto il potere discrezionale dell'amministrazione chiamata al riesercizio della valutazione. Per una maggior completezza sul punto, si consenta di rinviare ad A. Giusti, *Tramonto o attualità della discrezionalità tecnica? Riflessioni a margine di una recente "attenta riconsiderazione" giurisprudenziale*, in *Dir. Proc. Amm*, 2021, 347. Ma si vedano anche A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza*

intero tutti quegli interessi che erano già stati definiti col provvedimento iniziale, consentendo all'amministrazione la piena riedizione del potere[45].

Il problema è che, anche in sede di remand, così come successivamente alla sentenza, l'amministrazione, in assenza di un qualsiasi divieto normativo, potrebbe rieditare il proprio potere, e continuare ad emanare provvedimenti non satisfattivi, all'infinito.

D'altra parte, il problema dei limiti alla riedizione del potere è annoso.

Per un orientamento più risalente, il potere amministrativo costituisce una fonte inesauribile e dunque neanche il giudicato potrebbe avere portata vincolante rispetto a tutte le situazioni sopravvenute di riedizione del potere, ove questo, pur prendendo atto della decisione del giudice, coinvolga situazioni nuove e non contemplate in precedenza[46].

Più recentemente il Consiglio di Stato, consapevole del rischio per il privato di una serie infinita di provvedimenti non satisfattivi, ha optato per una nuova teoria della consumazione non tanto del potere quanto della discrezionalità amministrativa come effetto di un comportamento contrario a buona fede dell'amministrazione[47].

Si sono venuti, a questo punto, a delineare due orientamenti contrastanti.

Per un verso lo strumento del remand condurrebbe ad una sentenza semplificata o sommaria, anticipandola alla fase cautelare, ormai considerabile un procedimento a sé stante, con una conseguente pronuncia di cessata materia del contendere, nel caso in cui l'amministrazione, spiegando nuovamente il proprio potere, abbia emanato un provvedimento satisfattivo del bene della vita sperato dal ricorrente, ovvero di difetto di interesse nel caso di un provvedimento confermativo di quello precedente impugnato col ricorso introduttivo.

L'automatismo di questo assunto, come visto, porterebbe ad una impossibilità per il ricorrente di domandare l'eventuale risarcimento del danno (almeno nel caso della carenza di interesse a fronte di un ulteriore provvedimento negativo sopravvenuto).

Il secondo e contrario orientamento, proposto dal Consiglio di Stato, sul

---

nell'esercizio del potere discrezionale, Napoli, 1997, 55.; S. Valaguzza, *Il giudicato nella teoria del processo amministrativo*, Milano, 2016, 202.

[45] A. di Cagno, *Giudicato e riedizione del potere: esaurimento della discrezionalità nel rapporto con la pronuncia del giudice amministrativo*, in *Giur. it*., 2020, 696.

[46] Cons. Stato, Ad. plen., 15 gennaio 2013, n. 2. In merito a ciò, per completezza, si segnala come la Plenaria abbia riconosciuto l'impossibilità per il giudicato amministrativo di coprire fatti sopravvenuti, negando il divieto di riedizione del potere, successivamente ad una pronuncia favorevole all'amministrazione. Più diffusamente, M. Clarich, G. Urbano, *L'esecuzione delle sentenze amministrative tra giudizio di ottemperanza e giudizio di cognizione ordinario,* in *Giur. it*., 2014, 1705 e G. Tropea, *Motivazione del provvedimento e giudizio sul rapporto: derive e approdi,* in *Dir. Proc. Amm*., 2017, 1235.

[47] Cons. Stato, 28 ottobre 2011, n. 5799; N. Paolantonio, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistematica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2020, 237.

presupposto per il quale il remand deve continuare ad essere considerato un rimedio cautelare, e pertanto non anticipatorio del merito, non ammette che rispetto al primo provvedimento ci possa essere una cessata materia del contendere o una sopravvenuta carenza di interesse, proprio per la definitorietà di tali decisioni che andrebbero a frustrare lo scopo della sentenza[48].

Una possibile soluzione che permetterebbe di mantenere il più possibile inalterati i caratteri di provvisorietà delle ordinanze potrebbe essere quella di circoscrivere, con l'ordinanza, l'ambito entro il quale residuano spazi che attengono alla discrezionalità amministrativa; quegli spazi che non sono stati lambiti dal provvedimento impugnato e che, nello stesso tempo, non possono essere vagliati dal giudice. Rimettere integralmente nelle mani dell'amministrazione l'intero iter valutativo permetterebbe a questa, da un lato, di trovare eventualmente ulteriori motivi di rigetto, nuovi e diversi rispetto ai vizi eccepiti nel ricorso introduttivo, dall'altro, di non tenere in considerazione "il suggerimento" che il giudice amministrativo, in tali circostanze, offre proprio per orientare e stimolare l'attività amministrativa nel senso richiesto dal ricorrente.

L'ordinanza di remissione dovrà allora prevedere delle indicazioni circostanziate da parte del giudice, attraverso le quali l'amministrazione potrà completare il vaglio discrezionale carente che ha determinato l'impugnativa.

Ciò potrebbe trovare un qualche riscontro nella lettura del secondo comma dell'articolo 21 *octies* della legge sul procedimento amministrativo, a mente del quale un provvedimento non può essere annullato se sia palese che il suo contenuto non avrebbe potuto essere diverso da quello effettivamente adottato. Per poter stabilire se il provvedimento sia o meno da annullare sotto questo specifico profilo, il procedimento deve risultare necessariamente completo[49], senza che però il giudice possa, stante la sommaria conoscenza della questione, attribuire un ordine che non sia circoscritto ad ottenere tale completezza, pena l'invasione nel campo della discrezionalità amministrativa.

Diversamente, il bene della vita da una parte verrebbe attribuito direttamente dal giudice sul riscontro della fondatezza di un vizio di annullabilità del provvedimento (così infatti è, come nel tipico caso delle ammissioni agli esami ed ai concorsi con riserva), dall'altra l'amministrazione si troverebbe in una situazione analoga a quella in cui subisce l'annullamento del provvedimento, dovendo riesaminare le proprie valutazioni, con la sostanziale differenza che il provvedimento originariamente impugnato non risulta caducato fintantoché non vedrà la luce il nuovo provvedimento all'esito della rinnovata valutazione.

---

[48] R. Caponigro, *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale,* cit. Se quindi si vuole aderire a questa visione, si deve anche accettare che l'ordinanza di riesame eseguita dall'amministrazione (o dal Commissario ad acta se è intervenuta ottemperanza), assorba completamente il giudizio di merito.

[49] F. Cintioli, *Osservazioni sul nuovo processo cautelare amministrativo*, cit.

Si evidenzia quindi un diaframma particolarmente labile tra il limite – esterno – invalicabile dell'esercizio del potere amministrativo e il limite – interno – che invece riguarda la strumentalità del rimedio cautelare rispetto alla decisione di merito[50].

Guardando poi alle singole ordinanze cautelari con le quali viene data attuazione al remand, si nota che il rinvio non è totale ma sempre e comunque circoscritto a determinati aspetti, alla luce dei quali viene riesercitato il potere ed effettuata la ponderazione. Può infatti avvenire che il giudice ordini la rinnovazione del potere avendo riscontrato l'omessa valutazione delle controdeduzioni del privato[51], oppure la rivalutazione del posizionamento in graduatoria ai fini della prosecuzione di un concorso, ordinando di tenere in considerazione la correttezza di una risposta ad uno dei quesiti previsti dalla selezione[52], o ancora rivalutare il provvedimento alla luce di una circolare ministeriale della quale non si era tenuto conto e la cui applicazione avrebbe inciso sull'assetto finale[53].

Ecco, quindi, che se è vero che il potere valutativo che viene riconsegnato all'amministrazione non è generalizzato ma, al contrario, circoscritto, l'attività di riesame, svolta dall'amministrazione su impulso del provvedimento cautelare non potrà essere né assimilabile ad una sentenza breve, rilevandosi sempre necessaria una pronuncia giudiziale nel merito, né un'autotutela[54], che è al contrario connotata dalla spontaneità con la quale l'amministrazione si ridetermina, sempre entro i termini temporali imposti dalla legge.

Recentemente il Consiglio di Stato è tornato sul punto affermando che un provvedimento adottato dall'amministrazione a seguito del remand conseguente all'ordine del giudice emesso in fase cautelare, non comporta alcun meccanismo automatico con riferimento al primo provvedimento, che quindi non viene sostituito *tout court* da quello sopravvenuto. Ciò in quanto devono restare fermi i caratteri di strumentalità e provvisorietà dell'ordinanza cautelare, che, per quanto atipica, è espressamente chiamata a spiegare i propri effetti solo e soltanto a tutela della definizione del merito, nelle more del processo, e pertanto non mira

[50] R. Garofoli, *La tutela cautelare degli interessi negativi. Le tecniche del remand e dell'ordinanza a contenuto positive alla luce del rinnovato quadro normativo*, cit.

[51] TAR Lazio, ord. 12 dicembre 2022, n. 16698.

[52] TAR Lazio, ord. 12 ottobre 2022, n. 6299.

[53] TAR Lazio, ord. 5 maggio 2022, n. 5599.

[54] L'alternatività dello strumento dell'autotutela e dei rimedi giudiziali emerge non solo logicamente ma anche normativamente. Infatti, l'art. 4, comma 2 bis, del decreto legge 30 giugno 2005, n. 115, convertito nella legge 17 agosto 2005, n. 168, prevede che «conseguono ad ogni effetto l'abilitazione professionale o il titolo per il quale concorrono i candidati, in possesso dei titoli per partecipare al concorso, che abbiano superato le prove d'esame scritte ed orali previste dal bando, anche se l'ammissione alle medesime o la ripetizione della valutazione da parte della commissione sia stata operata a seguito di provvedimenti giurisdizionali o di autotutela», specificando la separazione tra provvedimenti giudiziali e autotutela. Si veda anche R. Caponigro *La natura della posizione giuridica nella tutela cautelare atipica del giudizio amministrativo: dalla tutela cautelare alla tutela camerale,* cit.

a far conseguire quell'utilità finale che va riservata solo al merito. La precarietà che caratterizza le misure cautelari deve estendersi ai provvedimenti adottati dall'amministrazione in ottemperanza della misura cautelare stessa, a meno che non emerga la volontà della stessa di esercitare una vera e propria autotutela[55].

Perciò, il legame che intercorre tra fase cautelare e azione principale non dovrebbe mai consentire la produzione di effetti ulteriori, producibili nell'ambito della pronuncia definitiva di merito[56], sola deputata a ristabilire gli equilibri lesi dal provvedimento illegittimo e restituire in modo, se non definitivo, almeno stabile, il bene della vita desiderato.

[55] Cons. Stato, 24 dicembre 2021, n. 8590.

[56] M.A. Sandulli, *La fase cautelare*. cit. Si ricordano brevemente le considerazioni dell'Autrice sulle conseguenze dell'adozione di misure cautelari che possano offrire una tutela sproporzionata rispetto al pregiudizio che potrebbe derivare all'interesse pubblico che deve essere bilanciato «con l'interesse privato e con le stesse esigenze di celerità della tutela, ricordando a quest'ultimo riguardo che la rapida conclusione del processo – e, all'interno di questo, la rapida decisione sulle richieste cautelari ed eventualmente, attraverso la sentenza in forma semplificata, anche sul merito – non deve in ogni caso collidere con l'adeguata cognizione della controversia».

Abstract

Il rimedio cautelare atipico dell'ordinanza propulsiva, cosiddetto remand, permette all'amministrazione di esercitare nuovamente il potere che le è attribuito, e di riconsiderare integralmente la ponderazione di interessi all'esito della quale è stato emesso il provvedimento impugnato. Per la giurisprudenza dei tribunali amministrativi regionali, il provvedimento emanato all'esito di questo meccanismo sostituisce integralmente il primo, determinando la carenza di interesse al ricorso principale, nel caso di successivo provvedimento confermativo, ovvero la cessazione della materia del contendere, qualora il secondo provvedimento sia satisfattivo delle istanze del ricorrente.

Le criticità che si evidenziano riguardano sostanzialmente l'assimilazione ad una sentenza breve delle misure cautelari, naturalmente provvisorie e rimovibili e l'impossibilità per il ricorrente di poter domandare il risarcimento dei danni in caso di pronuncia di cessata materia del contendere. Lo scopo del contributo è quello di tentare una ricostruzione dell'istituto pretorio e di indicare i limiti individuati dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza del Consiglio di Stato, al fine di arginare le criticità descritte.

The administrative remand's nature:
between an interim measure and a short judgment

The remand is a propulsive order, which is not provided for by the law, consisting in an interim measure allowing the Administration to re-exercise its power and fully reconsider the balance of interests which was taken into account when the challenged measure was issued. The courts took the view that the measure resulting from this mechanism entirely replaces the first one, thereby determining a lack of interest in the main appeal, in the event of a subsequent confirmatory measure, or the termination of the matter in dispute, where the second measure meets the applicant's requests. The shortcomings arising from this procedure essentially concern the assimilation of interim measures, which are naturally temporary and revocable, to a short judgment and the impossibility for the appellant of claiming compensation for damages in the event of termination of the matter in dispute. The purpose of this essay is to outline this judicial institution and explore the limits established by scholars and the jurisprudence of the State Council, in order to overcome some of the issues raised.

La sentenza della Corte costituzionale n. 62 del 2022 e il principio di parità di genere nelle elezioni comunali

di Rossella Vassallo

Sommario: 1. Introduzione: le disposizioni censurate e le misure antidiscriminatorie in materia di elezioni amministrative. – 2. Il principio di parità di genere in ambito elettorale fra interventi del legislatore e pronunce della Corte costituzionale: un breve *excursus*. – 3. Le novità della sentenza n. 62 del 2022. – 4. Dalle rime "obbligate" ai versi liberi. – 5. Alcune considerazioni conclusive.

1. *Introduzione: le disposizioni censurate e le misure antidiscriminatorie in materia di elezioni amministrative*

Con la sentenza depositata il 10 marzo 2022, n. 62 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 71, comma 3 *bis*, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di seguito TUEL) e 30, primo comma, lettere d-*bis*) ed e), del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570 (Testo unico delle leggi per la composizione e la elezione degli organi delle Amministrazioni comunali), «nella parte in cui non prevede l'esclusione delle liste che non assicurano la rappresentanza di entrambi i sessi nei comuni con popolazione inferiore a 5.000 abitanti».

Secondo la prospettazione del giudice *a quo*[1], le disposizioni censurate avrebbero violato gli artt. 3, secondo comma, 51, primo comma, e 117, primo comma, della Costituzione -quest'ultimo in relazione all'art. 14 della CEDU e all'art. 1 del Protocollo n. 12 alla CEDU- poiché, nella disciplina sulle elezioni amministrative relative ai comuni con meno di 5.000 abitanti, si limitano a enunciare il principio di parità di genere nell'accesso alle cariche pubbliche, senza predisporre alcun meccanismo sanzionatorio idoneo a rendere effettuale tale enunciazione di principio.

Per comprendere le doglianze del giudice rimettente, appare opportuno soffermarsi su quanto previsto dalla disciplina relativa alle elezioni amministrative. L'art. 71 TUEL, che regola «l'elezione del Sindaco e del consiglio comunale nei comuni fino a 15.000 abitanti», al censurato comma 3 *bis* (introdotto dalla legge 23 novembre 2012, n. 215) stabiliva, e ancora stabilisce, che «nelle liste dei candidati è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi». A tale enunciazione di principio, al secondo periodo, si aggiunge una specifica regola di composizione

[1] Consiglio di Stato, ordinanza 4 giugno 2021, n. 130 in Gazzetta Ufficiale della Repubblica, n. 21, prima serie speciale, 2021.

delle liste, valevole solo per le elezioni nei comuni con più di 5.000 abitanti, in base alla quale, nessuno dei due sessi può essere rappresentato all'interno delle medesime liste in misura superiore ai due terzi dei candidati complessivi.

Il d.P.R. n. 570/1960, all'art. 30 primo comma, lettera d-*bis*) stabilisce, invece, un meccanismo "sanzionatorio", operante solo per le elezioni nei comuni con popolazione superiore a 5.000 abitanti: alla Commissione elettorale mandamentale si attribuisce il compito di verificare che nella formazione delle liste dei candidati sia rispettata la regola di composizione contenuta nell'articolo 71, comma 3 *bis,* del TUEL; in caso contrario, si prevede la riduzione della lista e la cancellazione dei nomi dei candidati appartenenti al genere rappresentato in misura eccedente i due terzi dei candidati. L'art. 30, primo comma, lettera e) dello stesso d.P.R., infine, attribuisce alla Commissione elettorale mandamentale il compito di ricusare le liste contenenti un numero di candidati inferiore al minimo prescritto dalla legge e di ridurre quelle aventi un numero di candidati superiore al massimo consentito, cancellando gli ultimi nomi in modo da assicurare comunque il rispetto della previsione contenuta nel comma 3 *bis* dell'articolo 71 del TUEL.

Il quadro normativo oggetto di censura, dunque, si compone di una disposizione che individua le regole di formazione delle liste elettorali, con delle differenze fra i comuni al di sotto o al di sopra della soglia dei 5.000 abitanti, e di una disposizione che prevede un meccanismo sanzionatorio, *sub specie* di "riduzione delle liste", operante esclusivamente sulle liste elettorali presentate per le elezioni nei comuni con più di 5.000 abitanti, lasciando le Commissioni elettorali prive di strumenti atti a far rispettare il principio di pari opportunità nell'ambito delle elezioni per i comuni di dimensioni inferiori. Le doglianze del giudice *a quo*, dunque, si innestano proprio sulla portata limitata dei poteri delle Commissioni elettorali mandamentali che non consentono di ritenere pienamente attuato né l'art. 51, primo comma, Cost., poiché la disciplina in esame difetta di un'effettiva capacità promozionale della parità di genere, né l'art. 3 Cost. che risulta violato dall'irragionevole «predisposizione di regimi di tutela differenziati con riferimento al diritto fondamentale all'elettorato passivo»[2] per i comuni aventi più, o meno, di 5.000 abitanti. La mancata previsione di meccanismi sanzionatori, inoltre, frustra la stessa *ratio* sottesa alla disciplina di cui alla l. n. 215/2021, introduttiva dell'art. 71, comma 3 *bis*, TUEL «funzionale a sua volta a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la piena partecipazione di tutti all'organizzazione politica»[3] .

Ebbene, la pronuncia in esame, con cui la Corte ha accolto la questione, si colloca nel solco del percorso intrapreso, già da diversi anni, sia dal legislatore che dagli stessi Giudici costituzionali, ai fini della piena attuazione in materia

[2] Dall'ordinanza di rimessione.

[3] Dalla sentenza in commento, punto 1.2 del *Considerato in diritto*.

elettorale del principio di uguaglianza in senso sostanziale fra i due generi. Ricostruiti così i termini della vicenda, prima di entrare nel merito delle ragioni addotte dalla Corte ai fini dell'accoglimento, appare opportuno ripercorrere seppur brevemente, le principali tappe di questo percorso di cui la sentenza in esame costituisce l'ennesimo tassello.

La sentenza, inoltre, nella sua veste di pronuncia additiva, consente di svolgere alcune riflessioni sul rapporto fra la Corte costituzionale e il legislatore, in una prospettiva che tenga conto del processo in atto di allentamento delle "rime obbligate".

2. *Il principio di parità di genere in ambito elettorale fra interventi del legislatore e pronunce della Corte costituzionale: un breve excursus*

Il cammino verso l'obiettivo delle pari opportunità e il superamento della condizione di sottorappresentazione delle donne nei numerosi aspetti della vita pubblica ha inizio nel nostro Paese all'indomani dell'unità d'Italia.[4]

La sentenza in commento rappresenta soltanto l'ultima "tappa" del lento percorso, caratterizzato da "inciampi" e scatti in avanti, compiuto dal legislatore e dai giudici[5], nell'affermazione del principio di parità di accesso alle cariche elettive. Limitando l'analisi[6] alle riforme costituzionali che hanno interessato gli artt. 117 e 51 Cost., rispettivamente nel 2001 e nel 2003, e agli interventi normativi che sono stati oggetto di successive pronunce della Corte costituzionale – da considerarsi, a parere di chi scrive, maggiormente significativi in quanto occasione di "dialogo" fra il legislatore e la Corte – si individua nella legge 25 marzo 1993, n. 81 ("Elezione diretta del Sindaco, del Presidente della Provincia, del Consiglio comunale e del Consiglio provinciale") il momento di avvio di tale

[4] In tal senso A. Apostoli, *La parità di genere nel campo "minato" della rappresentanza politica*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 4, 2016, 9.

[5] In A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche*, Torino, 2012, 121, si sottolinea infatti come «la costruzione del principio di pari opportunità di genere si sia sviluppata lungo un processo molto articolato di sedimentazione normativa e giurisprudenziale». Sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale nell'attuazione del principio di uguaglianza così come inteso dalla Costituzione, si veda anche B. Pezzini, *Tra uguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in AA.VV., *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, 35 ss.

[6] Per un'analisi più completa, che guardi anche ai recenti interventi normativi sul tema, si vedano, fra i vari, L. Lorello, *Il difficile cammino verso la parità di genere nell'accesso alle cariche elettive*, in *Osservatorio AIC (*www.osservatorioaic.it), n. 5, 2021, 86 ss.; L. Califano, *Parità dei diritti e discriminazioni di genere,* in *Federalismi* (www.federalismi.it), n. 7, 2021, 39 ss.; F. Covino, *Potere sostitutivo del Governo e doppia preferenza di genere nelle elezioni pugliesi di fine estate*, in *Osservatorio AIC (*www.osservatorioaic.it), n. 5, 2020, 25 ss. Si segnala, inoltre, il Dossier n° 104 – Schede di lettura, elaborato dalla Camera dei deputati – Servizio Studi XVIII Legislatura dal titolo *La partecipazione delle donne alla vita politica e istituzionale.*

percorso. Detta legge introduceva, per la prima volta, un sistema "per quote"[7] disponendo all'art. 5, secondo comma, ultimo periodo, che nelle liste dei candidati nessuno dei due sessi potesse essere di norma rappresentato in misura superiore ai due terzi[8]. La portata innovativa della disposizione si apprezza soprattutto alla luce del dibattito dottrinale e giurisprudenziale, circa l'ammissibilità e i limiti delle azioni positive in materia elettorale, che da essa scaturiva. D'altra parte, su tale disposizione ben presto si abbatté la scure della declaratoria di illegittimità costituzionale[9], che impediva pertanto di verificare l'effettiva capacità di tale previsione di incidere sul numero di donne elette. Con la sentenza 12 settembre 1995, n. 422, alla luce dell'accezione di cui al primo comma dell'art. 3 Cost. del principio di uguaglianza, confermato dalla formulazione dell'art. 51, primo comma, Cost. (prima della riforma), la Corte sanciva la regola dell'«irrilevanza giuridica del sesso e delle altre diversità contemplate»[10], con la conseguenza di dover ritenere illegittime tutte le previsioni normative con le quali l'appartenenza all'uno o all'altro sesso assurgesse a requisito di candidabilità e di eleggibilità[11].

---

[7] Per alcune riflessioni sul ruolo delle "quote" all'interno della legislazione elettorale si vedano, fra i vari, S. Leone, *L'equilibrio di genere negli organi politici. Misure promozionali e principi costituzionali*, Milano, 2014; P. Faraguna, *Recenti sviluppi dell'esperienza costituzionale italiana in tema di c.d. quote rosa*, in *L'eguaglianza alla prova delle azioni positive*, a cura di F. Spitaleri, Torino, 2013, 41 ss.; G. Chiola, *Pari opportunità e azioni positive*, in *Sociologia del diritto*, 2008, XXXV, 107 ss.; G. Brunelli, *Donne e politica. Quote rosa? Perché le donne in politica sono ancora così poche*, Bologna, 2006; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, 359 ss.; R. Bin- G. Brunelli- A. Pugiotto- P. Veronesi (a cura di), *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, Torino, 2003; *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, a cura di B. Beccalli, Milano, 1999; A. Cerri, *Eguaglianza, giustizia ed azioni positive*, in *Studi parl. pol. cost.*, 1999, 123, 7 ss.; E. Olivito, *Azioni positive e rappresentanza femminile: problematiche generali e prospettive di rilancio*, in *Pol. dir.*, 2002, 2, 23 ss; I. Salza, *Le regole sulla partecipazione delle donne in politica: dalle cosiddette "quote rosa" al rinnovato quadro costituzionale*, in *Rass. parl.*, 2008, 81 ss.

[8] Questa è la previsione originale della disposizione, la quale subiva le prime modifiche già nello stesso anno con la legge 15 ottobre 1993, n. 415, che espunse la locuzione «di norma», avallando la tesi della natura prescrittiva della quota stabilita, e ridimensionò proprio tale quota di riserva, portandola da due terzi a tre quarti.

[9] Con tale pronuncia i Giudici costituzionali hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale anche della normativa contenuta nelle leggi elettorali per i comuni, adottate dalle Regioni Friuli-Venezia Giulia, Trentino-Alto Adige e Valle d'Aosta, dell'art. 1 della legge n. 43 del 1995 e della legge sull'elezione della Camera dei Deputati art. 1 Legge n. 277 del 1993.

[10] Corte costituzionale, sentenza 6 settembre 1995, n. 422, punto 3 del *Considerato in diritto*.

[11] Con la pronuncia *de qua*, la Corte costituzionale non si limitava a dichiarare l'illegittimità costituzionale del solo art. 5, secondo comma, della l. n. 81 del 1993, bensì dichiarava incostituzionale, in via consequenziale, tutte le disposizioni statali e regionali, emanate fra il 1993 e il 1995, introduttive di strumenti volti a incidere sull'accesso alle cariche elettive da parte delle donne. Questo utilizzo del meccanismo dell'illegittimità costituzionale consequenziale, di cui all'art. 27 della legge 11 marzo 1953, n. 87, ha destato non poche perplessità in dottrina. Si vedano ad esempio le riflessioni di A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., 389 ss.; U. De Siervo, *La mano pesante della Corte sulle "quote" nelle liste elettorali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1995, 3268- 3272.

La pronuncia, con il suo rigoroso approccio all'ammissibilità delle azioni positive, sollecitava numerose riflessioni[12] sul rapporto fra le due accezioni del principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. e sull'effettiva portata del principio di cui all'art. 51, primo comma, Cost., la cui formulazione, non casualmente[13], diveniva oggetto di modifica a opera della legge costituzionale 30 maggio 2003, n. 1. Quest'ultima, unitamente alla legge costituzionale 31 gennaio 2001, n. 2 e alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3[14] – introduttive del principio di parità di accesso alle cariche elettive rispettivamente nelle Regioni a Statuto speciale[15] e nelle regioni a Statuto ordinario[16] – rappresentavano l'esito delle riflessioni innescate dalla predetta sentenza della Corte, assumendo nel cammino verso la promozione di un'effettiva parità di accesso agli incarichi pubblici un ruolo nevralgico. Benché una parte della dottrina non abbia mancato di osservare come «la disposizione introdotta dalla riforma del 2003 non rappresenti una vera e propria innovazione, ma semplicemente uno strumento idoneo a far emergere in maniera oggi inequivocabile ciò che era già presente, sia pure impli-

[12] Si veda L. Gianformaggio, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco (a proposito della sentenza n. 422/1995 della Corte costituzionale)*, in *Foro it*., 1996, 6, 1961 ss.

[13] In A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit., 390 ss., si osserva, effettuando un parallelismo fra l'esperienza italiana e l'esperienza francese, che «in entrambi gli ordinamenti, di fronte alla posizione negativa del giudice costituzionale rispetto ai tentativi del legislatore ordinario di mettere in campo misure incidenti sul momento della presentazione delle candidature (quote minime di candidature femminili, o meglio percentuali massime di candidature di un solo sesso), il discorso è stato ripreso su un piano normativo più alto, quello della revisione costituzionale, con l'immissione nel tessuto della Legge fondamentale di disposizioni (al tempo stesso permissive in rapporto agli ostacoli costituzionali precedentemente evidenziati e obbligatorie rispetto alla volontà dei soggetti chiamate ad attuarle) volte ad accreditare l'obiettivo delle pari opportunità elettorali tra i sessi come istanza costituzionalmente protetta di perfezionamento del modello di democrazia».

[14] Secondo M. G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, Torino, 93 ss., "la legislazione regionale in materia di parità di accesso alle cariche elettive ha registrato un primato, almeno sotto il profilo temporale, rispetto agli interventi legislativi sul piano nazionale". L'autrice si sofferma, altresì, sulle ragioni sottese al carattere tardivo degli interventi in materia di parità di accesso alle cariche elettive, rispetto ad altri settori, come ad esempio l'ambito lavorativo.

[15] La Legge Costituzionale n. 2 del 2001 ha disposto la modifica degli Statuti speciali delle Regioni Sicilia, Valle d'Aosta, Sardegna, Trentino-Alto Adige e Friuli-Venezia Giulia e delle provincie autonome di Trento e Bolzano prevedendo che, per ognuna di tali regioni e provincie, la legge destinata a disciplinare le modalità di elezione dei componenti degli organi elettivi «[a]l fine di conseguire l'equilibrio della rappresentanza dei sessi […] promuove condizioni di parità per l'accesso alle consultazioni elettorali».

[16] Veniva in particolare modificata l'intera formulazione dell'art. 117 Cost. introducendo al settimo comma un'apposita previsione in materia di pari opportunità, statuendo che «Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive».

citamente, nella originaria formulazione dell'art. 51 cost.»[17], la riforma costituzionale ha avuto il pregio di associare il disposto di cui al primo comma dell'art. 51 Cost. non tanto, e non solo, al disposto di cui al primo comma dell'art. 3 Cost. [18], bensì al contenuto dell'art. 3, secondo comma, in un'ottica di eguaglianza sostanziale. E invero, «nella storia repubblicana, se dal lato dell'elettorato attivo la parità affermata dall'art. 48 [Cost.] era stata di per sé sufficiente a conseguire l'eguaglianza, diversamente dal lato dell'elettorato passivo la semplice affermazione dell'art. 51.1 [nella formulazione antecedente alla Riforma costituzionale] non si era rivelata idonea a raggiungere lo stesso obiettivo, come la scarsa presenza delle donne nelle assemblee elettive già da tempo aveva dimostrato»[19]. L'introduzione dell'inciso «la Repubblica promuove con appositi provvedimenti le pari opportunità tra donne e uomini» ha, pertanto, segnato espressamente il passaggio da un sistema che predicava soltanto l'adozione di un atteggiamento di indifferenza del legislatore davanti all'elemento del sesso, a un approccio che consentisse anche di far ricorso allo strumento delle azioni positive a scopo "promozionale", per superare le diseguaglianze nei punti di partenza[20].

Nel percorso per tappe compiuto dal legislatore e dalla giurisprudenza costituzionale verso l'affermazione dei predetti principi di parità e di pari rappresentazione va ricordata un'altra rilevante pronuncia della Corte, di poco antecedente alla riforma costituzionale del 2003, che presentava già *in nuce* gli argomenti sui quali la Corte costituzionale, negli anni successivi, avrebbe fondato la legittimità costituzionale delle misure antidiscriminatorie[21] adottate in materia elettorale. La

---

[17] M. G. Rodomonte, *L'eguaglianza senza distinzioni di sesso in Italia. Evoluzioni di un principio a settant'anni dalla nascita della Costituzione*, cit., 109.

[18] Si veda in tal senso, Corte costituzionale, ordinanza 12 gennaio 2005, n. 39.

[19] L. Lorello, *La dialettica tra giudice costituzionale e legislatore sulla parità di genere*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), n. 18, 2021, 183.

[20] In tal senso B. Pezzini, *Uno sguardo di genere sulla sentenza 33 del 1960*, in *Osservatorio AIC (*www.osservatorioaic.it), n. 5, 2021, 31 ss.; della stessa autrice si segnala anche *Costituzione italiana e uguaglianza dei sessi. il principio antisubordinazione di genere,* in *70 anni dopo tra uguaglianza e differenza. Una riflessione sull'impatto del genere nella Costituzione e nel costituzionalismo,* a cura di A. Lorenzetti- B. Pezzini, Torino, 2019, 1 ss.

[21] È interessante sul punto rilevare come autorevole dottrina sottolinei la differenza che intercorre fra la nozione di azioni positive *strictu sensu*, diffuse soprattutto nell'ambito della disciplina dei rapporti di lavoro, e la nozione di misure antidiscriminatorie, che trovano applicazione nell'ambito della rappresentanza politica. A tal proposito si rimanda a O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario. Un profilo giurisprudenziale di ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005, 259, in cui si evidenzia come le azioni positive siano misure che hanno la funzione «di attribuire un particolare e differenziato vantaggio ad un gruppo soltanto e che "necessitano" come parametro legittimante il riferimento al principio generale di uguaglianza interpretato in senso sostanziale» e, pertanto, vanno tenute distinte dalle misure di parità della rappresentanza politica che «non hanno altro obiettivo che realizzare un'eguaglianza dei punti di partenza per l'accesso alle cariche elettive e che, regolando dunque, attraverso la loro formulazione assolutamente neutrale, in maniera indifferenziata e quindi eguale la posizione di uomini e donne,

sentenza del 10 febbraio 2003, n. 49, invero, riconosceva la legittimità costituzionale della legge per l'elezione del Consiglio regionale della Valle d'Aosta (legge regionale 12 gennaio 1993, n. 3), nella parte in cui prevedeva che le liste elettorali dovessero, a pena di dichiarazione di invalidità da parte dell'ufficio regionale elettorale, comprendere candidati di entrambi i sessi. Detta pronuncia, affermando che il vincolo introdotto nella formazione delle liste dalle disposizioni oggetto del giudizio opera soltanto nella fase anteriore alla vera e propria competizione elettorale, e non influisce su di essa, ha determinato il superamento di quanto sostenuto dalla Corte nel proprio precedente del 1995[22], e in particolare dell'apodittica equiparazione fra candidabilità ed elettività. L'aver previsto una regola di composizione delle liste dei candidati, vietando la presentazione di liste di soli uomini – e astrattamente anche di sole donne – non incide sul diritto degli aspiranti candidati ad essere inclusi in lista, posto che la formazione delle stesse rimane interamente rimessa alle libere scelte dei presentatori e degli stessi candidati in sede di necessaria accettazione della candidatura[23]. La parità di *chances* fra

---

rappresentano la naturale attuazione in via legislativa della caratterizzazione in senso formale del principio generale di uguaglianza». Si vedano anche M. D'Amico, *Il legislatore reintroduce le quote rosa?*, in *Studium iuris*, 2004, 434 ss. e G. Brunelli, *Divieto di discriminazioni e diritti di cittadinanza*, in *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale. Atti del Seminario di Perugia*, *18 marzo 2005*, a cura di C. Calvieri, Torino, 2005.

[22] Il superamento della sentenza della Corte costituzionale n. 422/1995 è confermato dalla disciplina sull'elezione dei membri del Parlamento europeo di cui alla legge 8 aprile 2004, n. 90 (Norme in materia di elezioni dei membri del Parlamento europeo e altre disposizioni inerenti ad elezioni da svolgersi nell'anno 2004), così come emendata dall'art. 56 del decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198 (Codice delle pari opportunità tra uomo e donna). La disposizione ha introdotto la previsione di una "quota", del tutto analoga a quella dichiarata incostituzionale dalla Corte nella succitata sentenza, sancendo che «[n]ell'insieme delle liste circoscrizionali aventi un medesimo contrassegno, nelle prime due elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia, successive alla data di entrata in vigore della legge 8 aprile 2004, n. 90, nessuno dei due sessi può essere rappresentato in misura superiore ai due terzi dei candidati». A questo meccanismo, come già accennato, non del tutto inedito, il legislatore ha inoltre affiancato la previsione di misure "sanzionatorie" – consistenti nella riduzione dell'importo del rimborso per le spese elettorali e nella dichiarazione di inammissibilità delle liste prive di candidati di entrambi i sessi – e di una misura premiale. Quest'ultima consiste nell'assegnazione nelle somme derivanti dall'eventuale riduzione del rimborso per le spese elettorali, previsto in danno dei partiti o movimenti non virtuosi nell'applicazione delle misure promozionali della parità di accesso alle cariche elettive, ai partiti o ai gruppi politici organizzati che abbiano avuto proclamata eletta una quota superiore ad un terzo di candidati di entrambi i sessi (art. 56, terzo comma, D. lgs. n. 158/2006).

[23] Si faccia riferimento a Corte costituzionale, sentenza 10 febbraio 2003, n. 49, punto 3.1. del *Considerato in diritto.* Per alcuni riferimenti dottrinali sul mutato orientamento della giurisprudenza costituzionale in materia di azioni positive in ambito elettorale*:* A. Falcone, *Partecipazione politica e riequilibrio di genere nelle assemblee elettive e negli organi di governo: legislazione e giurisprudenza costituzionale nell'ordinamento italiano*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1, 2016; L. Carlassare, *La legittimità della "preferenza di genere": una nuova sconfitta della linea del Governo contro la parità*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 81 ss.; C. Noto, *La rappresentanza di genere supera indenne il vaglio della Corte costituzionale*, in

le liste e fra i candidati della stessa lista non subisce, dunque, alcuna menomazione, né d'altra parte, risulta leso l'esercizio del diritto di voto degli elettori, i quali restano pienamente titolari della facoltà di esprimere la propria preferenza senza alcuna limitazione determinata dal genere. Più in generale, questa sentenza presenta il pregio di aver valorizzato la formulazione neutra della disciplina oggetto di censura la quale, facendo indifferente riferimento ai candidati di entrambi i sessi, difetta di una reale attitudine discriminatoria.

Sul piano della legislazione elettorale regionale[24], invece, si segnala la Legge regionale Campania 27 marzo 2009, n. 4[25], oggetto della pronuncia della Corte costituzionale 14 gennaio 2010, n. 4[26], che oltre a segnare una nuova tappa del cammino del legislatore e dei Giudici costituzionali verso un ripianamento del *gender gap* esistente nel settore in esame, ha rappresentato il momento in cui il principio costituzionale sancito dall'art. 51, primo comma, Cost. è stato pienamente attuato e recepito[27]. Con la pronuncia n. 4/2010, la Corte costituzionale

Giustizia amministrativa, 2010, 83 ss.; S. Leone, *La preferenza di genere come strumento per ottenere, indirettamente ed eventualmente, il risultato di un'"azione positiva"*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 93 ss.

[24] Oltre agli interventi legislativi delle singole regioni, si segnala che a partire dalla legge 2 luglio 2004, n. 165, nella sua originaria versione, venne previsto fra i principi fondamentali volti a regolare l'elezione del Presidente della giunta regionale e dei consiglieri regionali l'individuazione di un sistema elettorale che agevolasse la formazione di stabili maggioranze nel Consiglio regionale e assicurasse la rappresentanza delle minoranze. A tale previsione originaria si sono in seguito aggiunte le modifiche introdotte dalla legge n. 215 del 2012 e, soprattutto dalla legge 15 febbraio 2016, n. 20 (recante disposizioni volte a garantire l'equilibrio nella rappresentanza tra donne e uomini nei consigli regionali), che hanno dato una più consistente portata al dovere di promozione delle pari opportunità fra uomo e donna nell'accesso ai consigli regionali. L'adeguamento delle legislazioni elettorali nelle singole regioni ai precetti introdotti con tale novella legislativa, comunque, non è avvenuto in maniera uniforme: si pensi alla regione Calabria che solo nel novembre 2020 ha approvato la l. r. n. 17 del 2020, che ha recepito il principio della parità di accesso, e al caso della regione Puglia.

[25] La legge regionale in oggetto introduceva per la prima volta lo strumento della "preferenza di genere", che si sostanziava nella possibilità per l'elettore di esprimere anche un secondo voto di preferenza purché la seconda preferenza andasse a un candidato, della stessa lista, di genere diverso da quello del primo candidato votato, a pena di annullamento della seconda preferenza.

[26] Per alcune riflessioni sulla decisione *de qua* si rinvia, fra i vari, a L. Califano, *L'assenso "coerente" della Consulta alla preferenza di genere*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2010; G. Ferri, *Le pari opportunità fra donne e uomini nell'accesso alle cariche elettive e la "preferenza di genere" in Campania*, in *Le Regioni*, 2010, 902 ss.; M. Caielli, *La promozione della democrazia paritaria nella legislazione elettorale regionale: un altro "via libera" della Corte costituzionale*, in *Osservatorio sulle fonti* (www.osservatoriosullefonti.it), 2010, 1.

[27] Secondo A. Deffenu, *Il principio di pari opportunità di genere nelle istituzioni politiche,* cit., 53, si deve ritenere che «affinché un principio costituzionale possa considerarsi pienamente attuato e recepito nell'ordinamento, sono necessarie almeno due condizioni: che sia riuscito a plasmare la legislazione, conformandola alle proprie previsioni e finalità; che abbia favorito l'emergere di orientamenti giurisprudenziali (sia da parte della giurisprudenza costituzionale, sia da parte di quella comune) innovativi e rispettosi del principio e, di converso, l'abbandono di posizioni della giurisprudenza con esso incompatibili».

ha portato a termine il complesso compito di contemperare quanto affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 422/1995, con la necessità del legislatore di utilizzare degli strumenti promozionali. A tal fine, la Corte ha elaborato la distinzione fra le misure, costituzionalmente illegittime, che «non si propongono di "rimuovere" gli ostacoli che impediscono alle donne di raggiungere determinati risultati, bensì di attribuire loro direttamente quei risultati medesimi» (sentenza n. 422/1995), e le misure, costituzionalmente legittime, «volte a favorire il riequilibrio di genere nella rappresentanza politica, senza introdurre strumenti che possano, direttamente o indirettamente, incidere sull'esito delle scelte elettorali dei cittadini»[28], confermando quanto già affermato dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 49/2003. In questa seconda categoria, nel ragionamento dei Giudici costituzionali, rientrava anche la L. r. Campania n. 4/2009 che, dunque, in quell'occasione superava positivamente il vaglio di costituzionalità. L'ambito della legislazione elettorale regionale ha, quindi, rappresentato il settore in cui meglio hanno trovato espressione quelle esigenze di assicurare uno svolgimento paritario della competizione elettorale[29].

Va da ultimo ricordata la sentenza 5 aprile 2012, n. 81[30] con la quale la Corte costituzionale, decidendo per l'inammissibilità del conflitto di attribuzione sollevato dalla regione Campania contro il Presidente del Consiglio dei ministri, coglieva l'occasione per definire le disposizioni di cui all'art. 46, terzo comma, Statuto Campania e agli artt. 51, primo comma e 117, settimo comma, Cost. come «principi di natura giuridica posti dall'ordinamento», «canoni di legalità» il cui rispetto «costituisce un requisito di legittimità e di validità dell'atto, sindacabile nelle sedi appropriate».[31] Al di là delle questioni legate alla qualificazione come atto politico o atto di alta amministrazione del provvedimento di nomina degli assessori, la pronuncia fugava ogni dubbio circa la natura delle disposizioni costituzionali e statutarie predette, sancendo un principio che ha trovato larga applicazione anche nella giurisprudenza successiva: le norme di cui

[28] Corte costituzionale, sentenza 14 gennaio 2010, n. 4, punto 3.2. del *Considerato in diritto*.

[29] Sul tema delle misure antidiscriminatorie nella legislazione regionale, L. Carlassare, *L'integrazione della rappresentanza: un obbligo per le Regioni*, in *La rappresentanza democratica nelle scelte elettorali delle Regioni*, a cura di L. Carlassare- A. Di Blasi- M. Giampieretti, Padova; 2022, 1 ss.; G. Brunelli, *Le "quote" riprendono quota? A proposito di azioni positive in materia elettorale regionale*, in *Le Regioni*, 2006, 531 ss.; M. Cosulich, *Il sistema elettorale del Consiglio regionale tra fonti statali e fonti regionali*, Padova, 2008.

[30] Per un approfondimento sulla pronuncia in esame si vedano M. G. Rodomonte, *Equilibrio di genere, atti politi e Stato di diritto nella recente sentenza n. 81 del 2012 sulla equilibrata presenza di donne e di uomini nella Giunta della Regione Campania*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), n. 13, 2012; F. Biancia, *Ancora sull' "atto politico" e sulla sua pretesa insindacabilità giurisdizionale. una categoria tradizionale al tramonto?,* in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 4, 2012; R. Dickmann, *L'atto politico questo sconosciuto*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2012.

[31] Corte costituzionale, sentenza 2 aprile 2012, n. 81, punto 4.2 del *Considerato in diritto*.

agli artt. 51, primo comma e 117, settimo comma, Cost., così come le norme degli statuti regionali in materia di pari opportunità non hanno carattere promozionale, né programmatico, né di mero principio, ma sono pienamente vincolanti per tutti i soggetti dell'ordinamento giuridico[32].

3. *Le novità della sentenza n. 62 del 2022*

La vicenda in commento rappresenta l'occasione per evidenziare come operi oggi il principio di pari opportunità di accesso alle cariche elettive nell'ambito dei giudizi di legittimità costituzionale. La sentenza in epigrafe presenta, invero, degli interessanti profili di novità rispetto agli altri interventi giurisprudenziali sul tema, che principalmente si sostanziano nell'acquisizione da parte della Corte di un ruolo "propositivo" che, anche se non del tutto inedito, pone ancora dei dubbi di compatibilità rispetto al limite della discrezionalità legislativa.

Un primo elemento innovativo nella vicenda in commento può essere rintracciato nel contenuto dell'ordinanza di rimessione, la quale è sintomatica della mutata sensibilità, anche dei giudici "comuni", dinnanzi al tema delle azioni positive. Se in passato, come si è visto nel breve *excursus* di cui al paragrafo precedente, le questioni sottoposte alla Corte costituzionale in materia elettorale investivano proprio le azioni positive e gli altri interventi in chiave antidiscriminatoria predisposti dal legislatore, della cui legittimità costituzionale si dubitava soprattutto in un'ottica di compatibilità con il principio di cui all'art. 3, primo comma, Cost.; nella vicenda in commento, le doglianze del giudice rimettente sono di natura opposta: è proprio la mancata predisposizione a opera del legislatore di misure idonee a promuovere una più paritaria rappresentazione di entrambi i generi a essere oggetto di censura. Semplificando, mentre prima si dubitava della compatibilità con la Costituzione delle misure "promozionali" predisposte dal legislatore, oggi il giudice rimettente dubita della compatibilità di una disposizione in quanto *non* prevede tali misure promozionali.

Un secondo elemento di novità della vicenda deriva dalla "natura" della sentenza in esame la quale, dichiarando l'illegittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 71, comma 3 *bis*, TUEL e 30, primo comma, lettere d *bis*) ed e), del d.P.R. 16 maggio 1960, n. 570, nella parte in cui non prevede l'esclusione delle liste che non assicurino la rappresentanza di entrambi i sessi nei comuni

[32] La rilevanza di tale affermazione si apprezza particolarmente avendo riguardo per quando affermato in Q. Camerlengo, *Costituzione e promozione sociale*, Bologna, 2013, 34-35, in cui si rileva: «quando si riconosce portata programmatica ad una disposizione giuridica si finisce col mortificarne la vocazione prescrittiva. […] Se, invece, di una data previsione se ne sottolinea la mera attitudine a orientare, senza impegno, le scelte dei destinatari, allora la si espone al rischio di trasgressioni o deroghe prive di implicazioni negative».

con popolazione inferiore a 5.000 abitanti, può essere ricondotta al novero delle sentenze qualificate dalla dottrina come manipolative[33]. Nella decisione in commento, le modifiche apportate dalla Corte alla disciplina sull'elezione dei consigli comunali si configurano come particolarmente rilevanti, sostanziandosi nell'introduzione[34] di un meccanismo "sanzionatorio", laddove il legislatore volontariamente aveva deciso di non prevederne alcuno[35]. L'altro profilo di novità che si accompagna alla pronuncia *de qua* consiste, pertanto, proprio nell'innovazione della disciplina in materia di elezione dei consigli comunali nei comuni con meno di 5.000 abitanti che si riverbera sull'intero sistema delineato dal legislatore.

Come evidenziato nell'ordinanza di rimessione, la disciplina volta a favorire la presenza femminile all'interno dei consigli comunali, prima della sentenza in epigrafe, si articolava su tre distinti livelli di intervento aventi un'"intensità" progressiva, la cui applicazione dipendeva dal numero di abitanti del comune interessato dalla competizione elettorale. Segnatamente, per i comuni con più di 15.000 abitanti, per assicurare la rappresentanza di entrambi i sessi, il legislatore

[33] In G. Zagrebelsky- V. Marceno', *Giustizia costituzionale II oggetti, procedimenti, decisioni*, Bologna, 2018, 230 si osserva che la locuzione "sentenze manipolative" è «espressione che ha avuto successo. Essa viene dal tempo in cui ci s'interrogava sulla legittimità di questo tipo di decisioni. Oggi, quel tempo è superato. Sarebbe più propria, anche se meno suggestiva, l'espressione "sentenze ricostruttive"».

[34] In G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1981, 1684 ss. si afferma, invero, che «tutte le decisioni manipolative possono essere considerate "additive"». In senso parzialmente difforme L. Elia, *Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, I, Padova, 1985, 299 ss. Sempre sul carattere innovativo e, in particolare, legislativo delle sentenze manipolative si veda anche G. Zagrebelski, *La Corte costituzionale e il legislatore*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile- E. Cheli- S. Grassi, Bologna, 1982, 106 ss. in cui l'autore afferma che: «per individuare il carattere innovativo positivo di queste pronunce non credo si possano adottare criteri di forma, attinenti in particolare alle caratteristiche del dispositivo. […] Ciò che occorre considerare, insomma, non è la decisione come tale e la sua struttura formale, bensì il quadro normativo che risulta dopo la pronuncia della Corte. Se in esso risultano iscritte prescrizioni, decisioni politico- legislative nuove, nel senso che esse debbano ricondursi alla esclusiva volontà della Corte e non ad una precedente valutazione politica fatta nelle sedi proprie, la sentenza della Corte dovrà dirsi legislativa. Se viceversa il quadro normativo risultante per quanto modificato (in effetti anche le decisioni di accoglimento puro e semplice comportano sempre delle modificazioni), non contiene regole, principi ecc. su cui non vi sia stata una manifestazione di volontà del legislatore, la decisione, quale che sia la struttura, non potrà dirsi legislativa».

[35] Dall'esame del Resoconto stenografico dell'Assemblea, seduta n. 628 di martedì 8 maggio 2012 della Camera dei Deputati (pp. 51 ss.), all'esito della quale si giungeva all'approvazione del testo di legge, emerge con chiarezza la volontà dell'Assemblea di non implementare le forme di promozione della presenza femminile nelle elezioni per i Comuni con meno di 5.000 abitanti, confermando la mera enunciazione di principio contenuta nell'art. 71 comma 3 *bis*, censurato dalla sentenza in commento. In sede di approvazione del testo, invero, sono stati ritirati o respinti tutti gli emendamenti presentati per ampliare il novero di garanzie previste per le candidate nelle elezioni per i Comuni di dimensioni ridotte.

aveva predisposto due differenti meccanismi: un meccanismo di riduzione delle liste elettorali in cui uno dei due generi fosse rappresentato in misura eccedente i due terzi dei candidati ("quota di genere") e un meccanismo di esclusione, o ricusazione, di quelle liste che, a seguito della predetta riduzione, presentassero un numero di candidati ammessi, inferiore a quello richiesto per legge. Diversamente, nei comuni con popolazione tra i 5.000 e i 15.000 abitanti, si prevedeva un livello di protezione «intermedio», consistete nella sola imposizione della predetta "quota di genere" e nella consequenziale riduzione delle liste non conformi, purché la riduzione non comportasse un numero di candidati inferiore al minimo prescritto per l'ammissione della lista medesima. Infine, nel caso dei comuni con popolazione inferiore ai 5.000 abitanti l'unica previsione di riequilibrio di genere, contenuta nel censurato comma 3 *bis* dell'art. 71 TUEL, consisteva nella mera enunciazione del principio secondo cui «nelle liste dei candidati è assicurata la rappresentanza di entrambi i sessi», non assistita da alcun meccanismo sanzionatorio.

A seguito della pronuncia in esame, la disciplina per le elezioni all'interno dei comuni con meno di 5.000 abitanti risulta notevolmente mutata: i Giudici costituzionali, allineandosi alle prospettazioni del giudice rimettente, hanno introdotto un nuovo meccanismo di esclusione delle liste elettorali non rispettose del principio di rappresentazione di entrambi i sessi, in modo non dissimile a quanto già previsto dal legislatore per i comuni con più di 15.000 abitanti. Tale soluzione, tuttavia, come non manca di far notare la stessa Corte costituzionale, non può «dirsi costituzionalmente obbligata, considerata la varietà dei mezzi a disposizione del legislatore per promuovere la parità di genere e, in particolare, per sanzionare la violazione degli obblighi posti a tale fine»[36]. Si ripropone, dunque, l'annosa questione del rapporto fra l'ampiezza del sindacato della Corte costituzionale, il rispetto del limite della discrezionalità legislativa e il processo di «allentamento delle "rime obbligate"»[37] che negli ultimi anni, salvo alcuni arresti, i Giudici costituzionali hanno portato avanti.

4. *Dalle rime "obbligate" ai versi liberi*

Il contrasto fra la normativa censurata e i parametri di cui agli artt. 3, secondo comma e 51, primo comma, Cost. sui quali la Corte ha fondato la propria decisione – considerando assorbite le questioni relative all'art. 117, comma primo, Cost. – si manifesta sotto la veste dell'irragionevolezza della disciplina e del cattivo uso della discrezionalità legislativa, stante l'obbligo che

[36] Dalla pronuncia in commento, punto 7 del *Considerato in diritto*.

[37] Questa espressione si deve a M. Ruotolo, *Oltre le "rime obbligate?"*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), n. 3, 2021, 70.

discende dalle disposizioni costituzionali di promozione delle pari opportunità tra uomini e donne nell'accesso alle cariche elettive. In particolare, nel ragionamento dei Giudici costituzionali l'ampia discrezionalità di cui il legislatore gode nella disciplina della materia elettorale non può consentire l'adozione di un assetto normativo che difetti di misure volte alla promozione effettiva delle pari opportunità. Il "rimprovero" che la Corte, dunque, muove alle disposizioni censurate non è tanto di aver del tutto mancato di prevedere apposite misure promozionali, quanto di non aver previsto misure adeguate rispetto all'obiettivo perseguito dalla l. n. 215/2012: la mera responsabilità politica cui potrebbero andare incontro i partiti che abbiano presentato delle liste elettorali nelle quali manchino candidati di entrambi i sessi non si configura come un idoneo meccanismo "sanzionatorio".

La normativa in esame si caratterizza per la scelta da parte del legislatore di una misura minima di non discriminazione, non dissimile da altre misure previste dal legislatore, ma che in tale caso «non risulta assistita […] da alcun rimedio per il caso di violazione dell'obbligo: ciò che rende la misura stessa del tutto ineffettiva nella protezione dell'interesse che mira a garantire e, in quanto tale, inadeguata a corrispondere al vincolo costituzionale dell'art. 51, primo comma, Cost.»[38]

Che l'art. 51, primo comma, Cost. oggi imponga al legislatore di attivarsi per far fronte all'esigenze di una maggiore presenza femminile all'interno degli apparati pubblici è ormai indubbio. Ancor prima della riforma costituzionale del 2003 e della succitata sentenza della Corte costituzionale n. 81/2012, già una parte della dottrina si era fatta portatrice di un'interpretazione *gender oriented*, e non *gender blind*, della disposizione in esame[39]. Le successive evoluzioni del testo normativo e della giurisprudenza costituzionale hanno confermato la correttezza di quell'impostazione dogmatica, sicché sul legislatore grava un dovere di individuazione di misure idonee a favorire l'accesso alle cariche pubbliche da parte del genere sottorappresentato che, con la normativa oggetto di censura, non è stato adempiuto.

Come già evidenziato dal giudice rimettente, la irragionevolezza della disciplina e il cattivo uso della discrezionalità del legislatore si manifestano, altresì, sotto il profilo della «ingiustificata disparità di trattamento fra comuni nonché fra aspiranti candidati (o candidate) nei rispettivi comuni». Le candidate nei comuni più piccoli, rispetto alle candidate nei comuni con più di 5.000 mila abitanti,

[38] Dalla pronuncia in commento, punto 6.2 del *Considerato in diritto.*

[39] Si vedano, fra i vari, G. Neppi Modona, *Stato della Costituzione*, Milano, 1995, 188-189; A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, cit.; e i contributi di A. D'Aloia, *Le "quote" elettorali in favore delle donne: il "nuovo" contesto costituzionale e il "precedente" n. 422 del 1995,* e di L. Gianformaggio, *La promozione della parità di accesso alle cariche elettive in costituzione,* in *La parità dei sessi nella rappresentanza politica*, a cura di R. Bin – G. Brunelli – A. Pugiotto – P. Veronesi, cit., 51 ss. e 74 ss.

non godono delle stesse opportunità di accesso alle cariche elettive in mancanza di una qualunque misura posta a presidio del principio di rappresentazione di entrambi i sessi all'interno delle liste elettorali. Tanto basta ai Giudici costituzionali per dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 71, comma 3 *bis*, T.U.E.L. e dell'art. 30, primo comma, lettere d *bis*) ed e), del d.P.R. n. 570/1960, e per accogliere le richieste del giudice *a quo*, addivenendo a una pronuncia additiva che innova profondamente la materia.

Tale pronuncia, invero, introduce un nuovo meccanismo sanzionatorio, prevendendo l'esclusione delle liste elettorali che non presentino, per le competizioni elettorali nei comuni con meno di 5.000 abitanti, candidati di entrambi i sessi. Detto meccanismo sanzionatorio in parte richiama la misura già predisposta dal legislatore per i comuni con più di 15.000 abitanti, ma opera in presenza di presupposti parzialmente differenti, che rendono pertanto la pronuncia *de qua* innovativa, sia in relazione al complesso normativo in esame, sia in relazione alle tecniche decisorie utilizzate dai Giudici costituzionali.

Guardando alla giurisprudenza costituzionale più risalente, non si può non notare una certa parsimonia[40] da parte della Corte nell'utilizzo di pronunce, come le sentenze manipolative, in grado di mettere in crisi il rapporto fra la stessa Corte costituzionale e il legislatore, supplendo in alcune ipotesi anche all'inerzia di quest'ultimo. In uno sforzo classificatorio[41], la dottrina tende a distinguere all'interno del novero delle sentenze manipolative di tipo additivo[42], le pronunce additive di prestazione o garanzia e le pronunce additive di principio. Con le prime «si elimina dall'ordinamento una manifestazione di volontà negativa del legislatore di fronte a una soluzione, invece necessitata/obbligatoria»[43], con le seconde si introduce «una norma che manca, sì, come in tutte le additive, ma che non può dirsi, a differenza del caso precedente, "a rime obbligate", essendo invece possibile una pluralità di soluzioni normative diverse affidate alla discrezionalità del legislatore»[44]. Quando ricorre tale seconda ipotesi, la norma immes-

[40] Nella giurisprudenza costituzionale l'alternativa secca fra sentenze di accoglimento e sentenze di rigetto prospettata dall'art. 136 Cost. è stata abbandonata ben presto, dando spazio, in primo luogo, alle sentenze interpretative di rigetto e, in un secondo momento anche alle altre tipologie di sentenze manipolative. Sul punto si veda F. Modugno, *Corte costituzionale e potere legislativo*, in *Corte costituzionale e sviluppo della forma di governo in Italia*, a cura di P. Barile- E. Cheli- S. Grassi, cit., 19 ss., e anche A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale plurale*, Milano, 2012, 255 ss.

[41] Qui si fa riferimento alla classificazione proposta in A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* Torino, 2022.

[42] Il primo caso di sentenza additiva viene considerata la sentenza Corte costituzionale 26 gennaio 1957, n. 24 con la quale la Corte statuiva l'illegittimità delle disposizioni censurate «in quando sono state omesse le regole sull'ineleggibilità e sull'incompatibilità dei membri degli organi di controllo che si desumono dai principi della legislazione nazionale in materia di enti locali […]»

[43] Sempre A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* cit., 195.

[44] *Ibidem*, 198.

sa nell'ordinamento dalla Corte non si atteggia a una regola positiva elaborata in violazione della competenza del Parlamento, ma si sostanzia in un principio volto a consentire al giudice *a quo* l'individuazione in via ermeneutica della regola per risolvere il caso concreto. Attenendosi strettamente alla suddetta classificazione, quindi, l'ambito operativo delle sentenze manipolative additive dovrebbe essere ristretto ai casi in cui siano rintracciabili le "rime obbligate" di Crisafulliana memoria[45]: in queste ipotesi «la norma, posta dalla Corte manipolando la legge sottoposta al suo giudizio, non deriverebbe da una inammissibile opera di legislazione, bensì da un'attività di interpretazione»[46]. Diversamente, in mancanza di soluzioni costituzionalmente obbligate, la Corte costituzionale tutt'al più dovrebbe limitarsi a elaborare il principio che orienterà il giudice rimettente, per la soluzione del caso concreto, e il legislatore. Questa impostazione dogmatica, tuttavia, si scontra con l'ampio ventaglio di tecniche decisorie di cui si è avvalsa la Corte costituzionale nel corso degli anni e che testimonia, senza peraltro andare esente da critiche[47], l'impossibilità «di configurare le relative decisioni in chiave strettamente giurisdizionale ma, induce, anzi, a decifrarne la portata anche in relazione alle contingenze politiche esistenti nelle diverse fasi della realtà ordinamentale»[48]. La figura delle "rime obbligate", che ha per lungo tempo spiegato e, contestualmente, limitato un certo atteggiamento "interventista" della Corte costituzionale[49], attraversa ormai una fase di declino. È indubbio, invero, che in alcune delle più recenti pronunce i Giudici costituzionali siano andati ben oltre le rime obbligate, che da *felix culpa*[50] si sono trasformate in una gabbia troppo costrittiva[51], sì da giustificare il loro allentamento.

---

[45] L'espressione viene già utilizzata da V. Crisafulli, *In tema di Carta del lavoro e di principi generali del diritto, in Stato e diritto*, 1941, 232 ss., prendendo spunto da F. Ferrara, *Trattato di diritto civile italiano,* Vol. I, Roma, 1921. Successivamente, la teoria delle "rime obbligate", viene ripresa in V. Crisafulli, *La Costituzione ha vent'anni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1976, I, 1694 ss.

[46] Così G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 657.

[47] Si veda G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA. VV., *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, cit., 763 ss.

[48] V. Baldini, *Le decisioni manipolative*, in *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998)*, a cura di M. Scudiero – S. Staiano, Napoli, 1999, 96.

[49] Sul punto si veda M. Ruotolo, *l'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 2, 2019, 644 ss., e in particolare p. 653, in cui si afferma: «le "rime obbligate" giustificano un intervento "immediato" della Corte, ove realmente la lacuna incostituzionale possa da subito essere colmata senza invadere la sfera di discrezionalità del legislatore; al contempo, le "rime obbligate" impediscono alla Corte di intervenire subito, ove l'intervento legislativo si riveli indispensabile nella scelta delle diverse opzioni per colmare la lacuna incostituzionale».

[50] Questa espressione è del Presidente emerito della Corte costituzionale Gaetano Silvestri.

[51] L'espressione "versi sciolti" è di D. Tega, *La traiettoria delle rime obbligate. Da creatività eccessiva, a felix culpa, a gabbia troppo costrittiva,* in *Sistema penale* (www.sistemapenale.it)*,* n. 2, 2021.

Questo fenomeno di allentamento delle rime obbligate si osserva ad esempio laddove, rispetto alla questione di legittimità costituzionale sottoposta alla Corte, acclarata l'illegittimità delle disposizioni censurate, si prospettino più soluzioni costituzionalmente possibili. In simili casi, i Giudici costituzionali, per non lasciare "zone franche" esenti dal controllo di costituzionalità, spesso rivolgono dapprima un monito al legislatore, *sub specie* di sentenza di inammissibilità o di rigetto, riservandosi solo in "seconda battuta" un intervento più pregnante. Segnatamente, la Corte costituzionale, stante l'impossibilità di individuare una soluzione vincolata, tende a interviene con una sentenza manipolativa soltanto ove la questione venga sottoposta nuovamente alla sua attenzione e qualora il precedente monito rivolto al legislatore sia rimasto inascoltato. Questa impostazione basata su una doppia pronuncia della Corte costituzionale, che trova sempre maggiore applicazione[52], testimonia un primo indebolimento del limite della discrezionalità legislativa soprattutto in materia penale[53], in cui la scelta di tale schema decisionale ben si sposa con la riserva di legge prevista a livello costituzionale, nonché nell'ambito del diritto amministrativo, in tema di proporzionalità delle sanzioni a carattere punitivo.

La decisione in commento, ponendosi nel solco del percorso di progressivo allentamento delle "rime obbligate", vede la Corte compiere un ulteriore passo in avanti con l'elaborazione di una sentenza manipolativa che, da un lato, non propone una soluzione obbligata, ma solo «costituzionalmente adeguata», e che, dall'altro, non è stata neanche preceduta da alcun monito specifico rivolto al legislatore. All'esito di tale pronuncia, ci si ritrova dinnanzi a una nuova disciplina, certamente più ossequiosa dei principi costituzionali e in particolare degli artt. 3 e 51 Cost., ma forse non rispettosa, almeno non con lo stesso grado di certezza, del limite della discrezionalità legislativa. La sentenza n. 62 del 2022, invero,

[52] A titolo meramente esemplificativo si segnalano le sentenze: Corte costituzionale 5 dicembre 2018, n. 222, in tema di pene accessorie nei delitti di bancarotta, preceduta da monito contenuto nella pronuncia Corte costituzionale 31 maggio 2012, n. 134; Corte costituzionale 8 marzo 2019, n. 40, sul trattamento sanzionatorio per i reati riguardanti gli stupefacenti, preceduta da monito Corte costituzionale 13 luglio 2017, n. 179; Corte costituzionale 19 aprile 2019, n. 99, sulla concessione della detenzione domiciliare "umanitaria" per le ipotesi di grave infermità psichica, preceduta da monito contenuto nella pronuncia Corte costituzionale 12 aprile 1996, n. 111; Corte costituzionale 12 giugno 2020, n. 113, sui termini per la proposizione del reclamo avverso provvedimenti relativi ai permessi premio, preceduta da monito contenuto in Corte costituzionale 4 luglio 1996, n. 235.

[53] La materia penale rappresenta uno degli ambiti in cui la teoria delle "rime obbligate" per lungo tempo ha avuto difficoltà a inserirsi. In considerazione del rigoroso principio di legalità che caratterizza tale settore del diritto (art. 25, secondo comma, Cost.) per molto tempo le sentenze additive, anche a "rime obbligate", hanno faticato a trovare diffusione. Questa rigida impostazione oggi è venuta meno, sicché le sentenze additive in materia penale, soprattutto su temi come la dosimetria della pena, rispondono all'esigenza di adeguare disposizioni arbitrarie, a fronte di un'inerzia legislativa che rischia di vanificare gli altri principi di rilievo costituzionale che sorreggono la materia (fra tutti, il principio del finalismo rieducativo della pena).

non può essere ricondotta al novero delle sentenze additive di principio perché, nonostante il richiamo alla «possibilità per il legislatore di individuare, nell'ambito della propria discrezionalità, altra – e in ipotesi più congrua – soluzione»[54], ciò che la Corte introduce nel sistema non è un mero principio generale volto a ispirare un futuro intervento legislativo, ma una regola concreta, destinata ad avere pronta e diffusa attuazione. Per tali ragioni, la pronuncia si iscrive in quella che può essere considerata come una fase di ulteriore allentamento delle "rime obbligate", caratterizzata da un intervento tempestivo dei Giudici costituzionali, che non trasmettono alcun monito al legislatore, né tantomeno utilizzano alcuna delle altre tecniche decisorie[55] volte a ricercare un equilibrio fra l'esigenza di non creare "zone franche" esenti dal controllo costituzionale e l'esigenza di rispettare i limiti cui è sottoposto lo stesso sindacato di legittimità costituzionale[56].

D'altra parte, la sensazione che suscita la pronuncia n. 62/2022 è che la Corte costituzionale non abbia neanche voluto soffermarsi in modo particolare sul problema del possibile travalicamento dell'ambito della discrezionalità legislativa: benché l'esistenza di tale problema sia stato evidenziato dalla difesa erariale, che ha così eccepito l'inammissibilità della questione, la Corte sul punto si è limitata brevemente ad asserire che il meccanismo di esclusione delle liste elettorali che non presentino candidati di entrambi i sessi integri una misura solo *latu sensu* sanzionatoria pertanto, in quanto tale, non sottoposta a quei vincoli derivanti dall'art. 25, secondo comma, Cost. Tuttavia, sotto tale profilo, il limite all'intervento additivo della Corte costituzionale andava ricercato non tanto nell'art. 25,

[54] Dalla sentenza in commento, punto 7.2 del *Considerato in diritto.*

[55] A titolo esemplificativo si possono segnalare le ordinanze motivate con rinvio a data fissa, volte a sollecitare proprio un intervento nelle more del legislatore, al fine di evitare una declaratoria di incostituzionalità (ordinanz3 Corte costituzionale 16 novembre 2018, n. 207 e 26 giugno 2020, n. 132).

[56] La sentenza in commento non rappresenta il primo esempio di abbandono dello schema decisionale basato sul precedente monito al legislatore seguito poi, e solo in via eventuale, dalla pronuncia additiva "eccedente" il limite delle cc.dd. rime obbligate: a titolo esemplificativo si possono segnalare le sentenze: Corte costituzionale 13 gennaio 2014 n. 1, inerente anch'essa alla materia elettorale; Corte costituzionale 4 dicembre 2019, n. 253, o ancora Corte costituzionale 13 aprile 2021, n. 63 e Corte costituzionale 1 febbraio 2022, n. 28 richiamate dagli stessi Giudici costituzionali nella motivazione della pronuncia in epigrafe. Per un approfondimento sulla sentenza Corte cost. n. 1/2014, si rinvia a V. Tondi Della Mura, *La discrezionalità del legislatore in materia elettorale, la «maieutica» della consulta e il favor (negletto) verso il compromesso legislativo: continuità e discontinuità fra le sentenze n. 1 del 2014 e n. 35 del 2017*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 1, 2018; A. Martinuzzi, *La fine di un antico feticcio: la sindacabilità della legge elettorale italiana*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2014; R. Bin, *"Zone franche" e legittimazione della Corte*, in *Forum di Quaderni Costituzionali* (www.forumcostituzionale.it), 2014; M. Armanno, *Diritto di voto, rappresentanza ed evoluzione del sistema dei partiti politici. Riflessioni a margine della recente giurisprudenza costituzionale*, in *Rivista AIC* (www.rivistaaic.it), n. 4, 2014; L. Trucco, *Il sistema elettorale Italicum alla prova della sentenza della Corte costituzionale n. 1 del 2014 (note a prima lettura,* in *Consulta online* (www.giurcost.org), 2014.

secondo comma, Cost.[57], invocato dall'Avvocatura generale dello Stato, quanto nell'art. 28 della Legge 11 marzo 1953, n. 87 (Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale), ove si prevede che «il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento».

Sull'interpretazione di tale disposizione «dalla formazione non felice e ambigua per più aspetti»[58] gli sforzi ricostruttivi in dottrina sono stati numerosissimi[59] e non hanno mancato di evidenziare la debolezza intrinseca di tale disposizione. Il concetto di "discrezionalità legislativa" d'altra parte è sfuggente e «indocile a lasciarsi piegare entro moduli stabilmente conformativi»[60], sicché la determinazione dell'ambito entro il quale la Corte costituzionale può muoversi risulta complessa e in gran parte lasciata alla sensibilità e all'"autocontrollo" della stessa Corte, con risultati sovente ondivaghi. Per usare le parole di Zagrebelsky, «l'esigenza di rispetto della sfera di libertà politica del legislatore si risolve spesso in un apprezzamento storicamente relativo, condotto non sul carattere astratto delle valutazioni operate dalla Corte ma su quello concreto delle vicende e degli indirizzi politico-legislativi in corso»[61]. Ebbene, in tal senso si può certamente evidenziare il mutato contesto politico e sociale in cui la sentenza in commento si inserisce: un contesto molto più sensibile al tema della parità fra i generi e molto più avvezzo all'utilizzo delle azioni positive in materia di competizioni elettorali. Tuttavia, permane la necessità di specificare in concreto i limiti oltre i quali gli interventi additivi della Corte non dovrebbero spingersi.

Con riferimento alla vicenda in commento, il sistema predisposto dal legislatore in materia elettorale – costituito da un lato, dalle misure antidiscriminatorie per quote, e dall'altro, dalle misure meramente esortative come quelle oggetto delle disposizioni censurate – risultava difficilmente giustificabile e ragionevole, richiedendo di conseguenza un intervento dei Giudici costituzionali. Il persistente *deficit* di presenza femminile nell'ambito della rappresentanza politica e il consequenziale *vulnus* alla tutela del diritto all'elettorato passivo si pongono come problemi diffusi a tutti i livelli in cui si svolge la competizione elettorale, e

[57] Su tale aspetto la Corte costituzionale nella sentenza in commento si sofferma molto brevemente, al punto 4 del *Considerato in diritto*, evidenziando la non applicabilità alla vicenda dei principi di legalità e di irretroattività sfavorevole che devono caratterizzare la disciplina e l'irrogazione delle sanzioni penali e delle sanzioni punitive in senso stretto.

[58] A. Ruggeri – A. Spadaro, *Lineamenti di giustizia costituzionale,* cit., 123

[59] Si veda per tutti L. Arcidiacono, *Discrezionalità legislativa e giurisprudenza della Corte a confronto in tre recenti decisioni*, in A. Ciancio, *Persona e «demos». Studi sull'integrazione politica in Italia e in Europa,* Torino, 2010, 2 ss.

[60] S. Staiano, *Introduzione*, in *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998,* a cura di M. Scudiero- S. Staiano, cit.

[61] G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale,* cit.*,* 564.

invero, nessuna evidenza statistica, sociologica o scientifica consente di ritenere superfluo un intervento promozionale del legislatore nei comuni di dimensioni minori. La preservazione del sistema di misure antidiscriminatorie come predisposto dal legislatore avrebbe significato continuare a ignorare la pervasività del problema in contesti in cui, proprio per le minori opportunità che alcuni piccoli comuni offrono rispetto alle grandi aree urbane, tale problema si pone come più complesso da risolvere. Nel ragionamento dei Giudici costituzionali, inoltre, la soluzione prospettata dal giudice *a quo* e accolta nella sentenza in oggetto, si inserisce «nel tessuto normativo coerentemente con la logica perseguita dal legislatore: essa non altera il complessivo sistema delle misure di promozione delineato dalla l. n. 215/2012, che conserva comunque il carattere di gradualità in ragione della dimensione dei comuni»[62]. Tuttavia, a ben vedere, la gradualità dell'impianto normativo non riguardava esclusivamente le diverse misure antidiscriminatorie previste, ma anche le diverse sanzioni comminate a fronte della mancata attuazione delle misure di promozione. La sentenza in epigrafe ha, quindi, alterato quel sistema di sanzioni a intensità progressiva predisposto dal legislatore, prevedendo per i comuni di dimensioni più ridotte un meccanismo di esclusione delle liste elettorali simile al sistema già operante nei comuni con più di 15.000 abitanti, ma che non è previsto per i comuni aventi dimensioni intermedie che contano fra i 5.000 e i 15.000 abitanti.

All'esito di tale pronuncia, è l'intero complesso normativo che risulta modificato con il venir meno di quella corrispondenza, anch'essa voluta dal legislatore, fra intensità della misura *latu sensu* sanzionatoria e dimensione del comune. Per tale ragione, anche a fronte della configurabilità di altre soluzioni meno "invasive", le argomentazioni brevemente addotte dalla Corte a sostegno della scelta di accogliere totalmente la modifica prospettata dal giudice rimettente non convincono del tutto ed evidenziano quanto sia labile e di difficile individuazione il confine fra interventi additivi, coerenti con l'impianto normativo già esistente, e interventi che sconfinano nell'ambito delle attribuzioni legislative.

5. *Alcune considerazioni conclusive*

Appare evidente che, nonostante il limite della discrezionalità legislativa venga ancora invocato dai Giudici costituzionali per motivare pronunce di inammissibilità, lo spazio in cui si muove la Corte, in questa fase dei rapporti con il legislatore, si sia notevolmente ampliato e potenzialmente continuerà ad ampliarsi, nonostante la materia elettorale sia «tradizionalmente ascritta tra quelle in cui la discrezionalità del legislatore dovrebbe trovare la sua più ampia espressione»[63].

[62] Dalla sentenza in commento, punto 7.2 del *Considerato in diritto*.

[63] Così M. Armanno, *La garanzia dell'elettorato passivo: Corte costituzionale e Parlamento (ancora) alla*

I *revirements* della Corte costituzionale nelle ipotesi di moniti al legislatore seguiti da pronunce di accoglimento, così come le pronunce additive che direttamente accolgono soluzioni non costituzionalmente obbligate, ma semplicemente "adeguate", denunciano «l'inanità di ogni sforzo inteso a marcare il displuvio tra area riservata alla scelta discrezionale del legislatore e sfera del sindacato di legittimità costituzionale»[64]. Di conseguenza, stante l'impossibilità di tracciare una netta linea di confine fra i due ambiti, appare ragionevole pronosticare un ulteriore ampliamento dell'area di intervento dei Giudici costituzionali, a fronte di uno stato di immobilismo dal quale il legislatore sembra incapace di uscire.

In passato non sono mancate ipotesi in cui la Corte, ancorché invitata dal giudice rimettente a emettere una sentenza additiva, si è limitata ad accogliere la questione di legittimità costituzionale senza porsi il problema dei possibili vuoti di disciplina conseguenti alla pronuncia di accoglimento. Questa prassi, tuttavia, oggi appare sempre più in disuso a fronte di un crescente *horror vacui*[65], comprensibile anche alla luce dell'elevato numero di moniti rimasti inascoltati nel corso degli anni[66].

Entrando nella specificità della materia elettorale, la maggiore "disinvoltura" della Corte costituzionale nell'elaborazione di sentenze come quella in commento può, inoltre, attribuirsi alla diversa portata che il principio di parità di accesso alle cariche elettive oggi assume. Dal breve *excursus* effettuato sulla giurisprudenza costituzionale, emerge come il principio *de quo* si sia evoluto, travalicando le stringenti logiche dell'uguaglianza formale, per inserirsi nella prospettiva sostanziale dell'uguaglianza, assurgendo, infine, a "canone di legalità", cui «la politica

ricerca di strumenti adeguati di tutela giurisdizionale, in *dirittifondamentali.it* (www.dirittifondamentali.it), n. 3, 2021, 103 ss., e in particolare p. 124, cui si rinvia per ulteriori riflessioni, a partire dalla pronuncia della Corte costituzionale n. 48 del 2021, sul tema dell'utilizzo delle sentenze additive della Corte costituzionale in materia elettorale e del ruolo della discrezionalità legislativa.

[64] Così V. Baldini, *Le decisioni manipolative*, in *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998),* a cura di M. Scudiero – S. Staiano, cit., 134.

[65] Appare opportuno segnalare sul punto le osservazioni sui lavori dell'Assemblea costituente in tema di strumenti di raccordo fra Corte costituzionale e Parlamento contenuta in N. Assini, *Il seguito (legislativo) delle sentenze della Corte costituzionale in Parlamento*, in AA. VV., *Scritti sulla Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*, cit., 21 ss.

[66] Per un'eccezione si veda sentenza Corte costituzionale 23 settembre 2021, n. 185, nella quale la Corte ha ritenuto di dover dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 7, comma 6, secondo periodo, del decreto-legge 13 settembre 2012, n. 158 (Disposizioni urgenti per promuovere lo sviluppo del Paese mediante un più alto livello di tutela della salute) anche a fronte dell'impossibilità di individuare soluzioni sanzionatorie che potessero essere sostituite a quella dichiarata costituzionalmente illegittima, determinando in tal modo la creazione di un vuoto normativo. La decisione ha, pertanto, assunto carattere meramente ablativo delle norme censurate in quanto, nel ragionamento della Corte, il *deficit* di tutela conseguente all'ablazione della norma denunciata non attinge a quei livelli che rendono indispensabile la ricerca di soluzioni sanzionatorie alternative, costituzionalmente adeguate, suscettibili di essere sostituite, in attesa di un intervento legislativo (si veda punto 3 del *Considerato in diritto*).

deve attenersi, in ossequio ai fondamentali principi dello Stato di diritto»[67]. In tale prospettiva, la maggiore portata assunta dal principio di cui all'art. 51, primo comma, Cost. può considerarsi il presupposto per un intervento più pregnante, anche in assenza di soluzioni costituzionalmente obbligate. Rimane, tuttavia, insoluto il problema dell'individuazione, nel caso concreto, dei limiti fino a cui gli interventi additivi possano spingersi, come dimostra la pronuncia in commento.

Ma vi è di più. Se non si può che valutare favorevolmente, quantomeno sul piano sociale, l'intervento della Corte volto a dare ulteriore linfa al processo di parità di genere in materia di rappresentanza politica, non si può al contempo non notare come l'intervento della Corte supplisca all'ennesima inefficienza legislativa. Tale inerzia sollecita riflessioni sullo stato di salute di un sistema politico e rappresentativo[68] che non sembra del tutto in grado di tenere il passo con le sfide e le istanze più attuali, fra le quali certamente spicca anche il tema delle pari opportunità uomo- donna[69], centrale anche alla luce del PNRR[70].

[67] Corte costituzionale, sentenza 2 aprile 2012, n. 81, punto 4.2 del *Considerato in diritto.*

[68] Sul punto, in V. Baldini, *Le decisioni manipolative*, in *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale (1988-1998),* a cura di M. Scudiero- S. Staiano, cit., 135, si rileva come dietro tale situazione si «cel[i] l'insidia di una progressiva giurisdizionalizzazione delle questioni politiche che potrebbe indebolire, alla lunga, la legittimazione degli organi rappresentativi e, perciò, il valore stesso della legge come espressione di un processo democratico di decisione». Sulle ragioni sottese al proliferare della giurisprudenza "normativa" della Corte costituzionale si veda anche G. Silvestri, *Le sentenze normative della Corte costituzionale*, in AA. VV. *Scritti sulla Giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli,* cit., 755 e M. Ruotolo, *Il giudice costituzionale: custode della Costituzione o dei diritti e degli equilibri istituzionali?,* in *Federalismi* (www.federalismi.it), n. 4, 2022, 883 ss.

[69] Per alcune riflessioni sullo stato di attuazione nel nostro ordinamento del principio costituzionale di parità di genere, anche in considerazione dell'impatto negativo che l'epidemia di Covid-19 ha avuto sul tasso di occupazione femminile, si rinvia a M. D'Amico, *I diritti delle donne fra parità, differenza e uguaglianza in una società complessa*, in *Federalismi* (www.federalismi.it), n. 7, 2022.

[70] C. Tripodina, *I gradini di pietra della parità di genere*, in *Costituzionalismo.it* (www.costituzionalismo.it), n. 2, 2021.

Abstract

Le misure antidiscriminatorie nel campo della rappresentanza politica, a poco meno di trent'anni dal primo intervento legislativo e di giustizia costituzionale in materia, rappresentano ancora un tema di forte attualità, che si colloca al centro delle dinamiche fra Corte costituzionale, legislatore, partiti politici e corpo elettorale. In questo contesto, il presente scritto si propone di analizzare la sentenza n. 62 del 2022 della Corte costituzionale che, nella sua "veste" di pronuncia additiva, rappresenta un ulteriore passo avanti nel cammino volto ad assicurare una maggiore presenza di candidati di sesso femminile nelle competizioni elettorali e, soprattutto, la piena attuazione all'art. 51, primo comma, Cost. La tecnica decisionale adottata della Corte si presta, inoltre, a riflessioni di più ampio respiro, inerenti al delicato equilibrio fra l'esigenza di evitare "zone franche" dal controllo di costituzionalità e il rispetto della discrezionalità legislativa, in un contesto ormai indirizzato verso il definitivo superamento del limite delle "rime obbligate".

Constitutional Court Judgment No. 62 of 2022 and the principle of gender equality in municipal elections.

Anti-discrimination measures in the field of political representation, a little less than thirty years after the first legislative and constitutional justice intervention on the subject, are still a highly topical issue, which lies at the heart of the dynamics between the Constitutional Court, legislators, political parties and the electoral body. In this context, this paper proposes to analyse Constitutional Court ruling no. 62 of 2022, which, in its 'capacity' as an additive ruling, represents a further step forward on the path to ensuring a greater presence of female candidates in electoral competitions and, above all, the full implementation of Article 51, first paragraph, of the Constitution. The decision-making technique adopted by the Court also lends itself to broader reflections on the delicate balance between the need to avoid "enclaves" from constitutional review and respect for legislative discretion, in a context now moving towards the definitive overcoming of the limit of "obligatory rhymes".

L'angolo delle libertà

The constitutionally guaranteed right not only to *receive*, but also to *provide* solidarity

di Pier Luigi Portaluri

1. Despite my role of Professor in Administrative Law, I'm a person fully interested in other branches, as architecture, city life, planning and building, ecological rights, wild animals' life, nature. There's a notion I'm tied to: the "vital minimum", or – as the German doctrine called it – *existenzminimum*. It is a concept transplanted in the Italian urban planning law in 1968, when a glorious battle was won to finally trigger a juridical idea of a sustainable, liveable city; I'm referring to the fabled d.m. no. 1444 of 1968, which – for the first time in our country – made politicians, citizens, people, understand that there were boundaries to decay of houseliving. As Aristotele said, indeed, "living" essentially means "living well"[1].

It basically stands for – I add – living as the well-known Constitution of the United States of America (USA) says: searching – if possible – happiness. We have to try to reach happiness[2]. But this happiness cannot ever be reached without considering "the other", "the neighbour". And that's a thing I deeply feel: there's a well-known serenade by Rodriguez[3], a man that faced from the inside the Cuban Revolution, that says he is happy, really and deeply happy (*muy feliz*), and – at the same time – he apologizes to everyone has suffered for his happiness. Well, I think this is the sense of the real solidarity: to be grateful for everything – and everyone – has let a man, an animal, a *being*, when he could to, live pleromatically (I'm using the unforgettable words of a Master, Luigi Lombardi Vallauri). That is, to live fully and plenty of spirit.

Seizing the day, but also watching prudentially to the future. Here is the topic of the next generations: an issue that I will just touch on.

I said that I'm a jurist, but I love to snoop and look around even in fields that do not typically belong to law. Therefore, there's a famous opera – in my opinion, the most gorgeous of the XXth century – that describes the profound sense of solidarity: Parsifal.

---

[1] F. Chiereghin, *"Vivere" e "vivere bene". Note sul concetto aristotelico di πρᾶξις*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 95e Année, No. 1, Questions d'éthique (Janvier-Mars 1990), 57-74.

[2] The Declaration of independence of (July 4, 1776) states: «*We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness* […]».

[3] Silvio Rodriguez, *Pequeña Serenata Diurna*: «*Soy feliz, / Soy un hombre feliz, / Y quiero que me perdonen / Por este día / Los muertos de mi felicidad*».

Parsifal has born to be «illuminated by *pietas*», by compassion, an expression Wagner gifts us with: «*durch Mitleid wissend*», that is «being illuminated through the *Mitleid*», that is the *cum-pati*, that is – we should say, finally – the Latin *pietas*.

Here is – in my opinion – the deepest, meta-Christian, meta-Buddhist and meta-secular, root of being men raised through the *Mitleid*.

I'm opening a really short digression: we should notice that the first expression of compassion in the opera shows up when Parsifal, callow chevalier even if already chosen, is waited by Gunermanz and Amfortas; well, Parsifal enters the sacred enclosure of the woods, foolishly picks bow and arrows and takes a shoot, killing a swan. He's immediately reproved by Amfortas, who asks «what did these swans did to you? What did these creatures do to you, to deserve this?»[4]; Parsifal realizes the crime he has just done and breaks his bow and arrows on his knee.

A great Italian musicologist – Paolo Isotta[5] – in his work *De nonnullis animalium sermonibus* noticed that the first *Mitleid* – the first act of compassion done by the man that will be the perfect foolish, able to give up for saving others – is done towards non-human creatures.

So I like to imagine that the paths of solidarity will overcome the strict anthropocentric sight, and embrace the consideration already present in the Christian thought – even in the Buddhist one, in a more consubstantial way: that is the idea of compassion as the universal release from the pain. Think about the Latin prayer, Pater Noster: *libera nos a malo* could be a prayer to release us from the pain, and not from a generic ache. But the prayer for releasing us from the pain, from the bad and painful living, probably roots the idea of solidarity and aims to be the law of Creation: that is, a constitutive line for the juridical thought in the path of solidarity.

If so, then the juridical thought has to match with the written text, with the Constitutional norm, in a very free, and deeply creative, way. I remember everyone that *to create* can be translated in Greek with the noun Ποίησις: I will say later about that.

2. In my point of view, solidarity means – first of all – recognizing the other. This consideration may appear obvious, but it's not. It's possible to recognize the other that is «equal to ourselves»: a human being. There are many works by

[4] R. Wagner, *Parsifal, erster Aufzug*. «*Unerhörtes Werk! Du konntest morden, hier im heil'gen Walde, des' Stiller Friede dich umfing? Des Haines Tiere nahten dir nicht zahm, Grüssten dich freundlich und fromm?*» «Opera inaudita! Hai potuto uccidere, qui nella foresta sacra, la cui pace silente t'avvolgeva? Non ti si accostarono mansuete le creature del bosco, salutandoti insieme pie ed amiche?».

[5] P. Isotta, *De nonnullis animalium sermonibus*, in AA.VV., *Tutti gli animali, io pure, si esprimono* (Atti del convegno internazionale BIOGEM "Le Due Culture", VIII ed., Ariano Irpino, 7-11 settembre 2016), Soveria Mannelli 2017,65 ss., esp. 72 ss.

a colleague of ours, Luigi Nuzzo[6] about the shades of personality and person and subject in juridical fields that have been – and still are – in great difficulty to reach the social and economic western realities. For example, the Charter of United Nations still has an incredible art. 73, that consents limitations to self-government to those territories «whose peoples have not yet attained a full measure of self-government»: that is, «*not yet*»[7] civilized.

So, the international law idea of a person that is not always the same – not all men are effectively equal – is hard to die.

The roots of this disparity undermine solidarity thinking: they can be settled in a wonderful – but maybe dangerous, beyond all the fireworks – opera, the last masterpiece by Shakespeare, *The tempest*. We all know the plot. But there's a really interesting scene: a dialogue between men and another, deformed, man. Shakespeare calls him with a weird name: Caliban. But our Author had fun in inventing the so-called malapropisms, that is to crook names giving them a different (opposite) meaning from the normal. That's what he does with Caliban. Caliban means nothing. But just try to pronounce it with a British accent: it can be easily transformed in *Cannibal*; or *Caribbean*. That name can easily be used to identify people – in a certain way – halved in their own being creatures, people that don't have full juridical personality and rights; therefore, people that cannot receive solidarity, because they cannot be recognized by other people. They are not far from non-human creatures: I don't like to call them "animals", because the noun "animal" used to be noble and kind, employed by Dante in his Comedia[8], and then has become heavy and derogatory, declining.

Therefore, the sense of solidarity is wide, and it has to be reconsidered in a new light, far from the narrow text of our Constitution: in which we read – at art. 2 – the expression «duty» of solidarity.

The preparatory papers of the Constituent Assembly give proof of a long argument between Togliatti and Dossetti, with an uncontainable La Pira that had a great fun even in climb over Togliatti to the left wing. Togliatti himself, always firm on the idea "no enemies at left", was in a sincere difficulty: whence his brilliant intuition in telling, about the compromise on the text of the art. 2 Cost., «we perfectly agree on the principle at only one condition: don't ask us why».

That happened because the foundational reasons of that agreement were

---

[6] I'm here referring to L. Nuzzo, *Autonomia e diritto internazionale. Una lettura storico-giuridica*, in *Autonomia, unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 43, tomo II, 2014, 651 ss.

[7] The norm says «*territories whose peoples have not yet attained a full measure of self-government*»: see L. Nuzzo, *op. cit.*, esp. 655.

[8] «*O animal grazioso e benigno*», Paolo calls his beloved Francesca in the famous *Capitulum V dell'Inferno* (see also the beautiful, controversial, critical edition of *Dantis Alagherii Comedia* – edited with the criteria of lachmanniann arms – by F. Sanguineti, Firenze, 2001).

stick on opposite positions. The solidarity principle and the mandatory rights and duties were inserted in Constitution for – not different, as Barbera says, but even – opposite (Dogliani, comment on art. 3) reasons. On one side, the reason was the protection of the individuals against possible collectivist expansions; on the other, it was the perfect opposite. It derived the synthesis today present in art. 2 Cost.

Let's get to more recent times: the fundamental principles in Constitution, the *super Constitution*, that one called by Predieri «the face of Republic».

I'm referring to art. 9 about landscape and cultural heritage. That is a test bench for what I mean by saying solidarity.

As we all know: calm and sleepy, art. 9 used to rest unrealized until the '70's did wake it up from a too long numbness: it's the long wave coming from the USA, for someone; for others, at the opposite, it's an awakening of the conscience of Europe in 1968. The only certainty is that art. 9, in that moment, becomes the centre of a real debate.

In brackets. Even for art. 9 the preparatory works register an extraordinary thing: there's a debate between the catholic and the Marxist stream, and when Aldo Moro – on one side – and Concetto Marchesi – on the other one – proposed to put (even!) in the fundamental principles the protection of landscape, the stenographer records «laughs of the Assembly». That means that in 1948, in a Country destroyed by the Second World War, a norm about the protection of landscape, that means an expression of solidarity to the face of the Republic, was even a funny thing for the Constituents; but Moro and Marchesi had a long eye: that disposition became a fundamental principle.

3. Why am I speaking about landscape? Because the problem of solidarity in the view of the Administrative law, in my opinion, has already had two important test benches that clearly show how narrow is the juridical approach in respect of the good to be protected.

It took several years – we've waited until the 1990's – to have norms (before) and jurisprudence (then) that could fix the forms of trial active legitimation to appeal against administrative acts injurious for landscape.

Another interesting thing. In 1967 Italian legislator posed a weird disposition, art. 31 of the principal city planning law (law no. 1150/1942) as modified by the so-called *legge ponte* (literally *bridge-law*), according to which – pay attention please – «*anybody*» (chiunque) could appeal against acts that were injurious for territory (that means building licenses, *etc.*). That's the era of the participation by private citizens to administrative organizations and action; the doors of Administrative trial are open to everyone; so the urban planning law reaches the first realization of the dream of solidarity among "what has been in the past" (the answer of stones from the past years and centuries), "what is now" and "what we would preserve".

Wonderful disposition; erased too soon. The Council of State immediately stopped it. That «anyone» doesn't mean – against *littera legis* – «anyone», nevertheless it's written so. Because – to attack administrative acts injurious for territory – actors must have some legitimation "filters". Here's a break of solidarity, a wound. What could that filter be? It's still obscure. A never precise, fuzzy, *vicinitas*. That means a sort of proximity to the possible injury, to the damage. A physical proximity. How much proximity? We still don't know. It's a flexible concept. Too flexible. That's the opposite of solidarity! We can imagine an axiological proximity: even those people that are not physically interested to injury can attack the act; not for themselves, but for the territory. That's the concept of solidarity I mean, indeed.

What can I say about all that? I think to the concept of "providing". Solidarity as a right to "providing". That's the point. Is that a right to *receive* solidarity? Or to *provide* it, in the light of subsidiarity? Can we extend the concept of constitutional right to solidarity: not only to receive, but also to provide it. A right with an *active* characterization, not only *passive*.

There's another colleague – and close friend of mine: Vincenzo Tondi Della Mura[9]. He says that – attention – there's a *surplus* situation: there are many and wide margins not covered by the constitutional norm about solidarity, not covered by the public intervention (and today even private, the so-called third sector) but still there are exceeding, unplowed fields, where's space for the right to provide solidarity services. That means that the expression «*duty of solidarity*» we read in Art. 2 of our Constitution can break. It has a more complex sense.

That expression easily breaks: because we untie the concept of solidarity from its deontic connotation. That's a duty no more: or, when it's not a duty as said in that norm, it's still a constitutional "right to". When there's no more duty to provide solidarity, we can see a right to provide it in a precise service. Pay attention: even when the law disposition does not establish a specific service. That's the point.

The right *of* solidarity (and not that *to* solidarity) poses a problem of constitutionality for all legislative dispositions that narrow the field of action of the privates.

In my opinion – from a political point of view – this can be a precious way of thinking because it allows to insert the great private energies in the flaw of solidarity beyond the dispositions that consent that in the third sector. The parameter of solidarity moves, completely changes: it goes out from art. 2 – no

[9] V. Tondi della Mura, *La solidarietà fra etica ed estetica. Tracce per una ricerca*, in *Rivista AIC*, n. 00 del 2.7.2010 See also, by the same Author, *Le prospettive di sviluppo del terzo settore avviate dalle riforme della XIII legislatura*, in *Non profit*, 1/2001, 5 ss.; *Il "tempo" della sussidiarietà: un'introduzione*, in *Federalismi.it*, 4/2013; *Riforma del Terzo settore e principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 3/2017, 47 ss.; *Della sussidiarietà orizzontale (occasionalmente) ritrovata: dalle linee guida dell'Anac al codice del terzo settore*, in *Rivista AIC*, 1/2018, 23 ss.

more duty – and comes in the art. 3, par. 2, it becomes the right (own by the private) to take the great way for catching the sun on the horizon, the sunset that has to be catched pleromatically, I repeat.

This change of the paradigm from *duty* to *right* to solidarity is, in my opinion, guaranteed by art. 3 Cost., so it has protection even against legal disposition that aim to narrow its field.

4. So, now it's only a matter to *activate* this guarantee. Substantially and in trial. I'm doing a necessary referring to all those studies that constitute a background for these reflections of mine: studies of the German civil doctrine, sociological and philosophical, that reflects about subjects and legal order.

I just take my first step from a peculiar opening by Jhering. He said, in the openness of the roman law spirit, that we can never avoid the concept of the "certainty of the claim". This is the subjective right of each of us: one's claiming against another. A vs. V: someone calls it "juridical binarism". But, to get to it, to allow some "A" subject to claim against a "B", it's necessary to have a norm that shines a light on A. That gives him the chance to do this.

And what if "A" doesn't claim? Well. Jhering says that we can do nothing, because «we cannot close clouds in a bag»: if we can determine the claim, there's a possibility; if we cannot, politics' choices cannot be juridified. We need, for this, the subjective right.

Well, this idea is starting to get crisis. Two great studies witness that. I'm referring to Gunther Teubner (Germany) and Pasquale Femia (Italy).

Femia, in a past congress, presented a speech having an extremely argumentative title: «the necessity to put clouds in a bag»; because, today, we cannot be satisfied anymore by the drawing pattern of the politician in the juridical scheme. We must imagine the law is a cloud, and we are in it; so when we pass it, everyone of us has a legitimation to spend. Femia calls this situation "trans-subjective rights".

The idea is therefore launched. It is not, if we want, an idea very far from our juridical culture, or rather, from the juridical culture that we have forgotten: I am referring to the pluri-millenary juridical tradition of Roman law which distinguished between *res nullius* and *res communes omnium*, that is the common goods; that's an idea that – through the karst route of the Middle Ages it slowly subsided until in Italy, with the Rodotà Commission – we recently tried to bring back into vogue; attempt failed, however the problem remains there and we hope it can be recovered.

What does all this teach us? I'm referring to the Ποίησις I mentioned above. We must try to overcome the screen of subjective law through a vision that today may seem bold to us but that probably, in a short time, if we have the courage to experiment, it could appear to be a received right.

This is why the Ποίησις, what Hölderlin said: «*dichterisch, wohnet der Mensch auf dieser Erde*», «poetically lives man on this earth».

Elenco referee esterni annata 2022:

prof.ssa Carla Acocella
prof.ssa Miriam Allena
prof. Marco Armanno
prof. Jacopo Bercelli
prof.ssa Vittoria Berlingò
prof. Marco Brocca
prof. Roberto Maria Cherchi
prof. Daniele Chinni
prof. Salvatore Cimini
prof. Antonio Colavecchio
prof. Matteo Cosulich
prof. Andrea Crismani
prof.ssa Gabriella De Maio
prof. Ruggiero Dipace
prof. Gennaro Ferraiuolo
prof. Federico Furlan
prof.ssa Annalaura Giannelli
prof.ssa Valentina Giomi
prof. Cosimo Pietro Guarini
prof.ssa Giovanna Iacovone
prof. Antonio Iannuzzi
prof. Roberto Leonardi
prof.ssa Stefania Leone
prof. Fiorenzo Liguori
prof.ssa Paola Lombardi
prof.ssa Michela Lottini
prof. Francesco Martines
prof.ssa Vanessa Manzetti
prof.ssa Livia Mercati
prof.ssa Viviana Molaschi
prof. Pasquale Pantalone
prof. Davide Paris
prof. Giuseppe Piperata
prof.ssa Giovanna Pizzanelli
prof.ssa Anna Maria Poggi
prof.ssa Margherita Ramajoli
prof. Alessio Rauti
prof. Clemente Pio Santacroce
prof. Marco Tiberii
prof. Giuseppe Tropea
prof. Francesco Tuccari
prof.ssa Silvia Tuccillo
prof.ssa Scilla Vernile
prof.ssa Cristina Videtta
prof. Enrico Zampetti

Hanno collaborato a questo numero:

Federica Campolo
Dottoranda di ricerca in Business and Law. Istituzioni e impresa: valore, regole e responsabilità sociale, presso l'Università degli Studi di Brescia

Anna Cicchetti
Ricercatrice di diritto amministrativo presso l'Università di Bologna

Alfredo Contieri
Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Pierandrea Corleto
Dottorando di ricerca in Diritti e sostenibilità presso l'Università del Salento

Fabrizio Fracchia
Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università Bocconi di Milano

Manlio Lisanti
Avvocato del Foro di Ascoli Piceno

Federica Lombardi
Ricercatore di tipo A di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

Laura Lorello
Professoressa ordinaria di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Palermo

Rosario Miccichè
Docente a contratto di diritto costituzionale presso l'Università Lumsa, Palermo.

Agnese Mussatti
Dottoranda di ricerca in Analysis and Management of Cultural Heritage presso la Scuola IMT Alti Studi di Lucca

Piergiorgio Novaro
Docente a contratto di Diritto pubblico dell'economia presso l'Università di Bologna

Pier Luigi Portaluri
Professore ordinario di diritto amministrativo presso l'Università del Salento

Antonia Maria Scaravilli
Ricercatrice di diritto costituzionale presso l'Università degli Studi di Enna "Kore"

Renata Spagnuolo Vigorita
Professoressa ordinaria di diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II

Gabriele Torelli
Ricercatore di tipo B di diritto amministrativo presso l'Università IUAV di Venezia

Luca Pietro Vanoni
Professore associato di diritto pubblico comparato presso l'Università degli Studi di Milano

Rossella Vassallo
Dottoranda di ricerca in Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali presso l'Università degli Studi di Palermo.

FINITO DI STAMPARE NEL MESE DI FEBBRAIO 2023
PRESSO LA BUONA STAMPA, NAPOLI