

Focus

LE NUOVE FORME DELLO “*IUS VARIANDI*” NELLA PIANIFICAZIONE URBANISTICA E TERRITORIALE

Giacomo Ariete

Avvocato, Dirigente coordinatore area tutela del territorio e dell'ambiente della Città Metropolitana di Napoli

A più di 20 anni dalla riforma costituzionale del Titolo V il tema del governo del territorio si profila all'orizzonte del diritto e della politica in una prospettiva decisamente nuova, tale da richiedere un approccio conoscitivo di tipo “comprendente” aperto alle intersezioni ed interazioni comunicative e performative con gli ambiti ed i tematismi storico-culturali, ambientali e paesaggistici propri delle politiche pubbliche ecologicamente orientate.

La centralità dell'ambiente, nel tempo storico della transizione ecologica, dà nuova linfa a questo diverso approccio assiologico ed euristico.

La legge costituzionale n.1/2022 ha sussunto l'ambiente nell'olimpico dei principi fondamentali, che le generazioni presenti e future sono tenute a rispettare.

Il nuovo articolo 9 della Costituzione ora prevede il rispetto della biodiversità e la tutela degli ecosistemi nell'interesse delle generazioni future.

La svolta costituzionale riflette il mutamento di paradigma e di prospettiva conseguente alla crisi del modello di sviluppo, fondato sull'uso progressivo ed intensivo delle risorse naturali ed ambientali e sul rendimento crescente dei processi di urbanizzazione del territorio su scala planetaria.

L'indice più significativo della interversione delle dinamiche di sviluppo del territorio è dato dall'emergere del consumo di suolo come fattore critico della riproduzione sociale, assunto anche dalla nostra Consulta nella sentenza 16 luglio 2019, n. 179, secondo cui l'urbanistica “*da un lato, riguarda le più recenti concezioni di territorio, considerato non più solo come uno spazio topografico suscettibile di occupazione edificatoria ma rivalutato come una risorsa complessa che incarna molteplici vocazioni (ambientali, culturali, produttive, storiche) e, dall'altro, è avvertita sul fatto che il consumo di suolo rappresenta una delle variabili più gravi del problema della pressione antropica sulle risorse naturali*”¹.

Certo, anche l'urbanistica, intesa come disciplina di uso e trasformazione del territorio, incrociava tangenzialmente il tema della tutela del territorio, ma era

¹ S. Ciresi 2017 Pianificazione urbanistica e riduzione del consumo del suolo, *lexitalia.it*; G. Pagliari, 2020, Governo del territorio e consumo del suolo. Riflessioni sulle prospettive della pianificazione urbanistica, in *Rivista Giuridica dell'edilizia* n.5, 2020, pag. 333

sempre prevalente il momento della modificazione progressiva, della non-identità, della variazione incrementale, dell'addizione qualitativa e quantitativa, per quanto protesa ad un assetto di conformazione sintetica, tendenzialmente ed asintoticamente armonica del territorio.

La dimensione conservativa dell'identità, del mantenimento dei valori storico-culturali del territorio era affidata essenzialmente a discipline ed enti di settore diversi dall'urbanistica e talvolta con essa confliggenti.²

Anche nell'approccio ermeneutico di tipo *panurbanistico* invalso negli anni 80 del secolo trascorso, non era difficile scorgere questa latente tensione e dilacerazione tra i due momenti della differenziazione e trasformazione del territorio e dell'integrazione e tutela dello stesso.

Di qui anche la persistente separazione e contrapposizione tra gli enti di governo della pianificazione urbanistico-territoriale, *in primis* i Comuni, le Province, le Regioni e gli Enti preposti alla tutela degli interessi differenziati di settore, come le Sovrintendenze ai beni culturali e paesaggistici, le Autorità di Bacino, le Autorità di Parco ecc.

Già la definizione e profilazione di questi valori come differenziati, specifici e di settore, presieduti da Enti esponenziali rappresentativi di interessi particolari diversi dagli enti ed organi preposti alla pianificazione urbanistica del territorio, conteneva in sé il germe, la genesi e la fonte di una contrapposizione irriducibile ed irresolubile³.

La pianificazione generale del territorio era ontologicamente ed intrinsecamente scissa dalle pianificazioni particolari di settore e, pertanto, era rabbassata pur essa a pianificazione di settore e non più generale: la sintesi tra i due momenti era di tipo estrinseca, affidata a procedure amministrative di tipo meramente consultivo e compositivo.

Eppure la rappresentanza generale degli interessi della comunità del territorio avanzava, attraverso la pianificazione urbanistica e territoriale, una pretesa di generalità del governo del territorio, che non si lasciava certo comprimere dagli interessi particolari e specifici intestati, per di più, in capo a Soggetti istituzionali privi di rappresentatività democratica, espressione di poteri neutri di tipo tecnico, depositari di sapere specialistico non trascendibile e non disponibile alla contrattazione democratica.

Per dirla con Adorno⁴ la dialettica negativa tra Urbanistica ed Ambiente, che ha caratterizzato il ventennio 80-90 del secolo scorso, non poteva certo essere risolta con una *reductio ad unum* dei due termini del confronto, come pure si è tentato di fare:

² P. Urbani, 2007, Territorio e Poteri Emergenti. Le politiche di sviluppo tra urbanistica e mercato, ed. Giappichelli, pp. 10 e ss.

³ P. Urbani, 2017, La riforma regionale del P.r.g.: un primo bilancio. Efficacia, contenuto ed effetti del Piano strutturale. Il piano operativo tra discrezionalità nel provvedere e garanzia del contenuto minimo della proprietà, in "Rivista giuridica urbanistica"

⁴ T. W. Adorno, 1975, *Dialettica Negativa*, ed. Einaudi, pag. 32

occorreva una sintesi nuova, in un quadro cognitivo di tipo comprendente che includesse ciascun termine nell'altro e superasse la dicotomica rigidità di entrambi. Emblematica in tal senso è la vicissitudine dell'art. 57 *"pianificazione territoriale di coordinamento e pianificazione di settore"* del d.lgs. n.112/98, il quale prevedeva che la legge regionale disciplinasse l'osmosi concordata delle previsioni dei diversi piani di settore nel livello di pianificazione provinciale, al fine di favorire l'integrazione delle discipline differenziate nella pianificazione di media area vasta. Disposizione recepita nella maggior parte delle leggi regionali in materia di governo del territorio, ma rimasta in massima parte inattuata. In nessuno dei Piani Territoriali di Coordinamento Provinciali di nuova generazione è stata mai realizzata un'Intesa con gli Enti di Settore per fare assurgere al Piano di Coordinamento la valenza di Piano Integrato di settore, come pure prevedeva il suddetto art.57 del d.lgs. n. 112/98, effetto conseguente al potere di veto delle diverse giurisdizioni amministrative, facenti capo ai distinti ed autonomi Enti di Settore della pianificazione multilivello. Vedremo che una *proxy* di tale modello unificato di decisione sarà offerto dai procedimenti unici e dai moduli conferenziali che cercheranno, non senza forzature e sbrechi istituzionali e costituzionali, di ridurre ad unità la *"coincidentia oppositorum"* dei diversi interessi implicati dalle scelte di programmazione e di pianificazione del territorio.

Restava, però, al tutto impregiudicata e resa ancor più cogente la categoria normativa del Governo del Territorio introdotta dal legislatore costituzionale nell'art.117 secondo co. della Costituzione, in sostituzione dell'Urbanistica, la quale non indicava soltanto una materia più vasta, comprensiva dell'edilizia, dell'urbanistica, degli espropri e della localizzazione delle opere ed infrastrutture pubbliche, ma anche e soprattutto un *"campo semantico"*, in cui la gestione del territorio tiene conto ed include in sé il regime dell'edificazione dei suoli in correlazione dialettica con lo sviluppo economico locale e con le esigenze di preservazione e tutela del territorio e dell'ambiente.

Sia la Corte Costituzionale con le storiche sentenze n.303/02 e n.6/2004 e le sentenze successive che analiticamente considereremo nello sviluppo del nostro lavoro, sia il Consiglio di Stato con la altrettanto storica sentenza n.2710/12 della IV Sezione hanno statuito che l'urbanistica ed il correlativo esercizio del potere di pianificazione *"non possono essere intesi, sul piano giuridico, solo come un coordinamento delle potenzialità edificatorie connesse al diritto di proprietà, ma devono essere intesi come intervento degli enti esponenziali sul proprio territorio, in funzione dello sviluppo complessivo ed armonico dello stesso; uno sviluppo che tenga conto sia delle esigenze e fabbisogni abitativi, sia dei valori ambientali e paesaggistici, delle esigenze di tutela della salute e quindi della vita salubre degli abitanti"* ovvero dell'ambiente inteso assiologicamente come meta-valore.

La tutela dell'ambiente (della biodiversità e degli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni), preordinata alla salvaguardia dell'habitat nel quale l'uomo

vive, è imposta da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.) e assurge a valore primario ed assoluto quale espressione della personalità individuale e sociale. L'ambiente rileva non solo come paesaggio, ma anche come assetto del territorio, comprensivo di ogni suo profilo, e finanche degli aspetti scientifico-naturalistici⁵.

Ancor prima la Convenzione europea sul paesaggio, sottoscritta dagli Stati membri del Consiglio d'Europa il 20 ottobre del 2000 aveva sancito che il paesaggio coopera all'elaborazione delle culture locali e rappresenta una componente fondamentale del patrimonio naturale e culturale dell'Europa.

Il paesaggio viene qualificato come una forma del territorio, come percepita dalle popolazioni, il cui carattere deriva dall'azione di fattori naturali ed antropici, la salvaguardia del paesaggio è affidata ad azioni di conservazione degli aspetti specifici significativi del territorio, giustificate dal suo valore di patrimonio derivante dalla sua configurazione storico-naturale.

In questa temperie soccorre anche l'art. 145 del d.lgs. n. 42/04 relativo al coordinamento della pianificazione paesaggistica con altri strumenti di pianificazione, secondo cui *"le previsioni dei piani paesaggistici non sono derogabili da parte di piani e programmi tesi allo sviluppo economico, sono cogenti per gli strumenti urbanistici e sono immediatamente prevalenti sulle disposizioni difformi eventualmente contenute negli strumenti urbanistici"*.

In questo nuovo quadro concettuale il governo del territorio è trapiantato a costituire un modello di pianificazione che tenga conto non solo dello sviluppo che si intende imprimere al territorio di riferimento, ma anche della sua storia, tradizione ed ubicazione e sia quindi un momento di riflessione sul futuro della comunità, svolto per autorappresentazione ed autodeterminazione dei cittadini, con le decisioni dei propri organi elettivi e con la partecipazione pubblica procedimentalizzata.

Ecco quindi che si delinea e si intravede al nostro orizzonte conoscitivo un concetto sintetico nuovo di urbanistica di tipo "comprensivo" declinato come governo del territorio inteso in senso globale ed onnilaterale, rivolto non già all'uso e consumo massivo e dissipativo del suolo, ma alla massimizzazione vincolata delle trasformazioni del territorio, in funzione della preservazione del valore d'uso del bene-ambiente in uno scenario di bilanciamento intergenerazionale orientato allo sviluppo della vita.

Di qui, anche la grande rilevanza nei processi formativi dei piani e programmi protesi all'uso e governo del territorio dei metodi e strumenti di valutazione dell'incidenza sulle matrici ambientali (aria, suolo, acqua) dei suddetti piani, come disciplinati dalla parte prima del d.lgs. n. 152/06.

Correlativamente emerge sul piano diacronico un nuovo modello di pianificazione urbanistica e territoriale che incorpora in sé i valori ed i metodi propri della pianificazione differenziata di settore, rivolta alla tutela specifica di beni infungibili,

⁵ *ex multis* Corte Cost. sent. n.182/2006, 367/2007

scarsi e rari e tali da costituirli come sfondo invariante della pianificazione del territorio⁶.

Come il tempo costituisce la misura delle modificazioni delle nostre percezioni, così lo spazio permanente ed invariante diventa la misura misurante delle variazioni parziali e locali del territorio. Questo sfondo invariante della pianificazione, della gestione e governo del territorio, come vedremo, costituisce la dimensione strategico-strutturale nuova e diversa dei differenti modelli di programmazione urbanistica di nuova generazione, cui fa da pendant la parte operativa e trasformativa del territorio connessa alle politiche di sviluppo locale.

Calando tali coordinate ermeneutiche nell'ambito della presente ricerca e del nostro lavoro, incentrato sulla tematizzazione dello *ius variandi* nel contesto della pianificazione urbanistica e territoriale, cercheremo di analizzare *in primis* lo statuto attuale del Piano urbanistico e del complementare Piano di Coordinamento territoriale per coglierne il campo semantico di riempimento dei suoi significati.

Procederemo poi ad una disamina sintetica della crisi del modello storico fondamentale di pianificazione urbanistica e territoriale, tipizzato dalla legge fondamentale n.1150/42, ancora vigente, soffermandoci, in modo particolare, sulle esperienze di programmazione negoziata e di urbanistica contrattata avviate e sperimentate nel corso degli anni 90 e a cavallo della prima decade del nuovo secolo.

L'ipotesi da cui muove il presente lavoro è che l'urbanistica contrattata costituisca non solo una risposta alla crisi del modello rigido, gerarchico ed anelastico della Pianificazione di tipo dirigista cristallizzata nel Piano Regolatore Generale, come pure nei Piani di Coordinamento, ma anche una forma **fenomenica diffusa di variante urbanistica e paesistica** traguardata alla implementazione di politiche di sviluppo strategico e di localizzazione di programmi di tipo economico-sociale ed occupazionale.

Scrutineremo le diverse "*species*" dell'ampio *genus* delle varianti urbanistiche e del loro procedimento di formazione per capire se ancora oggi residua uno spazio di agibilità e di esigibilità o anche di necessità per la loro produzione e veicolazione, anche alla luce dei nuovi modelli non più rigidamente predittivi, ma puramente euristico-conoscitivi dei Piani di nuova generazione.

Il disegno del presente lavoro si articola, pertanto, nel seguente quadro espositivo:

il Piano urbanistico comunale storicamente determinato e la sua parabola evolutiva;

la Crisi del Piano Direttore, l'emergenza della programmazione negoziata e dell'urbanistica contrattata;

lo *ius variandi*, ossia varianti urbanistiche generali, varianti specifiche e parziali, varianti normative, varianti automatiche di legge;

⁶ F. D. Moccia, G. Parisi F. Laudaddio, 2006, *Campania, Norme sul governo del territorio*, pag. 31 e ss., ed. Ilsole24ore

procedimento di formazione ed approvazione delle varianti, ossia il problema della motivazione e della sua modulazione in rapporto alle diverse tipologie di varianti urbanistiche;

l' ampliamento del campo di definizione del concetto di urbanistica ed i nuovi modelli di pianificazione multilivello.

Occorre comprendere, in questa prospettiva, come si atteggia lo *ius variandi* nel nuovo modello duale di pianificazione urbanistica comunale disciplinato dalla legislazione regionale (con particolare riferimento alla legislazione in materia di governo del territorio della Regione Campania).

A quest'altezza, sorge una domanda: la nuova modalizzazione del Piano urbanistico comunale rende recessivo lo *ius variandi*?

L'articolazione del piano in duplice modellizzazione e partizione, Piano Strutturale di durata indeterminata, ma riferito alle sole invarianti fisico-morfologico-strategico-ambientali e Piano Operativo, osmoticamente connesso al programma di mandato delle rappresentanze elettive, riesce a catturare e racchiudere in sé l'ambito, costituzionalmente protetto, dei meta-valori propri dell'ambiente e del paesaggio rivolti, *aere paerennis* alle generazioni future, con le esigenze contingenti di sviluppo e di crescita delle comunità locali?

Appare, in ogni caso, evidente che il nuovo modello di pianificazione delineato per le aree di trasformazione riduce di molto il ricorso alle cosiddette "varianti di piano" poiché le previsioni urbanistiche degli ambiti di trasformazione offrono una "mixité" di soluzioni nel rispetto, comunque, dei livelli essenziali delle prestazioni (gli standard urbanistici) e della sostenibilità ambientale, i cui effetti conformativi si manifestano solo in sede di piani attuativi oggetto del piano operativo. Pertanto, da questo lato diminuisce la pressione verso varianti sistematiche e seriali⁷.

La ricerca parte dal presupposto che lo *ius variandi* non per questo scompare, ma anzi persiste e si presenta sotto nuove forme. Esso nasce storicamente come forma fenomenica coesistente e consustanziale al modello dirigitico di pianificazione urbanistica storicamente determinato e tipizzato dalla legge fondamentale n. 1150/42 e dalle successive leggi regionali di attuazione.

La coesistenza della durata a tempo indeterminato delle prescrizioni conformative del territorio e della durata a tempo delimitato delle scelte di programmazione degli interventi di tipo puntuale rendeva il Piano internamente contraddittorio ed esposto a continue crisi, in relazione alle sopravvenienze di tipo economico-sociale ed infrastrutturali connesse allo sviluppo del territorio.

La Programmazione negoziata inaugurata a cavallo dell'ultimo decennio del XX Secolo risponde all'esigenza di adattare la struttura rigida del Piano con le esigenze necessariamente variabili, mutevoli e contingenti dello sviluppo e della trasformazione del territorio.

⁷ P. Urbani, 2021, Il contenuto minimo del diritto di proprietà in "Le nuove frontiere del diritto urbanistico", ed. Giappichelli, pag. 140

La contrattazione negoziata di tipo necessariamente particolare fa emergere la contraddizione interna al modello di pianificazione generale, ponendo in evidenza i limiti di tipo sia conoscitivo sia soprattutto di governance delle dinamiche di crescita e sviluppo del territorio proprie del Piano Regolatore Generale.

Di qui l'emergere pressante e massivo dello *ius variandi* in rapporto al modello proprio del P.r.g., fino a giungere nella fase finale di crisi al linguaggio della "disgregazione" per cui, per una vera e propria interversione culturale e politica, i Piani si approvano per prevedere le varianti. Il rischio conseguente è la perdita di sistematicità delle scelte urbanistiche e la loro sostituzione con "spezzoni" di disciplina del territorio, frammentati ed atomizzati⁸.

La ricerca tematizza non solo l'emergere diacronico dello *ius variandi* in rapporto a questa crisi del modello di Piano, ma le diverse tipologie di varianti, il procedimento della loro formazione, gli aspetti peculiari di ciascuna tipologia di variante urbanistica, il rapporto con gli interessi pubblici e privati esponenziali del territorio, la legalità formale e sostanziale di tali procedure di varianti.

Sullo sfondo, ma con progressivo spostamento in primo piano, ci si confronta con i nuovi modelli di pianificazione urbanistica comunale fondati sulla *summa divisio* Piano strutturale- Piano operativo, invariante strutturale e variabile programmatico-operativa, per cercare di capire se questo nuovo formante costituisca effettivamente un *aufheben* reale della crisi del vecchio modello di Piano, da cui originava il fabbisogno "politico" dello *ius variandi*.

La ricerca non esclude affatto che anche in presenza di un nuovo paradigma, più flessibile ed elastico, di pianificazione del territorio vi sia pur sempre uno spazio incompressibile per lo *ius variandi*, testimoniata, peraltro, dalla legislazione di emergenza connessa alla pandemia ed alla crisi energetica conseguente alla guerra russo-ucraina. Lo *ius variandi* è resiliente anche alle nuove forme e modelli di pianificazione: diminuisce certamente la pressione per le varianti di mero adeguamento dei nuovi modelli di Piano urbanistico, ma si accresce fortemente la domanda di varianti automatiche ex lege connesse soprattutto alla localizzazione di opere pubbliche, considerate strategiche dal legislatore statale.

Basti pensare, in questa prospettiva, all'art. 31bis del D.L. n. 77/21 convertito in legge n. 108/21 che, accentuando i profili di semplificazione procedimentale propri dell'art. 12 del D.lgs. 387/03, introduce un procedimento di autorizzazione unica con effetti di variante per opere pubbliche e di pubblico interesse, o all'art.48 co. 5 del suddetto decreto riferito alle varianti mediante conferenze di servizi per infrastrutture lineari energetiche o ancora alla legislazione di velocizzazione procedimentale delle varianti connesse alla implementazione del PNRR.

Con la normazione del PNRR l'ordinamento raggiunge un traguardo inseguito a lungo: l'unicità del procedimento, al cui interno si forma la decisione finale rilevante per il governo del territorio, soprattutto con riguardo a interventi infrastrutturali

⁸ F. Gualanti, 2016 *L'interesse pubblico in materia urbanistica*, www.lexitalia.it

(puntuali o a rete che siano). Meta non priva però di conseguenze critiche: comprimere nel tempo e nello “spazio” giuridico l’acquisizione degli interessi (anche) pubblici comporta la riduzione, se non l’eliminazione, delle manifestazioni dissensuali⁹. Gli interessi “differenziati” vengono, così, internalizzati nell’ambito di procedure di co-pianificazione pluristrutturata che riducono la valenza esoprocedimentale dei soggetti esponenziali rappresentativi di interessi specifici, a tutto vantaggio dell’Amministrazione procedente, a cui è rimessa, comunque, la decisione finale di sintesi e di conclusione dell’intero procedimento.

In questo senso il d.l. n.77/2021 (c.d. *Semplificazioni-bis*) all’art. 44, statuisce che:

“La stazione appaltante convoca la conferenza di servizi per l’approvazione del progetto ai sensi dell’articolo 27, co. 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016. La conferenza di servizi è svolta in forma semplificata ai sensi dell’articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241 e nel corso di essa, ferme restando le prerogative dell’autorità competente in materia di VIA, sono acquisite e valutate le eventuali prescrizioni e direttive adottate dal Consiglio superiore dei lavori pubblici ai sensi del secondo periodo del co. 1, nonché gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte secondo le modalità di cui all’articolo 46 del presente decreto, della verifica preventiva dell’interesse archeologico e della valutazione di impatto ambientale. La determinazione conclusiva della conferenza approva il progetto e tiene luogo dei pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari ai fini della localizzazione dell’opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell’intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, ad ogni fine urbanistico e edilizio, l’intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell’opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende il provvedimento di VIA e i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l’esercizio del progetto, recandone l’indicazione esplicita”.

E’ stato già efficacemente osservato¹⁰ che in tema di localizzazione urbanistica delle opere pubbliche, di pubblica utilità e di pubblico interesse la normazione “speciale” del PNRR segna un passaggio significativo, ma non certo uno strappo e men che meno una cesura, lungo una linea di continuità in direzione e nella prospettiva di una progressiva centralizzazione ed accentramento verticale della decisione rilevante e dirimente in ordine alle scelte di pianificazione ed organizzazione del territorio. L’art. 14 del D.L. n.13/2023, convertito in L. n. 41/23, recante disposizioni urgenti per l’attuazione del PNRR, interviene e modifica l’assetto già sbilanciato del D.L. n.77/21, convertito con modificazioni dalla L.n.108/21, introducendo in incipit una fattispecie eccezionale di semplificazione in materia di VIA che si traduce in una iniziativa di avvio della procedura di esenzione ed esclusione a priori dalla procedura prevista dall’articolo 6, comma 11, del DLgs n152/06 da parte del Ministro competente per la realizzazione di un intervento

⁹ P. Portaluri, 2023, Note sulla localizzazione e approvazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti pubblici, in www.giustiziamministrativa.it

¹⁰ P. Portaluri, 2023, Note sulla localizzazione delle opere pubbliche nello schema di codice dei contratti pubblici, in www.giustiziamministrativa.it

strategico rivolta al Ministro dell’Ambiente e della Sicurezza energetica. E’ vero che la VIA, per giurisprudenza costante sia della Corte di giustizia, sia della giurisprudenza interna, presenta profili di discrezionalità politico-amministrativi molto accentuati e tali da *obscurare* e rendere subvalenti quelli più propriamente tecnici. Ciononostante la pretermissione totale della competenza tecnica in ordine alla scelta di esclusione preliminare dalla assoggettabilità alla VIA di progetti, nei casi eccezionali in cui è necessario procedere con urgenza alla realizzazione di interventi di competenza statale previsti dal Piano nazionale di ripresa e resilienza e dal Piano nazionale per gli investimenti complementari, rappresenta un caso tipico di decisione insindacabile nel merito e “superiorem non reconoscens” propria degli atti degli organi politici.

Sempre nell’ambito della “mobilitazione totale” e della riconduzione della programmazione delle opere e degli interventi alla pianificazione coordinata di tipo strategico e politico soccorre il nuovo comma 5 dell’art. 14 del D.L. n.13/2023, convertito in L. n. 41/23, recante disposizioni urgenti per l’attuazione del PNRR secondo cui : “Per le finalità di cui al comma 1, in deroga a quanto previsto dall’articolo 59, commi 1, 1-bis e 1-ter, del decreto legislativo n. 50 del 2016, è ammesso l’affidamento di progettazione ed esecuzione dei relativi lavori anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica di cui all’articolo 23, comma 5, del decreto legislativo n. 50 del 2016, a condizione che detto progetto sia redatto secondo le modalità e le indicazioni di cui al comma 7, quarto periodo. In tali casi, la conferenza di servizi di cui all’articolo 27, comma 3, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 è svolta dalla stazione appaltante in forma semplificata ai sensi dell’articolo 14-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e la determinazione conclusiva della stessa approva il progetto, determina la dichiarazione di pubblica utilità dell’opera ai sensi dell’articolo 12 del decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 e tiene luogo di tutti i pareri, nulla osta e autorizzazioni necessari anche ai fini della localizzazione dell’opera, della conformità urbanistica e paesaggistica dell’intervento, della risoluzione delle interferenze e delle relative opere mitigatrici e compensative”.

Il comma 5 bis statuisce che : “Ai fini di cui al comma 5, il progetto di fattibilità tecnica ed economica è trasmesso a cura della stazione appaltante all’autorità competente ai fini dell’espressione della valutazione di impatto ambientale di cui alla parte seconda del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, unitamente alla documentazione di cui all’articolo 22, comma 1, del medesimo decreto legislativo n. 152 del 2006, contestualmente alla richiesta di convocazione della conferenza di servizi. Il comma 5 ter aggiunge che : “Le risultanze della valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell’interesse archeologico di cui all’articolo 25, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016, qualora non emerga la sussistenza di un interesse archeologico, sono corredate dalle eventuali prescrizioni relative alle attività di assistenza archeologica in corso d’opera da svolgere ai sensi del medesimo

articolo 25, sono acquisite nel corso della conferenza dei servizi di cui al comma 5. Nei casi in cui dalla valutazione di assoggettabilità alla verifica preventiva dell'interesse archeologico di cui all'articolo 25, comma 3, del decreto legislativo n. 50 del 2016 emerga l'esistenza di un interesse archeologico, il soprintendente fissa il termine di cui al comma 9 del medesimo articolo 25 tenuto conto del cronoprogramma dell'intervento e, comunque, non oltre la data prevista per l'avvio dei lavori. Le modalità di svolgimento del procedimento di cui all'articolo 25, commi 8, 9, 10, 11, 12 e 14, del citato decreto legislativo n. 50 del 2016 sono disciplinate con apposito decreto del Presidente del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, fermo restando il procedimento disciplinato con il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri adottato ai sensi del citato articolo 25, comma 13". Infine il comma 5 quater prescrive che : "Gli esiti della valutazione di impatto ambientale sono trasmessi e comunicati dall'autorità competente alle altre amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi di cui al comma 5 e la determinazione conclusiva della conferenza comprende il provvedimento di valutazione di impatto ambientale. Tenuto conto delle preminenti esigenze di appaltabilità dell'opera e della sua realizzazione entro i termini previsti dal PNRR ovvero, in relazione agli interventi finanziati con le risorse del PNC, dal decreto di cui al comma 7 dell'articolo 1 del decreto-legge 6 maggio 2021, n. 59, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° luglio 2021, n. 101, resta ferma l'applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 14-quinquies della legge n. 241 del 1990. Le determinazioni di dissenso, ivi incluse quelle espresse dalle amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali, o alla tutela della salute dei cittadini, non possono limitarsi a esprimere contrarietà alla realizzazione delle opere, ma devono, tenuto conto delle circostanze del caso concreto, indicare le prescrizioni e le misure mitigatrici che rendono compatibile l'opera, quantificandone altresì i relativi costi. Tali prescrizioni sono determinate conformemente ai principi di proporzionalità, efficacia e sostenibilità finanziaria dell'intervento risultante dal progetto presentato. La determinazione conclusiva della conferenza perfeziona, altresì, ad ogni fine urbanistico ed edilizio, l'intesa tra Stato e regione o provincia autonoma, in ordine alla localizzazione dell'opera, ha effetto di variante degli strumenti urbanistici vigenti e comprende i titoli abilitativi rilasciati per la realizzazione e l'esercizio del progetto, recandone l'indicazione esplicita. La variante urbanistica, conseguente alla determinazione conclusiva della conferenza, comporta l'assoggettamento dell'area a vincolo preordinato all'esproprio ai sensi dell'articolo 10 del decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001, e le comunicazioni agli interessati di cui all'articolo 14, comma 5, della legge n. 241 del 1990 tengono luogo della fase partecipativa di cui all'articolo 11 del predetto decreto del Presidente della Repubblica n. 327 del 2001. Gli enti locali provvedono alle necessarie misure di salvaguardia delle aree interessate e delle relative fasce di rispetto e non possono autorizzare interventi edilizi incompatibili con la localizzazione dell'opera. Le disposizioni del presente

comma si applicano anche ai procedimenti di localizzazione delle opere in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore della presente disposizione, non sia stata ancora indetta la conferenza di servizi di cui all'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 383 del 1994".

Queste disposizioni normative hanno, infine, dismesso il loro carattere eccezionale ed emergenziale e sono state positivizzate ed ipostatizzate nel nuovo codice degli appalti, di cui al DL.gs. n.36/23, entrato in vigore il 01/04/2023 e la cui efficacia è stata postergata al 01/07/2023. Ci riferiamo, in particolar modo, al capitolo relativo alla localizzazione delle opere pubbliche, di cui agli artt.38,39, e 40 del Codice che hanno procedimentalizzato e traslitterato in chiave normativa il corpus dei metodi e procedure di variante urbanistica semplificata di implementazione delle opere pubbliche, di pubblico interesse e di pubblica utilità riveniente dalla legislazione di emergenza.

In queste disposizioni si realizza certamente un passaggio dall'unità intesa come sintesi progressiva, ineguale degli interessi differenziati nell'ambito di un procedimento dialettico, all'unità intesa come unicità dell'identico Soggetto procedente e neutralizzazione delle diversità di posizioni dei soggetti pubblici e privati coinvolti nel procedimento. Questa tensione, derivante dalla "condizionalità aggravata" che permea tutta la legislazione del PNRR non è affatto, quindi, un elemento contingente e reversibile ma è, invece, un dato immanente, seppure latente, che contrassegna la stessa logica dialettica dell'Urbanistica storicamente determinata e successivamente dell'Urbanistica contrattata come suo telos e destino.

Certo la relazionalità orizzontale propria delle farraginose ed estenuanti mediazioni complesse tipiche dell'Urbanistica negoziata viene sostituita dalla relazionalità verticale e dalla torsione decisionistica, motivata e giustificata dal principio di risultato, assunto a principio fondamentale e generale della programmazione e progettazione delle opere pubbliche, di cui all'art.1 del DL.gs. n.36/23.

Ma non per questo scompare il "molteplice coacervato degli interessi contrapposti" e la dialettica dei soggetti e degli enti esponenziali degli interessi differenziati tipica delle democrazie costituzionali: solo viene riconosciuto un "ens superiorem" oggettivato e plasticamente rappresentato dal risultato finale, che giustifica la riconduzione ad unum della dialettica originariamente negativa. E con ciò, come dice Hegel nel libro primo della Scienza della Logica, "il divenire è la sfrenata inquietudine che sfocia in un calmo risultato" ovvero l'Essere.

Se come dice E. Junger nel suo bel libro intitolato "La forbice" il cammino è più importante della meta, non per questo occorre obliterare che questa offre l'orizzonte al percorso e con ciò lo rende illuminato, visibile e soprattutto comprensibile.

In tale quadro ordinamentale la variante urbanistica, il procedimento unico e la determinazione finale di conclusione della Conferenza di servizi convergono nella

direzione della neutralizzazione e spoliticizzazione di ogni opposizione e conflitto, pur di realizzare gli obiettivi strategici traguardati dal legislatore statale.

Trattasi in tutte le fattispecie esaminate di varianti cosiddette automatiche *ex lege*, le quali implicano la deroga e pretermissione delle competenze proprie non solo degli organi elettivi locali, ma anche degli interessi differenziati degli Enti preposti alla tutela di valori costituzionalmente protetti, come le Sovraintendenze ai beni culturali e paesaggistici, le Autorità di Bacino, le Autorità di Parco, ASL, Genio civile ecc. per esigenze di sussidiarietà verso l'alto, come ampiamente riconosciute dalla giurisprudenza costituzionale.

Questa a partire dalla sentenza "madre" n. 303/03 ha riconosciuto che: *"le istanze unitarie giustificano, a determinate condizioni, una deroga alla normale ripartizione delle competenze anche in assetti costituzionali pervasi da pluralismo istituzionale"*; poi, ancora, con sentenza recentissima n.6/2023 ha statuito che *"affinché l'intervento normativo statale in attrazione sia costituzionalmente legittimo è necessario che la disciplina dettata sia logicamente pertinente, risulti limitata a quanto strettamente indispensabile e preveda adeguati meccanismi di cooperazione con i livelli di governo coinvolti per l'esercizio concreto delle funzioni amministrative allocate in capo agli organi centrali"*¹¹.

Occorre capire, però, se trattasi di misure eccezionali e straordinarie e come tali transeunti o se esse segnino un passaggio e salto di qualità dal principio di sussidiarietà verticale alla centralizzazione decisionistica, ciò che implicherebbe conseguenze rilevanti anche sul piano costituzionale. In questa seconda ipotesi il *"trade-off"* ovvero lo scambio fra la democrazia vocata all'escalation decisionista e la democrazia deliberativa nei processi di governo del territorio apporta davvero un progresso della deliberazione pubblica o costituisce un danno in termini di proporzionalità, efficacia e sostenibilità delle politiche pubbliche e, soprattutto, è coerente sotto il profilo della legittimità costituzionale? L'immediatezza decisionale, senza la necessaria mediazione e sintesi pluralistica degli interessi, può produrre nuove discriminazioni, a danno dei soggetti ed interessi pubblici e privati pretermessi ed esclusi dai processi decisionali, *in primis* il Comune, il quale in molti casi viene "espropriato" del proprio potere di pianificazione urbanistica.

Occorre considerare che una democrazia costituzionale è per definizione avversa ad ogni logica di tirannia dei valori, dispotismo assiologico ed egemonismo dispotico della maggioranza¹². In questa prospettiva la Corte costituzionale nella sent. n. 85/2013 afferma che: *"tutti i diritti fondamentali tutelati dalla costituzione si trovano in un rapporto di integrazione reciproco e non è possibile individuare uno fra essi che abbia una prevalenza assoluta fra gli altri. [...] La tutela deve essere sempre sistematica e non frazionata, in una serie di norme in conflitto tra loro. Se così non fosse, si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti che diverrebbe "tiranno" nei confronti degli altri"*¹³.

¹¹ *ex plurimis*, sentenze n. 123 e n. 40/2022, n. 246/2019, n. 142 e n. 7 del 2016

¹² H. Kelsen 1995, *La democrazia*, ed. il Mulino pag. 145 e ss.

¹³ C. Schmitt, 2008, *La tirannia dei valori*, pag. 13, ed. Adelphi, 2008

Ma lo Stato costituzionale di diritto è anche ontologicamente avverso a soluzioni di tipo totalizzanti¹⁴, per cui la differenza, la dissonanza, la variazione è sempre predicabile e sostenibile ed è anzi auspicabile come motore permanente della vita: *“fare del divenire l’essere, come recitava il programma di un pensatore inattuale, ma sempre vivo”*¹⁵. La maggiore forza della democrazia sta nel gioco degli interessi contrapposti¹⁶

Il passaggio al “limite” dallo *zoning* urbanistico al monismo decisionista delle politiche pubbliche di governo e gestione del territorio non è affatto detto che segni un passo innanzi, un progresso reale ed un guadagno in termini di ordinato ed equilibrato sviluppo dei sistemi territoriali. Ciò che rischia di smarrirsi è proprio la prospettiva dell’urbanistica “comprensiva”, pluralistica e policentrica, con una ricaduta verso nuove forme, non meno unilaterali, di governo verticalizzato ed “accentrato” del territorio.

Posto che la legislazione di emergenza ha prodotto indubbiamente risultati positivi in termini non solo di velocizzazione dei procedimenti di pianificazione e governo del territorio, ma anche e soprattutto di *policy* della gestione e localizzazione delle opere pubbliche strategiche, non si capisce perché essa non possa essere implementata in un quadro legislativo di principi, organico e coerente, di indirizzo e di orientamento della legislazione regionale attuativa. Piuttosto che affidarsi ad interventi rapsodici, *borderline* o addirittura “*extraordinem*” sarebbe molto più utile attendere alla enucleazione legislativa di principi normativi generali di semplificazione e sussunzione dei processi decisionali di organizzazione del territorio, come in parte è avvenuto con il Regolamento-tipo in materia edilizia e, come per altra parte, sta avvenendo in materia di appalti pubblici con il nuovo Codice dei Contratti Pubblici di cui al DLgs n.36/23, di ricezione e ricognizione della normativa alluvionale di emergenza recante continue modifiche parziali al d.lgs. n. 50/16. Ciò nella prospettiva per cui l’emergenza non prelude alla rottura della legalità costituzionale ma al suo rafforzamento: l’emergenza, a differenza dello stato di eccezione, è il punto di consolidamento della legalità costituzionale.¹⁷

14 A. Taurelli, 2022 Il fenomeno populista analizzato alla luce delle categorie del costituzionalismo moderno, Quaderni costituzionali, n.4; L. Ferrajoli, 2021, La costruzione della democrazia, ed. Laterza

15 F. Nietzsche, 2016, *Volontà di potenza*, ed. Bompiani; M. Heidegger, 2018, *Nietzsche*, ed. Adelphi

16 S. Cassese 2023, *Le ricadute della crisi dei partiti*, in Corriere della sera, 6 febbraio 2023

17 M. Luciani, 2022 *Il diritto e l’eccezione*, www.giustiziamministrativa.it